



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0000743-39.2006.4.03.6124/SP

2006.61.24.000743-0/SP

D.E.

Publicado em 20/09/2016

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
APELANTE : JOAO LUIZ MALAGO
ADVOGADO : SP053395 WANDERLEY GARCIA e outro(a)
APELANTE : Justica Publica
APELADO(A) : OS MESMOS
NÃO
OFERECIDA : SKYLEADER ASSESSORIA AERONAUTICA LTDA
DENÚNCIA
No. ORIG. : 00007433920064036124 1 Vr JALES/SP

EMENTA

DIREITO PENAL. DESCAMINHO. AERONAVE. PRELIMINARES. REJEIÇÃO. AUTORIA, MATERIALIDADE E DOLO. COMPROVAÇÃO. DOSIMETRIA. ALTERAÇÕES.

1. Recursos de apelação interpostos pelo réu e pelo Ministério Público Federal contra sentença por meio da qual foi condenado o primeiro apelante pela prática do delito tipificado no art. 334, § 1º, c, do Código Penal (na redação anterior à Lei 13.008/14).

2. Preliminares suscitadas pela defesa. Rejeição.

2.1 Tendo em vista a constituição válida e por procuração de advogados nos autos, que representou o réu e exerceu a plena defesa técnica, tem-se ato de comparecimento espontâneo. Nos casos de comparecimento espontâneo, tem-se o preenchimento material efetivo e completo da função do ato citatório, qual seja, o de dar ciência ao réu a respeito da existência de processo em face dele ajuizado e de seus termos, oportunizando ao acusado a ampla defesa, o que torna despiciendo o ato formal de citação. Precedente do C. STJ. Ainda que assim não fosse, o réu foi citado nos Estados Unidos da América, no âmbito de pedido de cooperação formulado pelo órgão *a quo* e executado nos termos do Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal Brasil-Estados Unidos.

2.2 Os procedimentos específicos de cumprimento da citação em país estrangeiro, em especial quando isso se dá no âmbito de pedidos de cooperação jurídica internacional, se dão nos termos da legislação de regência do país que cumprirá o pedido de cooperação, desde que tais regras não firam as próprias garantias básicas dos réus conforme estabelecidas pelo ordenamento pátrio, caso em que se teria diligência nula (para fins de sua aptidão probatória em processos sob jurisdição brasileira).

2.3 Inexiste inépcia da denúncia no caso concreto. A peça preenche os requisitos previstos no art. 41 do Código de Processo Penal.

3. Autoria, materialidade e dolo comprovados. Provas documental, testemunhal e interrogatório extrajudicial do réu. Réu que importou aeronave, a manteve em depósito e a expôs à venda, tudo simulando que se tratava de operações submetidas ao regime aduaneiro especial de admissão temporária, de maneira a iludir os impostos devidos.

4. Dosimetria.

4.1 Consequências do crime e culpabilidade negativamente valoradas. Alto valor do bem e, conseqüentemente, dos impostos iludidos mediante a prática delitiva. Conduta típica executada com grau de elaboração logística e intelectual que fogem ao ordinário. Pena-base majorada.

4.2 Mantido o reconhecimento de incidência da atenuante prevista no art.65, III, *d*, do Código Penal. Patamar de redução da pena aumentado, de ofício, para a fração de 1/6 sobre a pena-base.

4.3 Mantida a substituição da pena nos mesmos termos previstos na sentença.

5. Recurso ministerial parcialmente provido. Recurso defensivo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, conhecer dos recursos de

apelação e, no mérito: a) Negar provimento ao interposto pelo réu; b) Dar parcial provimento ao interposto pelo Ministério Público Federal, para majorar a pena-base e, conseqüentemente a pena final; c) De ofício, aumentar a fração de redução da pena em decorrência da incidência da atenuante prevista no art. 65, III, *d*, do Código Penal, restando o réu condenado, pela prática do delito tipificado no art. 334, § 1º, *c*, do Código Penal, à pena de 2 (dois) anos e 1 (um) mês de reclusão, em regime inicial aberto. Mantida a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 06 de setembro de 2016.

JOSÉ LUNARDELLI
Desembargador Federal

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): JOSE MARCOS LUNARDELLI:10064

Nº de Série do Certificado: 71D062F09822A461

Data e Hora: 08/09/2016 17:45:15

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0000743-39.2006.4.03.6124/SP

2006.61.24.000743-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
APELANTE : JOAO LUIZ MALAGO
ADVOGADO : SP053395 WANDERLEY GARCIA e outro(a)
APELANTE : Justica Publica
APELADO(A) : OS MESMOS
NÃO OFERECIDA DENÚNCIA : SKYLEADER ASSESSORIA AERONAUTICA LTDA
No. ORIG. : 00007433920064036124 1 Vr JALES/SP

RELATÓRIO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ FEDERAL CONVOCADO RICARDO NASCIMENTO:

Trata-se de recursos de apelação, interpostos por João Luiz Malagó e pelo Ministério Público Federal contra sentença de fls. 688/692v, por meio da qual foi condenado o primeiro apelante pela prática do delito tipificado no art. 334, § 1º, c, do Código Penal (na redação anterior à Lei 13.008/14), nos autos de ação penal pública incondicionada em face dele ajuizada pelo *Parquet* federal.

Narrrou-se na exordial acusatória (fls. 501/503) o quanto segue:

É dos autos de inquérito policial que o Sr. JOÃO LUIZ MALAGÓ, sócio da empresa brasileira SKYLEADER ASSESSÓRIA AERONÁUTICA LTDA (fl. 79) e representante, no Brasil, da empresa americana SKYWAY AIRCRAFT INC. manteve em depósito e expôs à venda, no exercício de atividade comercial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu fraudulentamente no País.

Consoante cópia do auto de infração e termo de apreensão e guarda fiscal de nº 810700/00615/05 (fls. 11 e seguintes), lavrado pela 8ª RF DRF São José do Rio Preto, que culminou no Processo Administrativo-fiscal nº 10850.002103/2005-70, o denunciado, por intermédio da empresa SKYLEADER ASSESSÓRIA AERONÁUTICA LTDA, no período de 4/6/2003 a 09/01/2005, internou no País a aeronave prefixo N57SW, tipo B58, TH-1074, valendo-se de distintas e sucessivas admissões temporárias, conforme memorando nº 020/2005/DRF/FOZ/AIFI, acostado à fl. 15.

Conforme o Artigo 306 do decreto nº 4.543/2002, o regime aduaneiro especial de admissão temporária permite a introdução de bens que devam permanecer no país durante prazo e finalidade fixados, com suspensão de tributos na importação, retornando ao exterior sem sofrer modificações que lhes confirmem nova identidade.

