

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE Nº 5007232-52.2012.404.7002/PR

RELATOR : MÁRCIO ANTONIO ROCHA

EMBARGANTE : AMAURI LUCAS DE ALMEIDA

**PROCURADOR : FABRÍCIO VON MENGDEN CAMPEZATTO (DPU)
DPU074**

EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. ARTIGO 334 DO CÓDIGO PENAL. AUTORIA. PROVA. MOTORISTA DE ÔNIBUS. TRANSPORTE DE MERCADORIA IMPORTADA IRREGULARMENTE. CIÊNCIA DA ILICITUDE.

1. Configura-se o contrabando ou o descaminho com a prática livre e consciente da conduta de transportar mercadorias estrangeiras importadas irregularmente, sem o pagamento dos tributos devidos, ciente da ilicitude da ação, não sendo necessário que o transportador seja o proprietário das mercadorias.

2. A autoria do delito de contrabando ou de descaminho é imputável ao condutor do veículo que, ciente da ilicitude da sua conduta, transporta irregularmente mercadorias de procedência estrangeira, importadas sem o pagamento dos tributos devidos, em ônibus sem identificação das bagagens.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 4ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, negar provimento aos embargos infringentes e de nulidade, vencidos os Desembargadores Federais Victor Luiz dos Santos Laus e Sebastião Ogê Muniz, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 22 de maio de 2014.

Juiz Federal JOSÉ PAULO BALTAZAR JUNIOR
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de embargos infringentes e de nulidade interpostos por Amauri Lucas de Almeida (Evento 23), contra acórdão da 8ª Turma deste Tribunal que, por maioria, deu provimento à apelação criminal do MPF para condenar o réu pela prática da conduta tipificada no art. 334, caput, do CP, à pena corporal de 01 (um) ano de reclusão, substituída por uma restritiva de direitos. O acórdão foi assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL. DESCAMINHO. MOTORISTA DE ÔNIBUS DE EXCURSÃO. RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL. CIÊNCIA ACERCA DA CONDUTA DELITIVA PERPETRADA POR TERCEIROS. ACOBERTAMENTO DA ATIVIDADE ILÍCITA. DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES E ATENUANTES, ASSIM COMO CAUSAS DE AUMENTO E DIMINUIÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44, I, II E III, E § 2º, DO CÓDIGO PENAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. APELAÇÃO CRIMINAL PROVIDA. 1. Tipificada a conduta ilícita como descaminho, a concretização da tipificação penal e a consumação do delito ocorrem no momento da entrada ou saída da mercadoria descaminhada no território nacional. 2. Materialidade do fato comprovada pelos documentos elaborados e lavrados pela autoridade competente e responsável pela diligência fiscalizatória por ocasião da apreensão das mercadorias. 3. Em caso de prática de descaminho por passageiros de ônibus de excursão, o motorista do veículo pode ser responsabilizado criminalmente se contribuir para a consecução do ilícito, acobertando a conduta de terceiros. 4. Constitui obrigação do motorista, como preposto da empresa, efetuar a identificação de cada bagagem, em caso contrário, adere à conduta ilícita perpetrada por terceiros, incorrendo na hipótese do art. 29, caput, do Código Penal. 5. "A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena." (HC 107.409/PE, 1.ª Turma do STF, rel. Min. Rosa Weber, um., j. 10/4/2012, DJe-091, 09/5/2012). 6. Para fixar a pena-base, deve o julgador tomar em conta os princípios da necessidade e eficiência, decompostos nos diferentes elementos previstos no art. 59 do Código Penal, pautando-se sua fixação principalmente na censurabilidade da conduta, consoante doutrina de Zaffaroni e Pierangeli. 7. Fixada a pena-base em 01 (um) ano de reclusão, será essa a pena definitiva, haja vista a ausência de circunstâncias agravantes e atenuantes, assim como causas de aumento e diminuição. 8. Preenchidos os requisitos dos incisos I, II e III do art. 44 do Código Penal, é possível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, na forma do § 2º do citado dispositivo legal. 9. Fixada a pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade, pelo tempo de duração da pena corporal. 10. Apelação criminal provida. (Rel. Des. Federal João Pedro Gebran Neto, por maioria, juntado aos autos em 18/12/2013)

O embargante busca a prevalência do voto vencido, da lavra do Exmo. Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus, que negou provimento à apelação para manter a sentença absolutória por não ter ficado demonstrada a autoria delitiva em relação ao réu, motorista do veículo quando da internalização das mercadorias em solo brasileiro.

Sustenta a total insuficiência de provas em relação ao dolo do acusado em proceder de maneira criminoso. Alega que a ciência da origem ilícita da coisa não está comprovada à saciedade para fins de condenar o embargante.

O Ministério Público Federal apresentou contrarrazões, pelo desprovemento dos embargos infringentes (Evento 31).

É o relatório. À revisão.

Juiz Federal JOSÉ PAULO BALTAZAR JUNIOR
Relator

VOTO

A divergência a ser solvida nestes embargos infringentes e de nulidade é ampla, abarcando o exame sobre a existência, ou não, de prova da autoria do crime imputado ao réu, que foi condenado por maioria de votos no julgamento perante a 8ª Turma que reformou a sentença absolutória.

O MPF ofereceu denúncia contra AMAURI LUCAS DE ALMEIDA, pela prática da conduta tipificada no art. 334, caput, c/c o art. 29, ambos do CP. Assim narrou a denúncia:

Consta nos autos que, no dia 24 de setembro de 2006, por volta das 23:00h, no Posto Fiscal Bom Jesus, situado na BR-277, em Medianeira/PR, servidores públicos federais abordaram o veículo tipo ônibus, Marca Scania, modelo K113CL, de placas BDT-6768, conduzido pelo ora denunciado AMAURI LUCAS DE ALMEIDA.

Ato contínuo, ao efetuarem fiscalização de rotina, encontraram grande quantidade de mercadorias de origem estrangeira, desacompanhadas de documentação comprobatória de importação regular, as quais foram apreendidas conforme termo de retenção e lacração de veículos de fl. 20.

Ao longo da investigação policial, logrou-se apurar que o acusado fazia desta atividade o seu modus vivendi, dirigindo, segundo ele, semanalmente, ônibus de excursões destinadas exclusivamente a realizar compras no Paraguai com burla aos tributos devidos (declarações de fls. 77/78).

Ainda de acordo com as declarações do suposto proprietário do veículo, Francisco das Chagas Souza de Azevedo (fls. 71/72), ele teria entregado a posse do ônibus em questão ao denunciado, cujo apelido é 'Dentinho', e outra pessoa de nome Houstom, conhecido como 'Tom', efetuando, para tanto, um contrato verbal. Anota-se que o acusado reconheceu ser conhecido como 'Dentinho' em sede policial (declarações de fls. 77/78).

Assim, verifica-se que o acusado não era apenas um motorista eventual deste veículo, possuindo também parte de sua posse. Salienta-se ser prática rotineira de pessoas envolvidas com contrabando/descaminho possuir veículos nesta situação irregular visando confundir as Autoridades acerca de suas atividades criminosas e dificultar, conseqüentemente, eventual punição estatal, tanto no âmbito penal quanto fiscal.

Destarte, a materialidade e indícios de autoria do delito de descaminho encontram-se devidamente demonstrados por meio dos seguintes elementos: representação fiscal para fins penais (fls. 04/07); auto de infração e termo de apreensão e guarda fiscal (fl. 08); termo de discriminação das mercadorias (fls. 10/19); termo de retenção e lacração de veículos (fl. 20), lavrado em nome do acusado; demonstrativo dos créditos tributários evadidos (fls. 58/59), que revela o montante de tributos iludidos no valor de R\$ 67.161,82 (sessenta e sete mil, cento e sessenta e um reais e oitenta e dois centavos); declarações (fls. 71/79).

