

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL – UFRGS
FACULDADE DE DIREITO

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO CRIME DE
DESCAMINHO**

Vanessa Barreto Farias

PORTO ALEGRE

2009

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL – UFRGS
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS – DIR 01

Vanessa Barreto Farias

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO CRIME DE
DESCAMINHO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, na área de Direito Penal.

Orientador: Prof. Humberto Jacques de Medeiros

Porto Alegre

2009



Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Faculdade de Direito
Departamento de Ciências Penais



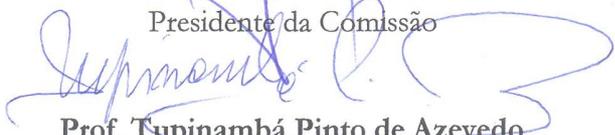
ATA,

Aos dezesseis dias do mês de dezembro de dois mil e nove, na Sala dos Professores da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, reuniu-se a Comissão Examinadora, composta pelos professores **Humberto Jacques de Medeiros**, **Tupinambá Pinto de Azevedo** e **Danilo Knijnik** para sob o primeiro, na qualidade de orientador do trabalho, argüir a acadêmica **VANESSA BARRETO FARIAS** para fins de avaliação da Monografia de Conclusão DO Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, na forma da Resolução nº. 02/2004 - COMGRAD/DIR da Faculdade de Direito. O trabalho de título “**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO CRIME DE DESCAMINHO**” foi apresentado à Comissão Examinadora, que após a apresentação e argüição da acadêmica atribuiu-lhe o conceito final “A”. Nada mais a tratar foi encerrada a sessão e lavrada a presente ata assinada pelos membros da comissão.

Porto Alegre, 16 de dezembro de 2009.


Prof. Humberto Jacques de Medeiros

Presidente da Comissão


Prof. Tupinambá Pinto de Azevedo

Membro da Comissão.


Prof. Danilo Knijnik

Membro da Comissão

A certeza de um castigo, mesmo moderado, causará sempre a impressão mais intensa que o temor de outro mais severo, aliado à esperança de impunidade.

Cesare Beccaria

RESUMO

O presente trabalho tem o escopo de analisar a recente jurisprudência firmada pelos Tribunais brasileiros quanto à aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho. A peculiaridade quanto a esta aplicação reside no fato de que se adotou um patamar fiscal – o valor mínimo que a dívida ativa da União deve atingir para ensejar o ajuizamento de execuções fiscais –, estranho ao direito penal, como parâmetro para definir a existência de tipicidade penal. Assim, todo descaminho que origina dívida ativa da União de valor inferior àquele determinado para que se ajuíze execução fiscal é considerado penalmente atípico, em virtude de uma série de argumentos utilizados pelos Tribunais. Até o ano de 2004, o parâmetro fiscal era o valor de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), que, numa interpretação mais ampla, até poderia se considerar insignificante. Entretanto, em dezembro de 2004, com a Lei n.º 11.033, o patamar foi elevado para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), e, em setembro de 2009, a jurisprudência pátria se consolidou no sentido de que este patamar é aplicável ao crime de descaminho como hipótese de incidência do princípio da insignificância. Diante da aparente distorção que ocorre quando se faz uso do princípio da insignificância, cujo escopo é o de excluir bagatelas da esfera penal, para justificar o afastamento do caráter criminoso de condutas que envolvem subtrações patrimoniais vultosas é que se faz este trabalho, a fim de analisar os argumentos utilizados pelos Tribunais para defender essa orientação jurisprudencial, bem como investigar a possível existência de fatores que possam estar sendo desconsiderados pelos Tribunais neste caso.

Palavras-chave: descaminho; tributos; insignificância; jurisprudência; importação; tipicidade.

ABSTRACT

The present work has the scope of examining the recent jurisprudence established by the Brazilian Courts in applying the principle of insignificance to the crime of smuggling. The peculiarity about this application lies in the fact that it has adopted a tax standard – the minimum that the outstanding debt of the Union must meet so as to provide grounds for the filing of tax foreclosures – not recognized by criminal law, as a parameter to define the existence of a criminal type. Thus, all smuggling that originates outstanding Union debts of sum inferior to that determined for the filing of tax foreclosure is considered criminally atypical, due to a series of arguments presented by the Courts. By the year 2004, the tax standard was the amount of \$ 2,500.00 (two thousand five hundred reais), which, in a broader interpretation, could even be considered insignificant. However, in December 2004, with the Law n.º 11.033, the standard was raised to \$ 10,000.00 (ten thousand reais), and in September 2009, the country's jurisprudence was consolidated in the sense that this plateau is applicable to the crime of smuggling as a possibility for the incidence of the principle of insignificance. Given the apparent distortion that occurs when one uses the principle of insignificance, whose scope is to exclude trifles in the criminal sphere, to justify the removal of the criminal nature of conducts which involve large patrimonial subtractions, this work is presented, with the purpose of examining the arguments used by the Courts to defend this jurisprudential orientation, and to investigate the possible existence of factors that may have been ignored by the Courts in this case.

Keywords: smuggling; taxes; insignificance; jurisprudence; import; typicality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 O CRIME DE DESCAMINHO.....	14
1.1 Dos Crimes contra a Administração Pública.....	14
1.1.1 Da Objetividade Jurídica e do Conceito de Administração Pública.....	14
1.1.2 Ilicitude Penal e Ilicitude Administrativa.....	17
1.2 Do Descaminho.....	20
1.2.1 Distinção entre Contrabando e Descaminho.....	21
1.2.2 Bem Jurídico Tutelado e Sujeitos do Delito.....	24
1.2.3 Adequação Típica e Classificação Doutrinária.....	27
1.3 Contrabando ou Descaminho por Assimilação.....	32
1.3.1 Navegação de Cabotagem.....	33
1.3.2 Fato Assimilado em Lei Especial.....	33
1.3.3 Uso Comercial ou Industrial de Mercadoria.....	34
1.3.4 Receptação de Produto de Contrabando ou Descaminho.....	36
2 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.....	38
2.1 Origens Teóricas e Desenvolvimento Histórico.....	38
2.2 Princípios Relacionados.....	41
2.2.1 Princípio da Fragmentariedade e Subsidiariedade.....	41
2.2.2 Princípio da Intervenção Mínima.....	43
2.2.3 Princípio da Adequação Social.....	44
2.2.4 O Princípio da Insignificância e a Adequação Social.....	45
2.3 A Perspectiva de Tipo Penal.....	49
2.4 O Princípio da Insignificância.....	52
2.5 As Alternativas à Obrigatoriedade da Ação Penal.....	55
3 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO CRIME DE DESCAMINHO.....	58
3.1 Motivos por que os Tribunais se utilizam do Princípio da Insignificância.....	58
3.1.1 Argumentos relativos ao princípio da insignificância em geral.....	58

<i>3.1.2 Argumentos relativos à aplicação do princípio da insignificância especificamente ao crime de descaminho.....</i>	<i>61</i>
3.2 Os Argumentos que os Tribunais não enfrentam.....	63
<i>3.2.1 Argumentos relativos ao princípio da insignificância em geral.....</i>	<i>63</i>
<i>3.2.2 Argumentos relativos à aplicação do princípio da insignificância especificamente ao crime de descaminho.....</i>	<i>67</i>
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	79
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	82

INTRODUÇÃO

O procedimento mais adequado para que se efetue a cobrança judicial das dívidas ativas junto ao Fisco costuma ser alvo de grande celeuma no âmbito administrativo. Isso ocorre porque, embora toda omissão no pagamento de impostos provoque lesão ao erário, não se pode fazer uso indiscriminado dos mecanismos judiciais de cobrança, sob pena de provocar prejuízos ainda maiores ao patrimônio público. Esse tipo de dano ocorre quando se ajuíza uma execução fiscal, procedimento que origina relevante ônus aos cofres públicos, a fim de efetuar a cobrança judicial de dívida ativa cujo valor é inferior ao dispêndio que o processo de execução representa ao erário, originando, assim, saldo negativo às contas do Estado.

A fim de solucionar este problema em âmbito federal, em agosto de 1995 foi editada a Medida Provisória n.º 1.110, pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso, determinando que, observadas determinadas condições¹, seriam arquivados os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como dívida ativa da União cujo valor consolidado não ultrapassasse mil Unidades Fiscais de Referência (UFIR)². Essa Medida Provisória sofreu sucessivas reedições, tendo sido conservado este mesmo parâmetro até 28 de junho de 2000.

Além disso, em julho de 1997 o Senado promulgou a Lei n.º 9.469, determinando que as autoridades competentes poderiam efetuar o requerimento de extinção das ações em curso para cobrança de créditos de valor igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), em que estivesse envolvido interesse público federal, seja quanto a autarquias, seja quanto a fundações, seja quanto a empresas públicas federais³.

Por volta do ano de 1997, começaram a surgir os primeiros acórdãos em matéria penal utilizando estes valores da seara administrativa para o arquivamento dos autos de execuções fiscais como parâmetros também para a aferição da relevância penal de condutas que implicavam determinada lesão ao erário. Nessa linha, acabou se destacando a aplicação deste patamar ao crime de descaminho, pois, em razão de sua previsão típica – “iludir, no todo ou

1 O arquivamento dos autos ficaria obstado ante a existência de outras execuções de débitos contra o mesmo devedor que, somados, representassem um valor superior àquele tomado como referência.

