

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS**

Luíza Cabral Brack

**O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E A APLICAÇÃO DA PORTARIA Nº 75/2012
AO CRIME DE DESCAMINHO**

Porto Alegre

2013

LUÍZA CABRAL BRACK

**O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E A APLICAÇÃO DA PORTARIA Nº 75/2012
AO CRIME DE DESCAMINHO**

Trabalho de Conclusão de Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen da Silva

Porto Alegre

2013

LUÍZA CABRAL BRACK

**O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E A APLICAÇÃO DA PORTARIA Nº 75/2012
AO CRIME DE DESCAMINHO**

Trabalho de Conclusão de Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen da Silva

Aprovado em Porto Alegre, 18 de dezembro de 2013.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Pablo Rodrigo Alflen da Silva
Orientador

Professor Doutor Ângelo Roberto Ilha da Silva

Professora Doutor Mauro Fonseca Andrade

AGRADECIMENTOS

À minha família, por sempre estar ao meu lado e pela grande importância na minha formação pessoal e acadêmica, mas, principalmente, à minha mãe e grande amiga, Adarli, por todo o amor a mim dispensado e por nunca ter poupado esforços para que eu tivesse sempre o melhor.

Ao meu namorado, Miguel, por ter sempre me incentivado e auxiliado a alcançar meus objetivos e por todas as palavras de carinho e conforto.

Ao meu orientador, Dr. Pablo Rodrigo Alflen da Silva, pela disponibilidade e por toda a dedicação com a qual me auxiliou neste trabalho.

A todos que de certa forma contribuíram para a realização deste trabalho de conclusão de curso e, em especial, ao João Rober, por ter me instigado quanto ao presente tema.

RESUMO

O presente trabalho analisa, em linhas gerais, a aplicação do princípio da insignificância especificamente em relação ao delito de descaminho. O objetivo principal é analisar o novo parâmetro instituído pela Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda, de 22 de março de 2012, e sua utilização como critério apto para determinar ou não o afastamento da dimensão material do tipo penal incriminador. Tal problemática apresenta extrema relevância não apenas em virtude da inexistência de entendimento pacificado a respeito – muito pelo contrário, há controvérsias jurisprudenciais nos diversos aspectos passíveis de análise –, mas, principalmente, por estar atrelado à própria função do Direito penal, levando-se em consideração os princípios da fragmentariedade, subsidiariedade e intervenção mínima. Função essa responsável pela própria legitimação do ordenamento penal e, sem a qual, conduziria a punições desproporcionais, através do ramo mais violento do ordenamento jurídico, de condutas que não deveriam merecer a tutela penal.

Palavras-chave: princípio da insignificância; tipicidade material; descaminho; Portaria nº 75/2012.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.....	10
2.1 A NOÇÃO DE BEM JURÍDICO E A OFENSIVIDADE EM DIREITO PENAL.....	10
2.2 APORTES HISTÓRICOS DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.....	15
2.3 POSIÇÃO DOCTRINÁRIA.....	19
2.3.1 Os fundamentos do princípio da insignificância e as objeções à sua aplicação.....	19
2.3.2 Consequências da aplicação do princípio da insignificância e a irrelevância penal do fato.....	27
2.4 POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA.....	31
3 O CRIME DE DESCAMINHO.....	36
3.1 A DISTINÇÃO ENTRE DESCAMINHO E CONTRABANDO.....	36
3.2 O BEM JURÍDICO TUTELADO PELO DESCAMINHO.....	37
3.3 OS SUJEITOS ATIVO E PASSIVO.....	45
3.4 A ESTRUTURA DOGMÁTICA DO DESCAMINHO.....	46
3.5 FIGURAS EQUIPARADAS E CAUSA DE AUMENTO.....	50
3.6 O DESCAMINHO COMO DELITO MATERIAL E A PRESCINDIBILIDADE DO EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA.....	53
4 A PORTARIA Nº 75/2012 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA COMO PARÂMETRO PARA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO DESCAMINHO.....	62
4.1 A EVOLUÇÃO DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO DESCAMINHO.....	62
4.2 A PORTARIA Nº 75/2012 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA E O POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA QUANTO À SUA APLICAÇÃO AO DESCAMINHO.....	67
4.3 ANÁLISE CRÍTICA DO POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL.....	74
4.3.1 Aspectos formais: da desnecessidade de lei em sentido formal e da eficácia da Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda, para fins de insignificância penal.....	74

4.3.2 Da relevância dos princípios norteadores do Direito penal.....	79
4.3.3 Da reiteração da conduta.....	83
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	89
REFERÊNCIAS.....	92

1 INTRODUÇÃO

Para haver a criminalização de um comportamento não se admite que a norma incriminadora esteja no plano da mera discricionariedade do legislador, não só em face do princípio da legalidade, como também, e principalmente, para se tutelar a totalidade das garantias e dos direitos fundamentais devidamente assegurados pela nossa Constituição Federal. Nesse sentido, o Direito penal está adstrito às limitações constitucionais, bem como à observância dos seus princípios norteadores, quais sejam a fragmentariedade, a subsidiariedade e a *ultima ratio*. Essa exigência é de suma importância na medida em que legitima o próprio ordenamento jurídico penal.

Sendo assim, diante da necessidade de restrição da abrangência das condutas penalmente relevantes, deve-se analisar o caráter material ao tipo formal. E é a referida análise que cabe ao princípio da insignificância, como forma de mensuração da ofensividade da conduta ao bem jurídico tutelado pela norma penal. O objetivo do presente trabalho é, pois, analisar criticamente e traçar linhas gerais em relação à aplicação do princípio da insignificância ao delito de descaminho, a partir dos critérios adotados na Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda. O método de pesquisa ora empregado é dedutivo, com recurso à doutrina nacional e à jurisprudência e à legislação pátrias pertinentes ao tema em discussão. Dessa forma, pretende-se analisar criticamente os motivos pelos quais há adeptos à referida aplicação, bem como os que levam à negativa desta, diante da relevância da temática para o Direito penal atual.

O primeiro capítulo do presente trabalho compreende um panorama histórico, doutrinário e jurisprudencial acerca do princípio da insignificância, desde a sua origem. A relevância do assunto revela-se, tendo em vista que, ao Direito penal cabe a proteção dos bens essenciais para o desenvolvimento do convívio social, demonstrando-se, assim, a sua parcela fragmentária e subsidiária. Portanto, a fim de se obter proporcionalidade entre a gravidade da conduta e a pena a ela aplicada e de se mensurar a ocorrência de dano considerado suficiente para a tutela penal, impõe-se a análise da sua tipicidade material.

Em face à ênfase a ser dada ao delito de descaminho, realiza-se, no segundo capítulo, uma abordagem dogmática do crime tipificado no artigo 334 do Código Penal. Assim, se analisa a distinção em relação ao contrabando, o bem jurídico a ser tutelado, a estrutura dogmática, as figuras equiparadas e a questão do exaurimento da via administrativa.

Por fim, ao terceiro capítulo cumpre a análise da questão central do presente trabalho, qual seja a aplicação dos parâmetros da Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda à

aplicação da insignificância penal no delito de descaminho. Passar-se-á à análise da jurisprudência, no tocante ao assunto, bem como a consideração dos seus aspectos mais relevantes e controversos, na mesma medida, a fim de auxiliar a conclusão a que se pretende chegar, qual seja a da efetiva aplicação dos novos critérios elencados na Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda para fins de insignificância penal às condutas irrelevantes e inofensivas ao bem jurídico tutelado.

2 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

2.1 A NOÇÃO DE BEM JURÍDICO E A OFENSIVIDADE EM DIREITO PENAL

Atualmente, diante do modelo de Estado democrático e de Direito, um comportamento para ser penalizado precisa de uma legitimação que não seja a mera discricionariedade do legislador, a fim de se assegurar a proteção da totalidade das garantias e dos direitos fundamentais. Sendo assim, o Direito penal possui o seu pressuposto de validade na Constituição Federal, especialmente no que diz respeito à sua vinculação material a esta, onde se encontram os seus limites e a sua estruturação¹.

Sob tal perspectiva, a Constituição deve ser vista, conforme dispõe Luciano Feldens, ao mesmo tempo, como forma de legitimação e de limitação do poder constituído, isto é, concede poderes ao Estado na mesma medida em que os restringe². Logo, numa perspectiva constitucionalista do Direito penal, tem-se que o plano constitucional de afirmação e maximização dos direitos e garantias fundamentais atua tanto na forma de proibições de intervenção quanto como imperativos de tutela.

A partir dessas limitações ao *ius puniendi*, extrai-se o caráter fragmentário e subsidiário do Direito penal, devendo ser, portanto, *ultima ratio* do sistema normativo. Sendo assim, diante da necessidade de restrição da abrangência das condutas penalmente relevantes, impõe-se a atribuição de um caráter material ao tipo formal.

Foi através de Anselm Von Feurbach que se iniciou o desenvolvimento de um conceito material de crime, a partir do qual a pena seria uma consequência jurídica da importância da conservação dos direitos alheios³. De acordo com Fábio D'Avila,

Fortemente influenciado pelo pensamento kantiano, Feuerbach nega legitimidade à utilização do direito penal como instrumento de persecução de finalidades transcendentais, quer de fundo religioso, quer estabelecidas no bem comum. A existência e a finalidade do Estado justificam-se na proteção das liberdades, na prevenção da violação de direitos subjetivos, e só com este fim, somente para a

¹ FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e direito penal: a constituição penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 56-86.

² FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e direito penal: a constituição penal**. p. 56-86.

³ D'ÁVILA, Fábio Roberto. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário. p. 71-96. In: D'ÁVILA, Fábio. Paulo Vinicius SPORLEDER DE SOUZA (Coordenadores). **Direito Penal Secundário: estudo sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões**. São Paulo: RT, 2006. p. 77.

proteção de direitos subjetivos da atuação de ações externas, é que se legitima a competência do legislador.⁴

A proporção do dano é, assim, levada ao cerne do desvalor do crime, tendo em vista o fato de a sua configuração desequilibrar as estruturas da ordem social imposta pela concepção contrato social⁵, na qual os indivíduos transferem parcela da sua liberdade ao Estado, a fim de que esse intervenha quando necessário para garantir a própria liberdade e uma convivência pacífica entre seus cidadãos.

A partir da tentativa de Feuerbach, foram surgindo diversas concepções a respeito do conceito de materialidade do crime, que acabaram levando ao surgimento da teoria de proteção ao bem jurídico, isto é, ao conceito de crime como ofensa a bens jurídicos.

O precursor desta teoria foi Birnbaum, que, ao criticar a concepção de Feuerbach, afirmou que "[...] o crime deveria ser reconhecido na lesão ou pôr-em-perigo, atribuível à vontade humana, de um bem a todos garantido igualmente pelo poder do Estado"⁶. Assim, passa-se a levar em consideração não só a lesão propriamente causada a um objeto de proteção da norma, mas também a sua colocação em perigo - possibilidade de dano.

Para Birnbaum, o bem jurídico compreendia, inclusive, valores e ideologias do campo da religião e da moral⁷, enquanto Binding atrelava o conceito ao que estivesse disposto na norma, sendo, portanto, uma criação do Direito⁸. Já Von Liszt, ao contrário de Binding, dispunha a respeito de um conceito de bem jurídico vinculado a uma realidade externa ao sistema jurídico, a fim de limitar o poder estatal⁹.

No entanto, foi apenas a partir da Segunda Guerra Mundial, como reação às doutrinas totalitárias, que se introduziu a limitação do poder estatal pela teoria do bem jurídico, segundo a qual cabe ao Direito Penal proteger bens jurídicos concretos e não convicções ideológicas ou sentimentos¹⁰.

⁴ D'ÁVILA, Fábio Roberto. **O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário.** p. 77.

⁵ D'ÁVILA, Fábio Roberto. **O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário.** p. 78.

⁶ D'ÁVILA, Fábio Roberto. **O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário.** p. 80.

⁷ D'ÁVILA, Fábio Roberto. **O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário.** p. 81-82.

⁸ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz das Leis 9.099/95 (Juizados Especiais Criminais), 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) e da jurisprudência atual.** São Paulo: RT, 2000. p. 131.

⁹ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz das Leis 9.099/95 (Juizados Especiais Criminais), 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) e da jurisprudência atual.** p. 131.

¹⁰ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal.** André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli (org. e trad.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 12.

Nesse sentido, passou-se a entender a noção da ofensividade atrelada à de bem jurídico, tendo em vista que "[...] de nada vale falar em ofensividade como limite material da incriminação se não partirmos de um conceito de bem jurídico-penal que propicie uma tal construção"¹¹.

Esse fato, então, levou à necessidade de tal conceito ser legitimado perante à ordem vigente. Segundo Claus Roxin, bens jurídicos são "[...] dados ou finalidades necessários para o livre desenvolvimento do indivíduo, para a realização dos seus direitos fundamentais ou para o funcionamento de um sistema estatal baseado nessas finalidades"¹².

Trata-se de um conceito pessoal e crítico de bem jurídico, tendo em vista que os bens jurídicos da coletividade devem assim ser considerados se atinentes às condições vitais do ser humano, no mesmo sentido da teoria liberal de danosidade social¹³. Portanto, apenas onde houver um dano real é que poderá haver lesão a um bem jurídico relevante.

O conceito pessoal de bem jurídico sofreu muitas críticas, quanto ao seu alcance indeterminado, principalmente pelos autores Hirsch, Stratenwerth e Jakobs. Para Hirsch, "[...] não existe um conceito de bem jurídico predeterminado para o legislador"¹⁴. Stratenwerth dispõe que a elaboração de tipos penais dá-se em decorrência de comportamentos sociais impróprios, pois seria impossível haver uma definição universal de bem jurídico¹⁵. E Jakobs, por sua vez, salienta que cabe ao Direito Penal proteger a vigência da norma e não os bens jurídicos¹⁶.

De outro lado, como defensor da ideia de Claus Roxin, há Hassemer, que afirmou que "[...] a proibição de um comportamento sob ameaça punitiva que não pode apoiar-se num bem jurídico seria terror estatal. [...] A intervenção na liberdade de atuação não teria algo que a legitime, algo desde o qual pudesse surgir seu sentido"¹⁷.

Ademais, dispôs Claus Roxin que o conceito pessoal é menos indeterminado que o conceito metodológico, tendo em vista que esse cria bens jurídicos conforme a finalidade legal, enquanto naquele se exclui o moralismo puro e o paternalismo duro, ou seja, exclui a proteção aos sentimentos. Nesse sentido, não cabe ao Estado tutelar o sentimento individual,

¹¹ D'ÁVILA, Fábio Roberto. **O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário** p. 83.

¹² ROXIN, Claus. Sobre o Recente Debate em Torno do Bem Jurídico. p. 186. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 179 e ss.

¹³ ROXIN, Claus. **Sobre o Recente Debate em Torno do Bem Jurídico**. p. 186.

¹⁴ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. p. 14.

¹⁵ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. p. 14-15.

¹⁶ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. p. 15.

¹⁷ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. p. 15-16.

em determinados casos, sob pena de deslegitimar a pena, principalmente quando se trata de uma sociedade pluralista como a brasileira¹⁸.

Em que pese permaneça em aberto a existência de um conceito mais preciso e concreto de bem jurídico, é consenso, na doutrina, que o conceito de bem jurídico serve como núcleo do injusto penal e limite da atuação punitiva estatal. Convém salientar que a teoria do bem jurídico não esgota as condutas que merecem ser punidas, mas dispõe acerca de comportamentos que não merecem ser punidos, pela incoerência de lesão a bem jurídico, a fim de se evitar uma intervenção demasiada na esfera de liberdade individual.

Ademais, conforme salienta Claus Roxin, "[...] a existência de um bem jurídico depende, portanto, de pressupostos mutáveis. Isso nada modifica no fato de que a exigência de uma lesão a bem jurídico numa dada situação concreta e no âmbito de uma dada ordem constitucional pode dar diretrizes bem concretas à legislação penal"¹⁹.

A doutrina crítica do bem jurídico frente à legislação, portanto, atribui legitimidade ao legislador ao penalizar condutas, desde que atue em conformidade com a Constituição Federal, mais precisamente observando os direitos fundamentais, como acima já referido. Sendo assim, para Claus Roxin,

Os planos legislativos e dogmáticos traçam, portanto, um processo de ponderação em dois níveis. O legislador só deve proteger bens jurídicos e, em consequência, deixar intacta a liberdade de atuação do cidadão. Por sua parte, o aplicador do Direito tampouco deve proteger bens jurídicos de uma maneira absoluta, senão unicamente frente às lesões produzidas mediante riscos não permitidos.²⁰

Em razão disso, pode-se concluir que a noção de bem jurídico encontra-se estritamente ligada ao princípio da ofensividade e, possuindo aquela uma delimitação constitucional, a noção deste não poderia ser diferente. A ideia de ofensividade encontra sua origem na Constituição, atuando também de forma a legitimar o ilícito penal, tendo em vista, principalmente, o próprio Estado de Direito²¹ que rege nossa sociedade.

Conforme ensina Fábio D'Ávila,

Pois é exatamente desse princípio geral de tutela de bens jurídicos que decorre tanto o princípio geral de garantia representado pela necessária ofensa como o princípio constitucional impositivo, representado pela intervenção penal necessária, o que significa dizer que ambos estão submetidos ao âmbito normativo do princípio

¹⁸ ROXIN, Claus. **Sobre o Recente Debate em Torno do Bem Jurídico**. p. 186.

¹⁹ ROXIN, Claus. **Sobre o Recente Debate em Torno do Bem Jurídico**. p. 192.

²⁰ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. p. 41.

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1.157.

originário, não admitindo uma conflitualidade que extrapole os limites da tutela de bens jurídicos, ou seja, que toda incriminação que vá além dos limites da ofensividade não corresponde a um interesse político-criminal legítimo, eis que estaria fora do âmbito de proteção do seu princípio conformador.²²

Ainda, não apenas sob a óptica principiológica, conforme os ensinamentos de Alexy, deve-se reconhecer o princípio da ofensividade como uma norma de caráter duplo, ou seja, como regra e princípio, que decorre tanto da norma constitucional de liberdade quanto da dignidade da pessoa humana²³.

Logo, quando da criminalização de condutas, deve-se respeitar o núcleo duro de tais regras, através de um exercício de ponderação de valores e verificação da imprescindibilidade da tutela, a fim de evitar uma possível violação arbitrária, como a que ocorreria com a restrição de bens jurídicos que estejam em conformidade com a legislação constitucional²⁴.

Dessas constatações, extrai-se o caráter legitimador do princípio da ofensividade em relação a criação ou manutenção de ilícitos penais, bem como o seu importante papel de fonte interpretativa. Segundo Fábio D'Ávila,

[...] não só o legislador deve ater-se à exigência de ofensividade na proposição de novas figuras delitivas que, na sua interação com outros princípios penais, levá-lo-ão a priorizar sempre as formas de ofensa mais intensas, como a aplicação de norma penal exigirá do intérprete uma hermenêutica atenta à sua efetiva existência. O que é o mesmo que dizer que todas as deficiências legislativas deverão ser corrigidas a partir de um filtro hermenêutico que, muitas vezes, poderá restringir o âmbito de aplicação do ilícito-típico, em um processo hermenêutico de correção e recuperação do ilícito, quando, por certo, o tipo penal permitir tal correção, e, outras vezes, pela total incapacidade de adequação à noção de ofensividade, deverá levar inevitavelmente ao reconhecimento da sua inconstitucionalidade.²⁵

A ofensividade, nesse sentido, expressa o desvalor do resultado, sendo, portanto, requisito para a configuração de um ilícito penal. Em que pese a relevância do desvalor da ação - intenção criminosa reprovável-, tal vontade pressupõe, contudo, a existência do desvalor do resultado, pois a mera vontade - desprovida de um real perigo ao bem jurídico - não está no âmbito da ilicitude penal, de forma que "[...] o desvalor da ação tem relevância

²² D'ÁVILA, Fábio Roberto. **O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário.** p. 86.

²³ D'ÁVILA, Fábio Roberto. **O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário.** p. 89.

²⁴ D'ÁVILA, Fábio Roberto. **O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário.** p. 87.

²⁵ D'ÁVILA, Fábio Roberto. **O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário.** p. 91.

jurídico-penal apenas entre os fatos detentores de desvalor do resultado, dentre os fatos violadores de um bem jurídico-penal"²⁶.

Em suma, a norma penal não pode proibir apenas por proibir, devendo estar vinculada à proteção de algo que o direito reconheça como um bem jurídico passível de, no mínimo, uma real ameaça de lesão. O legislador, portanto, ao tipificar uma conduta, tem o dever de observar o princípio da ofensividade, sob pena de criar uma norma inconstitucional.

Como também, cabe ao intérprete efetuar uma interpretação em consonância com os parâmetros constitucionais, principalmente da ofensividade ao bem jurídico, não só para averiguar a constitucionalidade da norma como para adequá-la a eles quando necessário, levando-se em conta, ainda, os princípios e valores vigentes na sociedade.

2.2 APORTES HISTÓRICOS DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Tendo em vista a necessidade de a ação típica ser, no mínimo, potencialmente ofensiva a um bem jurídico relevante e determinado, como acima analisado, cabe ao legislador levar tal finalidade em consideração na criminalização das condutas. No entanto, diante da impossibilidade de se descrever as condutas típicas possíveis, pela sua infinidade, e, ainda, do caráter subsidiário da tutela penal, conforme dispôs Odone Sanguiné, levando-se em conta os ensinamentos de Engisch, "[...] a tipificação ocorre conceitualmente de forma 'absoluta' para não restringir demasiadamente o âmbito da proibição, razão por que alcança também "casos anormais"²⁷.

Além desses casos, acabam-se enquadrando também alguns que não precisariam - e nem deveriam - estar abarcados pela tutela penal, principalmente por não oferecerem perigo relevante ao bem jurídico. A fim de se corrigir esse equívoco e elencar apenas condutas que configurem o delito no seu âmbito material, surge o princípio da insignificância, o qual, segundo Carlos Vico Mañas, atua "[...] como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático e político-criminal de expressão da regra constitucional

²⁶ D'ÁVILA, Fábio Roberto. **O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário.** p. 94.

²⁷ SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio da insignificância. In: **Fascículos de Ciências Penais.** Porto Alegre, v. 3, n.1,p. 36-50, jan./mar. 1990. p. 46.

do *nullum crimen sine lege*, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal"²⁸.

Antes de se adentrar nos fundamentos e natureza do referido princípio, impõe-se analisar a sua origem, que, inclusive, suscita divergências na doutrina. Claus Roxin²⁹, Diomar Ackel Filho³⁰, Carlos Vico Mañas³¹ acreditam que a utilização de tal princípio iniciou-se em Roma, tendo em vista a existência da máxima *minima non curat praetor*, segundo a qual ao pretor não competiam os delitos de bagatela.

Mauricio Antônio Ribeiro Lopes critica essa origem, sob a alegação de que o Direito romano desenvolveu-se muito bem no âmbito civil e não na esfera penal, sendo que, em que pese o brocardo pudesse ter sido utilizado no Direito Penal, não existia, entre os romanos, sequer a noção de princípio da legalidade penal, que, para o autor, vincula-se ao princípio da insignificância³². Sendo mais radical, José Luís Guzman Dalbora entende que sequer havia a noção atual da insignificância, pois inexistente esta ideia nas compilações dos principais glosadores³³.

Nesse sentido, para Mauricio Antônio Ribeiro Lopes, o princípio da insignificância encontra-se intimamente ligado ao princípio da legalidade, sendo, portanto, a origem daquele vinculada a desse. Sendo assim, acredita que o princípio da legalidade teve sua origem no Iluminismo, representando uma forma de contenção do poder Estatal³⁴.

Como expressão de tal pensamento, pode-se citar Cesare Beccaria, que entendia, segundo o estabelecimento de um contrato social, como competência exclusiva do legislador o direito de impor as regras penais da sociedade que imporiam a pena adequada a ser cumprida³⁵. O mesmo autor, ainda, salientou que "[...] proibir enorme quantidade de ações indiferentes não é prevenir os crimes que delas possam resultar, mas criar outros novos"³⁶.

Para Mauricio Antônio Ribeiro Lopes, ainda, em que pese o princípio da insignificância tenha sido revelado, apesar de timidamente, no artigo 5º da Declaração

²⁸ MAÑAS, Carlo Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 56.

²⁹ SANGUINÉ, Odone. **Observações sobre o princípio da insignificância**. p. 39.

³⁰ ACKEL FILHO, Diomar. O princípio da insignificância no direito penal. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**, v. 94, p. 72-77, abr.-jun./1990. p. 74. *Apud* LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no Direito Penal**. São Paulo: RT, 2000, p. 62.

³¹ MAÑAS, Carlo Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal**. p. 56.

³² LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no Direito Penal**. p. 42.

³³ SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 90.

³⁴ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no Direito Penal**. p. 45.

³⁵ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no Direito Penal**. p. 46.

³⁶ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. p. 109. *Apud* MAÑAS, Carlo Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 56.

Universal dos Direitos Humanos e do Cidadão de 1789, o qual demonstrava a irrelevância das ações insignificantes - não danosas à sociedade -, foi apenas a partir da Primeira Guerra Mundial, mas principalmente após os movimentos totalitários que culminaram na Segunda Guerra Mundial que se dispôs acerca do crime de bagatela - *Bagatelledelikte* -, tendo em vista o aumento dos pequenos furtos, ocasionados em um período socioeconômico difícil, o que demonstrava a sua vinculação aos delitos patrimoniais³⁷.

Entretanto, foi através de Claus Roxin que o princípio da insignificância passou a ser entendido como causa de exclusão da tipicidade penal. Para o referido autor, como destaca Odone Sanguiné, era necessário uma

[...] interpretação restritiva que atualize a função de magna carta do Direito Penal e sua "natureza fragmentária" e que apanhe conceitualmente e não apenas o âmbito de punibilidade que seja indispensável para a proteção do bem jurídico". Através desse princípio geral do direito, "se permite, na maioria dos tipos, excluir desde um princípio danos de pouca importância: maus-tratos não é qualquer tipo de dano da integridade corporal, senão somente um relevante; injuriosa em uma forma delitiva é somente a lesão grave a pretensão social de respeito; a ameaça deve ser sensível para passar o umbral da criminalidade."³⁸

Ainda, conforme dispõe Francisco Assis Toledo:

Welzel considera que o princípio da adequação social bastaria para excluir certas lesões insignificantes. É discutível que assim seja. Por isso, Claus Roxin propôs a introdução, no sistema penal, de outro princípio geral para a determinação do injusto, o qual atuaria igualmente como regra auxiliar de interpretação. Trata-se do denominado princípio da insignificância, que permite, na maioria dos tipos, excluir os danos de pouca importância. Não vemos incompatibilidade na aceitação de ambos os princípios que, evidentemente, se completam e se ajustam à concepção material do tipo que estamos defendendo. Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas.³⁹

Como sugere Luiz Flávio Gomes, Klaus Tiedemann também entende o princípio da insignificância como princípio de bagatela, sendo baseado no princípio da proporcionalidade entre o fato típico e a consequência danosa de uma intervenção estatal e, portanto, aplicável de acordo com o caso concreto⁴⁰.

No entanto, a noção de delito de bagatela não se encontra definida em nosso ordenamento jurídico, seja na Constituição, seja na legislação infraconstitucional, tratando-se,

³⁷ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no Direito Penal**. p.42.

³⁸ SANGUINÉ, Odone. **Observações sobre o princípio da insignificância**. p. 40.

³⁹ TOLEDO, Francisco Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 133-134.

⁴⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 49-50.

dessa forma, de uma construção doutrinária. Luiz Flávio Gomes, ao citar Teresa Armenta Deu, salienta que a mesma entende por criminalidade de bagatela "[...] o conjunto de infrações que denotam escassa reprovabilidade ou ofensa a um bem jurídico de menor relevância, tendo nítida incidência nos delitos contra o patrimônio e o tráfego viário"⁴¹.