No caso dos autos, houve fraude ao regime especial de suspensão do imposto de importação e, por conseguinte, dano ao erário, uma vez que restou caracterizado que o denunciado utilizou-se do instituto da admissão temporária para reforma da aeronave, por meio de importação irregular, quando na verdade se pretendia a comercialização dela. É o que se evidencia da própria declaração de JOÃO LUIZ MALAGÓ prestada aos auditores da Receita Federal (fl. 54), bem como pelo que se vê do anúncio de venda da referida aeronave veiculado pela Internet.

Forte nessa moldura, a caracterizar, no entendimento do órgão ministerial, a prática típica prevista no art. 334, § 1º, *c*, do Código Penal (na redação anterior à Lei 13.008/14), requereu o MPF, ao fim, o recebimento da denúncia, e o seguimento do feito até condenação do acusado João Luiz Malagó pela prática do tipo referido acima.

Denúncia recebida em 22 de julho de 2008 (fl. 504).

Após seguimento do feito, sobreveio sentença condenatória (fls. 688/692v). Afastadas as preliminares suscitadas pela defesa, entendeu a MMª. Magistrada *a quo* terem sido comprovadas autoria e materialidade delitivas, bem como o elemento subjetivo. No dispositivo, julgou procedente a pretensão punitiva do órgão estatal, para condenar o réu João Luiz Maragó, pela prática do crime descrito no art. 334, § 1º, *c*, do Código Penal (na redação anterior à Lei 13.008/14), à pena de um ano e quatro meses de reclusão, em regime inicial aberto. Substituiu a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, consistentes em: a) Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, nos termos legais, e em condições a serem definidas pelo Juízo de Execuções Penais competente; b) Prestação pecuniária, no valor de quarenta salários mínimos, em favor da União Federal. Réu condenado, também, ao pagamento das custas processuais.

Sentença publicada em 12 de maio de 2015 (fl. 693).

Interposto recurso de apelação pelo réu (fl. 695), em cujas razões (fls. 696/708) são aduzidos, em síntese, os seguintes argumentos em favor dos pleitos recursais:

- Teria ocorrido a prescrição da pretensão punitiva, tendo como parâmetro a pena concreta, e como marcos a data dos fatos e a data de recebimento da denúncia;

- Não teria havido regular citação do apelante, o que ensejaria o reconhecimento de nulidade do processo desde o recebimento da denúncia (excluído este);

- A denúncia seria inepta, por não apontar o valor exato de tributos iludidos na suposta operação de descaminho;

- No mérito, seria aplicável ao caso a Súmula Vinculante nº 24; também, inexistiriam provas suficientes de prática de descaminho;

- O acusado teria agido sem dolo;

- Se mantida a condenação, a pena pecuniária se revelaria por demais onerosa para o apelante, de modo que seria necessária sua redução.

Forte nisso, requereu-se o provimento do recurso, para: a) Reconhecer a prescrição da pretensão punitiva; b) Se vencida a prejudicial, reconhecer a nulidade do processo desde a fase de citação, ou, não sendo tal nulidade reconhecida, reconhecer a inépcia da denúncia; c) No mérito, reformar a sentença, para absolver o réu; d) Em caso de manutenção do édito condenatório, reduzir a prestação pecuniária.

Interposto recurso de apelação pelo Ministério Público Federal (fls. 710/710v). Razões de apelação do MPF (fls. 711/713v), requerendo, em síntese, a reforma parcial da sentença, para majorar a pena fixada na sentença, com base nos seguintes argumentos:

- As circunstâncias do crime seriam desfavoráveis, tendo em vista o valor do bem supostamente descaminhado;

- O réu ostentaria antecedentes negativos, "o que indica o mesmo possuir maus antecedentes, personalidade desajustada e tendenciosa ao crime" (fl. 713).

Contrarrazões de apelação do *Parquet* federal (fls. 714/719), pugnando pelo desprovimento do recurso defensivo.

Contrarrazões de apelação de João Luiz Malagó (fls. 722/727), pugnando pelo desprovimento do apelo ministerial.

Parecer da Procuradoria Regional da República (fls. 729/735), opinando pelo desprovimento de ambos os recursos.

É o relatório.

Sujeito à revisão, nos termos regimentais.

RICARDO NASCIMENTO
Juiz Federal Convocado

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): RICARDO DE CASTRO NASCIMENTO:10258

Nº de Série do Certificado: 08258E1D75C4E95D

Data e Hora: 15/09/2016 14:29:38

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0000743-39.2006.4.03.6124/SP

2006.61.24.000743-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
APELANTE : JOAO LUIZ MALAGO
ADVOGADO : SP053395 WANDERLEY GARCIA e outro(a)
APELANTE : Justica Publica
APELADO(A) : OS MESMOS
NÃO OFERECIDA DENÚNCIA : SKYLEADER ASSESSORIA AERONAUTICA LTDA
No. ORIG. : 00007433920064036124 1 Vr JALES/SP

VOTO**O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI:**

Ratifico o relatório.

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso, e passo ao exame de mérito.

O réu João Luiz Malagó foi condenado em primeiro grau pela prática do crime previsto no art. 334, § 1º, c, do Código Penal (com a redação anterior à vigência da Lei 13.008/14).

I - Da inoccorrência de prescrição

O réu alega ter ocorrido a prescrição da pretensão punitiva, tendo como base a pena cominada em

concreto. A prescrição teria ocorrido entre a data dos fatos e a data do recebimento da denúncia. Ocorre que a prescrição somente se afere com base na pena concreta após o trânsito em julgado da condenação para o órgão acusatório (conforme disposição do art. 110 do Código Penal), o que não ocorreu no caso concreto. Recordo que o Ministério Público Federal interpôs recurso de apelação questionando especificamente a pena, e requerendo sua majoração.

Sem o trânsito em julgado da condenação para a acusação, deve o exame relativo à prescrição ser realizado com base na pena máxima abstratamente fixada para o delito (Código Penal, art. 109, *caput*). Tratando-se de crime a que a lei comina pena máxima de quatro anos de reclusão, a prescrição se daria em oito anos (Código Penal, art. 109, IV), lapso este que não transcorreu entre quaisquer dos marcos interruptivos da prescrição, previstos no art. 117 do Código Penal (ou entre a data dos fatos e o primeiro deles, qual seja, o recebimento da denúncia).

Desse modo, rejeito a tese recursal, por não se configurar em concreto a prescrição da pretensão punitiva.

II - Da inexistência de nulidade no processo e da aptidão da denúncia

O réu alega ter havido nulidade em sua citação, o que ensejaria o reconhecimento de nulidade do processo desde a fase citatória. A alegação deve ser rechaçada.