2 Vide art. 18 da referida Medida Provisória.

3 Vide art. 1º da referida Lei.

em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria”⁴ – muitas vezes chegavam aos Tribunais ações penais que envolviam pequenos valores, e a aplicação do princípio da insignificância causava muita insegurança jurídica, já que era notável a pluralidade de critérios adotados por diferentes Tribunais. Dessa forma, adotar um patamar fiscal para se aferir a lesividade penal de condutas que implicavam lesão fiscal parecia uma solução justa, útil e coerente para o direito penal.

Assim, de acordo com este então novo entendimento, quando determinada dívida originada pelo crime de descaminho representasse uma quantia cuja ação de cobrança judicial fosse considerada dispensável pelo erário, então o dano provocado não seria reprovável penalmente. Dessa forma, se passou a considerar que a justa causa, uma das condições da ação penal, estaria vinculada a determinada lei que, com base em fundamentos diversos daqueles em que se pauta o direito penal, regulamenta procedimentos fiscais de cobrança judicial.

Nessa linha, seriam insignificantes as infrações penais que envolvessem o descaminho de mercadorias avaliadas em menos de R\$ 1.000,00 (mil reais)⁵. Os precedentes do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo a aplicação desse patamar começaram a aparecer a partir do ano 2000⁶.

Em 29 de junho de 2000, após nova re-edição da Medida Provisória antes referida, agora sob n.º 1973-63, modificou-se o patamar para o arquivamento fiscal para o valor de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais). Sucessivas re-edições desta Medida Provisória ocorreram, mantendo sempre este mesmo limite, até que, em julho de 2002, tal determinação foi convertida na Lei n.º 10.522/02. Os Tribunais, acompanhando o posicionamento hermenêutico anterior – que considerava estar a lesividade delitiva do crime de descaminho atrelada ao interesse administrativo em executar judicialmente a dívida ativa produzida como resultado material do delito – passaram a adotar o valor de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos

4 Vide art. 334 do Código Penal.

5 Nesse sentido, os precedentes Recurso em Sentido Estrito n.º 97.04.22181-9, Recurso em Sentido Estrito n.º 97.04.42352-7 e Apelação Criminal n.º 97.04.09626-7, julgados pela Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, os dois primeiros em 30/09/1997 e o último em 18/11/1997.

6 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma, Recurso Especial n.º 224.392/PR, Relator Ministro Jorge Scartezzini, 16/03/2000.

reais) como patamar para a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho⁷. O Superior Tribunal de Justiça corroborou este entendimento⁸.

Entretanto, ocorreu que, administrativamente, valores a partir de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) continuavam irrisórios frente aos custos representados pelo processo de execução fiscal intentado pela Fazenda Pública. Destarte, diante de uma situação em que mais se onerava do que se auferia aos cofres públicos, o Ministério da Fazenda, em abril de 2004, editou a Portaria MF n.º 049, que autorizou o não ajuizamento das execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais)⁹.

Em dezembro do mesmo ano, foi sancionada a Lei n.º 11.033/04, que modificou o art. 20 da Lei n.º 10.522/02, elevando para R\$ 10.000,00 (dez mil reais) o patamar abaixo do qual seriam arquivadas, sem baixa na distribuição, as execuções fiscais de dívida ativa da União.

Inicialmente, embora a tese que atrelava a relevância penal da conduta do descaminho ao interesse administrativo quanto à execução fiscal da dívida representada pelo resultado material do delito ter sido amplamente acolhida pela jurisprudência pátria, houve certa resistência para se aceitar que o princípio da insignificância poderia abarcar valores próximos a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), em razão do relevante montante que esta quantia representa. Nesse sentido, podem-se observar os seguintes julgados:

A jurisprudência, pacificamente, aplica o patamar de R\$ 2.500,00 - nos termos do art. 20 da Lei n.º 10.522/02 - como expressão da ideia de insignificância penal. A adoção dos valores vigentes a partir da edição da Lei n.º 11.033/04 - além de atentar contra o princípio da razoabilidade, que deve permear as decisões proferidas pelo Poder Judiciário - implica tornar "letra morta" a tipificação constante no art. 334 do Código Penal.¹⁰

O limite de R\$ 10.000,00 para o ajuizamento de execuções fiscais, instituído pela Lei 11.033/04, não merece aplicação na esfera criminal, para efeito de reconhecimento do princípio da insignificância, eis que destoante da realidade social. Mantido o parâmetro de R\$ 2.500,00 fixado nos precedentes desta Corte.¹¹

7 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Sétima Turma, Recurso em Sentido Estrito n.º 2001.04.01.044930-2, Relator José Luiz Borges Germano da Silva, 11/09/2001.

8 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma, *Habeas Corpus* n.º 34.281/RS, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, 08/06/2004.

9 Vide art. 1º, II da referida portaria.

10 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Sétima Turma, Apelação Criminal n.º 2001.71.04.005924-5, Relatora Maria de Fátima Freitas Labarrère, 27/09/2005.

11 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Oitava Turma, Recurso em Sentido Estrito n.º 2003.70.02.010041-6, Relator Luiz Fernando Wowk Penteadó, 17/08/2005.

1. A nova redação do art. 20 da Lei nº 10.522/2002 conferida pela Lei nº 11.033, de 21.12.2004, elevando o valor de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) para R\$ 10.000,00 (dez mil reais) não tem aplicação imediata para fins penais em razão da autonomia existente entre a esfera penal e a esfera fiscal. 2. No crime de descaminho a quantia de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) revela-se mais do que suficiente para caracterizar a insignificância penal, por tratar-se de um delito que envolve mercadorias de pequeno valor, sob pena de incentivo à prática da infração.¹²

(...) 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no que se refere ao delito de descaminho, orientava-se no sentido de que o princípio da insignificância somente seria aplicado nas hipóteses em que o valor do tributo devido fosse igual ou inferior ao mínimo exigido para a propositura de uma execução fiscal, por força do disposto no art. 20 da Lei 10.522/02. 3. Posteriormente, com a edição da Lei 11.033/04, que alterou o valor previsto no mencionado dispositivo legal para R\$ 10.000,00, a Quinta Turma deste Tribunal, acompanhando o voto proferido pelo Min. Felix Fischer, na sessão de julgamento de 15/3/05, alterou o entendimento para considerar como penalmente irrelevantes apenas os valores iguais ou inferiores a R\$ 100,00, para os quais a administração prevê a extinção do crédito tributário, conforme dispõe o § 1º do art. 18 da Lei 10.522/02. 4. Revendo a questão, entendo que, assim como nos delitos contra o patrimônio, a aplicação do princípio da insignificância não deve estar atrelada apenas a um valor prefixado, sob pena de trasmudar-se o art. 334 do Código Penal em uma norma penal em branco, e sim ao conceito de razoabilidade, a fim de avaliar, em cada caso, o bem que não merece a tutela penal, à luz da fragmentariedade e da intervenção mínima.¹³

Entretanto, em razão da manutenção do mesmo raciocínio anterior, atrelando o parâmetro para a justa causa penal a um valor definido em lei fiscal, com a mudança desta lei, acabou por se aceitar que o descaminho quanto a valores iludidos ao Fisco de até R\$ 10.000,00 (dez mil reais) constituiria “delito de bagatela”. Atualmente, esta é a jurisprudência assentada pelos Tribunais do país, já havendo se consolidado, nesse sentido, o posicionamento das Primeira e Segunda Turmas da Suprema Corte e, posteriormente, do Superior Tribunal de Justiça¹⁴.

12 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Quarta Seção, Embargos Infringentes e de Nulidade no Recurso em Sentido Estrito n.º 2004.71.04.006953-7, Relatora Maria de Fátima Freitas Labarrère, Relator p/ Acórdão Tadaaqui Hirose, 18/08/2005.

13 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma, *Habeas Corpus* n.º 110404/PR, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, 07/10/2008.

14 Até setembro de 2009, o Superior Tribunal de Justiça ainda sustentava, majoritariamente, posicionamento contrário à aplicação do parâmetro de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Entretanto, em 09/09/2009, foi julgado Recurso Especial Repetitivo Representativo da Controvérsia (Recurso Especial n.º 1112748/TO, Relator Ministro Felix Fischer), no qual a Terceira Seção decidiu por acompanhar a jurisprudência assentada pelas Primeira e Segunda Turmas do Supremo Tribunal Federal, sob a seguinte fundamentação: “Muito embora esta não seja a orientação majoritária desta Corte (vide Embargos de Divergência no Recurso Especial n.º 966077/GO, Terceira Seção, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 20/08/2009), mas em prol da otimização do sistema, e buscando evitar uma sucessiva interposição de recursos ao c. Supremo Tribunal Federal, em sintonia com os objetivos da Lei nº 11.672/08, é de ser seguido, na matéria, o escólio jurisprudencial da

Dessa forma, este trabalho é realizado a fim de analisar a coerência quanto à aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho, considerando tanto a doutrina jurídica quanto os próprios entendimentos já consolidados pelos Tribunais pátrios em questões relacionadas.

1 O CRIME DE DESCAMINHO

1.1 *Dos Crimes contra a Administração Pública*

Nosso Código Penal divide o Título XI, reservado aos crimes contra a administração pública, em cinco capítulos: o primeiro cuida dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral (arts. 312 a 327), o segundo, dos crimes praticados por particular contra a administração em geral (arts. 328 a 337-A), o terceiro, dos crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira¹⁵ (art. 337-B a 337-D), o quarto, dos crimes contra a administração da justiça (art. 338 a 359) e, por fim, o quinto, dos crimes contra as finanças públicas¹⁶ (arts. 359-A a 359-H).