Já Alberto Silva Franco tece considerações acerca da aplicação do princípio da insignificância: a) sendo a real finalidade do Estado de Direito a busca da justiça material e sua atividade pautada no princípio da legalidade, cabe ao Estado a proteção da liberdade das pessoas; b) a necessidade de que os bens jurídicos estejam atrelados à sua influência e ao papel que desempenham na sociedade; c) a dimensão da lesão deve ser analisada no caso concreto e não de forma abstrata; d) o limite quantitativo-qualitativo que determina as condutas delitivas deve ser respeitado, a fim de não se dispensar importância penal a situações com pouca lesividade;⁴² e) concluindo, assim, que

[...] a criminalidade de bagatela se situa exatamente no campo dessas lesões inofensivas, de pouca ou mínima significação, e sua relevância para a Justiça criminal consiste não apenas na carga excessiva provocada pelo *montón de minudencias* que impede a persecução de fatos puníveis graves, mas também numa atitude, cada vez mais lassa da população sobre o âmbito do punível, produzida inevitavelmente pelo emprego indiscriminado do Direito Penal.⁴³

Conforme Francisco Assis Toledo, o princípio da insignificância está ligado à "[...] gradação qualitativa e quantitativa do injusto, permitindo que o fato insignificante seja excluído da tipicidade penal"⁴⁴, podendo, assim, configurar ilícito nos outros diversos ramos do Direito.

Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes entende como infração bagatelar o fato insignificante, o qual, diante da sua irrelevância, sequer necessita de uma atuação do poder punitivo estatal, sendo que essa seria desproporcional caso ocorresse⁴⁵. Assim, classifica as infrações bagatelares em:

[...] 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 desvalor do resultado jurídico (não se trata de ataque grave ou significativo ao bem jurídico, que mereça a incidência do Direito penal) ou ambos.⁴⁶

⁴¹ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. p. 51.

⁴² LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no Direito Penal**. p.49-50.

⁴³ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no Direito Penal**. p.50.

⁴⁴ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no Direito Penal**. p. 51.

⁴⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. p. 15.

⁴⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade** p. 15.

[...] Infração bagatela imprópria: é a que nasce relevante para o Direito penal (porque há desvalor da conduta bem como desvalor do resultado), mas depois verifica-se 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).⁴⁷

Ainda, o referido autor distingue tais infrações das demais infrações penais existentes no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam as infrações de menor potencial ofensivo (pena máxima de até dois anos e possibilidade de consenso, conforme a lei do juizados especiais), as infrações de médio potencial ofensivo (possibilidade de suspensão condicional do processo ou penalidades substitutivas, não excedendo a pena de até quatro anos), as infrações graves e infrações hediondas (dispostas na Lei nº 8.072/90)⁴⁸.

Portanto, diante da fragmentariedade do Direito penal, as ações típicas devem ser "gravemente antijurídicas", sendo o princípio da insignificância uma limitação dos tipos penais⁴⁹. Como já abordado no tópico anterior, diante da possibilidade de ofensividade ao bem jurídico é que se afere a gravidade das condutas, atuando o princípio da insignificância naquelas condutas em que sequer há potencial de lesividade ao bem tutelado.

Por fim, impõe salientar a importância do princípio da insignificância, principalmente para o aplicador do Direito, permitindo com que ele não se restrinja apenas à conduta abstrata descrita no tipo, sendo, portanto, critério de interpretação, a fim de se chegar a uma decisão em conformidade com o sistema constitucional vigente, conforme será a seguir analisado.

2.3 POSIÇÃO DOUTRINÁRIA

2.3.1 Os fundamentos do princípio da insignificância e as objeções à sua aplicação

Mesmo havendo algumas críticas, as quais serão adiante abordadas, impõe-se salientar que a doutrina majoritária nacional e a internacional aceitam o princípio da insignificância, mesmo fora da esfera penal. Como responsável pela atribuição de princípio à insignificância, na doutrina internacional, pode-se citar o grande expoente Claus Roxin, que defendia a exclusão dos tipos penais de condutas com escassa ofensividade⁵⁰. Já, como defensores

⁴⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. p. 23-24.

⁴⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. p. 52-53.

⁴⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. p. 50.

⁵⁰ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no Direito Penal**. p. 86.

dessa ideia na doutrina nacional, há Carlos Vico Mañas⁵¹, Odone Sanguiné⁵² e Diomar Ackel⁵³. Em que pese tenha sido o referido autor a estabelecer o princípio da insignificância como causa de exclusão da tipicidade, Odone Sanguiné afirma que já havia indícios do mesmo em Fran Von Liszt, quando este mencionou que

A nossa atual legislação faz da pena, como meio de luta, um emprego excessivo. Se devia refletir se não mereceria ser restaurado o antigo princípio '*minima non curat praetor*', ou como regra de direito processual (superamento do princípio da legalidade), ou como norma de direito substancial (isenção de pena pela insignificância da infração).⁵⁴

Maurício Antonio Ribeiro Lopes faz menção ao fato de que Claus Roxin, tendo como fundamento a noção de fragmentariedade do Direito penal, bem como a relevância de uma interpretação restritiva condizente com os princípios e direitos constitucionais, dispôs acerca da necessidade de a punibilidade apenas existir em decorrência da necessidade da manutenção e salvaguarda de bens jurídicos relevantes⁵⁵.

Em relação à fragmentariedade, salientou Rogério Greco, ao transcrever Francisco Muñoz Conde, que o Direito Penal

[...] se limita somente a castigar as ações mais graves contra os bens jurídicos mais importantes, daí seu caráter 'fragmentário', pois que de toda a gama de ações proibidas e bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico, o Direito penal só se ocupa de uma parte, fragmentos, de bem que da maior importância.⁵⁶

Ao Direito penal, então, cabe uma reduzida parcela de proteção as bens, em relação aos demais ramos do direito, qual seja os essenciais para o desenvolvimento do convívio social, demonstrando-se, assim, a sua parcela fragmentária⁵⁷. Sendo assim, a fragmentariedade vincula-se à subsidiariedade, que, por sua vez, revela o caráter extremo do poder sancionador do Direito penal, ao passo que cabe apenas a tutela penal quando qualquer outro ramo do Direito demonstrar-se insuficiente para a salvaguarda de bens jurídicos relevantes para a manutenção da vida em sociedade.

⁵¹ MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal.**

⁵² SANGUINÉ, Odone. **Observações sobre o princípio da insignificância.**

⁵³ ACKEL FILHO, Diomar. O princípio da insignificância no direito penal. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**, v. 94, p. 72-77, abr.-jun./1990. p. 74. *Apud* LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no Direito Penal.** São Paulo: RT, 2000, p. 62.

⁵⁴ SANGUINÉ, Odone. **Observações sobre o princípio da insignificância.** p. 40.

⁵⁵ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no Direito Penal.** p. 87.

⁵⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal.* *Apud* GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 61.

⁵⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 61.

Nesse sentido, Maurach, citado por Carlos Vico Mañas, dispõe que não há falar em aplicação de “[...] um recurso mais grave quando se obtém o mesmo resultado através de um mais suave: seria tão absurdo e reprovável criminalizar infrações contratuais civis quanto cominar ao homicídio tão-só o pagamento de despesas funerárias”⁵⁸. Para Claus Roxin, ao ser mencionado por Maurício Antonio Ribeiro Lopes, a pena traduz “[...] a intervenção mais radical na liberdade do indivíduo que o ordenamento jurídico permite ao Estado”⁵⁹, não devendo esse se utilizar do Direito penal quando outros ramos do Direito puderem garantir a devida tutela ao bem jurídico protegido, bem como aplicar a necessária sanção⁶⁰.

E é neste sentido que também se deve levar em consideração, como fundamento do princípio da insignificância, o princípio da proporcionalidade, segundo o qual, conforme Eugenio Raúl Zaffaroni, citado por Carlos Vico Mañas, a pena deve ser proporcional à ofensividade do delito praticado⁶¹. Portanto, nos casos em que há irrelevante ofensividade ao bem jurídico, a pura aplicação de uma pena já violaria o princípio da proporcionalidade, diante da real significação da conduta para a sociedade.

Ademais, sustenta Diomar Ackel Filho, conforme citado por Mauricio Antonio Ribeiro Lopes, que, no caso da insignificância, “[...] a interpretação com base em critérios de razoabilidade, desconsidera um determinado fato como obra criminosa, valorando-o como insignificante e, portanto, destituído de reprovabilidade”⁶², fazendo, assim, com que seja atípico.

Portanto, o princípio da insignificância reitera o caráter fragmentário e subsidiário do Direito penal e, conseqüentemente, seu critério de intervenção mínima, tutelando bens e valores sociais de inegável relevância⁶³. Sendo assim, a intervenção mínima impõe a necessidade de intervenção penal apenas a “[...] ataques graves aos bens jurídicos importantes”⁶⁴, de acordo com Carlos Vico Mañas.

⁵⁸ MAURACH. *Tratado de derecho penal*. p. 31. Apud MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 58.

⁵⁹ ROXIN, Claus. *Iniciación al derecho penal de hoy*. Sevilla: Ediciones Universidad de Sevilla, 1981. p. 23. Apud LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no Direito Penal**. São Paulo: RT, 2000, p. 79.

⁶⁰ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no Direito Penal**. p. 79.

⁶¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal*, t. 3. Buenos Aires, 2004. p. 554 e s. Apud MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 58.

⁶² ACKEL FILHO, Diomar. O princípio da insignificância no direito penal. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**, v. 94, p. 72-77, abr.-jun./1990. p. 74. Apud LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no Direito Penal**. São Paulo: RT, 2000, p. 62.

⁶³ MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal**. p. 58.

⁶⁴ MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal**. p. 57.

Logo, a intervenção mínima deve ser entendida como uma "[...] regra de determinação qualitativa abstrata para o processo de tipificação das condutas", enquanto o princípio da insignificância como "[...] regra de determinação quantitativa material ou intelectual no processo de interpretação da lei penal para a confirmação do preenchimento integral do tipo", segundo Maurício Antonio Ribeiro Lopes⁶⁵.

Conclui-se, de acordo com Carlos Vico Mañas, que o princípio da insignificância deve ser entendido como

[...] instrumento de interpretação restritiva, fundada na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma socialmente relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal.⁶⁶

Embora a doutrina dominante o aceite, há certas críticas ao princípio da insignificância, dentre as quais se pode destacar as que ressaltam a possibilidade de ensejar na insegurança jurídica, diante da ausência de uma definição precisa dos delitos de bagatela, bem como a falta de aplicabilidade pelo fato de não se encontrar expressamente previsto no ordenamento jurídico⁶⁷ e a incriminação pelo legislador de condutas de pouca relevância⁶⁸.

No entanto, essas críticas não merecem prosperar. Em relação à possibilidade de afetar a segurança jurídica, é certo que conceitos indeterminados geram certos riscos de ocorrência de arbitrariedades, mas, a fim de essas serem evitadas, a doutrina e a jurisprudência têm adotado critérios para qualificar as condutas insignificantes, levando-se em consideração a fragmentariedade e a subsidiariedade do Direito penal, bem como a sua proporcionalidade e razoabilidade, como visto acima⁶⁹.

De acordo com o que salienta Odone Sanguiné, na doutrina, há dois modelos responsáveis pela delimitação do delito de bagatela: o clássico e o da aferição antecipada da pena⁷⁰. O primeiro é "[...] constituído pelos índices do "desvalor da ação", "desvalor do resultado" e "culpabilidade", para precisar a global insignificância e com a possibilidade de

⁶⁵ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no Direito Penal**. p. 82.

⁶⁶ MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal**. p. 81.

⁶⁷ SANGUINÉ, Odone. **Observações sobre o princípio da insignificância**. p. 44.

⁶⁸ MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal**. p. 59.

⁶⁹ MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal**. p. 60.

⁷⁰ SANGUINÉ, Odone. **Observações sobre o princípio da insignificância**. p. 45.

gradação do ilícito penal"⁷¹. Já o segundo modelo visa a uma mensuração prévia da penalidade a ser aplicada ao caso concreto, a fim de se averiguar a real necessidade da mesma⁷².

Tendo em vista ser o princípio da insignificância um parâmetro interpretativo do tipo penal, mais precisamente da tipicidade material, dela não se pode desvincular e, por isso, o modelo clássico mostra-se mais pertinente para a delimitação do delito de bagatela. Isso porque há que se mencionar que nem todo o desvalor do resultado configura uma conduta ilícita, senão quando àquela desaprovada pelo sistema jurídico, ou seja, provida do desvalor da ação, principalmente diante da noção do princípio da intervenção mínima da tutela penal, como já analisado⁷³.

Segundo o modelo clássico, então, entende-se por desvalor do resultado a averiguação da relevância do bem jurídico afetado para a sociedade, bem como o grau da ofensividade de tal afetação⁷⁴. Já o desvalor da ação refere-se à probabilidade de a conduta produzir a efetiva lesão pretendida⁷⁵. Assim, para que se configure o delito de bagatela, é necessária a presença de ambos os desvalores, sendo que, para Carlos Vico Mañas,

O valor ou desvalor de uma conduta pressupõe sempre o valor ou desvalor de um resultado. Assim, por exemplo, a proibição de matar é consequência da proteção à vida; a proibição de roubar resulta da proteção à propriedade. Nos dois casos, o desvalor da ação (matar, roubar) deriva já do desvalor do resultado (destruição da vida humana, lesão da propriedade). Os mandamentos de "não matar" e "não roubar" só tem sentido se previamente se reconhecerem os valores que os fundamentam: a vida e a propriedade.⁷⁶

Dessa forma, as condutas irrelevantes, em que pese possam configurar formalmente um fato típico, não o fazem no tocante à sua concepção material, pois essa exige, ainda, o desvalor da ação e o desvalor do resultado⁷⁷, ou sequer ensejam a aplicação da pena⁷⁸. Portanto, não se requer apenas a vertente formal para que uma conduta deixe de ser considerada típica, ou seja, para que, em relação a ela, seja essencial a repressão penal.

⁷¹ SANGUINÉ, Odone. **Observações sobre o princípio da insignificância**. p. 45.

⁷² SANGUINÉ, Odone. **Observações sobre o princípio da insignificância**. p. 45.

⁷³ MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal**. p. 60.

⁷⁴ SANGUINÉ, Odone. **Observações sobre o princípio da insignificância**. p. 45.

⁷⁵ SANGUINÉ, Odone. **Observações sobre o princípio da insignificância**. p. 45.

⁷⁶ MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal**. p. 61.

⁷⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. p. 67.

⁷⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. p. 80.

No entanto, pode haver a preponderância de um critério em relação ao outro dependendo da estrutura do tipo penal, que pode levar a uma maior importância do desvalor do resultado quando o delito for constituído sobre a causação do evento ou do desvalor da ação quando importar a probabilidade de ofensa da conduta⁷⁹.

Conclui, assim, Eugenio Raúl Zaffaroni, conforme citado por Luiz Flávio Gomes, que

[...] não se pode chamar 'segurança jurídica' a uma aplicação mecânica e exegética da lei penal, que ao invés de ser republicana (isto é, racional), se transforma em irracional, renunciando a se perguntar pelo 'para quê' (o sentido) da norma e da ordem normativa, minimizando a função do bem jurídico e aproximado-se perigosamente ao conceito de delito como pura lesão ao dever, ponto de vista segundo o qual a 'segurança jurídica' desaparece como objetivo do Direito penal, sendo substituída pela vontade omnímota de um Estado napoleônico. Assim, a rejeição da tese da insignificância ou da bagatela em nome da 'segurança jurídica' é uma falácia, porque, chamando-a pela sua verdadeira denominação, a rejeição se operaria em nome da realização incondicional de uma vontade irracional do Estado, que seria o único bem jurídico que o Direito penal tutelaria.⁸⁰

Como também, mostram-se frágeis as objeções que salientam a aplicação do princípio da insignificância apenas para os delitos materiais, sendo que, segundo Carlos Vico Mañas, "se for mínimo o potencial agressivo da conduta praticada, não há qualquer obstáculo para que se possa reconhecer a sua atipicidade, pouco importando que o delito seja formal ou de mera atividade, não exigindo assim, a ocorrência de resultado para a sua caracterização"⁸¹.

Impõe salientar que a visão positivista leva em consideração apenas o desvalor do resultado para configurar o fato como insignificante, desconsiderando a grande importância do desvalor da ação, que também é passível de ser analisado para que o princípio da insignificância seja aplicado.

Conclui Odone Sanguiné que

O princípio da insignificância se assimila a um "limite tácito" da norma penal (em termos de suficiência qualitativo-quantitativa), isto é, a "perceptibilidade" da agressão ao bem é considerada como requisito implícito do crime, em ausência do qual, no caso concreto, a pena não se legitima nem sob o perfil substancial nem sob o perfil teleológico (da teoria dos fins)."⁸²

⁷⁹ SANGUINÉ, Odone. **Observações sobre o princípio da insignificância**. p. 45-46.

⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal*. t. 3. Buenos Aires, 2004. p. 557. *Apud* GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 81.

⁸¹ MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal**. p. 65.

⁸² SANGUINÉ, Odone. **Observações sobre o princípio da insignificância**. p. 47.

E é por essa razão que também não merecem prosperar as objeções de cunho fortemente positivistas, as quais alegam a inaplicabilidade do princípio da insignificância pela pura falta de expressa previsão legal do mesmo. Importante destacar que a função dos princípios no ordenamento jurídico é primordialmente conservar a sua coerência e unidade, constituindo-se o seu próprio fundamento⁸³.

Nesse sentido, afirma Mauricio Antonio Ribeiro Lopes que

O Direito não é mero somatório de regras avulsas, produtos de atos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si. O Direito é ordenamento ou conjunto significativo e não conjunção resultante de vigência simultânea; é coerência ou, talvez, mais rigorosamente, consistência; é unidade de sentido, é valor incorporado em regra. E esse ordenamento, esse conjunto, essa unidade, esse valor projeta-se ou traduz-se em princípios, logicamente anteriores aos preceitos.⁸⁴

Sendo assim, não se pode atribuir apenas à lei expressa todo o fundamento de um sistema jurídico, bem como excluir desse uma finalidade transcendente às regras nele inseridas, pois sequer teria legitimidade, diante da real importância e necessidade de se mensurar os valores e os princípios relevantes de uma sociedade, para que se institua um ordenamento jurídico eficaz. Como também, não se pode exigir das normas formais a previsão de todos os eventos possíveis e nem a garantia da sua manutenção, diante da constante mutação da sociedade, abrangendo seus costumes e seus valores.

O Direito, portanto, é uma ciência que está em constante aperfeiçoamento, não sendo, pois, estática e nem completa, e, para que haja uma correta e justa aplicação da norma, essa deve ser interpretada em conformidade com os princípios que compõem o ordenamento jurídico. Portanto, o princípio da insignificância, em que pese não esteja expressamente previsto, possui um caráter regulador e atém-se aos parâmetros da fragmentariedade e da subsidiariedade do Direito penal, atuando diretamente, assim, na "[...] preservação do princípio proporcionalidade da sanção penal, correspondendo a gravidade da sanção à gravidade do delito, se, para as infrações desprovidas de conteúdo lesivo, houver a possibilidade de se afastar a incidência da pena"⁸⁵.

Nesse sentido, a aplicação do princípio da insignificância, sendo ele um postulado da Política criminal⁸⁶, não fere o princípio da legalidade ou da reserva legal, sendo utilizado de

⁸³ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no Direito Penal**. p. 34.

⁸⁴ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no Direito Penal**. p. 34.

⁸⁵ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no Direito Penal**. p. 38.

⁸⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. p. 68.

forma similar às causas supralegais de exclusão da ilicitude⁸⁷. Ademais, como a título exemplificativo, em que pese não esteja expresso no Direito penal comum, encontra-se o princípio da insignificância disposto no Direito penal militar pátrio⁸⁸.

No tocante à existência de previsão legal incriminadora para tipos privilegiados, contravenções penais e infrações penais de menor potencial ofensivo, tal fato não deslegitima a utilização do princípio da insignificância. O artigo 98 Constituição Federal⁸⁹ apenas regula o processo e o julgamento das infrações de menor potencial ofensivo e, como ressaltou Odone Sanguiné, confirma a própria validade do princípio da insignificância⁹⁰.

O referido autor, ainda, dispõe que o artigo mencionado

[...] implica uma alteração em relação a posição tradicional que adotava os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal pública para, embora mantendo-os como "regra geral", abrir espaço à denominada "discricionariedade regulada", contida pela lei e submetida a controle jurisdicional, na linha das mais recentes legislações (Itália, Portugal).⁹¹

Ademais, como muito bem depreende-se da leitura de Carlos Vico Mañas "[...] nada impede que, feita a valoração normativa da ofensa, nos moldes anteriormente sugeridos, o interprete reconheça que, de tão ínfima, não se subsume sequer aos tipos privilegiados e contravençionais"⁹². Não cabe ao Direito penal atender as mínimas ofensas ao bem jurídico, mas apenas aquelas que causem insuportável alteração na convivência social⁹³.

Sendo assim, não se pretende com o princípio da insignificância que as condutas de mínima ofensividade passem a ser lícitas, como se representasse ausência da tutela jurídica, mas, pelo contrário, apenas retira-as do campo do Direito penal a sua tutela, passando-a, assim, para os demais ramos do Direito⁹⁴.

⁸⁷ MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal**. p. 67.

⁸⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. p. 68.

⁸⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em: 20 out. 2013.

⁹⁰ SANGUINÉ, Odone. **Observações sobre o princípio da insignificância**. p. 48.

⁹¹ SANGUINÉ, Odone. **Observações sobre o princípio da insignificância**. p. 48.

⁹² MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal**. p. 62.

⁹³ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. p. 82.

⁹⁴ MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal**. p. 68.

2.3.2 Consequências da aplicação do princípio da insignificância e a irrelevância penal do fato

É incontroverso, assim, que os princípios da fragmentariedade, da subsidiariedade, da proporcionalidade, da intervenção mínima, da ofensividade, dentre outros, sustentam o princípio da insignificância, que exclui a tipicidade material, e, portanto, devem ser sempre levados em consideração no momento da interpretação e da aplicação do Direito penal⁹⁵. conforme analisado.

Tendo em vista, portanto, a exclusão da tipicidade material, como consequência da aplicação do princípio da insignificância, deve-se, então, esclarecer do que ela se trata. Em que pese a importância de se discorrer acerca das diversas teorias do delito, não é a pretensão do presente trabalho fazê-lo, mas, sim, entender o conceito da tipicidade e isso será feito a partir da teoria finalista, principalmente por ser a predominante no Brasil.

O crime é, diante da noção de proteção ao bem jurídico, "[...] um fato humano que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos protegidos"⁹⁶, possuindo como elementos o fato típico, a ilicitude e a culpabilidade. Conforme Francisco de Assis Toledo, "o crime é, pois, um injusto culpável"⁹⁷, sendo o injusto considerado o desvalor do ato e a culpabilidade uma reprovação deste ato, diante da exigibilidade de conduta diversa do agente.

Ademais, Francisco de Assis Toledo subdivide o injusto em tipicidade e ilicitude, embora possuam uma relação indissolúvel no próprio injusto, levando-se em consideração que "[...] o injusto possui qualidade e quantidade, pelo que pode ser diferenciado qualitativa e quantitativamente. Já a ilicitude é sempre a mesma não enseja diferenciações materiais ou escalonamentos"⁹⁸.

O fato típico, por sua vez, é formado por quatro requisitos: conduta, resultado, nexo causal e tipicidade. Chega-se, então, ao ponto importante para o presente trabalho, qual seja a diferenciação entre a tipicidade formal e material. A tipicidade formal trata-se de um juízo formal de adequação de fatos reais a abstrações legais penais, ou seja, é entendida como a subsunção do fato ao tipo penal⁹⁹, o que é de extrema importância não só para a limitação e publicidade das condutas nocivas e repudiadas pela sociedade, como também em relação à observância ao princípio da anterioridade da lei penal.

⁹⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. p. 93.

⁹⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. p. 80.

⁹⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. p. 119.

⁹⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. p. 120.

⁹⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. p. 125.

Ademais, a tipicidade, atualmente, não se esgota na mera subsunção do fato à norma, exige-se que a conduta seja de fato ofensiva ou, no mínimo, que gere um perigo de lesão ao bem jurídico, ou seja, a agressão ao bem deve ser considerada intolerável e, portanto, um requisito sem o qual a tutela penal não pode ser considerada legítima¹⁰⁰. E é essa exigência que configura a tipicidade material, que revela um juízo de desvalor ético-social e uma "[...] carga valorativa contida no tipo, que permite a este último desempenhar importante função seletiva sobre as mais variadas formas de comportamento humano [...]"¹⁰¹, estabelecendo o que é admitido e proibido no âmbito penal.

Nesse sentido, ressalta Mauricio Antonio Ribeiro Lopes que

O juízo de tipicidade, para que tenha efetiva significância e não atinja fatos que devam ser estranhos ao Direito Penal, por sua aceitação pela sociedade ou dano social irrelevante, deve entender o tipo, na sua concepção material, como algo dotado de conteúdo valorativo, e não apenas sob seu aspecto formal, de cunho eminentemente diretivo.¹⁰²

Sendo assim, a análise da tipicidade material serve também para discriminar os fatos atípicos, tendo em vista que, diante da inexistência de ofensividade de uma determinada conduta - quando os bens jurídicos não são afetados de forma significativa -, os fundamentos descritos ensejariam a não incidência do Direito penal sobre o fato, mas isso, no entanto, não o deixaria à mercê do controle jurídico¹⁰³, isto é, outro ramo do direito poderia impor as sanções necessárias e convenientes. Quanto ao alegado, dispõe Luiz Flávio Gomes que

[...] quando o fato é reconhecidamente insignificante ou de mínima ofensividade (um furto de muito poucos reais, p. ex.), parece mais correto, proporcional, política e criminalmente melhor a não incidência do Direito penal, o que significaria em última instância uma forma de despenalização da referida conduta.¹⁰⁴

Tem-se, assim, que a necessidade de proteção ao bem jurídico e a exigência de ofensividade a ele podem ser consideradas como requisitos para a atuação do presente Direito penal objetivo, refutando-se, assim, uma concepção puramente formal do Direito penal¹⁰⁵. Não pode, assim, o juiz ser mero aplicador da lei, na sua literalidade, tendo em vista que, conforme salienta Claus Roxin, citado por Luiz Flávio Gomes, tipo penal deve apanhar "[...]

¹⁰⁰ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no Direito Penal**. p. 117-118.

¹⁰¹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. p. 127.

¹⁰² LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no Direito Penal**. p. 117.

¹⁰³ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. p. 75.

¹⁰⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. p. 73.

¹⁰⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. p. 76.

conceitualmente só o âmbito de punibilidade que seja indispensável para a proteção do bem jurídico"¹⁰⁶.

O fato de se penalizar condutas irrelevantes por sequer afetarem bem jurídico algum seria desproporcional, diante do princípio da proporcionalidade e proibição de excesso¹⁰⁷, além de acarretar desequilíbrios em relação à própria moral do sistema penal e afetar diretamente em seus custos¹⁰⁸. E tal fato afeta diretamente a eficácia e celeridade do próprio sistema da justiça criminal, com a sobrecarga de trabalho com o excesso de casos de bagatela¹⁰⁹.

