



FERNANDA BALBINO RIBEIRO

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE DESCAMINHO: A EXPERIÊNCIA JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA

Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais/Menção em Direito Penal

Coimbra, 2016



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

FERNANDA BALBINO RIBEIRO

**O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICANCIA NOS CRIMES DE DESCAMINHO: A
EXPERIÊNCIA JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de
Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre),
com Menção em Direito Penal, sob a orientação do
Professor Doutor Manuel Costa Andrade.

**COIMBRA
2016**

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus por ter me dado forças e me sustentado em meio às adversidades, tornando possível a realização desse trabalho.

Em segundo lugar, toda a minha gratidão à minha família, em especial ao meu bom pai, o qual sempre fez tudo para a realização das minhas conquistas pessoais.

À minha amiga, Alcymar que me apoiou nos momentos mais difíceis.

Ao meu orientador, Doutor Manuel da Costa Andrade, pelo auxílio e compreensão.

Muito obrigada!

“Ampara-me, segundo a tua promessa,

Para que eu viva,

Não permitas que a minha esperança
me envergonhe.

Sustenta-me, e serei salvo

E sempre atentarei para os teus decretos”.

Salmos 119:116-117

FERNANDA BALBINO RIBEIRO

**O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES DE DESCAMINHO: A
EXPERIÊNCIA JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA**

Dissertação apresentada no âmbito do 2º
Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade
de Direito da Universidade de Coimbra.

Aprovada em: _____ / _____ / _____.

BANCA EXAMINADORA

Professor Manuel Costa Andrade
Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca
SIGLAS E ABREVIATURAS

AgRs – Agravo Regimental;

AREsp – Agravo em Recurso Especial;

Art. – Artigo;

Art(s). – Artigos

CF- Constituição Federal

COFINS – Contribuição para Financiamento da Seguridade Social;

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal;

Ed. – Edição

HC – Habeas corpus;

I.I. – Imposto de Importação;

IPI – Imposto Sobre Produtos Industrializados;

JECrim. – Juizado Especial Criminal;

Min. – Ministro(a);

p. – Página;

REsp- Recurso Especial;

STF- Supremo Tribunal Federal;

STJ- Superior Tribunal de Justiça;

TRF- Tribunal Regional Federal;

UE – União Européia;

Vol. – Volume.

SUMÁRIO

NOTAS INTRODUTÓRIAS	08
---------------------------	----

CAPÍTULO I

DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	11
1.1 Origem e evolução histórica	11
1.2. Dignidade Constitucional do Princípio da Insignificância	14
1.3 Conceito	16
1.3.1Espécies de Infrações bagatelares	19
1.3.2Tipicidade formal e tipicidade material	23

CAPÍTULO II

DOS PRINCÍPIOS INFORMADORES DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL	27
2.1 Dos princípios informadores da insignificância no Direito Penal	27
2.1.1 Princípio da Lesividade	28
2.1.2 Princípio da Subsidiariedade	31
2.1.3 Princípio da Intervenção Mínima	34
2.1.4 Princípio da Proporcionalidade	37
2.1.5 Princípio da Adequação Social	40
2.1.6 Princípio da Fragmentariedade	43
2.1.7 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	45

CAPÍTULO III

OS CRIMES TIPIFICADOS NO ARTIGO 334 DO CÓDIGO PENAL (CONTRABANDO E DESCAMINHO)	
---	--

3.1 Histórico dos crimes de contrabando e descaminho	48
3.2Evolução Legislativa do ilícito aduaneiro Portugal	51
3.2.1 Diferenças entre contrabando e descaminho	60
3.2.2 O bem jurídico tutelado no crime de descaminho	64
3.2.3 Breve curiosidade: Contribuição do contrabando e descaminho para o surgimento do Direito Penal Econômico	67
3.2.4 Estrutura do tipo penal de descaminho	68
3.2.5 Da natureza Jurídica do Descaminho	71
3.2.6 Convivência do artigo 334 do Código Penal e a Lei 8.137/1990.....	75

CAPÍTULO IV

APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE DESCAMINHO: CONVENIÊNCIA NA SUA APLICAÇÃO	78
4.1 Da conveniência na sua aplicação	78
4.2 A prática do descaminho no Brasil	80
4.3 Aplicação da insignificância e o critério da execução fiscal	82

CAPÍTULO V

A EXPERIÊNCIA JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA	84
5.1 Evolução do entendimento jurisprudencial sobre a aplicação do princípio da insignificância no descaminho	84

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	107
--------------------------------------	------------

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	110
---	------------

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Na atualidade, devido à crise que paira sobre o mundo e, conseqüentemente, com a necessidade de proteção às economias e mercados nacionais, tornou-se de suma importância aprimorar os estudos acerca dos delitos aduaneiros, dentre os quais recebeu destaque nessa pesquisa, o delito de descaminho.

O presente trabalho apresenta como tema o princípio da insignificância no crime de descaminho e a experiência jurisprudencial brasileira.

A finalidade deste é justamente apontar em quais situações e quando será possível a aplicação do princípio no crime de descaminho, bem como, demonstrar o entendimento dos Tribunais brasileiros respeito do tema.

O descaminho após a provação da Lei n. 13.008 de 2014 passou a ser abordado no art.334, sendo que anteriormente à reforma implementada por essa lei, eram tratados nesse dispositivo, tanto o descaminho como o contrabando. Com a recente modificação, o contrabando atualmente é no novo art. 334-A.

Inicialmente, aprouve discorrer acerca da origem do princípio da insignificância bem como de sua origem histórica, de sua dignidade constitucional e definição, para então tratar de sua aplicação no crime de descaminho e da experiência jurisprudencial brasileira a respeito do tema.

O princípio da insignificância constitui-se em uma ferramenta de grande força do Direito Penal contemporâneo, o qual atua na correção das falhas decorrentes da aplicação das leis penais ao longo do tempo e funciona como alicerce de sustentação do direito penal democrático.

A Constituição Federal Brasileira reconhece esse princípio de forma implícita, no art. 1º, inc. III, art. 3º, incs. I, II e IV, e art. 5º, caput, sendo que esse é adequado à estrutura garantística do Estado Social e Democrático de Direito e consubstanciado legislativa, judicial e administrativamente.

Dessa maneira, indiscutivelmente, o Direito Penal deverá entrar em ação exclusivamente quando todos os demais meios para a proteção de um bem jurídico se demonstrarem

ineficazes, o que no caso em questão, seria ilícito ao Direito Penal intervir antes do Estado Fiscal, sob pena de afronta aos princípios constitucionais do ordenamento jurídico penal.

No mais, a tutela penal visa à salvaguarda dos bens jurídicos de expressivo valor e, por isso, deve se atentar aos princípios constitucionais que norteiam o Direito Penal defronte os direitos e garantias individuais do cidadão, somente atribuindo ao âmbito da sanção penal aquelas condutas que de fato lesionam os valores fundamentais para a convivência em sociedade.

A responsabilização penal de condutas ofensivas à ordem tributária deve ser amparada constitucionalmente, devido ao fim genuíno do Direito Penal no Estado Social e Democrático de Direito. Os princípios bases ou decorrentes do princípio da insignificância indicam a correspondência da pena com a gravidade do crime, rejeitando a incidência do Direito Penal quando a conduta, por sua inexpressividade, não chega a ofender os bens resguardados por ele.

O princípio da insignificância possibilita então, a racionalização da proteção penal dos bens jurídicos, uma vez que a tutela apenas será racional quando não for cabível sua atribuição a outra área do Direito, isto é, quando outra área fracassa em proteger o bem de forma eficaz. Também, funciona como uma ferramenta de correção do falho processo legislativo e acaba resolvendo o conflito existente entre o conceito formal e material de delito.

E assim, quando um fato é realmente insignificante, subentende-se que não há tipicidade material, e conseqüentemente, não existirá crime. Isso colabora sobremaneira para que haja a redução dos níveis de criminalidade, ao aplicar penas a fatos que efetivamente lesionam de forma grave um bem de alta relevância.

Sabe-se que o crime de descaminho é caracterizado pela conduta de iludir, o pagamento de direito ou imposto, pela entrada ou saída de mercadorias no país, sobre as quais não incide nenhuma proibição. Ao se tipificar tal conduta, busca-se proteger em primeiro lugar, o Erário e em segundo plano, a indústria nacional, evitando-se assim, uma concorrência desleal.

Por fim, encerramos o trabalho com o objetivo final da pesquisa, ao analisar como a jurisprudência brasileira encara o princípio da insignificância no crime de descaminho. Destaca-se que o parâmetro para a aplicação da insignificância diz respeito ao valor do tributo a ser pago, no que se refere ao dano causado ao erário público, sendo que o

quantum por muito tempo ficou ao arbítrio dos operadores do direito, revelando diversas alterações.

Nesse sentido, foi realizado um estudo cronológico dos critérios que direcionam a aplicação da insignificância nesse crime, nas decisões do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

A finalidade desse trabalho não foi encerrar os debates sobre o tema, uma vez que isso acarretaria várias divisões, mas sim, trazer um estudo mais detalhado de modo a proporcionar claro entendimento e sanar as dúvidas que giram em torno do princípio da insignificância e sua aplicação no crime de descaminho.

CAPÍTULO I

DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

1.1. Origem e evolução histórica

De acordo com a doutrina, há muitas controvérsias a respeito da origem histórica do princípio¹ da insignificância. À luz do entendimento de Fernando Capez é “originário do Direito Romano, e de cunho civilista, o princípio da insignificância ou bagatela funda-se no conhecido brocardo de *minimis non curat praetor*”²- mediante o qual não há necessidade da aplicação de penalidade, quando o direito se depara com uma lesão irrisória, tratando-se de fato não punível. Ou seja, já no direito romano, o pretor não se encarregava dos delitos ou crimes³ de bagatela, em razão do brocardo existente.

Compartilhando da mesma percepção, Carlos Vico Mañas assevera que “pode-se afirmar que o princípio já vigorava no direito romano, pois o pretor, em regra geral, não se ocupava de causas ou delitos insignificantes, seguindo a máxima contida no brocardo *minimis non curat praetor*”⁴.

Em contrapartida, Maurício Antônio Ribeiro Lopes, em razão dos romanos terem apresentado um bom desempenho somente no âmbito do direito civil, não associa a origem

¹“Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado: parte geral. 5. Ed. São Paulo: Método, 2011, p. 21.

²CAPEZ, Fernando. Princípio da insignificância ou bagatela. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n.2312, 30 out. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13762>>. Acesso em: 15 mar de 2016.

³“O crime, além de fenômeno social, é um episódio da vida de uma pessoa humana. Não pode ser dela destacado e isolado. Não pode ser reproduzido em laboratório, para estudo. Não pode ser decomposto em partes distintas. Nem se apresenta, no mundo da realidade, como puro conceito, de modo sempre idêntico, estereotipado.” TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos do direito penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 79.

⁴MAÑAS, Carlos Vico. O Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade no Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 56.

desse princípio a eles, por não terem conhecido o princípio da legalidade penal. Sendo assim, para este autor, o brocardo seria somente uma máxima, a qual não houve nenhum estudo aprofundado⁵.

Nesse sentido, segundo o doutrinador, o princípio da insignificância encontra sua origem no pensamento liberal dos jusfilósofos iluministas, estando relacionado umbilicalmente ao princípio da legalidade. Em suas palavras:

“Não se pode desvincular o princípio da insignificância do princípio da legalidade (...). A insignificância não é exceção à legalidade, mas princípio complementar densificador de seu conteúdo material. Onde não se valoriza a legalidade, qual será o papel da insignificância? Ao contrário de grande parte da doutrina, menos atenta a esse aspecto, entendo que o que justifica modernamente o princípio da insignificância e sua aceitação no Direito Penal não é seu caráter opositor ao direito positivo, qual fosse uma solução extrajurídica para problemas aplicativos daquela modalidade descritiva de direito, mas a sua natureza intrínseca à normatividade jurídica”.

Embora apresente caráter extralegal, o princípio da insignificância⁶ não é extralegal e sequer, contrajurídico. Constitui-se em um princípio sistêmico, oriundo da própria natureza fragmentária do Direito Penal, servindo como um instrumento de coesão ao sistema penal. Dessa forma, o autor rejeita então, que o princípio seja derivado da máxima romana anteriormente citada.

Do mesmo modo, Guzmán Dalbora também não vê que a origem do princípio da insignificância tenha se dado no direito romano, apesar de utilizar argumentos diversos dos apresentados por Lopes. Nesse sentido, o autor serve-se de duas lógicas: a idéia de que os romanos não conheciam a insignificância e de que os acervos dos principais glosadores não continham esta idéia⁷.

⁵LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *O princípio da insignificância no direito penal*. São Paulo: RT, 2000, p. 41/42.

⁶Segundo o doutrinador Abel Cornejo o princípio da insignificância “É o que permite não processar condutas socialmente irrelevantes, assegurando não só que a Justiça esteja mais desafogada, ou bem menos assoberbada, senão permitindo também que fatos nímios não se transformem em uma sorte de estigma para seus autores. Do mesmo modo, abre a porta a uma revalorização do direito constitucional e contribui para que se imponham penas a fatos que merecem ser castigados por seu alto conteúdo criminal, facilitando a redução dos níveis de impunidade. Aplicando-se este princípio a fatos nímios se fortalece a função da Administração da Justiça, porquanto deixa de atender fatos mínimos para cumprir seu verdadeiro papel. Não é um princípio de direito processual, senão de Direito penal”. GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2010, p.52/53.

⁷DALBORA, José Luiz Guzmán. *La insignificancia: especificación y reducción valorativas em el ámbito de lo injusto típico*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, ano 4, n. 14, p. 41-81, abr./jun./1996.

Dalbora afirma que, na verdade, os romanos até apresentavam alguma noção de insignificância, no entanto, tal conhecimento em nada se relaciona com a perspectiva moderna da mesma, pois aduz que os juristas da época desconheciam a máxima *non curat praetor*, chegando a sustentar que o adágio atrela-se mais adequadamente ao pensamento liberal dos humanistas.

Desta maneira, preleciona: “(...) Parece-nos, com efeito, que o adágio mínima *non curat praetor* tem que haver surgido com muita maior probabilidade entre os humanistas que o que é lícito supor a propósito dos juristas da Recepção.“(...) Desta sorte, que os humanistas construíram o apotegma mínima *non curat praetor*, que, conforme restou explicado, tem um sentido eminentemente liberal e refratário a qualquer imposição autoritária, não parece – dentro, por suposto, das possibilidades de uma conjectura – hipoteticamente infundado.”

No entanto, o alemão Claus Roxin foi o primeiro a detectar e introduzir a formulação do princípio da insignificância no sistema penal. Com o fim da II Guerra Mundial, em razão do elevado índice de desempregados e a escassez de alimentos, dentre outros fatores, uma crise tomou conta do continente europeu, gerando inúmeras ocorrências de pequenos furtos, considerados irrelevantes, os quais foram denominados como “crimes de bagatela”.

Diante desse cenário, com intuito de excluir a tipicidade, e conseqüentemente, afastar essas condutas do âmbito penal, o jurista aponta então, o princípio da insignificância, como forma auxiliar de interpretação desses delitos⁸.

O autor iniciou o estudo do princípio impulsionado pelos debates que surgiam em torno do crime de constrangimento ilegal, ressaltando a necessidade de revisão da finalidade da lei penal, uma vez que esta deveria levar em consideração somente significativas lesões ao bem jurídico tutelado. Lógica derivada, portanto, da máxima romana *non curat praetor*.

De acordo com o entendimento de Zaffaroni e Pierangeli, a insignificância emana do fato de que a lesão a um bem jurídico exigida pela tipicidade penal impõe sempre uma gravidade, pois nem toda lesão mínima ao bem jurídico é capaz de caracterizar a lesão mínima exigida pela tipicidade penal⁹.

Chega-se à conclusão, que embora haja controvérsias sobre a origem do termo, foi o jurista Claus Roxin que trouxe à tona o princípio da insignificância, dando ensejo a uma nova

⁸SILVA, Fernando Aparecido da. O princípio da insignificância e sua aplicação pelos tribunais. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2624, 7 set. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17353/o-principio-da-insignificancia-e-sua-aplicacao-pelos-tribunais>. Acesso em 17 de março de 2016.

⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, vol.1, Parte geral, 6º ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.482.

forma de verificar o injusto, em obediência à máxima romana, a qual retira a necessidade de punir condutas consideradas irrelevantes em uma dada sociedade.

1.2. Dignidade Constitucional do Princípio da Insignificância

Com o advento da Constituição Federal Brasileira de 1988, uma crise de paradigmas foi estabelecida, cuja essência se funda na força normativa da Constituição, a qual levando em consideração interesses envolvidos, pode ser boa ou má¹⁰. De fato, a Constituição Federal é a primeira demonstração da política criminal, a qual compele a racionalização dos atos do poder público e outrossim, do poder judiciário, o que induz a uma compreensão lógica e congruente do sistema penal como um todo.

O princípio da insignificância é uma ferramenta potente do direito penal contemporâneo que atua no combate aos desvios decorrentes da aplicação das leis penais ao longo do tempo e integra a base que sustenta o direito penal democrático¹¹. Assim, “atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático e político-criminal de expressão da regra constitucional do *nulius crimen sine lege*, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal¹².

Tal princípio está resguardado implicitamente na Constituição Federal, justamente no artigo 1º, inciso III¹³, artigo 3º, incisos I, II e IV¹⁴ e artigo 5º, *caput*¹⁵ visto que “ajustado à

¹⁰ STRECK, Lênio Luiz. Uma Visão Hermeneutica do Papel da Constituição em Países Periféricos, *In*. Política Criminal, Estado e Democracia- Homenagem aos 40 anos do curso de Direito e aos 10 anos do curso de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. (Org.: André Luis Callegari). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 129.

¹¹ *Idem*, p.130.

¹² MATJAS, Vico. Tipicidade e Princípio da Insignificância. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para obtenção do título de Mestre em Direito Penal. São Paulo: USP, 1993.

¹³ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana.”

¹⁴ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

¹⁵ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)”.

estrutura garantística do Estado Social e Democrático de Direito, e concretizado legislativa, judicial e administrativamente”¹⁶.

Dalton Ribeiro assegura: “O princípio da insignificância valoriza o princípio da dignidade da pessoa humana ao conferir um padrão de atuação ética ao direito penal, resultante da intervenção da pena criminal no direito de liberdade nos momentos de máxima gravidade”¹⁷.

O Estado, ao se recorrer ao direito penal para prevenir ações ou omissões que afetem de forma direta ou indireta sua estrutura econômica, deve estar atento ao princípio do Estado Democrático de Direito, princípios asseguradores dos direitos humanos e da cidadania e, especialmente, da dignidade da pessoa humana, preceito estruturador dos direitos fundamentais e também do princípio da insignificância¹⁸.

O Direito Penal visa resguardar os bens jurídicos de relevante valor, por isso, deve respeitar os princípios constitucionais norteadores do ordenamento jurídico-penal diante dos direitos e garantias fundamentais do cidadão¹⁹ e destinar ao campo da atuação penal somente as condutas que realmente põem em risco os valores fundamentais da sociedade.

Nesta via, em decorrência da visão personalista da Constituição, a qual se funda na dignidade da pessoa humana como preceito máximo, os direitos fundamentais previstos constitucionalmente não podem ser limitados ou restringidos a não ser por resguardar outro de maior ou igual valor.

Dessa forma, todos os demais ramos do direito, por força, devem ser submetidos a uma filtragem constitucional. O que significa que, somente o que estiver harmonizado à dignidade da pessoa humana deve ser aplicado ao caso concreto, sendo que tudo mais que contraria tal preceito deve ser desprezado, por ser considerado ilegal e inconstitucional.

Encadeando o Direito Penal com o Direito Tributário partindo de uma leitura constitucional, conforme ensina Uchôa de Brito, constata-se que a atribuição de relevância penal às relações obrigacionais tributárias, “desprovido de um estudo sistêmico e teológico, ao invés de atenuar os distúrbios sociais, acaba por agravá-los, pois além de

¹⁶ RIBEIRO, Júlio Dalton. Princípio da Insignificância e sua aplicabilidade no delito de contrabando e descaminho. *In*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Bimestral, ano 16, n.73, p.55, julho-agosto de 2008.

¹⁷ *Idem*, p.55.

¹⁸ RIBEIRO, Júlio Dalton, *Op. cit*, p.72.

¹⁹ DA SILVA, Ivan Luiz. Princípio da insignificância no direito penal. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 471.

violar os direitos fundamentais, não apresenta resultados positivos prometidos pelo discurso descriminalizador”²⁰.

O autor, ainda afirma que criminalização de delitos tributários, resolúveis na via administrativa ou insignificantes, vai de encontro ao Constitucionalismo, e deve causar preocupação ante a consagração dos direitos fundamentais da pessoa humana, “tão duramente alcançados”²¹. A responsabilização criminal de condutas atentatórias a ordem tributária deve ter viabilidade constitucional, “à luz da verdadeira missão do direito penal no estado Democrático e Social de Direito”²².

1.3. Conceito

Antes de adentrar em qualquer outro tema pertinente ao estudo, nada mais justo do buscar compreender a definição utilizada para traduzir o princípio da insignificância. Não existe na legislação, até o presente momento, uma conceituação expressa que revele o princípio ora analisado, cabendo à doutrina e jurisprudência a função de designar os parâmetros para o reconhecimento dos fatos irrelevantes²³. Alguns autores afirmam, que trata-se de um instrumento de interpretação e que se correlaciona com alguns princípios já existentes.

Na visão de Diomar Ackel Filho, o princípio é definido como “aquele que permite infirmar a tipicidade de fatos que, por sua expressividade, constituem ações de bagatela, desprovida de reprovabilidade, de modo a não merecerem valoração da norma penal, exurgindo, pois, como irrelevantes”²⁴.

Carlos Vico Mañas assevera que o princípio se traduz em uma ferramenta judicial, onde, condutas embora previstas em um tipo penal, ou seja, tipificadas, seriam desconsideradas através de uma interpretação restritiva, pois não lesionavam os bens protegidos pela legislação penal de forma considerável, do ponto de vista social: “O princípio da

²⁰ BRITO, Auriney Uchôa de. Responsabilidade penal tributária e a missão do direito penal no Estado Democrático de Direito. *In*: Revista dos Tribunais, ano 98, vol.886, p.429, agosto de 2009.

²¹ *Idem*, p.430.

²² *Idem*, *ibidem*.

²³ SILVA, Fernando Aparecido da. O princípio da insignificância e sua aplicação pelos tribunais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2624, 7 set. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17353/o-principio-da-insignificancia-e-sua-aplicacao-pelos-tribunais>. Acesso em: 25 de março de 2016.

²⁴ ACKEL FILHO, Diomar. O princípio da insignificância no direito penal. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada de São Paulo*. São Paulo: TJSP, 1988, v. 94, p.73, 1988.

insignificância, portanto, pode ser definido como instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal²⁵, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma socialmente relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal”²⁶.

Levando em consideração a opinião de Ivan Luiz da Silva, encontrar a precisão terminológica é uma tarefa complicada, em razão do uso reiterado de termos diversos para representar o mesmo objeto. Em decorrência disso, objetivando evitar uma confusão relacionada aos termos utilizados, seria preciso, diferenciá-los para obter um melhor entendimento: “A doutrina e jurisprudência têm utilizado os termos Princípio da Insignificância e criminalidade (ou delito) de bagatela muitas vezes indistintamente, como se fossem sinônimos de um mesmo instituto jurídico, levando a uma confusão entre esses dois fenômenos do Direito Penal. Em sendo assim, cumpre demonstrarmos o sentido desses termos para melhor compreensão de sua aplicação”²⁷.

De acordo com Luiz Flávio Gomes, o crime de bagatela é aquela infração ou delito que, ao ser analisado individualmente, resulta em lesão ou ameaça de lesão ínfima socialmente, de modo que seria injusto e até mesmo desproporcional, a aplicação de uma pena jurídica grave em resposta a essa lesão, como por exemplo, a prisão²⁸. No entanto, importante esclarecer, conforme ensina o Professor Fernando Capez que não podemos confundir o delito de bagatela, ou, o delito insignificante, com os crimes de menor potencial ofensivo, já que estes são definidos e regulados no artigo 61 da Lei n° 9.099/95, portanto, submetem-se aos JECrim, não havendo que se falar no princípio da insignificância nessas situações.

²⁵ “Tipo é o conjunto dos elementos do fato punível descrito na lei penal. O tipo exerce uma função limitadora e individualizadora das condutas humanas penalmente relevantes. É a construção que surge da imaginação do legislador, que descreve legalmente as ações que considera, em tese delitivas, Tipo é um modelo abstrato que descreve um comportamento proibido. Cada tipo possui características e elementos próprios que os distinguem uns dos outros, tornando-os todos especiais, no sentido de serem inconfundíveis, inadmitindo-se a adequação de uma conduta que não lhes correspondaperfeitamente. Cada tipo desempenha uma função particular, e a ausência de um tipo não pode ser suprida por analogia ou interpretação extensiva”. BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 9ª ed. São Paulo. Saraiva: 2004, v. 1, p. 199.

²⁶ MAÑAS, Carlos Vico. *Op. cit.*, p. 81.

²⁷ DA SILVA, Ivan Luiz. *Op. cit.*, p. 88.

²⁸ GOMES, Luiz Flávio. Crimes tributários e previdenciários: até 20 mil, insignificância. Atualidades do Direito, 27 de março de 2012. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2012/03/27/crimes-tributarios-e-previdenciarios-ate-r20-mil-insignificancia/>. Acesso em 28 de março de 2016.

Nesse sentido, também é oportuno apreciar o apontamento de outro doutrinador: “O conceito de “crime de bagatela”, segundo a mais qualificada doutrina teutônica, não é um conceito do direito positivo nem um conceito rígido da dogmática do direito penal. É utilizado concentradamente por todas as infrações penais se há um pequeno ato condenável, uma ilicitude insignificante, uma pequena culpa de “pequena criminalidade”. Sem embargo, são expressões (conceitos jurídicos indeterminados) que servem para caracterizar uma questão de política criminal. Se o equipara, igualmente, ou se o associa conceitualmente, ao “injusto insignificante”²⁹.

Quanto a essa divergência em relação aos termos utilizados, Ackel Filho ensina: “O princípio da insignificância pertine aos delitos de bagatela, permitindo sua consideração pela jurisdição penal como fatos atípicos, posto que destituídos de qualquer valoração a merecer tutela e, portanto, irrelevante”.

Posto isso, resta evidente que não se deve confundir princípio da insignificância com delito de bagatela, uma vez que a aplicação do princípio surge devido a ocorrência desse tipo de crime. Como exemplo, cita-se uma jurisprudência que faz a diferenciação dos termos:

“CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. LEGALIDADE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. I. Não é ilegal a decisão que mantém rejeição de denúncia em crime de descaminho de bens cujos impostos incidentes e devidos sejam iguais ou inferiores a R\$ 1.000,00 (mil reais) - valor de crédito dispensado pela Fazenda Pública. II. Hipótese que caracteriza o delito de bagatela, ensejando, conseqüentemente, a aplicação do princípio da insignificância. III. Recurso conhecido e desprovido. (BRASIL, 2000a)”³⁰.

Assim, extrai-se que há uma clara diferença entre esses dois conceitos. Delito de bagatela trata-se das condutas onde a ação ou o resultado do ponto de vista social são inexpressivos e, conseqüentemente, ensejam a aplicação do princípio da insignificância, para que em alguns casos, seja excluída a tipicidade. Contudo, é essencial para o nosso estudo, apontar quais são as espécies de delito bagatelar existentes.

²⁹ CORNEJO, Abel. Teoria de la insignificância. Buenos Aires:Ad-Hoc, 1997, p.91.

³⁰ Recurso Especial nº 235.151, Quinta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Gilson Dipp, Julgado em 04/04/2000a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199900947576&dt_publicacao=08-05-2000&cod_tipo_documento=1>. Acesso em 28 de março de 2016.

1.3.1. Espécies de infrações bagatelares

Conforme elucidado anteriormente, a insignificância configura-se como um instrumento de interpretação para afastar do âmbito jurídico condutas que não influenciam significativamente nas relações sociais, as chamadas infrações bagatelares.

Entretanto, nem todas as infrações são idênticas, havendo dessa maneira, a necessidade de instituir uma diferenciação entre elas. Segundo essa classificação, será demonstrado o cabimento ou não do princípio da insignificância. Nesse sentido, visando clarear o entendimento, toma-se emprestado o ensino de Luiz Flávio Gomes³¹, que divide a infração bagatelar em própria e imprópria:

“A infração bagatelar própria é a que nasce sem nenhuma relevância penal, porque não há (um relevante) desvalor da ação (ausência de periculosidade na conduta, falta de reprovabilidade da conduta, mínima ofensividade ou idoneidade) ou um relevante o desvalor do resultado jurídico (não se trata de ataque grave ou significativo ao bem jurídico, que mereça a incidência do Direito penal) ou ambos”³².

Infração bagatelar imprópria: é a que nasce relevante para o direito penal (porque há o desvalor da conduta, bem como o desvalor do resultado), mas depois se verifica que a incidência de qualquer pena no caso concreto apresenta-se totalmente desnecessária (princípio da desnecessidade da pena conjugado com o princípio da irrelevância penal do fato)”³³.

Sabe-se que a classificação apontada pelo jurista foi instituída de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, alcançado por meio da solução de julgados. Os critérios utilizados devem ser assimilados com precisão, vez que em algumas ocasiões

³¹ Segundo o mesmo autor não podemos confundir o delito de bagatela próprio e com o direito de bagatela impróprio, vejamos o seu raciocínio: “Em outras palavras: as circunstâncias do fato assim como as condições pessoais do agente podem induzir ao reconhecimento de uma infração bagatelar imprópria cometida por um autor merecedor do reconhecimento da desnecessidade da pena. Reunidos vários requisitos favoráveis, não há como deixar de aplicar o princípio da irrelevância penal do fato (dispensando-se a pena, tal como se faz no perdão judicial). O fundamento jurídico para isso reside no art. 59 do CP (visto que o juiz, no momento da aplicação da pena, deve aferir sua suficiência e, antes de tudo, sua necessidade). Do exposto infere-se: infração bagatelar própria = princípio da insignificância; infração bagatelar imprópria = princípio da irrelevância penal do fato. Não há como se confundir a infração bagatelar própria (que constitui fato atípico – falta tipicidade material) com a infração bagatelar imprópria (que nasce relevante para o Direito penal). A primeira é puramente objetiva. A segunda está dotada de uma certa subjetivação porque são relevantes para ela o autor, seus antecedentes, sua personalidade etc. GOMES, Luiz Flávio. *Op., Cit.*, 2010, p.31.

³² *Ibidem*, p. 31

³³ GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.*, 2010, p.29.

pode ocorrer o desvalor da conduta, em outras palavras, o desvalor do resultado, ou ainda, pode ocorrer as duas situações no mesmo instante. O autor menciona alguns exemplos que proporcionam melhor uma compreensão sobre as diferentes situações:

“1. Quem atira um pedaço de papel amassado contra um ônibus coletivo realiza uma conduta objetivamente não perigosa ou de periculosidade mínima, ínfima (leia-se: de baixa idoneidade ofensiva). Logo, falta-lhe o desvalor da ação. Em outras palavras, não se trata da ação desvalorada que está prevista no tipo penal-CP, art. 264. (...) 2. Quem subtrai uma cebola (ou um palito de fósforo) pratica uma conduta desvalorada (ato de subtrair é altamente desvalorado), porém, o resultado jurídico é absolutamente ínfimo (falta, portanto, desvalor do resultado, falta um ataque intolerável ao bem jurídico). Aqui estamos diante de um caso em que só o desvalor do resultado jurídico é ínfimo. Mesmo assim, não há como deixar de aplicar o princípio da insignificância, apesar do desvalor da ação. (...) 3. Num acidente de trânsito em que o agente atua com culpa levíssima e, ademais gera uma lesão totalmente insignificante, não há como afastar a incidência deste princípio”³⁴.