Por primeiro, é de se salientar que, ainda no início do processo, o réu constituiu advogado nos autos, mediante procuração *ad judicium* cuja veracidade é incontroversa. Trata-se, inclusive, do patrono do réu até o momento. Os documentos constam de fls. 511/513 e 518. Tanto a manifestação inaugural da defesa técnica (requerendo vista dos autos para extração de cópias e a juntada do instrumento de mandato) quanto a procuração (instrumento de fl. 513) são datadas de 09 de outubro de 2008 (a denúncia fora recebida em 22 de julho do mesmo ano). Ressalto que a procuração faz menção expressa ao número de autuação do presente processo, sendo ali registrado que o mandato foi conferido "em especial para: defende-lo (*sic*), nos autos da Ação Criminal nº 2006.61.24.000743-0, em trâmite na Justiça Federal em Jales, no Estado de São Paulo" (fls. 513 e 518).

Portanto, o réu, em data próxima da do recebimento da denúncia, tomou efetiva ciência quanto à existência e conteúdo da ação penal em face dele ajuizada, tanto que constituiu regularmente advogado nos autos, por instrumento de mandato válido, e com remissão inequívoca e detalhada à existência do presente processo. Trata-se, como se vê, de ato de comparecimento espontâneo do réu, o que apenas se confirma e reforça por outras manifestações do causídico constituído (*e.g.*, as contidas nas fls. 530, 537/539, 543/544), não apenas requerendo vista dos autos, mas também informando novo endereço do réu, nos Estados Unidos da América (onde estaria trabalhando), bem como pedindo adiamentos da audiência requerida pelo MPF para oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo. Tudo a indicar tanto a ciência formal quanto a ciência material e plena do réu a respeito da existência da presente ação penal e dos termos da acusação.

Comprovado, em suma, o comparecimento espontâneo do réu, devido à constituição válida e por procuração de advogados nos autos, o que supre efetivamente a necessidade de citação, inclusive na esfera penal, tendo em vista o preenchimento material efetivo e completo da função do ato citatório, qual seja, o de dar ciência ao réu a respeito da existência de processo em face dele ajuizado e de seus termos, oportunizando ao acusado a ampla defesa. Nesse sentido, cito precedente relevante do C. STJ:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADMISSIBILIDADE. CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO. NULIDADE DE CITAÇÃO EDITALÍCIA. RÉU EM LUGAR INCERTO E NÃO SABIDO (FORAGIDO). POSTERIOR CONSTITUIÇÃO DE DEFENSOR PARA ACOMPANHAR A INSTRUÇÃO. ATO QUE SUPRE EVENTUAL FALTA OU NULIDADE DA CITAÇÃO. ARGUIÇÃO FORA DO MOMENTO OPORTUNO. CONVALIDAÇÃO. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE. PARECER ACOLHIDO. 1. O atual entendimento adotado no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça é de que não se tem mais admitido o habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais. Quando manifesta a ilegalidade ou sendo teratológica a decisão apontada como coatora, situação verificada de plano, admite-se a impetração do mandamus diretamente nesta Corte para se evitar o constrangimento ilegal imposto ao paciente. 2. Encontrando-se o réu foragido, em lugar incerto e não sabido, correta a determinação da citação editalícia. Contudo, a constituição de advogado, mediante procuração nos autos, configura comparecimento espontâneo do acusado, suprimindo eventual falta ou nulidade da citação (Precedentes). 3. De acordo com o art. 571, II, do Código de Processo Penal, nos processos de competência do Juiz singular, as nulidades ocorridas durante a instrução processual devem ser arguidas, em preliminar, nas alegações finais, sob pena de preclusão. In casu, a nulidade da citação só foi levantada em preliminar de apelação criminal, portanto fora do momento oportuno. 4. Habeas corpus não conhecido. (HC 201400955457, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:01/12/2014. Grifei.)

Mesmo que tal situação não se configurasse, fato é que se diligenciou no sentido de se citar o réu nos Estados Unidos da América, mediante pedido feito às autoridades estadunidenses no âmbito do tratado de cooperação judiciária em matéria penal Brasil-Estados Unidos (MLAT, na sigla em inglês), conforme documentos de fls. 561 e 567/579, e conforme decisão de fl. 560. As autoridades estadunidenses confirmaram a entrega dos documentos de citação e da proposta de suspensão condicional do processo no domicílio indicado como sendo o do réu (conforme ofício do Ministério da Justiça brasileiro de fl. 585, e informações prestadas pelas autoridades estadunidenses nas fls. 586/587, traduzidas nas fls. 592/593). Conquanto não se tenha assinatura do réu, mas apenas a informação oficial de que os documentos foram entregues em sua residência, trata-se de diferença procedimental que não configura, por si, lesão à ampla defesa e aos demais direitos constitucionais e legais conferidos pelo ordenamento brasileiro a quaisquer acusados.

Os procedimentos específicos de cumprimento da citação em país estrangeiro, em especial quando isso se dá no âmbito de pedidos de cooperação jurídica internacional, se dão nos termos da legislação de regência do país que cumprirá o pedido de cooperação, desde que tais regras não firam de maneira clara as próprias garantias básicas dos réus conforme estabelecidas pelo ordenamento pátrio, caso em que se teria diligência nula. Não é o que ocorre, do que dá prova, inclusive, a plena defesa exercida pelo acusado ao longo do processo, tendo o réu apresentado resposta à acusação (já no ano de 2013, devido ao longo lapso temporal gasto nas tentativas de citá-lo formalmente) e alegações finais, além de ter produzido provas por ele indicadas e, ao fim, recorrido da sentença. Desse modo, o ato citatório teria cumprido seu papel no caso concreto, ainda que o réu não tivesse ciência prévia quanto à existência e aos termos da presente ação penal, como já demonstrado.

Posto isso, e sendo patente o comparecimento espontâneo do réu desde o recebimento da denúncia, inexistente nulidade envolvendo sua citação. Por tais razões, rejeito o pleito recursal de reconhecimento de nulidade da citação.

Tampouco prospera a alegação de inépcia da denúncia. A peça esclarece qual seria o delito ocorrido, quem seria seu autor, quais as datas da ocorrência e o local desta, trazendo, ainda, elementos iniciais que permitem atestar a real possibilidade de os fatos serem verdadeiros. Preenche à saciedade, dessa feita, os requisitos previstos no art. 41 do Código de Processo Penal. Se, ao final da instrução do processo criminal, descobrir-se que parte da denúncia não corresponde aos fatos realmente ocorridos (em qualquer dos seus aspectos - temporal, espacial, pessoal, *et cetera*), isso pode ensejar a absolvição do réu, mas não a inépcia da denúncia. A ausência de provas suficientes, ou a existência de provas que atestem ao fim versão contrária à da exordial acusatória dão azo a que se prolate sentença de mérito, julgando improcedente a pretensão punitiva estatal, mas não se relacionam com a aptidão da denúncia para produzir seus efeitos jurídicos, inaugurando ação penal (se recebida, por óbvio) em face de quem por meio dela for acusado.