Gustavo L. Vitale, ao ser mencionado por Luiz Flávio Gomes, muito bem dispôs que

[...] a estigmatização que o próprio processo penal gera, o labor dos funcionários e empregador do Poder Judiciário avocados à investigação e análise destes fatos, o tempo e esforço empregado por aqueles que devem colaborar de outro modo com a Justiça (como é o caso das testemunhas ou dos peritos) e o custo econômico que a atividade judicial demanda, são tão só alguns outros inconvenientes que demonstram a não necessidade do controle penal das insignificâncias e, particularmente da colocação em funcionamento da engrenagem judicial. A pena para as bagatelas, então, longe de constituir uma resposta institucional necessária, seria na verdade um meio irracional, desproporcional em relação aos fatos aos que se aplica, que provocaria males inaceitavelmente maiores que aqueles que com a pena procura se evitar.¹¹⁰

Portanto, o mais adequado e até mesmo justo, então, é a descriminalização da conduta, a qual, para Odone Sanguiné,

[...] se baseia em que: a) os custos sociais para a ordem pública no caso de se manter a incriminação e persecução penal resultariam superiores aos benefícios; b) seria eficaz e seguro alívio da justiça criminal, dado o caráter massivo desta criminalidade, pois, do contrário, haveria o perigo de sobrecarregar o sistema penal com prejuízo à efetividade da tutela jurisdicional em relação aos fatos mais graves; c) os autores desses fatos (shoplifters) são muitas vezes pessoas que não cometem outros crimes e que, por isso, não terão quaisquer outros contatos com a experiência traumatizante do sistema penal; d) a tutela da propriedade sempre poderá contar com o recurso à proteção jurídico-civil.¹¹¹

¹⁰⁶ ROXIN, Claus. *Sentido y límites de la pena estatal, Problemas básicos Del Derecho penal*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976. p. 21 *Apud* GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 77.

¹⁰⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. p. 84.

¹⁰⁸ SANGUINÉ, Odone. **Observações sobre o princípio da insignificância**. p. 49.

¹⁰⁹ MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal**. p. 68.

¹¹⁰ VITALE, Gustavo L. *Princípio de insignificancia y error. Sobre la base de casos*. Neuquén: *Publicación de Derecho Penal de La Facultad de Derecho y Ciencia Sociales de La Universidad Nacional Del Comahue* (Argentina), 1998. p. 22 *Apud* GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 77.

¹¹¹ SANGUINÉ, Odone. **Observações sobre o princípio da insignificância**. p. 49.

Ademais, não se pode confundir o princípio da insignificância com a irrelevância penal do fato, em que pese ambos afastem a responsabilidade penal, diante de um fato irrelevante. De acordo com Flávio Luiz Gomes, o princípio da insignificância deve ser entendido como a infração bagatela própria, ou seja, aquela que já nasce com a ausência seja do desvalor do resultado, do desvalor da ação ou de ambos, sendo, dessa forma, formalmente típica, mas desprovida da materialidade da tipicidade¹¹². Atua a insignificância, portanto, como causa de exclusão da tipicidade, sendo matéria da teoria do delito¹¹³. Já a irrelevância penal do fato configura a bagatela imprópria, que a se origina relevante para o Direito penal, sendo formal e materialmente típica, mas a penalização mostra-se desnecessária. Encontra o seu fundamento jurídico no artigo 59 do Código Penal¹¹⁴ e atua, assim, como excludente da punibilidade, sendo pertencente à teoria da pena¹¹⁵.

Luiz Flávio Gomes salienta que para ser reconhecida a irrelevância penal do fato

[...] múltiplos fatores, portanto, devem ocorrer: ínfimo desvalor da culpabilidade, ausência de antecedentes criminais, reparação dos danos ou devolução do objeto, reconhecimento da culpa, colaboração com a justiça, o fato de o agente ter sido processado, o fato de ter sido preso ou ter ficado preso por um período etc.¹¹⁶

Portanto, percebe-se que, no tocante à irrelevância penal do fato, podem ser considerados fatores pessoais do agente, como a culpabilidade, vida pregressa, antecedentes criminais, pois se discute a necessidade da aplicação da pena¹¹⁷, enquanto, no princípio da insignificância, não há falar em averiguação de critérios pessoais, pois, para se perquirir acerca da tipicidade, deve ser analisado o fato de forma objetiva¹¹⁸.

Sendo assim, deveria haver uma identificação das distinção aqui abordadas, a fim de que a jurisprudência não aplicasse de forma indistinta tais princípios e conceitos. No entanto, sendo limite interpretativo, como muito bem salientou Gustavo L. Vitale, ao ser citado por Luiz Flávio Gomes, cabe ao aplicador do Direito a análise do caso concreto, a fim de se perquirir acerca da aplicação do princípio da insignificância¹¹⁹.

¹¹² GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. p. 94.

¹¹³ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. p. 43.

¹¹⁴ BRASIL. Decreto-Lei n. 2848, de 07 de dezembro de 1940. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 23 out. 2013.

¹¹⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. p. 43.

¹¹⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. p. 44.

¹¹⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. p. 97.

¹¹⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. p. 97.

¹¹⁹ VITALE, Gustavo L. *Princípio de insignificancia y error. Sobre la base de casos*. Neuquén: *Publicación de Derecho Penal de La Facultad de Derecho y Ciencia Sociales de La Universidad Nacional Del Comahue* (Argentina), 1998. p. 22. *Apud* GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 57.

2.4 POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

De acordo com as novas técnicas de desconsideração da tipicidade originadas na doutrina, passou-se a reconhecer amplamente a "[...] atipicidade material de condutas levemente agressivas ou lesivas aos bens jurídicos protegidos pela lei penal, mediante a aplicação do princípio da insignificância"¹²⁰.

A primeira decisão do Supremo Tribunal federal que utilizou o princípio da insignificância foi através do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 66869-1, da 2ª Turma, em 06 de dezembro de 1988, conforme salienta Odone Sanguiné¹²¹, sendo assim ementada:

Acidente de Trânsito . Lesão Corporal. Inexpressividade da lesão. Princípio da insignificância. Crime não configurado.

Se a lesão corporal (pequena esquimose) decorrente de acidente de trânsito é de absoluta insignificância, como resulta dos elementos dos autos - e outra prova não seria possível fazer-se tempos depois - há de impedir-se que se instaure ação penal que a nada chegaria, inutilmente sobrecarregando-se as Varas criminais, geralmente tão oneradas. (RHC nº 66.869-1, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, votação unânime, j. em 06.12.1988, Relator Ministro Aldir Passarinho).¹²²

Extrai-se deste julgado que foi levado em consideração apenas o desvalor do resultado, tendo em vista a relevância da consideração de que a conduta gerou inexpressiva lesão ao bem jurídico tutelado.

Durante muitos anos, não se teve uma jurisprudência bem definida a respeito da forma de aplicabilidade do princípio da insignificância, embora fosse difundida a sua utilização, como demonstra o inteiro teor dos exemplos a seguir do Supremo Tribunal Federal:

[...] Uma vez verificada a insignificância jurídica do ato apontado como delituoso, impõe-se o trancamento da ação penal por falta de justa causa. A isto direcionam os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Consubstancia ato insignificante a contratação isolada de mão-de-obra, visando à atividade de gari, por município, considerado período diminuto, vindo o pedido formulado em reclamação trabalhista a ser julgado improcedente, ante a nulidade da relação jurídica por ausência do concurso público.¹²³

[...] A apreensão de nota falsa com valor de cinco reais, em meio a outras notas verdadeiras, nas circunstâncias fáticas da presente impetração, não cria lesão

¹²⁰ MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal**. p. 71.

¹²¹ SANGUINÉ, Odone. . **Observações sobre o princípio da insignificância**. p. 36.

¹²² SANGUINÉ, Odone. . **Observações sobre o princípio da insignificância**. p. 36.

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 77003/PE. Relator: Min. Marco Aurélio. 16 jun. 1998. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 24 out. 2013.

considerável ao bem jurídico tutelado, de maneira que a conduta do paciente é atípica.¹²⁴

Depois de muitos julgados, o Supremo Tribunal Federal, através do Habeas Corpus nº 84.412/SP¹²⁵, com a relatoria de Celso de Mello, estabeleceu critérios para aplicação do princípio da insignificância, conforme se observa¹²⁶:

[...] O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) 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 - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR". - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.¹²⁷

Assim, passou-se amplamente a utilizar tais critérios, a fim de se aplicar o princípio da insignificância, quais sejam: a) ausência de periculosidade social da ação; b) mínima idoneidade ofensiva da conduta; c) falta de reprovabilidade da conduta, e d) inexpressividade da lesão jurídica causada. Esses critérios, então, devem ser analisados pelo aplicador do direito no caso concreto, levando-se sempre em consideração todos os fundamentos acima analisados, como a fragmentariedade, a subsidiariedade, a intervenção mínima, a proporcionalidade, dentre outros.

Ressalta, no inteiro teor, o Min. Celso de Mello que

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 83526/CE. Relator: Min. Joaquim Barbosa. 16 mar. 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 24 out. 2013.

¹²⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. p. 16.

¹²⁶ Nesse mesmo sentido: Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 118014, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, 21 ago. 2013; Habeas Corpus nº 108125, Relator: Min. LUIZ FUX, 25 abr. 2012; Habeas Corpus nº 104530, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, 07 dez. 2010; Habeas Corpus nº 90747, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, 18 dez. 2009.

¹²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84412/SP. Relator: Min. Celso de Mello. 19 out. 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 24 out. 2013.

[...] Como se sabe, o princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material, consoante assinala expressivo magistério doutrinário na análise do tema em referência [...]

Isso significa, pois, que o sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificarão quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade.¹²⁸

Apesar da criação desses vetores, o Supremo Tribunal Federal não elucidou a aplicação de cada um, bem como não deixou claro a necessidade de ocorrência concomitante dos mesmos ou não¹²⁹, deixando-se a critério, então, do juízo valorativo do aplicador do Direito. No entanto, tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça já decidiram pela necessidade de simultaneidade da ocorrência de tais critérios, conforme as decisões:

[...] O princípio da insignificância -- que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal -- tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado -- que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) 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 -- apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O postulado da insignificância e a função do direito penal: de minimis, non curat praetor. O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor -- por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes -- não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.¹³⁰

[...] Como já analisou o Min. Celso de Mello, no precedente acima apontado, o princípio da insignificância tem como vetores "a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade

¹²⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84412/SP. Relator: Min. Celso de Mello. 19 out. 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 24 out. 2013.

¹²⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. p. 22.

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 92463/RS. Relator: Min. Celso de Mello. 16 out. 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 25 out. 2013.

do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada." (HC 84.412/SP).

No presente caso, considero que tais vetores não se fazem simultaneamente presentes. Consoante o critério da tipicidade material (e não apenas formal), excluem-se os fatos e comportamentos reconhecidos como de bagatela, nos quais têm perfeita aplicação o princípio da insignificância. O critério da tipicidade material deverá levar em consideração a importância do bem jurídico possivelmente atingido no caso concreto.

[...]

No caso em tela, a lesão se revelou significativa não obstante o bem subtraído ser inferior ao valor do salário mínimo. Vale ressaltar, que há informação nos autos de que o valor "subtraído representava todo o valor encontrado no caixa (fl. 11), sendo fruto do trabalho do lesado que, passada a meia-noite, ainda mantinha o trailer aberto para garantir uma sobrevivência honesta." Portanto, de acordo com a conclusão objetiva do caso concreto, entendo que não houve inexpressividade da lesão jurídica provocada.¹³¹

[...] Conforme entendimento assentado nesta Corte a partir do julgamento do HC 84.412/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, para que a infração seja considerada insignificante devem estar presentes, concomitantemente, os seguintes vetores: i) mínima ofensividade da conduta; ii) nenhuma periculosidade social da ação; iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Tenho que, no caso em debate, é possível verificar a presença de todos os mencionados requisitos, de modo que a aplicação do princípio da insignificância é medida que se impõe.¹³²

[...] De acordo com a jurisprudência deste Tribunal, a aplicação do princípio da insignificância, como causa de atipicidade da conduta, é cabível desde que presentes os seguintes requisitos: conduta minimamente ofensiva, ausência de periculosidade do agente, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica inexpressiva.¹³³

[...] Para a aplicação do referido postulado, devem ser obedecidos quatro requisitos, a saber: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.¹³⁴

Em que pese tal entendimento, Luiz Flávio Gomes diverge do mesmo, alegando que tais critérios não necessitam estar presentes ao mesmo tempo para poder se aplicar a insignificância, podendo essa ser aplicada quando houver desvalor da ação, ou desvalor do resultado ou a combinação de ambos¹³⁵.

¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 96813/RJ. Relator: Min. Ellen Gracie. 31 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> Acesso em: 24 out. 2013.

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 115505/MG. Relator: Min. Luiz Fux. 11 jun. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 24 out. 2013.

¹³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 210541/SP. Relator: Min. Moura Ribeiro. 01 out. 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/> Acesso em: 25 out. 2013.

¹³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 83144/DF. Relator: Min. Og Fernandes. 21 jun. 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/> Acesso em: 24 out. 2013.

¹³⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. p. 17.

Como também, impõe salientar que esses critérios precisam ser adequadamente utilizados, o que exige uma análise criteriosa de cada um deles, levando-se em conta o princípio no qual eles se aplicam, qual seja o princípio da insignificância. E isso será feito quando da análise da aplicação do princípio da insignificância ao delito de descaminho, tendo em vista a necessidade da análise do caso concreto, passando-se agora, portanto, ao entendimento acerca do delito de descaminho.

3 O CRIME DE DESCAMINHO

3.1 A DISTINÇÃO ENTRE DESCAMINHO E CONTRABANDO

Assim dispõe o artigo 334 do Código Penal

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

§ 1º - Incorre na mesma pena quem:

- a) pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei;
- b) pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando ou descaminho;
- c) 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;
- d) adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal, ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos.

§ 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 ou descaminho é praticado em transporte aéreo.¹³⁶

Depreende-se de tal artigo as figuras típicas do contrabando e do descaminho, sendo necessário, portanto, a sua distinção. Na visão de Nélson Hungria, o contrabando significa "[...] a clandestina importação ou exportação de mercadorias cuja entrada no país, ou saída dele, é absoluta ou relativamente proibida"¹³⁷, ou seja, trata-se da importação ou exportação de mercadoria proibida em lei. Já, para o mesmo autor, o descaminho trata-se da "[...] fraude tendente a frustrar, total ou parcialmente, o pagamento de direitos de importação ou exportação do imposto de consumo (a ser cobrado na própria aduana) sobre mercadorias"¹³⁸, ou seja, ocorre quando a pessoa importa ou exporta mercadoria lícita, mas sem o recolhimento do imposto devido.

A principal diferença entre o contrabando e o descaminho consiste no fato de o descaminho ser crime que envolve o inadimplemento de uma obrigação tributária, tendo em

¹³⁶ BRASIL. Código Penal - Decreto Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm Acesso em: 26 out. 2013.

¹³⁷ HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 430.

¹³⁸ HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. p. 430.

vista que a sua consumação atribui-se à ocorrência de um fato gerador de tributos¹³⁹. E o contrabando, por sua vez, não trata de questões envolvendo tributos, pois, através dele, veda-se a importação e exportação de mercadorias proibidas¹⁴⁰, em que não há falar em averiguação do pagamento do imposto, pois sequer podem ingressar no território nacional, protegendo-se, assim, a moral, a higiene, a segurança e a saúde públicas.

Ambos os delitos encontram-se no capítulo do Código Penal que trata dos crimes contra a Administração Pública, mas há divergência quanto ao enquadramento do descaminho no âmbito dos crimes contra a Administração Pública, exigindo-se, assim, uma análise em relação ao seu bem jurídico tutelado.

3.2 O BEM JURÍDICO TUTELADO PELO DESCAMINHO

Como já referido, o delito de descaminho encontra-se no capítulo do Código Penal destinado aos crimes contra a Administração Pública. Convém salientar que o conceito de Administração Pública, no Direito penal, é diferente do conceito estabelecido no âmbito do Direito administrativo, no qual é utilizado para designar órgãos destinados a consecução da finalidade pública. No Direito penal, a Administração Pública diz respeito ao prestígio de que goza o Poder Público perante os seus administrados, sendo um conceito mais próximo da ideia de moralidade administrativa, em que pese não se trata dela, pois tal prestígio deriva da moralidade referida, ou seja, uma Administração que se pauta pela moralidade é prestigiada pelos seus cidadãos.

Há doutrinadores e parte da jurisprudência mais conservadora que entendem que o delito de descaminho deve ser classificado como delito contra a Administração Pública. Em tais crimes é o prestígio acima referido que é maculado, vilipendiado. Defendem, então, que o bem jurídico tutelado pelo delito de descaminho, além do prestígio do Poder Público, é o interesse econômico estatal, protegendo-se a mercadoria nacional e a própria economia¹⁴¹, principalmente, tendo em vista a característica extrafiscal dos tributos, ou seja, atuando, como dispôs Luiz Regis Prado,

¹³⁹ Entendem da mesma forma: PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial, arts. 250 a 359H. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008. p. 569-570; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 218.

¹⁴⁰ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial, arts. 250 a 359H. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008. p. 570.

¹⁴¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial, arts. 250 a 359H. p. 570.

[...] quer na elevação do imposto de exportação, para fomentar o abastecimento interno, quer na sua sensível diminuição ou isenção, para estimular o ingresso de dívida estrangeira no país. O mesmo ocorre no imposto de importação, cuja elevação ou isenção tem por escopo ora proteger o produtor nacional, ora proteger a própria nação da especulação por este engendrada e, ainda, suprir necessidades vitais do Estado.¹⁴²

Nesse sentido, há entendimento convergente do Superior Tribunal de Justiça:

O bem jurídico protegido pela norma em tela é mais do que o mero valor do imposto. Engloba a própria estabilidade das atividades comerciais dentro do país, refletindo na balança comercial entre o Brasil e outros países. O produto inserido no mercado brasileiro, fruto de descaminho, além de lesar o fisco, enseja o comércio ilegal, concorrendo, de forma desleal, com os produzidos no país, gerando uma série de prejuízos para a atividade empresarial brasileira.¹⁴³

No entanto, defendem outros doutrinadores e parte da jurisprudência a classificação do descaminho como crime contra a ordem tributária. Durval Carneiro Neto critica o entendimento de que o descaminho trata-se de crime contra a Administração Pública pela sua mera disposição no Código Penal entre tais delitos, sob a alegação de que

Primeiro por uma razão histórica, porque à época da edição do Código Penal de 1940 ainda não havia tipificação geral dos crimes contra a ordem tributária, existindo apenas o tipo do art.334 referente ao contrabando e descaminho. Naquele contexto, as demais condutas violadoras da ordem tributária somente poderiam mesmo ser enquadradas como crimes contra a Administração ou ainda como estelionato ou falsidade. Com o advento da Lei n. 4.729/65, e depois com a Lei n. 8.137/90, a matéria passou a ser tratada em legislação penal específica, porém ainda assim o legislador optou por manter a tipificação do descaminho no art. 334 do CP, alterando apenas a redação da norma original.

Em segundo lugar, o referido argumento cai por terra diante do fato de que outros delitos vieram a ser também inseridos na redação do Código Penal, não obstante lhes tenha sido conferido o tratamento jurídico comum a todos os crimes fiscais. É o que ocorre, v.g., com o crime de sonegação de contribuição previdenciária (art.337-A do CP, introduzido pela Lei 9.983/2000, no mesmo capítulo dos crimes contra administração pública). Saliente-se que, antes da introdução deste dispositivo no Código Penal, a tipicidade da conduta se dava nos termos da referida legislação penal especial (art. 1º, I, da Lei n. 8.137/90 c/c art. 95 da Lei n. 8.212/91). O mesmo se deu com o tipo penal de apropriação indébita previdenciária, que também veio a ser posteriormente introduzido no Código Penal (art.168-A).¹⁴⁴

¹⁴² PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial, arts. 250 a 359H. p. 570-571.

¹⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 218.961/SP. Relatora: Min. Laurita Vaz. 02 nov. 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 02 nov. 2013.

¹⁴⁴ CARNEIRO NETO, Durval. A atipicidade do descaminho quando há perdimento de mercadoria. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7895>. Acesso em: 02 nov. 2013

Nesse sentido, afirma José Paulo Baltazar Junior que

De notar que o descaminho, embora arrolado no CP entre os crimes contra a administração pública, atenta contra a ordem tributária, na medida em que se configura pela ilusão do direito ou imposto devido por entrada, saída ou consumo de mercadorias, configurando uma infração penal tributária aduaneira. Em verdade, então, o descaminho é o mais antigo dos crimes contra a ordem tributária.¹⁴⁵

Esse entendimento ressalta a importância da proteção da indústria nacional, através, principalmente, da arrecadação de impostos destinados a induzir o comportamento do mercado, ou seja, tributos exigidos em território aduaneiro dotados de função extrafiscal, os quais "[...] buscam desequilibrar a concorrência com os agentes econômicos localizados no exterior"¹⁴⁶.

Como também, César Roberto Bitencourt ensina que o

Bem jurídico tutelado, como em todas as infrações penais constantes do Título XI do Código Penal, Parte Especial, é a Administração Pública, no plano genérico. O bem jurídico tutelado específico, no entanto - a despeito de todos os fundamentos que se têm procurado atribuir à criminalização do contrabando ou descaminho -, é, acima de tudo, a salvaguarda dos interesses do erário público, diretamente atingido pela evasão de renda resultante dessas operações clandestinas ou fraudulentas.¹⁴⁷

Leandro Paulsen também enquadra o descaminho entre os crimes tributários¹⁴⁸, bem como dispõe Márcia Domitila Lima de Carvalho que “[...] no tocante ao objeto jurídico, a norma concernente ao descaminho envolve primordialmente interesses do Fisco, embora, consoante já ressaltado, a intensidade da carga tributária, em matéria de exportação e importação, seja norteadada por finalidades extrafiscais”¹⁴⁹.

Essa extrafiscalidade atribuída aos impostos em discussão, inclusive, encontra respaldo na própria Constituição Federal, a qual salienta que o imposto de importação - artigo 153, inciso I - e o imposto de exportação - artigo 153, inciso II - não se sujeitam às regras da anterioridade geral, que é a aquela que não permite que o tributo seja cobrado no mesmo

¹⁴⁵ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 216.

¹⁴⁶ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. p. 216.

¹⁴⁷ BITENCOURT, César Roberto. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1103.

¹⁴⁸ PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário: completo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 363.

¹⁴⁹ CARVALHO, Márcia Domitila Lima de. **Crimes de contrabando e descaminho**. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 11

exercício financeiro em que a lei foi criada - artigo 150, inciso III, alínea "b", incluindo-se, aqui, também a noventena - artigo 150, inciso III, alínea "c", de acordo com o artigo 150, § 1º. Outro fator é a possibilidade de modificação da alíquota via decreto, respeitada a máxima disposta em lei, conforme o artigo 21 do Código Tributário Nacional¹⁵⁰.

José de Castro Meira, citado por Luiz Antonio Bonat, dispõe, quanto à extrafiscalidade dos impostos de importação e exportação, que "[...] são instrumentos destinados à execução da política comercial de modo a preservar o interesse do País nas relações comerciais com o exterior, ao lado de outros instrumentos como as políticas cambial e monetária"¹⁵¹.

Já Márcia Dometila Lima de Carvalho, de forma mais radical, entende que o descaminho pode ser compreendido como uma forma de sonegação fiscal, estando muito próximo às infrações de natureza tributária e administrativa relacionadas ao trânsito de mercadorias nas linhas limítrofes do país¹⁵². No entanto, aduz que a única diferença entre o crime de descaminho e a infração fiscal encontra-se no elemento subjetivo, qual seja o dolo, sendo esta exigência para a configuração do delito e não o mero resultado, como nos casos de infração fiscal¹⁵³.

Nesse sentido, também há entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, conforme os seguintes trechos¹⁵⁴:

Assim, em se tratando do crime descrito na primeira figura do artigo 334 do Código Penal (descaminho), vale dizer, entrada ou saída de mercadoria permitida sem o recolhimento do tributo devido, em que o bem jurídico tutelado é a ordem tributária, a irrisória lesão ao Fisco conduz à própria atipicidade material da conduta.¹⁵⁵
Embora o crime de descaminho encontre-se, topograficamente, na parte destinada pelo legislador penal aos crimes praticados contra a Administração Pública, predomina o entendimento no sentido de que o bem jurídico imediato que a norma insere no art. 334 do Código Penal procura proteger é o erário público, diretamente atingido pela evasão de renda resultante de operações clandestinas ou fraudulentas.¹⁵⁶

¹⁵⁰ BRASIL. Lei nº 5.172, de 28 de outubro de 1966, Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm Acesso em: 03 nov. 2013.

¹⁵¹ MEIRA, José de Castro. Imposto sobre o comércio exterior. RTRF-5.ª R., v. 1, p. 13, 1989. *Apud* BONAT, Luiz Antonio. Crimes relacionados com o comércio exterior. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). **Importação e exportação no direito brasileiro**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007.p. 312.

¹⁵² CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Crimes de contrabando e descaminho**. p. 31.

¹⁵³ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Crimes de contrabando e descaminho**. p. 31.

¹⁵⁴ No mesmo sentido dos transcritos: no Supremo Tribunal Federal - Habeas Corpus nº 85942, Relator: Min. LUIZ FUX, 01 ago.2011; Habeas Corpus nº 85942, Relator: Min. LUIZ FUX, 01 ago. 2011; no Superior Tribunal de Justiça - Habeas Corpus nº 255.617/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, 26 mar. 2013; Recurso Especial nº 1322847/SP, Relatora: Ministra: LAURITA VAZ, 07 ago. 2012; Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 36.570/MG, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, 10 jun. 2013; Recurso Especial nº 1362311/SC, Relatora: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, 28 out. 2013.

¹⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1254869/PR. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. 05 set. 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 01 nov. 2013.

¹⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 36.570/MG, Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. 28 maio 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 02 nov. 2013.

Embora o delito de descaminho esteja descrito na parte destinada aos crimes contra a Administração Pública no Código Penal, motivo pelo qual alguns doutrinadores afirmam que o bem jurídico primário por ele tutelado seria, como em todos os demais ilícitos previstos no Título IX do Estatuto Repressivo, a Administração Pública, predomina o entendimento de que com a sua tipificação busca-se tutelar, em primeiro plano, o erário, diretamente atingido pela ilusão do pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria.¹⁵⁷

E, de fato, o presente trabalho filia-se a essa posição. Primeiramente, convém destacar que o descaminho trata-se de uma norma penal em branco ao que se refere à expressão "[...] direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria" contida no tipo penal, a qual, portanto, deve ser "[...] complementada por leis ou atos administrativos que regulam o ingresso ou a saída de mercadoria do nosso país"¹⁵⁸.

E está clara tal característica, pois, a norma penal em branco, conforme os ensinamentos de Pablo Rodrigo Alflen da Silva, apresenta quatro características próprias, que se encontram presentes no delito de descaminho, quais sejam

[...] Em primeiro lugar, pode-se observar que somente podem ser designadas como leis penais em branco aquelas que tipificam delitos. Neste aspecto, ficam fora de consideração os dispositivos estabelecidos na Parte Geral do Código Penal, em seu conjunto, pois formam uma estrutura diversa, sendo sua aplicabilidade comum a todas as figuras típicas, tanto da Parte Especial do Código Penal como de outras leis. Do mesmo modo, quanto às disposições da Parte Especial, que tem por objeto regular de maneira particularizada questões pertencentes à Parte Geral.

Em segundo lugar, são leis penais em branco aquelas que confiam a outro dispositivo somente a especificação (ou individualização) da matéria de proibição. Portanto, é necessário que a lei contenha o núcleo essencial da proibição [...]. Deve, por conseqüência, ser satisfeita a exigência de certeza, em outras palavras, é necessário que se dê a concreção suficiente para que a conduta qualificada como delitiva seja estabelecida de modo suficientemente preciso, resultando, dessa forma, salvaguardada a função de garantia da lei penal com a possibilidade de conhecimento da atuação penalmente cominada.

Em terceiro lugar, tem-se que o mais peculiar nas leis penais em branco é o emprego da técnica de remissão. Que, aliás, é outro aspecto que as distingue de tipos abertos ou dos tipos que empregam elementos normativos ou de conteúdo indeterminado.

Em quarto lugar, esta remissão pode ser expressa ou tácita, pois não se pode excluir a possibilidade de ocorrência de remissão implícita, do mesmo modo, é necessário que, em qualquer hipótese, se justifique em razão do bem jurídico protegido penalmente.¹⁵⁹

¹⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 255.617/RS. Relator: Min. Jorge Mussi. 19 mar. 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 02 nov. 2013.

¹⁵⁸ ESTEFAM, André. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 316.