Constata-se assim, que cada caso deverá ser analisado detalhadamente, não havendo necessidade que tais critérios se acumulem, a fim de que se reconheça a ocorrência da infração bagatela própria, bastando que se verifique apenas uma dessas situações.

Além disso, cada caso é particular, impondo ao interprete certa atenção aos pormenores do fato, como as questões sociais da vítima, o local de sua ocorrência, sendo que o que pode ser insignificante para um indivíduo, não se subentende que será igual para outro, ou até mesmo em determinada região³⁵.

Quando verificados os requisitos do delito de bagatela próprio, se aplica o princípio da insignificância, o que culminará na exclusão da tipicidade penal. De forma mais objetiva, exclui-se a tipicidade material do fato, dado que no direito contemporâneo não basta que haja o simples enquadramento do fato ao texto do tipo penal, ou seja, não basta que haja a tipicidade formal do fato³⁶. Para facilitar essa compreensão, Luiz Flávio Gomes afirma:

“Cuida-se, como se vê, de um conceito normativo, que exige complemento valorativo do juiz. O princípio da insignificância tem tudo a ver com a moderna posição do juiz, que já não está bitolado pelos parâmetros abstratos da lei, senão pelos interesses em jogo em cada situação concreta. Nesse novo Direito Penal, que é um Direito do caso concreto, a

³⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.*, 2010, p.16-17.

³⁵ *Idem*, p.19.

³⁶ *Idem*, p. 17-18.

proeminência do juiz é indiscutível. Mas também, a chance de se fazer justiça no caso concreto é muito maior que antes (quando o juiz estava atrelado ao velho silogismo formalista da premissa maior, premissa menor e conclusão)”.³⁷

O autor ainda ressalta que nessa situação devem ser analisados somente critérios objetivos, uma vez que há o perigo de haver uma certa confusão de princípios e assim, o objetivo de cada um deles se tornar inútil, se houver qualquer subjetividade na sua interpretação: “Em se tratando de infração bagatela própria (...), impõe-se a aplicação do princípio da insignificância, sem a contaminação dos critérios subjetivizantes típicos do princípio da irrelevância penal do fato”³⁷.

Em contrapartida, a infração bagatela também é classificada em imprópria. Essa, no entanto, já interessa ao Direito, por apresentar certa gravidade, tendo em conta que se identifica no mesmo instante um desvalor da conduta e do resultado. Porém, ao final verifica-se que é desproporcional a aplicação de qualquer pena. Essa desnecessidade é justificada por vários motivos, tais como a ausência de antecedentes criminais, por ter o autor do fato reparado os danos causados à vítima, sua colaboração com a justiça, ínfimo desvalor da culpabilidade, entre outros.³⁸

Nesse caso, onde existe inicialmente uma conduta típica e depois essa se mostra sem gravidade para a aplicação de uma pena, já não é cabível o princípio da insignificância e sim, o princípio da irrelevância penal do fato. Por isso é importante destacar a delimitação da área de atuação da insignificância, para que não ocorra a confusão com a irrelevância penal do fato. Segue o ensino do autor:

“A insignificância correlaciona-se indubitavelmente com o âmbito do injusto penal (ou mais precisamente com o da tipicidade). Afeta, portanto, ou o desvalor da ação ou o desvalor do resultado (daí falar-se em princípio da insignificância da conduta e princípio da insignificância do resultado). Logo, não há espaço, nesse âmbito, para a inserção de critérios subjetivos típicos da reprovação da conduta (da culpabilidade) ou mesmo da necessidade da pena. O direito penal é uma ciência. Toda ciência é composta de conceitos (e definições). Delimitá-los e observá-los significa conferir-lhes coerência e segurança. Toda referência que é feita (na esfera do princípio da insignificância) ao desvalor da culpabilidade (réu com bons antecedentes, motivação do crime, personalidade do agente, etc.) acaba constituindo fonte de confusão entre o injusto penal e sua reprovação, leia -se,

³⁷ GOMES, Luiz Flávio, *Op. cit.*, 2010, p.18 ss.

³⁸ *Idem*, p.23-24.

mescla o delito com a pena, a teoria do delito com a teoria da pena, o injusto penal com culpabilidade. Os princípios da insignificância da conduta ou do resultado coligam-se com o injusto penal. O princípio da irrelevância penal do fato tem correspondência com a culpabilidade e, sobretudo, com a necessidade concreta da pena (ou necessidade preventiva de pena, como diz Roxin). Uma conclusão: está confundindo a teoria do delito com a teoria da pena. Não se pode utilizar um critério típico do princípio da irrelevância penal do fato (teoria da pena) dentro do princípio da insignificância (que reside na teoria do delito). Esta é a confusão que precisa ser desfeita o mais pronto possível, para que o Direito penal não seja aplicado incorretamente (ou mesmo arbitrariamente)”³⁹.

Noutro giro, também é pertinente levar em consideração o pensamento de Ivan Luiz da Silva, que possui um entendimento diverso do proposto por Luiz Flávio Gomes no que diz respeito à natureza jurídica do princípio da insignificância, e conseqüentemente ao crime de bagatela próprio. O jurista discorda de todas as teorias que afirmam que o princípio tem somente uma natureza jurídica, pois segundo essas, ou seria excludente de tipicidade ou funcionaria como excludente de antijuricidade. De acordo com ele, no caso concreto, o princípio pode funcionar tanto como excludente de tipicidade ou de antijuricidade: “No que concerne à natureza jurídico-penal do Princípio da Insignificância, divergimos das teses já apresentadas em razão de essas atribuírem uma única natureza jurídica, quando se deve reconhecer sua natureza ubíqua, isto é, dependendo do caso, pode ser excludente de tipicidade ou de antijuricidade”⁴⁰.

Na verdade, a visão do jurista, que vai contra o pensamento de todos os outros, trouxe uma inovação em relação ao tema. Ele rejeita qualquer teoria que acorrenta o princípio somente a uma natureza jurídica e resguarda então, sua duplicidade, pois acredita que caso contrário, haveria o afastamento de algum elemento do crime, ou o desvalor da ação ou do resultado. Logo, a tipicidade do delito será afastada quando a insignificância da ação for predominante, e conseqüentemente, quando o desvalor do resultado for relevante haverá o afastamento da antijuricidade⁴¹.

Apesar de se posicionar dessa forma, ele assume que o entendimento majoritário dos juristas fundamenta-se em posicionar o princípio na esfera da excludente de tipicidade. Salienta também, ao discorrer sobre a natureza dúplice do princípio, que a exclusão da

³⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.*, 2010, p.34-35.

⁴⁰ DA SILVA, Ivan Luiz. *Op. cit.*, p.170.

⁴¹ *Idem*, p.171.

antijuridicidade ocorrerá em casos excepcionais, pois é mais frequente a aplicação da insignificância, onde é verificado o desvalor da ação: “Dentre as posturas de aplicação do Princípio da Insignificância, esta é a que tem mais adeptos, sendo, certamente, a corrente majoritária no Direito Penal pátrio. Segundo o entendimento dessa corrente, por força do Princípio de Insignificância são atípicas aquelas condutas que importam numa afetação insignificante do bem jurídico tutelado. Atribui-lhe, portanto, natureza jurídica de excludente de tipicidade penal. (...) Contudo, cumpre salientar que frequentemente o Princípio da Insignificância atua como excludente de tipicidade, pois a preponderância do desvalor da ação se mostra acentuada entre as condutas penalmente insignificantes”⁴².

Haja vista as ideias anteriores esplanadas, verifica-se então, que decorrente das diferenças existentes entre as duas espécies de infrações bagatelares, não é possível aplicar o princípio da insignificância em ambas. Na infração bagatelar própria, que diz respeito aos delitos que possuem uma ínfima ofensividade ou da ação ou do resultado desde o início, já se aplica o princípio por não existir a tipicidade formal. Em contrapartida, na infração bagatelar imprópria, já se aplica o princípio da irrelevância penal do fato, pelo fundamento de que a aplicação de qualquer pena seria desproporcional, uma vez que inicialmente o delito até pode ser interessante ao Direito Penal, contudo, posteriormente não faz sentido a aplicação da sanção.

Assim, em que pese as divergências existentes sobre o assunto, prevalece o posicionamento de que a natureza jurídica do princípio tem a ver com a exclusão da tipicidade do delito em frente o desvalor da ação, do resultado, ou de ambos.

1.3.2. Tipicidade formal e tipicidade material

À luz do que descreve Zaffaroni e Pierangeli, o Direito Penal é “um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominante descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes”. Então, a conduta típica é aquela “que apresenta a característica específica de tipicidade”⁴³ e, conseqüentemente, a

⁴²*Idem*, p. 163-164; 171.

⁴³ “A tipicidade implica uma conduta antinormativa (contrariedade à norma) e não podemos admitir que na ordem normativa uma norma ordene o que outra proíbe. Uma ordem normativa, na qual uma norma possa

conduta atípica é aquela que não revela tipicidade. Este fenômeno jurídico é chamado de adequação da conduta ao tipo, é dessa forma que se verifica a tipicidade da conduta⁴⁴.

Exposto isso, pode-se afirmar que no que tange a concepção material do tipo, onde não existem somente sentidos formais em sua essência, verifica-se que a demonstração da real lesividade a bens jurídicos (juridicamente protegidos por normas de direito material), por comportamentos éticos e socialmente reprováveis, revelam a danosidade social e a periculosidade social da conduta⁴⁵, que fazem referência ao juízo de atipia material da conduta.

Para se compreender o princípio da insignificância é preciso fazer a distinção da tipicidade penal em duas partes: a tipicidade penal formal consistente na adequação ou subsunção do fato à letra da lei e, a tipicidade material⁴⁶, consistente na efetiva gravidade da lesão ao bem jurídico. O conflito existente no caso concreto, entre a conduta formalmente típica e a tipicidade material, evidenciada pela gravidade da ofensa ao bem jurídico tutelado “é que permite inferir se há ou não necessidade de intervenção penal e, portanto, se é possível aplicar o princípio da insignificância”⁴⁷.

A tipicidade é considerada uma das informações basilares do crime, de maneira que para⁴⁸ que um comportamento humano seja conceituado como crime é obrigatório ser típico.

ordenar o que a outra pode proibir deixa de ser ordem e de ser normativa e torna-se uma “desordem” arbitrária. As normas jurídicas não vivem isoladas, mas num entrelaçamento em que umas limitam as outras, e não podem ignorar-se mutuamente. Uma ordem normativa não é um caos de normas proibitivas amontoadas em grandes quantidades, não é um depósito de proibições arbitrárias, mas uma ordem de proibições, uma ordem de normas, um conjunto de normas que guardam entre si uma certa ordem, que lhes vem dada por seu sentido geral: seu objetivo final, que é evitar a guerra civil (a guerra de todos contra todos). ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 435.

⁴⁴*Ibidem*, p.381-383. O juiz verifica a tipicidade relacionando a conduta particular e a concreta com a especificação típica, para ver se se enquadra ou não a ela. É o juízo de tipicidade que deve ser realizado pelo juiz.

⁴⁵ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 435.

⁴⁶A tipicidade material tem por fundamento dois juízos distintos: (a) juízo de valoração (desaprovação) da conduta e (b) juízo de valoração (desaprovação) do resultado. Quando a conduta é socialmente aceita (manutenção de motéis, por exemplo) fica afastada a desaprovação da conduta (porque se trata de conduta que cria risco tolerado, aceito). Quando é o resultado que é socialmente adequado (maus-tratos a animais em rodeios, pequenas lesões corporais nas relações sexuais, perfuração da orelha da criança, etc.) fica afastado o requisito da ofensa intolerável (não há que se falar em desaprovação do resultado). Aparentemente não seria difícil distinguir a incidência do desvalor da ação e do desvalor do resultado. Na prática, entretanto, isso nem sempre é tão simples. Conclusão: havendo dúvida insuperável, nada impede que a conduta socialmente adequada seja desde logo afastada a tipicidade material em razão do juízo de valoração da ação. GOMES. Luiz Flávio. *Op. cit.*, 2010, p.173.

⁴⁷ GOMES FILHO, Demerval Farias. A Dimensão do Princípio da Insignificância. In 3.edição da Revista Eletrônica da Justiça Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. Disponível em http://www.mpdf.gov.br/portal/index.php?option=com_content&task=view&id=1654&Itemid=93. Acesso 18 de abril de 2016.

⁴⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. cit.*, p. 125.

Desse modo, de um lado, tem-se o comportamento humano no caso concreto e, de outro, o crime tipificado na lei penal, e a tipicidade formal é exatamente a correlação que possa existir entre o primeiro e o segundo, senão não haverá tipicidade, que é, primeiramente, um juízo formal de subsunção conforme explica Toledo de Assis “decorre da ‘função de garantia’ do tipo, para que se observe o princípio da anterioridade da lei penal”⁴⁹.

Agora, para se compreender o conteúdo material do tipo é necessário analisar o papel positivo do tipo e não o negativo, ou seja, o tipo serve para identificar tanto condutas criminosas, como também, para discriminar fatos atípicos, os quais podem ser antijurídicos, mas de forma alguma, um injusto penal⁵⁰, consolidado no desvalor da ação mais desvalor do resultado.

Reiterando esse entendimento, Toledo de Assis ensina que “o conteúdo material conferido ao tipo, além de funções bem típicas e inconfundíveis, considera não apenas o papel negativo do injusto, mas também o positivo, a saber: o tipo não serve apenas para identificar condutas criminosas, mas se presta igualmente para discriminar os fatos atípicos”, de modo que o fato atípico pode ser antijurídico, no entanto, não pode ser um injusto penal⁵¹, do mesmo modo que os crimes abrigados pela tipicidade resultante da aplicabilidade do princípio da insignificância.

O jurista explica que se o tipo não for considerado apenas como modelo orientador ou diretivo, todavia, como portador de real sentido, a informar a danosidade social, como também a periculosidade da conduta exposta, a capacidade de decisão no plano do juízo de atipicidade é ampliada⁵².

De acordo com a visão de Beling, o tipo apresenta um significado puramente formal, distintivo, o qual não confere um juízo de valor sobre a conduta que não indicasse suas características. Entretanto, atualmente, busca-se conceder ao tipo, além do sentido formal, um sentido material, de jeito que não se fala em tipicidade se a conduta não for ao mesmo instante “materialmente lesiva a bens jurídicos, ou ética e socialmente reprovável”⁵³,

⁴⁹*Idem.*

⁵⁰ *Idem.* p.128.

⁵¹ *Idem.*

⁵² *Idem.*, p.130.

⁵³ TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. cit.*, p. 130.

análise essa que remete ao princípio da adequação social⁵⁴ e ao princípio da insignificância.

Cabe salientar que a exclusão da tipicidade, segundo Toledo, “função privativa do juízo de atipicidade”, não pode ser confundida com a exclusão da ilicitude, a qual é a função do juízo de ilicitude do fato, ao passo que o papel do tipo também se diverge com o da ilicitude, pois os dois são dogmaticamente diversos e necessários a “momentos cognoscitivos diferentes”⁵⁵.

No que se refere ao fato insignificante, Luiz Flávio Gomes informa que “em razão da exiguidade formal da conduta ou do resultado – que a conduta é formalmente típica, mas não materialmente. Eis que tipicidade formal já não esgotaria toda a globalidade da tipicidade penal, que requer a dimensão material (que compreende dois juízos distintos: de desaprovação da conduta e de desaprovação do resultado jurídico)”⁵⁶.

⁵⁴ “A adequação social supõe a aprovação social da conduta enquanto o princípio da insignificância somente uma relativa tolerância por sua escassa gravidade (...) a teoria da adequação social está prevalentemente regulada sobre o desvalor da ação, e o princípio da insignificância sobre o desvalor do resultado”. LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Op. cit.* p., 122.

⁵⁵ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Op. cit.*, p. 122.

⁵⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.*, 2010, p. 67-68.

CAPÍTULO II

DOS PRINCÍPIOS INFORMADORES DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL

2.1. Dos princípios informadores da insignificância no Direito Penal

O princípio da insignificância cabível nos delitos de mínima relevância vai de encontro com o entendimento majoritário, consolidado na doutrina e jurisprudência, de que num Estado Democrático de Direito, toda interferência penal deve estar atenta aos princípios fundamentais do Direito Penal, observando todos os direitos e garantias fundamentais do cidadão⁵⁷.

Sendo assim, não deve o Direito Penal intervir em todas ou quaisquer ofensas aos bens amparados pelo ordenamento jurídico, tão somente nas lesões aos bens jurídicos relevantes, visto que essa escala de importância é determinada pelo legislador, a partir das circunstâncias existentes na sociedade em questão. Essas irão designar quais as condutas aceitas socialmente, limitando assim, o campo de ação do Direito Penal.

A combinação de todos os princípios por si só, configura-se o modo pertinente para se chegar à atipicidade de todos os fatos irrelevantes, isto é, exercem função descriminalizadora, à medida que indicam quais as condutas que devem ser punidas penalmente, indicam também, aquelas que não são consideradas infrações penais.

Desta maneira, o princípio da insignificância se relaciona de forma bastante estreita com os princípios a seguir expostos, e por esse motivo, deve ser utilizado de maneira complementar a estes.

⁵⁷SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da insignificância e os crimes ambientais. Ano 97, vol. 867, janeiro 2008. Editora Revista dos Tribunais.

2.1.1. Princípio da Lesividade

Sabe-se que todo crime induz lesão a um bem jurídico, tendo em vista que não existem crimes que permanecem apenas na esfera do pensamento, opinião, desejo. O propósito do princípio da lesividade⁵⁸ é exatamente impedir que o Direito Penal se ocupe de lesões que não possuem a mínima importância, evitando uma possível aplicação, execução de pena ou medida de segurança. Esse princípio concentra-se no bem jurídico, tomando como objeto de estudo a natureza do bem (dimensão qualitativa) e a proporção da lesão ao bem (dimensão quantitativa)⁵⁹.

Juarez Cirino dos Santos afirma que, de um lado, no que diz respeito à dimensão qualitativa, o princípio da lesividade evita a criminalização primária e secundária excludente ou redutora das liberdades constitucionais, as quais devem ser objeto de maior garantia positiva e menor limitação negativa como instrumento de criminalização por parte do Estado⁶⁰. Por outro lado, quantitativamente, o princípio exclui a criminalização primária e secundária de lesões insignificantes aos bens jurídicos. Assim, o autor ensina: “o princípio da lesividade é a expressão positiva do princípio da insignificância em Direito Penal: lesões insignificantes de bens jurídicos protegidos, como a integridade ou a saúde corporal, a honra, a liberdade, a propriedade, a sexualidade etc., não constituem crime”⁶¹.

Mencionando Claus Roxin, por sua vez, Nilo Batista garante que “só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e que não é simplesmente um comportamento pecaminoso ou imoral; (...) o direito penal só pode assegurar a ordem pacífica externa da sociedade, e além desse limite nem está legitimado nem é adequado a educação moral. À conduta puramente interna, ou puramente individual – seja pecaminosa

⁵⁸Bitencourt ao se posicionar sobre o referido princípio, expõe o seu raciocínio da seguinte forma: “Para que se tipifique um crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado. Por essa razão, são inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato, pois no âmbito do Direito Penal de um estado Democrático de Direito, somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado. Em outros termos, o legislador deve-se abster de tipificar como crime ações incapazes de lesar ou, no mínimo, colocar em perigo concreto o bem jurídico protegido pela norma penal. Sem afetar o bem jurídico, no mínimo colocando-o em risco efetivo não, há infração penal”. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, 2004, p. 27-28.

⁵⁹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Op. cit.*, p. 25.

⁶⁰*Idem*, p.26.

⁶¹*Idem*.

imoral, escandalosa ou diferente – falta a lesividade que pode legitimar a intervenção penal”⁶².

Em harmonia com esse entendimento, ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR, evidenciam a essência limitadora do princípio da lesividade: “(...) nenhum direito pode legitimar uma intervenção punitiva quando não medeie, pelo menos, um conflito jurídico, entendido como a afetação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio, individual ou coletivo (...)”⁶³.

Pela concepção de Nilo Batista, são quatro as funções precípua do princípio da lesividade:

1) proibir a criminalização de condutas que permanecem somente na esfera do pensamento, as quais não devem influenciar o tipo penal. No entanto, o dolo interessa ao Direito Penal, quando o autor demonstra vontade em praticar a conduta objetiva proibida, e também se interessa por intenções, causas e estados de ânimo quando são interligados a uma conduta externa.

2) proibir a criminalização de condutas que não excedam o domínio do próprio autor, como somente atos preparatórios de um crime onde a execução não fora consumada; proibir a conspiração entre duas pessoas ou mais para praticar um crime cuja prática não fora iniciada; impedir a punibilidade do crime impossível, da auto-lesão e também dos usuários de drogas.

3) proibir a criminalização de simples estados ou condições existenciais, ou seja, visa atribuir eficácia ao direito penal do fato e não ao direito penal do autor. Nesse sentido, é vetada a imputação de pena ao homem por sua simples condição de existência, o que de acordo com Nilo Batista, acarreta a exclusão do Direito Penal de medidas de segurança somente fundamentadas na periculosidade do autor.

4) proibir a criminalização de condutas apartadas que não prejudiquem qualquer bem jurídico, tais como ações de grupos que são objetos de discussão apenas no âmbito da moralidade⁶⁴.

É o princípio da lesividade que demonstra o valor que o bem jurídico representa (indica a lesividade do crime), devendo ser determinado corretamente, pois é o responsável em

⁶² BATISTA, Nilo. *Op. cit.*, p.91.

⁶³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; e SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro, Volume 1: Teoria Geral do Direito Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 226.

⁶⁴ BATISTA, Nilo. *Op. cit.*, p.92-94.

expor a materialização da ofensa, que tem o poder de limitar ou legitimar a intervenção penal do Estado⁶⁵.

No direito brasileiro, o texto constitucional que revela o bem jurídico, vale dizer, os direitos e garantias fundamentais são tutelados pelas normas materiais da Constituição Federal. Nilo Batista ressalta, que o bem jurídico deriva da concepção política de crime e sua essência abriga inteira dependência daquilo que o tipo ou tipos criados possam revelar sobre os objetivos do legislador: “o bem jurídico não pode formalmente opor-se a disciplina constitucional, explícita ou implicitamente, defere ao aspecto da relação social questionada, funcionando a Constituição particularmente como um controle negativo”⁶⁶.

Acrescenta o autor: “Numa sociedade de classes, os bens jurídicos hão de expressar, de modo mais ou menos explícito, porém inevitavelmente, os interesses da classe dominante, e o sentido geral de sua seleção será o de garantir a reprodução das relações de dominação vigentes, muito especialmente das relações econômicas estruturais”⁶⁷.

Portanto, conclui-se que a somente será legítima a intervenção penal se houver lesividade ao bem jurídico, bem como, a mera interpretação literal da norma não produz por si só, a justiça social⁶⁸. Então, a infração penal não constituiria somente uma violação da norma em si. Seria além disso, significaria violação do bem jurídico, de acordo com uma análise do resultado e da relevância da ofensa ao bem jurídico tutelado. O princípio da lesividade vedaria, portanto, a cominação, a aplicação e a execução de penas e medidas de segurança nos casos de ofensas insignificantes, consumadas ou tentadas, contra bens jurídicos resguardados nos tipos legais de crime.

⁶⁵ BATISTA, Nilo. *Op. cit.*, p.95.

⁶⁶ *Idem*, p.96.

⁶⁷ Nilo Batista também menciona as cinco funções do bem jurídico: “1ª, axiológica (indicadora das valorações que presidiram a seleção do legislador); 2ª sistemático-classificatória (como importante princípio fundamentador da construção de um sistema para a ciência do direito penal e como o mais prestigiado critério para o agrupamento de crimes, adotado por nosso código penal); 3ª exegética (ainda que não circunscrito a ela, é inegável que o bem jurídico, como disse Aníbal Bruno, é ‘o elemento central do preceito’, constituindo-se em importante instrumento metodológico na interpretação das normas jurídico-penais); 4ª dogmática (em inúmeros momentos, o bem jurídico se oferece como uma cunha epistemológica para a teoria do crime: pense-se nos conceitos de resultado, tentativa, dano/perigo etc.); 5ª crítica (a indicação dos bens jurídicos permite, para além das generalizações legais, verificar as concretas opções e finalidades do legislador, criando, nas palavras de Bustos, oportunidade para ‘a participação crítica dos cidadãos em sua fixação e revisão’)”. *Idem*, p. 96-97.

⁶⁸ Mediante o princípio da lesividade, apenas aquele comportamento que ofenda direitos de outrem e que não consista um comportamento pecaminoso ou imoral poderá ser punido; o direito penal só pode garantir a ordem pacífica externa da sociedade e além desse limite não está legitimado e nem é adequado para a educação moral dos cidadãos. “As condutas puramente internas ou individuais, que se caracterizem por ser escandalosas, imorais, esdrúxulas ou pecaminosas, mas que não afetem nenhum bem jurídico tutelado pelo Estado, não possuem a lesividade necessária para legitimar a intervenção penal”. BRUTTI, Roger Spode. *Op. cit.*, p. 477- 497.

2.1.2 Princípio da Subsidiariedade

Sabe-se que a finalidade precípua do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos. A propósito, Francisco de Assis Toledo desenvolveu uma definição do que seriam estes: “os (...) valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas (...)”⁶⁹.

O autor Cirino dos Santos, elucida que a subsidiariedade presume o desempenho indispensável dos meios de proteção de bens jurídicos mais eficazes do instrumental sócio-político e jurídico do Estado⁷⁰.

Por sua vez, Claus Roxin entende que “ (...) somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para uma vida em comum ordenada (...)”⁷¹. Assevera o autor:

“(...) Não se pode castigar – por falta de necessidade – quando outras medidas de política social, ou mesmo as próprias prestações voluntárias do delinqüente garantam uma proteção suficiente dos bens jurídicos e, inclusivamente, ainda que se não disponham de meios mais suaves, há que renunciar – por falta de idoneidade – à pena quando ela seja política e criminalmente inoperante, ou mesmo nociva (...)”⁷².

Na lição de Nilo Batista, o princípio da subsidiariedade pressupõe o princípio da fragmentariedade e, resulta de sua característica de auxílio em casos extremos, devendo ser aplicado somente quando outra alternativa se mostre ineficaz, ou seja, o Direito Penal deverá intervir quando os demais instrumentos de proteção dos bens jurídicos fracassam. Também pode-se dizer que, quando se obtém o resultado desejado com o meio mais brando, pressupõe-se que o instrumento mais grave não deverá ser utilizado, para não violar os objetivos do próprio direito⁷³.

Consoante o jurista, a subsidiariedade coloca em jogo a autonomia do Direito Penal, que se resume em saber se é constitutivo ou sancionador. Em relação ao atributo constitutivo, o Direito Penal resguarda bens e interesses jurídicos de forma independente, mesmo que já

⁶⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. cit.*, p. 16.

⁷⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Op. cit.*, p. 5.

⁷¹ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 28.

⁷² *Idem*, p. 58.

⁷³ TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. cit.*, p 86-87.

amparados por outros ramos do direito. Quanto ao caráter sancionador, atributo perfilhado pelo autor, o Direito Penal deve ser analisado de forma objetiva de acordo com a totalidade do ordenamento jurídico.

Essa última característica deve orientar o legislador com o intuito de que esse não se recorra sempre ao Direito Penal. Aliás, o texto constitucional distingue os casos a serem obrigatoriamente solucionados pelo legislador penal “naqueles casos essenciais à vida, à saúde e ao bem-estar do povo: chama-se a isso ‘imposição constitucional de tutela penal’”⁷⁴.

As teorias contemporâneas do Estado Mínimo, do Direito Penal como *ultima ratio* e o abolicionismo penal, defendem que a lei penal deve ser aplicada senão de forma subsidiária⁷⁵ a outros meios de coerção do Estado, de modo que a atividade penal deve ser residual, centrando-se na necessidade e no tipo de intervenção, bem como nos efeitos satisfatórios da tutela pretendida.

Uma das incumbências do Direito Penal é preservar as condições imprescindíveis da vida social, e por consequência, cabe ao Direito Penal, através do legislador, selecionar as condutas que configuram ato ilícito as quais realmente ensejam a sanção de natureza penal, sob uma ótica teleológica e constitucional. Vale dizer, desenvolve um papel valorativo, que designa a dignidade penal da conduta selecionada⁷⁶.

A subsidiariedade do Direito Penal se justifica à medida que se penaliza somente lesões de bens jurídicos e contravenções contra fins de assistência social, se forem essenciais para o bom funcionamento da vida em comum, tendo como preceito que onde o direito civil ou o direito público funcionam, o direito penal não deve operar⁷⁷.

Nesta feita, a subsidiariedade do direito penal decorre exatamente da sua avaliação como “remédio sancionador extremo”, que deve ser utilizado somente quando outro se manifeste verdadeiramente ineficaz. A intervenção penal deve se dar exclusivamente quando fracassam os demais meios para a tutela do bem jurídico. Assim, “não é lícito ao Estado

⁷⁴TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. cit.*, p. 89-90.

⁷⁵ Ao analisar o delito de descaminho, a interferência devida que se ampara é a “administrativo fiscal, que deve isentar absolutamente o direito penal de se movimentar de forma prematura”. DOTTI, René Ariel, SCANDELARI, Gustavo Britta. A exigência do exaurimento da via administrativa nos crimes de descaminho. *Revista dos Tribunais*, Ano 97, vol.877, Nov 2008, p. 401.

⁷⁶*Idem.*

⁷⁷ BRUTTI, Roger Spode. O princípio da insignificância e sua aplicabilidade pela polícia judiciária. In. *Revista dos Tribunais*. Ano 98, vol. 850, agosto de 2006, p. 481.

Penal agir antes do Estado Fiscal, sob pena de negação do princípio da *subsidiariedade* próprio de um *Sistema Penal Democrático*⁷⁸.

Como a finalidade do Direito Penal no Estado Democrático de Direito deve ser entrar em ação, como *ultima ratio*, conforme exposto anteriormente, importa aos agentes de direito pesquisar possibilidades que possam amparar os bens jurídicos individuais ou coletivos, para o escopo de, principalmente, “planejar sua reestruturação para que se torne efetiva ao ponto de dispensar a coerção penal”⁷⁹, tal como descreve Aurynei Uchôa.

O autor ainda acresce: “A criminalização de condutas meramente administrativas, como ocorre no direito penal tributário, sem uma pesquisa aprofundada dos conceitos de “dignidade penal” e “carência de tutela penal” levará, peremptoriamente, a uma progressiva perda da legitimidade punitiva do Estado. Se banalizado, o direito penal perderá sua credibilidade coercitiva, o que levará à neutralização psicológica de culpa e ao ressurgimento da vingança privada”.

Por outra ótica, a natureza subsidiária é indispensável ao Direito Penal, jamais devendo ser renunciada, sob pena de banalizar seu exercício para além da competência atribuída pela Constituição Federal, ao impor a tutela de alguns bens jurídicos.

Por tudo isso, Heleno Claudio Fragoso apoia a exclusão dos crimes bagatelares do ordenamento jurídico penal:

“(…) as lesões de bens jurídicos só podem ser submetidas a pena quando isso seja indispensável para a ordenada vida em comum. Uma nova política criminal requer o exame rigoroso dos casos em que convém impor pena (criminalização), e dos casos em que convém excluir, em princípio, a sanção penal (descriminalização), suprimindo a infração, ou modificar ou atenuar a sanção existente (despenalização). Desde logo deve excluir-se do sistema penal a chamada criminalidade de bagatela e os fatos puníveis que se situam puramente na ordem moral. A intervenção punitiva só se legitima para assegurar a ordem externa. A incriminação só se justifica quando está em causa um bem ou valor socialmente importante (...)”⁸⁰.