Não prospera a tese recursal de acordo com a qual seria necessária a constituição definitiva do crédito tributário para configuração concreta do crime de descaminho. O descaminho é crime de natureza formal, bastando para sua configuração a simples ilusão do pagamento do tributo devido pela entrada de mercadoria em território nacional. Isso porque os bens jurídicos tutelados no tipo penal do descaminho não se resumem à proteção da arrecadação tributária, mas envolvem também, sobremaneira, o interesse estatal no controle da entrada e saída de mercadorias, assim como a estabilidade das atividades comerciais dentro do país. Desse modo, não se há de falar em um crime de consequências exclusivamente tributárias, ou submetido aos mesmos efeitos jurídicos dos regramentos atinentes aos crimes materiais contra a ordem tributária, em especial os previstos no art. 1º da Lei 8.137/90, aos quais se aplica o previsto na Súmula Vinculante nº 24.

Por tais razões, já se assentou na jurisprudência dos tribunais superiores que a constituição definitiva do crédito tributário não é necessária para a caracterização do delito de descaminho. Nesse sentido, cito os seguintes precedentes:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. 1. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. 2. CRIME DE DESCAMINHO. NÃO CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. IRRELEVÂNCIA. CRIME FORMAL. 3. PARCELAMENTO E PAGAMENTO DO TRIBUTO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA DA LEI N. 10.684/2003. 4. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. A Primeira Turma do STF e as Turmas que compõem a Terceira Seção do STJ, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. 2. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça firmaram compreensão no sentido de que a consumação do crime de descaminho independe da constituição definitiva do crédito tributário, haja vista se tratar de crime formal, diversamente dos crimes tributários listados na Súmula Vinculante n. 24 do Pretório Excelso. 3. Cuidando-se de crime formal, mostra-se irrelevante o parcelamento e pagamento do tributo, não se inserindo, ademais, o crime de descaminho entre as hipóteses de extinção da punibilidade listadas na Lei n. 10.684/2003. De fato, referida lei se aplica apenas aos delitos de sonegação fiscal, apropriação indébita previdenciária e sonegação de contribuição previdenciária. Dessa forma, cuidando-se de crime de descaminho, não há se falar em extinção da punibilidade pelo pagamento. 4. Habeas corpus não conhecido. (HC 201301781418, REYNALDO SOARES DA FONSECA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:09/03/2016 ..DTPB:.)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. TESE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NÃO PREQUESTIONADA. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356/STF. AGRAVO REGIMENTAL

IMPROVIDO. 1. É pacífico o entendimento do STF e desta Corte de que o crime de descaminho é formal, não dependendo a sua caracterização da constituição definitiva do crédito tributário. 2. A questão relativa à análise da incidência ou não do princípio da insignificância não foi enfrentada pelo acórdão recorrido e não foram opostos embargos declaratórios para esclarecer o tema. Incidência das Súmulas 282 e 356/STF. 3. É exigência inafastável ao conhecimento do recurso especial que as questões tenham sido prequestionadas, inclusive as de ordem pública. Precedentes. 4. Agravo regimental improvido. (AGARESP 201501642040, REYNALDO SOARES DA FONSECA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:11/11/2015 ..DTPB:.)

RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA COM A CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DESNECESSIDADE. EFEITOS EXTRAPENAIIS DA CONDENAÇÃO. INABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DA MEDIDA. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. A instauração de procedimento administrativo para constituição definitiva do crédito tributário no descaminho, nos casos em que isso é possível, não ocasiona nenhum reflexo na viabilidade de persecução penal. 2. São requisitos objetivos para a imposição de inabilitação para dirigir veículo automotor a prática de crime doloso e a utilização do automóvel como meio para a realização do delito. 3. Além dos requisitos objetivos, é exigido que o juiz justifique a conveniência de sua imposição no caso específico. As instâncias ordinárias, além de apontarem os requisitos objetivos, fundamentaram concretamente a necessidade de aplicação da medida. 4. Recurso especial não provido. (RESP 201403283745, ROGERIO SCHIETTI CRUZ, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:05/10/2015 ..DTPB:.)

Recurso ordinário em habeas corpus. 2. Crime de descaminho. Crime formal. Desnecessidade da constituição definitiva do tributo para consumação do delito e o início da persecução penal. Precedentes. 3. Recurso ordinário a que se nega provimento. (STF, RHC 123.844. SEGUNDA TURMA, REL. MIN. GILMAR MENDES. J. EM 04/11/2014.)

Informo que, no caso, a constituição definitiva não se deu, ao que tudo indica, devido à aplicação da pena de perda (perdimento) da aeronave descrita na denúncia.

Em suma: descabe falar em necessidade de constituição definitiva do crédito tributário para que se configure em concreto o crime de descaminho. Quanto ao argumento de que a ausência de crédito tributário definitivamente constituído impossibilitou que a defesa alegasse a insignificância da conduta (porquanto não haveria valor certo das mercadorias e dos tributos iludidos), este não procede. Com efeito, há nos autos o Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de fls. 12/14, em que se informa que o valor de avaliação da aeronave que constituiria objeto do crime de descaminho era de R\$ 670.000,00 (seiscentos e setenta mil reais); tendo em vista a estimativa de pagamento de tributos no valor de 50% sobre operações de importação, o valor de tributos iludidos seria superior a trezentos mil reais. Ademais, salta aos olhos pela própria natureza do bem (uma aeronave) que seu valor (e, por

óbvio, o dos tributos sobre sua suposta importação incidentes) não se adequam a parâmetros de aplicação do princípio da insignificância.

Acrescento que os fatos foram adequadamente narrados, tratando-se, os impostos individualmente considerados, de qualificação normativa dos fatos, em questão atinente, em verdade, ao conhecimento exigido de todos quanto às obrigações instituídas pelo ordenamento jurídico. Tais questões não precisariam necessariamente constar da descrição da denúncia, a qual, reitero, narrou suficientemente o quadro fático pertinente ao caso dos autos.

Rejeitadas as preliminares suscitadas, passo ao exame do mérito da ação penal.