O crime de descaminho, previsto no art. 334, encontra-se no segundo capítulo, que reúne os crimes praticados por particular contra a administração em geral. Destarte, a própria sistemática adotada pelo Código Penal indica que quem pratica o descaminho está atentando contra a administração pública em geral, e não apenas contra as finanças públicas, conforme ocorreria no caso de o descaminho estar inserido no quinto capítulo¹⁷.

1.1.1 *Da Objetividade Jurídica e do Conceito de Administração Pública*

Quanto à objetividade jurídica dos crimes contra a administração pública, de acordo com Nélson HUNGRIA, se trata do interesse quanto à normalidade funcional, à probidade, ao prestígio e ao decoro da administração pública¹⁸. Dessa forma, o crime que atenta contra a administração pública não atinge apenas o patrimônio público, obstando a normalidade funcional dos órgãos públicos, mas implica ofensa a outros bens jurídicos, tais como o prestígio e o decoro da administração pública. Dessa forma, quando se analisa o resultado

15 Incluído pela Lei nº 10.467, de 11 de junho de 2002.

16 Incluído pela Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000.

17 Essa distinção é de especial interesse para este trabalho, eis que o bem jurídico protegido pelo tipo penal está intimamente relacionado à forma como o princípio da insignificância será aplicável a ele. Assim, se o descaminho não atenta apenas contra as finanças públicas, não se pode utilizar como único parâmetro para sua relevância penal a extensão da lesão às finanças públicas.

18 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*, v. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 311-312.

material do crime, não se pode levar em consideração apenas o dano patrimonial sofrido pelo erário. Nesse sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça diversas vezes.

É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública, ainda que o valor da lesão possa ser considerado ínfimo, porque a norma busca resguardar não somente o aspecto patrimonial, mas a moral administrativa, o que torna inviável a afirmação do desinteresse estatal à sua repressão.¹⁹

Nesse caso, julgado em 2007, o réu estava sendo acusado pelo crime de peculato em razão de ter se apropriado, mediante falsificação, de vales-transporte, no valor de R\$ 85,00 (oitenta e cinco reais), de um colega de trabalho. O acusado, antes do recebimento da denúncia, ressarciu o colega do prejuízo, e, após, ingressou com *Habeas Corpus* perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a fim de trancar a ação penal, logrando êxito, razão por que o Ministério Público Federal interpôs Recurso Especial perante o Superior Tribunal de Justiça, a que foi concedido provimento.

O voto da Ministra Laurita Vaz, acolhido por unanimidade pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ressaltou o fato de que o princípio da insignificância deve ser aplicado com parcimônia, ao passo de que não se deve confundir pequeno valor com valor insignificante. Além disso, se ressaltou o fato de que as normas penais que se classificam como crimes contra a administração pública não visam proteger apenas o aspecto patrimonial.

Ressalte-se que o princípio da bagatela, ou do desinteresse penal, consectário do corolário da intervenção mínima, deve se aplicado com parcimônia, restringindo-se apenas as condutas sem tipicidade penal, desinteressantes ao ordenamento positivo.

O pequeno valor da *res furtiva* não se traduz, automaticamente, na aplicação do princípio da insignificância. Não se pode confundir o pequeno valor, com valor insignificante, que é aquele que causa lesão que, de per si, não tem qualquer relevo em sede de ilicitude penal.

Com efeito, é inaplicável o princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública, ainda que o valor da lesão possa ser considerado ínfimo, porque a norma busca resguardar não somente o aspecto patrimonial, mas a moral administrativa, o que torna inviável a afirmação do desinteresse estatal à sua repressão.²⁰

19 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma, Recurso Especial n.º 655946/DF, Relatora Ministra Laurita Vaz, 27/02/2007.

20 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma, Recurso Especial n.º 655946/DF, 27/02/2007, Voto da Relatora Ministra Laurita Vaz, p. 2.

Pode-se observar também o seguinte precedente, do mesmo Tribunal, sustentando o mesmo posicionamento.

Trata-se, na hipótese, de crime em que o bem jurídico tutelado é a Administração Pública, tornando irrelevante considerar a apreensão de 70 bilhetes de metrô, com vista a desqualificar a conduta, pois o valor do resultado não se mostra desprezível, porquanto a norma busca resguardar não somente o aspecto patrimonial, mas moral da Administração.²¹

Nesse caso, se tratava de apropriação irregular de bilhetes de metrô, que consubstanciariam aproximadamente R\$ 60,00 (sessenta reais). Assim, conforme o observado, o resultado do crime contra a administração pública não se traduz apenas no resultado material, financeiro, que se manifesta através de uma subtração pecuniária. Há outros bens jurídicos envolvidos, sendo que estes não são passíveis de valoração econômica, o que não quer dizer que eles não possuam valor algum.

Quanto à amplitude do conceito de administração pública, HUNGRIA a define no sentido jurídico-penal, como sendo a atividade do Estado na consecução de seus fins, tanto no âmbito do Poder Executivo – a administração pública em sentido estrito – quanto no dos Poderes Legislativo e Judiciário. Tal amplitude no que concerne ao sentido conferido à administração pública encontra-se, assim, na própria sistemática adotada pelo Código Penal, que considerou os crimes contra a administração da justiça uma subclasse dos crimes contra a administração pública, e não um título autônomo, como fazem algumas legislações alienígenas²².

Helena Cláudio FRAGOSO, no mesmo sentido, refere que a administração pública é entendida pela lei penal em sentido lato, ou seja, como a atividade funcional do Estado em todos os setores em que é exercido poder público, excetuando-se apenas a atividade política. O mesmo autor acrescenta, ainda, que, conforme se assinalou na Exposição de Motivos do código italiano, o conceito de administração pública vem entendido num sentido mais amplo,

21 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma, *Habeas Corpus* n.º 50863/PE, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, 04/04/2006.

22 HUNGRIA, *Comentários...* p. 311-312. Sobre este assunto, Helena Cláudio FRAGOSO (*Lições de Direito Penal*, v. 4. São Paulo: José Bushatsky, 1959, p. 872) coloca que o nosso Código Penal seguiu mais fielmente a exposição de motivos do código italiano do que o próprio código italiano, pois o último conferiu um título autônomo aos crimes contra a administração da justiça, enquanto para o nosso código esta classe de crimes constitui apenas um capítulo do título referente aos crimes contra a administração pública. Ou seja, no código italiano, os crimes contra a administração da justiça não estão incluídos dentre os crimes contra a administração pública, o que parece incoerente com a exposição de motivos do próprio código, que considera a administração pública como uma atividade que engloba os poderes executivo, legislativo e judiciário, bem como dos demais órgãos públicos que não estejam vinculados a nenhum poder.

compreendendo não só a atividade inteira do Estado, como a dos entes públicos em geral. Em razão disso, as normas que preveem os crimes contra a administração pública não tutelam apenas a atividade administrativa em sentido técnico ou estrito, mas também as atividades legislativa e judiciária, já que o intuito da lei penal no título que trata dos crimes contra a administração pública é o de perseguir atos que impedem ou turbam que a atividade estatal, bem como de outros entes públicos, seja regularmente desenvolvida²³.

É importante que se conheça a amplitude deste conceito porque, quando se fala em crime que lesione a administração pública, esta lesão será tanto mais expressiva quanto mais restrito for o conceito de administração pública adotado. Entretanto, como visto, o conceito de administração pública que subscreve a doutrina tradicional é o mais amplo possível, o que gera uma tendência para se considerarem irrelevantes lesões de grande monta aos cofres públicos. Talvez um critério mais justo fosse o de considerar não todo o patrimônio público atingido por cada crime, mas apenas o patrimônio do órgão administrativo prejudicado, por exemplo. Ou, nos casos em que estão envolvidos recolhimentos de tributos, a proporção da lesão provocada por determinada subtração de tributos (sem considerar os demais bens jurídicos envolvidos) poderia ser considerada ao se comparar a fatia de arrecadação que é distribuída aos órgãos públicos. Dessa forma, se um posto de saúde recebe R\$ 100.000,00 (cem mil reais) por mês do governo, e se um contribuinte sonega R\$ 10.000,00 (dez mil reais) em impostos que seriam destinados ao financiamento de postos de saúde, não se poderia considerar esta lesão inexpressiva.

1.1.2 Ilicitude Penal e Ilicitude Administrativa

No que se refere às sanções penais e administrativas, tema de relevante interesse para este trabalho, HUNGRIA chama a atenção para o reconhecimento da prejudicialidade ou prevalência do juízo penal sobre o administrativo, quando, evidentemente, em relação ao mesmo fato. A esse respeito, é necessário compreender que do mesmo modo que, na sua essência, o dever jurídico é um só, a ilicitude jurídica também é uma só. Nesse sentido, HUNGRIA alude à lição de BENTHAM, no que concerne às leis serem divididas apenas por comodidade de distribuição, podendo, assim, todas, em razão de sua unidade substancial, serem dispostas sobre um mesmo plano. Dessa forma, de acordo com HUNGRIA, não podemos considerar que haja um ilícito administrativo cuja distinção em relação a um ilícito

23 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, v. 4. São Paulo: José Bushatsky, 1959, p. 872.

penal seja ontológica. Isso ocorre porque são critérios de conveniência ou oportunidade, norteados pelo interesse da sociedade e do estado – que, aliás, varia no tempo e no espaço –, que definem a separação entre aqueles ilícitos que serão previstos penalmente e aqueles que serão considerados meras infrações administrativas²⁴.