Ante o exposto, verifica-se que AMAURI LUCAS DE ALMEIDA, de forma livre e consciente, na condição de coautor, contribuiu com a introdução de grande quantidade de mercadorias estrangeiras no País sem o pagamento dos tributos devidos.

Assim agindo, AMAURI LUCAS DE ALMEIDA incorreu nas sanções do artigo 334, caput, c/c artigo 29, todos do Código Penal, pelo que se requer, após a autuação e recebimento desta inicial, seja ele citado para responder ao devido processo penal, até final julgamento.

Após a instrução da ação penal, o réu foi absolvido na sentença, com os seguintes fundamentos:

2.2. Autoria

A autoria dos fatos narrados na denúncia foi dirigida ao acusado em virtude dele ser o **motorista do ônibus** em cujo interior foram encontradas mercadorias descaminhadas. Referido veículo foi fiscalizado por servidores públicos, nas proximidades do Posto Fiscal Bom Jesus, no município de Medianeira/PR, em 24/09/2006.

Ocorre que, no Direito Penal, ao contrário do que ocorre no procedimento fiscal, não há presunção de que o **motorista do veículo** em que foram encontradas mercadorias irregulares seja o titular dessas mercadorias. Uma coisa é **estender a ação fiscal ao transportador**, outra distinta é fazer essa extensão gerar consequências penais. Como cediço, não há **responsabilidade objetiva no Direito Penal**.

Conforme se verifica nos documentos lavrados por ocasião da apreensão, o motorista recusou-se a assinar o 'Termo de Retenção e Lacração do Veículos' (evento 01, inq6).

Tanto em sede policial (evento 01, inq6) quanto em juízo (evento 06), o acusado disse que as mercadorias pertenciam aos passageiros do veículo.

O Auto de Infração sequer foi lavrado pela Receita Federal em nome do réu, mas sim da empresa proprietária do ônibus, Colombo Viagens e Turismo Ltda ME.

Ademais, ao que tudo indica, o transporte era de passageiros, não de carga.

Por outro lado, não há na denúncia, nem no respectivo procedimento administrativo, qualquer elemento que aponte que o acusado estivesse de conluio com os proprietários das mercadorias na prática da conduta criminosa. Seria preciso demonstrar o real liame subjetivo dele com a prática delituosa, não bastando mera conjectura.

A extensão da responsabilidade criminal, nestes casos, exige elementos que sugiram a adesão de vontades, baseada em circunstâncias comuns que sinalizem para o conluio.

Ainda que o proprietário veículo tenha dito em sede policial (evento 01, inq6) que fez um contrato verbal com dois indivíduos, sendo que um deles seria o réu (**Amauri** reconheceu em seu depoimento perante a autoridade policial que seu apelido era o mesmo informado pelo suposto dono do ônibus - 'Dentinho'), referidas declarações devem ser relativizadas, uma vez que ao depoente em comento interessaria que eventual responsabilidade não lhe fosse atribuída.

Em suma, os elementos existentes no presente feito não são suficientes para a prolação de um decreto condenatório.

Mesmo sendo de conhecimento do acusado o destino e a finalidade da rota, isso não é suficiente, por si só, para lhe atribuir responsabilidade criminal pelo transporte ou a propriedade das referidas mercadorias.

Ademais, registro que seria importante saber quais mercadorias eram transportadas por cada passageiro, já que a conduta do acusado seria de auxílio a tais passageiros e, portanto, acessória. Assim, não se poderia atribuir ao denunciado a totalidade das mercadorias, sem

conhecer a conduta dos passageiros responsáveis, a fim de se averiguar, inclusive, eventual incidência do princípio da insignificância. Do contrário, é possível que se incorra no equívoco de responsabilizar criminalmente pessoa que se limitou a participar de fatos penalmente irrelevantes no que tange aos seus autores.

Deste modo, verifico que a **autoria delitiva** não restou demonstrada, razão pela qual o denunciado merece ser **absolvido**.

3. DISPOSITIVO

Ante o exposto, **julgo IMPROCEDENTE** o pedido feito pelo Ministério Público Federal para o efeito de **ABSOLVER** o réu **AMAURI LUCAS DE ALMEIDA** da prática do crime previsto no **artigo 334 do Código Penal**, o que faço com fundamento no artigo 386, inciso V, do Código de Processo Penal.

(...)'

O Exmo. Rel. Des. Fed. João Pedro Gebran Neto, deu provimento ao recurso do MPF, concluindo que o réu, na condição de motorista do ônibus que transportava passageiros para compras no Paraguai, tinha obrigação de, no mínimo, identificar as bagagens e não o fazendo, anuiu com o descaminho praticado, devendo ser responsabilizado criminalmente, *verbis*:

4. Da responsabilização do motorista de ônibus de excursão em casos de descaminho

4.1. Em regra, o motorista de ônibus de excursão será responsabilizado, em casos de descaminho, se restar comprovada a sua participação, de alguma forma, na atividade delituosa, inclusive acobertando o ilícito praticado por terceiros. Não sendo presumível a autoria apenas com a presença de mercadorias irregularmente internalizadas no interior do veículo, para responsabilização do motorista deve estar provado ao menos se ele tinha ou não conhecimento acerca do delito cometido por terceiros. Nesse sentido: ACR nº 5001689-39.2010.404.7002/PR, SÉTIMA TURMA, Rel. JOSÉ PAULO BALTAZAR JUNIOR, julg. 06/08/2013, publ. D.E. 07/08/2013; ACR nº 0002583-76.2005.404.7002/PR, SÉTIMA TURMA, Rel. LUIZ CARLOS CANALLI, julg. 16/07/2013, publ. D.E. 25/07/2013; ACR nº 5000574-71.2010.404.7005/PR, OITAVA TURMA, Rel. VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS, julg. 12/06/2013, publ. D.E. 18/06/2013)

4.2. Nos casos de contratação de empresa de turismo, é de se verificar, também, se o motorista tomou o cuidado de identificar as bagagens, pois isso constitui atividade inerente ao seu ofício, segundo determinação constante no art. 74 da Lei nº 10.833/2003, a seguir reproduzido:

'Art. 74 . O transportador de passageiros, em viagem internacional, ou que transite por zona de vigilância aduaneira, fica obrigado a identificar os volumes transportados como bagagem em compartimento isolado dos viajantes, e seus respectivos proprietários.

§ 1º No caso de transporte terrestre de passageiros, a identificação referida no caput também se aplica aos volumes portados pelos passageiros no interior do veículo.

§ 2º As mercadorias transportadas no compartimento comum de bagagens ou de carga do veículo, que não constituam bagagem identificada dos passageiros, devem estar acompanhadas do respectivo conhecimento de transporte.

§ 3º Presume-se de propriedade do transportador, para efeitos fiscais, a mercadoria transportada sem a identificação do respectivo proprietário, na forma estabelecida no caput ou nos §§ 1º e 2º deste artigo.

§ 4º Compete à Secretaria da Receita Federal disciplinar os procedimentos necessários para fins de cumprimento do previsto neste artigo.'

Nesse sentido, também, as disposições constantes na Instrução Normativa nº 366 /2003 da Secretaria da Receita Federal (art. 2º) e na Resolução ANTT nº 1.432, de 26/04/2006 (arts. 9º e 10º), as quais assim prevêm:

IN-SRFB-nº 366/2003

'Art. 2º Os transportadores de passageiros deverão obrigatoriamente manter controles de identificação de bagagens transportadas nos bagageiros, das bagagens de mão e dos volumes transportados no porta-embrulhos, bem assim de sua vinculação com os respectivos proprietários nos termos do disposto no Título X do Anexo à Resolução ANTT nº 18, de 23 de maio de 2002. § 1º A identificação dos volumes transportados nos portaembrulhos não será dispensada em nenhuma hipótese. § 2º A identificação referida no caput deverá ser promovida antes do início da viagem, durante o embarque dos passageiros, e deverá permanecer disponível para a fiscalização durante todo o seu trajeto.'