¹⁵⁹ ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. **Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco: aspectos críticos e fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 77-78.

Sendo assim, a fim de complementar a norma, levando-se, principalmente, em conta o artigo 153 da Constituição Federal, tem-se que os impostos envolvidos em tal delito são os sobre a importação de produtos estrangeiros; sobre a exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; e sobre produtos industrializados, sendo que esse, conforme Luiz Regis Prado, substituiu o antigo imposto de consumo¹⁶⁰. Ademais, salienta José Baltazar Junior que não há falar no cômputo de PIS e COFINS, a fim de se apurar o valor dos impostos devidos¹⁶¹. Neste mesmo sentido, então, também se pacificou o entendimento jurisprudencial e, portanto, complementou-se a norma penal em branco do descaminho, exigindo-se apenas cômputo dos impostos de importação ou exportação e sobre produtos industrializados¹⁶².

Logo, tem-se que o bem jurídico protegido pelo descaminho é, primordialmente, a ordem tributária, diante da suma importância do objetivo da arrecadação do tributo de importação, de exportação e de produto industrializado em relação à entrada ou saída de mercadoria do território nacional. E a relevância da função desses impostos não deve ser vista de maneira isolada, ou seja, como mero instrumento arrecadador, mas, sim, deve-se levar em consideração a função dessa arrecadação.

A arrecadação tutelada pelo delito de descaminho, através dos impostos de importação e exportação envolvidos, transcende à noção de mera fonte de custeio ao erário público, tendo em vista que, como já referido, ela serve de importante instrumento de intervenção no domínio econômico, pois se destina a estimular ou reprimir a entrada de mercadorias no território nacional, bem como a sua saída dele¹⁶³. Sendo assim, a extrafiscalidade faz com que ela própria reflita de variadas formas em diversos setores, tais como o político, o social e o econômico.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, em relação aos impostos de importação e exportação, já entendeu que há "[...] função predominante extrafiscal, por ser muito mais um

¹⁶⁰ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial, arts. 250 a 359H. p. 572.

¹⁶¹ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. p. 223.

¹⁶² No mesmo sentido: no Superior Tribunal de Justiça - Recurso Especial nº 1202274/PR, Relatora: Ministra LAURITA VAZ, 10 out. 2011; no Tribunal Regional Federal da 4ª Região - Apelação Criminal nº 0011044-32.2008.404.7002, Relator: Marcelo de Nardi, 07 nov. 2013; Apelação Criminal nº 2008.71.05.001060-0, Relatora: Salise Monteiro Sanchotene, 24 out. 2013.

¹⁶³ Nesse sentido, ressalva a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 2ª Região: Apelação em Mandado de Segurança nº 65477/RJ 2006.51.01.009300-0, Relatora: Tania Heine, 04 set. 2007; bem como do Tribunal Regional Federal da 3ª Região - Apelação Cível nº 14384/SP 2001.61.00.014384-9, 30 set. 2010; Agravo de Instrumento nº 50397/SP 2003.03.00.050397-5, 09 mai. 2007.

instrumento de proteção da indústria nacional do que de arrecadação de recursos financeiros, sendo valioso instrumento de política econômica”¹⁶⁴.

Convém salientar, ainda, que a ordem tributária, por sua vez, não pode se confundir com o mero interesse da Fazenda Pública¹⁶⁵, sendo aquela o conjunto de normas jurídicas destinadas à regulação da tributação. Já o interesse da Fazenda Pública acaba sendo um interesse secundário da administração.

Sendo assim, conclui-se que o bem jurídico protegido, pelas normas que definem os crimes contra a ordem tributária, não é apenas o interesse da Administração Pública na arrecadação de tributos¹⁶⁶. Rodrigo Sánchez Rios dispõe que nos crimes fiscais há “[...] um bem jurídico imaterial mediato que estaria integrado pela 'função tributária' e um bem jurídico específico imediato com função representativa que estaria construído pelo patrimônio do Erário Público”¹⁶⁷.

José Paulo Baltazar Junior salienta que, em relação aos crimes contra a ordem tributária, o

[...] bem jurídico protegido é a integridade do erário (TRF4, AC 19997.00013749-2/RS, Fábio Rosa, 7ª T., u., 11.2.03), a arrecadação (STJ, CC 96497, Arnaldo Lima, 3ª S., u., 23.9.09) ou a ordem tributária, entendida como o interesse do Estado na arrecadação dos tributos, para a consecução de seus fins. Cuida-se de bem macrossocial, coletivo. Secundariamente, protegem-se a Administração Pública, a fé pública, o trabalho e a livre concorrência, consagrada pela CF como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, IV), uma vez que o empresário sonegador poderá ter preços melhores do que aquele que recolhe seus tributos, caracterizando uma verdadeira concorrência desleal.

Deve ser lembrado que o Estado arrecada para cumprir certas finalidades, de interesse coletivo, não arrecada por arrecadar, devendo aí ser vislumbrado o bem jurídico (Sánchez Rios: 42).¹⁶⁸

No entanto, convém destacar que, conforme o entendimento de José Paulo Baltazar Junior, o descaminho apenas se diferencia dos crimes contra a ordem tributária em geral porque se trata de uma modalidade especial, tendo em vista que envolve os tributos de importação e exportação¹⁶⁹, os quais, como já mencionado, são dotados de extrafiscalidade. Regina Helena Costa transcreve Geraldo Ataliba, em relação à extrafiscalidade, nos seguintes termos

¹⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1996619/PE. Relator: Min. Maurício Corrêa. 26 nov. 1996. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 05 nov. 2013.

¹⁶⁵ MACHADO, Hugo de Brito. **Crimes contra a ordem tributária**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 23.

¹⁶⁶ MACHADO, Hugo de Brito. **Crimes contra a ordem tributária**. p. 22.

¹⁶⁷ RIOS, Rodrigo Sánchez. **O crime fiscal**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998. P. 50.

¹⁶⁸ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. p. 534-535.

¹⁶⁹ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. p. 228.

[...] consiste a extrafiscalidade no uso de instrumentos tributários para a obtenção de finalidades não arrecadatórias, mas estimulantes, indutoras ou coibidoras de comportamentos, tendo em vista outros fins, a realização de outros valores constitucionalmente consagrados.¹⁷⁰

Nesse sentido, vê-se que a extrafiscalidade atribui ao descaminho características também do Direito aduaneiro, bem como aproxima esse ramo do Direito ao Direito tributário. O Direito aduaneiro nada mais é do que "[...] o conjunto de normas jurídicas que disciplinam as relações decorrentes da atividade estatal destinada ao controle do tráfego de pessoas e bens pelo território aduaneiro, bem como à fiscalização do cumprimento das disposições pertinentes ao comércio exterior"¹⁷¹. Trata-se, portanto, de uma espécie de Direito administrativo, ainda que, em algumas vezes, persiga fins tributários¹⁷², como é o caso da sua atuação diante da arrecadação e fiscalização dos tributos envolvendo o comércio exterior¹⁷³, o que faz com que haja uma grande proximidade das duas esferas, embora sejam distintas.

Portanto, o descaminho é um delito tributário aduaneiro¹⁷⁴, devido às suas especificidades. E pode-se concluir, assim, que a arrecadação constitui-se em um meio para a consecução das finalidades dos impostos referidos. Tanto é assim que o pagamento dos tributos devidos torna a conduta lícita, não se levando em consideração a potencialidade de ofensa ao mercado interno. Logo, a função de proteção aos interesses econômicos estatais da extrafiscalidade dos tributos envolvidos configura a dimensão mediata do bem jurídico tutelado, que, inclusive, dá legitimidade à proteção penal do bem, pois revela a sua importância constitucional¹⁷⁵. Já a dimensão imediata é o próprio Erário Público, tendo em vista que é apenas através da ocorrência ou não da devida arrecadação que se é possível verificar a dimensão da ofensividade ao bem jurídico.

¹⁷⁰ ATALIBA, Geraldo. IPTU e progressividade. Revista de Direito Público n 92/233. *Apud* COSTA, Regina Helena. Notas sobre a existência de um direito aduaneiro. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.).

Importação e exportação no direito brasileiro. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007. p. 32.

¹⁷¹ COSTA, Regina Helena. Notas sobre a existência de um direito aduaneiro. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). **Importação e exportação no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p. 37.

¹⁷² COSTA, Regina Helena. **Notas sobre a existência de um direito aduaneiro**. p. 37.

¹⁷³ COSTA, Regina Helena. **Notas sobre a existência de um direito aduaneiro**. p. 31.

¹⁷⁴ Nesse sentido: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 216; COSTA, Regina Helena. Notas sobre a existência de um direito aduaneiro. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). **Importação e exportação no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p. 34.

¹⁷⁵ MARTINEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal económico: parte especial*. Valencia: Tirant ló Blach, 1999. *Apud* FABRA, Suzana Beatriz Alvarez. **A extinção da punibilidade pelo pagamento de tributo nos crimes contra a ordem tributária**: um estudo crítico. 2010. 47 f. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

Logo, a fim de se entender melhor a figura disposta no artigo 334 do Código Penal, passa-se à análise dos sujeitos envolvidos e da sua estrutura dogmática.

3.3 OS SUJEITOS ATIVO E PASSIVO

Para Luiz Regis Prado, o qual, como já referido, parte do entendimento de que se trata de delito contra a Administração Pública, sujeito passivo no descaminho são os entes federativos - União, Estados-membros, Municípios -, visto que a fraude perpetrada enseja no insucesso da arrecadação de impostos desses entes¹⁷⁶, conforme os artigos 153, incisos I e II, 155, §2º e inciso IX, alínea "a", e 158, inciso IV, todos da Constituição Federal.

No entanto, considera-se mais adequada a posição de José Paulo Baltazar Junior, o qual, sob a perspectiva de crime contra a ordem tributária, apenas o Estado pode figurar como sujeito passivo, fazendo ele parte da relação tributária dos impostos de importação e exportação¹⁷⁷. No mesmo sentido Rogério Sanches Cunha salienta que o Estado é o "[...] titular do interesse penalmente protegido, logo, real prejudicado pelas condutas criminosas"¹⁷⁸.

Em relação ao sujeito ativo, por sua vez, não há divergência, pois ambos os entendimentos concluem que trata-se de crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa. Entretanto, normalmente é perpetrado por mais de uma pessoa, ou seja, permite-se a coautoria, o que, presentes os pressupostos para tanto, inclusive pode levar à configuração do crime de quadrilha, ensejando em concurso material do artigo 334 e do artigo 288 do Código Penal¹⁷⁹.

A coautoria, assim, faz com que seja também penalizada a conduta do agente que realiza o transporte da mercadoria, mediante pagamento do proprietário dos bens, respondendo os dois pela conduta delitativa, bem como também se responsabiliza a participação do chamado batedor, que verifica a ocorrência de fiscalização aduaneira, a fim de avisar o

¹⁷⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. p. 571.

¹⁷⁷ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. p. 216.

¹⁷⁸ CUNHA, Rogério Sanches. **Direito Penal**: parte especial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 451.

¹⁷⁹ BRASIL. Código Penal - Decreto Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm Acesso em: 28 out. 2013.

transportador da carga¹⁸⁰. Sendo assim, há responsabilização de todas as condutas que concorrerem para a realização do crime.

Inclusive, pode haver a participação de funcionários públicos¹⁸¹, principalmente dos que trabalham em regiões de fronteira, como, por exemplo, auditores da receita federal, policiais rodoviários federais, etc. Quando isso ocorrer, o funcionário, no entanto, responderá por facilitação de contrabando, que está previsto no artigo 318 do Código Penal e constitui um crime funcional, pois o agente se vale da sua condição de funcionário público para facilitar o descaminho.

Importante salientar que o funcionário público e o sujeito que praticou o descaminho responderão por delito diverso porque os crimes de descaminho e facilitação de contrabando ou descaminho, bem como o de contrabando, excepcionam a ideia da teoria monista ou unitária¹⁸², a qual, disposta no artigo 29 do Código Penal, entende que todos que contribuíram para a prática do delito respondem por ele. No Brasil, no entanto, tal teoria é temperada, mitigada, pois ela comporta exceções.

O particular até pode vir a responder por facilitação ao contrabando ou descaminho, desde que esteja em coautoria com o funcionário público e dessa condição tenha conhecimento. Assim, a condição elementar de funcionário público - condição pessoal - se comunicará ao particular, tendo em vista o artigo 30 do Código Penal.

3.4 A ESTRUTURA DOGMÁTICA DO DESCAMINHO

A tipicidade objetiva do delito de contrabando, como acima exposto, encontra-se no artigo 334 do Código Penal. De tal artigo extrai-se, como elementar do tipo, o verbo iludir, que significa enganar, ludibriar, fraudar, sendo, portanto, a conduta proibida a fraude ao pagamento do tributo devido pela entrada, saída ou consumo de mercadoria, seja total ou parcial¹⁸³. Sendo assim, como consequência do tipo há, além do fato de o agente não arcar com o pagamento dos tributos devidos, a frustração da própria fiscalização¹⁸⁴.

¹⁸⁰ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. p. 216-217.

¹⁸¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial, arts. 250 a 359H. p. 571.

¹⁸² BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. p. 216.

¹⁸³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial, arts. 250 a 359H. p. 572.

¹⁸⁴ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 218.

Há discussão acerca da exigência da efetiva fraude para a configuração do delito. Para Rogério Sanches Cunha, a inexistência de fraude acarreta numa mera infração tributária, diante da ausência de consciência e vontade de iludir a fiscalização¹⁸⁵. Uma vez não ocorrendo a fiscalização pela autoridade aduaneira, sequer se poderia falar em configuração do delito de descaminho.

Ademais, Fernando Capez, citado por Rogério Sanches Cunha, também se coaduna com tal posição, sob a alegação de que

[...] não basta a entrada ou a saída de mercadoria sem o recolhimento do imposto devido, sendo necessário o emprego de algum meio, fraudulento ou não, destinado a iludir, que significa enganar, frustrar, lograr, burlar, não sendo suficiente a mera omissão no recolhimento do tributo. Tivesse a lei empregado o termo elidir, que significa suprimir, aí sim seria suficiente o comportamento omissivo. Não é o caso, contudo, do delito em questão, de modo que o inadimplemento caracteriza o mero débito de natureza fiscal.¹⁸⁶

Seguem entendimentos do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido:

[...] o tipo exige que haja a conduta dolosa de iludir. Ainda que se queira reduzir a importância do referido núcleo, a sua ocorrência é inafastável. É regra basilar de interpretação que, em princípio, nenhuma palavra do texto legal é supérflua. Iludir, vale lembrar, é sim, também, deixar de cumprir ou de executar mas utilizando truques ou engabelamentos. É enfim, enganar.

Pois, este elemento deve ser realizado de forma, é óbvio, dolosa. Não há que se falar, data venia, de dolo específico ou de elemento subjetivo adicional (especial fim de agir). É só o dolo de iludir (no todo, ou em parte,...) que, por sua vez, se apresenta indispensável (art. 18, parágrafo único do CP c/c o art. 5o, inciso II, da Carta Magna).¹⁸⁷

[...] Iludir traduz idéia de enganar, mascarar a realidade, simular, dissimular, enfim, o agente valer-se de expediente para dar impressão, na espécie, de não praticar conduta tributável. Há, pois, fraude. Esta, por seu turno, no sentido de valer-se de "mis-en-scène", pode acontecer tanto por ação, como por omissão. No primeiro caso, ilustrativamente, procurar evidenciar a mercadoria "a", como "b", no segundo, se a pessoa indagada pelo agente alfandegário se porta objeto tributável, fingindo não compreender, deixar de responder, ou não tomar a iniciativa de evidenciar o fato. Num caso, como noutro, evidente o dolo. Há, configuração, nítido propósito de não efetuar o pagamento. Exigível, pois, o dolo de iludir.¹⁸⁸

Em contrapartida, José Paulo Baltazar Junior dispõe que não se deve exigir que a conduta seja ardilosa, pois a consumação dá-se com a mera frustração do recolhimento do

¹⁸⁵ CUNHA, Rogério Sanches. **Direito Penal**: parte especial. p. 452.

¹⁸⁶ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte especial. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2004. P. 514 *apud* CUNHA, Rogério Sanches. **Direito Penal**: parte especial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 452.

¹⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 259504/RN. Relator: Min. Feliz Fischer. 18 mar. 2002. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 19 nov. 2013.

¹⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 111.501/SE. Relator: Min. Luiz Vicente Cerechiaro. 12 abr. 1999. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 19 nov. 2013.

imposto, principalmente levando-se em consideração que a lei expressamente prevê a forma artilosa quando a exige para a configuração do delito, comparando-se aos demais dispositivos do Código Penal - como nos artigos 171 e seguintes, por exemplo¹⁸⁹.

Luiz Antonio Bonat, ao analisar esse entendimento, ressalta o dever de todos os cidadãos o adimplemento dos tributos devidos, mormente no que tange ao imposto de importação, que possui como fato gerador a entrada de mercadoria em território nacional, havendo, nesse momento, a necessidade de apresentação da mercadoria para fins de aferição da prescindibilidade do pagamento do tributo, bem como de formalização do procedimento¹⁹⁰. O mesmo autor aduz que "[...] se a bagagem ou a mercadoria não é apresentada à tributação, automaticamente está sendo enganada a fiscalização e iludido, portanto, o pagamento dos tributos dolosamente"¹⁹¹.

Impõe-se adequada a presente visão, tendo em vista que, se em relação aos impostos internos há a criminalização, através do artigo 2º da Lei nº 8.137/90¹⁹², da ausência de declaração de fatos geradores - como o auferimento de renda, bens ou fatos -, a fim de não pagamento da devida tributação, não poderia haver uma exigência diversa no âmbito externo¹⁹³, principalmente, inclusive, diante da relevância da função de proteção do mercado interno adstrita aos tributos envolvidos no delito de descaminho.

Nesse diapasão, segue entendimento do Supremo Tribunal Federal¹⁹⁴:

[...] Desde que o agente consegue passar pela fiscalização, deixando de manifestar os objetos que dissimuladamente traz consigo, o crime está consumado.¹⁹⁵

[...] a conduta materializadora desse crime é “iludir” o Estado quanto ao pagamento o imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria. E iludir não significa outra coisa senão fraudar, burlar, escamotear.¹⁹⁶

Quanto à tipicidade subjetiva, exige-se a manifestação de consciência e vontade na frustração do recolhimento de impostos, quando da introdução ou saída de mercadoria no

¹⁸⁹ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. p. 219.

¹⁹⁰ BONAT, Luiz Antonio. **Crimes relacionados com o comércio exterior**. p. 314.

¹⁹¹ FREITAS, Vladimir Passos de. **Importação e exportação no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 314.

¹⁹² BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18137.htm Acesso em: 07 nov. 2013.

¹⁹³ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. p. 219.

¹⁹⁴ Assim também entendeu o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 238.373/PE, Relator: Fernando Gonçalves, 27 abr. 2000.

¹⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 36819. Relator: Min. Nelson Hungria. 22 jun. 1959. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 19 nov. 2013.

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 99740/SP. Relator: Min. Ayres Britto. 01 fev. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 19 nov. 2013

território nacional, sendo o delito, assim, decorrência da própria pretensão do agente de inadimplemento, ou seja, trata-se de conduta dolosa¹⁹⁷. Portanto, não se pune a modalidade culposa.

A consumação do delito ocorre com a liberação da mercadoria pela alfândega sem o devido pagamento dos tributos ou, caso não passe por essa, quando entra ou sai do território nacional¹⁹⁸. Salienta Luiz Regis Prado, em relação à consumação, que

Caso o delito seja perpetrado em outro local, esta se realiza na modalidade de exportação, quando a mercadoria transpõe a linha de fronteira do território nacional, enquanto, na hipótese de importação, a consumação se dá no momento em que o produto ingressa no país, ainda que se encontre nos limites da zona fiscal.¹⁹⁹

Ainda, acrescenta Walter Nunes da Silva Jr. que, no tocante à importação,

[...] esta se perfaz quando o agente, ao atravessar as fronteiras, desvirtua-se da rota normal, no desiderato de não passar pela barreira alfandegária, para impedir que o fisco exija o pagamento do imposto devido; passa pelo porto aduaneiro, mas oculta a mercadoria conduzida, não conferindo chance ao fisco de conhecer da circunstância; ou mesmo, suborna o funcionário fiscalizador, para trazer a mercadoria sem o pagamento do imposto.²⁰⁰

Entende-se por território aduaneiro o elencado no artigo 2º do Decreto nº 6.759/2009²⁰¹, ou seja, todo o território nacional, podendo ser dividido em zona primária e zona secundária. A zona primária trata-se das "áreas demarcadas pela autoridade aduaneira local", ao entendimento do inciso I do artigo 3º do Decreto nº 6.759/2009, qual seja a área terrestre ou aquática - contínua ou descontínua - nos portos alfandegados, a área terrestre nos aeroportos alfandegados e a área terrestre - que compreende os pontos de fronteira alfandegados. Já a zona secundária refere-se à parte restante do território aduaneiro, nela incluídas as águas territoriais e o espaço aéreo. Entende-se, como visto, que, enquanto não ultrapassada a barreira alfandegária - zona primária - a mercadoria ainda pode ser apresentada para a regularização. Logo, admite-se a hipótese de tentativa, podendo-se citar como exemplos quando a mercadoria é apreendida no recinto alfandegário, pela ausência de

¹⁹⁷ Neste sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: Recurso Especial nº 259504/RN, Relator: Fischer, 19 fev. 2002.

¹⁹⁸ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. p. 226.

¹⁹⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial, arts. 250 a 359H. p. 573.

²⁰⁰ SILVA JR., Walter Nunes da. **A descaracterização do crime de descaminho embasado apenas na existência de comprovação do recolhimento do imposto de importação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 440.

²⁰¹ BRASIL. Decreto nº 6.759, de 05 de 05 de fevereiro de 2009. **Receita Federal**. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Decretos/2009/dec6759.htm> Acesso em: 18 nov. 2013.

apresentação para a tributação²⁰², bem como quando, durante o cruzamento de pontes internacionais, ocorre a apreensão²⁰³.

Feitas tais considerações, o descaminho pode ser entendido como um delito comissivo ou omissivo, instantâneo de caráter permanente, pois a mercadoria passa a ser ilegal, "[...] tornando ilegítima a posse, abusiva a circulação, fraudulento o comércio"²⁰⁴. Ademais, há certas formas equiparadas ao descaminho, as quais passa-se à análise.

3.5 FIGURAS EQUIPARADAS E CAUSA DE AUMENTO

Ademais, convém ressaltar a existência de figuras equiparadas ao delito de descaminho, as quais estão presentes no parágrafo 1º do artigo 334 do Código Penal, quais sejam navegação de cabotagem fora dos casos permitidos em lei, prática de fato assimilado - em lei especial - a contrabando ou descaminho, uso comercial ou industrial de mercadoria que o próprio agente importou ou introduziu, ou que sabe ser produto de contrabando ou descaminho e recepção de produto de contrabando ou descaminho. Passa-se à análise de cada uma delas, com o enfoque no delito de descaminho.

A alínea "a" do parágrafo 1º do artigo 334 do Código Penal trata da navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei. Tal conduta é interpretada como norma penal em branco, tendo em vista a necessidade de norma que especifique o conceito de navegação de cabotagem²⁰⁵. Sendo assim, conforme dispõe o artigo 2, inciso IX, da Lei nº 9.432/1997²⁰⁶, esse conceito trata-se da navegação "realizada entre portos ou pontos do território brasileiro, utilizando a via marítima ou esta e as vias navegáveis interiores" e, quando não autorizada, configura-se, então, o delito de navegação de cabotagem não permitida²⁰⁷. No entanto, trata-se de delito de mera atividade e perigo, sendo que, uma vez verificada a prática de descaminho, essa o consome.

A alínea "b" do parágrafo 1º do artigo 334 do Código Penal trata da prática de fato assimilado - em lei especial - a descaminho, sendo também uma norma penal em branco, pois

²⁰² BONAT, Luiz Antonio. **Crimes relacionados com o comércio exterior**. p. 314.

²⁰³ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. p. 226.

²⁰⁴ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Crimes de contrabando e descaminho**. p. 15.

²⁰⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, vol. 3: parte especial, arts. 250 a 359H**. p. 574.

²⁰⁶ BRASIL. Lei nº 9.432, de 08 de janeiro de 1997. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19432.htm Acesso em: 28 out. 2013.

²⁰⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, vol. 3: parte especial, arts. 250 a 359H**. p. 574.

o próprio tipo salienta a necessidade de uma lei especial, que o complementar a o teor de fato assimilado. Como exemplo, pode-se citar a saída não autorizada de mercadorias da Zona franca de Manaus²⁰⁸, de acordo com o disposto no artigo 39 do Decreto-Lei nº 288/1967.

Já a alínea "c" do parágrafo 1º do artigo 334 do Código Penal trata do uso comercial ou industrial de mercadoria que o próprio agente importou ou introduziu, ou que sabe ser produto de descaminho. A conduta pressupõe uma qualidade especial do agente, qual seja a de exercer atividade comercial ou industrial²⁰⁹, sendo possível o concurso de agentes, participando, assim, quem não tenha a referida qualidade. O conceito de atividade comercial ou industrial é extraído do próprio Direito empresarial, exigindo-se o intuito de lucro na realização da atividade mencionada²¹⁰.

Ademais, parágrafo 2º do artigo 334 do Código Penal equiparou à atividade comercial "[...] qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências". Isso demonstra a amplitude da norma, mas convém salientar que é necessária a habitualidade da atividade comercial.

Conclui Luiz Regis Prado tratar-se de delito de ação múltipla, tendo em vista que

O ato de vender, no sentido do texto, expressa a conduta do comerciante ou industrial de transferir a outrem, mediante pagamento, a posse da coisa obtida com o contrabando ou o descaminho. Expor à venda implica ato de exhibir a coisa oriunda de tais atividades delituosas, para fins de transferência a outrem, mediante oferta de preço. Manter em depósito denota o ato do comerciante ou industrial de receber a coisa oriunda de tais crimes, para que a conserve e a retenha consigo, em nome próprio ou de terceiro, podendo tratar-se de depósito a título oneroso ou gratuito. A expressão ou de qualquer forma utiliza, significa tão-somente utilizar, empregar, usar ou aplicar de qualquer modo ou maneira (independentemente das condições).²¹¹

Vale salientar que a mercadoria deve ser estrangeira introduzida fraudulentamente em território nacional, seja pelo agente que a está comercializando, seja pelo conhecimento de que outrem o fez²¹². Requer-se, assim, uma conduta dolosa, não se admitindo o dolo eventual, pois "[...] o agente deve saber da circunstância que macula a mercadoria (dolo direto)"²¹³. A consumação, dessa forma, dá-se com a venda ou o uso da mercadoria estrangeira - introduzida fraudulentamente no país - no exercício da atividade comercial ou industrial.

²⁰⁸ ESTEFAM, André. **Direito Penal**. p. 316.

²⁰⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial, arts. 250 a 359H. p. 575.

²¹⁰ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial, arts. 250 a 359H. p. 575.

²¹¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial, arts. 250 a 359H. p. 575-576.

²¹² PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial, arts. 250 a 359H. p. 576.

²¹³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial, arts. 250 a 359H. p. 576.

E, por fim, na alínea "d" do parágrafo 1º do artigo 334 do Código Penal tem-se a receptação de produtos de descaminho. Tal delito também pressupõe que o sujeito ativo seja comerciante²¹⁴, nos termos do analisado acima. Tem-se como elementar do tipo os

[...] verbos adquirir, receber ou ocultar. Adquirir, no sentido do texto, expressa o ato de obter a propriedade da coisa contrabandeada ou descaminhada de forma onerosa, como na compra; ou gratuita, na hipótese de doação, incluindo-se aqui a conduta de obter produto do autor do crime anterior como compensação de dívida deste para com o agente. Receber implica a posse da coisa maculada pelo contrabando ou descaminho, sem o animus de proprietário, como, v.g., tê-la em depósito, para guardá-la, ou a título de penhor etc. Ocultar representa ato de esconder a coisa, dissimulando a posse.²¹⁵

Assim, para se configurar o delito, a mercadoria estrangeira tem que estar desacompanhada dos documentos exigidos pela lei ou normas do comércio exterior, sendo essa uma presunção *juris tantum*, pois permite que o agente demonstre a legalidade da importação posteriormente, com a apresentação da documentação exigida²¹⁶.