Dessa forma, podemos dizer que uma conduta ou é lícita ou é ilícita, não podendo ser simultaneamente permitida e proibida pelo mesmo ordenamento jurídico. Isso ocorre em razão da unidade que deve necessariamente permear a ordem jurídica, como se as disposições legais estivessem todas num mesmo plano de obrigatoriedade, divididas apenas por questões sistemáticas²⁵.

Nessa linha, é importante frisar que a diferença entre uma conduta que recebe sanção penal e outra, que recebe apenas sanção administrativa, ocorre em razão da gravidade da lesão à ordem jurídica. É isso que HUNGRIA coloca, algumas linhas depois:

Conforme acentua BELLING, a única diferença que pode ser reconhecida entre as duas espécies de ilicitude é de *quantidade* ou de *grau*: está na maior ou menor gravidade ou imoralidade de uma em cotejo com outra. O ilícito administrativo é um *minus* em relação ao ilícito penal.²⁶

Podemos acrescentar, ainda, que da mesma forma que a falta disciplinar é um *minus* em relação ao crime, a pena criminal representa um *plus* em relação à sanção disciplinar²⁷. Assim, a sanção penal recairá sempre sobre uma conduta mais gravosa à ordem jurídica. Ou seja, para que uma conduta adquira relevância penal, é necessário que haja reconhecidamente um dano ao sistema jurídico, e que este dano seja de tal monta que não se encontre correspondência adequada quando seus reflexos sancionadores ocorram exclusivamente na esfera administrativa.

Entretanto, isso não equivale a dizer que o direito penal só pode aplicar suas sanções quando o direito extrapenal também aplicá-las.

²⁴ HUNGRIA, *Comentários...* p. 315.

²⁵ Esse assunto apresenta especial relevância quando tratamos dos crimes contra a administração pública, porque esclarece que não há discrepância ontológica entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, já que ambos infringem o dever jurídico. Deste modo, a separação entre as condutas que receberão apenas sanção administrativa e as que receberão sanção penal é pautada pelos interesses do Estado e da sociedade, sendo que tais interesses variam em relação à época e ao território.

²⁶ HUNGRIA, loc. cit. Grifos no original.

²⁷ PAGLIARO; COSTA JR., *Dos Crimes...* p. 19.

Quando há concorrência entre duas sanções (penal disciplinar e penal comum), HUNGRIA coloca que se torna indispensável, a fim de evitar decisões incongruentes, que haja coordenação entre o processo administrativo e o criminal, devendo prevalecer o juízo criminal. Isso ocorre porque a autonomia que concerne ao poder disciplinar só incide sobre os fatos que representam exclusivamente ilícitos administrativos, só se admitindo ação disciplinar fora desse caso quando ocorre absolvição penal por atipicidade, onde o fato atípico penalmente constitua falta disciplinar.²⁸

Assim, já que pode haver o menos onde não houve o mais, nada obsta que um funcionário seja absolvido pelo delito no juízo penal e condenado, na esfera administrativa, pela falta disciplinar. Isso poderia ocorrer, por exemplo, num caso de acusação por crime de prevaricação, em razão de o funcionário ter retardado ou deixado de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou o praticado contra disposição expressa de lei. No entanto, isto não basta para configurar a prevaricação, pois é exigida a presença do dolo específico, representado pelo intuito de satisfazer interesse ou sentimento pessoal. Não estando presente este elemento, o funcionário será absolvido no juízo penal por atipicidade da sua conduta, mas poderá ser responsabilizado administrativamente por desídia ou retardamento do ato de ofício, já que, nestes casos, não se exige qualquer intuito específico²⁹.

Em relação ao crime de descaminho, que provoca também lesão fiscal, se pode perceber que em nenhum momento a legislação administrativa considera lícita a sonegação de pequenos valores. Pelo contrário, o Decreto-Lei n.º 37, de 18 de novembro de 1966, que dispõe sobre o imposto de importação, determina, no art. 94, que “constitui infração toda ação ou omissão, voluntária ou involuntária, que importe inobservância, por parte da pessoa natural ou jurídica, de norma estabelecida neste Decreto-Lei, no seu regulamento ou em ato administrativo de caráter normativo destinado a completá-los”. Assim, trata-se, aqui, de ilicitude perante toda a ordem jurídica, que só poderia deixar de merecer subsunção penal no caso de haver previsão, na norma incriminadora, de determinado elemento que denotaria maior gravidade ou imoralidade da lesão – conforme a lição de BELLING –, como no caso da exigência de dolo específico – lembrado por MAGALHÃES NORONHA. Tais elementos não se encontram na previsão típica do descaminho.

28 HUNGRIA, *Comentários...* p. 322-323.

29 NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*, v. 4. 18ª Ed. atual. por Dirceu de Mello e Eliana Passarelli Lepera. São Paulo: Saraiva, 1987-1988, p. 197.

Não se sustenta, portanto, a conclusão de que a licitude administrativa da lesão fiscal correspondente à prática do descaminho deva constituir, *a fortiori*, hipótese de conduta penalmente insignificante, eis que baseada na falsa premissa de que a sonegação fiscal até determinado valor é lícita perante o ordenamento administrativo-fiscal.

1.2 Do Descaminho

O art. 334 do Código Penal brasileiro prevê, sob o *nomen juris* de “contrabando ou descaminho”, o crime que se traduz por 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. A pena prevista é de reclusão, de um a quatro anos.

O parágrafo primeiro do referido artigo introduz as práticas assimiladas ao contrabando ou descaminho, determinando que incorrerá nas mesmas penas quem praticar navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei (alínea *a*), praticar fato assimilado, em lei especial, a contrabando ou descaminho (alínea *b*), vender, expor à venda, manter em depósito ou, de qualquer forma, utilizar 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 (alínea *c*) ou adquirir, receber ou ocultar, 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 (alínea *d*).

O parágrafo segundo determina que se equipara às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências.

Por fim, o parágrafo terceiro determina que a pena se aplica em dobro se o crime de contrabando ou descaminho é praticado em transporte aéreo.

1.2.1 Distinção entre Contrabando e Descaminho

Tanto o contrabando quanto o descaminho são delitos previstos no art. 334 do Código Penal. Ambas figuras típicas implicam a transposição ilícita das fronteiras de um determinado Estado, em razão da infração às normas alfandegárias³⁰.

Sobre a distinção entre contrabando e descaminho, HUNGRIA aponta que, de acordo com o critério mais seguido, contrabando é a importação ou exportação clandestina de mercadorias cuja entrada ou saída do país é, de alguma forma, proibida. O autor acrescenta, ainda, que contrabando vem de *contra* (oposição) e *bando* (edito, ordenança, decreto), razão por que, amplamente, “contrabando” poderia designar qualquer comércio que se fizesse contra as leis. Em relação ao descaminho, o mesmo jurista coloca que se trata da “fraude tendente a frustrar, total ou parcialmente, o pagamento de direitos de importação ou exportação ou do imposto de consumo (a ser cobrado na própria aduana) sobre mercadorias”³¹.

Quanto a esta distinção, parte da doutrina considera que o Código Penal não a previu em razão de, no tipo penal do art. 334, estar sendo utilizada a conjunção disjuntiva “ou”, dando a entender que contrabando e descaminho seriam sinônimos³². Tal é a lição de MAGALHÃES NORONHA, referindo que a aplicação desta conjunção, tanto no *nomen juris* quanto na própria oração do art. 334 do Código Penal, evidencia a tentativa de se estabelecer uma sinonímia entre tais expressões. No entanto, o mesmo doutrinador reconhece que esta circunstância não tem, e nem poderia ter, força para mudar o que se encontra na natureza dos fatos, já que a ação física do contrabando e a do descaminho se distinguem, tendo em vista que atentam contra bens jurídicos diversos³³.

30 MAZUR, Bianca de Freitas. *Os Tipos de Contrabando e Descaminho como Capítulo do Direito Penal: Análise de seus aspectos, elementos e características*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2005, p. 51.

31 HUNGRIA, *Comentários...* p. 430.

32 Bianca MAZUR, em sua dissertação de mestrado, remete à gênese do contrabando para esclarecer a razão por que amiúde tal figura típica é confundida com o descaminho. Isso ocorreu porque a definição de contrabando apresentava duas modalidades, sendo que uma era referente à importação e exportação de mercadorias, enquanto a outra se relacionava à fraude fiscal. A razão disso é a de que ambos os casos se traduziam pelo nome genérico *fraudatum vectigal*, que significa “o imposto defraudado nas transações da ordem internacional”. Deste modo, ainda hoje, em diversos países, não se aplica o termo “descaminho”, corrente no nosso direito, utilizando-se “contrabando” para referir também a sonegação de imposto alfandegário (MAZUR, *Os Tipos...* p. 56).