Res. ANTT nº 1.432/2006

'Art. 9º. As empresas permissionárias de serviços regulares e autorizatárias de serviços especiais e de serviços internacionais de temporada turística, obrigatoriamente, devem manter controles de identificação das bagagens despachadas nos bagageiros e de sua vinculação a seus proprietários.

Parágrafo único. No caso dos serviços interestaduais e internacionais que transitam em zona de vigilância aduaneira, a obrigação citada no caput é estendida aos volumes que estão sob a responsabilidade dos passageiros e transportados nos porta-embrulhos.'

4.3. Constituindo obrigação do motorista, como preposto da empresa, efetuar a identificação de cada bagagem, no caso de não respeitar as normas de exigência, adere à conduta ilícita perpetrada por terceiros, incorrendo na hipótese do art. 29, caput, do Código Penal:

'Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.'

Ressalte-se, este Relator não está afirmando haver responsabilidade objetiva do motorista nem desprezando a regra geral, que afasta a punibilidade em relação a este por não haver presunção sobre seu conhecimento acerca do descaminho praticado.

5. Alegações do apelante

O Ministério Público Federal sustentou, em síntese: **(1)** as provas carreadas aos autos demonstram ter figurado o réu como coautor; **(2)** o réu foi preso em flagrante transportando as mercadorias, fazendo dessa atividade seu *modus vivendi*, pois conduzia ônibus semanalmente para excursões com objetivo de realizar compras no Paraguai com burla dos tributos devidos; e **(3)** o suposto proprietário do veículo declarou ter entregado a posse do ônibus ao réu e a terceiro, não podendo o réu ser considerado apenas motorista do veículo, pois contribuiu para a prática do crime.

5.1. Do exame do conjunto probatório carreado, em especial o depoimento do réu em juízo (Evento 6 - VÍDEO2, da ação penal), conclui-se que ele tinha ciência do objetivo dos passageiros com a viagem à cidade de Foz do Iguaçu/PR, qual seja, fazer compras de produtos de origem estrangeira. Em suas declarações, afirmou ser sabedor das compras, mas não tinha 'autoridade' para examinar as bagagens, entendendo constituir tarefa da fiscalização.

Os dispositivos normativos antes reproduzidos no item '4.2.', não obrigam o motorista a examinar as bagagens dos passageiros, mas sim a efetuar a identificação dos volumes. Assim, embora a simples condição de motorista do veículo utilizado no transporte de passageiros em viagem de compras, via de regra, não constitua prova cabal da prática do ilícito de descaminho, ao não efetuar a identificação das bagagens o réu anuiu com a ilicitude praticada por terceiros, afastando a regra geral, e em razão das peculiaridades encerradas impõe-se a sua responsabilização criminal.

5.2. No caso em análise o acusado afirmou em Juízo ter agido apenas como motorista do ônibus, desconhecendo a quantidade das mercadorias transportadas, e não ter autoridade para examinar os conteúdos das bagagens.

O álibi é pouco provável, pois o veículo era conduzido pelo réu que tinha a obrigação, por força de sua função, de efetuar a identificação das bagagens, embora não fosse obrigado a examinar os volumes.

De todo modo, mesmo que o álibi fosse verdadeiro, não favoreceria o acusado.

5.3. No mínimo, o acusado teria agido com dolo eventual, assumindo o risco de produção do resultado delitivo, já que haviam diversos indicativos de que estaria transportando produtos ilegais e ainda assim optou por persistir no curso da atividade delitiva e por não aprofundar seu conhecimento sobre o que estaria transportando e se a quantidade não extrapolava a cota permitida.

Age dolosamente não só o agente que quer o resultado delitivo, mas também o que assume o risco de produzi-lo (art. 18, I, do Código Penal).

Absolutamente pertinentes aqui as construções do Direito anglo-saxão a respeito da doutrina da cegueira deliberada (*willful blindness doctrine*).

Alguns apontam como precedente remoto da doutrina sentença inglesa de 1861 no caso *Regina v. Sleep*. No Direito norte-americano, o *leading case* da Suprema Corte norte-americana é apontado como sendo *Spurr v. US*, 174 US 728 (1899). A partir da década de 70 do século XX, a doutrina passou a ser utilizada em casos de tráfico de drogas, particularmente em casos nos quais o acusado negava conhecimento da natureza da droga que transportava. Dois casos são apontados como precedentes desta tendência, *Turner v. United States*, 396 U.S. 398 (1970), da Suprema Corte, e *United States, v. Jewell*, 532 F.2d 697, 70 (1976), da 9.^a Corte de Apelações Federais.

No caso *Jewell*, no qual o acusado havia transportado 110 libras de maconha do México para os Estados Unidos e em um compartimento secreto de seu carro, a Corte entendeu que a alegação dele, de que não sabia exatamente a natureza do que transportava escondido, não eliminava a sua responsabilidade criminal, pois ele teria agido com propósito consciente de evitar conhecer a natureza do produto que transportava.

É importante destacar que 'ignorância deliberada' não se confunde com negligência, havendo aqui a mesma fronteira tênue, pelo menos do ponto de vista probatório, entre o dolo eventual e a culpa consciente.

A *willful blindness doctrine* tem sido aceita pelas Cortes norte-americanas para diversos crimes, não só para o transporte de substâncias ou produtos ilícitos, mas igualmente para o crime de lavagem de dinheiro. Em regra, exige-se: a) que o agente tenha conhecimento da elevada probabilidade de que pratica ou participa de atividade criminal; b) que o agente agiu de modo indiferente a esse conhecimento; e c) que o agente tenha condições de aprofundar seu conhecimento acerca da natureza de sua atividade, mas deliberadamente escolha permanecer ignorante a respeito de todos os fatos envolvidos.

5.4. A doutrina da cegueira deliberada, apesar de constituir construção da *common law*, foi assimilada pelo Supremo Tribunal Espanhol (STE), ou seja, corte da tradição da *civil law*, em casos de receptação, tráfico de drogas e lavagem, dentre outros. Ilustrativamente, na STS 420/2003, o caso envolvia acusada que havia aceitado, a pedido de terceiro e por setenta mil pesetas, levar flores a um cemitério e nas quais estavam escondidas bolsas contendo cerca de um quilo de heroína e cocaína. Segundo o STE:

'es evidente que la aceptación del encargo en tales condiciones dichas por la recurrente proclamaría el conocimiento de la realidad de lo que se ocultaba en su interior, de acuerdo con el principio de ignorancia deliberada, según el cual quien no quiere saber aquello que puede y debe conocer, y sin embargo trata de beneficiarse de dicha situación, si es descubierta no puede alegar ignorancia alguna, y, por el contrario, debe responder de las consecuencias de su ilícito actuar -- STS 946/02 de 22 de Mayo, y las en ella citadas, todas precisamente, en relación a casos de tráfico de drogas--.'

Na STS 33/2005, a doutrina foi invocada em caso de lavagem de dinheiro, sendo na ocasião assimilada a ignorância deliberada ao dolo eventual :

'(...) quien pudiendo y debiendo conocer, la naturaleza del acto o colaboración que se le pide, se mantiene en situación de no querer saber, pero no obstante presta su colaboración, se hace acreedor a las consecuencias penales que se deriven de su antijurídico actuar. Es el principio de ignorancia deliberada al que se ha referido la jurisprudencia de esta Sala, entre otras en SSTs 1637/99 de 10 de Enero de 2000, 946/2002 de 16 de Mayo, 236/2003 de 17 de Febrero, 420/2003 de 20 de Marzo, 628/2003 de 30 de Abril ó 785/2003 de 29 de Mayo.'