II - Da materialidade, da autoria e do dolo

A materialidade delitiva e a autoria foram devidamente demonstradas nos autos. A aeronave de Tipo BE 58, série TH-1074, matrícula N57SW, ingressou em território nacional pela primeira vez em 04 de junho de 2003 (fl. 15). O ingresso da aeronave se deu obedecendo ao regime especial de admissão temporário, regime sob o qual não se considera que a internalização do bem corresponda a uma operação de importação. O regime especial de admissão temporária é utilizável, em regra, para fins de internalização temporária de bens (frequentemente, veículos) quando seus proprietários ou usuários são provenientes do exterior, e se encontram em solo pátrio para fins de turismo ou negócios. O regime aduaneiro especial em questão era regulado à época pelo Decreto 4.543/02 (ora revogado pelo Decreto 6.759/09, atual regulamento aduaneiro). No que tange a aeronaves, há, ainda, a regulamentação específica contida no Decreto 97.464/89.

Prevê o plexo normativo de regência que, nos casos de ingresso temporário de aeronave em território nacional sem fins comerciais, se autorizado pelos órgãos competentes, será expedido Termo de Admissão Temporária, com prazo de permanência nele previsto de forma taxativa. Os termos de admissão temporária contidos nos autos foram lavrados tanto por autoridades do ora extinto Departamento de Aviação Civil (cujas funções foram absorvidas pela Agência Nacional de Aviação Civil a partir de 2006) quanto por agentes da Receita Federal. Em todos, foi concedido prazo de 60 (sessenta) dias para a permanência da aeronave N57SW em território nacional. O ingresso não poderia

se dar com finalidade comercial (o que acarretaria regime diverso), nem de permanência definitiva ou revenda (o que caracterizaria o ingresso como importação do bem).

A aeronave fez diversas viagens/trechos, nacionais e internacionais, no período descrito na denúncia (de junho de 2003 a janeiro de 2005). Transcrevo, a seguir, a sequência de entradas e saídas internacionais, que são as mais relevantes para fins penais. Esclareço que quatro das viagens se deram entre Foz do Iguaçu/PR e Cataratas del Iguaçu/AR (locais vizinhos). As demais partiram diretamente de Jales/SP ou Fernandópolis/SP (a aeronave era guardada em hangar situado na cidade de Jales), mas também tiveram como destino a cidade fronteira de Cataratas del Iguaçu, localizada na Argentina. As informações constam de fls. 15 e 115/116:

<u>Entrada no Brasil</u>	<u>Saída</u>
04 de junho de 2003	13 de agosto de 2003
13 de agosto de 2003	10 de outubro de 2003
10 de outubro de 2003	30 de dezembro de 2003
30 de dezembro de 2003	27 de fevereiro de 2004
27 de fevereiro de 2004	24 de abril de 2004
24 de abril de 2004	21 de junho de 2004
21 de junho de 2004	30 e outubro de 2004
30 de outubro de 2004	09 de janeiro de 2005
09 de janeiro de 2005	(relatórios produzidos em fevereiro; o termo de admissão ainda estava em vigor, com vencimento em março de 2005)

A sequência de entradas e saídas registradas pelas autoridades fiscais e aeroportuárias brasileiras denota de maneira inequívoca que a operação realizada foi de internalização definitiva do bem em território nacional. Nota-se que há uma tentativa de mascarar a verdadeira natureza da operação por meio de várias operações de saída do território nacional. No entanto, as viagens - em boa parte das ocasiões - se deram entre duas localidades de fronteira (Foz do Iguaçu e Cataratas del Iguaçu; mesmo as que não tiveram como ponto de partida uma cidade de fronteira tiveram Cataratas del Iguaçu como destino), e - em todas as ocasiões - o retorno da aeronave ao território nacional, para nova "admissão temporária", se deu no mesmo dia, com horas de diferença entre os horários de saída e de reingresso. A sequência de atos demonstra inclusive *modus operandi* idêntico, e a permanência desse método no tempo afasta qualquer aparência de plausibilidade em uma sequência de viagens de turismo ou negócios envolvendo a aeronave. A operação perdurou de junho de 2003 a fevereiro de 2005, mês a partir do qual se iniciaram apurações após a detecção da anomalia pelas autoridades administrativas.

Esclareço que a finalidade declarada pela empresa proprietária da aeronave na internalização era ora a de "turismo" (fls. 17, 26, 28, 38), ora de "negócios" (fls. 19, 22, 24, 35). A absoluta aleatoriedade entre as opções de "turismo" e "negócios" como finalidades dos ingressos da aeronave no Brasil, em especial quando esta é pertencente a uma pessoa jurídica atuante no próprio ramo aeronáutico (não se sabendo que "turismo" se poderia realizar), reforça a conclusão acima. A sociedade empresária que foi declarada como proprietária da aeronave foi a *Skyway Aircraft Inc.* (fl. 54), companhia estadunidense representada no Brasil pelo ora apelante João Luiz Malagó, o qual também era sócio e administrador da sociedade empresária *Skyleader Assessoria Aeronáutica Ltda.*

Ademais, quando intimada para informar a que título se deram as viagens entre localidades brasileira que se realizaram com a aeronave N57SW, a sociedade empresária que operava a aeronave e em cujo hangar foi apreendido o bem (*Skyleader Assessoria Aeronáutica Ltda.*, empresa de propriedade do réu, e por ele administrada) informou, em documento assinado pelo réu, e com relação à maior parte dos pousos, que a aeronave "pousou neste aeroporto para demonstração tendo em vista solicitação do senhor (...)", informação seguida do nome do solicitante. Essa foi a justificativa para o pouso nos aeroportos de Araçatuba, Londrina, Goiânia e Marília. Quanto aos três outros aeroportos referidos, as paradas se deram por motivos técnicos ou de reabastecimento (informações remetidas pela sociedade empresária à Receita Federal e contidas nas fls. 93/94). As seguidas demonstrações a pedido de interessados demonstram, em conjunto com as provas acima citadas, que a finalidade dos proprietários da aeronave foi não apenas a de importá-la (mascarando a importação pelo meio descrito), mas a de revendê-la, para o que fizeram, inclusive, demonstrações "a pedido" de prováveis interessados.

A conclusão a respeito do intuito de revenda da aeronave é reforçada diante da descoberta, realizada pelos agentes fazendários, de que a aeronave, adquirida anteriormente por trinta mil dólares estadunidenses, fora posta à venda - no Brasil - pela pessoa jurídica *Skyleader* ao preço de duzentos e noventa mil dólares estadunidenses (fl. 104). A informação é confirmada diante de imagens obtidas no próprio sítio eletrônico da *Skyleader* (fls. 124/127), em que a aeronave descrita nestes autos é expressamente colocada à venda pelo preço de US\$ 290.000,00. A aeronave foi, inclusive, objeto de reforma parcial pela *Skyleader*, o que, além de apurado pelas autoridades fiscais, foi confirmado por João Luís Malagó em depoimento (fls. 432/433). Informo que o bem foi avaliado em R\$ 670.000,00 também por laudo merceológico (fls. 408/409), em valores de 2005.

