*— A trazida do exterior de ouro em barra, ou bruto, sem processo regular de importação constitui descaminho.*

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Justiça Pública versus Jacobo Bahar
Recurso extraordinário nº 71.352 — Relator: Sr. Ministro
ANTONIO NEDER

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos de recurso extraordinário nº 71.352, de São Paulo, em que é recorrente a Justiça Pública e recorrido Jacobo Bahar, decide o Supremo Tribunal Federal, por sua Segunda Turma, unanimemente, conhecer do recurso e provê-lo parcialmente, nos termos do voto do Senhor Ministro-Relator, de acordo com as notas juntas.

Brasília, 12 de dezembro de 1972. *Eloy da Rocha,* Presidente. *Antonio Neder,* Relator.

RELATÓRIO

*O Sr. Ministro Antonio Neder:* Jacobo Bahar embarcou em Zurich, Suíça, e desembarcou em São Paulo (Congonhas) portando, escondidas no colete, que então vestia, 34 barras de ouro, pesando cada qual um quilo.

Autoridades alfandegárias verificaram o fato e concluíram que Jacobo estava a praticar o crime de descaminho, visto que não pagou o imposto devido pela importação do ouro.

Preso em flagrante, processado o inquérito policial, que foi distribuído à 2ª Vara da Justiça Federal de São Paulo, e denunciado como sendo autor do referido crime, Jacobo veio a sofrer condenação como incurso no art. 334, § 1º, *b,* do Cód. Pen., combinado com o § 3º do mesmo Código.

Inconformado, apelou para o eg. Tribunal Federal de Recursos, cuja ilustrada Se-

gunda Turma decidiu, mediante empate na votação, absolvê-lo por acórdão que tem a seguinte ementa:

"Ouro em barra. Importação irregular. Constituindo mero ilícito fiscal, absolve-se o viajante em cujo poder foi encontrado ouro, cuja conversão em barra não pode ser considerado como produto industrializado."

Inconformada com essa respeitável decisão, a eg. Subprocuradoria-Geral da República interpôs recurso extraordinário alegando que o referido acórdão negou vigência às seguintes normas: art. 334, § 1º, *d*, do Cód. Pen. (redação da Lei nº 4.729/65); Decreto nº 61.514/66, alínea XVII, Capítulo 71, Posição 71-07, e, ainda, o seu art. 7º, I; Decreto-lei nº 37/66, Capítulo III.

O eminente Sr. Ministro Amarilio Benjamin, Presidente do Tribunal Federal de Recursos, admitiu o apelo extraordinário, e o fez pelo respeitável despacho de fls. 241-3, assim redigidos:

"A sentença de fls. 135-42 condenou Jacobo Bahar a dois anos de reclusão pela prática do crime capitulado no art. 334, § 1º, letra *b*, do Cód. Pen., ou mais precisamente, pela introdução clandestina de 34 barras de ouro, de um quilo cada uma, no país.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela redução da pena à metade, vez que o delito não chegou a ser consumado, caracterizando-se apenas a tentativa (fls. 206/11).

Submetido o feito à apreciação da eg. Segunda Turma deste Tribunal, foi o Réu favorecido pelo empate na votação, logrando ser absolvido. E assim foi, porque o voto prevalente, examinando o caso à luz da legislação tributária, considerou não estar devidamente caracterizado o crime de descaminho ou contrabando, mas tão-somente um ilícito fiscal.

*Recorre extraordinariamente* o representante do Ministério Público, com fundamento no art. 114, III, letra *a*, da Constituição de 1967. Alega, para isso, que o acórdão impugnado teria negado vigência a vários dispositivos de lei federal, que enumera no decorrer de seu petitório de fls. 227-32.

No caso de trazida de ouro, salvo ouro trabalhado ou na situação de jóias, aceitávamos, diante da notória e geral isenção de tributos, que não houvesse crime a ser punido. Votamos dessa forma algumas vezes.

Estudando agora o recurso *sub judice*, sentimos que o nosso pensamento se apoiava nos pressupostos de livre entrada de ouro estrangeiro, sem qualquer controle administrativo, e na conjugação necessária entre o *contrabando* e a exigência de impostos. Verificamos, porém, que, mesmo no tempo antigo, a entrada de ouro ficava na dependência de declaração e conhecimento da autoridade, devendo qualquer manobra clandestina resultar em penalidade ainda que administrativa. Atualmente, a situação mudou muito. Segundo os departamentos jurídicos da CACEX e do Banco Central não existe lei proibindo a importação de ouro, mas a operação deverá sujeitar-se às normas gerais do comércio exterior. Como foi extinta a *categoria especial* — Resolução do Banco Central nº 41, de 21.11.66 — e o C.C.C. da *categoria geral* encontrou outra fórmula na guia de importação — Resolução nº 35,

de 19.9.66, segue-se que todo o produto deverá portar o último documento, é verdade que com as peculiaridades que os órgãos fiscalizadores vêm adotando. Independentemente de importação específica, acresce ainda: quem vier ao Brasil, trazendo ouro em barra, há, de, pelo menos, apresentar *fatura comercial,* com o visto consular, malgrado não pague emolumentos (Decreto nº 49.977, de 1961, com a redação do Decreto nº 1.640, de 1962).