Tais construções em torno da cegueira deliberada assemelham-se ao dolo eventual da legislação e doutrina brasileira. Embora utilizados mais amplamente no Direito Comparado para lavagem de dinheiro e tráfico de drogas, plenamente pertinentes para delitos de contrabando e descaminho, quando o responsável pela introdução dos produtos ilícitos em território nacional afirma ignorância e indiferença em relação ao objeto transportado.

Evidenciado que o acusado assumiu o risco de transportar as mercadorias sem o cuidado de fazer a identificação das bagagens, sua obrigação legal por força da função, agiu, senão com dolo direto, então com dolo eventual a crer-se em seu alibi.

Assim, como no caso dos autos o denunciado tinha ciência da internalização de mercadorias estrangeiras sem a devida documentação comprobatória de sua regular importação, concorreu para a consecução da prática delituosa, não podendo ser afastada a sua responsabilidade criminal.

5.5. Sustentou o Ministério Público Federal, também, ter sido preso em flagrante o réu, fazendo do transporte de mercadorias do Paraguai seu *modus vivendi*.

De se notar, o réu afirmou não adotar mais essa atividade, efetuando a última viagem em 24 de setembro de 2006, quando ocorreu a apreensão originária do presente feito.

Por outro lado, o apelante não logrou provar a reiteração da conduta a ponto de ser considerada um *modus vivendi*, não podendo ser acolhida a tese do apelante.

5.6. Por fim, é despidiendo examinar a alegação de ter o réu contribuído para a prática do crime, não podendo ser considerado apenas o motorista do ônibus, pois já foi tratada a matéria nos itens '5.1.' a '5.4.'

6. Conclusão

O réu, na condição de motorista do ônibus que transportava passageiros para compras no Paraguai, tinha obrigação de, no mínimo, identificar as bagagens. Não o fazendo, anuiu com o descaminho praticado, devendo ser responsabilizado criminalmente.

Assim, comprovadas a autoria, a materialidade e o dolo, e sendo o fato típico, antijurídico e culpável, e considerando, ainda, a inexistência de causas excludentes de ilicitude e de culpabilidade, resta evidenciada a prática do delito do art. 334, 'caput' do Código Penal.

(...)

Em sentido contrário, mantendo a sentença absolutória, restou vencido no julgamento o Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus, cujo voto foi lavrado com os seguintes fundamentos:

Com a devida vênia, dirijo do encaminhamento proposto pelo Relator, ao condenar o réu pela prática do delito tipificado no artigo 334 do Código Penal.

Na hipótese, a denúncia aviada contra o ora apelado tem o seguinte teor (evento 01, 'INIC1', fls. 08-10, do processo originário):

(...)

Denota-se, inicialmente, que, em nenhum momento, atribuiu-se ao denunciado a condição de proprietário ou responsável pelas mercadorias, constando apenas como condutor do veículo que aquelas eram transportadas.

Entendeu o Relator que, 'no mínimo, o acusado teria agido com dolo eventual, assumindo o risco de produção do resultado delitivo, já que havia diversos indicativos de que estaria transportando produtos ilegais e ainda assim optou por persistir no curso da atividade delitiva e por não aprofundar seu conhecimento sobre o que estaria transportando e se a quantidade não extrapolava a cota permitida.'

Entretanto, em vista das provas constantes nos autos, o apelado enquadrar-se-ia na condição de partícipe, uma vez que colaborou com a execução do delito, ao transportar bagagens sem a devida identificação. Todavia, os passageiros do ônibus, proprietários de tais bagagens não foram identificados pelos órgãos de persecução criminal.

Nesse sentido, cabe pontuar que o acusado foi denunciado sem qualquer menção aos proprietários das mercadorias apreendidas, isto é, os autores do fato criminoso e tampouco consta notícia acerca do ajuizamento de ação penal em face destes. Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci, 'para que seja o partícipe punido, impera, no Brasil, a teoria da acessoriedade limitada, ou seja, é preciso apurar que o autor praticou um fato típico e antijurídico, pelo menos' (in Código Penal Comentado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 312).

O delito em questão encontra-se assim previsto no Código Penal:

'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: (Redação dada pela Lei nº 4.729, de 14.7.1965)

(...)

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. (Incluído pela Lei nº 4.729, de 14.7.1965)

§ 2º - Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências. (Redação dada pela Lei nº 4.729, de 14.7.1965)

(...)'

Na linha do exposto, para a configuração do tipo penal em tela e responsabilização do motorista do ônibus que teria agido como partícipe, mostrar-se-ia indispensável a comprovação de que os autores do delito teriam introduzido mercadorias no País sem a respectiva documentação de regular importação, o que, in casu, somente seria viável mediante a identificação dos respectivos proprietários e/ou dos organizadores da viagem.

Sobre o tema, por esclarecedor, colho trecho do voto proferido pelo Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz na Apelação Criminal 5003572-50.2012.404.7002, julgada pela Turma em 19-6-2013:

'Com efeito, cumpre observar que autor é quem domina finalmente a realização do fato, isto é, decide, em linhas gerais o 'se' e 'como' de sua realização. Esse conceito, apesar de vago, é o mais apto para delimitar quem é o autor e quem é o partícipe, porque, por mais difícil que seja, às vezes, precisar em cada caso quem domina realmente o acontecimento delitivo, é evidente que só quem tenha a última palavra e decida se o delito deve ser ou não praticado deve ser considerado autor (CONDE, Francisco Muñoz. Teoria Geral do Delito. Trad. de Juarez Tavares e Luiz Régis Prado. Porto Alegre: SAFe, 1988, p. 196-200). Assim, para haver coautoria, conforme Muñoz Conde, é decisivo que o domínio do fato pertença a várias pessoas, que, em virtude do princípio da divisão funcional de trabalho, assumam por igual a responsabilidade de sua realização. As distintas contribuições devem ser consideradas, portanto, como um todo, e o resultado total deve ser atribuído a cada co-autor, independentemente da valoração material de sua intervenção. Salienta, outrossim, que não basta um acordo prévio para a sua caracterização, sendo necessário, além disso, que se contribua de algum modo na realização do delito (não necessariamente em sua execução), de tal forma que essa contribuição possa ser desconsiderada como uma parte importante de todo o fato delitivo.

Já a participação, segundo o catedrático espanhol, é a cooperação dolosa em um delito doloso alheio. Dessa definição se depreende que a participação é um conceito referência, já que supõe a existência de um fato alheio (o do autor ou co-autores materiais), para cuja

realização o partícipe contribui. **Disso se deduz também que a participação não é um conceito autônomo, mas dependente do conceito de autor, e que só com base neste se pode viabilizar a conduta do partícipe. Assim sendo, o delito pelo qual podem ser processados os distintos intervenientes é o mesmo para todos (unidade do título de imputação), mas a responsabilidade do partícipe vem subordinada ao fato praticado pelo autor (acessoriedade da participação).**

De outra banda, não se pode olvidar que quem participa não realiza fato próprio, mas contribui para fato que está sob domínio de outrem. (...) É óbvio que, ao contrário do autor e do co-autor, o partícipe intervém no fato alheio sem executar atos que se acomodem à figura típica, e sem ter, em suas mãos, o comando da ação criminosa (FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui. Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. V. 1, p. 486).

Delineados tais conceitos, parece-me evidente que o recorrido seria partícipe, e não autor do descaminho/contrabando alheio. Ora, a conduta do réu, como visto, cingiu-se ao fornecimento do ônibus, não tendo qualquer ingerência sobre as listas de aquisições dos passageiros e, tampouco, sobre os atos concretos de compra. É, pois, na condição de partícipes que, eventualmente, haveria de ser responsabilizado criminalmente.