Ainda, entende-se que o proveito da conduta delituosa pode dar-se em proveito próprio ou alheio, sendo que a consumação ocorre

[...] com a aquisição ou recebimento, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, de mercadoria estrangeira, desacompanhada de documentação legal, ou acompanhada de documentos sabidamente falsos. Na modalidade ocultar, a consumação protraí-se no tempo (delito permanente).²¹⁷

Convém salientar que o presente delito absorve a conduta prevista no artigo 304 do Código Penal, qual seja o uso de documento falso, quando se utilizam documentos falsos com vistas a realização da conduta tipificada na receptação de produtos de descaminho²¹⁸. No entanto, haverá também a imputação em falsidade ideológica se o próprio agente foi quem falsificou a documentação.

Impõe também salientar que, sendo a mercadoria ínfima, não há falar nos delitos das alíneas "c" e "d", pois tal fato exclui o auferimento de lucro e a atividade de intermediação²¹⁹. Sendo assim, exige-se, em tais casos, a habitualidade nos atos de comércio ou indústria²²⁰.

²¹⁴ BONAT, Luiz Antonio. **Crimes relacionados com o comércio exterior**. p. 319.

²¹⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial, arts. 250 a 359H. p. 577.

²¹⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial, arts. 250 a 359H. p. 577.

²¹⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial, arts. 250 a 359H. p. 577.

²¹⁸ ESTEFAM, André. **Direito Penal**. p. 316.

²¹⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial, arts. 250 a 359H. p. 578.

²²⁰ ESTEFAM, André. **Direito Penal**. p. 316.

Há, ainda, no parágrafo 3º do artigo 334 do Código Penal, a causa de aumento, sendo a pena aplicada em dobro quando o descaminho ou contrabando são realizados por meio de transporte aéreo clandestino, tendo em vista a dificuldade de fiscalização quando perpetrado por tal meio²²¹.

A competência para processo e julgamento é da Justiça Federal, sendo a ação penal pública e incondicionada. Insta ressaltar, conforme o disposto Súmula nº 151 do Superior Tribunal de Justiça, "a competência para o processo e julgamento por crime de contrabando ou descaminho define-se pela prevenção do Juízo Federal do lugar da apreensão dos bens"²²². Dessa forma, fixa-se a competência para o processo e julgamento por crime de descaminho pelo lugar da apreensão dos bens, ainda que as investigações preliminares indiquem que o crime tenha se consumado em outro local²²³.

Impõe agora analisar outras divergências relevantes envolvendo o descaminho, como a sua natureza e a necessidade ou não de exaurimento da esfera administrativa, para o início da persecução criminal.

3.6 O DESCAMINHO COMO DELITO MATERIAL E A PRESCINDIBILIDADE DO EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA

Como referido, controvérsias surgem, também, em relação ao exaurimento da via administrativa para fins de se poder iniciar a persecução criminal. Existe o entendimento de que deve haver o exaurimento da esfera administrativa, sob a alegação de que, enquadrando-se o delito de descaminho dentre os crimes contra a ordem tributária, possui o referido crime natureza material, como os delitos tributários previstos na Lei nº 8.137/90²²⁴. Essa visão entende que a figura típica do descaminho - "iludir" o pagamento - se assemelha ao delito de sonegação fiscal - "suprimir" ou "reduzir" tributo -, na medida em que ambas são formas de não pagamento, ou seja, supressão e ilusão de um tributo.

²²¹ ESTEFAM, André. **Direito Penal**. p. 319.

²²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 151. Disponível em: http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj_0151a0180.htm Acesso em: 06 dez. 2013.

²²³ Dessa forma, então, entende a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: Conflito de Competência nº 119.247/SP, Relatora: Ministra LAURITA VAZ, 14 mai. 2012; Conflito de Competência nº 116451/SP, Relator: Ministro HAROLDO RODRIGUES (Desembargador convocado do TJ/CE), 01 jun. 2011; Conflito de Competência nº 106629/PR, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 18 nov. 2009.

²²⁴ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. p. 233.

Logo, os defensores desse entendimento invocam a Súmula Vinculante nº 24, a qual dispõe que "não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo"²²⁵, tendo em vista que o tributo é elemento do tipo, necessitando-se, portanto, de quantificação pela autoridade competente pelo respectivo lançamento e garantindo-se o contraditório e a ampla defesa.

Nesse sentido, entendia o Superior Tribunal de Justiça, através do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 31368/PR, com a relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, que²²⁶

De fato, o bem jurídico mediato tutelado nas infrações penais constantes do Título XI, do Código Penal, Parte Especial, é a Administração Pública. No entanto, parece-me que o bem jurídico imediato que se procura proteger é, acima de tudo, o erário público, diretamente atingido pela evasão de renda resultante de operações clandestinas ou fraudulentas.[...]

Diria, ainda, que as garantias constitucionais - e estamos versando a de o contribuinte somente estar obrigado a pagar o tributo nos termos da lei - devem ser observadas. É inadmissível a utilização da ação penal como forma de compelir o acusado a pagar tributo antes da conclusão do procedimento administrativo fiscal.

Lembremo-nos que o legislador, por meio de uma lei *stricto sensu*, define que fato determinado da vida cotidiana faz nascer a obrigação tributária. Concretizada a hipótese de incidência, surge o fato gerador e com ele a obrigação tributária de efetuar o pagamento.

Porém, não é com o simples nascimento da obrigação tributária que o Fisco poderá exigir, até mesmo judicialmente, o valor devido a título de tributo. Como cediço, para que isso ocorra é necessária a realização de um procedimento administrativo, no qual será verificada, nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional, a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, calculado o montante do tributo devido, identificado o sujeito passivo e, sendo o caso, proposta a aplicação da penalidade cabível - lançamento tributário.

Portanto, apenas a autoridade administrativa, por meio do procedimento de lançamento tributário, detém competência para aferir acerca da existência do tributo, além de determinar o seu valor.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LV, prevê como garantias fundamentais o contraditório e a ampla defesa, inclusive nos processos administrativos. Da norma constitucional em exame, podemos concluir ser um direito do contribuinte, acusado de tentar iludir tributo devido pela entrada ou saída de mercadorias do País, discutir a existência do tributo administrativamente, no ambiente do processo de lançamento. Nele podem surgir impugnações relativas à ocorrência ou não do fato gerador, sobre as mercadorias sujeitas à incidência tributária, bem como acerca da quantia devida à Fazenda Nacional.

Somando-se a isso, mesmo na hipótese de ser vencido no processo administrativo, o contribuinte será intimado para efetuar o pagamento do tributo, salvo disposição legal em contrário, no prazo de trinta dias.

Ora, caso se admita a instauração da ação penal antes da conclusão final no âmbito administrativo, o processo penal - que possui a função de proteção dos direitos fundamentais e dos bens jurídicos imprescindíveis à sua coexistência - se transmudará em instrumento de cobrança. Dessa forma, entendo que postular a desnecessidade de prévio esgotamento da via administrativa para o caso do crime de descaminho, importa em suprimir o direito do contribuinte de ver a sua punibilidade

²²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 24. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante> Acesso em: 12 nov. 2013.

²²⁶ Nesse sentido: Recurso Especial nº 1362311/SC, Relatora: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, 28 out. 2013; Habeas Corpus nº 195.372/SP, Relator: Ministro JORGE MUSSI, 18 jun. 2012.

extinta pelo pagamento. Cerceia a possibilidade do suposto devedor do tributo de demonstrar que não ocorreu o fato gerador, enfim, retira momento essencial para eventual reconhecimento de conduta penalmente reprovável.²²⁷

No entanto, ao que tudo indica, tal entendimento restou superado, tendo em vista que se ressalta, atualmente, que, embora o descaminho sujeita o agente a sanções administrativas - multa e confisco -, não há a necessidade de haver o referido exaurimento, tendo em vista serem vias independentes, não se exigindo a prévia apuração pela Administração fazendária²²⁸. Assim, entendem que a constituição formal do tributo não é pressuposto para a ocorrência do crime.

Ademais, ao contrário do que ocorre nos delitos materiais contra a ordem tributária da Lei nº 8.137/1990²²⁹ - artigo 1º -, entendeu o Supremo Tribunal Federal, de acordo com o relator Ministro Ayres Britto, no Habeas Corpus nº 99.740/SP, que

[...] 11. Com efeito, esta nossa Corte tem jurisprudência firme quanto à tipificação dos chamados delitos tributários materiais. Jurisprudência cristalizada na Súmula Vinculante 24 e que dá pela necessidade do lançamento definitivo do tributo devido, com condição de plenificação do crime. Confira-se:

"não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, inciso I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo."

(Sem destaques original)

12. Tal direção interpretativa está assentada na idéia-força de que, para a consumação dos crimes tributários descritos nos cinco incisos do art. 1º da Lei 8.137/1990, é imprescindível a ocorrência do resultado supressão ou redução do tributo. Resultado aferido, tão-somente, após a constituição definitiva do crédito tributário.

13. Sem embargo do esforço argumentativo da defesa, tenho que a consumação do delito de descaminho e a posterior abertura de processo-crime não estão a depender da constituição administrativa do débito fiscal. Primeiro, porque o delito de descaminho é rigorosamente formal, de modo a prescindir da ocorrência do resultado naturalístico. Segundo, porque a conduta materializada desse crime é "iludir" o Estado quanto ao pagamento do imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria. E iludir não significa outra coisa senão fraudar, burlar, escamotear. [...] ²³⁰

Em recente decisão, fazendo referência ao julgado acima, o Superior Tribunal de Justiça, no Habeas Corpus nº 218.961, julgado em 25 de outubro de 2013, através da relatoria da Ministra Laurita Vaz, também exarou decisão nesse sentido, sob a alegação de que

²²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 31368/PR. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. 14 jun. 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/> Acesso em: 11 nov. 2013.

²²⁸ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial, arts. 250 a 359H. p. 573.

²²⁹ BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18137.htm Acesso em: 10 nov. 2013.

²³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 99740/SP. Relator: Min. Ayres Britto. 23 nov. 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 10 nov. 2013.

[...] o crime de descaminho se perfaz com o ato de iludir o pagamento de imposto devido pela entrada de mercadoria no país. Não é necessária, assim, a apuração administrativo-fiscal do montante que deixou de ser recolhido para a configuração do delito. Trata-se, portanto, de crime formal, e não material, razão pela qual o resultado da conduta delituosa relacionada ao quantum do imposto devido não integra o tipo legal.

Nesse sentido, há precedente desta Quinta Turma consignando que "*A falta de indicação do valor de tributos devidos não macula a inicial acusatória, eis que o descaminho é delito formal e se concretiza com a simples ilusão do pagamento do tributo devido*" (HC 171.490/MS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 17/04/2012, DJe 23/04/2012).

[...]

Outrossim, o aludido art. 83, da Lei n.º 9.430/1996, com redação dada pela Lei n.º 12.350/2010, que trata da representação fiscal para fins penais, não faz referência ao crime de descaminho. Confira-se: "*Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.*" (grifei)

E, mesmo que fizesse, por se tratar de crime formal, que independe da constituição definitiva do crédito fiscal para sua configuração, não condicionaria a instauração de investigação ou de ajuizamento de ação penal para apurar o crime de descaminho. Quanto à mencionada Portaria n.º 665/2008, da Secretaria da Receita Federal (que já foi revogada pela Portaria n.º 2.439/2010), a norma executiva em nada ajuda a tese dos Impetrantes, ao dispor que: "*Art. 5º A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes de contrabando ou descaminho, definidos no art. 334 do Código Penal, será formalizada em autos separados e protocolizada na mesma data da lavratura do auto de infração, devendo permanecer na unidade da RFB de lavratura até o final do prazo para impugnação . § 1.º Se for aplicada a pena de perdimento de bens, inclusive na hipótese de conversão em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria que não seja localizada ou que tenha sido consumida, a representação de que trata o caput deverá ser encaminhada pela autoridade julgadora de instância única ao órgão do Ministério Público Federal que for competente para promover a ação penal, no prazo máximo de 10 (dez) dias, anexando-se cópia da decisão.*

§ 2.º Não aplicada a pena de perdimento, a representação fiscal para fins penais deverá ser arquivada, depois de incluir nos autos cópia da respectiva decisão administrativa."

Eis a dicção da Portaria n.º 2.439/2010, nesse particular: "*Art. 6.º A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes de contrabando ou descaminho, definidos no art. 334 do Código Penal, deverá: I - conter os elementos referidos no art. 3.º, no que couber; II - ser formalizada em autos separados e protocolizada na mesma data da lavratura do auto de infração, devendo permanecer na unidade da RFB de lavratura até o final do prazo para impugnação; II - ser formalizada em autos separados e protocolizada na mesma data da lavratura do auto de infração, observado o disposto nos §§ 1.º a 3.º do art. 4.º; (Redação dada pela Portaria RFB n.º 3.182, de 29 de julho de 2011) III - ser encaminhada pela autoridade julgadora de instância única ao órgão do MPF que for competente para promover a ação penal, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, anexando-se cópia da decisão, no caso de aplicação da pena de perdimento dos bens, inclusive na hipótese de conversão em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria que não seja localizada ou que tenha sido consumida; ou IV - ser arquivada, depois da inclusão nos autos de cópia da respectiva decisão administrativa, no caso de não aplicação da pena de perdimento dos bens.*"

A Portaria referida, como se vê, orienta a fiscalização tributária no sentido de encaminhar para o Ministério Público Federal informações aptas a desencadear a persecução criminal pelo titular da ação penal, mas não condiciona sua atuação. As esferas Administrativa e Penal são autônomas e independentes, sendo desinfluyente,

no crime de descaminho, a constituição definitiva do crédito tributário pela primeira para a incidência da segunda.
Nesse contexto, a norma procedimental administrativa não tem o condão de desfigurar o tipo legal inserto no Código Penal, tampouco de condicionar a persecução criminal.²³¹

Portanto, tanto naquele julgado do Supremo Tribunal Federal como para essa decisão do Superior Tribunal de Justiça, o descaminho possui natureza de delito formal, não se exigindo a indicação do valor do imposto não recolhido para a sua configuração, mas apenas a ilusão ao pagamento do referido imposto.

Luiz Antonio Bonat apenas salienta que "deve, porém, ser registrada uma ressalva, no que tange à conclusão, no procedimento administrativo/fiscal, pela inexistência do fato ou negativa da autoria, quando refletirá no processo penal"²³².

No entanto, há que serem feitas algumas ressalvas em relação às circunstâncias que envolvem o delito de descaminho, para se poder chegar a uma conclusão mais adequada tanto da sua natureza jurídica, como da real necessidade do exaurimento da via administrativa.

Em que pese seja majoritário o enquadramento do delito de descaminho entre os crimes formais, entende-se mais adequada a sua configuração entre os crimes materiais. Para isso, impõe-se, primeiramente, destacar a distinção de tais naturezas. Segundo Júlio Fabbrini Mirabete, nos delitos materiais, exige-se um resultado, que pode ser diverso - lógica e cronologicamente - da conduta, enquanto, nos crimes formais, não é necessário que se efetue a vontade - intenção - do agente, sendo que o resultado ocorre no momento da realização da conduta e a lei não requer a configuração de um resultado naturalístico²³³.

Neste sentido já ressaltava, com clareza singular, Anibal Bruno, que crime *materiais* "são aqueles que só se tornam perfeitos com a realização do resultado fixado como característico do tipo legal", enquanto os crimes *formais* "são aqueles em que não há pretender destacar do comportamento do sujeito um resultado a ser tomado em consideração pelo Direito, o que acontece é que com a própria atividade realiza-se o resultado"²³⁴.

Diante dessas considerações, não há como se afirmar que o delito de descaminho seja formal, pois a ilusão do pagamento dos tributos devidos, embora seja uma conduta, pressupõe que o agente de fato não o tenha efetuado, sendo, pois, o resultado a ausência do pagamento dos impostos. Sendo assim, tais fatos podem ser separados lógica e cronologicamente:

²³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 218961/SP. Relator: Min. Laurita Vaz. 25 out. 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 10 nov. 2013.

²³² BONAT, Luiz Antonio. **Crimes relacionados com o comércio exterior**. p.314-315.

²³³ MIRABETE, Júlio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral, Arts. 1º a 120 do CP. São Paulo: Atlas, 2011.

²³⁴ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1959. p. 221-222.

primeiro, surge a pretensão de se esquivar da aplicação da lei - dolo -, com a finalidade de não pagamento dos tributos devidos, e a arquitetura do modo de realização da conduta; após, ocorrem a ilusão dos tributos - conduta -, a entrada ou saída do território nacional - resultado - e, conseqüentemente, a efetiva ausência de pagamento dos tributos devidos.

Nesse sentido, André Estefam enquadra o descaminho entre os delitos materiais, diante da necessidade de um efetivo dano ao Fisco com a ilusão do pagamento dos impostos devidos²³⁵, que ocorre com o "efetivo ingresso ou saída da mercadoria do território brasileiro"²³⁶. Assim, como já analisado no item acima, o descaminho exige, ainda, um resultado naturalístico – entrada/saída do território nacional –, o que corrobora o seu enquadramento dentre os delitos materiais.

E mais, a possibilidade de ocorrência de tentativa dá mais força a esse enquadramento, uma vez que a mesma se configura, quando da flagrância, ainda em território alfandegário, ou seja, quando o resultado não ocorre por fatos alheios à vontade do agente e antes, portanto, da consumação do delito, a qual ocorreria com a efetiva ultrapassagem do mencionado local. E é justamente diante da existência de um território aduaneiro que se faz desnecessário o exaurimento da via administrativa²³⁷.

Como já analisado anteriormente, sendo o delito de descaminho um crime tributário aduaneiro, impõe-se salientar que o aferimento do valor dos tributos devidos é analisado de plano, pelo Ministério da Fazenda, através dos serviços aduaneiros, conforme a competência disposta na própria Constituição Federal, em seu artigo 237, qual seja “a fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais, serão exercidos pelo Ministério da Fazenda”.

Importante observar que, a fim de ocorrer o regular ingresso ao território nacional da mercadoria estrangeira ou saída legal da mercadoria nacional ou mesmo estrangeira, há a necessidade de realização do despacho aduaneiro, que é regulado pelas regras do Direito aduaneiro e ocasiona a liberação da mercadoria pela Alfândega²³⁸.

Em que pese possa ocorrer o descaminho através da exportação, é muito mais frequente a sua configuração na importação de mercadorias estrangeiras, principalmente

²³⁵ ESTEFAM, André. **Direito Penal**. p. 318.

²³⁶ ESTEFAM, André. **Direito Penal**. p. 320.

²³⁷ Nesse sentido, há a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região - Apelação Criminal nº 5000347-22.2012.404.7002, Relatora: Salise Monteiro Sanchotene, 04 set. 2013.

²³⁸ SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. Desembaraço aduaneiro. Recintos alfandegados. Regimes aduaneiros. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). **Importação e exportação no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p. 76.

diante das políticas de incentivo e benefícios fiscais para a modalidade de exportação, a fim de promover a remessa de produtos nacionais para o exterior²³⁹.

No tocante à importação, então, conforme dispôs Roberto Lemos dos Santos Filho, ao transcrever Baldomir Sosa,

[...] a nacionalização é uma consequência de um ato jurídico praticado pelo Estado, e pelo qual uma mercadoria de procedência estrangeira fica equiparada a uma mercadoria de lavra nacional, podendo, a partir dessa equiparação, circular na economia interna como se produto nacional fosse.²⁴⁰

Os artigos 1º e 2º da Instrução Normativa/SRF nº 680²⁴¹, que disciplina o despacho aduaneiro de importação assim dispõe:

Art. 1º A mercadoria que ingresse no País, importada a título definitivo ou não, sujeita-se a despacho aduaneiro de importação, que será processado com base em declaração formulada no Sistema Integrado de Comércio Exterior (Siscomex), salvo exceções previstas nesta Instrução Normativa ou em normas específicas.

§1º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, à mercadoria que, após ter sido submetida a despacho aduaneiro de exportação:

I - retorne ao País; ou

II - permaneça no País, em caráter definitivo ou temporário, nos termos da legislação específica.

§ 2º Sujeitam-se, ainda, ao despacho aduaneiro de importação, independentemente do despacho a que foram submetidas por ocasião do seu ingresso no País, as mercadorias de origem estrangeira que venham a ser transferidas para outro regime aduaneiro especial ou despachadas para consumo.

§3º O procedimento fiscal relativo ao despacho aduaneiro será presidido e executado pelo Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil (AFRFB), sem prejuízo do disposto no art.30 desta Instrução Normativa.

Art. 2º O despacho aduaneiro de importação compreende:

I - despacho para consumo, inclusive da mercadoria:

a) ingressada no País com o benefício de drawback;

b) destinada à ZFM, à Amazônia Ocidental ou a ALC;

c) contida em remessa postal internacional ou expressa ou, ainda, conduzida por viajante, se aplicado o regime de importação comum; e

d) admitida em regime aduaneiro especial ou aplicado em áreas especiais, na forma do disposto no inciso II, que venha a ser submetida ao regime comum de importação; e

II - despacho para admissão em regime aduaneiro especial ou aplicado em áreas especiais, de mercadoria que ingresse no País nessa condição.

²³⁹ ASHIKAGA, Carlos Eduardo Garcia. **Análise da Tributação na Importação e na Exportação**. São Paulo: Aduaneiras, 2009. p. 170.

²⁴⁰ SOSA, Roosevelt Baldomir. Temas aduaneiros: estudo sobre problemas aduaneiros contemporâneos. *apud* SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. Desembaraço aduaneiro. Recintos alfandegados. Regimes aduaneiros. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). **Importação e exportação no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p. 77.

²⁴¹ BRAISL. Instrução normativa/SRF nº 680, se 02 de outubro de 2006. Receita Federal. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/ins/2006/in6802006.htm> Acesso em: 18 nov. 2013.

Sendo assim, impõe-se a necessidade tanto do despacho de importação como do de exportação, os quais se encontram disciplinados pelo Decreto nº 6.759/2009, mais precisamente nos artigos 542 e 580 do referido decreto, sendo ambos, conforme os artigos referidos, "[...] o procedimento mediante o qual é verificada a exatidão dos dados declarados [...]" pelo importador ou exportador em relação à mercadoria importada ou exportada.

Logo, a conferência aduaneira serve para averiguar o cumprimento de todas as obrigações envolvidas na importação ou exportação. Caso a situação esteja regularizada, ocorre o desembaraço aduaneiro, que significa, de acordo com os artigos 571 e 591 do Decreto nº 6.759, o ato pelo qual é registrada a conclusão da conferência aduaneira, e, no caso de exportação, autorizado o embarque ou a transposição de fronteira da mercadoria. Em de verificação de irregularidade, é possível o aferimento do efetivo valor devido.

Convém salientar que a averiguação pode ocorrer quando há a flagrância fora de zona secundária, tendo em vista que "[...] o poder aduaneiro é realizado em qualquer ponto do território aduaneiro, vale consignar, zona primária ou secundária, desde que alfandegado"²⁴². Não deixa de ser esse procedimento uma via administrativa, porém possui suas peculiaridades e é muito mais célere do que um processo administrativo fiscal.

O presente trabalho não pretende, no entanto, exaurir a matéria atinente aos procedimentos de fiscalização aduaneira e o seu respectivo aferimento do valor do tributo, sob pena de fugir do tema aqui discutido, mas, sim, apenas apresentar o contexto no qual o descaminho encontra-se inserido, a fim de esclarecer tópicos ainda debatidos no nosso ordenamento jurídico. Portanto, o primordial é ter em vista que o Estado exerce a sua função reguladora, fiscalizadora e normativa dos fluxos do comércio através das regiões aduaneiras, atuando o Ministério da Fazenda - através da Receita Federa - conjuntamente com as polícias federais e civis.

Não se pode negar a importância do real aferimento do valor do tributo devido, a fim de se perquirir acerca da tipicidade material da conduta do descaminho, tendo em vista, inclusive, a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, isto é, a exigência de valoração da ofensividade ao bem jurídico protegido para a determinação da tipicidade da conduta.

Isso merece relevância, pois pode-se afirmar que, quando se estiver diante de uma mercadoria isenta, por ser imune, ou sobre a qual não haja incidência tributária, não há falar

²⁴² SOSA, Roosevelt Baldomir. Temas aduaneiros: estudo sobre problemas aduaneiros contemporâneos. *Apud* SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. Desembaraço aduaneiro. Recintos alfandegados. Regimes aduaneiros. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). **Importação e exportação no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p. 84.

em delito de descaminho, justamente por não existir ou se exigir obrigação tributária²⁴³. Como também, as isenções devem ser levadas em contas, como, por exemplo, as dispostas no artigo 32 e 33 da Instrução Normativa RFB nº 1.059/2010²⁴⁴, que estabelecem uma quota limite de 500 dólares, na via aérea e marítima, e de 300 dólares, na terrestre, fluvial ou lacustre. Tanto é assim que, quando se entende pela inexistência do fato ou negativa de autoria na esfera administrativa aduaneira, tal fato se refletirá na seara criminal²⁴⁵.

Sendo assim, entende-se que não há falar em dependência da esfera penal em relação ao esaurimento da via administrativa, sendo, no entanto, a prévia análise administrativa aduaneira efetuada pela Receita Federal relevante para fins de se perquirir acerca do dano na esfera penal, que será devidamente analisado pelo órgão julgador competente.

Passa-se, então, à análise da aplicação do princípio da insignificância ao delito de descaminho, sob a luz da Portaria nº 75 do Ministério da Fazenda.

²⁴³ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. p. 218.

²⁴⁴ BRASIL. Instrução Normativa RFB nº 1.059, de 02 de agosto de 2010. **Receita Federal**. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Ins/2010/in10592010.htm> Acesso em: 19 nov. 2013.

²⁴⁵ BONAT, Luiz Antonio. Crimes relacionados com o comércio exterior. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). **Importação e exportação no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p. 315.

4 A PORTARIA Nº 75/2012 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA COMO PARÂMETRO PARA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO DESCAMINHO

4.1 A EVOLUÇÃO DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO DESCAMINHO

Como já visto no primeiro capítulo, o princípio da insignificância atua na exclusão da tipicidade do delito, no seu viés material, levando-se em consideração que não há que se perquirir apenas a tipicidade formal dos delitos, mas, também, uma significativa de lesão ao bem jurídico tutelado. No entanto, sempre foi muito discutida a mensuração desse dano para a aplicação correta de tal princípio.

Ocorre que a problemática de tal mensuração, nos crimes tributários, foi resolvida através da edição de normas que estabeleciam, como critério configurador da insignificância, valor mínimo para se poder efetuar a inscrição em dívida ativa ou a própria execução fiscal²⁴⁶. Conforme salienta José Baltazar Junior, "quando começou a surgir esse tipo de norma se concluiu que, se a Fazenda não executa civilmente em razão do valor, uma condenação criminal com base nesse valor também não se justificaria"²⁴⁷. Sendo assim, aquém do valor estabelecido pela administração fiscal, o valor sonogado seria insignificante²⁴⁸.

Logo, tal entendimento, da maneira em que feito aos crimes contra a ordem tributária, passou a ser utilizado em relação ao delito de descaminho, ou seja, sendo irrisório o valor dos tributos iludidos, para fins de execução fiscal, não há falar em configuração do delito de descaminho, tendo em vista que a incapacidade de a conduta lesionar o bem jurídico tutelado-interesse fiscal da Administração Pública. Tal fato mencionado depreende-se do entendimento do Superior Tribunal de Justiça²⁴⁹:

[...] a jurisprudência desta Corte tem entendido que, em se tratando do delito de descaminho (art. 334 do CP), é possível a aplicação do princípio da insignificância, quando o valor devido não for passível de ser inscrito em dívida ativa, o que retira

²⁴⁶ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. p. 221.