A Receita Federal, em relatório em procedimento fiscal de fls. 264/274, também chegou à conclusão de que se tratou de uso irregular do regime de admissão temporária, motivo pelo qual houve, inclusive, a decretação de perdimento do bem (fls. 383/384).

Interrogado pela autoridade policial (fls. 432/433), o réu João Luiz Malagó confirmou que, além de sócio da *Skyleader*, era representante da *Skyway Aircraft Inc.* (companhia americana) para toda a América do Sul, inclusive o Brasil. Além disso, que a aeronave em questão estava no Brasil "sob regime de admissão temporária, emitida (*sic*) pela Receita Federal em Foz do Iguaçu/PR, por aproximadamente dois anos antes da apreensão"; ainda, e em especial, "que a intenção da SKYWAY era vender a aeronave, tendo sido oferecida para venda a empresas de diversos países como Venezuela, Argentina, Paraguai e Uruguai" (fl. 432). O réu não depôs em juízo, embora intimado para tanto, nem se interessou pelo comparecimento pessoal a outros atos do processo (dos quais participou seu defensor constituído).

Registro, ainda, as informações prestadas em juízo pelas testemunhas de acusação arroladas nos autos, os auditores fiscais da Receita Federal Jefferson Fernandes Pereira e Grigor Haig Vartanian (depoimentos registrados na mídia digital de fl. 646). Após o recebimento de informações, provenientes das autoridades fazendárias lotadas em Foz do Iguaçu/PR, no sentido de a aeronave referida nestes autos ter sido importada fraudulentamente (internalizada sob regime de admissão temporária), as testemunhas procederam a diligências e terminaram por apreender a aeronave, além de outro avião, ambos no hangar da *Skyleader* em Jales/SP. Ambos os depoentes confirmaram a constatação de ter havido operação nos termos descritos acima, com a consequente perda do bem em favor da União em sede administrativa.

A testemunha de defesa Edmo Luiz Lazaro, que trabalhou no passado como empregado do réu, deu informações a respeito da honestidade do acusado. Não tinha informações precisas a respeito da aeronave ou negócios que a envolvessem, mas disse crer que a aeronave estaria regular. Afirmou que o réu trabalhava com comércio de aeronaves, mas não sabia se eram de sua propriedade.

Por todas as informações acima relatadas, resta claro que João Luiz Malagó, na condição de sócio e administrador da *Skyleader*, e de representante no Brasil da *Skyway Aircraft*, importou bem (a aeronave de matrícula N57SW) com ilusão total dos tributos devidos, utilizando-se para isso de ardil que consistia na simulação de seguidas "admissões temporárias" da aeronave, como se se tratasse de diversos usos desta para fins de negócios ou turismo dos proprietários ou utilizadores do bem, tudo com o intuito de revender o bem sem o pagamento anterior dos tributos incidentes sobre sua internalização efetiva e com intuito de permanência no território pátrio.

Ainda, é de se destacar que o ato de importação ocorreu com o primeiro ingresso do bem em território

nacional, em 4 de junho de 2003. Todos os atos subsequentes visaram a garantir o sucesso material do primeiro ato fraudulento, e constituem atos de mero exaurimento, auxiliando, também, como elementos de comprovação da primeira prática e de demonstração que se tratou de um mecanismo fraudulento operado com plena consciência e planejamento.

O dolo exsurge cristalino nesse contexto, tendo em vista a sequência deliberada e cuidadosamente planejada de atos, praticados pelo réu ou por ele comandados, que visavam a garantir a permanência da simulação de que a aeronave se enquadrava em condições de admissão temporária, tudo com o intuito específico de iludir impostos que incidiriam caso se descobrisse que houve, na verdade, internalização do bem na qualidade jurídica de importação. O argumento da defesa, de que não haveria dolo de fraudar devido aos próprios pedidos seguidos de admissão temporária da aeronave, não se sustenta, tendo em vista que, no caso concreto, trata-se justamente do oposto: esses seguidos pedidos foram o meio específico utilizado para garantir a importação, manutenção em depósito e exposição à venda do bem descaminhado em território nacional sem o pagamento dos impostos devidos, fazendo as autoridades crerem que se tratava de mera permanência temporária, admitida em nosso ordenamento sob requisitos específicos, em ato que não configuraria importação. Além dos atos objetivos descritos em minudência até o ponto, as próprias declarações do acusado quando ouvido mostram sua plena ciência quanto ao caráter da operação que estava a praticar. A prática visou a legitimar falsamente sua conduta, descaracterizando aos olhos dos órgãos competentes (mediante o expediente fraudulento descrito) a verdadeira natureza do ato: a de um ato de importação, seguido de manutenção em depósito e exposição à venda de um produto sabidamente internalizado com ilusão dos impostos devidos.

Portanto, atestada a vontade livre e consciente de praticar conduta amoldada ao tipo descrito no art. 334 , § 1º, *c*, do Código Penal.

Provadas autoria e materialidade delitivas, bem como o dolo, e ausentes excludentes de qualquer espécie, deve a condenação ser mantida. Passo ao reexame da dosimetria.

III - Da dosimetria

Na primeira fase da dosimetria, a pena-base foi estabelecida acima do mínimo legal, em um ano e seis

meses de reclusão, devido à valoração negativa da culpabilidade. Não há questionamento da defesa no que tange a isso. Já o Ministério Público Federal requer a majoração da pena-base, com base na valoração negativa das circunstâncias do crime e dos antecedentes do réu. O pleito comporta parcial provimento.