Ocorre, todavia, que, para a punição do partícipe, a doutrina e a jurisprudência adotam a teoria da acessoriedade limitada, segundo a qual se desprende que a participação é um conceito de referência, já que supõe a existência de um fato alheio (o do autor ou co-autores materiais), a cuja realização o partícipe contribui. Daí que se deduz também que a participação não é um conceito autônomo, senão dependente do conceito de autor e que somente com base neste pode enjuizar-se a conduta do partícipe. **Se não existe um fato pelo menos típico e antijurídico, cometido por alguém como autor, não se pode falar em participação (...), já que não há porque castigar alguém que se limita a participar num fato penalmente irrelevante ou ilícito para seu autor.** (...) Então, se não ocorrer pelo menos o início de um fato típico e antijurídico, não podemos falar de participação. (CALLEGARI, André Luis. Imputação Objetiva. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.92). Na mesma senda, Guilherme de Souza Nucci, vaticina que, **para que seja punido o partícipe**, impera, no Brasil, a teoria da acessoriedade limitada, ou seja, **é preciso apurar que o autor praticou um fato típico e antijurídico, pelo menos**. Se faltar tipicidade ou ilicitude, não há cabimento em punir o partícipe. (in Código Penal Comentado. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 249). Não é necessário, contudo, que o autor direto do fato seja culpável. É suficiente que sua conduta seja ilícita. Efetivamente, a teoria da acessoriedade limitada exige que a conduta principal seja típica e antijurídica. Isso quer dizer que a participação é acessória da ação principal, de um lado, mas que também depende dessa até certo ponto. Não é necessário que o autor seja culpável. É suficiente que sua ação seja antijurídica, isto é, contrária ao direito, sem necessidade de ser culpável. O fato é comum, mas a culpabilidade é individual. (BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.123). A propósito, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 107.862/SP, a 2ª Turma do Excelso Pretório, assentou o seguinte, nos termos do voto do Relator, Ministro Francisco Rezek (DJU 07.03.1986, grifos no original):

Certo, ainda, que a participação é sempre acessória da conduta principal. ocorre que não mais vinga aquela teoria que informou até os idos de 1943, o direito alemão, segundo a qual o partícipe da ação típica e antijurídica, mas empreendida por agente inimputável, resultava imune a censura repressiva.

Prevalece hoje a teoria da acessoriedade limitada, onde se prescinde da culpabilidade do agente principal. Segundo Wessels, 'a instigação e a cumplicidade não pressupõe [mais] que o autor principal tenha atuado culpavelmente'. Explica o autor: 'o partícipe será punido, não porque envolva o autor principal 'em culpa e pena' (...) mas sim porque promove, através da produção do dolo para o fato ou através de outras ações de auxílio, um fato principal antijurídico' (Direito Penal - Parte Geral; Porto Alegre; S.A. Fabris Editor, 1976, pág. 125).

Esse entendimento é compartilhado por Welzel, que adverte: 'La razón de la pena de la participación no consiste en hacer recaer sobre el autor culpabilidad y pena, pues la punibilidad del partícipe no depende de que el autor actúe culpablemente. cada cooperador es

'punible según su culpabilidad , sin consideración a la culpabilidad de otros'.' (Derecho Penal Alemán - Parte General; Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976, pág. 161).

A adoção de tal teoria pelo Direito Penal pátrio não significa, em absoluto, uma exceção ao princípio da divisibilidade da ação penal pública. Permanece o órgão ministerial com a faculdade de, ante a inexistência de elementos para a acusação, deixar de incluir na denúncia todos os coautores ou partícipes do fato. Tem, entretanto, em hipóteses tais, o dever de demonstrar, pelo menos, a ocorrência efetiva do fato típico e antijurídico perpetrado por terceiro que teria contado com a participação daquele que se pretende denunciar.

Pois bem. Embora haja elementos que indiquem a prática de descaminho no referido ônibus cuja propriedade foi atribuída ao denunciado, inexistente qualquer demonstração da tipicidade da conduta dos passageiros, pois, além de não haver notícia de instauração da persecutio criminis in judicio quanto aos mesmos, não há individualização dos produtos em relação aos seus proprietários, o que obsta, inclusive, o exame da conduta principal à luz do princípio da insignificância.

Sendo assim, não restando demonstrada, pelo parquet, a prática de conduta típica por parte dos autores diretos (passageiros do ônibus - sacoleiros), resta impossibilitada a condenação de partícipes, conforme recente precedente deste Colegiado:

'PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. REDUÇÃO OU SUPRESSÃO DE TRIBUTOS FEDERAIS. MATERIALIDADE DEMONSTRADA. AUTORIA. DÚVIDA. [...]

3. Para a punição do partícipe, a doutrina e a jurisprudência adotam a teoria da acessoriedade limitada, é dizer, afigura-se necessário que se apure que o autor praticou, no mínimo, um fato típico e antijurídico, situação que não ficou demonstrada no caso em questão.' (ACR nº 0007720-39.2005.404.7002, de minha relatoria, unânime, D.E. 30-11-2011).

Saliente-se, ainda, que a jurisprudência das turmas criminais desta Corte vem rechaçando as sucessivas tentativas de responsabilização penal objetiva em sede de descaminho:

'PENAL. ARTIGO 334, §1º, ALÍENA 'D' C/C §2º DO CÓDIGO PENAL. CONTRABANDO/DESCAMINHO. MOTORISTA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA.

A condição de motorista e proprietário do veículo, micro-ônibus, utilizado para conduzir passageiros em viagem de compras, por si só, não é prova de que tenham recebido, de maneira livre e consciente, mercadorias de procedência estrangeira desacompanhadas de documentação legal de importação, incorrendo na conduta descrita no artigo 334, § 1º, 'd', do Código Penal. É necessário que os elementos dos autos demonstrem que houve participação ou colaboração em relação à prática criminosa, ou, ao menos, a tentativa de acobertar o descaminho praticado por terceiros (passageiros).'

(ACR nº 5010780-85.2012.404.7002, 8ª Turma, Rel. Juiz Federal Convocado GILSON LUIZ INÁCIO, unânime, j. 15-05-2013).

'PENAL E PROCESSO PENAL. DESCAMINHO. MOTORISTA E PROPRIETÁRIO. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA. PRECEDENTES. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. MANUTENÇÃO.

1. Inexiste presunção de que o proprietário ou motorista de ônibus sejam os titulares de produtos irregulares, especialmente havendo passageiros não identificados no veículo.

2. Não há nos autos indícios de participação dos denunciados na infração penal, sendo insuficiente para caracterizar autoria do delito a mera condição de motorista ou proprietário do ônibus, considerando que o veículo é utilizado para o transporte de passageiros e no momento da apreensão havia passageiros a bordo.

3. Rejeição da denúncia mantida.'

(RSE nº 5002274-82.2010.404.7005, 7ª Turma, Relatora Juíza Federal Convocada SALISE MONTEIRO SANCHOTENE, unânime, j. 05-02-2013).'

Dessa forma, não tendo sido identificados os potenciais 'autores' do delito, ressalto que, conquanto não se desconheça a obrigação do motorista de identificar os responsáveis pelas mercadorias transportadas, o descumprimento desse dever de agir poderia acarretar responsabilidade administrativa e civil; por outro lado, a responsabilidade criminal não

prescinde da prova no sentido de que tal omissão, é dizer, aquela atinente à não-identificação dos passageiros tinha por objetivo a colaboração com o contrabando/descaminho. Em outras palavras, o único fundamento de eventual desrespeito à norma administrativa de transporte não serve à configuração da conduta objetiva e tampouco do elemento anímico concernentes ao delito do artigo 334 do Código Penal, tendo em conta que não se tem uma omissão penalmente relevante, consoante determina o artigo 13, §2º, do mesmo diploma.

Nesses termos, é de ser mantida a sentença absolutória.

*Ante o exposto, pedindo vênia à Relatoria, voto no sentido de **negar provimento** à apelação.*

Em suas razões recursais, o embargante sustenta, em suma, que não restou efetivamente comprovado, no curso do processo, a autoria delitiva.