⁷⁸ DOTTI, René Ariel, SCANDELARI, Gustavo Britta. *Op. cit.*, p.402.

⁷⁹ BRITO, Auriney Uchôa de. *Op. cit.*, p. 429.

⁸⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 3.

2.1.3. Princípio da Intervenção Mínima

Consoante a lição de Cezar Roberto Bitencourt: “O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade”⁸¹.

A intervenção mínima⁸² consiste em um ramo da política criminal que apoia a restrição ao máximo da punição como resposta aos conflitos existentes na sociedade, levando em conta as sequelas negativas, em geral, resultantes da interferência penal do Estado, que ao invés de sanar, muitas vezes acaba agravando tais conflitos⁸³.

Por uma concepção mais ampla, o princípio quer expressar a necessidade de intervenção do Direito Penal apenas quando os bens constitucionalmente assegurados, isto é, aqueles bens mais importantes em um ordenamento jurídico, sofrem lesão sobremaneira abominável.

Sabe-se que o crime em si difere das chamadas infrações extra-penais, uma vez que configura-se em um delito de caráter grave o qual expõe um alto grau de culpabilidade, fazendo jus na maioria das vezes à aplicação da pena, e por conseguinte, à restrição da liberdade ou direitos.

Em virtude desse princípio, o delito deve ser de natureza grave e revelar um alto grau de culpabilidade para receber a punição no âmbito do Direito Penal. Segundo a concepção de Guilherme Merolli a “pena deve ser reservada para os casos em que constitua o único meio

⁸¹BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, 2004, p. 13.

⁸²Conforme o autor: “os legisladores contemporâneos abusariam da criminalização e penalização ao inflacionar de leis os ordenamentos positivos, entrando, pois, em franca contradição com o referido princípio”. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p 38.

⁸³MEROLLI, Guilherme. *Op. cit.*, p.309.

de proteção suficiente da ordem social frente aos ataques relevantes”⁸⁴. Por isso, os casos em que a conduta, *a priori* criminosa, não acarrete ameaça concreta ou dano a nenhum dos bens da vida, resguardados pela norma material constitucional, são indignos da sanção penal⁸⁵.

Por sua vez, Claus Roxin assevera que “(...) onde bastem os meios de direito civil ou direito público, o direito penal deve retirar-se (...)”⁸⁶.

Ainda, Nilo Batista instrui, que o princípio da intervenção mínima embora não seja registrado expressamente na Constituição Federal e no Código Penal, compõe a política criminal, devendo o legislador estar adstrito a ele, ao passo que é um princípio imanente, compatível e interligado coerentemente com outros princípios jurídico-penais “dotados de positividade, e com pressupostos políticos do Estado de direito democrático”⁸⁷.

Esse princípio, além de ser voltado ao legislador, que deve procurar na realidade dos fatos o fundamental dever-ser para tornar eficaz a proteção dos bens e interesses estimados, também é imposto ao magistrado⁸⁸ que irá aplicar a pena. Sem oposição a essa ideia, o professor André Luís Callegari produz uma crítica ao discurso eloquente que penetra o princípio da intervenção mínima, dizendo que na “nova sociedade” o Estado:

“ampliou sobremaneira sua intervenção com a proliferação de infrações penais e administrativas num claro processo de cessão (redobrar) do princípio da intervenção mínima. O que se chamou de ‘administração do Direito Penal’ ou caráter meramente sancionatório do direito penal, afastando-se de sua função mínima de tutela de bens jurídicos, parece uma constante do direito vigente que começa a consolidar-se, sancionando meras desobediências ou descumprimentos de processos regulamentadores”⁸⁹.

Para o autor, tal procedimento expansionista agiliza a interferência penal às margens longínquas da ofensa de bens jurídicos e formas culposas e omissivas de lesão, o que seria

⁸⁴ MEROLLI, Guilherme. *Op. cit.*, p.119.

⁸⁵ *Idem*, p.120.

⁸⁶ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 28.

⁸⁷ Nilo Batista também assegura que o princípio da intervenção mínima é associado a dois outros princípios do direito penal, sendo eles, a fragmentariedade e a subsidiariedade, visto que este último desperta discussões a respeito da autonomia do direito penal, relativamente à sua natureza constitutiva ou sancionadora. BATISTA, Nilo. *Op. cit.*, p. 85.

⁸⁸ Ademais, conforme o disposto no art. 59 do Código Penal, a pena deve ser estritamente necessária e suficiente para a reprovação do crime, com o propósito de evitar exagero na punição.

⁸⁹ CALLEGARI, André Luís, MOTTA, Cristina Reindolff. Estado e Política Criminal: A expansão do Direito Penal como Forma Simbólica de Controle Social. In. Política Criminal, Estado e Democracia – Homenagem aos 40 anos do Curso de Direito e aos 10 anos do Curso de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. (Org.: André Luís Callegari). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 2.

processo indeclinável diante de um Estado que deve reagir a esperanças contrárias, a exigências de maior intervenção estatal em vários ramos, de maneira que, associar tal conjuntura- de alteração social progressiva e dissimilar- com o princípio da intervenção mínima é, em tese, um propósito infundado⁹⁰.

Hodiernamente, compreende-se uma impetuosa expansão no Direito Penal, como se não houvessem outros recursos favoráveis e eficientes⁹¹. Logo, o princípio da intervenção mínima, que deveria ter verdadeira eficácia normativa no contexto do amoldamento constitucional, é ultrapassado pela criminalização primária e secundária.

Zaffaroni e Pierangeli⁹² declaram que, no contexto da América-Latina, é preciso um suplemento ao princípio da intervenção mínima, à medida que essa vem sendo atingida pelas consequências dos atentados aos direitos humanos, consolidados no comprometimento do direito ao progresso (injusto jushumanista), destacado na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Tais consequências seriam manifestas na multiplicação das contradições e da violência social interna, seguidas do genocídio interno e do desmoronamento do sistema produtivo, obrigando-a a um subdesenvolvimento ainda pior, como resultado de uma violência descomedida⁹³.

Nesta ótica, se a interferência penal é agressiva, seria irracional e resultaria ainda em mais violência, acarretando então, o “injusto jushumanista”, evidenciando seus efeitos prejudiciais. Por essa razão, o ordenamento jurídico penal deve quedar-se obediente ao princípio da intervenção mínima, espelhado pela noção de que o Direito Penal deve funcionar como mecanismo de proteção subsidiária e fragmentária, descobrindo também sustento constitucional na proibição da violação do direito à liberdade.

Portanto, o Direito Penal teria que intervir o mínimo possível na vida social e deveria ser requisitado apenas quando os demais ramos do direito fracassam, e revelam-se ineficazes para resguardar os bens estabelecidos como altamente relevantes para o ordenamento jurídico.

⁹⁰CALLEGARI, André Luís, MOTTA, Cristina Reindolff. *Op. cit.*, p.2-3.

⁹¹ *Idem*, p.3.

⁹² Transcrevendo as palavras dos autores: “No nosso sistema latino-americano, apresenta-se um argumento de reforço em favor da mínima intervenção do sistema penal. Toda a América Latina está sofrendo as consequências de uma agressão aos Direitos Humanos (quem chamamos de injusto jushumanista, que afeta o nosso direito ao desenvolvimento, que se encontra consagrado no art. 22 da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Este injusto jushumanista tem sido reconhecido pela Organização dos Estados Americanos (OEA), através da jurisprudência internacional da Comissão dos Direitos Humanos, que declara Ter sido violado o direito ao desenvolvimento em El Salvador e no Haiti”.

⁹³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 72-73.

2.1.4. Princípio da Proporcionalidade

Rogério Zeidan visualiza esse princípio da seguinte forma: “O princípio da proporcionalidade constitui limite material ao *ius puniendi*. Faz conexão entre os fins do Direito Penal e o fato cometido pelo delinquente, rechaçando o estabelecimento de cominação penais (proporcionalidade abstrata) ou a imposição de penas (proporcionalidade concreta) que careçam de toda a relação valorativa com tal fato, contemplado na globalidade de seus aspectos. Sobre essa ótica, o poder punitivo, ao considerar o fato delituoso, deve ser proporcional na imputação da conduta incriminadora e na aplicação da respectiva sanção. Para tanto, deve-se ter parâmetros como a danosidade social e o grau da conduta e, sobretudo, a finalidade de tutela correspondente à pena aplicada”⁹⁴.

Maria Lúcia Karam menciona que um Direito Penal mais democrático restringir-se-ia à penalização de ofensas à direitos fundamentais e somente determinaria sanções efetivamente proporcionais ao dano social causado pelas condutas criminalizadas.

A subsidiariedade inerente ao Direito Penal, como última forma de tutela proporcionada pela máquina estatal, tem seu alcance restringido evidentemente, pelo princípio da proporcionalidade, de acordo com o qual os recursos pertinentes devem ser aqueles rigorosamente necessários, sendo que o bem sacrificado pode ser mais importante que o efetivamente tutelado, situação em que o sacrifício do bem, por exemplo, a liberdade, dignidade é inaceitável.

Nessa acepção, Juarez Cirino dos Santos⁹⁵ enfatiza que as penalidades impostas pelo Direito Penal podem ser inapropriadas e dispensáveis por duas razões. A primeira porque, nas situações em que o desvalor do resultado é ínfimo e a conduta não é passível de receber punição pelo Direito Penal, mas sim, de configurar contravenção penal ou manter-se na esfera da responsabilidade civil. A segunda, porque se o desvalor do resultado é extremo, as medidas constrictivas não devem ser assustadoramente desproporcionais⁹⁶.

⁹⁴ ZEIDAN, Rogério. *Ius Puniendi, Estado e Direitos Fundamentais. Aspectos de Legitimação e Limites da Potestade Punitiva*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 69.

⁹⁵ Para o autor, o princípio da proporcionalidade proibiria o emprego de sanções penais desnecessárias ou inadequadas.

⁹⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Op. cit.*, p. 26.

Trata-se de um princípio geral de interpretação, aplicação e execução da lei penal material. O autor ressalta que tal princípio é composto por três subprincípios básicos os quais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁹⁷.

Assim como o princípio da adequação, o princípio da necessidade tem como objetivo aprimorar as possibilidades práticas, no sentido de atribuir aos fins os meios realmente corretos e precisos. A forma com que se aplica os princípios pode ser visualizada através da seguinte indagação, segundo preleciona o autor: “a pena criminal é um meio adequado (entre outros) para realizar o fim de proteger um bem jurídico?” e “a pena criminal (meio adequado, entre outros) é, também, meio necessário (outros meios podem ser adequados, mas não seriam necessários) para realizar o fim de proteger um bem jurídico?”⁹⁸.

No que diz respeito ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, este tem por finalidade aperfeiçoar as possibilidades jurídicas no plano da definição legal dos crimes (criminalização primária) e no plano da aplicação e execução das penas criminais (criminalização secundária), podendo também, ser visualizado por meio da seguinte indagação: “a pena criminal cominada e/ou aplicada (considerada meio adequado e necessário ao nível da realidade) é proporcional à natureza e extensão da lesão abstrata e/ou concreta do bem jurídico?”⁹⁹.

Apesar disso, com a descodificação e a criação de microssistemas legislativos, intensificou a evidente contradição do sistema de política criminal que traduz-se na desproporcionalidade e na falta de razoabilidade das sanções previstas abstratamente no Código e nas legislações extravagantes. Nesse sentido, a finalidade precípua de incorporar princípios, meios e fins ou “harmonizar os meios e os fins da realidade com os princípios jurídicos fundamentais do povo”¹⁰⁰ se vê extinta pela vontade das normas penais produzidas pelos titulares do discurso oficial.

Em suma, tal princípio de respeitabilidade implicitamente constitucional, tem o objetivo de impedir que penas exageradas ou desproporcionais sejam executadas, quer pelo desvalor da ação, quer pelo desvalor do resultado¹⁰¹, sendo que nesta última situação as ofensas irrisórias devem ser desprezadas, frente à falta de tipicidade material.

⁹⁷CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Op. cit.*, p. 26.

⁹⁸*Idem*, p.27.

⁹⁹*Idem*.

¹⁰⁰*Idem*, p.26.

¹⁰¹*Ibidem*, p. 28.

De acordo com os ensinamentos do autor referido Juarez Cirino dos Santos, o princípio da proporcionalidade é dotado de uma perspectiva abstrata e outra concreta, as quais se relacionam com o princípio da insignificância, sobretudo a primeira. Dessa forma, a proporcionalidade abstrata¹⁰² destina a que a criminalização primária (definição legal de crimes e penas), deve se restringir a relevantes lesões aos bens da vida e não a infrações bagatelares, com o propósito de determinar a aplicação de penas com base na natureza e extensão do prejuízo social colocado a efeito pelo delito. Assim, inevitável conduzir à adequação de penas em escalas, conforme o bem jurídico ofendido e a gravidade da ofensa¹⁰³.

Dessa maneira, nas situações em que houve lesão insignificante a um bem jurídico, o teor do injusto seria tão minúsculo ao ponto de não existir razão plausível para a aplicação da pena, configurando até mesmo certa desproporcionalidade caso se aplique a pena mínima à lesão. Explica Luiz Flávio Gomes:

“ (...) A pena para as bagatelas, então, longe de constituir uma resposta institucional necessária, seria na verdade um meio irracional, desproporcional em relação aos fatos que se aplica, que provocaria males inaceitavelmente maiores que aqueles que com a pena procura se evitar (...)”¹⁰⁴.

De outro modo, o princípio da proporcionalidade concreta, permite ponderar as despesas individuais e sociais da aplicação e execução das penas criminais (criminalização secundária). Em outras palavras, consiste em dizer que o custo/benefício/pena e as despesas sociais disso resultantes para o condenado, sua família e a sociedade devem ser proporcionais. No entanto, a pena enquanto compensação jurídica calculada pelo tempo de liberdade constrita estabelece investimento deficitário da comunidade e, os gastos sociais da criminalização secundária intensificam o conflito social representado pelo crime e dificultam sobremaneira o sofrimento do condenado e de sua família, principalmente das classes sociais inferiores¹⁰⁵.

¹⁰² São as palavras do autor: “(...) O princípio da proporcionalidade abstrata limita a criminalização primária às hipóteses de graves violações de direitos humanos – ou seja, lesões insignificantes de bens jurídicos são excluídas, também, pelo princípio da proporcionalidade – e delimita a cominação de penas criminais conforme a natureza e extensão do dano social produzido pelo crime (...)”. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Op. cit.*, p.28.

¹⁰³ *Idem.*

¹⁰⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.*, 2010, p. 77.

¹⁰⁵ Cirino dos Santos assevera que as classes sociais inferiores constituem “a clientela preferencial do sistema de justiça criminal, selecionada por estereótipos, preconceitos, idiosincrasias e outros mecanismos ideológicos dos agentes de controle social, ativados por indicadores sociais negativos de

O princípio da proporcionalidade concreta pode compensar as desigualdades sociais decorrentes da criminalização secundária, com o fim de anular ou reduzir a escolha de sujeitos com fundamento nos parâmetros sociais de pobreza, desemprego, favelização. O juiz, no instante da reprovação do crime e da aplicação da pena, se orienta a partir desses critérios compensatórios, embora repleto de critérios próprios, subjetivos¹⁰⁶.

Enfim, esse princípio exige a medida de justo equilíbrio entre a relevância da sanção penal e da relevância do injusto penal e da culpabilidade do autor¹⁰⁷, isto é, demanda o princípio da isonomia no domínio do Direito Penal.

2.1.5. Princípio da Adequação Social

O princípio da insignificância está diretamente ligado ao princípio da adequação social¹⁰⁸, segundo o qual a conduta formalmente inserida no tipo seria materialmente atípica, se for o caso de estar entre comportamentos socialmente permitidos, hipótese em que a ação socialmente adequada já estaria excluída do tipo, por se realizar dentro da moralidade social.

Esse princípio se inclui entre os princípios gerais e é ele quem conduz a criação e interpretação da lei penal¹⁰⁹. Ele exclui a tipicidade nas situações em que a conduta é praticada num contexto em que a sociedade admite ou não recrimina: “são ações socialmente adequadas – e, portanto, atípicas, ainda que correspondam à descrição do tipo legal”¹¹⁰.

pobreza, marginalização do mercado de trabalho, moradia em favelas etc”. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Op. cit.*, p. 28-29.

¹⁰⁶ *Idem.*

¹⁰⁷ MEROLLI, Guilherme. *Op. cit.*, p. 379.

¹⁰⁸ Vale dizer que o princípio da adequação social, assim como o princípio da insignificância, possuem várias características similares, sendo assim, é de suma importância observar os ensinamentos de Maurício Ribeiro Lopes, que estabelece algumas das suas diferenças: “A adequação social supõe a provação social da conduta enquanto o princípio da insignificância somente uma relativa tolerância por sua escassa gravidade (...) a teoria da adequação social está prevalentemente regulada sobre o desvalor da ação, e o princípio da insignificância sobre o desvalor do resultado. LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Princípio da Insignificância no Direito Penal: análise à luz da lei 9.099/95: juizados especiais criminais, lei 9.503/97, código de trânsito brasileiro e da jurisprudência atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 122.

¹⁰⁹ Welzel é o responsável pela introdução deste princípio no Direito Penal. Segundo ele trata-se de um princípio geral da hermenêutica. TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. cit.*, p. 131.

¹¹⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Op. cit.*, p. 107.

Determinadas ofensas não se enquadram em nenhum tipo legal de lesão, isto é, não se encaixam no conceito de tipicidade material, devido à sua adequação social. Da mesma forma ocorre com o princípio da insignificância, que engloba ações não típicas, dado que se o tipo legal delineia injustos penais, conseqüentemente, não pode compreender ações socialmente adequadas¹¹¹.

Ao contrário do tipo abstrato de comportamento proibido, a ação socialmente admitida não se encontra na descrição sistemática de uma série de condutas que causam algum dano ou que sejam socialmente reprovadas com base em uma ética “a ponto de serem reputadas intoleráveis pela ordem jurídica”¹¹².

Por outro ângulo, note-se que os tipos, em razão de serem “frutos de um juízo de reprovação ético-social” e, ao mesmo tempo, constituem conceitos abstratos, “é impossível evitar que suas previsões legais tenham um alcance maior do que aquele que deveriam ter”, motivo pelo qual são restringidos pelos tipos permissivos¹¹³. Ainda mais, “condutas socialmente corretas e até socialmente necessárias podem, pelo seu aspecto externo, ser atraídos para o campo de força do tipo legal de crime”¹¹⁴.

Se o tipo expõe um comportamento proibido, não tem como interpretá-lo como se se tratasse de conduta lícita, correta, socialmente permitida. Ao contrário, não se trata de uma causa de justificação a conduta socialmente aceita¹¹⁵, pois essa está excluída do tipo, já que acontece dentro do parâmetro da normalidade social¹¹⁶, sendo assim, a adequação social exclui imediatamente do campo de incidência do tipo o comportamento em questão, enquadrando-o entre os comportamentos geralmente permitidos (ou materialmente atípicos)¹¹⁷.

Ademais, pode suceder que o princípio da adequação social alcance diversas situações que às vezes não se enquadram dentro dos padrões éticos e morais. Entretanto, quanto a esses casos esporádicos apenas se exige que se encaixem na forma da conduta socialmente

¹¹¹Não constituem figuras típicas “a entrega de pequenos presentes de final de ano a empregados em serviços públicos de coleta de lixo ou de correios, em face de sua generalizada aprovação, não constituem corrupção; jogos de azar com pequenas perdas ou ganhos não são puníveis; manifestações injuriosas ou difamatórias no âmbito familiar são atípicas”. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Op. cit.*, p. 107.

¹¹²TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. cit.*, p. 127.

¹¹³ *Idem*, p.129.

¹¹⁴ *Idem*.

¹¹⁵O agente não precisa se valer de uma causa de justificação para obter a impunibilidade do fato, porquanto este é atípico, isto é, não contém desde logo a tipicidade material.

¹¹⁶TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. cit.*, p. 131.

¹¹⁷*Ibidem*, 132.

autorizada “ dentro do quadro da liberdade de ação social”, conforme ensina Toledo, reportando-se a Welzel¹¹⁸.

Para Zaffaroni e Pierangeli, levando em consideração a tipicidade conglobante, a teoria da adequação social da conduta importa um corretivo de tipicidade legal, pois faz alusão à ética social. Os doutrinadores reputam arriscado a situação de sair do âmbito normativo e passar ao âmbito da ética, principalmente em razão da abrangência da remissão que pode ser permitida¹¹⁹.

Nessa perspectiva, frequentemente, haveria remissões nos tipos penais permeando o campo da ordem jurídica à ética social. Como exemplo: a) os tipos culposos, em que é preciso recorrer às normas sociais de comportamento para precisar o dever de cuidado; b) as situações em que se estabelece a posição de garante, onde se recorre às mesmas fontes e, c) os tipos dolosos nos quais existem elementos normativos que aduzem às valorações ético-sociais “ (conceito de honestidade- artigo 216, *caput*, do Código Penal, conceito de obscenidade- artigos 233 e 234 do Código Penal)¹²⁰. Deste modo, os doutrinadores compreendem a teoria da adequação social de forma distinta, porquanto, quanto aos exemplos citados, não consideram que:

“Essas comprovações autorizem uma ampliação tão generalizada das pontes estendidas da tipicidade à ética social, nem uma teoria geral tão ampla, cuja abertura, frequentemente, associa ao velho conceito de antijuridicidade material. De outra parte, os casos que se pretendem resolver com recurso a essa teoria (adequação social) são tantos, e tão diversos, que praticamente demonstram que se trata de um conceito pouco claro, que se pretendeu usar para resolver quase todas as questões que com certeza não se sabia como solucionar”¹²¹.

A desaprovação da teoria de Welzel é concluída com a seguinte afirmação: “a tipicidade conglobante não é – como a teoria da adequação social da conduta – uma concepção corretiva proveniente da ética social material, e sim uma concepção normativa”¹²². Se opõe ao pensamento do autor Juarez Cirino dos Santos exposto anteriormente.

Não obstante, é arriscado atribuir valor a conduta no plano ético-social, desviando-se do plano normativo, não se pode olvidar de semelhante princípio geral de hermenêutica, que

¹¹⁸TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. cit.*, p. 131

¹¹⁹ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 483.

¹²⁰*Idem.*

¹²¹*Idem.*

¹²²*Ibidem*, p.484.

modera os tipos penais e descreve o âmbito “suportável”¹²³ de desempenho social, admitindo, inclusive, a aplicação do princípio da insignificância no caso concreto.

2.1.6 Princípio da Fragmentariedade

De acordo com a compreensão de Cirino dos Santos, a fragmentariedade do Direito Penal deriva da proteção parcial dos bens jurídicos selecionados pela Constituição Republicana, para a proteção penal¹²⁴.

O Direito Penal não exaure as ilimitadas possibilidades do ilícito – disso decorre sua fragmentariedade¹²⁵. Dentre os imensuráveis fatos ilícitos possíveis, apenas alguns, precisamente os mais danosos¹²⁶, seriam designados para serem alcançados pelas malhas do ordenamento penal, conforme elucida Francisco de Assis Toledo¹²⁷.

Nesse sentido, dentre os bens resguardados pela CF, o Direito Penal tutela aqueles bens jurídicos que foram escolhidos de acordo com critérios políticos¹²⁸, isto é, não são todos os bens da vida que são definidos como essenciais para o direito que recebem proteção.

¹²³ MEROLLI, Guilherme. Fundamentos Críticos de Direito Penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 345-347.

¹²⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral. 2ª ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007, p. 5.

¹²⁵ Em outras palavras, os princípios da fragmentariedade, subsidiariedade e necessidade do direito penal não são princípios de hermenêutica, como pretende a maioria da doutrina penal moderna, mas são tão somente princípios de orientação do legislador, para a elaboração das normas. Como já dissemos não compete ao intérprete deixar de aplicar a norma, porque esta desagrega suas convicções políticas. Quanto à suposta necessidade de examinar-se a necessidade de antecipada mediação da pena “já que poderá não redundar em qualquer benefício para a sociedade ou para o próprio autor do delito”, a avaliação de tal necessidade também refoge ao âmbito do aplicado do direito. A necessidade da pena para determinada conduta é, também, avaliação exclusiva da legislatura, dentro, do regime democrático e do sistema de separação de poderes, erigido a dogma constitucional. FREITAS, André Guilherme Tavares & MARINHO, Alexandre Araripe. Direito penal. Teoria do delito. Tomo II. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006. p.134.

¹²⁶ Nilo Batista afirma: “(...) se o fim da pena é fazer justiça, toda e qualquer ofensa ao bem jurídico deve ser castigada; se o fim da pena é evitar o crime, cabe indagar da necessidade, da eficiência e da oportunidade de cominá-la para tal ou qual ofensa. Constitui-se assim o direito penal como um sistema descontínuo de ilicitudes, bastando folhear a parte especial do Código Penal para percebê-lo. Supor que a legislação e a interpretação tenham como objetivo preencher suas lacunas e garantir-lhe uma totalidade é (...) falso em seus fundamentos e incorreto enquanto método interpretativo, seja do ângulo políticocriminal, seja do ângulo científico (...)”. BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 86.

¹²⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. cit.*, p. 133.

¹²⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Op. cit.*, p.5.

À luz das instruções de Roxin, o Direito Penal - na tentativa de diminuir ao máximo o seu campo de atuação, se restringe à tutela dos bens jurídicos de valores sociais inestimáveis. A utilização da lei penal em hipóteses em que outros procedimentos de caráter extrapenal sejam suficientes para restaurar a ordem jurídica, não disporia de legitimação, pois produziria efeitos que contrariam os próprios objetivos do Direito¹²⁹.

Entende-se, com fundamento nos dizeres de Bitencourt, que a fragmentariedade apresentaria uma construção tipológica individualizadora de condutas, uma vez que nem todas as ações que ofendessem bens jurídicos seriam vedadas pelo Direito Penal, como nem todos os bens jurídicos seriam por ele protegidos¹³⁰.

Sendo assim, o tipo portaria um sentido de ilicitude, dotado de conteúdo material com função seletiva, ou seja, o tipo traria o discernimento entre as diversas condutas humanas, daquelas que são passíveis de sanção e, nesse sentido, não seria mero apontador de antijuridicidade¹³¹.

Logo, a fragmentariedade do Direito Penal, não se baseia em cláusulas gerais como por exemplo o Direito Civil, mas atua conforme a lógica de que certas condutas que afetam os bens jurídicos tutelados pela lei penal (em sentido material) são proibidas enquanto as que não são descritas na lei penal são lícitas.

Francisco de Assis Toledo ensina que os bens jurídicos amparados na Carta Magna, essenciais para a vida humana e para a vida social, tais como, a vida, a integridade e saúde corporal, a honra, a liberdade individual, o patrimônio, a sexualidade, a família, a incolumidade, a administração pública e etc.¹³²; recebem a devida tutela pelo Direito Penal, no entanto, de forma parcial, por não serem protegidos em todas as suas amplitudes e aspectos.

O respaldo fragmentário, obedecido com rigor, está diretamente enleado à característica subsidiária do Direito Penal, que somente deve ser aplicado como última alternativa (última *ratio*), ou seja, quando todos os instrumentos que o Estado possui ao seu dispor para proteger os bens jurídicos tutelados vierem a fracassar¹³³.

¹²⁹ ROXIN, Claus. Problemas Fundamentais de Direito Penal. Lisboa: Vega.Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradeiz, 1986, p. 60-61.

¹³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal: Parte Geral. 4. ed. rev., ampl. e atual. pelas Leis 9.099/95, 9.268/96 e 9.271/96 do Livro Lições de Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p 222.

¹³¹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. cit.*, p.121.

¹³² *Idem.*

¹³³ Existe uma expressão popular que diz que o Direito Penal é o último soldado que se põe na batalha.

Na opinião do autor, a perspectiva material do tipo contempla duas ordens de valoração existentes no juízo de desvalor ético-social e na carga valorativa abrigada no tipo “que permite a este último desempenhar importante função seletiva sobre as mais variadas formas de comportamento humano”¹³⁴, gerando o caráter fragmentário do Direito Penal.

Em síntese, para o jurista, o tipo legal, juntamente com a “função de garantia”¹³⁵, tem a finalidade de selecionar, definindo o que é considerado crime e o que não é. Dessa maneira, permite-se realizar um juízo de tipicidade e outro de atipicidade.

Conforme relata Nilo Batista, o Direito Penal configura-se em um complexo intermitente de ilicitude, em que não se desfaz da analogia nem do preenchimento de lacunas, pelo contrário, a fragmentariedade traz a nuance de onicompreensão da assistência penal, determinando necessariamente, a distinção dos bens jurídicos e das maneiras com que se possa danificá-los¹³⁶.

2.1.7 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana, também chamado de princípio da humanidade, é um dos alicerces do Estado Democrático de Direito e encontra respaldo no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Esse princípio orienta a política criminal com a finalidade precípua de evitar a violação de direitos humanos com a aplicação e execução de sanções.

Cezar Roberto Bitencourt observando a magnitude do princípio para o Direito Penal, defende que o poder punitivo do Estado não pode aplicar sanções que ofendam a dignidade da pessoa humana ou que ferem a integridade física ou psicológica dos condenados¹³⁷.

Oriunda do princípio republicano e da Constituição, a dignidade da pessoa humana constitui-se em um princípio geral de racionalidade¹³⁸, o qual impõe vinculação entitativa

¹³⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. *Op.cit.* p.127.

¹³⁵ *Idem.*

¹³⁶ BATISTA, Nilo. *Op. cit.*, p. 86.

¹³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, 1997, p 41.

¹³⁸ PRADO, Luiz Regis. Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral – Volume 1. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 154.

entre o crime e sua consequência jurídica¹³⁹, acarretando a proibição de penas cruéis¹⁴⁰, de banimento, de trabalho forçado, perpétua e pena de morte, ou seja, qualquer pena que ignore a condição do homem como ser humano, conforme dispõe o artigo 5º, inciso XLVII, da Constituição Federal brasileira¹⁴¹.

Esse princípio estabelece a inconstitucionalidade das penas que produzem restrições físicas permanentes. É devido à sua existência que figura-se uma responsabilidade social relativa à pessoa do condenado, onde há uma livre coordenação de auxílio e assistência voltadas à sua recuperação e reinserção na sociedade.

Em razão disso, ao verificar as raízes históricas do princípio da dignidade humana, Nilo Batista ressalta que o princípio agiria como uma espécie de moldura, apontando uma nova racionalidade por ocasião da aplicação da pena:

“(…) o princípio da humanidade que postula da pena uma racionalidade e uma proporcionalidade que anteriormente não se viam, está vinculado ao mesmo processo histórico de que se originaram os princípios da legalidade, da intervenção mínima e até mesmo - sob o prisma da danosidade social” – o princípio da lesividade (...)”¹⁴².

Ou seja, a dignidade da pessoa humana importa tanto na racionalidade e proporcionalidade da pena, como também na intervenção mínima e no princípio da lesividade, alvejando o reconhecimento do réu como pessoa humana e, conseqüentemente, a livre desenvoltura da sua personalidade.

Da mesma forma, entrepõe-se na “cominação, na aplicação e na execução da pena, e neste último terreno tem hoje, face à posição dominante da pena privativa de liberdade, um campo de intervenção especialmente importante”¹⁴³.

A racionalidade da pena exige que ela seja plenamente compatível com o ser humano, jamais podendo configurar-se em um rito expiatório ou em uma penalidade puramente negativa, constituindo um fim em si mesma.

Nesse sentido, por construir seu alicerce na dignidade da pessoa humana, o Estado Democrático de Direito compreende uma dimensão antropocêntrica. Essa dimensão proíbe

¹³⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p.154.