²⁴⁷ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. p. 221.

²⁴⁸ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. p. 221.

²⁴⁹ Nesse sentido, compare: Recurso Especial nº 246590/PR, Relator: Min. Paulo Gallotti, 09 set. 2002; Recurso Especial nº 246602/PR, Relator: Min. Gilson Dipp, 29 out. 2001; Habeas Corpus nº 21071/SP, Relatora: Min. Laurita Vaz, 17 mar. 2003; Recurso Especial nº 236702/PR, Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca, 22 out. 2001; Recurso Especial nº 220692/PR, Relator: Min. Hamilton Carvalhido, 23 out. 2000; Recurso Especial nº 229542/PR, Relator: Min. Feliz Fischer, 02 mai. 2000.

da Administração Pública o interesse em promover ação fiscal para a sua cobrança.²⁵⁰

Entretanto, havia entendimento contrário a essa utilização²⁵¹, sob a alegação de que, tratando-se o descaminho de crime,

[...] não se pode tratar de forma igual situações diferentes. Nesse caso não se está diante de um delito, mas sim da inadimplência do contribuinte frente ao fisco. Aqui se apura a realização de uma conduta que o legislador houve por bem tratar como crime.

São situações peculiares, que merecem tratamento diferenciado, não podendo o judiciário violar a intenção do legislador, expressa na lei, que teve como substrato uma realidade social e econômica, que não pode ser, simplesmente, afastada para justificar o seu descumprimento.²⁵²

Mais adequadamente, pois, prosperou o entendimento da mensuração da ofensividade do descaminho, a partir da utilização do critério exigido para a execução fiscal. Inicialmente, então, tendo em vista a Lei nº 9.469/97²⁵³ - mais precisamente, no seu artigo 1º - e a Medida Provisória nº 1.542-28/97²⁵⁴ - artigo 20-, o valor utilizado, como limite para a aplicação do princípio da insignificância, era de R\$ 1.000,00 (mil reais)²⁵⁵, ou seja, efetuava-se o trancamento do processo penal, na qual a conduta de descaminho cujos impostos incidentes fossem iguais ou inferiores ao referido valor²⁵⁶.

Já, com o advento da Lei nº 10.522/2002²⁵⁷, esse valor foi modificado para R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais)²⁵⁸, que, segundo Luiz Flávio Gomes, "[...] não se tratava de valor lesivo (ofensivo) de modo relevante aos cofres públicos. Formalmente trata-se

²⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 34281/RS. Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca. 08 de jun. 2004. Disponível em: http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp. Acesso em: 24 nov. 2013.

²⁵¹ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. p. 222.

²⁵² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Processo nº 2002.61.81.004831-9 RCCR 3446. Relator: Des. Fed. Ramza Tartuce. 05 de abr. 2004. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/PesquisarDocumento>. Acesso em: 24 nov. 2013.

²⁵³ BRASIL. Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. **Planalto**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9469.htm Acesso em: 24 nov. 2013.

²⁵⁴ BRASIL. Medida Provisória nº 1.542-28, de 30 de outubro de 1997. **Planalto**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas/1542-28.htm Acesso em: 24 nov. 2013.

²⁵⁵ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. p. 222.

²⁵⁶ Assim, entendeu o Superior Tribunal de Justiça: Recurso Especial nº 235.151/PR, Relator: Ministro GILSON DIPP, 08 mai. 2000.

²⁵⁷ BRASIL. Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002. **Planalto**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110522.htm Acesso em: 24 nov. 2013.

²⁵⁸ Assim entendeu o Superior Tribunal de Justiça, como exemplificam os seguintes acórdãos: : Recurso Especial nº 617049/RN, Relatora: Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, 04 abr. 2005; Habeas Corpus nº 34281/RS, Relator: Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, 09 ago. 2004.

de conduta típica, mas materialmente não está presente o requisito do resultado jurídico relevante, que consiste, no caso, no interesse fiscal da Administração Pública"²⁵⁹.

Sobreveio, dessa forma, em 2004, a Portaria nº 49 do Ministério da Fazenda²⁶⁰, estabelecendo que "[...] (a) a não inscrição como dívida ativa da União de débitos com a Fazenda Nacional de valor até R\$ 1.000,00 e (b) o não ajuizamento das execuções fiscais de débitos de até R\$ 10.000,00"²⁶¹. Reiterando o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil), como limite para o ajuizamento das execuções fiscais, foi editada a Lei nº 11.033/2004, que alterou, dentre outros dispositivos, o artigo 20 da Lei nº 10.522/2002, passando esse a dispor que haverá o arquivamento dos "[...] 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)"²⁶².

Assim, esse entendimento teve repercussões na esfera penal, tanto para a sua aplicação ao delito de descaminho quanto para a negação de tal atitude. Dentre os que entendiam não poder ser aplicado ao delito em tela, pode-se citar, como exemplo, o Ministro Felix Fischer, que, ao julgar o Recurso Especial nº 685.135/PR, tendo em vista que a sua visão foi paradigma por muito tempo²⁶³, referiu que²⁶⁴:

[...]Consigna o art. 18, § 1º, da Lei nº 10.522/2002:

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

O art. 20, da mesma lei, diz o seguinte:

"Art. 20. 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)".

Confrontando os dois dispositivos conclui-se facilmente que enquanto o art. 18, §1º determina o cancelamento (leia-se: extinção) do crédito fiscal igual ou inferior à R\$100,00 (cem reais), o art. 20 apenas prevê o não ajuizamento da ação de execução ou o arquivamento sem baixa na distribuição, não ocorrendo, pois, a extinção do crédito. Daí porque não se poder invocar este dispositivo normativo para regular o valor do débito caracterizador de matéria penalmente irrelevante. Com efeito, tal dispositivo apenas assevera que fica postergada a execução com vista a cobrança da

²⁵⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. p. 109.

²⁶⁰ BRASIL. Portaria do Ministério da Fazenda nº 049, de 01 de abril de 2004. **Receita Federal**. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Portarias/2004/MinisteriodaFazenda/portmf049.htm> Acesso em: 24 nov. 2013.

²⁶¹ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. p. 109.

²⁶² BRASIL. Lei nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/111033.htm Acesso em: 24 nov. 2013.

²⁶³ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. p. 110.

²⁶⁴ Também dessa forma, entendeu a relatora Ministra Laurita Vaz, decidindo o Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 966077/GO, 20 ago. 2009.

dívida ativa enquanto o montante não alcançar os valores ali previstos, o que não se confunde com a extinção do crédito tributário.²⁶⁵

Em que pese tenha sido muito utilizado esse posicionamento, há inconsistências argumentativas, que fazem com que o mesmo não mereça prosperar. Tais inconsistências encontram-se no fato de que, se houve o efetivo cancelamento do crédito tributário – R\$ 100,00 (cem reais) –, não há sequer a configuração formal do delito e, conforme Luiz Flávio Gomes, o princípio da insignificância "[...] pressupõe a existência de um fato formalmente típico. Do contrário, não há que se falar no princípio da insignificância".²⁶⁶

O Supremo Tribunal Federal, por conseguinte, no julgamento do Habeas Corpus nº 92.438/PR, cujo relator foi o Ministro Joaquim Barbosa, entendeu pela aplicação do critério limitador de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), para fins de ocorrência da insignificância penal²⁶⁷. Impõe-se, assim, apenas para a compreensão do entendimento, transcrever parte do inteiro teor do último²⁶⁸:

À luz de todos os princípios que regem o direito penal, especialmente o princípio da subsidiariedade, da fragmentariedade, da necessidade e da intervenção mínima, é inadmissível que uma conduta seja administrativamente irrelevante e, ao mesmo tempo, seja considerada criminalmente relevante e punível.

A única conclusão a que se pode chegar, na espécie, é a de que não houve lesão ao bem jurídico tutelado.

[...] Torno a dizer: não é possível que uma conduta seja administrativamente irrelevante e não o seja para o Direito Penal, que só deve atuar quando extremamente necessário para a tutela do bem jurídico protegido, quando falham os outros meios de proteção e não são suficientes as tutelas estabelecidas nos demais ramos do direito.²⁶⁹

Foi, portanto, o limite de R\$10.000,00 (dez mil reais) disposto na Medida Provisória nº 449/2008 - em seu parágrafo 1º do artigo 1º²⁷⁰ -, a qual foi convertida na Lei nº 11.941/2009²⁷¹, que dispôs que o crédito da União nesse valor é considerado de pequeno

²⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 685135/PR. Relator: Min. Felix Fischer. 15 mar. 2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 24 nov. 2013.

²⁶⁶ Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. p. 110.

²⁶⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. p. 111.

²⁶⁸ Nesse sentido, há o **entendimento também do Habeas Corpus nº 92.740, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, 28 mar. 2008**.

²⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 92438/PR. Relator: Min. Joaquim Barbosa. 19 dez. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 24 nov. 2013.

²⁷⁰ BRASIL. Medida Provisória nº 449, de 3 de dezembro de 2008. **Planalto**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/mpv/449.htm Acesso em: 25 nov. 2013.

²⁷¹ BRASIL. Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/11941.htm Acesso em: 25 nov. 2013.

valor, não se justificando a persecução judicial, ou seja, a sua execução fiscal²⁷², alterando-se, assim, o *caput* do artigo 20 da Lei nº 10.522/2002:

Art. 20. 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).

Nesse sentido, convém transcrever trechos do entendimento dos Tribunais Superiores²⁷³:

[...] Conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 92.438, de minha relatoria), impõe-se a rejeição da denúncia ou o trancamento da ação penal, por falta de justa causa, quando o valor do tributo devido pelo acusado de descaminho for inferior ao montante mínimo legalmente previsto para a execução fiscal (art. 20 da Lei 10.522/2002, na redação dada pela Lei 11.033/2004), uma vez que não faz sentido que uma conduta administrativa ou civilmente irrelevante possa ter relevância criminal.²⁷⁴

[...] atualmente, se o tributo devido não superar o limite de dez mil reais, é muito provável que o devedor nem sequer seja citado em uma eventual ação de execução fiscal para o pagamento do débito tributário. [...] Deveras, não há sentido lógico em permitir que alguém seja processado, criminalmente, pela falta de recolhimento de um tributo que nem sequer se tem a certeza de que será cobrado no âmbito administrativo-tributário.²⁷⁵

[...] A egrégia Terceira Seção desta Corte, ao julgar o Recurso Especial Repetitivo 1.112.748/TO (Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe13.10.09), decidiu que se deve aplicar o princípio da insignificância ao crime de descaminho quando os delitos tributários não ultrapassarem o limite de R\$ 10 mil, adotando-se o disposto no art. 20 da Lei 10.522/02, com base em precedentes do colendo STF.²⁷⁶

Sendo assim, tornou-se majoritária, pelos Tribunais Superiores, a aplicação do princípio da insignificância no delito de descaminho a hipóteses em que o baixo valor dos

²⁷² GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. p. 112.

²⁷³ Como também: no Supremo Tribunal Federal - Habeas Corpus nº 96976, Relator: Min. Cezar Peluso, 08 mai. 2009; Recurso Extraordinário nº 536486, Relatora: Min. ELLEN GRACIE, 19 set. 2008; Habeas Corpus nº 94058, Relator: Min. CARLOS BRITTO, 18 set. 2009; Habeas Corpus nº 93072, Relator: Min. CARLOS BRITTO, 12 jun. 2009; no Superior Tribunal de Justiça - Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1205263/PR, Relatora: Ministra ASSULETE MAGALHÃES, 21 mar. 2013; Recurso Especial nº 1254869/PR, Relatora: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, 19 set. 2013; Recurso Especial nº 1112748/TO, Relator: Ministro FELIX FISCHER, 13 out. 2009.

²⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 96307/GO. Relator: Min. Joaquim Barbosa. 11 dez. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 19 nov. 2013.

²⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 104407/DF. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. 15 fev. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 01 dez. 2013.

²⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1113039/RS. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. 14 dez. 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 01 dez. 2013.

tributos não recolhidos não enseja na promoção da execução fiscal, mais precisamente quando a soma deles não ultrapassar R\$ 10.000,00 (dez mil reais), sob o argumento de que para o Fisco "[...] a instauração de um processo executivo fiscal, diante de um valor irrelevante a ser recebido, não será compensada no momento do pagamento"²⁷⁷ e de que, sendo irrisório para a seara administrativa, não há falar em significância em termos de tutela penal.

4.2 A PORTARIA Nº 75/2012 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA E O POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA QUANTO À SUA APLICAÇÃO AO DESCAMINHO

Em março de 2012, publicou-se, no Diário Oficial da União, a Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda²⁷⁸, a qual dispôs acerca da inscrição de débitos na Dívida Ativa da União e do ajuizamento de execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Através da referida Portaria, alterou-se o critério para o arquivamento da execução fiscal dos débitos tributários, passando o montante igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), conforme o seus artigos 1º e 2º - sendo a redação desse alterada pela Portaria nº 130/2012 do Ministério da Fazenda²⁷⁹:

Art. 1º Determinar:

I - a não inscrição na Dívida Ativa da União de débito de um mesmo devedor com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais); e
II - o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

§ 1º Os limites estabelecidos no caput não se aplicam quando se tratar de débitos decorrentes de aplicação de multa criminal.

§ 2º Entende-se por valor consolidado o resultante da atualização do respectivo débito originário, somado aos encargos e acréscimos legais ou contratuais, vencidos até a data da apuração.

§ 3º O disposto no inciso I do caput não se aplica na hipótese de débitos, de mesma natureza e relativos ao mesmo devedor, que forem encaminhados em lote, cujo valor total seja superior ao limite estabelecido.

§ 4º Para alcançar o valor mínimo determinado no inciso I do caput, o órgão responsável pela constituição do crédito poderá proceder à reunião dos débitos do devedor na forma do parágrafo anterior.

²⁷⁷ CUNHA, Rogério Sanches. **Direito Penal**: parte especial. p. 453.

²⁷⁸ MINISTÉRIO DA FAZENDA. Portaria nº 75, de 22 de março de 2012. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Portarias/2012/MinisteriodaFazenda/portmf075.htm> Acesso em: 01 dez. 2013.

²⁷⁹ MINISTÉRIO DA FAZENDA. Portaria nº 130, de 19 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Portarias/2012/MinisteriodaFazenda/portmf130.htm> Acesso em: 01 dez. 2013.

§ 5º Os órgãos responsáveis pela administração, apuração e cobrança de créditos da Fazenda Nacional não remeterão às unidades da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) processos relativos aos débitos de que trata o inciso I do caput.

§ 6º O Procurador da Fazenda Nacional poderá, após despacho motivado nos autos do processo administrativo, promover o ajuizamento de execução fiscal de débito cujo valor consolidado seja igual ou inferior ao previsto no inciso II do caput, desde que exista elemento objetivo que, no caso específico, ateste elevado potencial de recuperabilidade do crédito.

§ 7º O Procurador-Geral da Fazenda Nacional, observados os critérios de eficiência, economicidade, praticidade e as peculiaridades regionais e/ou do débito, poderá autorizar, mediante ato normativo, as unidades por ele indicadas a promoverem a inscrição e o ajuizamento de débitos de valores consolidados inferiores aos estabelecidos nos incisos I e II do caput.

Art. 2º O Procurador da Fazenda Nacional requererá o arquivamento, sem baixa na distribuição, das execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), desde que não conste dos autos garantia, integral ou parcial, útil à satisfação do crédito.

Dessa forma, a alteração do critério para o ajuizamento da execução fiscal dos débitos tributários – anteriormente estabelecido e que, inclusive, já havia sido pacificada a sua aplicação, para fins de configuração do princípio da insignificância no delito de descaminho – fez com que houvesse repercussão na jurisprudência dos Tribunais Federais, bem como, recentemente, na do Superior Tribunal de Justiça, surgindo, de um lado, os adeptos ao novo patamar e, de outro, os que rechaçam a sua aplicação ao crime de descaminho.

Dentre os que aplicam a limitação estabelecida pela Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda, destacam-se os Tribunais Regionais Federais da 1ª, 3ª e 4ª Regiões. Quanto ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região, convém ressaltar que, até o dia 02 de dezembro 2013, não foram encontradas decisões sobre o presente assunto, razão pela qual a ele não será feita referência, bem como, em relação ao Tribunal Regional da 5ª Região, também não se verificou a existência de jurisprudência quanto ao tocante, mas, na decisão da Apelação Criminal nº 200784010005880, de 26 de junho de 2012, há apenas mera menção ao referido critério, através do relator o Desembargador Federal Francisco Wildo, aduzindo que

[...] Iterativa orientação jurisprudencial estabelecendo como parâmetro para afastar a relevância penal da conduta, nos crimes de descaminho, o valor previsto no artigo 20 da Lei 10.522/2002, qual seja, R\$ 10.000,00.

3. Portaria do Ministério da Fazenda n.º 75, cujo art. 1º, II, determina o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos da Fazenda Nacional, cujo valor seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00.²⁸⁰

²⁸⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Criminal nº 200784010005880/RN. Relator: Des. Federal Francisco Wildo. 06 jun. 2012. Disponível em: <http://www.trf5.gov.br/Jurisprudencia/> Acesso em: 01 dez. 2013.

No entanto, a repercussão, nos demais Tribunais Regionais Federais, da mudança legislativa foi no sentido de obedecer à lógica, até então, adotada pelo Supremo Tribunal Federal - aplicação do limite do parâmetro dos R\$10.000,00 (dez mil) da Lei nº 10.522/2002, anteriormente explanado-, passando-se a aplicar, dessa forma, o princípio da bagatela no descaminho, de acordo com o novo parâmetro fixado para o ajuizamento de execução fiscal, tendo em vista, mormente, os princípios da fragmentariedade, da subsidiariedade e da intervenção mínima.

Nesse sentido, a fim de elucidar o mencionado, há que se fazer menção a algumas decisões dos Tribunais Regionais Federais aplicadores do parâmetro estabelecido na portaria em questão. Inicialmente, em relação ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, entendeu-se da seguinte forma²⁸¹:

[...] Esta Turma tem admitido a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho nos casos em que o valor do tributo devido, em razão do ingresso irregular da mercadoria, não é considerado relevante sequer pela Fazenda Nacional. Precedente STF.

2. O valor total do tributo supostamente devido pela importação irregular das mercadorias de origem estrangeira corresponde a R\$ 9.603,00 (nove mil, seiscentos e três reais), abaixo do limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) (Portaria MF n. 75, de 22/03/2012).²⁸²

[...] Conquanto seja tarefa do legislador selecionar e tipificar penalmente as condutas criminosas, a avaliação da tipicidade pelo juiz não se resume ao plano meramente formal, em face do modelo adotado pela lei, mas também no plano substancial, no sentido de verificar se a conduta do agente, na persecução penal, ofende, de maneira significativa, o bem jurídico tutelado. Negativa a resposta, deixa de existir o crime; ou, pelo menos, o interesse de agir, como uma das condições da ação penal.

2. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento quanto à aplicação do princípio da insignificância, na hipótese da prática do crime de descaminho, no sentido de que "a análise quanto à incidência, ou não, do princípio da insignificância na espécie deve considerar o valor objetivamente fixado pela Administração Pública para o arquivamento, sem baixa na distribuição, dos autos das ações fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União (art. 20 da Lei n. 10.522/02), que hoje equivale à quantia de R\$ 10.000,00, e não o valor relativo ao cancelamento do crédito fiscal (art. 18 da Lei n. 10.522/02), equivalente a R\$ 100,00" (HC 96.309-9/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma do STF, unânime, julgado em 24/03/2009, DJe n. 75, divulgado em 23/04/2009 e publicado em 24/04/2009; HC 96.374-9/PR, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma do STF, unânime, julgado em 31/03/2009, DJe n. 75, divulgado em 23/04/2009 e publicado em 24/04/2009).

3. A Portaria/MF n. 75, de 22/03/2012, elevou para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) o valor consolidado do débito tributário sobre o qual as ações fiscais devem ser arquivadas, sem baixa na distribuição, devendo tal valor ser considerado, na órbita

²⁸¹ Nesse sentido, o mesmo Tribunal também já entendeu: Embargos de Declaração na Apelação Criminal nº 0000537-50.2009.4.01.3804/MG. Relator: Des. Federal Hilton Queiroz, 09 jul. 2013; Apelação Criminal nº 0010089-56.2006.4.01.3800/MG. Relatora: Monica Sifuentes, 22 mar. 2013; Recurso em Sentido Estrito nº 0002346-97.2012.4.01.3601/MT. Relator: Des. Federal Cândido Ribeiro, 06/09/2013.

²⁸² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Criminal nº 0008832-22.2012.4.01.3400/DF. Relatora: Des. Federal Monica Sifuentes. 06 ago. 2013. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/> Acesso em: 01 dez. 2013.

penal, para o fim de aplicação do princípio da insignificância (STJ - Agravo em Recurso Especial nº 271.549/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz).²⁸³

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por sua vez, decidiu que²⁸⁴:

[...] O artigo 20, caput, da Lei n.º 10.522/2002, com a redação dada pela Lei n.º 11.033/2004, autoriza o arquivamento dos autos da execução fiscal, sem baixa na distribuição, quando o valor devido for de até R\$ 10.000,00 (dez mil reais). 2. Hodiernamente, a Portaria nº 75 de 22 de março de 2012 do Ministério da Fazenda dispõe, em seu primeiro artigo, que a Dívida Ativa da Fazenda Nacional de valor consolidado de até R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), não será ajuizada. 3. Não há que se discutir a incidência da referida portaria sob o ponto de vista da hierarquia das normas. O que se pretende com a aplicação do valor estabelecido pela portaria é a adoção de um parâmetro para se aplicar o princípio da insignificância. 4. Dentro desse contexto, o valor a ser considerado como limite para aplicação do princípio da insignificância é o de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), ainda que não tenha ocorrido a edição de nova Lei com a finalidade de revogar, expressamente, o artigo 20 da Lei nº 10.522/2002. 5. Os limites relativos à aplicação do princípio da insignificância são fruto de construção jurisprudencial e doutrinária e não houve, no presente caso, ofensa ao princípio da reserva legal, mas sim a integração da norma jurídica, em benefício do réu, por ato normativo inferior. [...] ²⁸⁵

[...] O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça orientam-se no sentido da aplicação do princípio da insignificância nos delitos da espécie quando o valor do tributo elidido não ultrapasse o limite estabelecido para a dispensa da cobrança do débito fiscal. - Montante atualizado dos tributos que não é superior ao limite previsto na Portaria MF nº 75, de 22 de março de 2012, atualmente em vigor, o que permite a solução da demanda com a aplicação do princípio da insignificância.²⁸⁶

²⁸³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Criminal nº 0002045-08.2007.4.01.3802/MG. Relatora: Des. Federal Olindo Menezes. 18 jul. 2013. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/> Acesso em: 01 dez. 2013.

²⁸⁴ Nesse sentido: Apelação Criminal nº 0001521-22.2008.4.03.6000/MS, Relator: Juiz Convocado Paulo Domingues, 07 nov. 2013; Recurso em Sentido Estrito nº 0007149-55.2009.4.03.6000/MS, Relator: Des. Federal André Nekatsschalow, 14 out. 2013; Apelação Criminal nº 0000518-03.2010.4.03.6181/SP, Relator: Juiz Convocado Paulo Domingues, 08 out. 2013.; Apelação Criminal nº 0005523-36.2007.4.03.6108/SP, Relator: Des. Federal Luiz Stefanini, 23 set. 2013.

²⁸⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Criminal nº 0008317-88.2011.4.03.6108/SP. Relator: Des. Federal José Lunardelli. 21 nov. 2013. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/NXT/Gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=trf3e:trf3ve> Acesso em: 01 dez. 2013.

²⁸⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação criminal nº 0010348-51.2010.4.03.6000/MS. Relator: Des. Federal José Lunardelli. 21 nov. 2013. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/NXT/Gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=trf3e:trf3ve> Acesso em: 01 dez. 2013.

Quanto ao Tribunal Regional da 4ª Região, entendeu no mesmo sentido, como demonstram os excertos a seguir²⁸⁷:

[...] 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 n. 49 do Ministério da Fazenda, de 1º/04/2004, e foi modificado pela Portaria n. 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.²⁸⁸

[...]À luz das Cortes Superiores (STJ, HC 109.494, Rel. Ministra Jane Silva, decisão monocrática publicada em 05-9-2008; STF, HC 92.438, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, DJe 19-8-2008), a Quarta Seção deste Tribunal, na sessão do dia 18-9-2008, firmou o entendimento de que, nos crimes em que há elisão tributária, tais como os inscritos na Lei 8.137/90 e nos artigos 168-A, 334 e 337-A do Estatuto Repressivo, incidiria o princípio da insignificância, como excludente de tipicidade, quando a supressão das exações consistentes no valor consolidado - principal mais acessórios - não excedesse o montante previsto no artigo 20, *caput*, da Lei 10.522/2002, com a redação dada pela Lei 11.033/2004, de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), montante então considerado irrisório pela Administração Pública para efeito de processamento de execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União.

Nada obstante, sobreveio, em 22-3-2012, a Portaria nº 75 do Ministério da Fazenda (DOU 26-3-2012), em que, no artigo 1º, II, restou determinado "*o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)*". Dessa forma, alterado o valor padrão até então utilizado pela jurisprudência para estear a aplicação da tese despenalizante, conseqüência é a adequação desse parâmetro também na esfera criminal.

Isso porque, tendo em conta que o Direito Penal deve reger-se pelos princípios da subsidiariedade, intervenção mínima e fragmentariedade, posicionando-se como *ultima ratio*, não seria razoável, de um lado, a punição criminal de determinada conduta e, de outro, sua desconsideração em sede administrativa sob o pálio da sua irrelevância, em função da ausência de grave violação ao bem juridicamente tutelado. Dito isso, e atentando à nova determinação, passo a adotar o patamar de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para aferição da insignificância.²⁸⁹

Entretanto, não é dessa forma que o Superior Tribunal de Justiça entendeu a questão da aplicação do novo patamar estabelecido pela Portaria do Ministério da Fazenda nº 75/2012

²⁸⁷ No mesmo sentido, há os seguintes precedentes do Tribunal Regional Federal da 4ª Região: Habeas Corpus nº 5025408-02.2013.404.0000, Relatora: Salise Monteiro Sanchotene, 26 nov. 2013; Recurso Criminal em Sentido Estrito nº 5006382-52.2013.404.7102, Relator: Luiz Carlos Canalli, 26 nov. 2013; Recurso Criminal em Sentido Estrito nº 5004213-86.2013.404.7007, Relatora Salise Monteiro Sanchotene, 26 nov. 2013; Recurso Criminal em Sentido Estrito nº 5003775-60.2013.404.7007, Relator: Victor Luiz dos Santos Laus, 28 nov. 2013.

²⁸⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal nº 5004146-44.2010.404.7002/PR. Relator: Juiz Federal José Paulo Baltazar Junior. 28 nov. 2013. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=1> Acesso em: 01 dez. 2013.

²⁸⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Recurso Criminal em Sentido Estrito nº 5001394-31.2012.404.7002/PR. Relator: Juiz Federal PEDRO CARVALHO AGUIRRE FILHO. 28 nov. 2013. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=1> Acesso em: 01 dez. 2013.

ao delito de descaminho, pois, em recentíssima decisão, mais precisamente no Recurso Especial nº 1334500, cujo inteiro teor - até a data de 04 de dezembro de 2013 - ainda não restou publicado, de relatoria Ministra Maria Thereza de Assis Moura, pacificou-se o entendimento, nas duas Turmas criminais do Egrégio Tribunal Superior, de que o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), para fins de execução fiscal - estabelecido pela referida portaria - não pode repercutir na esfera penal²⁹⁰.