Revisando os elementos de prova produzidos durante a fase de investigação e durante a instrução processual, entendo que há prova suficiente para a condenação.

Configura-se o descaminho com a prática livre e consciente da conduta de transportar mercadorias estrangeiras importadas irregularmente, sem o pagamento dos tributos devidos, não sendo necessário que o transportador seja o proprietário das mercadorias.

Entendo que a autoria do delito de descaminho é imputável ao condutor do veículo que, ciente da ilicitude da sua conduta, transporta irregularmente mercadorias de procedência estrangeira, importadas sem o pagamento dos tributos devidos, em ônibus sem lista de passageiros e sem identificação das bagagens.

Das provas produzidas, verifico que o réu transportou as mercadorias descaminhadas, ciente de que se tratava de importação irregular, sem o pagamento dos tributos devidos. Com efeito, conforme destacado no voto vencedor na Turma, a partir do depoimento do réu em juízo (Evento 6 - VÍDEO2, da ação penal), é possível concluir que tinha ciência de que o objetivo dos passageiros era fazer compras de produtos de origem estrangeira. Nesse contexto, afirmou que não lhe competia examinar as bagagens, mas apenas à fiscalização.

Observa-se dos autos que as mercadorias estavam sem identificação dos passageiros a quem pertenciam, não se podendo, destarte, afirmar que efetivamente pertenciam aos passageiros. A grande quantidade e variedade, implicando ilusão tributária de R\$ 67.161,82, evidencia sua finalidade comercial (Evento 1 - INQ6, fls. 16/34, do processo originário).

Embora o réu alegue em seu interrogatório que apenas trabalhava como motorista do ônibus, contratado, as circunstâncias evidenciam sua livre e consciente ação para a prática do descaminho, e o contexto das provas demonstra que ele tinha ciência da irregularidade da mercadoria que transportava e, conseqüentemente, da ilicitude de sua conduta, ao conduzir o veículo carregado

com mercadorias de procedência estrangeira, trazidas do Paraguai, sem lista de passageiros e identificação das bagagens.

Nesse caso, a autoria pode ser imputada ao condutor do veículo, como demonstram os precedentes:

PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO CRIMINAL EM SENTIDO ESTRITO. ART. 334 C/C 29, DO CP. (...) 1. A Turma, por maioria, firmou entendimento de que o motorista de excursão, ciente da finalidade da viagem para aquisição de mercadorias estrangeiras em país vizinho, pode ser caracterizado como autor do crime de descaminho. (...) (TRF4 5003918-69.2010.404.7002, Rel. Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz, 8ª T., D.E. 19.7.12).

PENAL. DESCAMINHO. ART. 334 DO CP. MOTORISTA. RESPONSABILIDADE CRIMINAL COMPROVADA. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITO. CABIMENTO. 1. Comprovada a materialidade e responsabilidade do réu que, na condição de motorista de ônibus, de forma livre e consciente, internalizou em solo pátrio bens introduzidos à sorrelfa da fiscalização fazendária, resta a condenação mantida. 2. É cediço que o ilícito previsto no artigo 334 do Estatuto Repressivo compatibiliza-se com o dolo genérico, ou seja, basta a intenção de adentrar no país com bens sem declarar o ingresso no posto aduaneiro. (...) (TRF4, ACR 0006054-95.2008.404.700, Rel. Juíza Federal Salise Monteiro Sanchotene, 7ª. T., D.E. 25.2.13).

Assim, entendo que está comprovada a autoria do réu na prática do delito, mediante o transporte das mercadorias importadas irregularmente, sem o pagamento dos tributos devidos, ciente da ilicitude da conduta.

Outrossim, a tese defensiva de que as mercadorias pertenceriam aos passageiros que estariam no ônibus não restou provada, ante inexistência de lista de passageiros com identificação das mercadorias.

Portanto, entendo que deve prevalecer o voto do Exmo. Des. Fed. João Pedro Gebran Neto, por seus próprios fundamentos.

Diante do exposto, voto por negar provimento aos embargos infringentes e de nulidade.

Juiz Federal JOSÉ PAULO BALTAZAR JUNIOR
Relator

Documento eletrônico assinado por **Juiz Federal JOSÉ PAULO BALTAZAR JUNIOR, 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 **6614769v2** e, se solicitado, do código CRC **92D646FC**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): José Paulo Baltazar Junior
Data e Hora: 26/05/2014 17:17

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE Nº 5007232-52.2012.404.7002/PR

RELATOR : Juiz Federal JOSÉ PAULO BALTAZAR JUNIOR

EMBARGANTE : AMAURI LUCAS DE ALMEIDA

**PROCURADOR : FABRÍCIO VON MENGDEN CAMPEZATTO (DPU)
DPU074**

EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

VOTO DIVERGENTE

Com a vênia do eminente Relator, mantenho o voto que proferi na Turma, redigido nas seguintes linhas:

"Na hipótese, a denúncia aviada contra o ora apelado tem o seguinte teor (evento 01, 'INIC1', fls. 08-10, do processo originário):

'Consta nos autos que, no dia 24 de setembro de 2006, por volta das 23:00h, no Posto Fiscal Bom Jesus, situado na BR-277, em Medianeira/PR, servidores públicos federais abordaram o veículo tipo ônibus, Marca Scania, modelo K113CL, de placas BDT-6768, conduzido pelo ora denunciado AMAURI LUCAS DE ALMEIDA.

Ato contínuo, ao efetuarem fiscalização de rotina, encontraram grande quantidade de mercadorias de origem estrangeira, desacompanhadas de documentação comprobatória de importação regular, as quais foram apreendidas conforme termo de retenção e lacração de veículos de fl. 20.

Ao longo da investigação policial, logrou-se apurar que o acusado fazia desta atividade o seu modus vivendi, dirigindo, segundo ele, semanalmente, ônibus de excursões destinadas exclusivamente a realizar compras no Paraguai com burla aos tributos devidos (declarações de fls. 77/78).

Ainda de acordo com as declarações do suposto proprietário do veículo, Francisco das Chagas Souza de Azevedo (fls. 71/72), ele teria entregado a posse do ônibus em questão ao denunciado, cujo apelido é 'Dentinho', e outra pessoa de nome Houstom, conhecido como 'Tom', efetuando, para tanto, um contrato verbal. Anota-se que o acusado reconheceu ser conhecido como 'Dentinho' em sede policial (declarações de fls. 77/78).

Assim, verifica-se que o acusado não era apenas um motorista eventual deste veículo, possuindo também parte de sua posse. Salienta-se ser prática rotineira de pessoas envolvidas com contrabando/descaminho possuir veículos nesta situação irregular visando confundir as Autoridades acerca de suas atividades criminosas e dificultar, conseqüentemente, eventual punição estatal, tanto no âmbito penal quanto fiscal.

Destarte, a materialidade e indícios de autoria do delito de descaminho encontram-se devidamente demonstrados por meio dos seguintes elementos: representação fiscal para fins penais (fls. 04/07); auto de infração e termo de apreensão e guarda fiscal (fl. 08); termo de discriminação das mercadorias (fls. 10/19); termo de retenção e lacração de veículos (fl. 20),

lavrado em nome do acusado; demonstrativo dos créditos tributários evadidos (fls. 58/59), que revela o montante de tributos iludidos no valor de R\$ 67.161,82 (sessenta e sete mil, cento e sessenta e um reais e oitenta e dois centavos); declarações (fls. 71/79).

Ante o exposto, verifica-se que AMAURI LUCAS DE ALMEIDA, de forma livre e consciente, na condição de coautor, contribuiu com a introdução de grande quantidade de mercadorias estrangeiras no País sem o pagamento dos tributos devidos.