¹⁴⁰ Não obstante a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e de outros acordos internacionais, é evidente que há violações assombrosas aos direitos humanos, porém “hoje o poder tem de cometê-las mais abertamente, pois já não há ideólogos sérios que se atrevam a sustentar um “direito natural” que as implique, sem envergonhar-se. É absurdo pensar que uma lei ou limite legal detenha, por efeito mágico, o poder. Mas muito mais absurdo seria negar que esse limite serviu e serve para desmascará-lo”. *Idem*, p. 60-61.

¹⁴¹ *Idem*.

¹⁴² BATISTA, Nilo. *Op. cit.*, p.98-99.

¹⁴³ *Idem*, p.100.

a edição de leis que produzem efeitos simbólicos e desproporcionais, que visam coibir a prática de crimes que possam utilizar um condenado e a respectiva pena como exemplo à sociedade. Por esse motivo, trata-se de uma função simbólica a criminalização de condutas excessivas, a qual penaliza o agente na qualidade de “bode expiatório”, violando profundamente sua dignidade pessoal.

Deste modo, em um Estado Democrático e Social de Direito, em razão do sistema de direitos fundamentais efetivos, a incumbência do Direito Penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos a fim da convivência social pacífica¹⁴⁴, favorecendo a dignidade da pessoa humana, caso contrário, transformar-se-ia em mero exercício arbitrário de poder.

Portanto, o Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, alicerçado na submissão à dignidade da pessoa humana, transcenderia os limites dogmático-formais subjetivos e adentrar-se-ia no conceito objetivo substancial da lei penal, impondo os moldes interpretativos pelos quais se valeria todo o Direito Penal.

¹⁴⁴ BRITO, Auriney Uchôa. *Op. cit.*, p. 434.

CAPÍTULO III

OS CRIMES TIPIFICADOS NO ARTIGO 334 DO CÓDIGO PENAL (CONTRABANDO E DESCAMINHO)

3.1. Histórico dos crimes de contrabando e descaminho

Em um âmbito global, a partir do instante em que a história se refere à organização das primeiras civilizações¹⁴⁵, a simples operação ou transporte de mercadorias sem a realização do pagamento das tarifas alfandegárias¹⁴⁶ foram determinantes para a evolução da história por meio de duas condutas vedadas: o contrabando e o descaminho.

Embora somente a conduta do descaminho tenha importância para o presente trabalho e categoricamente apresente essência distinta do contrabando, de uma ótica histórica não é possível distingui-los. Conseqüentemente, analisar a história do descaminho é, de alguma maneira, estudar também o contrabando, apesar de ambos estarem associados ao ato de exportar e importar, o descaminho refere-se à fraude fiscal e o contrabando ao transporte de mercadorias proibidas, então, não sendo possível realizar essa distinção em tempos remotos, era assim utilizada. Possivelmente, por esse motivo, ainda exista certa confusão entre o descaminho e a terminologia do contrabando. Essa íntima relação entre as terminologias perdura até os dias atuais, sendo comum o descaminho ser chamado de contrabando e vice-versa.

A palavra contrabando tem sua origem no latim, *contra e bandum*, que provém da antiguidade e, de acordo com Luiz Régis Prado “consistia na conduta de atravessar os limites territoriais estabelecidos, com mercadorias, sem o devido pagamento de taxas cobradas à época”¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Importante ressaltar, que existe registro na região da mesopotâmia, de elementares práticas alfandegárias, isto é, marcas de selos que eram produzidos de a e sinais de corda ou até mesmo sacas do lado inverso dos embrulhos de mercadorias. Provenientes da região do Vale do Indo, mais precisamente da cidade de Harappa, demonstram que as referidas identificações eram utilizadas como métodos de mercancia, confirmando assim, a prática de um comércio marítimo. BARBOSA, Jairo José. Direito Aduaneiro: Origens da navegação, da aduana e da alfândega: suas respectivas evoluções intertemporais no curso da história mundial e do Brasil. 1ª ed. Curitiba: Livraria Jurídica, 2009, p. 56-58.

¹⁴⁶ CARLUCI, José Lence. Uma introdução ao direito aduaneiro. 1ª ed. São Paulo: Aduaneiras, 1997, p. 232.

¹⁴⁷ PRADO, Luiz Régis. Direito Penal Econômico. São Paulo. Revista dos Tribunais: 2004, p.529.

Utilizando-se dos ensinamentos de Nelson Hungria, o vocábulo contrabando “vem de *contra* (oposição) e *bando* (edito, ordenança, decreto) e, em sentido amplíssimo, quer dizer todo comércio que se faz contra as leis”. Ou seja, constitui-se no comércio realizado infringindo uma lei¹⁴⁸.

Os delitos aduaneiros possuem como peculiaridade a transversalidade em relação aos meios de comércio de mercadorias, especificamente, quando os agentes estão em diversas fronteiras estatais, evidenciando esses delitos em diferentes culturas e períodos.

Assim sendo, Magalhaes Noronha ressalta a existência de indícios desses delitos aduaneiros em Roma e na Idade Média¹⁴⁹. Há outros autores também que relatam vestígios dos delitos dentre os romanos, como por exemplo, Cezar Roberto Bitencourt¹⁵⁰. Também Heleno Claudio Fragoso destacou as penalidades aplicadas a quem desrespeitasse o monopólio do sal, sobretudo, acerca das severas punições aplicadas na Idade Média aos fraudadores¹⁵¹. Punições igualmente rigorosas eram aplicadas a quem cometesse outros tipos de contrabando, como por exemplo de tabaco, trigo, peles e exportação ilegal de moedas, sendo que a pena se agravava ainda mais, caso o delito fosse praticado por quadrilhas ou por reincidentes na mesma conduta¹⁵².

Com o passar do tempo, a partir do progresso nas técnicas de navegação e, posteriormente, com o crescimento do comércio marítimo, os impostos e taxas sobre as mercadorias passaram a exercer uma função relevante no orçamento dos Estados¹⁵³, esclarecendo dessa forma, a inevitabilidade do Estado em atribuir maiores cuidados ao domínio das atividades de importar e exportar, uma vez que essas exercem influência direta na economia de um país.

Neste contexto, houve então, a premência de normatizar o ato de importar e exportar. O Código do Império Romano em seu artigo 177 previa:

¹⁴⁸ HUNGRIA, Néilson., *apud* CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte especial. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p.443.

¹⁴⁹ NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 323.

¹⁵⁰ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Parte especial: Crimes contra a Administração Pública. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 306.

¹⁵¹ Aplicava-se penas de mutilação e até mesmo pena de morte a quem cometesse esse tipo de crime.

¹⁵² FRAGOSO, Cláudio Heleno. Lições de Direito Penal. 4º Vol., 2ª ed. São Paulo: Editor José Bushatsky, 1965, p.1170-1171.

¹⁵³ No decorrer da história, os impostos passaram a exercer importante função na evolução das estruturas político-sociais, divergindo conforme os valores que cada sociedade assumia ao longo do tempo. Por exemplo, em Roma, até mesmo a urina era tributada por Vespasiano. RABAÇAL, Pedro. As Vidas de 30 Césares. Queluz de Baixo: Marcador Editora, 2013, p. 102 ss.

“Importar ou exportar gêneros ou mercadorias proibidas; ou não pagar os direitos dos que são permitidos, na sua importação ou exportação. Pena: perda das mercadorias ou gêneros e multa igual à metade do valor deles”.

No Brasil, essa realidade não foi diferente na época da colonização portuguesa, sendo que os crimes aduaneiros constituíram um dos grandes problemas a serem combatidos pelo governo de Portugal, uma vez que se tratava de terras novas e era desconhecido o que se podia extrair dessa nova fonte de riquezas, até mesmo porque os próprios fatores naturais contribuía para essa circunstância, conforme explica Jairo José Barbosa:

“As facilidades de navegação proporcionadas por um litoral com mais de 8.000 quilômetros, fez do momento a partir do qual Pedro Álvares Cabral ancorou sua esquadra no dia 22 de abril de 1500, na localidade de Santa Cruz de Cabralia no sul da Bahia, o ponto marcante do início de uma intensa navegação de cabotagem na orla da então Ilha de Vera Cruz, depois Terra de Santa Cruz e, finalmente, Brasil, impulsionada cada vez mais na medida em que novos grupos de pessoas chegavam”¹⁵⁴.

As mercadorias que eram contrabandeadas com uma maior frequência eram ouro, metais e pedras preciosas, os quais eram transportados até chegarem em Buenos Aires e a partir dali, prosseguiram pra Europa sem que os impostos fossem pagos à Corte Portuguesa¹⁵⁵.

Embora o governo português empregasse diversos meios de repreensão aos delitos aduaneiros, esses passaram a dominar o comércio marinho na colônia. Nesta feita, os primeiros relatos de regulamentação alfandegária no Brasil datam do período compreendido entre 1534 e 1540, onde houve a edificação de uma casa alfandegária com o fim de arrecadação de rendas¹⁵⁶.

Nesse período, em que o Brasil era colônia de Portugal, toda a base jurídico-social existente foi retirada de Portugal sem nenhuma adequação à realidade brasileira, havia a previsão do contrabando nas Ordenações Afonsinas e esse então, era assimilado. As mercadorias as quais eram proibidas de entrar ou sair sem a autorização do reieram apenas planeadas, não havendo, assim, respeito à reserva legal. Igualmente se sucedeu com as Ordenações Manuelinas, em 1521, e com as Ordenações Filipinas, em 1603, sendo que

¹⁵⁴ BARBOSA, Jairo José. Direito Aduaneiro: Origens da navegação, da aduana e da alfândega: suas respectivas evoluções intertemporais no curso da história mundial e do Brasil. 1ª ed. Curitiba: Livraria Jurídica, 2009, p.83.

¹⁵⁵ GOMES, Laurentino. 1808. 6ª ed. Lisboa: Publicações Don Quixote, 2007, p. 113

¹⁵⁶ *Idem*.

essas últimas que formaram o Código Penal Brasileiro, por organizar-se em uma parte Geral e outra Especial¹⁵⁷.

Mais tarde, no ano de 1822, com a proclamação da Independência por D. Pedro I, foi publicado o *Código Criminal do Império do Brazil* de 1830, com a previsão no artigo 177, dos crimes de contrabando e descaminho, a saber:

“Contrabando- Art. 177. Importar, ou exportar gêneros, ou mercadorias proibidas; ou não pagar os direitos dos que são permitidos, na sua importação, ou exportação.
Penas – perda das mercadorias ou gêneros e de multa igual á metade do valor deles”.
(igual ao original) (Brasil, 1830)¹⁵⁸.

O Código Penal Brasileiro de 1890, por seu lado, dispunha:

“Contrabando- Art. 265. Importar ou exportar gêneros ou mercadorias proibidas; evitar, no todo ou em parte, o pagamento dos direitos e impostos estabelecidos sobre a entrada, saída e consumo de mercadorias, e por qualquer modo iludir ou defraudar esse pagamento.
Pena – de prisão celular por um a quatro anos, além das fiscais”¹⁵⁹. (igual a original) (BRASIL, 1890, s.p.)

Destaca-se que nesse artigo houve uma modificação referente ao tratamento desses crimes, tornando-o mais rigoroso, aplicando a pena de prisão ao invés da pena de multa, como se verifica acima.

Em contrapartida, o Código Penal Português de 1886 dispunha, de maneira diversa, mas equivalente, as duas condutas, o contrabando e o descaminho.

Assim sendo, o Direito Penal Brasileiro, dentre o rol de condutas que considerou como ilícitas, se preocupou também com aquelas equivalentes na exportação e importação de mercadorias desautorizadas, igualmente com a fraude, parcial ou total, ao pagamento de impostos obrigatórios.

¹⁵⁷ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O Contrabando: Uma revisão de seus fundamentos teóricos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p.25.

¹⁵⁸ PRADO, Luiz Régis. *Op. cit.*, 2004, p.354.

¹⁵⁹ *Idem.*

No entanto, no ano de 1940, com o advento do Código Penal Brasileiro, que houve a distinção entre contrabando e descaminho, conforme descreve Carlos Eduardo Japiassú¹⁶⁰, apesar de as duas condutas ainda serem tratadas no mesmo tipo penal.

3.2. Desenvolvimento da legislação dos crimes fiscais em Portugal

Suzana Aires de Sousa, aponta que as condutas fiscais proibitivas em Portugal, surgiram no século XIX, a partir da Lei n. 12/1844¹⁶¹. O Código Penal Português de 1852 trouxe, inicialmente, a tipificação das condutas de importar e exportar. No capítulo XI, constava o título “Do monopólio e do contrabando” e era composto pelos artigos 275º a 281º, eram descritas as condutas do descaminho, do contrabando e também as condutas equiparadas a essas. Ocupavam, nessa ordem, os artigos 279º e 280º, transcritos abaixo:

“Art. 279º. Aquelle, que importar, ou exportar mercadorias, generos, ou quaesquer objectos de qie a Lei prohibir a importação, ou exportação, será punido com multa, conforme a sua renda, de um mez a tresannos. § único. O que prestar ajuda a este crime, occultando as mercadorias, gêneros, e objectosprohibidos, ou de qualquer outro modo, ou que nellescommerciar, sería punido com a mesma pena ate dois annos”.

“Art. 280º. Aquelle, que importar, ou exportar quaesquer mercadorias, gêneros, ou outros objectos, sem qiictenha pago os direitos estabelecidos pela Lei para essa importação ou exportação; e bem assim aquelle, que, sendo sabedor de que os direitos não foram pagos, commerciar nas mesmas

¹⁶⁰ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Op. cit.*, p.47.

¹⁶¹ “A autonomia em face do direito comum das condutas violadoras de disposições fiscais tem, no direito português, pouco mais de século e meio. Reconhece-se na Lei n.º12, de 13 de Dezembro de 1844, publicada no DG, n.º 295, um marco fundamental da afirmação do princípio da especialidade das sanções fiscais. Embora este diploma tenha por objectivo principal a criação de um imposto sobre a transmissão de propriedade, por título de doação, nomeação, legado sucessão testamentaria, ou legitima, universal, ou singular, ou por outro qualquer título gratuito, estabelece nos artigos 18.º a 20.º, as sanções para os comportamentos que têm por finalidade prejudicar os interesses da Fazenda Nacional, punida com pena de multa”. SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais – Análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador*. Coimbra: Editora Coimbra, 2006, p. 51-52.

mercadorias, gêneros, ou objectos, será punido com a pena de multa, conforme a sua renda, de um mez a um anno”.

Ressalta-se que nos dois artigos applicava-se a pena de multa cumulada com a perda das mercadorias para a Fazenda Pública, de acordo com o artigo 281^{o162} do Código Português de 1852.

Mais tarde, com a entrada em vigor do Código Penal de 1886, os crimes de contrabando e descaminho foram mantidos nos mesmos artigos do diploma anterior, porém com algumas alterações substanciais, como se verifica adiante:

“Art. 279° Contrabando é a importação ou a exportação fraudulenta de mercadorias, cuja entrada ou saída seja absolutamente proibida”.

“Art. 280° Descaminho é todo e qualquer acto fraudulento que tenha por fim evitar no todo ou em parte o pagamento dos direitos e impostos estabelecidos sobre a entrada, saída ou consumo das mercadorias”.

O novo diploma se restringiu apenas em apontar a distinções existentes entre os dois delitos, atribuindo a responsabilidade de aplicação da pena à legislação especial, como salienta o artigo 281° do Código em estudo.

Posteriormente, com a implantação do Decreto-Lei n° 2/1894, houve a homologação do primeiro Contencioso Aduaneiro, o qual se ocupou em resguardar a relação fiscal aduaneira, cuidando da criminalização do descaminho no artigo 8°. Esse dispositivo previa uma pena de multa correspondente a um valor cinco vezes maior que o valor dos impostos e pena de prisão de até um ano, para os casos mais extremos¹⁶³.

Sendo assim, constata-se que os crimes de contrabando e descaminho passaram de uma tipificação penal convencional à tipificação por legislação especial.

E então, no século XX, houve a aprovação de outro Contencioso Aduaneiro, em 1941, por meio do Decreto-Lei n.º 31.664/1941, o qual deu uma significativa atenção ao conceito de

¹⁶² Dispunha o referido Art. 281.º “(...) ficando sempre perdidos a favor da fazenda pública”.

¹⁶³SOUSA, Susana Aires de. *Op. cit.*, p.53-54.

alfândegas, como também realçou a divergência relativa às responsabilidades fiscais no âmbito civil e criminal¹⁶⁴.

Germano Marques da Silva e Isabel Marques da Silva apontam que o Contencioso Aduaneiro constituía “a primeira codificação do direito aduaneiro punitivo”, o que fortalece ainda mais, a concepção dos juristas sobre as distinções existentes entre delitos fiscais aduaneiros e delitos fiscais não aduaneiros¹⁶⁵.

Argumentando a tolerância que permeava os julgamentos dos crimes fiscais em geral, o Contencioso introduziu algumas modificações referentes ao contrabando e descaminho, tratando ambos como crimes especiais na seção dos crimes fiscais.

Desse modo, o contrabando era abordado nos artigos 35º a 40º, cuja penalidade era multa de seis a doze vezes o valor do imposto ou direito devido, ou caso fosse absolutamente vedada a exportação ou importação da mercadoria, a multa seria sobre o valor dessa. Havia também a previsão da pena de perdimento¹⁶⁶, tanto das mercadorias contrabandeadas, como também, dos meios de transporte empregados para realizar o delito.

Já em relação ao crime de descaminho, o referido Contencioso abordava o assunto nos artigos 41º ao 48º, aplicando um entendimento semelhante ao do contrabando, entretanto, empregando penalidade menos severa.

O artigo 40º¹⁶⁷ da Lei de 1941 expôs um conceito de contrabandista habitual, sobre o qual era aplicada “pena de desterro”¹⁶⁸, de seis meses a dois anos, em local fixado pelo Governo”. Outro ponto que chamou a atenção, foi a atribuição de responsabilidade das pessoas coletivas pelo descaminho, que o parágrafo único do artigo 48º trouxe.

Evidentemente, percebe-se que o Contencioso Aduaneiro constituiu um avanço e inovação na legislação da época, abordando não somente conceitos primordiais ao direito fiscal, como também abrangendo princípios relevantes de Direito Penal e a teoria geral da infração criminal¹⁶⁹.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p.54-55.

¹⁶⁵ SILVA, Germano Marques da. *Direito penal tributário – sobre as responsabilidades das sociedades e dos seus administradores conexas com o crime tributário*. Lisboa: Universidade Católica de Lisboa Editora, 2009, p. 67-68.

¹⁶⁶ O artigo 38 disponibilizava um rol de hipóteses em que cabia a substituição da pena de perdimento.

¹⁶⁷ “Art. 40.º Poderá ser declarado contrabandista habitual o reincidente que, tendo sofrido quatro condenações por contrabando, voltar a ser condenado pelo mesmo delito, desde que estes delitos hajam sido cometidos dentro de cinco anos e as penas de multa aplicadas não sejam inferiores, no total, a 20.000\$”.

¹⁶⁸ Significa a expatriação, voluntária ou forçada de um indivíduo.

¹⁶⁹ SOUSA, Susana Aires de. *Op., cit.*, p. 53-54.

À propósito, cumpre salientar que nessa altura, no Brasil, o Código Penal de 1940 havia entrado em vigor. Assim, o artigo 334 trouxe as figuras do contrabando e o descaminho, sendo que ambas foram abordadas no mesmo tipo penal, como já mencionado, figurando no rol dos crimes praticados por particular contra a Administração Pública, aplicando penalidade de detenção de dois a quatro anos, como se constata atualmente, relativamente ao descaminho.

Importante aludir que em Portugal, as estatísticas de ocorrência desse tipo de crime são baixíssimas, não somente relacionado a política de integração dos países europeus, mas também muito tem a ver com o progresso da legislação no âmbito desses crimes fiscais aduaneiros.

Nesse ínterim, destaca-se que em meados dos anos 80, ocorreram diversas mudanças no tocante aos crimes aduaneiros, que inicialmente, foram divididos em crimes aduaneiros e contraordenações aduaneiras, pelo Decreto-Lei n.º 187/1983. Nesse mesmo ano, certificase que o pagamento fiscal aduaneiro foi depreciado como bem jurídico, deixando de receber proteção penal pelo legislador, passando a figurar como bagatela penal¹⁷⁰.

Posteriormente, com o surgimento do Decreto-Lei n.º 424/1986, o delito de descaminho, o qual era disposto no artigo 12º do Decreto de 1983, foi descriminalizado, passando a ser considerado como contraordenação, segundo o artigo 35º do novo Decreto¹⁷¹. Busca-se com isto, a total descriminalização do descaminho, pois conforme assevera Germano Marques da Silva, o interesse sobre esse crime é praticamente inexistente, devendo tal conduta ser tratada por outros ramos do direito e não pelo Direito Penal.

No ano de 1989, com a aprovação do Regime Jurídico das Infrações Fiscais Aduaneiras, por meio do Decreto-Lei n.º 376-A/1989, foram tratados novos conceitos aduaneiros adaptados à realidade social¹⁷², uma vez que haveria o estabelecimento do mercado interno entre os países europeus, inexistindo fronteiras e funcionando como espaço econômico comum¹⁷³. Ou seja, a lei passa a receber outra perspectiva territorial, orientada pela nova

¹⁷⁰SILVA, Germano Marques da. Direito penal tributário – sobre as responsabilidades das sociedades e dos seus administradores conexas com o crime tributário. Lisboa: Universidade Católica de Lisboa Editora, 2009, p. 79.

¹⁷¹ FERREIRA, Carlos Manuel. O crime aduaneiro de contrabando de circulação. Coimbra: Monografia apresentada ao IDPEE, 2008, p. 12-13.

¹⁷²*Idem*, 13-15.

¹⁷³ Exposição de motivos do Decreto-Lei n.º 376-A/1989.

situação do espaço comunitário, evidenciando a existência de um mercado comum entre os Estados- membros¹⁷⁴.

Nesse sentido, Germano Marques da Silva, aponta que a Resolução do Conselho de Ministros n.º 119/97, de 14 de julho, também denominada como Bases Gerais da Reforma Fiscal da Transição para o século XXI, fora responsável pelas novas instruções do direito fiscal aduaneiro em Portugal:

“O direito sancionatório fiscal deve orientar-se no sentido da criação de um conjunto de princípios comuns ao Direito Tributário comum e ao Direito Aduaneiro, especialmente no que respeito actuação em nome de outrem, responsabilidade das pessoas colectivas ou entes fiscalmente equiparados e responsabilidades subsidiárias; Devem igualmente ser revistos e harmonizados os tipos e dosimetria das sanções aplicáveis às infracções fiscais e aduaneiras, quer sejam crimes, quer meras contraordenações; Impõe-se também a plena utilização dos mecanismos informáticos disponíveis, ou a criar (designadamente o cruzamento da informação da detecção das situações de incumprimento e o registro dos processos e infractores) no combate à fraude e evasão fiscais aduaneiras e não aduaneiras; A investigação dos crimes aduaneiros deve passar por uma fase prévia de investigação em que a administração aduaneira goze dos mesmos poderes dos órgão de polícia criminal, à semelhança do que se passa para a investigação dos crimes fiscais; Deve ser simplificado, racionalizado e coordenado, sem prejuízo das garantias dos argüidos, o processo de aplicação dos crimes e contraordenações fiscais, aduaneiras ou não aduaneiras; Devem distinguir-se as entidades que intervêm na fase de acusação daquelas que intervêm na fase da decisão”¹⁷⁵.

Por fim, no ano de 2001, houve a aprovação da Lei n.º 15/2001 em Portugal, nomeada como Regime Geral das Infracções Tributárias, sendo tratados no mesmo diploma legal tanto o descaminho (agora considerado como contraordenação- artigo 108º) como o crime de contrabando (artigos 92º até o 102º). Essa legislação fora recepcionada pela Constituição Portuguesa e fora instituída harmonicamente com o projeto de livre

¹⁷⁴ Importante frisar que Portugal desde 1993, passou por uma adaptação baseado numa pauta de mercado comum, período em que se observam várias medidas políticas neste sentido. TEIXEIRA, Carlos; GASPAR, Sofia. *Comentários das leis penais extravagantes*. In: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Lisboa: Universidade Católica, 2011, p. 425.

¹⁷⁵ SILVA, Germano Marques da. *Op. cit.*, p. 38-39.

circulação de bens e serviços estabelecido e consolidado pela UE¹⁷⁶, estando em voga até o presente momento. Dessa maneira, instalou-se um novo padrão em relação aos crimes aduaneiros, no tocante ao contrabando e descaminho, em razão do espaço comunitário implantado.

Destarte, de modo diverso do estabelecido no ordenamento jurídico brasileiro, em Portugal, o descaminho é abordado pela legislação especial, sendo delineado pelo artigo 108º da Lei nº15/2001, exposto abaixo:

Artigo 108.º Descaminho

1 - Os factos descritos nos artigos 92.º, 93.º e 95.º da presente lei que não constituam crime em razão do valor da prestação tributária ou da mercadoria objecto da infracção, ou, independentemente destes valores, sempre que forem praticados a título de negligência, são puníveis com coima de (euro) 250 a (euro) 165000. (Redacção da Lei nº 64-B/2011, de 30 de Dezembro)

2 - Os meios de transporte utilizados na prática da contra-ordenação prevista no número anterior serão declarados perdidos a favor da Fazenda Nacional quando a mercadoria objecto da infracção consistir na parte de maior valor relativamente à restante mercadoria transportada e desde que esse valor exceda (euro) 3750, valendo, também nesses casos, as excepções consagradas nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 19.º

3 - A mesma coima é aplicável: a) Quando for violada a disciplina legal dos regimes aduaneiros; (Redacção da Lei nº 64-B/2011, de 30 de Dezembro) b) Quando tenha havido desvio do fim pressuposto no regime aduaneiro aplicado à mercadoria; c) Quando forem utilizadas ou modificadas ilicitamente mercadorias em regime de domiciliação antes do desembarço aduaneiro ou as armazenar em locais diversos daqueles para os quais foi autorizada a descarga, de modo a impedir ou dificultar a acção aduaneira, sem prejuízo da suspensão do regime prevista nas leis aduaneiras; d) Quando, através de diversos formulários de despacho, se proceder à importação de componentes separados de um determinado

¹⁷⁶A partir da aprovação do Tratado de Roma, em 1957, revelou-se a ideia de mercado comum, a qual significava a extinção das barreiras alfandegárias entre os Estados-Membros.

artefacto que, após montagem no País, formem um produto novo, desde que efectuado com a finalidade de iludir a percepção da prestação tributária devida pela importação do artefacto acabado ou se destine a subtrair o importador aos efeitos das normas sobre contingência de mercadorias.

4 - Revogado pelo artº 9º da Lei nº 22-A/2007, de 29 de Junho

5 - A mesma coima é aplicável a infracções praticadas no âmbito dos regimes especiais de admissão ou importação, com quaisquer isenções, de bens destinados a fins sociais, culturais ou filantrópicos, quando forem afectos ou cedidos a terceiros, ao comércio ou a outros fins, em violação do respectivo regime.

6* - A mesma coima é, ainda, aplicável a quem, à entrada ou saída do território nacional, violar o dever legal de declaração de montante de dinheiro líquido, como tal definido na legislação comunitária e nacional, igual ou superior a (euro) 10000, transportado por si e por viagem. (*Redacção da Lei 53-A/2006, de 29 de Dezembro)

7* - Considera-se que esse dever não foi cumprido quando a informação constante do formulário não esteja correcta ou esteja incompleta, salvo quando os elementos incorrectos ou em falta possam ser supridos ou mandados suprir ao declarante, no acto de controlo, e as inexactidões ou omissões não sejam culposas. (*nº aditado pela Lei 53-A/2006, de 29 de Dezembro)

8 - A tentativa é punível.

O artigo em estudo faz menção a outros três dispositivos (arts. 92º, 93º e 95º), os quais tratam respectivamente das figuras do contrabando, contrabando de circulação e fraude no transporte de mercadorias, como verifica-se a seguir:

Artigo 92.º Contrabando

1 - Quem, por qualquer meio:

a) Importar ou exportar ou, por qualquer modo, introduzir ou retirar mercadorias do território nacional sem as apresentar às estâncias aduaneiras ou recintos directamente fiscalizados pela autoridade aduaneira para

cumprimento das formalidades de despacho ou para pagamento da prestação tributária aduaneira legalmente devida;

b) Ocultar ou subtrair quaisquer mercadorias à acção da administração aduaneira no interior das estâncias aduaneiras ou recintos directamente fiscalizados pela administração aduaneira;

c) Retirar do território nacional objectos de considerável interesse histórico ou artístico sem as autorizações impostas por lei;

d) Obtiver, mediante falsas declarações ou qualquer outro meio fraudulento, o despacho aduaneiro de quaisquer mercadorias ou um benefício ou vantagem fiscal; é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 360 dias, se o valor da prestação tributária em falta for superior a (euro) 15 000 ou, não havendo lugar a prestação tributária, a mercadoria objecto da infracção for de valor aduaneiro superior a (euro) 50 000, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal. (Redacção da Lei n.º 67-A/2007, de 31 de Dezembro)

2 - A tentativa é punível.

Artigo 93.º Contrabando de circulação

1 - Quem, por qualquer meio, colocar ou detiver em circulação, no interior do território nacional, mercadorias em violação das leis aduaneiras relativas à circulação interna ou comunitária de mercadorias, sem o processamento das competentes guias ou outros documentos legalmente exigíveis ou sem a aplicação de selos, marcas ou outros sinais legalmente prescritos, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 360 dias, se o valor da prestação tributária em falta for superior a (euro) 15 000 ou, não havendo lugar a prestação tributária, a mercadoria objecto da infracção for de valor aduaneiro superior a (euro) 50 000. (Redacção da Lei n.º 67-A/2007, de 31 de Dezembro)

2 - A tentativa é punível.

Artigo 95.º - Fraude no transporte de mercadorias em regime suspensivo

1 - Quem, no decurso do transporte de mercadorias expedidas em regime suspensivo:

a) Subtrair ou substituir mercadorias transportadas em tal regime;

- b) Alterar ou tornar ineficazes os meios de selagem, de segurança ou de identificação aduaneira, com o fim de subtrair ou de substituir mercadorias;
- c) Não observar os itinerários fixados, com o fim de se furtar à fiscalização;
- d) Não apresentar as mercadorias nas estâncias aduaneiras de destino; é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 360 dias, se o valor da prestação tributária em falta for superior a (euro) 15 000 ou, não havendo lugar a prestação tributária, a mercadoria objecto da infracção for de valor aduaneiro superior a (euro) 50 000.

2 - A tentativa é punível.

Da interpretação dos artigos, depreende-se que a importação ou exportação de mercadorias sem o pagamento do tributo devido constitui crime ou ilícito de contra- ordenação, conforme a quantia devida e não paga. Em um estudo mais abrangente, o legislador português preferiu pelo critério quantitativo para distinguir o contrabando (crime) do descaminho (contra- ordenação), criando valores determinados para a caracterização dos delitos, desviando-se de dispositivos amplos e confusos.

3.2.1. Diferenças entre contrabando e descaminho

Foi somente com a aprovação da Lei n. 13.008 de 2014, que as duas figuras vieram a ser tratadas em tipos penais diversos, sendo que tal lei trouxe alterações tanto nas disposições do crime de contrabando, quanto nas disposições do crime de descaminho. O antigo artigo 334, do Código Penal, trazia as duas condutas em um único tipo penal, como já salientado. Com a modificação implementada pela nova lei, o novo artigo 334 estabelece condutas referentes tão somente à prática do descaminho, e houve a criação do artigo 334-A, que estabelece as condutas relativas somente ao contrabando. Não houve qualquer alteração relativa às chamadas condutas equiparadas ao crime de descaminho, elas se mantêm na nova redação do artigo 334.