33 MAGALHÃES, *Direito...* p. 324.

FRAGOSO resume que a palavra contrabando significa a importação ou exportação de gêneros ou mercadorias proibidos, ao passo que descaminho constitui a fraude no pagamento de impostos e taxas cobrados na entrada e saída da mercadoria. Para este doutrinador, o nosso código emprega as expressões como sinônimas, atendendo certamente à imprecisão doutrinária destes vocábulos³⁴.

PAGLIARO e COSTA JR., por outro lado, acrescentam que o descaminho, por representar uma fraude ao pagamento de tributos aduaneiros, configura ilícito de natureza tributária³⁵. Tal colocação é de bastante relevância, considerando o assunto deste trabalho, já que a natureza do crime de descaminho é que definirá quais os critérios que se podem adotar para definir a relevância penal da conduta e, pois, a aplicação do princípio da insignificância.

No mesmo sentido, Márcia Dometila Lima de CARVALHO:

[...] enquanto o descaminho, fraude ao pagamento dos tributos aduaneiros, é, *grosso modo*, crime de sonegação fiscal, ilícito de natureza tributária, pois atenta imediatamente contra o erário, o contrabando propriamente dito, a exportação ou importação de mercadoria proibida, não se enquadra entre os delitos de natureza tributária.³⁶

No entanto, é necessário esclarecer que, embora a conduta de quem pratica o descaminho seja semelhante àquela de quem pratica a sonegação fiscal, no sentido de que ambas têm como resultado material delitivo a subtração de impostos ao Fisco, tratam-se de tipos penais de natureza bastante distinta. Isso ocorre porque o descaminho, diferentemente da mera sonegação fiscal, envolve outros bens jurídicos, tais como a proteção à economia e à indústria nacionais. Tal divergência, que denota maior gravidade ao descaminho, se percebe inclusive nas penas cominadas aos delitos: enquanto a pena para o crime de sonegação fiscal é de detenção, de seis meses a dois anos, acrescida de multa, cujo valor será de duas a cinco vezes o do tributo sonegado (art. 1º da Lei n.º 4.729, de 14 de julho de 1965), a pena para quem comete o descaminho é de reclusão, de um a quatro anos (art. 334 do Código Penal)³⁷.

Se poderia argumentar que, a partir da edição da Lei n.º 8.137/90, que dispõe sobre os crimes contra a ordem tributária, a Lei n.º 4.729/65 teria sido tacitamente revogada, caindo em

34 FRAGOSO, *Lições...* p. 977.

35 PAGLIARO; COSTA JR., *Dos Crimes...* p. 208.

36 CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Crimes de Contrabando e Descaminho*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 4.

37 Além disso, apenas para argumentar, ainda em relação à Lei n.º 4.729, de 14 de julho de 1965, vale atentar que, após o arrolamento das ações típicas que constituem sonegação fiscal nos cinco incisos do art. 1º, o art. 3º dispõe que “somente os atos definidos nesta Lei poderão constituir crime de sonegação fiscal”.

desuso, passando os crimes de sonegação fiscal a serem tradicionalmente enquadrados no art. 1º da nova Lei. Dessa forma, realmente, o crime de descaminho teria adquirido *status* de conduta menos grave em relação à sonegação fiscal, já que a pena cominada aos delitos do art. 1º da Lei n.º 8.137/90 é de reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

Entretanto, é preciso ter cautela ao fazer esse tipo de interpretação, mormente quando se tratam de leis cujas datas de promulgação apresentam-se separadas por significativo lapso temporal. Assim, considerando que o Código Penal em vigência foi promulgado em 1940, e que desde então não houve mudanças quanto à pena cominada ao descaminho, é de se supor que a sonegação fiscal da Lei de 1965 está mais de acordo com os parâmetros que foram utilizados pelo legislador de 1940. Assim, se o descaminho é um crime que implica lesão a mais bens jurídicos do que a mera sonegação fiscal, é de se supor que à sonegação fiscal devam se cominar penas mais brandas, como efetivamente ocorreu na Lei de 1965.

A Lei 8.137/90, contudo, representa uma tendência contemporânea de conferir maior gravidade aos chamados “crimes de colarinho branco”, nos quais se enquadram os crimes praticados por particulares contra a ordem tributária. Estes crimes podem ser de dois tipos: os do art. 1º, que implicam efetiva supressão ou redução de tributo, e, por isso, são crimes materiais e têm pena mais grave (reclusão, de dois a cinco anos, e multa), e os do art. 2º, que são crimes formais, onde, apesar da utilização de meios fraudulentos, não se chega a lesar o erário, razão por que a pena cominada é mais branda (detenção, de seis meses a dois anos, e multa).

Considerando exclusivamente as penas cominadas pela Lei n.º 8.137/90, o descaminho seria menos grave do que o crime material do art. 1º e mais grave do que o crime formal do art. 2º. Apenas com esta observação já é possível perceber que o descaminho não pode ser enquadrado em nenhum dos casos, refutando inclusive o argumento de que equivale à sonegação fiscal *sui generis* (art. 1º), pois não pode ser equivalente a uma conduta considerada mais grave pela ordem jurídica.

Essa diferença provavelmente decorre da desatualização do Código Penal, que tem origem na omissão do legislador em adequar o descaminho à nova política estatal de incriminar de forma mais grave aquelas condutas que implicam lesão aos cofres públicos. Frise-se que o descaminho, além da proteção ao erário, visa proteger o mercado e a indústria

nacionais, razão por que deveria ser considerado mais grave do que os crimes de sonegação fiscal simples, que visam proteger exclusivamente o erário.

Ademais, é interessante refletir para o que sinaliza a tipificação das condutas descritas no art. 2º da Lei n.º 8.137/90, consideradas crimes formais, eis que se consumam independentemente da existência de efetiva subtração de valores ao Fisco. Tratam-se de figuras típicas que preveem condutas fraudulentas cujo escopo é o de iludir o Fisco, mesmo que não se tenha logrado êxito. Ou seja, apenas fazer uso de meios fraudulentos, independentemente do resultado material, já é considerado uma conduta criminosa, eis que se está iludindo o poder público. Vejamos como exemplo a conduta prevista no art. 2º, I da Lei n.º 8.137/90: “fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo”.

Esse delito, exceto por não envolver resultado material (efetiva subtração de tributos), se assemelha bastante à conduta típica do descaminho (“iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria”³⁸), apenas com a especificidade de que os tributos devidos pelo descaminho devem estar relacionados à atividade de importação ou exportação. Entretanto, quando se aplica o princípio da insignificância ao crime de descaminho sob o pretexto de que a conduta envolveu a subtração de valor pequeno em tributos, se está desconsiderando que a prática do descaminho pressupõe “fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo”, conduta que é tão relevante para o sistema penal e lesiva à ordem jurídica que constitui figura típica autônoma.

1.2.2 Bem Jurídico Tutelado e Sujeitos do Delito

Luiz Régis PRADO, em sua obra sobre direito penal econômico, apresenta a perspectiva de que no delito de descaminho se tutela o prestígio da administração pública, bem como o interesse econômico-estatal, o produto nacional (agropecuário, manufaturado ou industrial) e a economia no país, quer na elevação do imposto de exportação, para fomentar o abastecimento interno, quer na sua sensível diminuição ou isenção, para estimular o ingresso

³⁸ Aqui é importante referir que a conduta de “iludir o pagamento de direito ou imposto”, prevista no descaminho, não pode ser confundida com “deixar de pagar direito ou imposto”. *Iludir o pagamento* significa causar ilusão ao pagamento, ou seja, enganar, de alguma forma, o poder público, para se escusar do dever legal de pagar impostos alfandegários. Daí a semelhança com a figura do art. 2º, I da Lei n.º 8.137/90.

de divisa estrangeira no país. Ocorre o mesmo, para o autor, no que toca ao imposto de importação, pois elevá-lo ou isentá-lo ora tem por escopo proteger o produtor nacional, ora proteger a própria nação da especulação que este engendra, ou, ainda, suprir as necessidades vitais do Estado³⁹. Trata-se, pois, de uma figura delitiva que abarca bens jurídicos muito mais amplos do que a sonegação fiscal ordinária, eis que o tributo envolvido exerce funções extrafiscais. Assim se manifestou o egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

O crime de descaminho não ofende somente o erário, atingindo também a soberania nacional, a autodeterminação do Estado, a segurança nacional e a eficácia das políticas governamentais de defesa do desenvolvimento da indústria pátria. Por isso, o descaminho é classificado como crime contra a Administração Pública e contra a ordem tributária.⁴⁰

É de se ressaltar que o próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceu que o imposto de importação possui características extrafiscais, não se restringindo à mera arrecadação de recursos financeiros, nos seguintes termos: “Imposto de importação – Função predominantemente extrafiscal, por ser muito mais um instrumento de proteção da indústria nacional do que de arrecadação de recursos financeiros, sendo valioso instrumento de política econômica”.⁴¹ Não poderia ser diferente, já que a Constituição da República, nos arts. 150, §1º e 153, §1º, deixa claro que os impostos de importação e exportação, por possuírem funções extrafiscais, submetem-se a sistemática diversa em relação aos demais tributos.