Por primeiro, as circunstâncias de desenvolvimento intelectual e além do ordinário na execução da prática delitiva foram expressamente valoradas a título de culpabilidade exacerbada na sentença - valoração que mantenho, ante sua correção e devida fundamentação -, de modo que constituiria inaceitável *bis in idem* que elas fossem usadas também para aumento de pena ao título de serem circunstâncias do crime. Já no que toca ao alto valor do bem descaminhado (uma aeronave, avaliada em R\$ 670.000,00 em valores de 2005), e, conseqüentemente, dos tributos iludidos, devem tais fatores ser considerados, porquanto fogem em muito ao ordinário ante os valores envolvidos (da aeronave e, por conseguinte, dos tributos que incidiriam em caso de regular importação). No mesmo sentido, cito precedente desta E. Corte:

*PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE DESCAMINHO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. CONDENAÇÃO. PENA-BASE MAJORADA. ALTO VALOR DOS TRIBUTOS ILUDIDOS. ATENUANTE DA CONFISSÃO. RECURSO DA PROVIDO. 1. Materialidade delitiva incontestável em face do Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal e Laudo de Exame Merceológico, os quais demonstram que as mercadorias apreendidas eram importadas e estavam desacompanhadas de documentação comprobatória do pagamento dos impostos devidos. 2. Irrelevante a circunstância dos laudos de exame merceológico não indicarem o país de procedência das mercadorias, vez que foram conclusivos acerca da procedência estrangeira dos produtos apreendidos, o que já é suficiente para configurar a materialidade do delito de descaminho, tendo em vista que a tipicidade decorre da ação de introduzir em território nacional mercadoria sem o devido recolhimento de tributo, bastando a presença de exames periciais indiretos para tanto, pois se trata de crime que não deixa vestígios. 3. Outrossim, caso houvesse também a contrafação das mercadorias incidiria o tipo penal do artigo 190, da Lei nº 9.279/96, o qual protege bem jurídico completamente diverso do artigo 334, do Código Penal. 4. Restando incontroversa a origem estrangeira das mercadorias, caso houvesse prova de que os produtos apreendidos não fossem autênticos, não haveria *bis in idem* se o acusado respondesse pela prática do crime em tela e contra a propriedade intelectual, em razão de serem delitos distintos. 5. Autoria delitiva igualmente demonstrada, uma vez que o estabelecimento comercial onde foram apreendidas as mercadorias mantidas em depósito e expostas à venda, no exercício de atividade comercial, pertencia ao réu, o qual, aliás, estava presente no local no momento da diligência, não tendo apresentado a documentação fiscal comprobatória referente à importação ou regular aquisição dos produtos apreendidos. 6. Dolo direto evidenciado, já que o acusado tinha plena consciência da ilicitude de sua conduta, vez que já respondeu por outra ação penal pela prática de descaminho e possuía estabelecimento comercial em local notoriamente conhecido por comercializar mercadorias descaminhadas. 7. Condenação do réu pela prática do delito tipificado no artigo 334, §1º, "c", do Código Penal. 8. Na primeira fase de dosimetria da pena, a pena-base merece ser fixada acima do mínimo legal em face do alto valor dos produtos apreendidos em poder do acusado, o que enseja, por consequência, num alto valor de tributos sonegados, configurando assim graves consequências do delito. Pena-base fixada em 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão. 9. Na segunda fase, inexistindo*

agravantes, incide a atenuante da confissão espontânea, vez que é admitida na modalidade qualificada, de maneira que o fato do réu admitir a autoria do fato criminoso, mas invocar uma excludente de ilicitude ou culpabilidade, não obsta o reconhecimento da circunstância atenuante da confissão espontânea. Tampouco se exige que a autoria do crime seja desconhecida para que se configure a atenuante. Ademais, ainda que não seja espontânea ou seja parcial, deve incidir sempre que fundamentar a condenação do acusado, como no caso, ainda que tenha sido preso em flagrante delito. Pena reduzida em 1/6 (um sexto), resultando em 1 (um) ano e 15 (quinze) dias de reclusão. 10. Na terceira fase, ausentes causas de aumento ou diminuição, torno definitiva a pena de 1 (um) ano e 15 (quinze) dias de reclusão. 11. Regime inicial aberto para cumprimento de pena privativa de liberdade, nos termos do artigo 33, §2º, "c", do Código Penal. 12. Substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos. 13. Apelação provida para condenar o réu ao cumprimento da pena definitiva de 1 (um) ano e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos, pela prática do crime previsto no artigo 334, §1º, III, do Código Penal (alterado pela Lei nº 13.008/14).(ACR 00058740820124036181, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/07/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO. Grifei.)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. DESCAMINHO. EXAME PERICIAL. EXAME PERICIAL. CONSUMAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. 1. A realização de exame pericial no crime de descaminho não é condição de procedibilidade da ação penal (STJ, REsp n. 199700817504, Rel. Min. Vicente Leal, j. 22.05.00; TRF da 3ª Região, ACR n. 00123777420064036110, Rel. Juíza Fed. Conv. Louise Filgueiras, j. 02.02.11). 2. Materialidade e autoria comprovadas. 3. As circunstâncias judiciais desfavoráveis, consoante reconhecidas pelo MM. Juízo a quo, aconselham a fixação da pena-base acima do mínimo legal. Considerando-se a culpabilidade acima da média, bem como as circunstâncias da apreensão e o modus operandi do réu, que se utilizou de meios fraudulentos para realizar a importação das mercadorias, e à vista das consequências do delito, evidenciadas pela significativa quantidade e alto valor da carga, estimada em R\$ 1.367.030,00 (um milhão trezentos e sessenta e sete mil trinta reais), mostra-se razoável a exacerbação da pena-base no patamar estabelecido na sentença. 4. Apelação do réu não provida.(ACR 00161045120084036181, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/06/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO. Grifei.)

PENAL - DESCAMINHO - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - DOSIMETRIA - REDUÇÃO DA PENA - ATENUANTE DE CONFISSÃO RECONHECIDA - USO DE TRANSPORTE AÉREO - CRIME CONSUMADO - EXCLUSÃO DA PENA DE MULTA, DE OFÍCIO - APELO DA ACUSAÇÃO IMPROVIDO - APELO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A materialidade e autoria do crime restaram comprovadas fartamente nos autos, foram detida e expressamente apreciadas pela sentença e os réus não impugnaram as provas produzidas. 2. A fixação das penas-base acima do mínimo legal justifica-se ante as graves consequências do crime, pois, tendo em conta o alto valor das mercadorias, conclui-se que é alto o valor do tributo iludido e, por consequência, o resultado lesivo da prática do crime, que atinge diretamente o erário público. Assim, é de se aumentar o mínimo legal em 6 (seis) meses, resultando as penas-base, para cada réu, em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão. 3. Se a confissão do agente é um dos fundamentos da condenação, a atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal, deve ser aplicada, sendo irrelevante o momento em que ocorreu, se foi total ou parcial, ou mesmo se houve retratação posterior. 4. Reconhecida a atenuante genérica da confissão espontânea, até porque a confissão dos réus contribuiu para a comprovação da autoria do crime, fixando-a no patamar de 6 (seis) meses, para reduzir as penas, para cada um dos réus, para 1 (um) ano de reclusão. 5. O Código