Depreende-se da informação obtida, em nota disponível no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça²⁹¹, que, no referido acórdão, o Ministro Rogério Schietti Cruz reprovou a aplicação de um critério estabelecido pela esfera administrativa na esfera penal, sob a alegação de que ela traria, como consequência, a absolvição, ressaltando que

[...] Soa imponderável, contrário à razão e avesso ao senso comum uma tese que parte de uma opção de política administrativo-fiscal, movida por interesses estatais conectados à conveniência, economicidade e eficácia administrativas, para subordinar o exercício da jurisdição penal à iniciativa de uma autoridade fazendária.²⁹²

Ainda, o referido magistrado salientou que a aplicação do limite estabelecido pela Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda enseja na determinação, pela própria Fazenda Nacional, de “[...] o que a polícia pode investigar, o que o Ministério Público pode acusar e, o que é mais grave, o que o Judiciário pode julgar”²⁹³.

Nesse mesmo sentido, foram exaradas algumas decisões pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça²⁹⁴, sob a fundamentação de que

Neste aspecto, a Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento do REsp nº 1.112.748/TO, representativo da controvérsia, firmou o entendimento de que é possível a aplicação do princípio da insignificância ao delito previsto no art. 334, do Código Penal, desde que o total do tributo ilidido não ultrapasse o patamar de R\$

²⁹⁰ Notícia veiculada, no campo "Sala de Notícias", no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, em 29 de novembro de 2013. Disponível em: http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=112451. Acesso em: 04 dez. 2013.

²⁹¹ Notícia veiculada, no campo "Sala de Notícias", no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, em 29 de novembro de 2013. Disponível em: http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=112451. Acesso em: 04 dez. 2013.

²⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1334500/PR. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. 26 nov. 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 30 nov. 2013.

²⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1334500/PR. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. 26 nov. 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 30 nov. 2013.

²⁹⁴ Nesse sentido, ainda: Recurso Especial nº 1409973/SP, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, 25 nov. 2013; Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1133820/RS, Relatora: Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), 22 abr. 2013; Habeas Corpus nº 178.749/RS, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, 27 fev. 2012.

10.000,00 (dez mil reais) previstos no art. 20, da Lei nº 10.522/02.

[...]

Por oportuno, é importante ressaltar que a Portaria MF nº 75/2012, alterada pela Portaria MF nº 130/2012, não deve ser aplicada para efeito da insignificância, visto que, ao comparar-se o texto do art. 20, da Lei nº 10.522/2002 com o desta portaria, é constatado que o limite de R\$ 20.000,00 somente é aplicável quando não houver, nos autos, garantia, integral ou parcial, útil à satisfação do crédito.

Em sendo assim, se não houver garantia, a execução até R\$ 20.000,00 será arquivada, mas se houver, prosseguirá. Todavia, no tocante ao valor de R\$ 10.000,00 não existe tal condição, pois havendo ou não garantia, haverá o arquivamento quando for até este valor.²⁹⁵

[...] a invocação da insignificância como excludente da tipicidade penal somente teria lugar quanto constatado que o débito tributário não ultrapassasse a quantia de R\$ 100,00 (cem reais). Isso porque, conforme precedentemente já sustentado, somente aqui haverá extinção do crédito tributário e, por conseguinte, desinteresse definitivo na cobrança da dívida pela Administração Fazendária. Neste contexto, e somente neste, entendo invocável referido princípio.

Entretanto, ao se adotar o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) como norte para a aplicação da insignificância, creio, com a devida venia, há um desvirtuamento no trato da questão.

Com efeito, o argumento dos que defendem a sua aplicação neste último caso justifica-se pela consideração de que em não havendo interesse na cobrança do débito na esfera administrativa, de igual modo, não haveria na deflagração do processo-crime. Ocorre que o dispositivo legal utilizado como supedâneo para tal orientação (art. 20 da Lei nº 10.522/02), não permite, quero crer, alcançar a conclusão proposta, na medida em que o comando normativo trata de arquivamento sem baixa na distribuição do débito a evidenciar a ausência de desinteresse permanente como se dá, ao contrário, na hipótese tratada no art. 18, § 1º do mesmo diploma legal. O que há, portanto, é uma mera estratégia de cobrança dos débitos por parte da Administração que, sopesando os custos de uma demanda judicial, de um lado, com o proveito que ela poderá obter, de outro, estipula um montante mínimo para que se de início à cobrança.²⁹⁶

Depreende-se da presente análise jurisprudencial a existência, como inicialmente ressaltada, de dois posicionamentos, ou seja, um que defende a aplicação da limitação da Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda como fundamento para a insignificância no delito de descaminho, diante do caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal, e outro que rechaça a referida aplicação, sob, principalmente, as alegações de que uma portaria não pode revogar lei - em seu sentido formal -, de que não cabe à esfera administrativa influir na esfera penal - não havendo, portanto, conexão com a execução dos débitos tributários e o delito do descaminho-, bem como de que não se dispôs que o limite estipulado - R\$ 20.000,00 - cancelaria o débito e de que a aplicação de tal limite pode desencadear a proliferação de condutas ilícitas, desestimulando os contribuintes idôneos.

²⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1392164/PR. Relator: Min. Moura Ribeiro. 05 nov. 2013. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 04 dez. 2013.

²⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1112748/TO. Relator: Min. Feliz Fischer. 09 dez. 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 04 dez. 2013.

4.3 ANÁLISE CRÍTICA DO POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL

Diante da análise dos dois posicionamentos presentes, na nossa jurisprudência pátria, o presente trabalho vincula-se ao entendimento, segundo o qual é adepto à aplicação da limitação imposta pela Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda como forma de se mensurar a insignificância penal no delito de descaminho, ou seja, filia-se às decisões citadas dos Tribunais Regionais Federais, pelos entendimentos que se passa a expor.

4.3.1 Aspectos formais: da desnecessidade de lei em sentido formal e da eficácia da Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda, para fins de insignificância penal

Entende-se que não merecerem prosperar as alegações não só do Superior Tribunal de Justiça, mas também de todas as decisões no tocante à inaplicabilidade da Portaria nº 75/2012 pelo simples fato de que não pode uma portaria revogar lei, diante da hierarquia kelsiana do ordenamento jurídico. Tal entendimento mostra-se equivocado, tendo em vista o próprio instituto a ser aplicado, qual seja o princípio da insignificância.

Conforme abordado no primeiro capítulo, o princípio da insignificância atua como uma regra de interpretação, levando-se em consideração a tipicidade material de determinada conduta, a ser analisada no caso concreto, a fim de se averiguar a real necessidade de criminalizá-la, ou seja, trata-se de um mecanismo de descriminalização de condutas que, embora se enquadrem na descrição formal do tipo, não atacam de maneira relevantes o bem jurídico tutelado pelo Direito penal²⁹⁷. Nesse sentido, dispôs o Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus nº 100177/PR, de relatoria do Ministro Ayres Britto,

[...] postulado da insignificância opera como vetor interpretativo do tipo penal, que tem o objetivo de excluir da abrangência do Direito Criminal condutas provocadoras de ínfima lesão ao bem jurídico por ele tutelado. Tal forma de interpretação assume contornos de uma válida medida de política criminal, visando, para além de uma desnecessária carterização, ao descongestionamento de uma Justiça Penal que deve

²⁹⁷ MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal**. p. 81.

se ocupar apenas das infrações tão lesivas a bens jurídicos dessa ou daquela pessoa quanto aos interesses societários em geral.²⁹⁸

Essa averiguação, através do princípio interpretativo da insignificância, justamente por dizer respeito à tipicidade material da conduta, é que não exige a existência de uma lei prévia, em sentido formal, mormente. A tipicidade material exige uma análise voltada ao caso concreto, pois ela pertence claramente ao plano do ser, e não do dever-ser, como requer a tipicidade formal. Essa, por ser uma descrição geral e abstrata, tenta abarcar a maioria dos casos possíveis, haja vista o ilimitado número de condutas ilícitas penalmente possíveis. Diante disso, a análise da tipicidade material é uma forma de se aplicar, de fato, a justiça ao caso concreto. É, diante dela, que se pode ponderar a real ofensa ao bem jurídico e a necessidade de aplicação da sanção penal.

Dessa forma, quando se fala em ponderação, não há como fugir ao princípio da proporcionalidade, que exige que haja limitação à liberdade individual apenas após a observância da efetiva importância para a tutela de determinado bem²⁹⁹. Importante salientar que tal princípio não se encontra expresso na nossa Constituição Federal, estando, logo, implícito na própria noção de Estado Democrático de Direito. Convém, ainda, ressaltar as palavras de Luiz Francisco Torquato Avolio, citado por Alexandre de Moraes, que dispôs que

Para que o Estado, em sua atividade, atenda aos interesses da maioria, respeitando os direitos individuais fundamentais, se faz necessário não só a existência de normas para pautar essa atividade e que, em certos casos, nem mesmo a vontade de uma maioria pode derogar (Estado de Direito), como também há de se reconhecer e lançar mão de um princípio regulativo para se ponderar até que ponto se vai dar preferência ao todo ou às partes (Princípio da Proporcionalidade), o que também não pode ir além de um certo limite, para não retirar mínimo necessário a uma existência humana digna de ser chamada assim.³⁰⁰

Entretanto, embora seja de suma importância a proporcionalidade, não há a pretensão de se alongar sobre o tema, mas apenas demonstrar que a aplicação do princípio da insignificância envolve um juízo valorativo do caso em concreto, devendo-se levar em consideração, para uma adequada análise, todos os princípios norteadores do ordenamento jurídico, dando, é claro, um enfoque aos relacionados ao Direito penal. A relevância da presença de tais princípios, como a fragmentariedade, a subsidiariedade e a intervenção

²⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 100177. Relator: Min. Ayres Britto. 19 ago. 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 05 dez. 2013.

²⁹⁹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 59.

³⁰⁰ AVOLIO, Luiz Torquato. Provas ilícitas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 53. *Apud* MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 113.

mínima se faz ainda maior diante do fato de a sua utilização evita - ou, pelo menos, tende a obstar - a ocorrência do risco da tão malvista insegurança jurídica que os conceitos indeterminados podem causar.

Feitas tais considerações, não há como almejar que a aplicação do princípio da insignificância ao descaminho, através da Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda, seja objetiva, isto é, não se propõe, no presente trabalho, que tal portaria seja utilizada como um critério objetivo de criminalização de condutas ou não, pois entende-se que todos os aspectos que envolvam a análise da tipicidade material da conduta devam ser levados em consideração. Mas o que se pretende é que ela seja, sim, um desses fatores a serem analisados e, inclusive, seja dispensada a preponderância que a ela é inerente.

Ao contrário do recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça, mais precisamente do Ministro Rogério Schietti Cruz³⁰¹, não se trata de mera conveniência ou pura estratégia de cobrança da Administração Pública, através da Fazenda Nacional, a limitação aos R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) estipulada na Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda, como também não se revela uma questão de determinar o objeto da atividade e a maneira de atuação dos demais poderes ou instituições – Poder Judiciário, Ministério Público e Polícia – até porque tal fato violaria sobremaneira a separação dos poderes.

O que se pretende de fato é demonstrar a irrelevância e a insignificância de débitos tributários até os R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), independentemente da finalidade ou da fundamentação utilizada pela Fazenda Nacional para se chegar ao presente resultado, pois o que realmente interessa, para fins de Direito penal, é se a consequência das medidas tomadas na esfera administrativa é suficiente ou não para tutelar os bens jurídicos envolvidos, mesmo sendo esferas independentes. Tal fato, no entanto, será adiante analisado em maiores detalhes. Ademais, convém, por ora, ressaltar apenas a relevância dos atos administrativos da Fazenda Nacional para a presente discussão.

Como já referido no segundo capítulo, enquadra-se o delito de descaminho entre os crimes tributários aduaneiros, ou seja, trata-se de um delito material que protege, diretamente, o Fisco e, indiretamente, à Administração Pública nos seus mais variados setores que envolvem a economia e que possui, como elementar do tipo, a ilusão do pagamento dos tributos envolvidos. Pode-se dizer que, em sua grande maioria, é através da fiscalização aduaneira que ocorre a situação de flagrância e, conseqüentemente, chega ao conhecimento do

³⁰¹ Notícia veiculada, no campo "Sala de Notícias", no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, em 29 de novembro de 2013. Disponível em: http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=112451 . Acesso em: 04 dez. 2013.

Estado a ocorrência do delito. Essa fiscalização, portanto, pode ocorrer através da Receita Federal, nos postos aduaneiros, ou da Polícia Federal, já em território nacional.

Logo, há que se levar em consideração que o Ministério da Fazenda, através da Receita Federal, atua, direta e diariamente, na formulação e execução da política econômica, sendo de sua competência, conforme o Decreto nº 7.482/2011³⁰² – Estrutura Regimental do Ministério da Fazenda –, dentre muitas outras³⁰³, a política, a administração, a fiscalização e arrecadação tributária federal (inclusive, a destinada à previdência social) e aduaneira, bem como a realização de estudos e pesquisas para acompanhamento da conjuntura econômica. Além disso, a própria Constituição Federal, em seu artigo 237, dispõe que "a fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais, serão exercidos pelo Ministério da Fazenda".

Sendo assim, não se trata de mera conveniência da esfera administrativa e muito menos de extrapolação das suas atribuições realizar conclusões acerca do estudo dos casos práticos, que sirvam como orientação para a própria Administração Pública e para a generalidade da sociedade. E, diante dessa análise, entende-se não só mais adequado, mas muito mais vinculante, por ser mais condizente com a realidade, o critério adotado pela esfera administrativa, mais precisamente pela Fazenda Nacional, para fins de se atribuir relevância ou não, no que tange às arrecadações do Fisco, à determinada monta de débito fiscal, qual seja, atualmente, o de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Ademais, a importância dos atos administrativos da Fazenda ganha maior respaldo quando se leva em consideração, que, inclusive, a complementação do delito de descaminho - sendo assente o entendimento de ser norma penal em branco, no tocante ao entendimento de "imposto" inserido no seu tipo formal-, foi realizada justamente através das atribuições fazendárias para o assunto, que deram as bases para, enfim, se determinar, via jurisprudência que apenas os tributos referentes à importação, exportação e produtos industrializados poderiam compor a abrangência do delito³⁰⁴. E é essa característica de especificidade de função - mormente a relativa ao presente trabalho - verificada nas atribuições da Fazenda que conferem maior respaldo aos seus entendimentos, consagrados em seus atos administrativos.

³⁰² BRASIL. Decreto nº 7.482, de 16 de maio de 2011. **Planalto**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7482.htm#art7 Acesso em: 30 nov. 2013.

³⁰³ As competências do Ministério da Fazenda encontram-se dispostas no artigo 1º do Decreto nº 7.482/2011.

³⁰⁴ Pode-se, inclusive, comparar a situação do descaminho, salvo as especificidades de cada caso, com a Lei de Drogas nº 11.343/06, que trata-se de norma penal em branco, a qual teve sua complementação realizada através Portaria nº 344 da ANVISA, demonstrando-se, ainda mais, a importância dos atos administrativos dos diversos órgãos da Administração Pública, pois conferem não só eficiência às funções administrativas, como são dotados de maior credibilidade em relação a assuntos de grande relevância para a sociedade e que sejam referentes às suas atribuições.

Todo o exposto, assim, ganha maior relevância diante da esfera penal, não se podendo utilizar o mero argumento de que a Portaria não pode revogar lei em sentido formal, diante da hierarquia das normas, pois não é ao que se destina a utilização da portaria ora proposta. Ademais, ressaltando o presente entendimento, muito bem ressaltou a decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

[...] Não há que se discutir a incidência da referida portaria sob o ponto de vista da hierarquia das normas. O que se pretende com a aplicação do valor estabelecido na portaria é a adoção de um parâmetro para se aplicar o princípio da insignificância. Dentro desse contexto, o valor a ser considerado como limite para aplicação do princípio da insignificância é o de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), ainda que não tenha ocorrido a edição de nova Lei com a finalidade de revogar, expressamente, o artigo 20 da Lei nº 10.522/2002.

[...]

Saliento, ainda, que os limites relativos à aplicação do princípio da insignificância são fruto de construção jurisprudencial e doutrinária e não houve, no presente caso, ofensa ao princípio da reserva legal, mas sim a integração da norma jurídica, em benefício do réu, por ato normativo inferior.³⁰⁵

No mesmo sentido, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, dispôs que, aplicando-se a portaria em voga,

[...] o princípio da reserva legal não foi desrespeitado, porque a ordem jurídica, como regra, impõe a elaboração de normas sancionatórias ao legislador ordinário, mas reconhece as excepcionalidades ditadas por circunstâncias várias e admite, a partir da descrição de alguns elementos essenciais pela lei ordinária, a integração da norma punitiva por diplomas de inferior graduação na hierarquia de positivação legal, como é o caso de resoluções e portarias.³⁰⁶

De acordo com o já analisado no início do presente capítulo, pacificou-se o entendimento de que pode ser aplicado o parâmetro estabelecido no artigo 20 da Lei nº 10.522/2002, qual seja, para tributos iludidos até o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), aplica-se a insignificância ao descaminho.

A origem desse limite, como analisado, foi, inclusive, de uma portaria - a Portaria nº 49 do Ministério da Fazenda. É um positivismo exacerbado a não inaplicação do princípio da insignificância, de acordo com a mínima ofensividade para a Administração Pública dos débitos tributários de até R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) – dispostos na Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda –, pela pura falta de expressa previsão legal do mesmo, ainda mais

³⁰⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Criminal nº 0008317-88.2011.4.03.6108/SP. Relator: Des. Federal José Lunardelli. 21 nov. 2013. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/NXT/Gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=trf3e:trf3ve> Acesso em: 05 dez. 2013.

³⁰⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal nº 00077012820084047002/PR. Relator: Juiz Federal Artur César de Souza. 25 jul. 2012. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=1> Acesso em: 05 dez. 2013.

levando-se em conta que a insignificância diz respeito a uma ponderação do caso concreto, envolvendo, portanto, a própria conservação da coerência e unidade do ordenamento jurídico. Dessa forma, não se pode atribuir apenas à lei expressa todo o fundamento de um sistema jurídico. Convém destacar o que muito bem dispõe Cezar Roberto Bitencourt, a "[...] insignificância só pode ser valorada através da consideração global da ordem jurídica"³⁰⁷.

4.3.2 Da relevância dos princípios norteadores do Direito penal

A ausência de lei em sentido formal, para fins de se aplicar a insignificância, mostra-se tão equivocada quanto à alegação de que os princípios da fragmentariedade, subsidiariedade e intervenção mínima são meras formas argumentativas que perpetuam a impunidade no âmbito penal, fazendo com que, pela falta de repressão, as condutas ilícitas se proliferem e enfraqueçam o sistema, conforme fazem crer algumas das decisões anteriormente averiguadas.

Não se pode entender que os princípios mencionados sejam considerados "meramente" ou "apenas" formas de argumentação. Os princípios, no Direito penal, possuem uma dupla função, qual seja a de atuar como limitação à atuação do Estado e a de conferir legitimidade a essa atuação, mais precisamente ao exercício do *ius puniendi* estatal. Como já analisado no primeiro capítulo, o Direito penal trata-se da *ultima ratio*, tendo em vista ser a intervenção mais radical na esfera das liberdades e direitos individuais e, por isso, sua atuação pauta-se nos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade.

A fragmentariedade, como já abordado, significa, de acordo com Francisco Muñoz Conde, citado por Mauricio Antonio Ribeiro Lopes, que o "[...] Direito Penal só deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes"³⁰⁸. Estando intimamente ligado à intervenção mínima, a qual dispõe que "[...] só se legitima a criminalização de um fato se a mesma constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico"³⁰⁹, bem como à subsidiariedade, que sustenta a aplicabilidade secundária do Direito penal quando outros ramos do direito tutelam o bem jurídico de maneira

³⁰⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 61.

³⁰⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1975. P. 59. *Apud* LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no Direito Penal**. p. 79.

³⁰⁹ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no Direito Penal**. p. 79.

suficiente, ou seja, caso as condutas ilícitas sejam sanadas pelos demais ramos do direito, não deverá atuar o Direito Penal.

Relegar, portanto, para fins de se analisar justamente a tipicidade material da conduta, a utilização dos referidos princípios seria o mesmo que negar a existência de um Direito penal constitucional e, pior ainda, dotado de legitimidade.

Tanto atuam para legitimar o ordenamento jurídico penal, que a utilização desses princípios constituiu-se o próprio argumento dos Tribunais Superiores, quando da utilização do critério de aplicação da insignificância ao delito de descaminho de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), mais precisamente o Supremo Tribunal Federal claramente consagrou, através do Ministro Joaquim Barbosa, no já citado Habeas Corpus nº 92.438/PR, que, levando-se em conta os princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade e da necessidade e da intervenção mínima, "[...] é inadmissível que uma conduta seja administrativamente irrelevante e, ao mesmo tempo, seja considerada criminalmente relevante e punível"³¹⁰.

Portanto, se o órgão responsável pelas execuções fiscais admite como irrelevante o valor de até R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), significa, conseqüentemente, que administrativamente a conduta que ilude o pagamento de tributos até o referido valor não é relevante o suficiente para ser executada, não importando se perquirir as razões para tanto – se fruto de mera estratégia de cobrança ou não –, pois o que importa é que não há interesse no reparo de tal monta.

O relevante é que, não havendo interesse – por ser insignificante – para a Administração o valor dos tributos iludidos estipulado pela Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda, não pode o Direito Penal, regido pelos princípios da fragmentariedade, da subsidiariedade e da intervenção mínima, punir tal conduta, tendo em consideração que a lesão ao bem jurídico tutelado é considerada mínima pelo próprio sujeito passivo do delito, que nada mais é do que o próprio Estado. Seria muito contraditório e irrazoável - e até mesmo sem sentido lógico - o Estado considerar uma conduta irrelevante na esfera administrativa, mas dotada de ofensividade no âmbito penal.

Mesmo o argumento de que a Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda não cancelou o montante de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) e, por isso, não há um total desinteresse cai por terra, levando-se em conta que a irrelevância está demonstrada a partir do

³¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 92438. Relator: Min. Joaquim Barbosa. 19 dez. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 24 nov. 2013.

momento em que é ínfimo o interesse em execução, até porque sequer há a certeza de que o valor será devidamente cobrado no âmbito administrativo-tributário do Estado³¹¹.

Impõe salientar que cabe ao Direito penal atuar apenas "[...] quando extremamente necessário para a tutela do bem jurídico protegido, quando falham os outros meios de proteção e não são suficientes as tutelas estabelecidas nos demais ramos do direito"³¹². Ocorre que não há falar em impunidade, no presente caso, quando da aplicação da insignificância ao descaminho, através do entendimento da Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda, porque a própria esfera administrativa já imputa ao agente as devidas sanções, que, diga-se de passagem, não são poucas.

Como muito bem destacou o Habeas Corpus nº 104407/DF, cujo relator foi o Ministro Carlos Ayres Britto, ao transcrever a decisão de primeiro grau, assim exarada:

[...] Entretanto, o indivíduo que não paga o imposto de importação, realizando o crime previsto no artigo 334, segunda parte do Código Penal, além de perder sua mercadoria – já que estará sujeito à pena de perdimento do bem –, se sujeita, ainda, em grande parte das vezes, a uma ação tributária para realizar o pagamento do tributo devido, qual seja o imposto de importação. Aliás, este débito tributário constitui-se em gravame para o autor do descaminho, já que ele não pode obter certidão perante a Receita Federal de quitação de tributos, sendo, portanto, alijado de certames licitatórios, além de outras conseqüências como sua inclusão no CADIN [...]

A apreensão da mercadoria pelo Estado já proporciona ao Poder Público um retorno financeiro maior do que teria direito pela cobrança do imposto de importação. Isto porque a venda do bem apreendido, na maioria das vezes, e assim verificado no presente caso, supera em muito o valor do tributo devido.³¹³

Mais uma vez, não merecem prosperar as alegações de que deve-se exigir a tutela do Direito penal diante do elevado valor de mercadorias internalizadas quando o valor da ilusão dos tributos foi da monta de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), bem como a argumentação de que a execução apenas não ocorre porque trata-se de uma estratégia econômica da Fazenda Nacional, que, ao fim e ao cabo, arrecadaria o valor que gastaria na execução. Essas sustentações tornam-se frágeis, levando-se em consideração que, em muitos casos, a Administração poderá imputar sanções mais graves ao agente do que o valor da ilusão que deixou de arcar, com, por exemplo, as referidas na decisão transcrita acima, dentre as quais

³¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 100177. Relator: Min. Ayres Britto. 19 ago. 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 05 dez. 2013.

³¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 92438. Relator: Min. Joaquim Barbosa. 19 dez. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 24 nov. 2013.

³¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 104407/DF. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. 15 fev. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 05 dez. 2013.

destaca-se a possibilidade, inclusive, de perdimento do bem, conforme estipula o parágrafo 1º do artigo 23 do Decreto-lei nº 1.455/1976³¹⁴, bem como no artigo 689 do Decreto nº 6.759/2009³¹⁵. E esse perdimento tem a finalidade reparatória do dano causado ao Erário, até porque o valor da mercadoria sempre é muito mais elevado que o do tributo iludido.

Portanto, não se trata de tornar a conduta do descaminho lícita, nos casos de ilusão de tributos de até R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), mas, sim, da desnecessidade de tutela, bem como incidência do direito penal no comportamento do autor da conduta, principalmente pelo fato de que as medidas tomadas pelo Estado, via Administração Pública, já são suficientes não só para a reprovação, como para a devida prevenção do crime, em virtude do enorme prejuízo econômico que será arcado pelo agente.

O próprio Supremo Tribunal Federal, em recentíssima decisão, sinalizou a possibilidade de alteração do valor a ser considerado, para fins da insignificância no delito do descaminho, qual seja o atribuído pela portaria em questão, através do Ministro Ricardo Lewandowski, na relatoria do Habeas Corpus nº 118.000/PR, que decidiu que

[...] Como se sabe, a configuração do delito de bagatela, conforme têm entendido as duas Turmas deste Tribunal, exige a satisfação, de forma concomitante, de certos requisitos, quais sejam, a conduta minimamente ofensiva, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a lesão jurídica inexpressiva.

Por outro lado, o art. 20 da Lei 10.522/2002 determina o arquivamento das execuções fiscais, sem cancelamento da distribuição, quando os débitos inscritos como dívida ativa da União forem iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Esse valor foi atualizado para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) pela Portarias 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda.

Nessa esteira, esta Segunda Turma vem assentando a orientação de que falta justa causa para a ação penal por crime de descaminho quando a quantia sonogada não ultrapassar o valor estabelecido no referido dispositivo, aplicando-se o princípio da insignificância [...].³¹⁶

Logo, ressalta-se a noção de que a Portaria nº 75/2012 pode, sim, ser utilizada como um critério para se mensurar a tipicidade material das condutas de descaminho, quando os tributos iludidos somem no máximo R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Insta salientar, também, que não se pode ter em vista, quando da incidência do Direito penal, que esse deva cegamente se ater a criminalizar condutas a que se confere relevância, diante da presença de ofensividade, apenas se somadas a demais ações iguais (crimes) que,

³¹⁴ BRASIL. Decreto-lei nº 1.455, de 07 de abril de 1976. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1455.htm Acesso em: 05 dez. 2013.

³¹⁵ BRASIL. Decreto nº 6.759, de 05 de fevereiro de 2009. **Planalto**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/decreto/d6759.htm Acesso em: 05 dez. 2013.

³¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 118000/PR. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 17 set. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 30 nov. 2013.

tão somente dessa forma, possam causar dano ao bem jurídico tutelado – mas que, se analisadas separadamente seriam inofensivas –, pois tal fato ofenderia sobremaneira os princípios de Direito penal, mais precisamente os princípios constitucionais da personalidade, que dispõe que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado", e o da individualização, que reconhece que cada pessoa e fato são únicos e possuem suas especificidades, sendo que ambos encontram-se dispostos no artigo 5º, incisos XLV e XLVI, respectivamente, da Constituição Federal.

Portanto, não se pode deixar de analisar o caso concreto, para se perquirir acerca da efetiva ocorrência da tipicidade material, levando-se sempre em consideração os princípios norteadores do Direito penal, a fim de que se confira legitimidade a qualquer tipo de pena a ser imposta, bem como para a averiguação da sua real necessidade, diante da ponderação entre o bem jurídico ofendido e a sanção a ser imposta.