De acordo com as palavras do tributarista Luciano Amaro:

Segundo o objetivo visado pela lei de incidência seja (a) prover de recursos a entidade arrecadadora ou (b) induzir comportamentos, diz-se que os tributos têm *finalidade arrecadatória (ou fiscal)* ou *finalidade regulatória (ou extrafiscal)*. Assim, se a instituição de um tributo visa, precipuamente, a abastecer de recursos os cofres públicos (ou seja, a finalidade da lei é *arrecadar*), ele se identifica como tributo de finalidade arrecadatória. Se, com a imposição, não se deseja arrecadar, mas estimular ou desestimular certos comportamentos, por razões econômicas, sociais, de saúde, etc., diz-se que o tributo tem finalidades *extrafiscais* ou regulatórias. (...) Têm, tipicamente, a configuração de tributos regulatórios os impostos sobre o comércio exterior.⁴²

39 PRADO, Luiz Régis. *Direito Penal Econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 468-469.

40 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Segunda Turma, *Habeas Corpus* n.º 200803000042027, Relator Nelton dos Santos, 25/08/2009.

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma, Recurso Extraordinário n.º 203308/CE e Recurso Extraordinário n.º 199619/PE, Relator Ministro Maurício Corrêa, julgados em 26/11/1996.

42 AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 89. Grifos no original.

Dessa forma, não se pode dizer que a prática do descaminho, do ponto de vista da lesão tributária, atinge pura e simplesmente o abastecimento dos cofres públicos, pois essa não é a finalidade dos impostos de importação e exportação. Isso ocorre porque estes impostos têm escopo regulatório, a fim de estimular ou desestimular certos comportamentos, e não meramente de abastecer de recursos os cofres públicos. Entretanto, quando o interesse administrativo na cobrança judicial de determinada dívida é utilizado como parâmetro exclusivo para definir quando o descaminho será típico, se está desconsiderando o fato de que os tributos sonegados por essa atividade não servem apenas para financiar as atividades da administração pública.

Em relação ao sujeito passivo dos delitos, PRADO⁴³, refere que, enquanto no crime de contrabando se trata da União, pelo que se depreende do dispositivo constitucional que determina competir exclusivamente à União legislar sobre comércio exterior e interestadual⁴⁴, em relação ao delito de descaminho, os sujeitos passivos são a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista que “a fraude ínsita ao descaminho impede a arrecadação tributária destes entes”⁴⁵.

Para sustentar seu posicionamento quanto aos sujeitos passivos do crime de descaminho, PRADO invoca os seguintes dispositivos constitucionais, respectivamente quanto à União, aos Estados-membros e ao Distrito Federal:

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

I - importação de produtos estrangeiros;

II - exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados;

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

IX - incidirá também:

a) sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior; cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço;

43 PRADO, *Direito...* p. 469.

44 Vide art. 22, VIII da Constituição da República.

45 PRADO, loc. cit.

Art. 158. Pertencem aos Municípios:

IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Dessa forma, observa-se que, quando se utiliza o critério determinado em lei federal para a execução fiscal de dívidas ativas da União para aferir a lesividade do crime de descaminho, não se está atentando para o fato de que este crime não envolve apenas a subtração de tributos devidos à União, mas também aos demais entes federativos.

1.2.3 Adequação Típica e Classificação Doutrinária

São duas as figuras típicas previstas na definição do delito do art. 334 do Código Penal, sendo a primeira (“importar ou exportar mercadoria proibida”) o contrabando, e a segunda (“iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo da mercadoria”) o descaminho.

PRADO refere que o descaminho se expressa pelo verbo “iludir”, que denota a ideia de enganar, burlar ou fraudar⁴⁶. Nesse sentido, é importante esclarecer o significado do verbo “iludir” nesse contexto, que, segundo o dicionário Houaiss, é o seguinte:

Iludir

(...) 3. Verbo transitivo direto.

Deixar de cumprir ou de executar, utilizando truques, subterfúgios; engabelar.

Ex.: iludir as leis, as normas, as determinações.⁴⁷

Dessa forma, “iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria”, conduta que recebe o *nomen juris* de descaminho, representa o ato de deixar de cumprir ou de executar, mediante subterfúgios, o pagamento de direito ou imposto devido. Não se trata, pois, de suprimir ou reduzir tributo (simplesmente deixar de pagá-lo), mas de *causar ilusão ao pagamento* de direito ou imposto devido⁴⁸.

46 PRADO, *Direito...* p. 471.

47 HOUAISS. Dicionário Eletrônico da Língua Portuguesa. Versão 1.0. São Paulo: Objetiva, 2001.

48 Embora a diferença pareça tênue, é fundamental que se atente a ela para que se faça a devida distinção entre

Dessa forma, no descaminho, a ação típica envolve a fraude empregada com o escopo de efetuar a importação ou exportação de mercadorias⁴⁹. Nesse sentido já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

Penal. Descaminho – “A conduta típica do crime de descaminho é iludir. Traduz ideia de **enganar, mascarar a realidade, simular, dissimilar**; o agente vale-se de expediente para dar impressão de não praticar conduta tributável. **Há, pois, fraude, por ação, ou omissão**⁵⁰. No primeiro caso, ilustrativamente, procura evidenciar a mercadoria ‘a’ como ‘b’; no segundo, se a pessoa indagada pelo agente fazendário porta objeto tributável, figurando não compreender, deixa de responder, ou **não toma a iniciativa de evidenciar o fato**”⁵¹.

Destarte, considerando que os tributos de importação ou exportação são cobrados na alfândega, todo indivíduo que comete o descaminho ou se omite no dever de prestar declarações às autoridades acerca daquilo que porta, ou presta declaração falsa. Assim, se depreende que a prática do descaminho envolve ilusão à administração pública, eis que o sujeito ativo deixa de cumprir seu dever legal, impedindo que as autoridades alfandegárias possam lhe cobrar os impostos devidos pela importação ou exportação de mercadorias. Como se vê, a falsidade ideológica – “omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante”⁵² – é pressuposto para que o crime de descaminho seja cometido, razão por que todo o juízo quanto à tipicidade do descaminho que não leve isto em

crime formal, de mera conduta, e crime material, de resultado. Enquanto a mera supressão de tributos configura crime material, em razão de que só se consuma mediante a efetiva lesão às finanças do Estado, a conduta de “iludir (causar ilusão) ao pagamento de tributos” é crime formal, pois representa uma conduta que, independentemente do resultado, já representa lesão à administração pública (lembrando que o descaminho não é crime contra as finanças públicas, mas crime contra a administração em geral).

49 NORONHA, *Direito...* p. 326.

50 Com uma posição ligeiramente distinta, BITENCOURT refere que a expressão “fraude” ou “fraudulento” é inadequada para definir o crime de descaminho, já que o legislador não a previu expressamente no dispositivo legal. O autor corrobora sua posição alegando que a simples introdução de mercadoria estrangeira em território nacional sem pagamento dos direitos alfandegários tipifica o crime de descaminho, independentemente de qualquer prática artilosa, comissiva, com o escopo de iludir a fiscalização. (BITENCOURT, *Tratado...* p. 216). Nesse sentido, o seguinte precedente da Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região: “A ação de iludir, elemento do crime de descaminho, não pressupõe, necessariamente, a preparação de fraude, de ardil, com o propósito de enganar o Fisco. **O só fato de o agente não declarar o excesso da cota está iludindo a Receita Federal.**” (Apelação Criminal n.º 9401267561, Relator Tourinho Neto, 26/04/95).

51 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Relator Luiz Vicente Cernicchiaro. RSTJ 97/423 (grifou-se) (FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui. *Código Penal e sua Interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8ª Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007).

52 Art. 299 do Código Penal.

consideração é parcial, já que a falsidade ideológica ofende bens jurídicos autônomos, mesmo que não se possa mensurá-los financeiramente.

Assim, não se está diante de uma mera subtração patrimonial aos cofres públicos, mas de uma subtração que ocorre por meio fraudulento.

Pode-se vislumbrar que o ordenamento jurídico-penal concede tratamento diverso à subtração patrimonial quando ocorre mediante fraude ao se analisar, por exemplo, o crime de furto. Enquanto ao furto simples (art. 155 do Código Penal) é cominada pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, o furto praticado mediante fraude é considerado furto qualificado (art. 155, §4º, II do Código Penal) e, nesses casos, a pena pode chegar a oito anos.

Tanto em relação ao contrabando quanto ao descaminho, PAGLIARO e COSTA JR. colocam que se tratam de práticas delitivas autônomas, sem qualquer subordinação a questões prejudiciais em âmbito administrativo. Essa colocação implica a improcedência da alegação quanto ao processo criminal depender de condições objetivas de procedibilidade ou punibilidade atinentes à verificação prévia destes crimes em sede administrativa⁵³. Na mesma linha, PRADO argumenta no sentido de que por mais que o contrabando e o descaminho se sujeitem a sanções administrativas (tais como confisco e multa), a ação criminal independe da apuração administrativa⁵⁴.

A orientação que vem sendo adotada pelos Tribunais superiores quanto à aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho, entretanto, vai em sentido oposto, condicionando a possibilidade de se propor a ação penal à certeza quanto à cobrança do tributo na esfera administrativa, conforme este precedente, julgado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e relatado pelo Ministro Carlos Ayres Britto.