Antes, havia a mesma pena para as duas condutas, reclusão de 01 a 04 anos. Com a nova lei, mantém-se a pena para o crime de descaminho, entretanto, houve um aumento na pena do crime de contrabando, do artigo 334-A, que passa a ser exclusão de 02 a 05 anos.

Também, as condutas equiparadas ao contrabando, conhecidas como “contrabando por assimilação” serão apenadas de forma igual ao contrabando, reclusão de 02 a 05 anos. Houve apenas a criação de novas condutas nesse rol.

Nesse sentido, pode-se afirmar que não ocorreram expressivas alterações no crime de contrabando, pois se trata de uma norma geral, com o núcleo do tipo na conduta “importar ou exportar mercadoria proibida”, na qual não há menção de forma específica de quais são as tais “mercadorias proibidas”, devendo buscar esse conceito na norma especial.

As duas figuras típicas em questão estão dispostas no arts. 334 e 334-A, situadas no Título XI (“Dos Crimes contra a Administração Pública”), Capítulo II (“Dos crimes praticados por particular contra a Administração em geral”) do Código Penal Brasileiro, que dispõe o seguinte:

“Descaminho

Art. 334. 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 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem:

I – pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei;

II – pratica fato assimilado, em lei especial, a descaminho;

III – vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem;

IV – 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.

§ 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.

§ 3o A pena aplica-se em dobro se o crime de descaminho é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial”.

“Contrabando

Art. 334-A. Importar ou exportar mercadoria proibida:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

§ 1o Incorre na mesma pena quem:

I – pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando;

II – importa ou exporta clandestinamente mercadoria que dependa de registro, análise ou autorização de órgão público competente;

III – reinsere no território nacional mercadoria brasileira destinada à exportação;

IV – vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira;

V – adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira.

§ 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.

§ 3o A pena aplica-se em dobro se o crime de contrabando é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial”.

Com frequência, pode-se notar em veículos de comunicação, jornais, revistas, grandes confusões com relação aos dois crimes, por pensarem serem semelhantes, o que não é verdade. O desenvolvimento histórico a seguir, permite desvendar a confusão existente, demonstrando a diferença entre ambos:

Numa primeira acepção, como expresso anteriormente, contrabando significava um ato de comércio praticado infringindo disposição em lei. Configurava a conduta de ultrapassar limites territoriais determinados, com mercadorias sem o pagamento de impostos devidos

na época. Com a instalação dos monopólios estatais, na fabricação e no comércio de determinados produtos, o contrabando passou a significar a fabricação, importação e venda de tais produtos. No entanto, conforme o Estado foi intervindo na economia dos povos, por conveniência e segurança, passou também a proibir de forma absoluta a importação ou exportação de certos produtos ou a taxar consideravelmente a fabricação de outros, e assim, a infringência a essas normas passou a ser chamada contrabando¹⁷⁷.

Já em uma acepção moderna, o contrabando seria importar ou exportar mercadoria proibida por lei. Nota-se assim, que a questão aqui não é sobre a origem da mercadoria ou se o sujeito ativo pagou qualquer tributo, a mera permanência da mercadoria no território nacional por si só, configura violação à lei.

O descaminho, por sua vez, refere-se à entrada ou saída de mercadoria no território nacional, que é considerada legal e permitida. Em outras palavras, diz respeito à importação e exportação. Contudo, nesse caso, o sujeito da importação ou exportação engana o pagamento do tributo devido.

A propósito, Luiz Régis Prado ensina a diferença entre os dois delitos:

“Num enfoque moderno, contrabando passou a denotar importação e exportação de mercadoria proibida por lei, enquanto que descaminho significa a fraude ao pagamento de tributos aduaneiros. Diferenciam-se, pois, porque enquanto este constitui um crime de natureza tributária, clarificando uma relação fisco-contribuinte, o contrabando expressa a importação e exportação de mercadoria proibida, não se inserindo portanto, no âmbito dos delitos de natureza tributária”¹⁷⁸.

Dando seguimento à lição, o autor também propõe uma diferenciação dos crimes de contrabando e descaminho em relação ao bem jurídico tutelado. Nesse sentido, conforme seu entendimento, no crime de descaminho visa-se resguardar o respeito à Administração Pública, o interesse econômico-estatal, o produto nacional (agropecuário, manufaturado ou industrial) e a economia do país; enquanto, no crime de contrabando, da mesma forma, são tutelados o respeito à Administração Pública e o interesse econômico-estatal, resguardando-se, ainda, a proteção à saúde, à segurança pública e à moralidade pública¹⁷⁹.

Nelson Hungria, em seu saber, reafirma a diferenciação entre essas duas figuras:

¹⁷⁷PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro: parte especial, art.250 a 359H. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, vol.3, p. 581.

¹⁷⁸*Idem*, p. 582.

¹⁷⁹PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral, Volume I e IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 709.

“Contrabando é, restritamente, a importação ou exportação de mercadorias cuja entrada no país ou saída dele, é absoluta ou relativamente proibida, enquanto descaminho é toda fraude empregada para iludir, total ou parcialmente, o pagamento de impostos de importação, exportação ou consumo”¹⁸⁰.

Cezar Roberto Bitencourt salienta que há diferenças inclusive entre as violações produzidas e as próprias palavras não facilitam para que haja confusão das duas figuras. À medida que o crime de contrabando atenta contra a “moral, saúde, higiene, segurança pública”, o crime de descaminho lesiona obrigações aduaneiras, isto é, tributos aduaneiros¹⁸¹.

Em contrapartida, Guilherme de Souza Nucci apresenta uma classificação de contrabando próprio e contrabando impróprio¹⁸², divergindo do entendimento dos demais juristas.

3.2.2. O bem jurídico tutelado no crime de descaminho

A fim de compreender o descaminho como delito tributário, inicialmente, é fundamental identificar o bem jurídico tutelado pelo tipo. Existem diversos entendimentos quanto a este, que pode ser a Administração Pública, o erário, o interesse econômico-estatal, a proteção dos interesses do erário público, que é lesado pela evasão de renda com a prática do descaminho, a economia pública, a fé pública, a livre concorrência, a coletividade, a soberania nacional, a regularidade nas importações e exportações, a eficácia das políticas

¹⁸⁰HUNGRIA, Nélon. *Apud*, CAPEZ, Fernando. *Op. cit.*, p.443.

¹⁸¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal - Parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2007 e 2012. v. 5, p. 227.

¹⁸² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado, 7ª edição*, Revista dos Tribunais, p. 1098. O autor classifica as condutas em contrabando próprio e contrabando impróprio. A conduta que caracteriza o contrabando: a) importar significa trazer algo de fora do país para dentro de suas fronteiras; b) exportar quer dizer levar algo para fora do país. O objeto é a mercadoria proibida. É o contrabando próprio. Para configurar o descaminho, a conduta praticada é iludir (enganar ou frustrar) cujo objeto é o pagamento de direito ou imposto. Trata-se do denominado contrabando impróprio.

governamentais na defesa do desenvolvimento das indústrias nacional, a economia do país, entre outros¹⁸³.

O objetivo principal do Estado ao proibir a entrada e a saída de mercadorias é a proteção da ordem pública. São medidas de caráter político-econômico e financeiro (protecionismo, defesa de monopólios do Estado, guerra aduaneira, retenção de metais preciosos, obras de arte ou antiguidades) e, também de providências que visem à defesa da saúde, à moralidade pública e a defesa do Estado, como discorre Nelson Hungria¹⁸⁴.

Nesta via, em conformidade com esse entendimento, sobreleva-se também as instruções de Júlio Dalton Ribeiro:

“Pela tipificação do descaminho são tutelados o prestígio da Administração Pública, o interesse econômico-estatal, o produto nacional (agropecuário, manufaturado ou industrial) e a economia do país. (...) O Estado, ao proibir a entrada ou saída de mercadorias, fá-lo por relevante motivo de ordem pública: ou é medida de política econômica ou financeira (protecionismo, defesa de monopólios do Estado, guerra aduaneira, retenção de metais preciosos, obras de artes ou antiguidades) ou é providência de utilidade geral, visando à defesa da saúde ou moralidade pública, ou à segurança do Estado ou dos indivíduos”.

Dessa maneira, cumpre enfatizar que o descaminho (e também o contrabando) afronta a função fiscal do tributo e prejudica a atividade extrafiscal¹⁸⁵ do Estado, principalmente em relação ao protecionismo de produtos industrializados nacionais e ao estabelecimento de reservas de mercado.

René Ariel Dotti acentua que o tipo penal que reprime o descaminho destina-se principalmente, a desencorajar a sonegação dos tributos devidos nas operações de importação e exportação de bens¹⁸⁶.

Consoante a ideia de Luiz Régis Prado, o bem jurídico tutelado no crime de descaminho, é a “política socioeconômica do Estado, como receita estatal, para obtenção dos recursos necessários à realização de suas atividades”¹⁸⁷.

¹⁸³DOTTI, René Ariel, SCANDELARI, Gustavo Britta. A exigência do exaurimento da via administrativa nos crimes de descaminho. Revista dos Tribunais, ano 97, vol. 877, nov. 2008, p.402.

¹⁸⁴ HUNGRIA, Nelson, *apud*, RIBEIRO, Júlio Dalton, Princípio da insignificância e sua aplicabilidade no delito de contrabando e descaminho. In. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Bimestral, ano 16, nº 73, julho-agosto de 2008, p.60.

¹⁸⁵ Quando um tributo tem como a característica a extrafiscalidade, significa dizer que não tem como função apenas recheiar os cofres públicos, mas também permitir a interferência do Estado no domínio econômico, vale dizer, incentivar as importações quando a carga tributária é baixa ou impedi-la quando essa for exorbitante.

¹⁸⁶ DOTTI, René Ariel, SCANDELARI, Gustavo Britta. *Op. cit.*, p. 402.

Compartilhando do entendimento dos espanhóis Miguel Bajo Fernández e Silvina Bacigalupo, o bem jurídico protegido no descaminho seria o erário, apesar de compreenderem que de forma indireta visa resguardar também a política estatal de recolhimento e de reserva de recursos públicos¹⁸⁸. Rodrigo Sánchez Rios também apoia esse entendimento, percebendo o erário como bem jurídico imediato e “o valor constitucional da solidariedade de todos os cidadãos na contribuição da manutenção dos gastos públicos” como bem jurídico mediato¹⁸⁹.

Com ponto de vista diverso, Susana Aires de Sousa, considera nesse caso, como bem jurídico o conjunto das receitas fiscais de que o Estado é o titular¹⁹⁰. Por sua vez, Manoel Pedro Pimentel, vê que o bem jurídico é “a defesa dos interesses do Estado, ligados à política de arrecadação dos tributos devidos e à respectiva fiscalização da sua execução”¹⁹¹.

Noutro giro, de acordo com a perspectiva de Manuel da Costa Andrade, a questão deve ser tratada em dois blocos: I) adiante da índole supraindividual: “caracterizam-se materialmente pela sua relevância directa para o sistema económico cuja sobrevivência, funcionamento ou implementação se pretende assegurar”, II) sob o ângulo da genética: “os bens jurídicos do Direito Penal Económico são em grande medida um produto histórico do intervencionismo do Estado moderno na vida económica”¹⁹².

Em harmonia com Augusto Silva Dias, o bem jurídico “(...) é constituído pelas receitas fiscais no seu conjunto e a base normativa, cuja violação integra o desvalor da acção, é constituída pelos deveres de colaboração que municiam tecnicamente o dever geral de pagar imposto, dever fundamental de cidadania que, relacionando a conduta típica com as receitas fiscais e as respectivas finalidades, lhe confere ressonância e desvalor ético-social (...)”¹⁹³.

¹⁸⁷ PRADO, Luiz Régis. *Op. cit.*, 2004, p. 408.

¹⁸⁸ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, BACIGALUPO, Silvina. *Delitos tributarios y previsionales*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001, p. 55.

¹⁸⁹ RIOS, Rodrigo Sánchez. *Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 50.

¹⁹⁰ SOUSA, Susana Aires de. *Os crimes fiscais: Análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 299.

¹⁹¹ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Introdução ao estudo do direito penal tributário*. In: *Ciência Penal*, São Paulo, n. 2. 1974, p. 37.

¹⁹² ANDRADE, MANUEL DA COSTA. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1998. v. 1, p. 402-403.

¹⁹³ DIAS, Augusto Silva. *O novo direito penal fiscal não aduaneiro (Dec.-lei 20-A/90, de 15 de Janeiro) considerações dogmáticas e político-criminais*. *Fisco*, n. 22, jul. 1990, p. 264.

Rui Stoco, em seu saber, reconhece que o bem jurídico é “os interesses estatais ligados à arrecadação dos tributos devidos à Fazenda Pública, visando à boa execução da política tributária do Estado”¹⁹⁴.

Depois de aprofundar em tais ponderações, a idéia que julga-se mais pertinente é a de Cláudio Costa, o qual constata que o bem jurídico tutelado é tão somente, a arrecadação tributária, uma vez que: I) a Fazenda não tem interesse pela cobrança de tributos de valor irrisório; II) uma vez que se realiza o pagamento do devido tributo, ocorre a extinção da punibilidade do agente¹⁹⁵.

Depreende-se desse raciocínio, o qual denota um caráter mais patrimonial, que o erário não é o bem jurídico tutelado, mas sobretudo, o sujeito passivo.

De fato, o bem jurídico do delito em questão é complexo, e com intuito de que a condenação pelo descaminho seja possível, diga-se juridicamente viável, subentende-se a existência do elemento subjetivo do tributo, à luz do artigo 3º do Código Tributário brasileiro¹⁹⁶, e dessa forma, a ação penal somente será válida se houver a constituição definitiva do crédito tributário. Ou seja, só haverá lesão ao bem jurídico após o esgotamento das vias administrativas, quando o Estado reconhece a dívida.

Assim, serão pressupostos para a ação penal a representação fiscal e o lançamento definitivo do débito tributário, fases as quais não há mais discussão acerca do valor e este será exigível; caso contrário, é incabível falar do delito de descaminho.

3.2.3. Breve curiosidade: contribuição do contrabando e descaminho para o surgimento do Direito Penal Econômico

Importante salientar, seguindo a lógica do pensamento, que os crimes de contrabando e descaminho, presentes no arts. 334 e 334-A do Código Penal, foram essenciais para o surgimento do Direito Penal Econômico, devido à necessidade de intervenção penal no setor da economia.

¹⁹⁴ STOCO, Rui. Sonegação fiscal e os crimes contra a Ordem Tributária. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 675, p. 335-353, jan. 1992, p. 335.

¹⁹⁵ COSTA, Cláudio. Crimes de sonegação fiscal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 37-38.

¹⁹⁶ Reza o artigo 3º do Código Tributário do Brasil: “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Tão somente se iniciou os discursos a respeito de “ ordem econômica” após o momento em que o Estado iniciou a intervir na economia, tomando uma postura menos liberal e mais intervencionista. Assim, surgiu um novo bem jurídico a ser protegido.

Sendo assim, define-se o Direito Penal Econômico como um campo do direito penal que cuida das infrações contra a ordem econômica, isto é, uma área do direito penal que impõe sanções a determinados comportamentos que influenciam sensivelmente as relações econômicas afetando bens jurídicos penais, indo além das barreiras do mero ilícito administrativo-econômico.

Também, segundo Manoel Pedro Pimentel, conceitua-se o Direito Penal Econômico como “ o conjunto de normas que tem por objeto sancionar, com as penas que lhe são próprias, as condutas que, no âmbito das relações econômicas, ofendam ou ponham em perigo bens ou interesses juridicamente relevantes”¹⁹⁷. Ainda, o autor descreve que:

“O Direito penal econômico é um sistema de normas que defende a política econômica do Estado, permitindo que esta encontre os meios para a sua realização. São, portanto, a segurança e a regularidade da realização dessa política que constituem precipuamente o objeto do Direito penal econômico. Além do patrimônio de indefinido número de pessoas, são também objeto da proteção legal o patrimônio público, o comércio em geral, a troca de moedas, a fé pública, e a administração pública, em certo sentido”.

3.2.4. Estrutura do tipo penal de descaminho

Sabe-se que o crime de descaminho pode ser considerado tanto um crime contra a Administração Pública, como é consagrado pelo Código Penal, quanto um crime contra a ordem tributária, em razão do seu conteúdo visivelmente tributário e por afetar diretamente o erário público, embora não tenha sido enquadrado especificamente na Lei

¹⁹⁷ PIMENTEL. Manoel Pedro. Direito Penal Econômico. 1.Ed. RT. São Paulo. 1973. p. 21.

8.137/1990¹⁹⁸. Tal ponto será mencionado adiante, a respeito da natureza jurídica do descaminho.

Nesse delito, a entrada, a saída ou consumo de mercadoria, é lícita no país. O que ocorre é a fraude no pagamento dos tributos devidos. De acordo com o posicionamento do STF, para se configurar o crime de descaminho, é necessário apenas a entrada da mercadoria irregular no país sem o pagamento dos impostos alfandegários. Ou seja, para o Supremo o emprego da fraude para dissimular o pagamento é dispensável.

Sob esse mesmo enfoque, Cezar Roberto Bitencourt realizou uma análise do tipo do delito em questão, já adiantando sua correlação com o princípio da insignificância¹⁹⁹:

“A simples introdução no território nacional de mercadorias estrangeira sem pagamento dos direitos alfandegários, independente de qualquer prática ardilosa visando iludir a fiscalização, tipifica o crime de descaminho. Tratando-se, entretanto, de mercadorias de valor de pouca expressão econômica, a infração não se caracteriza, ante o princípio da insignificância que afasta a tipicidade”.

Rogério Sanches Cunha também se posiciona no sentido de que a simples omissão na declaração de mercadorias já é o suficiente para caracterizar o delito²⁰⁰.

Em contrapartida, o professor Fernando Capez apresenta um posicionamento contrário a essa idéia, afirmando que “como o verbo núcleo da ação é iludir que tem como significado mascarar, burlar e não elidir, cujo significado é suprimir, aquele que age de forma omissiva, sem se dirigir espontaneamente à autoridade alfandegária para declarar o excesso de cota, não pratica o crime de descaminho”²⁰¹. Em tese, a consumação desse delito se realiza com a entrada da mercadoria no território brasileiro. Entende-se por território brasileiro o solo pátrio, o mar territorial e o espaço aéreo. Se a mercadoria ultrapassa zona primária, o crime de descaminho estará consumado. A zona primária é o local onde a fiscalização aduaneira é efetuada, até aqui ainda é possível a regularização tributária, contudo, se o pagamento do tributo não for feito até essa etapa, considera-se que o agente iludiu o pagamento às autoridades fiscalizatórias, havendo dessa forma, a consumação.

Outrossim, há doutrinadores que afirmam que a consumação do delito em análise se dá com “a liberação das mercadorias, sem o pagamento dos impostos ou direitos relativos a

¹⁹⁸ Tal lei define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo.

¹⁹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. Editora Saraiva, 2000, p. 484.

²⁰⁰ CUNHA, Rogério Sanches. Direito penal: parte especial. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2008, v. 3, p. 411.

²⁰¹ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte especial. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p.519.

elas”²⁰². Porém, por constituir um crime tributário, o momento da consumação do descaminho deve se orientar por meio da súmula vinculante n. 24 do Supremo Tribunal Federal, no sentido que considera-se efetivamente consumado o descaminho, após o lançamento definitivo do tributo.

Ainda, o descaminho é classificado como crime comum, ou seja, aquele que pode ser praticado por qualquer pessoa; também como crime formal, o qual não necessita de um resultado naturalístico (ocorrência de um dano real para a Administração Pública) para que reste configurado²⁰³.

Há quem defenda que trata-se de um crime permanente²⁰⁴, todavia, não se pode confundir crime permanente com crime de efeito permanente. Se o crime é consumado na entrada ou saída da mercadoria sem que o pagamento tenha sido realizado, se trata de um crime instantâneo, o qual será de efeito permanente por lesar o erário público, também os setores do comércio e da indústria nacional.

Outra questão, bastante controversa, é se o descaminho constitui crime formal ou material. A diferença fundamental entre essas duas modalidades de delito se traduz na possibilidade de adiamento entre a ação, o verbo e o resultado consequente dessa ação. Ou seja, a diferença está na possibilidade ou não de desprender o resultado com o desenvolvimento da conduta.

Partindo desse ponto de vista, depreende-se que nos crimes formais não é possível separar a conduta do resultado, sendo inadmissível a tentativa nesses casos. Diferentemente dos crimes materiais, nos quais é possível separar o resultado da conduta, sendo ligados pelo nexo causal.

Como será mencionado adiante, o crime de descaminho é passível de tentativa. Nesse sentido, é irrefutável que esse é enquadrado como crime material. Figueiredo Dias e Costa Andrade, em harmonia com esse entendimento, afirmam que o crime contra a ordem tributária é tipificado com base no desvalor do resultado da conduta criminosa, mostrando-se como crime material ou de resultado e a sua consumação exige a infligência de dano patrimonial ao fisco, mediante a supressão ou redução de crédito tributário devido²⁰⁵.

²⁰² *Idem*, p. 600.

²⁰³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 1098.

²⁰⁴ TRF da 1ª.R, HC 70367 MG. Dês. Relator Tourinho Neto. D. J. 19.12.2005.

²⁰⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, COSTA ANDRADE, Manuel da. O Crime de fraude fiscal no novo direito penal tributário português: considerações sobre a factualidade típica e o concurso de infrações. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p.418.

O descaminho não dispensa o encerramento do processo administrativo como requisito de tipicidade, conforme a Lei n. 8.137 de 1990, mencionada anteriormente. Frisa-se: as vias administrativas devem ser esgotadas para que se possa ingressar com a ação penal, caso contrário, incabível falar da prática do descaminho ainda.

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do descaminho, inclusive o funcionário público. Não obstante, quando esse possui o dever funcional de reprimir o contrabando ou o descaminho e facilita-o, incorrerá no delito tipificado no artigo 318 do Código Penal Brasileiro (facilitação do contrabando ou descaminho). O Estado é o sujeito passivo desse crime, porquanto há lesão ao erário público.

Quanto ao tipo subjetivo, o dolo, denota que o agente pratica a conduta por livre e consciente vontade de iludir no todo ou em parte, o pagamento de direito ou tributo devido pela entrada, saída ou pelo consumo de mercadoria²⁰⁶.

Além disso, cumpre evidenciar que para a incidência do descaminho o dolo deve ser demonstrado, não basta um dolo presumido. Para que haja consumação desse delito é necessário o tipo subjetivo dolo. E o posicionamento dos Tribunais brasileiros vai de encontro a essa aceção, como se comprova com a ementa do Superior Tribunal de Justiça: “PENAL. RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. CONFIGURAÇÃO. TIPO SUBJETIVO. ONUS PROBANDI.

I - O delito de descaminho, no tipo subjetivo, exige o dolo de iludir o pagamento do tributo devido, não podendo tal situação ser desprezada, confundindo-a com matéria de interesse extra-penal ou, o que seria pior, aceitando eventual responsabilidade objetiva (Precedentes).

II - Ainda que, na maioria das vezes, conforme dicção da doutrina, o dolo venha a ser demonstrado com o auxílio do raciocínio, tal não se confunde com mera presunção que possa excepcionar o disposto no art. 156 do CPP²⁰⁷.

Portanto, restam esclarecidas as formas para consumação do descaminho, bem como o dever de demonstração do dolo e quanto ao verbo “iludir”. Cumpre então, pronunciar a respeito da tentativa nesse delito, a qual não se apresenta como problemática. O posicionamento, tanto da doutrina, quanto da jurisprudência, é no sentido de que é sim possível a tentativa no crime de descaminho, desde que haja a fragmentação do *iter*

²⁰⁶ CAPEZ, Fernando. *Op. cit.*, p.520.

²⁰⁷ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 259.504 - RN (2000/0049066-0). Relator: Ministro Felix Fischer. Quinta Turma. Data de julgamento: 19/02/2002.

criminis e por circunstâncias alheias ao desejo do agente, o qual aplicou todos os meios devidos à consumação, e mesmo assim não conseguiu iludir as autoridades.

3.2.5 Da natureza Jurídica do Descaminho

Para o direito brasileiro, o ato de fraudar o pagamento de tributos aduaneiros aquando da exportação ou importação de produtos, configura-se ato ilícito, como se percebe no desenvolvimento do trabalho. Dessa forma, tal conduta possui enquadramento no Direito Penal, sendo classificada como crime contra a administração pública. Apesar disso, existem posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais em sentido diverso, os quais atribuem ao descaminho caráter fiscal, que significa dizer que, de forma igual aos crimes contra a ordem tributária, a ofensa se configura na abstenção do pagamento dos tributos devidos.

Aqui, leva-se em consideração que o descaminho apresenta um aspecto predominantemente tributário, devido à falta recolhimento. Quando ocorre a omissão de pagamento de tributos, na importação e exportação, em virtude da falsificação de documentos, por exemplo, se tratará de sonegação fiscal, uma vez que ocorre evasão de rendas decorrente de operação fraudulenta.

Colaborando com a opinião de Fernando Capez, considera-se que o descaminho constitui uma espécie de crime contra a ordem tributária, de acordo com o conceito abrangido no artigo 1º da Lei 8.137/90²⁰⁸, já mencionada anteriormente, e nesse sentido, é inviável aplicar um tratamento diferenciado a condutas tão semelhantes, caso contrário, ofende-se o princípio constitucional da proporcionalidade²⁰⁹.

²⁰⁸ Reza o art. 1º da Lei 8.137/1990: “Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa”.

²⁰⁹ CAPEZ, Fernando. *Op. cit.*, p. 595.

Retomando à questão do bem jurídico, Pedro Decomain assegura que a ordem tributária é o bem jurídico do descaminho, a qual almeja a proteção do erário público, dado que é o Estado quem é lesado na falta do pagamento dos tributos incidentes na exportação e importação. O autor também chama a atenção para que não haja confusão entre descaminho e sonegação fiscal, diferença essa mencionada acima²¹⁰.

Consoante o julgamento de Pagliaro, o descaminho é substancialmente um ilícito de natureza fiscal, que agride apenas o erário público²¹¹.

Igualmente, José Paulo Baltazar Júnior, compreende que o descaminho é um tipo peculiar de crimes contra a ordem tributária, que possui como objeto tributos externos. Ainda, esclarece que embora se situe no Código Penal, na parte dos crimes contra a administração pública, o descaminho ofende a ordem tributária, já que se realiza pelo engano no pagamento do direito ou tributo devido pela entrada, saída ou consumo de mercadoria-constituindo uma infração penal tributária aduaneira²¹².

Assemelhando o conteúdo dos artigos 1º e 2º da Lei 8.137/90²¹³ e o artigo 334 do Código Penal, depreende-se que o bem jurídico amparado é o mesmo, mesmo que se considere a ordem tributária, a arrecadação fiscal ou a solidariedade tributária²¹⁴.

A propósito, é mister sobressaltar que existe um grande número de juristas que se opõe à atribuição de natureza fiscal ao delito de descaminho e como justificativa, argumentam que o bem jurídico resguardado nesse delito é pluriofensivo, uma vez que protege vários bens jurídicos, tais como: a livre concorrência, a indústria nacional, embora seja interesse do Fisco apoderar-se apenas de um bem jurídico.

²¹⁰ DECOMAIN, Pedro Roberto. Crimes contra a ordem tributária – 4. ed. - Belo Horizonte: Fórum Editora, 2008, p. 635 ss.

²¹¹ PAGLIARO, Antonio; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p.210.

²¹² BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Crimes federais. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 197.

²¹³ Dispõe o Art. 2º da Lei 8.137/90: “Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa”.

²¹⁴ GROCH, Ludmila de Vasconcelos Leite. O descaminho como crime tributário: consequências da equiparação. IN: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (Coord.). Direito Penal Econômico: crimes financeiros e correlatos. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 290-292.

Todavia, ao examinar o fato, de que com a ocorrência do crime, o Estado não recolherá os tributos que incidem na exportação e importação, verifica-se que o resultado obtido é o mesmo que ocorre nos crimes contra a ordem tributária, previstos no artigo 1º da Lei 8.137/90, supracitado.

Por conseguinte, o aumento ou diminuição dos impostos de importação ou exportação, objetivando preservar a indústria nacional, não consiste em uma justificativa plausível para distinguir o descaminho dos outros crimes tributários²¹⁵.

Assim, embora o descaminho esteja tipificado no Código Penal, especificamente nos crimes contra a administração pública, tal argumento é deficiente ao ponto de concluir que esse crime deve ser tratado de forma distinta dos demais crimes contra a ordem tributária.

Além do mais, Cezar Roberto Bitencourt acrescenta que o descaminho pressupõe a sonegação automática involuntária de vários impostos, como por exemplo, o imposto de importação e exportação, o imposto sobre produtos industrializados e o imposto sobre a circulação de mercadorias, apesar de ser tipificado e classificado como crime contra a administração pública e não como crime contra a ordem tributária, por critério político-criminal do legislador, o que não configuraria em prejuízo caso contrário fosse²¹⁶.

E nesse sentido, conclui-se que o descaminho deve ser tratado de forma equiparada aos demais crimes fiscais, sendo possível valer-se das mesmas regras, como a extinção da punibilidade através do pagamento do tributo devido e a necessidade de esgotamento da via administrativa para o início da ação penal, segundo ensina a autora Ludmila Groch²¹⁷.

Dessa forma, o descaminho e os delitos previstos na Lei 8.137/1990 apresentam características semelhantes, como o bem jurídico protegido, que são os cofres públicos e as demais formas de recolhimento, o sujeito passivo e, na maioria dos casos, o fato de a fraude ser o meio de realização²¹⁸. As condutas cometidas no descaminho não se diferenciam das condutas mencionadas no artigo 1º da Lei 8.137/1990, senão pelo fato de que em relação a essas últimas é atribuída uma pena mais severa²¹⁹.

²¹⁵ *Idem*, p. 287.

²¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, 5: Parte Especial: dos crimes contra a administração pública, dos crimes praticados por prefeitos. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 251.

²¹⁷ GROCH, Ludmila de Vasconcelos Leite. *Op. cit.*, p. 296.

²¹⁸ BARROS, Adriana Pazini de. Natureza jurídica do crime de descaminho. Boletim IBCCRIM – Ano 16 – nº 187 – junho – 2008. p. 8.

²¹⁹ ROSENTHAL, Sérgio. A extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo no descaminho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1999. p. 21.

Portanto, resta evidente que o descaminho constitui uma espécie de crime tributário, não existindo razões para que haja tratamento diferenciado entre as duas figuras²²⁰.

3.2.6 Convivência do artigo 334 do Código Penal e a Lei 8.137/1990

Quando houve a publicação da Lei 8.137/1990, surgiram questionamentos acerca do descaminho, se esse havia sido revogado, uma vez que o comportamento tipificado no artigo 334 do Código Penal “iludir (...) o pagamento de direito ou impostos (...)” não estava disposto de forma específica, mas veio previsto de forma geral na lei. Na prática, as condutas não possuem diferença, sendo que esta é a justificativa dos autores que atribuem o caráter fiscal ao descaminho, como já visto, e o não pagamento dos tributos devidos constitui ilícito tributário.

Para José Paulo Baltazar, o descaminho constitui um delito tributário aduaneiro e, desse modo, é diferente dos demais crimes tributários, regulados pela referida lei, em razão da aplicação do princípio da especialidade, pois conforme o artigo 334 do Código Penal, o tributo é devido apenas por efeito da importação e exportação, e já na lei, o tributo é devido por qualquer outra causa²²¹.

Também é pertinente ressaltar, o pensamento de Roque Antônio Carraza, o qual traz a ideia de que a aplicação do princípio da especialidade, que resumidamente, determina que uma lei especial não revoga, não é revogada por uma lei de caráter geral, mas sim a ela tem preferência o artigo 334 do Código Penal, isto é, esse artigo se sobressai em relação ao artigo 1º da Lei 8.137/1990 e, então, o descaminho absorve o crime de sonegação fiscal na íntegra²²².