Penal, em seu artigo 334, parágrafo 3º, ao prever a aplicação da pena em dobro, não faz qualquer distinção entre o transporte aéreo regular e o clandestino, devendo ser aplicada sempre que o crime de contrabando ou de descaminho for praticado por meio de transporte aéreo. Mantida, assim, a aplicação da majorante, as penas devem ser dobradas, o que resulta, para cada réu, em 2 (dois) anos de reclusão. 6. Na hipótese de contrabando ou descaminho, o crime se consuma com o ingresso das mercadorias em território nacional, com a ilusão dos tributos devidos pela importação, ainda que dentro da zona fiscal. Precedente desta Corte. 7. O fato de a apreensão ter ocorrido dentro da zona fiscal não tem o condão de afastar a consumação do delito. No entanto, à míngua de recurso ministerial, deixo de afastar a minorante prevista no artigo 14, parágrafo único, do Código Penal. 8. Mantida a minorante no patamar mínimo de 1/3 (um terço), tal como posto na sentença, as penas definitivas resultam, para cada réu, em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão. 9. A pena de multa não pode ser aplicada ao crime de descaminho ou contrabando, por ausência de previsão legal, razão pela qual deve ser excluída, de ofício, restando prejudicado o recurso da defesa, no tocante à redução do valor da multa fixado pela sentença. 10. Tendo em conta a redução da pena privativa de liberdade, a substituição da pena deve ser adequada, para que a duração da prestação pecuniária seja igual ao da pena corporal substituída, ou seja, de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão. 11. Apelo da acusação improvido. Apelo da defesa parcialmente provido.(ACR 00030483520114036119, DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, TRF3 - DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:05/09/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO. Grifei.)

Desse modo, devem as consequências do crime ser negativamente valoradas. A mera referência às "circunstâncias do crime" na apelação não descaracteriza a fundamentação recursal, que se refere claramente às consequências do crime.

Quanto à valoração negativa dos antecedentes, transcrevo excerto do parecer da d. Procuradoria Regional da República, que adoto (fls. 734/734v):

Ademais, a acusação alegou que há condenações já transitadas em julgado, conforme consta da folha de antecedentes do acusado (fl. 527/527v), justificando-se a exasperação da pena-base a título de maus antecedentes.

De fato, o réu foi condenado à pena de 10 (dez) dias-multa pela prática do crime previsto no artigo 129 do Código Penal, no bojo dos autos nº 224/1994. Ainda, foi proferida condenação à pena de 10 (dez) dias-multa, no bojo dos autos nº 131/1986, pela prática do crime previsto no artigo 28 da Lei de Contravenções Penais.

Não se desconhece que, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, condenações anteriores transitadas em julgado, alcançadas pelo prazo depurador de 05 (cinco) anos do artigo 64, inciso I, do Código Penal, embora afastem os efeitos da reincidência, não impedem a configuração de maus antecedentes, permitindo a exasperação da pena-base acima do mínimo legal. (...)

No entanto, entende-se que, à luz do caso concreto, utilizar condenação pela prática do crime previsto no artigo 129 do Código Penal, ocorrida há mais de 20 (vinte) anos, ou mesmo condenação por contravenção penal, ocorrida há quase 25 (vinte e cinco) anos, para majorar a pena-base pela prática de crime descaminho (sic) a título de maus antecedentes, fugiria do razoável e violaria o princípio constitucional da individualização da pena, nos termos do artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal.

Posto isso, rejeito o pleito de valoração negativa dos antecedentes do réu; de outro lado, mantenho a valoração negativa da culpabilidade e valoro negativamente as circunstâncias do crime, fixando a pena-base em dois anos e seis meses de reclusão.

Na segunda fase da dosimetria, incide, como é incontroverso, a atenuante prevista no art. 65, III, *d*, do Código Penal. Na sentença, a pena foi reduzida em dois meses na segunda fase da dosimetria (ou um nono da pena-base). Em linha com o entendimento desta C. Turma, fixo de ofício o patamar de redução da pena em um sexto devido à confissão espontânea. Inexistindo agravante ou outras atenuantes, estabeleço a pena provisória no patamar de 2 (dois) anos e 1 (um) mês de reclusão, pena que torno definitivo ante a ausência de causas de aumento ou diminuição.

Mantenho o regime inicial aberto para cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 2º, *c*, do Código Penal, e não se tendo nas circunstâncias concretas elementos que exijam a fixação de regime mais gravoso. De resto, não houve impugnação ministerial quanto ao regime inicial de cumprimento da pena, de modo que eventual alteração constituiria inaceitável *reformatio in pejus*.

Por fim, mantenho a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, porquanto preenchidos os requisitos autorizadores (Código Penal, art. 44), bem assim por inexistir impugnação ministerial específica. O único pleito do réu relativamente à dosimetria é o de redução da

prestação pecuniária fixada como pena substitutiva. A prestação pecuniária foi estabelecida no édito condenatório no valor de quarenta salários mínimos.

O réu, além de trabalhar no setor de reforma e venda de aeronaves, era sócio e co-administrador de sociedade empresária atuante no ramo, além de representante sul-americano em companhia estadunidense do mesmo ramo. Seu grau de envolvimento com o crime, desde o planejamento e manutenção do elaborado esquema perante as autoridades fiscalizatórias brasileiras, passando pelo lucro direto que teria com a revenda da aeronave por ele mantida e exposta à venda (visto que era o proprietário da empresa que venderia a aeronave), denotam não apenas sua capacidade econômica, como a reprovabilidade concreta da conduta pessoal do réu, a exigirem correspondente sanção, seja sob o prisma preventivo, seja sob o prisma repressivo. Demais disso, não foi trazida pela defesa qualquer prova de que o réu teve reduzida sua capacidade econômica.

Forte nisso, rejeito o pleito defensivo, e mantenho a prestação pecuniária no mesmo patamar estabelecido na sentença. Mantenho, também, a outra pena restritiva de direitos estabelecida na sentença condenatória, qual seja, a de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, nos termos legais, e em condições a serem fixadas pelo Juízo de Execuções Penais competente.

Mantenho as demais disposições da sentença.

Ante o exposto, conheço dos recursos de apelação e, no mérito: a) Nego provimento ao interposto pelo réu; b) Dou parcial provimento ao interposto pelo Ministério Público Federal, para majorar a pena-base e, consequentemente a pena final; c) De ofício, aumento a fração de redução da pena em decorrência da incidência da atenuante prevista no art. 65, III, *d*, do Código Penal, restando o réu condenado, pela prática do delito tipificado no art. 334, § 1º, *c*, do Código Penal, à pena de 2 (dois) anos e 1 (um) mês de reclusão, em regime inicial aberto. Mantida a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, nos termos *supra*.

É como voto.

JOSÉ LUNARDELLI
Desembargador Federal

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): JOSE MARCOS LUNARDELLI:10064

Nº de Série do Certificado: 71D062F09822A461

Data e Hora: 08/09/2016 17:45:12