HABEAS CORPUS. TIPICIDADE. INSIGNIFICÂNCIA PENAL DA CONDUTA. DESCAMINHO. VALOR DAS MERCADORIAS. VALOR DO TRIBUTO. LEI Nº 10.522/02. IRRELEVÂNCIA PENAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. O postulado da insignificância é tratado 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 carcerização, ao descongestionamento de uma Justiça Penal que deve se ocupar apenas das infrações tão lesivas a bens jurídicos dessa ou daquela pessoa quanto aos interesses societários em geral. **2. No caso, a relevância**

53 PAGLIARO; COSTA JR., *Dos Crimes...* p. 210.

54 PRADO, *Direito...* p. 472.

penal é de ser investigada a partir das coordenadas traçadas pela Lei nº 10.522/02 (lei objeto de conversão da Medida Provisória nº 2.176-79). Lei que, ao dispor sobre o "Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais", estabeleceu os procedimentos a serem adotados pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, em matéria de débitos fiscais. 3. Não há sentido lógico 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. 4. Ordem concedida para restabelecer a sentença absolutória.⁵⁵

Tal entendimento, no entanto, vai de encontro aos argumentos utilizados pelo mesmo Ministro e acolhidos pela mesma Turma do Supremo Tribunal Federal em relação a crime contra a incolumidade pública, onde se reconheceu expressamente o princípio da independência das instâncias penal e administrativa.

HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA EM FACE DE SUA IRRELEVÂNCIA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA, BEM COMO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. O trancamento da ação penal, por motivo de atipicidade, exige que esta seja evidenciada de pronto. No caso, os fatos imputados configuram crimes em tese (§ 1º, § 1º-A e inciso I do § 1º-B do art. 273 do Código Penal). **Ademais, a suposta inexistência de infração administrativa não repercute na esfera penal, em razão da independência dessas instâncias.** Não é inepta a denúncia que atende aos requisitos exigidos pelo Código de Processo Penal, permitindo ao acusado ter conhecimento dos fatos que lhe são imputados. O enquadramento típico do fato depende de valoração das provas produzidas, a demandar aprofundamento analítico somente possível no curso da instrução criminal. Ordem denegada.⁵⁶

Evidentemente, por mais que as esferas penal e administrativa sejam independentes, é necessário que o cálculo do tributo seja efetuado adequadamente, já que a inexistência de tributo iludido implica a atipicidade da conduta⁵⁷. No entanto, a mera existência de tributos iludidos já configura o crime, independentemente da existência de lesão administrativa ampla o bastante para configurar hipótese hábil a ensejar cobrança judicial.

No crime de descaminho, o tipo subjetivo se constitui pelo dolo, que é a vontade livre e consciente de iludir, total ou parcialmente, o pagamento de direito ou tributo devido pela

55 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma, *Habeas Corpus* n.º 94058/RS, Relator Ministro Carlos Britto, 18/08/2009. Grifou-se.

56 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma, *Habeas Corpus* n.º 85953/RS, Relator Ministro Carlos Britto, 06/12/2005. Grifou-se.

57 “Quanto ao descaminho, importante será verificar se os impostos, taxas ou direitos são realmente devidos, se foram calculados com exatidão, se as formalidades legais foram obedecidas” (PAGLIARO; COSTA JR., *Dos Crimes...* p. 212).

importação ou exportação de mercadorias (*voluntas sceleris*). Nesse aspecto, é importante referir que não se exige nenhuma outra conduta, bastando que não se declare a mercadoria excedente à alfândega, estando consciente de que aquele valor ultrapassa a quota máxima permitida para que não incidam impostos⁵⁸. Este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, lembrado por Alberto Silva FRANCO e Rui STOCO.

O tipo subjetivo do descaminho é o dolo, genérico, consistente na vontade livre e consciente de iludir, no todo ou em parte, o pagamento de tributo. Nenhuma outra conduta é exigida, bastando ao tipo que não se declare, na alfândega, a mercadoria excedente à quota. (STJ, 5ª Turma, Recurso Especial n.º 125.423, Relator Edson Vidigal, 13/10/98, RT 764/527)⁵⁹.

Dessa forma, não se exige, nem para o contrabando nem para o descaminho, qualquer elemento subjetivo especial do injusto, sendo irrelevante qualquer motivação especial no que concerne às figuras típicas previstas no *caput* do art. 334 do Código Penal. Entretanto, o mesmo não ocorre quanto às figuras típicas equiparadas, constantes nas alíneas *c* e *d* do §1º, onde há exigência dos elementos subjetivos do tipo.

Assim, cada alínea referida possui um elemento subjetivo especial do tipo, sendo que na alínea *c* se exige que o crime seja cometido “em proveito próprio ou alheio”, enquanto na alínea *d* há necessidade de que o sujeito, além de cometer o crime “em proveito próprio ou alheio”, tenha consciência da falsidade documental ou da introdução clandestina da mercadoria estrangeira no país⁶⁰. CARVALHO se refere aos incisos *c* e *d* como casos em que se exige dolo específico, que consiste na finalidade dirigida ao exercício de atividade comercial ou industrial.

A doutrina é unânime em reconhecer que o contrabando ou descaminho são crimes comuns, pois qualquer pessoa pode praticá-los, não demandando qualquer condição especial do sujeito ativo, podendo, inclusive, ser praticado por funcionário público que, dependendo do caso, responderá pelo crime previsto no art. 318 do Código Penal (facilitar, com infração de dever funcional, a prática de contrabando ou descaminho)⁶¹.

Todavia, quanto às demais características, as especificidades do delito ora em questão tornam muito difícil a generalização desse crime nas classificações doutrinárias. Assim refere

58 BITENCOURT, *Tratado...* p. 228-229.

59 FRANCO; STOCO, *Código Penal...*

60 BITENCOURT, *Tratado...* p. 229.

61 Facilitação de Contrabando ou Descaminho. Pena de reclusão, de três a oito anos, e multa. (Código Penal).

CARVALHO, dizendo que o fato se apresenta contido em diversos preceitos, eis que surge “ora como crime permanente, ora como crime instantâneo; ora como crime material, ora, ainda, como delito meramente formal⁶², omissivo ou comissivo, influenciando essa variedade evidentemente no seu momento consumativo”⁶³.

1.3 Contrabando ou Descaminho por Assimilação

Os crimes previstos no §1º do art. 334 do Código Penal são denominados, pela doutrina, de “contrabando ou descaminho por assimilação”. As alíneas *a* e *b* (respectivamente, navegação de cabotagem e prática de fato assimilado), que já constavam no Código Penal de 1940, tiveram sua redação ligeiramente modificada pela Lei n.º 4.729, de 14 de julho de 1965⁶⁴. A mesma lei incluiu as alíneas *c* e *d*, que previram hipóteses de incidência em relação à prática destes crimes voltada ao exercício de atividades comerciais ou industriais pelo agente, seja em proveito próprio ou alheio, o que aumentou consideravelmente as hipóteses de incidência deste tipo penal, e, assim, o bem jurídico tutelado por esta norma adquiriu uma proteção mais eficiente do ponto de vista da persecução criminal, já que muitas vezes as mercadorias descaminhadas só são encontradas pela polícia quando já estão expostas à venda.

1.3.1 Navegação de Cabotagem

A primeira alínea do §1º do art. 334 do Código Penal prevê que quem praticar navegação de cabotagem fora dos casos permitidos em lei incorrerá nas mesmas penas previstas para aquele que comete o contrabando ou descaminho. Trata-se, portanto, de uma norma penal em branco, já que deixa a critério de lei extrapenal a definição quanto aos casos de navegação de cabotagem permitidos.

62 A diferença entre considerar o descaminho crime formal ou material é de fundamental importância no que concerne à possibilidade de incidência do princípio da insignificância sobre este crime. Se adotarmos a posição de BITENCOURT (*Tratado...* p. 216), segundo a qual o descaminho se trata de crime formal, cuja consumação ocorre com a ação omissiva ou comissiva, independentemente da ocorrência de prejuízo, bastando para sua configuração a potencialidade de dano, não se pode dizer que a justa causa para persecução penal do autor da conduta estará atrelada à quantidade de resultado naturalístico causado pelo crime. Isso ocorre porque, se o descaminho for considerado crime formal, de mera conduta, o resultado provocado por ele, referente aos tributos iludidos, não pode ser utilizado como parâmetro para aferir a própria existência do crime.

63 CARVALHO, *Crimes...* p. 13.

64 Define o crime de sonegação fiscal e dá outras providências.

A Lei n.º 9.432, de 8 de janeiro de 1997⁶⁵, no art. 2º, IX, define a navegação de cabotagem como aquela “realizada entre portos ou pontos do território brasileiro, utilizando a via marítima ou esta e as vias navegáveis interiores”. Ou seja, a navegação de cabotagem é aquela realizada entre portos ou pontos marítimos, ou entre portos marítimos e portos fluviais e lacustres (interiores). A navegação exclusivamente em hidrovias interiores, seja em percurso nacional ou internacional, não é considerada cabotagem, mas navegação interior, conforme o art. 2º, X, da mesma lei.

A Emenda Constitucional n.º 7, de 1995, modificou a redação do art. 178 da nossa Carta Magna, acrescentando o parágrafo único, que dispõe, dentre outros assuntos, sobre a navegação de cabotagem por embarcações estrangeiras⁶⁶.

1.3.2 *Fato Assimilado em Lei Especial*

Dispõe a alínea *b* do §1º do art. 334 do Código Penal que quem praticar fato assimilado em lei especial a contrabando ou descaminho incorrerá nas mesmas penas previstas para aquele que comete o tipo penal previsto no *caput* do mesmo artigo. Trata-se, portanto, novamente, de uma norma penal em branco, pois deixa a critério da lei especial a sua complementação, ou seja, a definição quanto aos fatos assimilados a contrabando ou descaminho.