Ademais, o autor considera somente ser possível atingir o descaminho por meio da sonegação fiscal, sendo que na situação mencionada existe apenas um conflito aparente de normas, não devendo ser confundido com concurso de crimes.

²²⁰ BARROS, Adriana Pazini de. *Op. cit.*, p. 8.

²²¹ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Op., cit.*, p. 209.

²²² CARRAZA, Roque Antonio. Da impossibilidade jurídica de concurso material ou formal imperfeito entre os crimes de descaminho (art. 334, segunda parte, do Código Penal Brasileiro) e de sonegação fiscal (art. 1º, I a I, da Lei n.º 8.137-90) – Questões conexas. IN: COSTA, José de Faria & SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira*. São Paulo: QuartierLatin, 2006. p. 236-239.

No ponto de vista de Hugo de Brito Machado, o crime de descaminho não passa de um modo específico de ocultar o pagamento do tributo, o que acaba gerando um conflito aparente de normas. Para ele, o artigo 1º da Lei 8.137/1990 seria a norma geral e o artigo 334 do Código Penal seria a norma especial, porquanto contém os elementos “importação” e “exportação”, os quais chamam a incidência²²³.

Entretanto, conforme a visão de Fernando Capez, o descaminho representa um tipo especial de crime contra a ordem tributária, emoldurando-se precisamente no conceito do artigo 1º da Lei 8.137/1990, e dessa forma, é inadmissível atribuir tratamento diverso para condutas bastante similares, como já pronunciado, a fim de que haja respeito ao princípio constitucional da proporcionalidade²²⁴.

Apesar disso, a doutrina e a jurisprudência, salvo algumas exceções, costumavam desassociar o descaminho dos outros crimes tributários, com base na justificativa de se tratar de um crime pluriofensivo, em razão de resguardar vários bens jurídicos e ser interesse do Fisco a arrecadação de apenas um desses bens resguardados (livre concorrência, a balança comercial, a indústria nacional)²²⁵, como já mencionado.

Já no crime de sonegação fiscal, tem-se como bem jurídico a integridade do erário, a arrecadação ou a ordem tributária compreendida como o interesse do Estado em recolher os tributos para a obtenção de seus objetivos. Assim sendo, recebe proteção de forma complementar a Administração Pública, a fé pública, o trabalho e a livre concorrência, como se verifica no artigo 170, inciso IV, da Constituição Federal do Brasil²²⁶.

À vista disso, o autor Luiz Renato Pacheco percebe que o texto dos parágrafos 1º e 2º do antigo artigo 334 do Código Penal, é oriundo da Lei 4.729/65, a qual tratava dos crimes de sonegação fiscal antes da edição da lei 8.137/1990, fato que demonstra o caráter fiscal do descaminho. A lei 4.729/65 acrescentou algumas figuras ao descaminho assim como, implementou os delitos de sonegação fiscal no ordenamento jurídico brasileiro, mas na verdade, seu objetivo foi evitar a falta ou redução no arrecadamento de tributos (prevenção geral)²²⁷.

²²³ MACHADO, Hugo de Brito. Direito tributário aplicado. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 299-303.

²²⁴ CAPEZ, Fernando. *Op. cit.*, 2009, p. 595.

²²⁵ OLIVEIRA, Luiz Renato Pacheco Chaves de. Reflexões sobre os crimes tributários. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 86. p. 201. Set / 2010. p. 213.

²²⁶ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Op. cit.*, p. 445.

²²⁷ OLIVEIRA, Luiz Renato Pacheco Chaves de. *Op. cit.*, p. 213.

Nesse sentido, como não existia tipificação geral dos crimes contra a ordem tributária à época da promulgação do Código Penal de 1940, sendo que apenas o artigo 334 tratava do contrabando e descaminho em um mesmo tipo penal, verifica-se que naquela época, as condutas ofensoras da ordem tributária ou eram enquadradas como crimes contra a administração pública ou como estelionato ou falsidade. Foi somente com a edição da Lei 4.729/65 e posteriormente, com a Lei 8.137/90, que os crimes contra a ordem tributária passaram a ser regulados por uma legislação penal específica, embora ainda assim o legislador preferiu manter a tipificação do descaminho no artigo 334 do Código Penal.

Ressalta-se que a pena do descaminho, já mencionada nesse trabalho, é de um a quatro anos, enquanto a pena dos crimes contra a ordem tributária presentes na Lei 8.137/90 é de dois a cinco anos e multa, sendo esta a única diferença existente no tratamento desses delitos. Nota-se então, que a pena dos delitos crimes contra a ordem tributária é maior que a pena do descaminho. Logo, como a pena dos crimes presentes na lei é maior, pode-se subentender que são mais graves que o crime de descaminho. Porém, não constituem condutas iguais? Aliás, em razão do princípio da proteção da indústria nacional deveria ser justamente ao contrário, a conduta do descaminho teria de ser mais grave.

Nessa lógica, resta assim, demonstrado de forma indubitável que não devem existir diferenças no tratamento tanto do descaminho quanto dos crimes contra a ordem tributária²²⁸, por resguardarem o mesmo bem jurídico e ainda, constituírem tipos penais semelhantes.

²²⁸ O tratamento deve ser igual inclusive quanto às prerrogativas ligadas aos crimes previstos na Lei 8.137/90.

CAPÍTULO IV

APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE DESCAMINHO

4.1. Da Conveniência na sua aplicação

Sem sombra de dúvidas, o princípio da insignificância foi recepcionado harmoniosamente pela doutrina e jurisprudência, como princípio fundamental orientador do Direito Penal. Dessa maneira se estabeleceu, dado que o Direito Penal atual somente deve se preocupar com comportamentos que impliquem em ofensa relevante a um bem jurídico protegido pela lei penal, pois, como já explicitado neste, é dotado de um caráter fragmentário e subsidiário²²⁹, devendo deste modo, ocupar-se do essencial para a tutela do bem jurídico e abster-se de bagatelas.

De acordo com esse raciocínio, Alexandre Moreira esclarece:

Dessa forma, o quesito da fragmentariedade se apresenta ainda mais importante no Direito Penal: uma restrição tão radical da liberdade humana, bem jurídico de indiscutível valor, somente é cabível quando for efetivamente necessária para resguardar outros bens jurídicos, de igual ou maior relevância, como a própria liberdade, a vida e a propriedade.

No entanto, até mesmo esses bens jurídicos de grande valia não devem ser alvo da proteção penal se a lesão causada a esses for insignificante, como se verifica no exemplo tradicional do furto de uma maçã em um supermercado, onde a aplicação da pena e até mesmo do processo, demonstra uma gritante injustiça a qual afronta as mais simples noções humanas de proporcionalidade entre a conduta e a penalidade²³⁰.

Evidentemente, é necessário que haja devidos cuidados na aplicação prática desse princípio, para que não se constitua um estímulo à realização de delitos. Isto posto, de

²²⁹ No crime de descaminho, quando o pagamento do tributo é realizado, o fato já foi resolvido, aplicar, apesar disso, asanção penal, “seria medida sem função alguma”, a ignorar o princípio da subsidiariedade no direito penal, vez que a extinção do crédito com o pagamento do tributo não implica lesão ao erário, que é o principal bem jurídico tutelado pela norma. Se o contribuinte não recolhe o tributo legalmente constituído, após o transito em julgado da decisão condenatória administrativa, aí tem lugar a atuação do sistema penal, subsidiariamente ao Fisco. DOTTI, René Ariel, SCANDELARI, Gustavo Britta. *Op. cit.*, p. 401.

²³⁰ MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. A subsidiariedade como baliza para a insignificância. *Direito Net*, São Paulo. Disponível em: <<http://www.direito.net.com.br/br/artigos/x/19/05/1905/index.shtml>>. Acesso em: 8 de maio de 2016.

forma geral, a jurisprudência brasileira, assume uma posição absolutamente coerente de em cada caso particular.

Especificamente, no contexto do crime de descaminho²³¹, foco do presente estudo, apesar da qualificação penal do crime não avivar a rejeição social a fim de motivar a disposição em pretender a efetiva proteção penal, um fato é posto em observância: o valor mínimo exigido para que se conduza a uma execução fiscal.

Então, a objetividade jurídica do delito traduz-se na tutela do Estado em relação ao pagamento dos impostos originados na entrada ou na saída de mercadorias do país. Assim afirma Júlio Fabrinni Mirabete: “o objeto jurídico do crime é o erário público, prejudicado pela evasão de renda que resulta do descaminho”²³².

Vale ressaltar, as instruções de Cesare Beccaria, que a propósito torna evidente o desentusiasmo da sociedade sobre esses delitos:

“O contrabando é um crime real, que produz ofensa ao soberano e à nação, porém cujo castigo não deveria ser infamante, pois a opinião pública não liga qualquer infâmia a esse tipo de crime. (...) é que os crimes que os homens não têm como nocivos aos seus interesses não afetam o suficiente para provocar a indignação do povo. Assim é o contrabando”²³³.

Então, o princípio da insignificância, de modo geral, é admitido no crime de descaminho, funcionando também como fundamento para indagar a natureza jurídica do delito. O posicionamento amparado é no sentido de que, se o autor executa a conduta típica, mas não lesiona de forma relevante o bem jurídico tutelado, não ocorre a reprovação devido para se adentrar na esfera na tipicidade material.

Porém, antes de adentrar na acirrada problemática de sua aplicação ao crime de descaminho, é de suma importância discorrer acerca da atual fase da prática desse delito no Brasil.

4.2. A prática do descaminho no Brasil

²³¹ O descaminho deve ser restringido a um núcleo essencial, visando à realização efetiva da missão do direito penal, consistente na tutela dos bens jurídicos mais essenciais, decorrente de uma atuação subsidiária, como *ultima ratio*. RIBEIRO, Júlio Dalton. *Op. cit.*, p. 72.

²³² MIRABETE, Julio Fabrinni, Manual de Direito Penal, Parte Especial, v. 3, Atlas, 3ª ed., 1987, p. 352.

²³³ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 73.

A conduta tipificada no artigo 334 do Código Penal, por muitas vezes, foi alvo de reprovação pelos demais ordenamentos jurídicos, uma vez que desde os tempos do descobrimento do Brasil se constata uma certa preocupação relacionada a essa.

Nesta via, Maria Dometina Lima de Carvalho destaca:

“Desde a nossa formação econômica, o saque dos recursos naturais, a sabotagem aos meios de produção, a consciência nacional, longe de repudiá-las, mostra-se indiferente e, algumas vezes, até receptiva às ofensas dirigidas contra as normas reguladoras do comércio com o exterior. As nossas fronteiras, por seu turno, extensas e acidentadas, oferecem, ao tempo em que dificultam o policiamento, esconderijos e passagens ideais para os empresários e executores dos crimes em questão. O Brasil-Colônia assistiu ao saque do pau-brasil e depois do ouro; hoje são visados, além de minérios, produtos agrícolas, especificamente o café, burlando-se, ainda, quase impunemente, as medidas de proteção à indústria nacional”²³⁴.

No momento atual, o lugar em que a prática do descaminho tem ocorrido com maior frequência no Brasil, é na fronteira com o Paraguai, devido ao ultrapassado procedimento de fiscalização na alfândega.

Nesta circunstância, é oportuno aduzir que, por muitos anos os principais autores do descaminho eram pessoas de classes desfavorecidas, os chamados “sacoleiros”, que em favor de seu sustento, adquiriam mercadorias no Paraguai para uma posterior revenda no Brasil.

Contudo, por meio de uma pesquisa executada pela Receita Federal no ano de 2004, em Foz do Iguaçu, no Paraná, cidade que permite acesso à fronteira, descobriu-se uma modificação essencial no modo de operar esse procedimento. De fato, o crime organizado vem penetrando no controle do descaminho na fronteira entre o Brasil e o Paraguai.

Nesse sentido, interessante mencionar a notícia que em 2004, o Jornal Folha de São Paulo trouxe como destaque:

“Um dos indicativos dessa mudança do perfil do contrabando sacoleiro, feito por desempregados ou para complementar renda, para o crime organizado foi verificado pelo tipo de produto apreendido. Em relação a 2003, as apreensões de itens de informática cresceram 108%. De eletrônicos, 119%. A de brinquedos caiu 7%. O aumento na

²³⁴ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. Crimes de Contrabando e Descaminho. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 6.

apreensão de drogas e munição em ônibus de sacoleiros é outro sinal. Só na operação Cataratas, iniciada neste mês, foram apreendidos 950 quilos de maconha até a última sexta-feira. As apreensões de maconha eram raras há cinco anos. Os ônibus trazem também dólares em espécie do Paraguai. Na última semana foram apreendidos US\$ 70 mil em um posto da Receita. Mas a organização dos sacoleiros nos ônibus, a formação de comboios para impedir a fiscalização e a reação violenta, como no dia 20, quando cinco ônibus foram incendiados e um comboio de 280 ônibus escapou do posto da Receita em Medianeira (650 km a oeste de Curitiba), são dados "mais concretos" da ação do crime organizado”²³⁵.

Enfim, é claramente perceptível que tais acontecimentos em Foz do Iguaçu são preocupantes no tocante ao crime em estudo e, até o presente momento, irresolúveis. Neste ponto, Bianca Mazur esclarece:“(...) tendo em vista que a própria cidade tem como uma das principais fontes de subsistência essa espécie de criminalidade, eis que nas divisas daí provenientes está ancorada boa parte de sua economia - notadamente a ocupação de boa parte dos hotéis, utilização de táxis e vans que transportam as pessoas, comércio de alimentos e, principalmente, o fato de que se estima que há, na atualidade, cerca de sete mil brasileiros que residem em Foz do Iguaçu exercendo atividades laborativas no comércio de Ciudad Del Este, que é aquecido pelos sacoleiros e “laranjas”.

Diante disso, compreende-se que o descaminho está contraditoriamente entremeado no dia a dia da fronteira Brasil-Paraguai, cometido tanto por quadrilhas comandadas pelo crime organizado, fato que impõe uma severa fiscalização e real aplicação da lei penal, como também, por pessoas de bem, que movidas pelo desemprego se recorrem a esse meio para gerar o próprio sustento.

Então, a partir dessas práticas criminosas, percebe-se que tais condutas causam prejuízo de imediato ao erário público, surtindo reflexos na estrutura econômico-social do país, reduzindo o recolhimento de verbas destinadas ao investimento em diversos setores, tais como saúde, educação, prejudicando também, a indústria nacional e a criação de novos empregos.

Exposto isso, encarrega-se adiante, à análise dos elementos descriminalizantes da conduta que de maneira formal se adequa ao tipo penal do crime de descaminho, e no entanto, não

²³⁵MAZUR, Bianca de Freitas. Os tipos de contrabando e descaminho como capítulo do direito penal. Análise de seus aspectos, elementos e características. Curitiba: Dissertação apresentada a Universidade Federal do Paraná, 2005, p. 81.

será objeto de repressão no âmbito penal, e os demais parâmetros afixados para determinar tais elementos.

4.3. Aplicação da insignificância e o critério da execução fiscal

Muitos tribunais brasileiros, ainda que não apliquem de forma expressa o princípio da insignificância, admitem a irrelevância penal de determinados casos. Não muito raro, é possível deparar-se com sentenças absolutórias fundamentadas na política criminal e não em obediência aos critérios da insignificância.

Sobretudo, no que diz respeito à aplicação do princípio no delito de descaminho, os tribunais apresentam um entendimento solidificado no seguinte requisito: pelo fato da conduta ser admitida socialmente, algumas vezes, principalmente em decorrência dos altos índices de desemprego no Brasil, não acarretará lesão relevante no bem jurídico tutelado, que nesse caso é o erário, sendo assim, o valor do tributo iludido será considerado irrisório. Em razão de não haver um parâmetro mínimo fixado tanto pela legislação, quanto pela jurisprudência, a fim de determinar o *quantum* condiz esse valor irrisório, pega-se emprestado por analogia o valor definido pelo legislador como o mínimo para a Fazenda Pública ajuizar uma execução fiscal.

Nesta ocasião, o critério fundamental que direciona o reconhecimento da insignificância na esfera do direito penal tributário ou até no crime de descaminho (como também no âmbito das contribuições sociais, isto é, nos crimes previdenciários) se concentra no valor mínimo necessário para que se conduza ao ajuizamento da execução fiscal²³⁶.

Nesta via, até o ano de 2005, a jurisprudência brasileira adotava um determinado critério e a partir daí, sobreveio diversas alterações, que ainda hoje geram entendimentos divergentes entre os tribunais, como será exposto adiante. O parâmetro com base no valor afixado para o ajuizamento da execução fiscal é legítimo conforme a justificativa de que se o valor não importa ao fisco, e, como resultado, não importará também ajuizar a execução fiscal, e assim, não haverá então, o menor sentido a aplicação de uma sanção penal²³⁷.

²³⁶ STJ, REsp 573.398, rel. Min. Felix Fischer, Dj. 02.09.04.

²³⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.*, 2010, p. 118.

Desse modo, cabe analisar, a fim de evitar determinadas dúvidas e confusões, o parâmetro legítimo para aplicação do princípio da insignificância nos crimes tributários como o descaminho, o qual não é um critério geral ou cabível em todo o direito penal, aproveitável aos demais crimes. O descaminho, por ser um crime tributário bastante particular, demanda uma solução específica.

Diante disso, houve vários posicionamentos tanto da legislação, quanto dos tribunais, ao longo dos anos, sendo que a questão ainda hoje não é compreendida de forma unânime no ordenamento jurídico brasileiro, conforme se verifica ao longo do estudo da experiência jurisprudencial no Brasil.

CAPÍTULO V

A EXPERIÊNCIA JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA

5.1. Evolução do entendimento jurisprudencial sobre a aplicação do princípio da insignificância no descaminho

A aplicação do princípio da insignificância tanto ao crime de descaminho como também ao crime de contrabando, sofreu diversas alterações em relação ao entendimento jurisprudencial, sendo alvo de notável progresso ao longo dos anos. Em um certo período, eram utilizados como critério somente aspectos objetivos, como o valor, e em outro, servia como parâmetro, somente aspectos subjetivos, como a reincidência da ação.

Constata-se que nos anos anteriores a 1997, não existiam critérios estabelecidos para a aplicação do princípio ao antigo artigo 334 do Código Penal, estando disponíveis apenas julgados com suporte no salário mínimo vigente à época e também no limite máximo estabelecido para isenção fiscal posto ao retorno de viagens ao exterior²³⁸²³⁹.

²³⁸ O julgado seguinte expressa a inaplicabilidade do princípio da insignificância quando o valor das mercadorias apreendidas ultrapassa o valor estabelecido de um salário mínimo, parâmetro estabelecido à época: “EMENTA: PENAL. DESCAMINHO. PRINCIPIO DA INSIGNIFICANCIA. INAPLICABILIDADE. NÃO HA COMO SE APLICAR O PRINCIPIO DA INSIGNIFICANCIA QUANDO O VALOR DAS MERCADORIAS APREENDIDAS SUPERA, EM MUITO, UM SALARIO MINIMO, ALEM DE O COMPORTAMENTO DO REU REVELAR HABITUALIDADE NA PRATICA DO DELITO”. (BRASIL, 1995). Apelação Criminal nº 94.04.17502-1, Primeira Turma, Tribunal Regional Federal (4. Região), Relator: Ivo Tolomini, Julgado em 14/02/1995. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/citacao.php?doc=TRF400026215>. Acesso em 01 de junho de 2016.

²³⁹ O julgado adiante dispõe acerca da inaplicabilidade da insignificância quando o valor sonegado excede o limite estabelecido para isenção fiscal: “EMENTA: PROCESSO PENAL. RSE. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. QUOTA DE ISENÇÃO. PARÂMETRO ÚNICO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. EXCESSO EM VALOR IRRISÓRIO, CRIME DE BAGATELA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. 1. Para a tipificação do descaminho utiliza-se, por incidência do princípio da isonomia, um parâmetro único, qual seja, o limite de isenção fiscal fixado em U\$ 500,00 (quinhentos dólares), previsto inicialmente para viagens aéreas e marítimas, na forma da INT-23, pois o fato do agente viajar por via terrestre, lacustre ou fluvial não constitui fator determinante para qualificar a quota de isenção. 2. Aplica-se o princípio da insignificância quando a quota de isenção para importação de mercadorias é excedida em valor irrisório para ter relevância penal. 3. Caracterizado o delito de bagatela e a conseqüente atipicidade da conduta, mantém-se a decisão que rejeitou a denúncia”. (BRASIL, 1997a). Recurso em Sentido Estrito nº 97.04.28348-2, Primeira Turma, Tribunal Regional Federal (4. Região), Relator: Gilson LangaroDipp, Julgado em 16/09/1997a. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/citacao.php?doc=TRF400055541>>. Acesso em: 01 de junho de 2016.

Após esse período nos tribunais brasileiros, importante se faz analisar o brilhante raciocínio de Luiz Flávio Gomes, fez um breve relato histórico acerca da evolução jurisprudencial no período de 1997 a 2001, com base no artigo 1º da Lei 9.469 de 1997²⁴⁰, onde afirma que a jurisprudência utilizou como critério a soma dos tributos devidos e não pagos, somando-se até mesmo as multas, devendo totalizar até o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais). Dessa maneira, não obtendo essa soma, o princípio deveria ser aplicado, sendo que essa era a quantia mínima estabelecida para a Fazenda Pública ajuizar execuções fiscais, constituindo então, a primeira regra empregada nas decisões. Ainda, não tinham sido apontados os critérios objetivos do crime ou subjetivos do agente²⁴¹. Expõe-se abaixo um julgado do referido período:

“EMENTA: CRIMINAL. DESCAMINHO E CONTRABANDO. DENÚNCIA REJEITADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 1. O crime tem que ser previsto em lei. O temperamento será de sua aplicação ao caso concreto, havendo hipóteses em que o desinteresse estatal à arrecadação constituirá indicador evidente de que a conduta não apresenta a danosidade inerente à justificativa da incriminação. 2. Se a quantia de R\$ 1.000,00 é o limite que o erário considera como dispensável da ação estatal para realização do crédito fiscal, com mais razão deverá ser o limite que se presumirá como dano sociável reprimível, importando a tutela realizada pela norma penal. Abaixo desse valor, dano inexistente e, portanto, se imporá a descriminalização da espécie. 3. O contrabando de pequena quantidade de caixas de cigarros também não acarreta grave prejuízo à economia da sociedade. 4. Manutenção da decisão que rejeitou denúncia por descaminho e por contrabando, com base no princípio da insignificância. 5. Apelação improvida”. (BRASIL, 1999b.)²⁴².

O antigo artigo 1º da Lei 9.469 de 1997 previa:

²⁴⁰ Dispunha o art. 1º da lei 9.469/97: “O Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, das fundações e das empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), a não-propositura de ações e a não-interposição de recursos, assim como requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos, atualizados, de valor igual ou inferior a R\$1.000,00 (mil reais), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou oponentes, nas condições aqui estabelecidas”.

²⁴¹ GOMES, Luiz Flávio. Crimes tributários e previdenciários: até 20 mil, insignificância. Atualidades do Direito, 27 de março de 2012. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2012/03/27/crimes-tributarios-e-previdenciarios-ate-r20-mil-insignificancia/>, p. 108, acesso em: 01 de junho de 2016.

²⁴² Apelação Criminal nº 97.04.67743-0, Turma de Férias, Tribunal Regional Federal (4. Região), Relator: Fábio Bittencourt da Rosa, Julgado em 27/01/1999b. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/citacao.php?doc=TRF400067713>>. Acesso em: 01 de junho de 2016.

“Art. 1º O Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, das fundações e das empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), a não-propositura de ações e a não-interposição de recursos, assim como requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos, atualizados, de valor igual ou inferior a R\$1.000,00 (mil reais), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou oponentes, nas condições aqui estabelecidas”.

Contudo, com o advento da lei 10.522 de 2002, ocorreu uma modificação no parâmetro estabelecido, vindo a ser considerado pelos julgadores a quantia de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais). De acordo com Luiz Flávio Gomes, esse valor foi utilizado como padrão nos anos de 2002, 2003 e no início de 2004²⁴³.

Em outras palavras, explica-se que anteriormente, sob a égide da Lei 10.522 de 2002, os tribunais brasileiros em geral, utilizavam-se desse valor estabelecido como referência para determinar a quantia que seria considerada como irrelevante no tocante aos tributos não arrecadados, oriundos da importação ilegal de mercadorias.

Deste modo, todos os processos cujo valor do tributo cobrado fosse de até R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) eram, obrigatoriamente, arquivados²⁴⁴. Isso porque não interessava à União resgatar tal quantia, uma vez que a movimentação dos órgãos judiciais

²⁴³ GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.*, 2010, p. 109.

²⁴⁴ Confirmando o entendimento, seguem as antigas decisões proferidas pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região: “Pacificou-se a jurisprudência desta Primeira Turma no sentido de que somente deve ser aplicado o princípio da insignificância, nos casos de descaminho de mercadorias, quando o comprometimento que resulta ao erário público pela falta de pagamento dos devidos não exceder a R\$ 2.500,00 (MP 1.973-63, de 29-6- 2000).

“DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA JURÍDICA. O princípio da insignificância jurídica é aquele que permite infirmar a tipicidade de fatos que, por sua inexpressividade, constituem ações de bagatela, despidas de reprovabilidade, de modo a não merecerem valoração da norma penal, exurgindo, pois, como irrelevantes. A tais ações falta juízo de censura penal. Nos casos dos crimes de contrabando e descaminho – art. 334, do Código Penal -, quando pequena a quantidade de mercadorias apreendidas e pequeno o seu valor, esta Turma os têm considerado como delitos de bagatela. Assim o faz em analogia à jurisdição cível, considerando que o Fisco tem adotado o montante de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) como parâmetro mínimo a ensejar a persecução em juízo dos valores a ele devidos. Se, manifestamente, o erário admite que não há interesse em cobrar judicialmente valores devidos até R\$ 2.500,00 (art. 20 da Medida Provisória n.º 1973-67, publicada no DOU de 27.10.2000) é porque efetivamente a existência de débitos próximos deste patamar não chega a comprometer o bem jurídico tutelado” (TRF 4ª Região – Apelação Criminal n. 2000.04.01.116511-0 / PR. Relator: Juiz Darós, j. 15.2.2001, v.u., Seção 2, de 25.4.2001).

para receber, custaria valor superior ao da própria dívida, não provocando então, interesse no Estado em perseguir criminalmente o agente da conduta.

Nesse sentido, as condutas tipificadas como descaminho com o valor abaixo do estabelecido no artigo 20 dessa lei, eram consideradas insignificantes para o Direito Penal, já que este não deve dar importância a comportamentos os quais ao menos oferecem preocupação à principal interessada, isto é, a Administração Pública, conforme demonstra a jurisprudência abaixo:

“EMENTA: PENAL. DESCAMINHO. ART. 334, CAPUT, DO CP. CÁLCULO DO MONTANTE DOS TRIBUTOS INFORMADO PELA RECEITA FEDERAL. IDONEIDADE. DESNECESSIDADE DE PERÍCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. 1. Quem introduz em território pátrio mercadoria de procedência estrangeira sem o recolhimento dos impostos incidentes pratica o delito capitulado no art. 334, caput, segunda figura, do Código Penal. 2. O cálculo do montante dos tributos devidos pode ser realizado pela Receita Federal, sem a necessidade de laudo merceológico ou de perícia, quando se tratar de mercadorias cuja base de cálculo e alíquotas sejam perfeitamente conhecidas e não haja dúvida quanto à quantidade efetivamente apreendida. 3. Inaplicável, *in casu*, o princípio da insignificância, vez que o valor dos tributos devidos ultrapassa a quantia de R\$ 2.500,00 (art. 20 da MP 2176-79/2001, convertida na Lei nº 10.522/02), limite tolerado por esta Corte para fins de aplicação do princípio da singeleza”. (BRASIL, 2003)²⁴⁵.

Constava no referido artigo 20²⁴⁶ o procedimento de arquivamento de execuções fiscais, sendo que era para aquelas cujo valor fosse igual ou inferior a R\$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) haveria a obrigatoriedade de arquivamento.

Nesse ínterim, afirmou Luiz Flávio Gomes:

“Ora, o raciocínio seguido pelos juízes é simples: o Governo entende que não vale a pena executar débitos de até R\$ 2.500,00 porque não compensa para o erário público; com

²⁴⁵ Apelação Criminal nº 2001.71.04.003552-6, Oitava Turma, Tribunal Regional Federal (4. Região), Relator: Paulo Afonso Brum Vaz, Julgado em 29/10/2003. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/citacao.php?doc=TRF400091386>>. Acesso em: 03 de junho de 2016.

²⁴⁶ Dispunha o Artigo 20: “Serão arquivados, sem baixa na distribuição, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 2.500,00”.

maior razão então esses débitos não podem ter relevância penal. O que é insignificante para fins fiscais, não pode ser relevante para fins penais”²⁴⁷, reafirmando a ideia de que o que não é relevante ao principal interessado que é a Administração Pública, também não será para o Direito Penal²⁴⁸.

E então, o STJ passou a proferir decisões condizentes com a alteração, fundamentando conforme o novo parâmetro estabelecido:

“HABEAS CORPUS. DESCAMINHO (ART. 334, CAPUT, SEGUNDA FIGURA, DO CÓDIGO PENAL). PRINCÍPIO DA BAGATELA OU DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO, IN CASU. "I – Essa Eg. Corte havia consolidado entendimento no sentido de aplicar o princípio da insignificância para possibilitar o trancamento da ação penal no crime de descaminho de bens, cujos impostos incidentes e devidos fossem iguais ou inferiores a R\$ 1.000,00, valor considerado pelos arts. 1.º da Lei n.º 9.469/97 e 20 da MP 1.542-28/97 como de desinteresse do erário em execução fiscal. Precedentes. II – Nada obstante, com a entrada em vigor da Lei 10.522, de 19 de julho de 2002, o legislador posicionou-se no sentido de certificar a insignificância de créditos de valor igual ou inferior a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais). Precedentes. III – *In casu*, o tributo devido pelo paciente foi avaliado em R\$ 1.372,27, montante inferior ao determinado pela lei e pela jurisprudência como lesivo aos cofres públicos, fato a possibilitar a incidência do princípio da insignificância. Isso porque, a conduta imputada na peça acusatória não chegou a lesar o bem jurídico tutelado, qual seja, a Administração Pública em seu interesse fiscal. IV – Acórdão a quo que deve ser cassado, restabelecendo-se a decisão que não

²⁴⁷ GOMES, Luiz Flavio. Descaminho e princípio da insignificância: leito de procusto de R\$ 100,00 ou R\$ 10.000,00? Disponível em: <http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1433467/descaminho-e-principio-da-insignificancia-leito-de-procusto-de-r-100-00-ou-r-10000-00>. Acesso em 03 de junho de 2016.

²⁴⁸ Em harmonia com essa aceção, há o apontamento de Gonçalves Neto: “A solução, para que tal incongruência deixe de existir só pode ser a aplicação do princípio em estudo, pois o Estado, ao deixar de exercer seu direito de buscar valores relacionados com a tributação, até certa quantia, renunciou, implicitamente, ao seu direito de utilizar a máquina estatal para a concretização do jus puniendi, quando se tratar daquela quantia limitada pela lei. Apesar do princípio da insignificância penal não ser expressamente previsto em nosso direito positivo, ele pode ser perfeitamente aplicado se baseado no princípio da razoabilidade (ou proporcionalidade). GONÇALVES NETO, Laerte Vieira. O crime de descaminho e o princípio da insignificância. Boletim dos Procuradores da República. Disponível em: <<http://www.anpr.org.br/boletim/boletim29/crime.htm>>. Acesso em 03 de junho de 2016.

recebeu a denúncia, ante a aplicação do princípio da insignificância penal." Habeas Corpus concedido". (BRASIL, 2004c)²⁴⁹.