O pagamento de impostos passou a ser matéria discutível. As leis de importação e tarifas continuam dizendo que o ouro é *livre.* Por isso mesmo, há quem diga, como o eminente Ministro Armando Rolemberg, que o art. 10, do Decreto-lei nº 37/66, estabelecendo que na *isenção* do imposto de importação implica na *isenção* do IPI, como o repete o art. 11 do Decreto nº 61.514/67 (Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados), não se aplica ao *ouro,* que é apenas *livre* — fls. 221 — devendo ser cobrado o IPI. Aliás, esse imposto está previsto expressamente em 12% — Decreto nº 61.514/67, alínea XVII, Capítulo 71, posição 71.07.

A alteração maior, no entanto, se encontra na Lei nº 4.729/65, que, em nova redação ao art. 334, do Cód. Pen. (contrabando), decreta seja crime igual à aquisição, recebimento ou ocultação, em proveito próprio, no exercício de atividade comercial ou industrial, de mercadoria estrangeira, sem documentação legal ou acompanhada de documentos sabidamente falsos pelo portador, § 1º, letra *d.* Deixou, portanto, de haver nexo com importação ou exportação proibida o pagamento de impostos.

"Neste Tribunal, quem primeiro salientou o pormenor foi o Sr. Ministro Márcio Ribeiro, HC nº 1.495/66, cujo voto acabou prevalecendo no Supremo Tribunal — RECr nº 66.106, Rio Grande do Sul, Relator, Ministro Eloy da Rocha, 2.3.70, como a própria ementa revela:

"Importação de ouro em barra, desacompanhada de documentação legal. Configuração, em tese, do crime do art. 334, § 1º, letra *d,* e §§ 2º e 3º, do Cód. Pen., com a redação da Lei nº 4.729, de 14.7.65.

Recurso extraordinário conhecido e provido, para cassação da decisão que, em habeas-corpus, declarou a inexistência, de crime e determinou o trancamento da ação penal."

Assim, pelas observações expostas, admitimos o recurso."

O Recorrido trouxe ao processo as contra-razões de fls. 246-56, do teor seguinte: ... (*Lê*).

A ilustrada Procuradoria-Geral da República opinou pelo conhecimento e provimento do recurso, invocando notadamente o precedente desta Corte citado no supratranscrito parecer.

É o relatório.

VOTO

*O Sr. Ministro Antonio Neder* (Relator): O fato noticiado neste processo ocorreu a 11.5.68, isto é, na vigência do Decreto-lei nº 37/66, que dispõe sobre o imposto de importação; na vigência do Decreto-lei nº 63/66, que altera a tarifa das alfândegas que acompanha a Lei nº 3.244/57; e na vigência do Decreto nº 61.514/67, que aprova o Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados.

É de se reconhecer desde logo que o Decreto-lei nº 63/66, pelo que se lê no item 71-07, da tabela que o acompanha (Seção XIV, Capítulo 71), expressa que o ouro em barra está livre do imposto de importação.

Mas é de se reconhecer também que o Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados, aprovado pelo Decreto nº 61.514/67, expressa na alínea XVII, Capítulo 71, Posição 71-07, que o ouro em bruto está sujeito ao IPI de 12% *ad valorem*, e que o fato gerador desse imposto, como se lê no seu art. 7º, I, é o "o desembaraço aduaneiro do produto".

Ora, considerando que ouro em barra e ouro em bruto são a mesma coisa, é de se concluir que o ouro que Jacobo trouxe escondido no colete que vestia constitui produto sujeito ao IPI.

É certo que o Decreto-lei nº 37/66, no seu art. 10, expressa que a isenção do imposto de importação prevista no seu Capítulo III, implica na isenção do IPI; mas é também certo que o mencionado capítulo, em qualquer de suas normas, não expressa a isenção do imposto de importação para o ouro em barra ou bruto.

Doutro lado, o voto preponderante no respeitável acórdão recorrido invocou o disposto no art. 11 do Decreto nº 61.514, de 1967, que prevê isenção do IPI para os produtos importados e despachados com isenção do imposto de importação, nos mesmos termos, limites e condições previstos na legislação aduaneira.