Assim agindo, AMAURI LUCAS DE ALMEIDA incorreu nas sanções do artigo 334, caput, c/c artigo 29, todos do Código Penal, pelo que se requer, após a autuação e recebimento desta inicial, seja ele citado para responder ao devido processo penal, até final julgamento.'

Denota-se, inicialmente, que, em nenhum momento, atribuiu-se ao denunciado a condição de proprietário ou responsável pelas mercadorias, constando apenas como condutor do veículo que aquelas eram transportadas.

Entendeu o Relator que, 'no mínimo, o acusado teria agido com dolo eventual, assumindo o risco de produção do resultado delitivo, já que havia diversos indicativos de que estaria transportando produtos ilegais e ainda assim optou por persistir no curso da atividade delitiva e por não aprofundar seu conhecimento sobre o que estaria transportando e se a quantidade não extrapolava a cota permitida.'

Entretanto, em vista das provas constantes nos autos, o apelado enquadrar-se-ia na condição de partícipe, uma vez que colaborou com a execução do delito, ao transportar bagagens sem a devida identificação. Todavia, os passageiros do ônibus, proprietários de tais bagagens não foram identificados pelos órgãos de persecução criminal.

Nesse sentido, cabe pontuar que o acusado foi denunciado sem qualquer menção aos proprietários das mercadorias apreendidas, isto é, os autores do fato criminoso e tampouco consta notícia acerca do ajuizamento de ação penal em face destes. Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci, 'para que seja o partícipe punido, impera, no Brasil, a teoria da acessoriedade limitada, ou seja, é preciso apurar que o autor praticou um fato típico e antijurídico, pelo menos' (in Código Penal Comentado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 312).

O delito em questão encontra-se assim previsto no Código Penal:

'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: (Redação dada pela Lei nº 4.729, de 14.7.1965)

(...)

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. (Incluído pela Lei nº 4.729, de 14.7.1965)

§ 2º - Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências. (Redação dada pela Lei nº 4.729, de 14.7.1965)

(...).'

Na linha do exposto, para a configuração do tipo penal em tela e responsabilização do motorista do ônibus que teria agido como partícipe, mostrar-se-ia indispensável a comprovação de que os autores do delito teriam introduzido mercadorias no País sem a

respectiva documentação de regular importação, o que, in casu, somente seria viável mediante a identificação dos respectivos proprietários e/ou dos organizadores da viagem.

Sobre o tema, por esclarecedor, colho trecho do voto proferido pelo Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz na Apelação Criminal 5003572-50.2012.404.7002, julgada pela Turma em 19-6-2013:

'Com efeito, cumpre observar que autor é quem domina finalmente a realização do fato, isto é, decide, em linhas gerais o 'se' e 'como' de sua realização. Esse conceito, apesar de vago, é o mais apto para delimitar quem é o autor e quem é o partícipe, porque, por mais difícil que seja, às vezes, precisar em cada caso quem domina realmente o acontecimento delitivo, é evidente que só quem tenha a última palavra e decida se o delito deve ser ou não praticado deve ser considerado autor (CONDE, Francisco Muñoz. Teoria Geral do Delito. Trad. de Juarez Tavares e Luiz Régis Prado. Porto Alegre: SAFe, 1988, p. 196-200). Assim, para haver coautoria, conforme Muñoz Conde, é decisivo que o domínio do fato pertença a várias pessoas, que, em virtude do princípio da divisão funcional de trabalho, assumam por igual a responsabilidade de sua realização. As distintas contribuições devem ser consideradas, portanto, como um todo, e o resultado total deve ser atribuído a cada co-autor, independentemente da valoração material de sua intervenção. Salienta, outrossim, que não basta um acordo prévio para a sua caracterização, sendo necessário, além disso, que se contribua de algum modo na realização do delito (não necessariamente em sua execução), de tal forma que essa contribuição possa ser desconsiderada como uma parte importante de todo o fato delitivo.

Já a participação, segundo o catedrático espanhol, é a cooperação dolosa em um delito doloso alheio. Dessa definição se depreende que a participação é um conceito referência, já que supõe a existência de um fato alheio (o do autor ou co-autores materiais), para cuja realização o partícipe contribui. **Disso se deduz também que a participação não é um conceito autônomo, mas dependente do conceito de autor, e que só com base neste se pode viabilizar a conduta do partícipe. Assim sendo, o delito pelo qual podem ser processados os distintos intervenientes é o mesmo para todos (unidade do título de imputação), mas a responsabilidade do partícipe vem subordinada ao fato praticado pelo autor (acessoriedade da participação).**

De outra banda, não se pode olvidar que quem participa não realiza fato próprio, mas contribui para fato que está sob domínio de outrem. (...) É óbvio que, ao contrário do autor e do co-autor, o partícipe intervém no fato alheio sem executar atos que se acomodem à figura típica, e sem ter, em suas mãos, o comando da ação criminosa (FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui. Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. V. 1, p. 486).

Delineados tais conceitos, parece-me evidente que o recorrido seria partícipe, e não autor do descaminho/contrabando alheio. Ora, a conduta do réu, como visto, cingiu-se ao fornecimento do ônibus, não tendo qualquer ingerência sobre as listas de aquisições dos passageiros e, tampouco, sobre os atos concretos de compra. É, pois, na condição de partícipes que, eventualmente, haveria de ser responsabilizado criminalmente.

Ocorre, todavia, que, para a punição do partícipe, a doutrina e a jurisprudência adotam a teoria da acessoriedade limitada, segundo a qual se desprende que a participação é um conceito de referência, já que supõe a existência de um fato alheio (o do autor ou co-autores materiais), a cuja realização o partícipe contribui. Daí que se deduz também que a participação não é um conceito autônomo, senão dependente do conceito de autor e que somente com base neste pode enjuizar-se a conduta do partícipe. **Se não existe um fato pelo menos típico e antijurídico, cometido por alguém como autor, não se pode falar em**

participação (...), já que não há porque castigar alguém que se limita a participar num fato penalmente irrelevante ou ilícito para seu autor. (...) Então, se não ocorrer pelo menos o início de um fato típico e antijurídico, não podemos falar de participação. (CALLEGARI, André Luis. *Imputação Objetiva*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.92). Na mesma senda, Guilherme de Souza Nucci, vaticina que, **para que seja punido o partícipe**, impera, no Brasil, a teoria da acessoriedade limitada, ou seja, **é preciso apurar que o autor praticou um fato típico e antijurídico, pelo menos**. Se faltar tipicidade ou ilicitude, não há cabimento em punir o partícipe. (in *Código Penal Comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 249).

Não é necessário, contudo, que o autor direto do fato seja culpável. É suficiente que sua conduta seja ilícita. Efetivamente, a teoria da acessoriedade limitada exige que a conduta principal seja típica e antijurídica. Isso quer dizer que a participação é acessória da ação principal, de um lado, mas que também depende dessa até certo ponto. Não é necessário que o autor seja culpável. É suficiente que sua ação seja antijurídica, isto é, contrária ao direito, sem necessidade de ser culpável. O fato é comum, mas a culpabilidade é individual. (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.123). A propósito, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 107.862/SP, a 2ª Turma do Excelso Pretório, assentou o seguinte, nos termos do voto do Relator, Ministro Francisco Rezek (DJU 07.03.1986, grifos no original):

Certo, ainda, que a participação é sempre acessória da conduta principal. ocorre que não mais vinga aquela teoria que informou até os idos de 1943, o direito alemão, segundo a qual o partícipe da ação típica e antijurídica, mas empreendida por agente inimputável, resultava imune a censura repressiva.