Não obstante, no ano de 2003 houve uma inovação sobre o assunto, a partir de uma decisão do Desembargador Luiz Fernando Wowk Penteado, onde ele ressalta a necessidade de reconhecer os elementos subjetivos do agente, o que no caso concreto, refere-se à reincidência em um crime da mesma natureza:

“EMENTA: PENAL. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REITERAÇÃO DA CONDUTA. 1. O reconhecimento do ilícito de bagatela, no crime de descaminho, pressupõe não só a análise do valor do tributo incidente sobre as mercadorias apreendidas, mas de aspectos subjetivos do agente. 2. Não se mostra compatível com o princípio da insignificância a verificação de que o acusado possui antecedentes em crimes da mesma natureza, denotando grau de profissionalismo e habitualidade na conduta delituosa. 3. Recurso em sentido estrito provido”. (BRASIL, 2003b)²⁵⁰.

Ademais, no dia 01 de abril de 2004, entrou em vigor a Portaria 49, do Ministério da Fazenda e então, surgiram novas discussões a respeito dos valores que funcionariam como padrão para decisões posteriores. Tal valor foi expresso no artigo 1º, inciso II, da Portaria, sendo que o Ministro da Fazenda autorizava “o não ajuizamento das execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais)”.

Até o ano de 2004, ainda não existia nenhum julgado na esfera dos tribunais recursais, quando no dia 21 de dezembro de 2004, foi então promulgada a lei 11.033 de 2004, a qual acentuou em seu artigo 20²⁵¹, a obrigação de arquivar execuções fiscais de débitos²⁵² com

²⁴⁹ Habeas Corpus nº 34.281, Quinta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: José Arnaldo da Fonseca, Julgado em 08/06/2004c. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1274846&sReg=200400353448&sData=20040809&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 03de junho de 2016.

²⁵⁰ Recurso em Sentido Estrito nº 2003.71.05.001323-8, Oitava Turma, Tribunal Regional Federal (4. Região), Relator: Luiz Fernando Wowk Penteado, Julgado em 02/07/2003b. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/citacao.php?doc=TRF400097405>>. Acesso em: 04de junho de 2016.

²⁵¹ Dispõe o artigo 20 da Lei 11.033 de 2004: “Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais)”.

valor igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais)²⁵³. Assim sendo, somente seriam ajuizadas execuções fiscais de valor superior a referida quantia.

O autor Luiz Flávio Gomes, mais uma vez, foi um dos primeiros juristas a se posicionar em relação à referida alteração, trazendo a pertinente idéia do não ajuizamento de ações penais pelos órgãos competentes:

“Ora, se esse último valor não é relevante para fins fiscais, com muito maior razão não será para fins penais. Débitos fiscais com a Fazenda Pública da União até R\$ 10.000,00, em suma, devem ser considerados penalmente irrelevantes. Se sequer é o caso de execução fiscal, com maior razão não deve ter incidência o Direito penal”²⁵⁴.

Corroborando o entendimento, o STJ então acolheu o novo padrão, embora ainda não houvesse decisões incontestáveis sobre o tema:

“RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. INSIGNIFICÂNCIA. ART. 20 DA LEI 10522/02, COM ALTERAÇÃO DA LEI N.º 11.033/04. Segundo a melhor orientação desta Corte, a dívida sobrevinda do descaminho, cujo valor encontra-se no limite estatuído pelo art. 20, da Lei 10.522/02, com alteração da Lei 11.033/04, impede a condução da ação penal, porquanto compreende a falta de lesividade aos cofres públicos em ordem a deflagrar a *persecutio criminis*. Recurso não conhecido”. (BRASIL, 2005a)²⁵⁵.

Nesse período, não surgiram decisões acerca do tema no STF, evidenciando o escasso ou quase inexistente, litígio sobre a incidência do princípio da insignificância incidente nos crimes de contrabando e descaminho.

De fato, no âmbito do STF só havia sido determinado os quatro requisitos estabelecidos para aplicação da insignificância no HC n. 84412, já mencionados no início do estudo: a) mínima ofensividade da conduta do agente, b) nenhuma periculosidade social da ação, c)

²⁵² Tais débitos dizem respeito ao valor dos tributos devidos sobre mercadorias obtidas de forma ilegal. Ou seja, o valor R\$10.000,00 é referente não ao valor da mercadoria, mas ao valor dos tributos incidentes sobre ela.

²⁵³ GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.*, 2010, p. 109.

²⁵⁴ GOMES, Luiz Flávio. O princípio da insignificância no âmbito federal: débitos até R\$ 10.000,00. Porto Alegre: Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, v. 5, n.30, fev/mar. 2005, p. 14.

²⁵⁵ Recurso Especial nº 675.989, Quinta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: José Arnaldo da Fonseca, Julgado em 03/02/2005a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1629378&sReg=200401179901&sData=20050321&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 04 de junho de 2016.

baixíssimo grau de reprovabilidade da conduta e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Apesar do advento da lei 11.033/2004 e dos posicionamentos, mesmo que escassos dos tribunais superiores acerca da referida quantia para o ajuizamento da execução fiscal, o TRF da 4ª Região ainda resistiu ao reconhecimento do valor de R\$10.000,00 (dez mil reais) para a incidência do princípio, por compreender que o antigo valor de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) era a quantia que deveria prevalecer para o crime de descaminho.

Em um julgado, o então ministro Tadaaqui Hirose, atuando como relator, afirmou que o valor mencionado no artigo 20 da Lei 10.522, era satisfatória para a aplicação do princípio da insignificância, haja vista que grande parte dos casos de ocorrência do descaminho se relacionava a itens de pequeno valor. Embora o ministro considerasse a quantia no caso em questão ser inferior àquela que reconhecia ser plausível, não aplicou o princípio da insignificância devido ao fato do acusado ser reincidente, a fim de evitar e não estimular a prática de outras condutas semelhantes²⁵⁶.

Apesar do Superior Tribunal de Justiça ter sido favorável a modificação implementada pela lei 11.033 de 2004, mesmo separadamente, tal posicionamento não permaneceu por muito tempo. Nesse sentido, houve uma retaliação por parte do Ministro Félix Fischer, conforme menciona Luiz Flávio Gomes, se opondo à aplicação do benefício da insignificância com base na quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

No julgamento do REsp de número 685.135-PR, no dia 15 de março de 2005, o ministro reputou ser coadunável para a aplicação da insignificância somente o valor de R\$ 100,00 (cem reais), trazendo assim, uma inovação referente ao tema. O julgador orientou sua

²⁵⁶“EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. ART. 334, CAPUT, DO CP. DESCAMINHO. MERCADORIAS DE PEQUENO VALOR. LEI Nº 10.522/2002. NOVA REDAÇÃO DO ART. 20. AUTONOMIA ENTRE ESFERA PENAL E FISCAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REITERAÇÃO DA CONDUTA. 1. A nova redação do art. 20 da Lei nº 10.522/2002, conferida pela Lei nº 11.033, de 21.12.2004, elevando o valor de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) para R\$ 10.000,00 (dez mil reais) não tem aplicação imediata para fins penais em razão da autonomia existente entre a esfera penal e a esfera fiscal. 2. No crime de descaminho a quantia de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) revela-se suficiente para caracterizar a insignificância penal, por tratar-se de um delito que envolve mercadorias de pequeno valor, sob pena de incentivo à prática da infração. 3. Ainda que o montante dos tributos devidos seja inferior a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), existindo elementos que indiquem a reiteração da conduta delituosa não se aplica o princípio destipificante”. (BRASIL, 2005b). Apelação Criminal nº 2001.70.02.002502-1, Sétima Turma, Tribunal Regional Federal (4. Região), Relator: Tadaaqui Hirose, Julgado em 12/04/2005b. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/citacao.php?doc=TRF400106205>>. Acesso em 04 junho de 2016.

decisão com base no artigo 18, § 1º, da Lei 10.522 de 2002²⁵⁷, pois esse dispositivo determinava o cancelamento de créditos fiscais inferiores a essa quantia, não sendo favorável, portanto, à quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Para Luiz Flávio Gomes, o Ministro acabou trazendo à tona o chamado “leito de Procusto”²⁵⁸. Esse posicionamento, de acordo com o jurista, seria impertinente e sem fundamento, pois o crédito tributário quando cancelado, desapareceria por si só, sendo incapaz de gerar efeitos e, tampouco, dar causa a uma ação penal.

Porém, a jurisprudência brasileira se valeu desse entendimento até o ano de 2007²⁵⁹. Adiante, se verifica o julgamento que deu origem a essa concepção:

“PENAL. RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. DÉBITO FISCAL. ARTIGO 20, CAPUT, DA LEI Nº 10.522/2002. PATAMAR ESTABELECIDO PARA O AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE EXECUÇÃO DA DÍVIDA ATIVA OU ARQUIVAMENTO SEM BAIXA NA DISTRIBUIÇÃO. ART. 18, § 1º, DA LEI Nº 10.522/2002. CANCELAMENTO DO CRÉDITO FISCAL. MATÉRIA PENALMENTE IRRELEVANTE. I - A lesividade da conduta, no delito de descaminho, deve ser tomada em relação ao valor do tributo incidente sobre as mercadorias apreendidas. II - O art. 20, caput, da Lei nº 10.522/2002 se refere ao ajuizamento da ação de execução ou

²⁵⁷ Dispõe o art. 18: “Ficam dispensados a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição como Dívida Ativa da União, o ajuizamento da respectiva execução fiscal, bem assim cancelados o lançamento e a inscrição, relativamente:

§ 1º Ficam cancelados os débitos inscritos em Dívida Ativa da União, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 100,00 (cem reais)”.

²⁵⁸ Ditado da mitologia grega, com o seguinte enunciado: “aceitava hóspede em seu leito, com uma condição: se fosse menor que sua cama espichava-lhe os pés, se fosse maior cortava-lhe a perna”. O personagem Procusto, da história do herói Teseu, foi um ladrão que assolou a Grécia Antiga. O sádico *Damastes* ou *Polipêmon*, como também era chamado Procusto, hospedava viajantes em sua casa, situada na serra de Elêusis entre Trezena e Atenas, local onde articulava singular procedimento com seus hóspedes: deitava-os em uma cama de ferro que dispunha serrando os pés daqueles que excedessem o tamanho do leito bem como distendendo violentamente as pernas dos que não preenchessem todo o comprimento da cama. Todos acabavam vítimas. A metáfora via hermenêutica filosófica foi trabalhada por Ricardo Menna Barreto. O personagem Procusto, embora impregnado pelo simbolismo das histórias mitológicas, guarda relação direta com a discricionariedade na tomada de decisão judicial. O gesto simbólico de serrar ou estirar o hóspede de acordo com o tamanho da cama representa nada mais do que o protagonismo individualista – solipsismo – em desconformidade com a autonomia do Direito, como sempre diz Lenio Streck. Pode ser a materialização do jeitinho, do egoísmo, da intolerância e da intransigência da maioria dos julgadores diante das opiniões e posicionamentos alheios, fazendo prevalecer o modelo “atitudinal” de decisão, ou seja, em que o “jurídico” e o “estratégico” são subvertidos em nome da “vontade” do juiz. Como resultado desta tirania intelectual, o “leito de Procusto” nas decisões judiciais pode ser expresso como a “síndrome de Procusto”, consequência, principalmente do chamado solipsismo judicial movido pelo “jeitinho hermenêutico”. Disponível em: <http://emporiiodireito.com.br/quando-o-juiz-pensa-esse-cara-sou-eu-e-se-vale-do-jeitinho-de-procusto-por-alexandre-morais-da-rosa-e-gisele-tobler/>, acesso em 05 de junho de 2016.

²⁵⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.*, 1995, p. 109-110.

arquivamento sem baixa na distribuição, não ocorrendo, pois, a extinção do crédito, daí não se pode invocar tal dispositivo normativo para regular o valor do débito caracterizador de matéria penalmente irrelevante. III – *In casu*, o valor do tributo incidente sobre as mercadorias apreendidas é superior ao patamar estabelecido no dispositivo legal que determina a extinção dos créditos fiscais (art. 18, § 1º, da Lei nº 10.522/2002), logo, não se trata de hipótese de desinteresse penal específico. Recurso provido”. (BRASIL, 2005c)²⁶⁰. Apesar do STJ prosseguir com o entendimento baseado no art. 18 da referida lei, o mesmo não sucedeu com os outros tribunais, os quais ignoraram o julgado. Um deles foi o TRF da 4ª Região, que até o fim de 2006 ainda considerava o valor de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) para a aplicação do princípio.

No entanto, em meados de 2007, novamente surgiram divergências em relação ao valor, sendo que alguns Ministros entraram em acordo com a posição do STJ considerando apenas a quantia de R\$ 100,00 (cem reais) e outros, mantiveram o entendimento anterior. Essas contradições ocorriam inclusive dentro da mesma turma conforme se constata nas seguintes decisões:

“EMENTA: PENAL. DESCAMINHO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. REQUISITO OBJETIVO ATENDIDO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ANTECEDENTES NA CONDUTA. APLICABILIDADE. 1. De acordo com a orientação adotada pela 4ª Seção desta Corte, aplica-se o princípio da insignificância quando o valor do tributo iludido não exceder a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais). 2. Para o reconhecimento do crime de bagatela, deve se considerar tão-somente o valor da afetação ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora, apresentando-se irrelevantes circunstâncias de caráter eminentemente subjetivo, especialmente àquelas relacionadas à vida pregressa e ao comportamento social do agente. Precedentes do STF, STJ e 4ª Seção do TRF4R”. (BRASIL, 2007)²⁶¹.

“EMENTA: PENAL. ART. 334 DO CP. CONTRABANDO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 1. Quando o dano resultante da

²⁶⁰ Recurso Especial nº 685.135, Quinta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Felix Fischer, Julgado em 15/03/2005c. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1674889&sReg=200400635817&sData=20050502&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em 05 de junho de 2016.

²⁶¹ Recurso em Sentido Estrito nº 2007.71.17.000745-4, Oitava Turma, Tribunal Regional Federal (4. Região), Relator: Paulo Afonso Brum Vaz, Julgado em 27/06/2007. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/citacao.php?doc=TRF401556244>>. Acesso em 05 de junho de 2016.

infração não causa impacto no objeto material do tipo penal, em razão da pequena quantidade de produtos apreendidos e seu diminuto valor, o contrabando também pode ser considerado delito de bagatela, porquanto deve ser dado tratamento uniforme a quem introduz mercadoria proibida de pequena importância e àquele que interna bem sonegando tributos de pouca expressividade, uma vez que se trata de 66 infrações similares, de modo a tornar-se inócua, nesse ponto, a distinção entre as duas espécies delitivas. Precedentes. 2. *In casu*, considerando o quantum dos tributos sonegados (R\$ 63,85) e o limite instituído no art. 18 § 1º da Lei 10.522/2002 mostra-se aplicável o referido instituto”. (BRASIL, 2007a)²⁶².

Quanto ao STF, apesar de não ter feito tantos discursos sobre o tema, trouxe no ano de 2007, apenas uma decisão proferida pelo Relator Ministro Menezes Brito, a qual desassocia da aplicação do princípio qualquer preceito ligado à conduta do réu (critério subjetivo). Assim, afirma que o fato do réu ser reincidente no delito, não é uma justificativa plausível para impedir a aplicação da insignificância²⁶³.

Da mesma forma, o TRF manteve o posicionamento, também rejeitando qualquer preceito relacionado à conduta do réu, afirmando que embora haja uma certa negatividade na reincidência do comportamento, isso não obsta a aplicação do princípio²⁶⁴.

²⁶² Recurso em Sentido Estrito nº 2007.71.17.000754-5, Oitava Turma, Tribunal Regional Federal (4. Região), Relator: Élcio Pinheiro de Castro, Julgado em 28/06/2007a. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/citacao.php?doc=TRF401556246>>. Acesso em 05 de junho de 2016..

²⁶³ “EMENTA: Recurso extraordinário em matéria criminal. Ausência de prequestionamento. Princípio da insignificância. Habeas corpus de ofício. 1. Não se admite o recurso extraordinário quando a questão constitucional cuja ofensa se alega não foi expressamente debatida no Tribunal de origem. Incidência das Súmulas nº 282 e 356/STF. 2. Nos termos da jurisprudência da Corte Suprema, o princípio da insignificância é reconhecido, sendo capaz de tornar atípico o fato denunciado, não sendo adequado considerar circunstâncias alheias às do delito para afastá-lo. 3. No cenário dos autos, não parece razoável concluir, com base em dois episódios, que o réu faça da prática do descaminho o seu modo de vida. 4. Habeas corpus concedido de ofício para cassar o título judicial condenatório formado contra o réu”. (BRASIL, 2007b). Recurso Especial nº 550.761, Primeira Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator: Menezes Brito, Julgado em 27/11/2007b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000004437&base=baseAcordaos>>. Acesso em 05 de junho de 2016.

²⁶⁴ “EMENTA: PENAL. DESCAMINHO. TÍPICIDADE. IMPLEMENTAÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - INAPLICABILIDADE. 1. Em delitos de descaminho, aplica-se o princípio da insignificância quando os tributos iludidos não excedem a cifra de R\$ 2.500,00 (dois mil quinhentos reais), ínsita na faixa de valores em relação aos quais o Estado manifesta desinteresse na promoção de sua realização por cobrança em via judicial. 2. A incidência do princípio da insignificância é aferida apenas em função de aspectos objetivos, relativos à infração cometida, e não em função de circunstâncias subjetivas, as quais não obstam a sua aplicação. 3. Precedente TRF4R (ERCCR 2006.70.05.002967-1/PR, Quarta Seção)”. (BRASIL, 2007c). Recurso em Sentido Estrito nº 2007.70.02.002762-7, Sétima Turma, Tribunal Regional Federal (4. Região), Relator: Amaury Chaves de Athayde, Julgado em 18/12/2007c. Disponível em:

Posteriormente, A Ministra Carmen Lúcia do Supremo Tribunal Federal, no HC 92.740, onde atuou como relatora, admitiu o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Sobretudo, essa aceitação fora de maneira implícita, não existindo qualquer menção a respeito na decisão proferida e, por consequência, não houve adeptos.

Já no ano de 2008, o Ministro Joaquim Barbosa, atuando como relator em outra decisão, compreendeu que, devido ao artigo 21 da Lei 11.033 de 2004, a quantia a ser observada como parâmetro também seria R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Segue a decisão:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. DESCAMINHO. MONTANTE DOS IMPOSTOS NÃO PAGOS. DISPENSA LEGAL DE COBRANÇA EM AUTOS DE EXECUÇÃO FISCAL. LEI N° 10.522/02, ART. 20. IRRELEVÂNCIA ADMINISTRATIVA DA CONDUTA. INOBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS QUE REGEM O DIREITO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ORDEM CONCEDIDA. 1. De acordo com o artigo 20 da Lei n° 10.522/02, na redação dada pela Lei n° 11.033/04, os autos das execuções fiscais de débitos inferiores a dez mil reais serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, em ato administrativo vinculado, regido pelo princípio da legalidade. 2. O montante de impostos supostamente devido pelo paciente é inferior ao mínimo legalmente estabelecido para a execução fiscal, não constando da denúncia a referência a outros débitos em seu desfavor, em possível continuidade delitiva. 3. Ausência, na hipótese, de justa causa para a ação penal, pois uma conduta administrativamente irrelevante não pode ter relevância criminal. Princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade, da necessidade e da intervenção mínima que regem o Direito Penal. Inexistência de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado. 4. O afastamento, pelo órgão fracionário do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, da incidência de norma prevista em lei federal aplicável à hipótese concreta, com base no art. 37 da Constituição da República, viola a cláusula de reserva de plenário. Súmula Vinculante n° 10 do Supremo Tribunal Federal. 5. Ordem concedida, para determinar o trancamento da ação penal”. (BRASIL. 2008a)²⁶⁵.

<<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/citacao.php?doc=TRF401661828>>. Acesso em 05 de junho de 2013.

²⁶⁵ Habeas Corpus n° 92.438, Segunda Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator: Joaquim Barbosa, Julgado em 19/08/2008a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000086680&base=baseAcordaos>>. Acesso em 06 de junho de 2016.

Sucedeu então, nos julgamentos subsequentes, a nível do STF, como também de outros tribunais, exceto em um deles, uma certa harmonização em relação à forma de se compreender o princípio da insignificância, afastando-se do parâmetro obsoleto utilizado anteriormente e adequando-se a nova realidade, admitindo-se a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) como referência à aplicação do benefício, diminuindo dessa forma, as controversas sobre o tema. Isso se torna evidente, com a decisão a seguir:

HABEAS CORPUS PREVENTIVO. DESCAMINHO. ATIPICIDADE MATERIAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSTO ILUDIDO (R\$ 4.410,00) INFERIOR AO VALOR ESTABELECIDO PELA LEI 11.033/04 PARA EXECUÇÃO FISCAL (R\$ 10.000,00). CONDUTA IRRELEVANTE AO DIREITO ADMINISTRATIVO, QUE NÃO PODE SER ALCANÇADA PELO DIREITO PENAL. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. NOVO ENTENDIMENTO DO STF. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA, PORÉM, PARA DETERMINAR O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR FALTA DE JUSTA CAUSA. 1. De acordo com o entendimento recentemente firmado pelo STF, aplica-se o princípio da insignificância à conduta prevista no art. 334, caput, do CPB (descaminho), caso a ilusão de impostos seja igual ou inferior ao valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), estabelecido pelo art. 20, caput, da Lei 10.522/2002, alterado pela Lei 11.033/2004, para a baixa na distribuição e arquivamento de execução fiscal pela Fazenda Pública. HC 92.438/PR, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJU 29.08.08, HC 95.749/PR, Rel. Min. EROS GRAU, DJU 07-11-2008 e RE 536.486/RS, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJU 19-09-2008. 2. Segundo o posicionamento externado pela Corte Suprema, cuidando-se de crime que tutela o interesse moral e patrimonial da Administração Pública, a conduta por ela considerada irrelevante não deve ser abarcada pelo Direito Penal, que se rege pelos princípios da subsidiariedade, intervenção mínima e fragmentariedade. 3. Parecer do MPF pela denegação da ordem. 68 4. Ordem concedida, para determinar o trancamento da Ação Penal. (BRASIL, 2008b, grifo nosso).²⁶⁶

²⁶⁶ Habeas Corpus nº 116.293, Quinta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Napoleão Nunes Maia Filho, Julgado em 18/12/2008b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=4666784&sReg=200802105994&sData=20090309&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em 06 de junho de 2016.

Apesar de vários Ministros terem se aderido ao novo entendimento e também outros tribunais, o Ministro Felix Fischer manteve-se inerte em sua opinião. E conforme afirma Luiz Flávio Gomes, tal entendimento deixou de ser utilizado como fundamento para novos julgamentos:

Em decorrência desses julgados do STF, o “leito de Procusto” do Min. Felix Fischer iniciou a desmoronar-se pois, ele quase isoladamente, continuou a admitir só o valor de R\$ 100,00, mantendo ainda aquela concepção obsoleta, abstendo-se de atualizar seu entendimento²⁶⁷.

Dessa forma, verifica-se que o entendimento do Ministro que defende o reconhecimento do princípio somente quando o valor total do crédito tributário não ultrapasse R\$ 100,00 (cem reais), se tornou, evidentemente, defasado e passou a ter cada vez mais menos seguidores.

Após uma revisão de sua teoria, de que ocorreria o cancelamento dos créditos fiscais para esse valor, constatou-se que essa era equivocada e não havia qualquer embasamento legal que a mantivesse. Se apenas fosse alcançada essa quantia na esfera administrativa, haveria a extinção do débito instantaneamente, sendo, portanto, uma questão de lógica. Isso não quer dizer que a quantia é insignificante, pelo contrário, em determinados julgados de furto, por exemplo, não foi concedido o benefício da insignificância, mas por não existir uma justificativa pertinente.

Por fim, em 2009, a fim de uniformizar as posições jurisprudenciais e impedir demasiados recursos interpostos ao STF devido à polêmica em torno do tema, foi logo o Ministro Felix Fleischer que resolveu então pôr fim à questão no STJ, admitindo a aplicação do princípio para as condutas que não ultrapassassem o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais)²⁶⁸.

²⁶⁷ Trecho do REsp 992.758-PR, j. 16.12.2008: “(...) Como se vê, na atualidade, o que vale é o valor de R\$ 10.000 para efeito da incidência do princípio da insignificância. O “leito de Procusto” do Min. Felix Fischer está (corretamente) deixando de ser referência nessa matéria. A jurisprudência atual, sabiamente, está seguindo o critério da lei: se até R\$ 10.000,00 o crédito tributário não justifica a execução fiscal, com mais razão não pode ter incidência o Direito Penal, porque dos fatos mínimos (dos delitos de bagatela) não deve cuidar o juiz de “*mininis, non curat praetor*”.

²⁶⁸ Esse é o teor da decisão que pôs fim à polêmica no STJ: “RECURSO ESPECIAL REPETITIVO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 105, III, A E C DA CF/88. PENAL. ART. 334, § 1º, ALÍNEAS C E D, DO CÓDIGO PENAL. DESCAMINHO. TIPICIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. I - Segundo jurisprudência firmada no âmbito do Pretório Excelso - 1ª e 2ª Turmas - incide o princípio da insignificância aos débitos tributários que não ultrapassem o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei nº 10.522/02. II - Muito embora esta não seja a orientação majoritária desta Corte (vide REsp 966077/GO, 3ª Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 20/08/2009), mas em prol da otimização do sistema, e buscando evitar uma sucessiva interposição de recursos ao c. Supremo Tribunal Federal, em sintonia com os objetivos da Lei nº 11.672/08, é de ser seguido, na matéria, o escólio

Não bastasse toda a problemática envolvendo o assunto, O Ministério da Fazenda expediu uma nova portaria, atualizando a quantia base para o ajuizamento de execuções fiscais, aumento o limite exatamente para o dobro da quantia anterior²⁶⁹.

Posteriormente a essa modificação, os julgamentos do TRF da 4ª Região iniciaram a se posicionar de acordo com a recente portaria. O novo *quantum* foi admitido e os novos casos sujeitos à sua jurisdição passaram a ser julgados de acordo com o valor mencionado. O embasamento utilizado fundava-se na desnecessidade de atuação do Direito Penal em casos nem a Fazenda Pública se preocupava. O tribunal levava em consideração apenas dois impostos a fim de se chegar à importância final dos créditos fiscais: o imposto sobre importação (II) e o imposto sobre produtos industrializados (IPI). Para a aplicação da insignificância, não se separava os crimes do artigo 344, do Código Penal, também sendo aplicada ao contrabando:

“EMENTA: PENAL. CONTRABANDO. CIGARRO. ARTIGO 334, CAPUT DO CÓDIGO PENAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PIS/COFINS. Firmou-se na jurisprudência a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho, nos termos do entendimento do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual é inadmissível que a conduta seja irrelevante para a Administração Fazendária e não o seja para o Direito Penal. O parâmetro utilizado para a aferição da tipicidade material da conduta, no valor de R\$ 10.000,00, tinha por base o art. 20 da Lei nº 10.522/2002 e a Portaria nº 49 do Ministério da Fazenda, de 1º/04/2004, e foi modificado pela Portaria nº 75 do Ministério da Fazenda, de 26/03/2012, que alterou para R\$ 20.000,00 o valor para arquivamento das execuções fiscais, patamar que deve ser observado para os fins penais, nos termos da referida orientação jurisprudencial. O montante dos impostos suprimidos deve considerar o Imposto de Importação e o IPI, sem o cômputo do PIS, COFINS e multas. Precedentes. A Seção Criminal deste Tribunal já decidiu pela não diferenciação das

jurisprudencial da Suprema Corte. Recurso especial desprovido”. (BRASIL, 2009a). Recurso Especial nº 1.112.748, Terceira Seção, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Felix Fischer, Julgado em 09/09/2009a. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=6250840&sReg=200900566326&sData=20091013&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em 06 de junho de 2016.

²⁶⁹ Por meio do artigo 1º, inciso II, da Portaria de número 75, a quantia base para se ajuizar uma execução fiscal foi modificada pelo Ministério da Fazenda, estabelecendo somente o ingresso de execuções superiores ao valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

figuras do art. 334 do Código Penal para fins de aplicação do princípio da insignificância nesse caso, em virtude da inexistência de diferença entre as lesões aos bens jurídicos tutelados. Precedentes”. (BRASIL, 2012e)²⁷⁰.

Até então, a utilização do valor determinado pela Portaria nº 75 ainda limita-se ao plano do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apesar de já haver passado um significativo lapso temporal, o mesmo entendimento até o presente, não fora aceito pelo STJ, apesar de haver possibilidades de ser acolhido, embora um pouco tênue nos outros setenta tribunais recursais.

Há um tempo, o Ministro do STF Ricardo Lewandowski afirmou que o artigo 20 da lei 10.522/2002 foi atualizado pelas Portarias número 75 e número 130 do Ministério da Fazenda, concordando automaticamente com o aumento do valor base. Não obstante os julgamentos posteriores não seguirem o mesmo raciocínio, tal decisão trouxe à tona discussões sobre a alternativa de se adotar um novo pensamento no âmbito do Supremo²⁷¹. Por isso mesmo, Luiz Flávio Gomes não acredita que haja nenhum entrave para a adoção dessa nova compreensão, conforme suas palavras:

“Alterado o *quantum* correspondente ao ajuizamento da execução fiscal, não existe nenhuma razão para não se modificar também a incidência do princípio da insignificância, no âmbito dos crimes tributários, previdenciários e do descaminho”²⁷².

²⁷⁰ Apelação Criminal nº 0002281-08-2009-404.7002, Sétima Turma, Tribunal Regional Federal (4. Região), Relator: Luiz Carlos Canalli, Julgado em 31/05/2012e. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/citacao.php?doc=TRF402598281>>. Acesso em: 30 jul. 2013.

²⁷¹ “Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE CONTRABANDO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REITERAÇÃO DELITIVA. ORDEM DENEGADA. I – Nos termos da jurisprudência deste Tribunal, o princípio da insignificância deve ser aplicado ao delito de descaminho quando o valor sonogado for inferior ao estabelecido no art. 20 da Lei 10.522/2002, com as atualizações feitas pelas Portarias 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda. II – No caso sob exame, o paciente detinha a posse, sem a documentação legal necessária, de 22.500 (vinte e dois mil e quinhentos) maços de cigarro de origem estrangeira, que, como se sabe, é típica mercadoria trazida do exterior, sistematicamente, em pequenas quantidades, para abastecer um intenso comércio clandestino, extremamente nocivo para o País, seja do ponto de vista tributário, seja do ponto de vista da saúde pública. III – Os autos dão conta da reiteração delitativa, o que impede a aplicação do princípio da insignificância em favor do paciente em razão do alto grau de reprovabilidade do seu comportamento. IV - Ordem denegada”. (BRASIL, 2013j). Habeas Corpus nº 118.000, Segunda Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator: Ricardo Lewandowski, Julgado em 03/09/2013j. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000214891&base=baseAcordaos>>. Acesso em 06 de junho de 2016.

²⁷² GOMES, Luiz Flávio. Crimes tributários e previdenciários: até 20 mil, insignificância. Atualidades do Direito, 27 de março de 2012. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2012/03/27/crimes-tributarios-e-previdenciarios-ate-r20-mil-insignificancia/>. Acesso em 06 de junho de 2016.