4.3.3 Da reiteração da conduta

Outra questão relevante, quando se analisa a ocorrência da insignificância ao delito de descaminho, é a existência de reiteração de conduta. Quanto ao tocante, é firme o entendimento do Supremo Tribunal Federal, bem como da maioria da jurisprudência de que não se há cogitar em incidência do princípio da insignificância quando o réu é reincidente na prática do descaminho, principalmente por levar em consideração os quatro critérios adotados pelo Supremo Tribunal Federal para fins de aplicação da insignificância, conforme demonstram os seguintes excertos³¹⁷:

[...] O princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. 2. A aplicação do princípio da insignificância deve, contudo, ser precedida de criteriosa análise de cada caso, a fim de evitar que sua adoção indiscriminada constitua verdadeiro incentivo à prática de pequenos delitos patrimoniais. 3. No crime de descaminho, o princípio da insignificância deve ser aplicado quando o valor do tributo sonegado for inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), limite estabelecido no artigo 20 da Lei 10.522/02, na redação conferida pela Lei 11.033/04, para o arquivamento de execuções fiscais. Todavia, ainda que o quantum do tributo não recolhido aos cofres

³¹⁷ Nesse sentido, há os seguintes julgados: Habeas Corpus nº 115869, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, 07 mai. 2013; Habeas Corpus nº 115514, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, 10 abr. 2013.

públicos seja inferior a este patamar, a contumácia na prática delitiva obsta a aplicação daquele princípio. Precedentes: HC 115.514, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 10.04.13; HC 115.869, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJ de 07.05.13; HC 114.548, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJ de 27.11.12; HC 110.841, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen [...].³¹⁸

[...] Cumpre destacar, nesse ponto, que esta Turma apresentava certa divergência quanto a considerar as questões relativas à pessoa do agente no exame da incidência ou não do princípio da insignificância ao caso concreto, por serem atinentes à culpabilidade, e não à tipicidade.

Contudo, a partir do voto-vista proferido pelo Ministro Teori Zavascki no RHC 115.226/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, a Turma, por maioria, firmou entendimento no sentido dessa possibilidade. Naquela ocasião, Sua Excelência assentou que, *“para se afirmar que a insignificância pode conduzir à atipicidade, cumpre, portanto, que se vá além da irrelevância penal a que se referiu o legislador. É indispensável averiguar o significado social da ação, a adequação da conduta do agente em seu sentido social amplo, a fim de que se apure se o resultado dessa investigação ampliada é compatível ou não com a finalidade perseguida pelo ordenamento penal, ou, em outras palavras, se o fato imputado, que é formalmente típico, tem ou não, quando examinado no seu contexto social, relevância penal. Parece certo concluir, à luz dessas premissas, que a relevância penal, em casos dessa natureza, comporta, sim, juízo sobre a contumácia da conduta do agente”*.³¹⁹

Importante ressaltar a necessidade da adequada aplicação dos critérios utilizados pelo Supremo Tribunal Federal quanto à insignificância, quais sejam (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Não se pode aplicar o princípio da insignificância da mesma maneira que o princípio da irrelevância penal do fato, como muitas vezes se observa na análise da jurisprudência pátria, e, justamente em razão disso, no primeiro capítulo foram apresentadas as suas diferenças. Convém lembrar que o princípio da irrelevância penal do fato atua no campo da punibilidade, enquanto o princípio da insignificância restringe-se à tipicidade.

Dessa forma, tendo em vista o seu campo de abrangência, pode a irrelevância penal do fato levar em consideração circunstâncias da culpabilidade, pois constitui-se na bagatela imprópria, que é o caso daquelas condutas, formal e materialmente, típicas, mas cuja penalização mostra-se desnecessária. No entanto, em relação ao princípio da insignificância, trata-se da bagatela própria, aquela em que há a conduta típica formal, mas desprovida da material, considerando-se, portanto, atípica e, por isso, não se pode levar em consideração circunstâncias exteriores à tipicidade, como as relacionadas ao agente.

³¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 115154/RS. Relator: Min. Luiz Fux. 16 ago. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 05 dez. 2013.

³¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 118000/PR. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 17 set. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 30 nov. 2013.

Entende-se que o juízo de culpabilidade constitui-se no nível de reprovação da conduta, diante do fato de que ao homem é possibilitado agir de maneira diversa³²⁰. Dessa forma, pode-se concluir que os critérios de ausência de periculosidade social e reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento pertencem à culpabilidade e, portanto, não serem relevantes em relação à mensuração da ocorrência do fato típico. E foi neste sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça em algumas decisões³²¹, dentre as quais destacam-se:

[...] "Descaminho considerado como 'crime de bagatela': aplicação do 'princípio da insignificância'. Para a incidência do princípio da insignificância só se consideram aspectos objetivos, referentes à infração praticada, assim a mínima ofensividade da conduta do agente; a ausência de periculosidade social da ação; o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; a inexpressividade da lesão jurídica causada (HC 84.412, 2ª T., Celso de Mello, DJ 19.11.04). A caracterização da infração penal como insignificante não abarca considerações de ordem subjetiva: ou o ato apontado como delituoso é insignificante, ou não é. E sendo, torna-se atípico, impondo-se o trancamento da ação penal por falta de justa causa (HC 77.003, 2ª T., Marco Aurélio, RTJ 178/310). Concessão de habeas corpus de ofício, para restabelecer a rejeição da denúncia." (STF, AI 559904 QO/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, unânime, DJU de 26/08/2005). Em igual sentido: STF, HC 109.870/RS, Rel. JOAQUIM BARBOSA, Rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, 2ª Turma, DJe de 22/05/2012; HC 93.393/RS, Rel. Min. CEZAR PELUSO, 2ª Turma, DJe de 15/05/2009.

V. Na forma da jurisprudência do STJ, "o entendimento pacificado desta Corte é orientado no sentido de que as circunstâncias de caráter pessoal, tais como a reincidência e maus antecedentes, não devem impedir a aplicação do princípio da insignificância, pois este está diretamente ligado ao bem jurídico tutelado, que na espécie, devido ao seu valor econômico, está excluído do campo de incidência do direito penal (...)." (STJ, REsp 1265373/PR, Rel. Ministro GILSON DIPP, 5ª Turma, DJe de 14/08/2012)..³²²

[...] A existência de condições pessoais desfavoráveis, tais como maus antecedentes, reincidência ou ações penais em curso não impedem a aplicação do princípio da insignificância. Precedentes desta Corte e do eg. STF.³²³

[...] A existência de circunstâncias de caráter pessoal desfavoráveis, tais como o registro de processos criminais em andamento, a existência de antecedentes criminais ou mesmo eventual reincidência não são óbices, por si só, ao reconhecimento do princípio da insignificância. [...] Nesse viés, as condições pessoais do possível autor, tais como reincidência, maus antecedentes, comportamento social etc, não são consideradas para definir a tipicidade da conduta.

³²⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. p. 88.

³²¹ Nesse sentido também: Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1316517/PR, Relator: Ministro OG FERNANDES, 13 dez. 2010; Recurso Ordinário no Habeas Corpus nº 19768/RS, Relator: Ministro FELIX FISCHER, 30 out. 2006.

³²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1344013/SP. Relatora: Min. Ausete Magalhães. 14 mar. 2013. Disponível em: http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp. Acesso em: 05 dez. 2013.

³²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1246604/PR. Relator: Min. Og Fernandes. 22 ago. 2012. Disponível em: http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp. Acesso em: 05 dez. 2013.

Tais elementos serão aferidos, se caso, quando da fixação da eventual e futura pena.³²⁴

Ademais, esse entendimento ressalta que o direito penal deve analisar a conduta praticada pelo agente, em si, não se levando em consideração a pessoa do seu autor, diante da existência do direito penal do fato. No entanto, conforme dispõe Francisco de Assis Toledo, nenhum sistema, seja ele exclusivamente do fato ou do autor

[...] se apresenta com essa pureza. O que há são sistemas que mais se aproximam ora de um, ora de outro desses dois extremos. Exemplo de um direito penal do fato algo extremado pode ser encontrado na escola clássica, que, por meio da noção abstrata da ação humana, via no crime um ente jurídico e disso extraía as necessárias consequências. Exemplo de um extremado direito penal do autor encontramos-lo nas ideias e soluções propostas por certos positivistas que, supondo possível identificarem-se no homem as causas mecânicas do crime, catalogaram alguns tipos de delinquentes e, com abstração do fato, pretenderam substituir a imputabilidade pela noção de periculosidade, a pena retributiva pela medida de segurança, ou pela terapêutica do criminoso.

Entre essas duas posições opostas, situam-se as correntes moderadas em prol de um direito penal do fato que considere também o autor.³²⁵

E essa noção se faz presente quando da qualificação da pena em que são analisados aspectos da personalidade do agente. Contudo, inobstante se entenda relevante a consideração do afastamento de tais aspectos quando da análise da tipicidade material, não se pode aplicar esse entendimento de forma absoluta, pois, se assim o fosse, aí, sim, a insignificância penal poderia ser utilizada por muitos como subterfúgio de um meio de vida criminoso.

Deve haver uma mitigação desse entendimento em relação aos casos de reiteração delitiva e isso decorre da necessidade de se realizar uma aplicação do Direito penal de forma coerente com a sua finalidade, os seus princípios e as suas regras, que é o que faz com que seja legítima a sua intervenção, mantendo-se o seu caráter vinculante.

Como muito bem ressaltou a relatora Ministra Cármen Lúcia, no Habeas Corpus nº 115226/PR,

[...] o criminoso contumaz, mesmo que pratique crimes de pequena monta, não pode ser tratado pelo sistema penal como se tivesse praticado condutas irrelevantes, pois crimes considerados ínfimos, quando analisados isoladamente, mas relevantes, quando em conjunto, seriam transformados pelo infrator em verdadeiro meio de vida.

O princípio da insignificância não foi estruturado para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de conduta ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto.

³²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1265032/PR. Relator: Min. Jorge Mussi. 22 abr. 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 05 dez. 2013.

³²⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. p. 251.

Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido à sua reprovabilidade, perdem a característica da bagatela e devem se submeter ao direito penal.³²⁶

Na mesma decisão, ainda, convém ressaltar o voto-vista proferido pelo Ministro Teori Zavascki, no sentido de que

[...] É indispensável averiguar o significado social da ação, a adequação da conduta do agente em seu sentido social amplo, a fim de que se apure se o resultado dessa investigação ampliada é compatível ou não com a finalidade perseguida pelo ordenamento penal, ou, em outras palavras, se o fato imputado, que é formalmente típico, tem ou não, quando examinado no seu contexto social, tem relevância penal. Parece certo concluir, à luz dessas premissas, que a relevância penal, em casos dessa natureza, comporta, sim, juízo sobre a contumácia da conduta do agente.³²⁷

Dessa forma, não pode o Direito penal permitir que, através da perpetração de condutas minimamente ofensivas, o agente faça o seu meio de vida, ocasionando, se vistas na sua totalidade, uma relevante ofensa não só ao bem jurídico tutelado, mas à própria sociedade que estaria sujeita à banalização da ordem. Mas há que se fazer a ressalva de que, diante de todo o exposto até então, não caberia também a intervenção penal se insignificante as condutas, ainda assim, o fossem na seara administrativa.

Tendo em vista que, na área administrativa, os valores inferiores aos R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) não serão executados, bem como não haverá a baixa na distribuição, e silente a Portaria nº 75/2012 quanto à possibilidade de se reativar a execução, entende-se que, conforme os parágrafos 1º e 4º do artigo 20 da Lei nº 10.552/02, é possível que, ultrapassando-se o valor limitador - R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) -, se execute o valor, por se considerar tal monta já dotada de ofensividade.

Nesse sentido, o mais adequado é a proibição da reiteração de conduta, independente do valor dos tributos iludidos, quando da configuração do delito de descaminho, desde que as condutas precedentes sejam consideradas relevantes para a Administração Pública, não se violando assim, os princípios da fragmentariedade, subsidiariedade e da *ultima ratio* do Direito penal. E isso decorrerá do atingimento da casa dos R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) de tributos não arrecadados pelo agente que cometer reiteradas vezes, por exemplo, o delito descaminho, diante do fato de que ressurgir o interesse administrativo em executar toda a

³²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 115226/MG, Relatora: Min. Cármen Lúcia. 21 nov. 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/> Acesso em: 05 dez. 2013.

³²⁷ Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 115226/MG, Relatora: Min. Cármen Lúcia. 21 nov. 2013.

quantia até então não arrecadada, o que, conseqüentemente, confere justa causa para a ação penal.

Portanto, devidamente comprovada a ocorrência de processos administrativo-fiscais contra o mesmo devedor, decorrentes do mesmo ilícito penal ou de ilícitos que protejam o mesmo bem jurídico, não há de se afirmar a atipicidade material da conduta, através do princípio da insignificância, se houver efetiva lesão ao bem jurídico tutelado - ordem tributária, no caso -, decorrente das reiteradas condutas, nos últimos cinco anos, ou seja, lesão superior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado democrático e de Direito exige que, para um comportamento sofrer sanções de Direito penal, deva haver uma legitimação que não seja a mera discricionariedade do legislador, para se garantir a proteção da totalidade das garantias e dos direitos fundamentais. E é por isso que o Direito penal possui o seu pressuposto de validade na própria Constituição Federal, pois é nesta que encontram os seus limites e a sua estruturação. A partir de tais limitações ao *ius puniendi*, exsurge-se o viés fragmentário e subsidiário do Direito penal, que o levam à qualificação de *ultima ratio* do sistema normativo. Logo, diante da necessidade de restrição da abrangência das condutas penalmente relevantes, impõe-se a relevância do caráter material do tipo formal.

Em razão disso, surge o princípio da insignificância, o qual atua como critério de interpretação, a fim de, através da valoração normativa da ofensa, preservar o princípio proporcionalidade da sanção penal, devendo ser a sua gravidade correspondente à gravidade do delito. E, em sendo as infrações desprovidas de conteúdo lesivo, o princípio da insignificância afasta a incidência da pena através da atipicidade da conduta. Portanto, trata-se de um mecanismo de descriminalização de condutas que, embora se enquadrem na descrição formal do tipo, não atacam de maneira relevantes o bem jurídico tutelado pelo Direito penal, cabendo ao aplicador do Direito realizar a referida averiguação, diante do caso concreto.

Recentemente, com a edição da Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda, surgiram novas discussões acerca dos parâmetros a serem utilizados para a aplicação do princípio da insignificância no delito de descaminho, sendo este entendido - e devidamente fundamentado - como delito tributário aduaneiro e de natureza material, cujo bem jurídico a ser tutelado, numa dimensão imediata, é o Erário Público e, na dimensão mediata, os interesses econômicos estatais, que são protegidos pela função extrafiscal dos tributos envolvidos, quais sejam o imposto de importação, o imposto de exportação e o imposto de produtos industrializados.

É pacífico o entendimento jurisprudencial de que deve ocorrer a aplicação do princípio da insignificância no delito de descaminho nas hipóteses em que o baixo valor dos tributos não recolhidos não enseja na promoção da execução fiscal, mais precisamente quando a soma deles não ultrapassar R\$ 10.000,00 (dez mil reais) - disposto na Lei nº 10.522/2002 -, sob a alegação de que, sendo tal montante irrisório para a seara administrativa, não há falar em significância em termos de tutela penal.

No entanto, a Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda, ao estipular novo parâmetro para o ajuizamento da execução fiscal dos débitos tributários, alterou o montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para valores iguais ou inferiores a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). A jurisprudência, como analisado, dividiu-se entre os adeptos ao novo critério, a fim de se aplicar a insignificância ao delito de descaminho - quando a soma dos tributos não arrecadados totalizar até R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)-, e os que rechaçam a possibilidade de utilização do novo limite, por entenderem, dentre outros motivos, pela impropriedade da fonte normativa utilizada - portaria - e pela impossibilidade de a esfera administrativa influenciar no campo penal.

No entanto, conclui-se ser mais correto o entendimento dos que defendem a aplicação da limitação da Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda como fundamento para a insignificância no delito de descaminho, principalmente tendo em vista que a aplicação do princípio da insignificância envolve um juízo valorativo do caso em concreto, exigindo-se a observância, para uma correta mensuração, dos princípios norteadores do ordenamento jurídico penal, principalmente os referidos anteriormente, quais sejam a fragmentariedade, subsidiariedade e intervenção mínima, não podendo, portanto, ser uma aplicação objetiva, com critérios delimitados apenas em lei. Desse modo, torna-se frágil a mera alegação de inaplicabilidade pelo fato de portaria não poder revogar lei em sentido formal, bem como pelo fato de falta de expressa previsão legal.

Não apenas por ser uma análise fática, pertencente ao mundo do ser, a exigida, para fins de aplicação da insignificância, que se atribui relevância a portaria em voga, mas também pelo fato de que compete ao Ministério da Fazenda, através da Receita Federal, atuar, direta e diariamente, na formulação e execução da política econômica, sendo muito mais adequado e vinculante, por ser mais condizente com a realidade, o critério adotado por essa esfera administrativa, além, é claro, de ter sido, pelas atribuições fazendárias, que se delimitou, por força jurisprudencial, quais os tributos incidiriam no descaminho, o que confere maior importância ainda aos atos administrativo do Ministério da Fazenda.

Ademais, é pacífico, inclusive por decisão do Supremo Tribunal Federal - como verificado -, o entendimento de ser inadmissível que uma conduta seja administrativamente irrelevante e, ao mesmo tempo, considerada criminalmente relevante e punível. Tal fato seria relegar os princípios da fragmentariedade, subsidiariedade e intervenção mínima do Direito penal, o que, conseqüentemente, levaria a negação da existência de um Direito penal constitucional e, pior ainda, legítimo.

Como se não bastassem tais observações, mostra-se ainda mais acertada a aplicação da Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda quando se percebe o resultado do desafogamento da Justiça criminal e da Procuradoria da Fazenda Nacional das pequenas e irrelevantes infrações, podendo tais instituições controlar os delitos que, muito mais expressivamente, ofendam bens jurídicos relevantes, que realmente afetam a coexistência pacífica social.

Conclui-se, assim, que, caso se perpetue a não aplicação do princípio da insignificância ao delito de descaminho, através dos novos parâmetros da Portaria nº 75/2012, ressalvados os casos em que haveria ofensa ao ordenamento jurídico penal como um todo - reiteração de condutas, desde que os resultados sejam, da mesma forma, administrativamente relevantes -, tal fato nos conduzirá a consequências alarmantes. É irrazoável a punição, através do ramo mais violento do ordenamento jurídico, de condutas que sequer deveriam merecer a atenção do Direito penal, em virtude de sua inexpressividade.

REFERÊNCIAS

Referências doutrinárias

ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. **Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco: aspectos críticos e fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

ASHIKAGA, Carlos Eduardo Garcia. **Análise da Tributação na Importação e na Exportação**. São Paulo: Aduaneiras, 2009. p. 170.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. 8 ed. Ver., atual. e ampl. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2012.

BITENCOURT, César Roberto. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Tomo II. 2 ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1959.

CARNEIRO NETO, Durval. A atipicidade do descaminho quando há perdimento de mercadoria. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7895>. Acesso em: 02 nov. 2013.

CARVALHO, Márcia Domitila Lima de. **Crimes de contrabando e descaminho**. São Paulo: Saraiva, 1983.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

CUNHA, Rogério Sanches. **Direito Penal: parte especial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

D'ÁVILA, Fábio. Paulo Vinicius SPORLEDER DE SOUZA (Coordenadores). **Direito Penal Secundário: estudo sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões**. São Paulo: RT, 2006.

ESTEFAM, André. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FABRA, Suzana Beatriz Alvarez. **A extinção da punibilidade pelo pagamento de tributo nos crimes contra a ordem tributária: um estudo crítico**. 2010. 47 f. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e direito penal: a constituição penal**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). **Importação e exportação no direito brasileiro**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007.p. 303-363.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 10 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. Vol. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz das Leis 9.099/95 (Juizados Especiais Criminais), 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) e da jurisprudência atual**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000.

MAÑAS, Carlo Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

MACHADO, Hugo de Brito. **Crimes contra a ordem tributária**. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2010.

Notícia veiculada, no campo "Sala de Notícias", no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, em 29 de novembro de 2013. Disponível em:
http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=112451 .
 Acesso em: 04 dez. 2013.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário: completo**. 4 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte especial, arts. 250 a 359H**. Vol. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal/ Claus Roxin; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RIOS, Rodrigo Sánchez. **O crime fiscal**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli (org. e trad.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio da insignificância. In: **Fascículos de Ciências Penais**. Porto Alegre, v. 3, n.1,p. 36-50, jan./mar. 1990.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. Curitiba: Jurua, 2010.

SILVA JR., Walter Nunes da. **A descaracterização do crime de descaminho embasado apenas na existência de comprovação do recolhimento do imposto de importação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

TOLEDO, Francisco Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5 ed. 16 tir (2011). São Paulo: Saraiva, 1994.

Referências normativas

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 out. 2013.

BRASIL. Código Penal - Decreto Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm Acesso em: 26 out. 2013.

BRASIL. Decreto-lei nº 1.455, de 07 de abril de 1976. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1455.htm> Acesso em: 05 dez. 2013.

BRASIL. Decreto-lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 23 out. 2013.

BRASIL. Decreto nº 6.759, de 05 de fevereiro de 2009. **Planalto**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/decreto/d6759.htm> Acesso em: 05 dez. 2013.

BRASIL. Decreto nº 7.482, de 16 de maio de 2011. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/Decreto/D7482.htm#art7>. Acesso em: 30 nov. 2013.

BRAISL. Instrução normativa/SRF nº 680, se 02 de outubro de 2006. Receita Federal. Disponível em: < <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/ins/2006/in6802006.htm>> Acesso em: 18 nov. 2013.

BRASIL. Instrução Normativa RFB nº 1.059, de 02 de agosto de 2010. **Receita Federal**. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Ins/2010/in10592010.htm>> Acesso em: 19 nov. 2013.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 28 de outubro de 1966, Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm Acesso em: 03 nov. 2013.

BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18137.htm Acesso em: 10 nov. 2013.

BRASIL. Lei nº 9.432, de 08 de janeiro de 1997. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19432.htm>. Acesso em: 28 out. 2013.

BRASIL. Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9469.htm>. Acesso em: 24 nov. 2013.

BRASIL. Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110522.htm Acesso em: 24 nov. 2013.

BRASIL. Lei nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111033.htm Acesso em: 24 nov. 2013.

BRASIL. Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111941.htm Acesso em: 25 nov. 2013.

BRASIL. Medida Provisória nº 449, de 3 de dezembro de 2008. **Planalto**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/mpv/449.htm> Acesso em: 25 nov. 2013.

BRASIL. Medida Provisória nº 1.542-28, de 30 de outubro de 1997. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas/1542-28.htm>. Acesso em: 24 nov. 2013.

BRASIL. Portaria do Ministério da Fazenda nº 049, de 01 de abril de 2004. **Receita Federal**. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Portarias/2004/MinisteriodaFazenda/portmf049.htm>>. Acesso em: 24 nov. 2013.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. Portaria nº 75, de 22 de março de 2012. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Portarias/2012/MinisteriodaFazenda/portmf075.htm>>. Acesso em: 01 dez. 2013.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. Portaria nº 130, de 19 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Portarias/2012/MinisteriodaFazenda/portmf130.htm>>. Acesso em: 01 dez. 2013.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. Portaria nº 75, de 22 de março de 2012. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Portarias/2012/MinisteriodaFazenda/portmf075.htm> Acesso em: 01 dez. 2013.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. Portaria nº 130, de 19 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Portarias/2012/MinisteriodaFazenda/portmf130.htm> Acesso em: 01 dez. 2013.

Referências jurisprudenciais

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 151. Disponível em:

<http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj_0151a0180.htm>. Acesso em: 06 dez. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 255617/RS. Relator: Min. Jorge Mussi. 19 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 02 nov. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 31368/PR. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. 14 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 nov. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 36570/MG, Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. 28 maio 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 02 nov. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 34281/RS. Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca. 08 de jun. 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 24 nov. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 685135/PR. Relator: Min. Felix Fischer. 15 mar. 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 24 nov. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 83144/DF. Relator: Min. Og Fernandes. 21 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 24 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1112748/TO. Relator: Min. Felix Fischer. 09 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 04 dez. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1113039/RS. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. 14 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 01 dez. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1246604/PR. Relator: Min. Og Fernandes. 22 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 05 dez. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1265032/PR. Relator: Min. Jorge Mussi. 22 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> . Acesso em: 05 dez. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1254869/PR. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. 05 set. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 01 nov. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1344013/SP. Relatora: Min. Ausete Magalhães. 14 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> . Acesso em: 05 dez. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1334500/PR. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. 26 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 30 nov. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1392164/PR. Relator: Min. Moura Ribeiro. 05 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 04 dez. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 210541/SP. Relator: Min. Moura Ribeiro. 01 out. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 25 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 218961/SP. Relatora: Min. Laurita Vaz. 02 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 02 nov. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 24. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 12 nov. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 24. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>> Acesso em: 12 nov. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 77003/PE. Relator: Min. Marco Aurélio. 16 jun. 1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 24 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 83526/CE. Relator: Min. Joaquim Barbosa. 16 mar. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> . Acesso em: 24 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84412/SP. Relator: Min. Celso de Mello. 19 out. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 24 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 92438/PR. Relator: Min. Joaquim Barbosa. 19 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 24 nov. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 99740/SP. Relator: Min. Ayres Britto. 23 nov. 2010. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 96307/GO. Relator: Min. Joaquim Barbosa. 11 dez. 2009. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 19 nov. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 96813/RJ. Relator: Min. Ellen Gracie. 31 mar. 2009. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 24 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 100177. Relator: Min. Ayres Britto. 19 ago. 2010. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 05 dez. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 104407/DF. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. 15 fev. 2011. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 05 dez. 2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 115154/RS. Relator: Min. Luiz Fux. 16 ago. 2013. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 05 dez. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 115226/MG, Relatora: Min. Cármen Lúcia. 21 nov. 2013. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 05 dez. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 118000/PR. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 11 dez. 2009. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 30 nov. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 115505/MG. Relator: Min. Luiz Fux. 11 jun. 2013. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 24 out. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Criminal nº 0008832-22.2012.4.01.3400/DF. Relatora: Desa. Federal Monica Sifuentes. 06 ago. 2013. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>>. Acesso em: 01 dez. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Criminal nº 0002045-08.2007.4.01.3802/MG. Relatora: Des. Federal Olindo Menezes. 18 jul. 2013. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>>. Acesso em: 01 dez. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Criminal nº 0008317-88.2011.4.03.6108/SP. Relator: Des. Federal José Lunardelli. 21 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br/NXT/Gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=trf3e:trf3ve>>. Acesso em: 01 dez. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação criminal nº 0010348-51.2010.4.03.6000/MS. Relator: Des. Federal José Lunardelli. 21 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br/NXT/Gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=trf3e:trf3ve>>. Acesso em: 01 dez. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Processo nº 2002.61.81.004831-9 RCCR 3446. Relator: Des. Fed. Ramza Tartuce. 05 de abr. 2004. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/PesquisarDocumento>>. Acesso em: 24 nov. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal nº 00077012820084047002/PR. Relator: Juiz Federal Artur César de Souza. 25 jul. 2012. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=1>>. Acesso em: 05 dez. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal nº 5004146-44.2010.404.7002/PR. Relator: Juiz Federal José Paulo Baltazar Junior. 28 nov. 2013. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=1>>. Acesso em: 01 dez. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Recurso Criminal em Sentido Estrito nº 5001394-31.2012.404.7002/PR. Relator: Juiz Federal PEDRO CARVALHO AGUIRRE FILHO. 28 nov. 2013. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=1>>. Acesso em: 01 dez. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Criminal nº 200784010005880/RN. Relator: Des. Federal Francisco Wildo. 06 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.trf5.gov.br/Jurisprudencia/>>. Acesso em: 01 dez. 2013.