Essa norma, contudo, como se vê do seu contexto, só admite a isenção do IPI no caso em que o produto isento do imposto de importação seja importado e despachado, isto é, seja importado mediante processo de importação regular, e isto não se verificou no caso versado nestes autos, porque Jacobo trouxe o ouro de maneira clandestina ou fraudulenta, e não mediante despacho regular, donde o não beneficiá-lo a isenção constante do citado art. 11, e, mais ainda, como bem acentuou o eminente Sr. Ministro Armando Rolemberg em seu voto, vencido no acórdão recorrido, o Decreto-lei nº 37/66 não isenta o ouro em barra ou bruto do imposto de importação, senão que apenas o diz *livre desse tributo*, o que é bem diferente de ser *isento*, como *não entendeu*, de maneira contrária aos bons princípios, o respeitável voto preponderante no mencionado acórdão.

Do exposto se conclui que a importação, mesmo regular, de ouro em barra ou bruto, está sujeito ao IPI, e que o não pagamento desse tributo configura, nessa importação, o crime de descaminho; e, mais razoavelmente, como é óbvio, é devido o imposto na trazida clandestina do referido metal, porque, neste caso, o art. 11 do Decreto nº 61.514/67, expressamente condiciona a isenção à importação *despachada*, isto é, *regular*, ou feita mediante processo de importação.

Vê-se, em conclusão, que o venerando acórdão recorrido negou vigência ao art. 11 do Decreto nº 61.514/67, eis que a tanto vale o reconhecimento de que essa norma isenta de imposto a importação irregular do ouro bruto; e negou vigência ao item 71-07, da tabela que acompanha o Decreto-lei nº 63/66 (Seção XIV, Capítulo 71), porque esse item declara *livre*, e não isenta do imposto de importação, a trazida de ouro bruto para o Brasil, visto que a tanto vale dizê-la isenta, como fez a veneranda decisão do TFR.

Quanto à outra parte do respeitável despacho que admitiu o recurso, isto é, quanto ao configurar-se a hipótese do art. 334, § 1º, *d*, do Cód. Pen., meu entendimento é outro, visto que, no caso, o ouro foi apreendido na Aduana, não se configurando, assim, a circunstância prevista na citada norma, qual seja a de que o Recorrido houvesse adquirido, recebido ou ocultado o ouro *no exercício de atividade comercial ou industrial.*

Conheço, pois, do recurso extraordinário, porque o respeitável acórdão recorrido negou vigência às normas acima referidas e ao art. 334, *caput*, do Cód. Pen., combinado com o seu § 3º

E conhecido do recurso, dou-lhe provimento para restabelecer, em parte, a sentença de primeiro grau.

É que o Recorrido *não consumou* o crime de descaminho, senão que *tentou* apenas praticá-lo, visto que o ouro foi apreendido na Aduana, a chamada zona primária, não conseguindo ele, por motivo independente de sua vontade, completar a ação típica no seu lado objetivo, embora subjetivamente (dolo) ele a realizasse de maneira completa.

Assim, justo é que a pena de dois anos que lhe foi imposta seja reduzida a um ano de reclusão, como prevê o parágrafo único, do art. 12, do Cód. Pen., pelo fato de haver tentado praticar o crime definido no art. 334, do referido Código, combinado com o § 3º, mantida, no mais, a sentença.

EXTRATO DA ATA

RE nº 71.352 — SP — Rel., Ministro Antonio Neder. Recte., Justiça Pública. Recdo., Jacobo Bahar (Advs., Dante Delmanto e Celso Delmanto).

Decisão: Adiado o julgamento por haver pedido vista o Ministro Eloy da Rocha, depois do voto do Relator que conhecia do recurso e lhe dava provimento em parte.

Presidência do Sr. Ministro Adalício Nogueira. Presentes à sessão os Senhores Ministros Eloy da Rocha, Thompson Flores, Bilac Pinto e Antonio Neder, e o Dr. Oscar Corrêa Pina, Procurador-Geral da República, substituto.

VOTO (VISTA)

*O Sr. Ministro Eloy da Rocha* (Presidente): Conheço do recurso e lhe dou provimento parcial, de acordo com o eminente Relator.

EXTRATO DA ATA

RE nº 71.352 — SP — Rel., Ministro Antonio Neder. Recte., Justiça Pública. Recdo., Jacobo Bahar (Advs., Dante Delmanto e Celso Delmanto).

Decisão: Conhecido e provido parcialmente, nos termos do voto do Relator. Unânime. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Thompson Flores.

Presidência do Sr. Ministro Eloy da Rocha. Presentes à sessão os Senhores Ministros Thompson Flores, Bilac Pinto, Antonio Neder e Xavier de Albuquerque, e o Dr. Oscar Corrêa Pina, Subprocurador-Geral da República.