Em relação à expectativa de contemplar critérios subjetivos, questão que já deu origem a diversas opiniões, confirma-se que na decisão julgada em 04 de outubro de 2012, pelo STJ, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio Bellizze, não foi admitida a aplicação do princípio da insignificância, mesmo sendo os débitos fiscais inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), já que entendiam que a existência de procedimentos fiscais anteriores demonstrava uma reiteração delitiva, gerando desaprovação da conduta dos acusados:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. TIPICIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REITERAÇÃO DELITIVA. INAPLICABILIDADE. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.112.748/TO, firmou o entendimento no sentido de ser aplicável ao crime de descaminho o princípio da insignificância quando o valor do tributo iludido for inferior a R\$10.000,00 (dez mil reais). 2. Quando a contumácia delitiva é patente, não há como deixar de reconhecer o elevado grau de reprovabilidade do comportamento dos acusados, bem como a efetiva periculosidade ao bem jurídico que se almeja proteger, impedindo, assim, a aplicação do princípio da insignificância, notadamente em razão da informação acerca da existência de outros processos administrativos fiscais, instaurados contra os agravantes, também pelo delito de descaminho. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2012f)²⁷³.

Nesse sentido, embora o STJ tenha inovado seu entendimento e o STF acompanhado sua posição, as decisões do TRF da 4ª Região insistiam em não contemplar critérios subjetivos, como por exemplo a reincidência ou antecedentes criminais.

Logo após o julgamento do HC de número 115514 pelo STF, o Ministro Lewandowski impediu a aplicação da insignificância devido à reincidência delitiva, e a partir de então, o TRF da 4ª Região passou a acolher tal raciocínio. Porém, é necessário ressaltar que é com muita atenção que se deve ponderar a reincidência, não ignorando os casos em que transcorreu muito tempo após a prática do delito, ou em que a aplicação do princípio

²⁷³ Agravo Regimental nº 1.333.182, Quinta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Marco Aurélio Bellizze, Julgado em 04/10/2012f. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=24944536&sReg=201201455870&sData=20121011&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em 06 de junho de 2016.

ocorreu devido o valor do imposto sonegado ser muito baixo ou ainda, em que não existe aplicação de penalidade em registro anterior²⁷⁴.

É curioso que no século 21, os julgamentos relativos aos crimes do art. 334 do Código Penal aumentaram de uma forma significativa, sendo que dentre os tribunais referidos, o que apresenta um maior número de decisões sobre os delitos é o TRF da 4ª Região, se tratando de uma ótima fonte de estudos sobre o assunto.

Apesar do antigo artigo 334 do Código Penal tratar de dois delitos distintos, somente o delito de descaminho é o foco do presente trabalho, não se fazendo importante para o mesmo, o tratamento jurisprudencial dado à aplicação da insignificância ao crime de contrabando, para o qual também não havia um entendimento pacífico. Quiçá, o estudo sobre esse delito se realize em outra oportunidade.

²⁷⁴ EMENTA: PENAL. ART. 334 DO CP. IMPORTAÇÃO ILEGAL DE MERCADORIAS ESTRANGEIRAS. DESCAMINHO. PORTARIA Nº 75 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. VALOR CONSOLIDADO. CÔMPUTO DO PIS, COFINS E MULTAS. NÃO INCIDÊNCIA. HABITUALIDADE DELITIVA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRITÉRIOS. ATIPICIDADE. CONFIGURAÇÃO. ART. 273, § 1º-B, INCISO I. IMPORTAÇÃO CLANDESTINA DE MEDICAMENTOS. AUTORIA. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IN DUBIO PRO REO. ABSOLVIÇÃO. 1. Consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, do STJ e desta Corte, só há justa causa para processar e julgar acusado pela prática de descaminho quando o total dos impostos sonegados for superior a parâmetro legalmente instituído na esfera administrativa. 2. Em 26.03.2012, foi publicada a Portaria nº 75 do Ministério da Fazenda, alterando o patamar inscrito no artigo 20 da Lei 10.522/2002 para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). 3. A Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda deve ser utilizada no caso concreto, em observância ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica (art. 5º, inciso XL, da Magna Carta e art. 2º, parágrafo único do Código Penal). 4. As multas e as contribuições sociais destinadas ao PIS e COFINS não podem ser computadas no cálculo do valor consolidado, porquanto nos casos de descaminho há perdimento das mercadorias (art. 2º, inciso III, da Lei 10.865/03). 5. Quando se está diante da prática do descaminho (art. 334 do CP) o interesse do fisco em promover o ajuizamento das execuções fiscais fica prejudicado. 6. Se o valor dos tributos, em tese, incidentes sobre as mercadorias encontradas na posse do agente, resulta abaixo do limite que interessa ao Fisco, impõe-se considerar materialmente atípica a conduta na seara penal. 7. O preceito bagatelar é definido pela junção de quatro requisitos imprescindíveis: a mínima ofensividade da conduta, a inexistência de periculosidade social do ato, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão provocada. 8. A reiteração da conduta, assim considerada a existência de processos anteriores relativos ao mesmo delito, indicando habitualidade criminosa, afasta a incidência do princípio da insignificância. 9. Não resta configurada a reiteração habitual quando o acusado não subverte a aplicação jurisdicional do princípio da insignificância, tanto pelo baixíssimo valor dos tributos quanto pelo longo período sem registros de delitos semelhantes. 10. Atipicidade do delito de descaminho por aplicação do preceito bagatelar. 11. Não havendo provas concretas, reais e irrefutáveis da autoria delitiva do crime inculcado no art. 273, § 1º-B, do CP, limitando-se as demonstrações a 72 meras possibilidades, impõe-se a absolvição do acusado, em face do princípio in dubio pro reo. (BRASIL, 2013k). Apelação Criminal nº 5000300-52.2011.404.7206, Setima Turma, Tribunal Regional Federal (4. Região), Relator: Salise Monteiro Sanchotene, Julgado em 13/05/2013k. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/citacao.php?doc=TRF403993604>>. Acesso em 07 de junho de 2016.

Noutro giro, nitidamente, o conhecimento é algo que está sempre em movimento e não resta de maneira nenhuma inerte no tempo. Nesta feita, verificou-se então, que ao longo dos anos houve diversas controversas a respeito da aplicação da insignificância no crime de descaminho, chegando ao ponto de existir até entendimentos distintos dentro do mesmo tribunal. Tal fato evidencia exatamente a discrepância existente entre os tribunais brasileiros e a ineficácia da legislação em pôr fim ao assunto, trazendo à tona a gritante falha do ordenamento jurídico-brasileiro.

No entanto, atualmente, pelo fato de ainda não terem sido encerradas por completo as controversas sobre a questão, perpetuando a problemática no sistema jurídico, a aplicação da insignificância no crime de descaminho, em síntese, vem sendo da forma demonstrada a seguir.

O Superior Tribunal de Justiça entende que o parâmetro para a aplicação do princípio é a quantia de R\$10.000,00 (dez mil reais), conforme o artigo 20 da lei 11.033 de 2004. Logo, as atualizações promovidas pela portaria 75/2012 do Ministério da Fazenda não influenciam no valor. Segue a posição da Quinta e da Sexta Turmas do STJ sobre o tema: “O princípio da insignificância não é aplicável ao crime de descaminho quando o valor do tributo iludido for superior a R\$ 10 mil, ainda que a Portaria 75/2012 do Ministério da Fazenda tenha estabelecido o valor de R\$ 20 mil como parâmetro para o não ajuizamento de execuções fiscais pela Procuradoria da Fazenda Nacional. Com efeito, a Sexta Turma do STJ entende que o parâmetro para a aplicação do princípio da insignificância ao delito de descaminho não está necessariamente atrelado aos critérios fixados nas normas tributárias para o ajuizamento da execução fiscal – regido pelos critérios de eficiência, economicidade e praticidade, e não sujeito a um patamar legal absoluto –, mas decorre de construção jurisprudencial erigida a partir de medida de política criminal, em face do grau de lesão à ordem tributária que atribua relevância penal à conduta, dada a natureza fragmentária do Direito Penal”. Precedentes citados: AgRg no AREsp 242.049-PR, Quinta Turma, DJe 13/12/2013; AgRg no REsp 1.384.797-RS, Quinta Turma, DJe 29/11/2013; AgRg no AREsp 321.051-PR, Sexta Turma, DJe 6/12/2013; REsp 1.334.500-PR, Sexta Turma, julgado em 26/11/2013. AgRg no REsp 1.402.207-PR, Rel. Min. Assusete Magalhães, Sexta Turma, julgado em 04/02/2014.

“O princípio da insignificância não é aplicável ao crime de descaminho quando o valor do tributo iludido for superior a R\$ 10 mil, ainda que a Portaria 75/2012 do Ministério da

Fazenda tenha estabelecido o valor de R\$ 20 mil como parâmetro para o não ajuizamento de execuções fiscais pela Procuradoria da Fazenda Nacional. Por um lado, o valor de R\$ 10 mil fixado pelo art. 20 da Lei 10.522/2002 não foi alterado. É que portaria emanada do Poder Executivo não tem força normativa capaz de revogar ou modificar lei em sentido estrito, conforme dispõe o art. 2º da Lei 4.657/1942. Por outro lado, o patamar utilizado para a incidência do princípio da insignificância é jurisprudencial e não legal, ou seja, não foi a Lei 10.522/2002 que definiu ser insignificante, na seara penal, o descaminho de valores de até R\$ 10 mil; foram os julgados dos Tribunais Superiores que definiram a utilização do referido parâmetro, que, por acaso, está expresso em lei. Não é correto, portanto, fazer uma vinculação de forma absoluta, de modo que toda vez que for modificado o patamar para ajuizamento de execução fiscal estaria alterado o valor considerado bagatela. Além disso, a Portaria 75/2012 do Ministério da Fazenda não proíbe de modo absoluto a cobrança de créditos inferiores a R\$ 20 mil, mas o permite desde que atestado o elevado potencial de recuperabilidade do crédito ou quando se mostre – observados os critérios de eficiência, economicidade, praticidade e as peculiaridades regionais e/ou do débito – conveniente a cobrança. Desse modo, ao novo valor apresentado, agregam-se outros requisitos de cunho eminentemente subjetivo. Note-se ainda que, pela forma como redigidas as disposições da Portaria 75/2012 do Ministério da Fazenda, fica patente o intuito de se aperfeiçoar a utilização da máquina pública, visando autorizar o não ajuizamento de execução cujo gasto pode ser, naquele momento, maior que o crédito a ser recuperado. Inviável, pois, falar em valor irrisório, mas sim em estratégia de cobrança. Por fim, embora relevante a missão do princípio da insignificância na seara penal, por se tratar de critério jurisprudencial e doutrinário que incide de forma tão drástica sobre a própria tipicidade penal – ou seja, sobre a lei –, deve-se ter criterioso cuidado na sua aplicação, sob pena de se chegar ao extremo de desproteger por completo bens juridicamente tutelados pelo direito penal”. AgRg no REsp 1.406.356-PR, Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 06/02/2014.

Não obstante, esse posicionamento do Superior Tribunal de Justiça contraria o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, o qual admitiu a atualização realizada pela portaria mencionada, levando assim, em consideração o valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) como padrão para a aplicação do princípio. Extrai-se tal

concepção do HC120.617/PR, do qual foi relatora a Ministra Rosa Weber, no dia 04 de fevereiro de 2014²⁷⁵.

Também, em um julgamento recente de outro HC, número 120.096/PR, do dia 11 de fevereiro de 2014, o Ministro Relator Luís Roberto Barroso (Primeira Turma do STF), reafirma o entendimento ao declarar que:

“A atualização, por meio de Portaria do Ministério da Fazenda, do valor a ser considerado nas execuções fiscais repercute, portanto, na análise da tipicidade de condutas que envolvem a importação irregular de mercadorias” e que “eventual desconforto com a via utilizada pelo Estado-Administração para regular a sua atuação fiscal não é razão para a exacerbação do poder punitivo”.

Dessa forma, resta evidente que o STF utiliza como parâmetro para a aplicação da insignificância no delito de descaminho o *quantum* de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), baseado na atualização imposta pelas portarias 75 e 30 de 2012, do Ministério da Fazenda, estando em harmonia com o entendimento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Nesse sentido, conclui-se que somente o STJ não considerou a atualização trazida pelas portarias mencionadas, pois é defensor obstinado de um princípio central tanto para o Direito Penal quanto para o Direito Tributário: a legalidade. Outrossim, no quadro de hierarquia entre as normas, a lei (no caso a lei 10.522 de 2002, alterada pela Lei 11.033 de 2004), é evidentemente, superior às portarias, as quais não podem alterar a ordem da “pirâmide normativa”, contrariando conteúdo de lei.

Não obstante, deve-se lembrar que a intervenção mínima constitui-se em um dos princípios basilares do Direito Penal²⁷⁶. A intervenção mínima ou *ultima ratio*, direciona e restringe o poder punitivo estatal, sustentando que a criminalização de um comportamento somente se

²⁷⁵ “HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. DESCAMINHO. VALOR INFERIOR AO ESTIPULADO PELO ART. 20 DA LEI 10.522/2002. PORTARIAS 75 E 130/2012 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. A pertinência do princípio da insignificância deve ser avaliada considerando-se todos os aspectos relevantes da conduta imputada.

2. Para crimes de descaminho, considera-se, para a avaliação da insignificância, o patamar de R\$ 20.000,00, previsto no art. 20 da Lei n.º 10.522/2002, atualizado pelas Portarias 75 e 130/2012 do Ministério da Fazenda. Precedentes.

3. Na espécie, aplica-se o princípio da insignificância, pois o descaminho envolveu elisão de tributos federais que perfazem quantia inferior ao previsto no referido diploma legal.

4. Ordem concedida.”

²⁷⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, 2004, p. 79.

torna legítima se realmente houver necessidade²⁷⁷, a fim de evitar lesões em bens jurídicos relevantes.

Além do mais, conforme já abordado ao longo desse trabalho, quando outras formas de punição ou outras modalidades de controle social se demonstrarem eficientes para a proteção do bem jurídico, sua criminalização seria desapropriada e impertinente. Assim, se as alternativas civis ou administrativas forem eficazes à restauração da ordem jurídica transgredida, não será necessário se valer das alternativas penais.

Por isso, o Direito Penal somente entrará em ação quando todas as outras medidas e os demais ramos do Direito se revelarem insuficientes para oferecer a devida proteção aos bens indispensáveis para a vida do indivíduo e da sociedade.

Dessa forma, se o próprio Estado reconhece que débitos fiscais, na esfera federal, que não ultrapassam o *quantum* de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) não deverão ser executados na área tributária, conseqüentemente, realizar a persecução penal do crime de descaminho é desnecessário, se na esfera fiscal e administrativa não existe interesse do Estado em resgatar os valores desviados.

Nesse sentido, observa-se assim, a existência de normas no ordenamento jurídico brasileiro, em que o Estado se abstém de coibir determinados comportamentos por causa de seu valor, considerando-os irrelevantes. À vista disso, se tornou de conhecimento geral que o delito de descaminho por muitas vezes ser referente a quantias irrelevantes, alcançou tamanha extensão, ao ponto de tornar-se ineficaz o seu combate nas fronteiras com outros países.

Como milhares de famílias tiram o seu sustento proveniente dessa prática, fundamenta-se a aplicação do princípio da insignificância juntamente com o contexto social e econômico, nas situações em que não há o recolhimento dos tributos até o valor reconhecido pelo Estado como irrelevante, levando em consideração a Portaria n. 75 do Ministério da Fazenda, com o intuito de não elevar as taxas de desemprego e criminalidade no Brasil, notoriamente, nas cidades fronteiriças.

Ademais, nota-se que atualmente, a criminalização do descaminho implica em um alto desembolso para os cofres públicos, especialmente no que diz respeito às diligências processuais, manutenção processual e execução da pena, sendo legitimada somente frente a um bem ou interesse social de fato fundamental, não sendo estendida a fatos de ordem

moral ou casos que embora ilícitos, não se fazem relevantes ao ponto de alçarem a reprovação social.

Logo, deve-se reconhecer a grande valia do princípio da insignificância para o ordenamento jurídico, o qual foi introduzido justamente com o objetivo de solucionar casos efetivamente irrelevantes, desimportantes para a esfera jurídica, onde a vítima sofreu um prejuízo mínimo ou quase nulo.

De fato, ao longo deste trabalho restou demonstrada a existência de um conflito prático enfrentado pela jurisprudência brasileira na atualidade, havendo posições divergentes entre os mais elevados tribunais recursais brasileiros, o que revela a urgente necessidade de uma uniformização jurisprudencial. Tal episódio, inegavelmente, deriva da lentidão do legislador em atualizar a Lei 10.522/2002, o que impulsionou o Ministério da Fazenda a editar as portarias referentes ao assunto.

Portanto, conclui-se que a posição do Supremo Tribunal Federal é a mais pertinente, uma vez que este aclama o princípio da intervenção mínima do Direito Penal e nesse sentido, futuramente, espera-se que o Superior Tribunal de Justiça se adapte e assim, o entendimento sobre o tema seja unificado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo desse trabalho, é possível compreender que desde os tempos remotos já existia a prática de condutas relacionadas ao contrabando e descaminho. Na época da colonização, inicialmente, aplicava-se a legislação portuguesa no território brasileiro, posteriormente, com a evolução da sociedade, outras normas foram surgindo, até chegar então, à criação do Código Penal de 1940, o qual abrigava as duas figuras típicas em um único dispositivo, art. 334.

Entretanto, foi somente com a alteração implementada pela Lei n. 13.008 de 2014, que as duas condutas passaram a receber tratamento em dispositivos distintos (Art. 334 e 334-A), como já salientado. E assim, se alguém realiza a prática das condutas descritas no enunciado dos artigos, cometerá uma ação formalmente típica e, por conseguinte, ilícita.

Sucedo que o legislador, ao preparar a definição do tipo penal, com o objetivo de englobar o maior número de casos possíveis, acaba por abraçar condutas que não lhe importam. Dessa forma, um comportamento indiferente para o Direito Penal, ao se enquadrar na descrição do tipo penal, porventura, seria tratado de forma idêntica a outro comportamento que provoca significativa repercussão ao bem jurídico resguardado.

Nessa circunstância, com o intuito de resolver esse obstáculo, objetivando a imposição de uma sanção equivalente à lesão causada, em respeito ao princípio da proporcionalidade e a outros relacionados, revela-se o princípio da insignificância, o qual destina-se a afastar a tipicidade de comportamentos irrelevantes ao Direito Penal, por não serem capazes de provocar lesão expressiva ao bem jurídico preservado.

Sendo assim, restou esclarecido que a insignificância se constitui em um mecanismo jurídico que procura realizar uma profunda análise, distante de uma mera apuração da tipicidade formal, visando constatar se realmente ocorreu a tipicidade no plano material. Enfim, embora algumas condutas se encaixem precisamente ao tipo penal, se essas não causem lesão relevante ao bem jurídico tutelado, poderá não existir nenhum crime.

Diante desse cenário, a jurisprudência brasileira admite a aplicação do princípio da insignificância a condutas compatíveis com esse quadro, diante do cumprimento de quatro requisitos, conforme exposto pelo STF: a) mínima ofensividade da conduta do agente, b) a

nenhuma periculosidade social da ação, c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Um dos fatores a ser analisado é o valor do objeto danificado ou da lesão causada, que trata-se de uma das ramificações da mínima ofensividade da conduta do agente. Apesar do salário mínimo constituir um dos parâmetros, esse entendimento entre os Tribunais não é unânime, ainda que o valor em algumas situações seja ínfimo, o princípio não poderá ser reconhecido caso o valor abale as condições financeiras da vítima.

Deste modo, ensina Cezar Roberto Bitencourt:

“A irrelevância ou insignificância de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente em relação ao grau de sua intensidade, isto é, pela extensão da lesão produzida”²⁷⁸.

A avaliação de critérios subjetivos para apartar a aplicação do princípio da insignificância já recebeu diversas críticas, contudo, atualmente, se o acusado for reincidente ou já possuir antecedentes criminais, o posicionamento que prevalece tanto no STJ, quanto no STF, é o da não aplicação do princípio. Como explicação, reconhecem a reincidência criminal, pois tais condutas criminosas devem ser impedidas por serem opostas ao objetivo do princípio, provocando um alto grau de reprovabilidade da conduta. O TRF da 4ª Região, igualmente, reconhece a reincidência criminal como parâmetro de análise, porém não deixa de reconhecer a insignificância se já houver passado tempo razoável após a prática do último fato ou se já houve aplicação do princípio anteriormente e a soma dos impostos não obteve um valor considerável.

A incidência do princípio da insignificância ao crime de descaminho, envolve algumas peculiaridades em comparação aos outros delitos. A quantia estipulada como referencial se revela, juntamente com os crimes tributários, como a mais benéfica ao réu. Houve muitas discussões a respeito de qual valor seria mais adequado à realidade do crime, chegando-se a diversos entendimentos.

O STJ defende que o valor a ser reconhecido para a aplicação do princípio é até R\$10.000,00 (dez mil reais), enquanto o STF e o TRF da 4ª Região admitem a aplicação quando o valor não ultrapasse R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), adotando a Portaria nº 75, do Ministério da Fazenda como embasamento das decisões.

²⁷⁸BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral. Vol. 1.* 10ª ed. Ed. Saraiva: 2006, pp. 26-27.

Em suma, para a incidência ou não do princípio da insignificância, devem ser considerados os quatro requisitos aludidos pelo STF. Foi através desses critérios que a jurisprudência adotou outros parâmetros. Dessa forma, para a aplicação do princípio, a soma dos tributos iludidos não pode exceder o valor adotado pelo órgão julgador, sendo que no caso de reiteração delitiva, a aplicação do benefício será inviável, portanto.

BIBLIOGRAFIA

ACKEL FILHO, Diomar. O princípio da insignificância no direito penal. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada de São Paulo. São Paulo: TJSP, 1988, v. 94, 1988.

ANDRADE, MANUEL DA COSTA. Direito penal económico e europeu: textos doutrinários. Coimbra: Ed. Coimbra, 1998. v. 1.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, BACIGALUPO, Silvina. Delitos tributarios y previsionales. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Crimes federais. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BARBOSA, Jairo José. Direito Aduaneiro: Origens da navegação, da aduana e da alfândega: suas respectivas evoluções intertemporais no curso da história mundial e do Brasil. 1ª ed. Curitiba: Livraria Jurídica, 2009.

BARROS, Adriana Pazini de. Natureza jurídica do crime de descaminho. Boletim IBCCRIM – Ano 16 – nº 187 – junho – 2008.

BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal: Parte Geral. 4. ed. rev., ampl. e atual. pelas Leis 9.099/95, 9.268/96 e 9.271/96 do Livro Lições de Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Teoria geral do delito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal. Parte Geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. Editora Saraiva, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 9ª ed. São Paulo. Saraiva: 2004, v. 1.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, 5: Parte Especial: dos crimes contra a administração pública, dos crimes praticados por prefeitos. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal - Parte especial. São Paulo: Saraiva, 2007 e 2012.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Parte especial: Crimes contra a Administração Pública. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial N° 259.504 - RN (2000/0049066-0). Relator: Ministro Felix Fischer. Quinta Turma. Data de julgamento: 19/02/2002.

BRITO, Auriney Uchôa de. Responsabilidade penal tributária e a missão do direito penal no Estado Democrático de Direito. *In*. Revista dos Tribunais, ano 98, vol.886, p.429, agosto de 2009.

BRUTTI, Roger Spode. O princípio da insignificância e sua aplicabilidade pela polícia judiciária. *In*. Revista dos Tribunais. Ano 98, vol. 850, agosto de 2006.

CALLEGARI, André Luís, MOTTA, Cristina Reindolff. Estado e Política Criminal: A expansão do Direito Penal como Forma Simbólica de Controle Social. *In*. Política Criminal, Estado e Democracia – Homenagem aos 40 anos do Curso de Direito e aos 10 anos do Curso de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. (Org.: André Luis Callegari). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte especial. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPEZ, Fernando. Princípio da insignificância ou bagatela. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n.2312, 30 out. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13762>>. Acesso em: 15 mar de 2016.

CARLUCI, José Lence. Uma introdução ao direito aduaneiro. 1ª ed. São Paulo: Aduaneiras, 1997.

CARRAZA, Roque Antonio. Da impossibilidade jurídica de concurso material ou formal imperfeito entre os crimes de descaminho (art. 334, segunda parte, do Código Penal Brasileiro) e de sonegação fiscal (art. 1º, I a I, da Lei n.º 8.137- 90) – Questões conexas. *IN*: COSTA, José de Faria & SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. Crimes de Contrabando e Descaminho. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral. 2ª ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

CORNEJO, Abel. Teoria de la insignificância. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.

COSTA, Cláudio. Crimes de sonegação fiscal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

CUNHA, Rogério Sanches. Direito penal: parte especial. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2008, v. 3.

DALBORA, José Luiz Guzmán. *La insignificancia: especificación y reducción valorativas em el ámbito de lo injusto típico*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, ano 4, n. 14, p. 41-81, abr./jun./1996.

DA SILVA, Ivan Luiz. Princípio da insignificância no direito penal. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Crimes contra a ordem tributária – 4. ed. - Belo Horizonte: Fórum Editora, 2008.

DIAS, Augusto Silva. O novo direito penal fiscal não aduaneiro (Dec.-lei 20-A/90, de 15 de Janeiro) considerações dogmáticas e político-criminais. Fisco, n. 22, jul. 1990.

DOTTI, René Ariel, SCANDELARI, Gustavo Britta. A exigência do exaurimento da via administrativa nos crimes de descaminho. Revista dos Tribunais, Ano 97, vol.877, Nov 2008.

FERREIRA, Carlos Manuel. O crime aduaneiro de contrabando de circulação. (2008), Coimbra: Monografia apresentada ao IDPEE, 2008.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, COSTA ANDRADE, Manuel da. O Crime de fraude fiscal no novo direito penal tributário português: considerações sobre a factualidade típica e o concurso de infrações. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: Parte Geral. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

FRAGOSO, Cláudio Heleno. Lições de Direito Penal. 4º Vol., 2ª ed. São Paulo: Editor José Bushatsky, 1965.

FREITAS, André Guilherme Tavares & MARINHO, Alexandre Araripe. Direito penal. Teoria do delito. Tomo II. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006.

GOMES, Laurentino. 1808. 6ª ed. Lisboa: Publicações Don Quixote, 2007

GOMES FILHO, Demerval Farias. A Dimensão do Princípio da Insignificância. In 3.edição da Revista Eletrônica da Justiça Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. Disponível em http://www.mpdf.gov.br/portal/index.php?option=com_content&task=view&id=1654&Itemid=93.

GOMES, Luiz Flavio. Suspensão condicional do processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GOMES, Luiz Flávio. O princípio da insignificância no âmbito federal: débitos até R\$ 10.000,00. Porto Alegre: Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, v. 5, n.30, fev/mar. 2005.

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade. 2. ed. rev.atul. ampl. São Paulo: RT, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. Crimes tributários e previdenciários: até 20 mil, insignificância. Atualidades do Direito, 27 de março de 2012. Disponível em:<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2012/03/27/crimes-tributarios-e-previdenciarios-ate-r20-mil-insignificancia/>.

GOMES, Luiz Flavio. Descaminho e princípio da insignificância: leito de procusto de R\$ 100,00 ou R\$ 10.000,00? Disponível em: <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1433467/descaminho-e-principio-da-insignificancia-leito-de-procusto-de-r-100-00-ou-r-10000-00>.

GONÇALVES NETO, Laerte Vieira. O crime de descaminho e o princípio da insignificância. Boletim dos Procuradores da República. Disponível em: <<http://www.anpr.org.br/boletim/boletim29/crime.htm>>.

GROCH, Ludmila de Vasconcelos Leite. O descaminho como crime tributário: consequências da equiparação. IN: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (Coord.). Direito Penal Econômico: crimes financeiros e correlatos. São Paulo: Saraiva, 2011.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O Contrabando: Uma revisão de seus fundamentos teóricos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *O princípio da insignificância no direito penal*. São Paulo: RT, 2000.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Princípio da Insignificância no Direito Penal: análise à luz da lei 9.099/95: juizados especiais criminais, lei 9.503/97, código de trânsito brasileiro e da jurisprudência atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MACHADO, Hugo de Brito. Direito tributário aplicado. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MAÑAS, Carlos Vico. O Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade no Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1994.

MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado: parte geral. 5. Ed. São Paulo: Método, 2011.

MAZUR, Bianca de Freitas. Os tipos de contrabando e descaminho como capítulo do direito penal. Análise de seus aspectos, elementos e características. Curitiba: Dissertação apresentada a Universidade Federal do Paraná, 2005.

MATJAS, Vico. Tipicidade e Princípio da Insignificância. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para obtenção do título de Mestre em Direito Penal. São Paulo: USP, 1993.

MEROLLI, Guilherme. Fundamentos Críticos de Direito Penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

MIRABETE, Julio Fabrini, Manual de Direito Penal, Parte Especial, v. 3, Atlas, 3ª ed., 1987.

MIRABETE, Júlio Fabbrinni. Manual de Direito Penal: parte geral. 20. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. A subsidiariedade como baliza para a insignificância. Direito Net, São Paulo. Disponível em: <<http://www.direito.net.com.br/br/artigos/x/19/05/1905/index.shtml>>. Acesso em: 8 de maio de 2016

NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado, 7ª edição, Revista dos Tribunais.

NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1987.

OLIVEIRA, Luiz Renato Pacheco Chaves de. Reflexões sobre os crimes tributários. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 86. p. 201. Set / 2010.

PAGLIARO, Antonio; COSTA JUNIOR, Paulo José da. Dos crimes contra a administração pública. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2006.

PIMENTEL. Manoel Pedro. Direito Penal Econômico. 1.Ed. RT. São Paulo. 1973.

PIMENTEL, Manoel Pedro. Introdução ao estudo do direito penal tributário. In: Ciência Penal, São Paulo, n. 2. 1974

PRADO, Luiz Regis. Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral – Volume 1. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte geral, Volumes I e IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PRADO, Luiz Régis. Direito Penal Econômico. São Paulo. Revista dos Tribunais: 2004.

PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro: parte especial, art.250 a 359H. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RABAÇAL, Pedro. As Vidas de 30 Césares. Queluz de Baixo: Marcador Editora, 2013.

RIBEIRO, Júlio Dalton. Princípio da Insignificância e sua aplicabilidade no delito de contrabando e descaminho. *In*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Bimestral, ano 16, n.73, p.55, julho-agosto de 2008.

RIOS, Rodrigo Sánchez. Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ROSENTHAL, Sérgio. A extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo no descaminho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1999.

ROXIN, Claus. Problemas Fundamentais de Direito Penal. Lisboa: Vega.Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradeiz, 1986.

SILVA, Germano Marques da. Direito penal tributário – sobre as responsabilidades das sociedades e dos seus administradores conexas com o crime tributário. Lisboa: Universidade Católica de Lisboa Editora, 2009.

SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da insignificância e os crimes ambientais. Ano 97, vol. 867, janeiro 2008. Editora Revista dos Tribunais.

SILVA, Fernando Aparecido da. O princípio da insignificância e sua aplicação pelos tribunais. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2624, 7 set. 2010. Disponível em:<https://jus.com.br/artigos/17353/o-principio-da-insignificancia-e-sua-aplicacao-pelos-tribunais>.

SOUSA, Susana Aires de. Os crimes fiscais: Análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

STOCO, Rui. Sonegação fiscal e os crimes contra a Ordem Tributária. *In*: Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 675, p. 335-353, jan. 1992.

STRECK, Lênio Luiz. Uma Visão Hermeneutica do Papel da Constituição em Países Periféricos, *In*. Política Criminal, Estado e Democracia- Homenagem aos 40 anos do curso de Direito e aos 10 anos do curso de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. (Org.: André Luis Callegari). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos do direito penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TEIXEIRA, Carlos; GASPAR, Sofia. *Comentários das leis penais extravagantes*. *In*: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Lisboa: Universidade Católica, 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; e SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro, Volume 1: Teoria Geral do Direito Penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, vol.1, Parte geral, 6º ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ZEIDAN, Rogério. *Ius Puniendi, Estado e Direitos Fundamentais. Aspectos de Legitimação e Limites da Potestade Punitiva*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.