Prevalece hoje a teoria da acessoriedade limitada, onde se prescinde da culpabilidade do agente principal. Segundo Wessels, 'a instigação e a cumplicidade não pressupõe [mais] que o autor principal tenha atuado culpavelmente'. Explica o autor: 'o partícipe será punido, não porque envolva o autor principal 'em culpa e pena' (...) mas sim porque promove, através da produção do dolo para o fato ou através de outras ações de auxílio, um fato principal antijurídico' (*Direito Penal - Parte Geral*; Porto Alegre; S.A. Fabris Editor, 1976, pág. 125).

Esse entendimento é compartilhado por Welzel, que adverte: 'La razón de la pena de la participación no consiste en hacer recaer sobre el autor culpabilidad y pena, pues la punibilidad del partícipe no depende de que el autor actúe culpablemente. cada cooperador es 'punible según su culpabilidad , sin consideración a la culpabilidad de otros'.' (*Derecho Penal Alemán - Parte General*; Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976, pág. 161).

A adoção de tal teoria pelo Direito Penal pátrio não significa, em absoluto, uma exceção ao princípio da divisibilidade da ação penal pública. Permanece o órgão ministerial com a faculdade de, ante a inexistência de elementos para a acusação, deixar de incluir na denúncia todos os coautores ou partícipes do fato. Tem, entretanto, em hipóteses tais, o dever de demonstrar, pelo menos, a ocorrência efetiva do fato típico e antijurídico perpetrado por terceiro que teria contado com a participação daquele que se pretende denunciar.

Pois bem. Embora haja elementos que indiquem a prática de descaminho no referido ônibus cuja propriedade foi atribuída ao denunciado, inexistente qualquer demonstração da tipicidade da conduta dos passageiros, pois, além de não haver notícia de instauração da *persecutio criminis* in judicio quanto aos mesmos, não há individualização dos produtos em relação aos seus proprietários, o que obsta, inclusive, o exame da conduta principal à luz do princípio da insignificância.

Sendo assim, não restando demonstrada, pelo parquet, a prática de conduta típica por parte dos autores diretos (passageiros do ônibus - sacoleiros), resta impossibilitada a condenação de partícipes, conforme recente precedente deste Colegiado:

'PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. REDUÇÃO OU SUPRESSÃO DE TRIBUTOS FEDERAIS. MATERIALIDADE DEMONSTRADA. AUTORIA. DÚVIDA. [...] 3. **Para a punição do partícipe, a doutrina e a jurisprudência adotam a teoria da acessoriedade limitada, é dizer, afigura-se necessário que se apure que o autor praticou, no mínimo, um fato típico e antijurídico, situação que não ficou demonstrada no caso em questão.**' (ACR nº 0007720-39.2005.404.7002, de minha relatoria, unânime, D.E. 30-11-2011).

Saliente-se, ainda, que a jurisprudência das turmas criminais desta Corte vem rechaçando as sucessivas tentativas de responsabilização penal objetiva em sede de descaminho:

'PENAL. ARTIGO 334, §1º, ALÍENA 'D' C/C §2º DO CÓDIGO PENAL. CONTRABANDO/DESCAMINHO. MOTORISTA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA.

A condição de motorista e proprietário do veículo, micro-ônibus, utilizado para conduzir passageiros em viagem de compras, por si só, não é prova de que tenham recebido, de maneira livre e consciente, mercadorias de procedência estrangeira desacompanhadas de documentação legal de importação, incorrendo na conduta descrita no artigo 334, § 1º, 'd', do Código Penal. É necessário que os elementos dos autos demonstrem que houve participação ou colaboração em relação à prática criminosa, ou, ao menos, a tentativa de acobertar o descaminho praticado por terceiros (passageiros).'

(ACR nº 5010780-85.2012.404.7002, 8ª Turma, Rel. Juiz Federal Convocado GILSON LUIZ INÁCIO, unânime, j. 15-05-2013).

'PENAL E PROCESSO PENAL. DESCAMINHO. MOTORISTA E PROPRIETÁRIO. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA. PRECEDENTES. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. MANUTENÇÃO.

1. Inexiste presunção de que o proprietário ou motorista de ônibus sejam os titulares de produtos irregulares, especialmente havendo passageiros não identificados no veículo.

2. Não há nos autos indícios de participação dos denunciados na infração penal, sendo insuficiente para caracterizar autoria do delito a mera condição de motorista ou proprietário do ônibus, considerando que o veículo é utilizado para o transporte de passageiros e no momento da apreensão havia passageiros a bordo.

3. Rejeição da denúncia mantida.'

(RSE nº 5002274-82.2010.404.7005, 7ª Turma, Relatora Juíza Federal Convocada SALISE MONTEIRO SANCHOTENE, unânime, j. 05-02-2013)."

Dessa forma, não tendo sido identificados os potenciais 'autores' do delito, ressalto que, conquanto não se desconheça a obrigação do motorista de identificar os responsáveis pelas mercadorias transportadas, o descumprimento desse dever de agir poderia acarretar responsabilidade administrativa e civil; por outro lado, a responsabilidade criminal não prescinde da prova no sentido de que tal omissão, é dizer, aquela atinente à não-identificação dos passageiros tinha por objetivo a colaboração com o contrabando/descaminho. Em outras palavras, o único fundamento de eventual desrespeito à norma administrativa de transporte não serve à configuração da conduta objetiva e tampouco do elemento anímico concernentes ao delito do artigo 334 do Código Penal, tendo em conta que não se tem uma omissão penalmente relevante, consoante determina o artigo 13, §2º, do mesmo diploma.

Nesses termos, é de ser mantida a sentença absolutória."

Ante o exposto, voto no sentido de **dar provimento** aos embargos infringentes.

Des. Federal VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS
Desembargador Federal

Documento eletrônico assinado por **Des. Federal VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS, Desembargador Federal**, 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 **6742441v3** e, se solicitado, do código CRC **D86ED65F**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Victor Luiz dos Santos Laus

Data e Hora: 29/05/2014 19:15

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO DE 22/05/2014
EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE Nº 5007232-52.2012.404.7002/PR
ORIGEM: PR 50072325220124047002

RELATOR : Juiz Federal JOSÉ PAULO BALTAZAR JUNIOR
PRESIDENTE : LUIZ FERNANDO WOWK PENTEADO
PROCURADOR : Dr. José Ricardo Lira Soares
REVISOR : Juiza Federal SALISE MONTEIRO SANCHOTENE
EMBARGANTE : AMAURI LUCAS DE ALMEIDA
PROCURADOR : FABRÍCIO VON MENGDEN CAMPEZATTO (DPU) DPU074
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Certifico que este processo foi incluído na Pauta do dia 22/05/2014, na seqüência 16, disponibilizada no DE de 07/05/2014, da qual foi intimado(a) o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e as demais PROCURADORIAS FEDERAIS.

Certifico que o(a) 4ª SEÇÃO, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A SEÇÃO, POR MAIORIA, DECIDIU NEGAR PROVIMENTO AOS EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. VENCIDOS OS DES. FEDERAIS VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS E SEBASTIÃO OGÊ MUNIZ.

RELATOR : Juiz Federal JOSÉ PAULO BALTAZAR JUNIOR
ACÓRDÃO : Juiz Federal JOSÉ PAULO BALTAZAR JUNIOR
VOTANTE(S) : Juiza Federal SALISE MONTEIRO SANCHOTENE
: Des. Federal JOÃO PEDRO GEBRAN NETO
: Des. Federal LEANDRO PAULSEN
: Des. Federal SEBASTIÃO OGÊ MUNIZ
: Des. Federal VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS
AUSENTE(S) : Des. Federal CLÁUDIA CRISTINA CRISTOFANI
: Des. Federal MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA

Jaqueline Paiva Nunes Goron
Diretora de Secretaria

Documento eletrônico assinado por **Jaqueline Paiva Nunes Goron, Diretora de Secretaria**, 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 **6748291v1** e, se solicitado, do código CRC **6C034D70**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Jaqueline Paiva Nunes Goron

Data e Hora: 23/05/2014 18:47