Podemos citar, como fatos assimilados em lei especial, o art. 3º do Decreto-lei n.º 399, de 30 de dezembro de 1968⁶⁷, que trata da prática ilegal de atividades relativas a cigarros, charutos ou fumos estrangeiros, equiparando à prática do descaminho a conduta daquele que adquire, transporta, vende, expõe à venda, tem em depósito, possui ou consome estas mercadorias⁶⁸.

65 Dispõe sobre a ordenação do transporte aquaviário e dá outras providências.

66 Constituição da República, art. 178, parágrafo único: “na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras”.

67 Altera a legislação sobre fiscalização de mercadorias de procedência estrangeira e dá outras providências.

68 Decreto-lei n.º 399/68, **art. 2º**: “O Ministro da Fazenda estabelecerá medidas especiais de controle fiscal para o desembaraço aduaneiro, a circulação, a posse e o consumo de fumo, charuto, cigarrilha e cigarro de procedência estrangeira”, e **art. 3º**: “Ficam incursos nas penas previstas no artigo 334 do Código Penal os que, em infração às medidas a serem baixadas na forma do artigo anterior adquirirem, transportarem, venderem, expuserem à venda, tiverem em depósito, possuírem ou consumirem qualquer dos produtos nele mencionados”.

1.3.3 *Uso Comercial ou Industrial de Mercadoria*

Dispõe a alínea *c* do §1º do art. 334 do Código Penal que incorrerá nas mesmas penas previstas para aquele que comete o tipo penal previsto no *caput* aquele que 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.

Em relação às expressões utilizadas pelo legislador no dispositivo ora analisado, “vender” significa transferir a outrem, mediante pagamento, a posse da coisa obtida através do ato criminoso, “expor à venda” significa exhibir as mercadorias objeto de delito com o escopo de vendê-las e “manter em depósito” significa receber as mercadorias contrabandeadas ou descaminhadas a fim de conservá-las e retê-las consigo, independentemente deste ato ser cometido em proveito próprio ou alheio, ou em título gratuito ou oneroso⁶⁹.

Quanto à expressão “ou de qualquer forma utiliza”, se pode depreender que o legislador intentou dar margem à interpretação analógica, a fim de permitir que qualquer conduta do comerciante ou industrial que se assemelhe às descritas deve, necessariamente, caracterizar o crime descrito⁷⁰.

Esta conduta típica pressupõe que o agente seja comerciante ou industrial (como se depreende do excerto “no exercício de atividade comercial ou industrial”), razão por que tratamos, aqui, de crime especial próprio. No entanto, se admite exceção no caso de co-autoria com agentes que não sejam nem comerciantes nem industriais⁷¹.

O objeto material dessa conduta é a mercadoria estrangeira oriunda ou de introdução clandestina ou de importação fraudulenta, seja pelo próprio agente, seja por terceiros, desde que o agente esteja consciente da irregularidade desta introdução ou importação. Enquanto “introdução clandestina” é o ingresso de mercadoria estrangeira sem passar pela alfândega, “importação fraudulenta” se refere a mercadoria descaminhada através da alfândega⁷².

69 PRADO, *Direito...* p. 475.

70 *Idem*, loc. cit.

71 PRADO, *Direito...* p. 475.

72 BITENCOURT, *Tratado...* p. 218.

Quanto à natureza das atividades comercial e industrial a que o legislador se refere nesta alínea, é importante observar o que se dispôs no parágrafo segundo do mesmo artigo: “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”⁷³. Ou seja, a intenção aqui foi clara no sentido de ampliar o significado das atividades comercial e industrial a fim de abarcar todas as possibilidades de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, ao qual a prática do contrabando ou descaminho mais costuma estar relacionada. Nesse sentido, BITENCOURT aduz:

[...] o legislador equiparou o *vendedor ambulante*, camelôs ou os popularmente conhecidos como “muambeiros do Paraguai” ao comerciante regularmente estabelecido. A consequência atinge em cheio os ambulantes: impede que estes, mesmo não sendo comerciantes regularmente estabelecidos, não podem beneficiar-se com interpretações benéficas e restritivas por não serem comerciantes e tampouco exercerem a atividade comercial, nos termos da lei.⁷⁴

No entanto, há de se ressaltar a necessidade de que tais atividades, por mais informais que sejam, devam estar revestidas de habitualidade ou continuidade⁷⁵. Isso ocorre porque um ato isolado não tem o condão de constituir, mesmo que de forma análoga, o exercício de atividade comercial, como quer aludir este último dispositivo normativo analisado. Dessa forma, não se pode cogitar que uma pessoa que eventualmente adquire em sua residência mercadoria de procedência estrangeira clandestinamente introduzida ou fraudulentamente importada, mesmo que a revenda, esteja incurso nas penas do contrabando ou descaminho, pois tal prática não condiz com a habitualidade necessária à configuração do exercício da atividade comercial.

Quando comparamos o disposto no *caput* e na primeira parte do §1º, *c* do art. 334 do Código Penal, aparentemente há um conflito de normas, pois o *caput* incrimina a prática direta do contrabando ou descaminho, enquanto o §1º, *c* incrimina o uso comercial ou industrial que se faz do produto descaminhado ou contrabandeado. No entanto, insta considerar que aqui se trata de um concurso aparente de normas, que deve ser sanado mediante a aplicação dos princípios da especialidade, já que a norma do §1º, *c* é especial em relação à do *caput*, e da consunção, em razão de que a prática cumulativa desses dois delitos

73 Art. 334, §2º do Código Penal.

74 BITENCOURT, op. cit., p. 219.

75 PRADO, *Direito...* p. 475.

se trata de progressão criminosa, onde a prática do contrabando ou descaminho é simples meio para a consecução do fim, que é o uso comercial ou industrial da mercadoria⁷⁶.

Já na segunda parte do §1º, *c* do art. 334 do Código Penal, quando o sujeito ativo não pratica contrabando ou descaminho, mas tem consciência da origem criminosa dos produtos, se trata de uma modalidade especial de receptação tratada como contrabando ou descaminho. Pelas mesmas razões acima aludidas quanto ao princípio da especialidade, não ocorre subsunção desta conduta em relação à norma prevista no art. 180 do Código Penal (receptação)⁷⁷.

1.3.4 Receptação de Produto de Contrabando ou Descaminho

Dispõe a alínea *d* do §1º do art. 334 do Código Penal que incorrerá nas mesmas penas previstas para aquele que comete o tipo penal previsto no *caput* aquele que 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. Novamente, este delito poderia ser confundido com a receptação, mas tal conflito aparente de normas fica afastado pelo princípio da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*), já que esta norma é mais específica, se referindo aos casos de recepção do objeto do crime estritamente relacionados ao descaminho⁷⁸.

O núcleo do tipo é representado pelos verbos adquirir, receber ou ocultar. A diferença entre adquirir e receber reside no ânimo de proprietário, que só existe na primeira ação. Já ocultar se traduz por esconder a coisa, a fim de dissimular sua posse. O objeto material é a mercadoria estrangeira desacompanhada de documentação legal, bastando, para configurar o crime, que a mercadoria não esteja acompanhada desses documentos, ou que estejam acompanhados por documentos sabidamente falsos pelo agente. O proveito da conduta delituosa não necessariamente deve destinar-se ao agente, podendo recair sobre terceiro⁷⁹.

A consumação do delito ocorre com a aquisição ou recebimento das mercadorias nas circunstâncias expressamente definidas, ressaltando-se que, na modalidade de “ocultar”, a

76 BITENCOURT, *Tratado...* p. 219.

77 *Idem*, loc. cit.

78 BITENCOURT, *Tratado...* p. 220.

79 PRADO, *Direito...* p. 478.

consumação protraí-se no tempo (crime permanente), diferentemente das modalidades de adquirir e receber, ocasião em que se trata de crime instantâneo⁸⁰.

Por fim, se pode verificar que tanto a conduta prevista na alínea *c* quanto na *d* se tratam dos chamados tipos de ação múltipla ou conteúdo variado (tipo misto alternativo), pois existe certa fungibilidade entre as ações, sendo irrelevante que sejam realizadas uma ou mais condutas, em razão de que a unidade relativa do crime e, conseqüentemente, a subsunção ao tipo penal, não sofrem quaisquer modificações⁸¹.

80 PRADO, *Direito...* p. 478.

81 *Idem*, loc. cit.

2 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Neste segundo capítulo, analisa-se o princípio da insignificância, começando pela pesquisa quanto às suas origens históricas. Logo a seguir, são abordados quatro princípios cuja aplicação é bastante correlata ao princípio da insignificância, a saber: o princípio da subsidiariedade e fragmentariedade; o princípio da intervenção mínima; e o princípio da adequação social. Por fim, fala-se sobre o princípio da insignificância propriamente dito.

2.1 *Origens Teóricas e Desenvolvimento Histórico*

O surgimento teórico do princípio da insignificância está relacionado à chamada criminologia crítica ou radical, pois esta originou a proposta de direito penal mínimo, que está diretamente relacionada à gênese da aplicação do princípio ora analisado. Esta corrente criminológica foi responsável pela construção de um conceito do delito como problema social, e não apenas um problema jurídico resumido à tipicidade, ilicitude e culpabilidade⁸².

A partir da perspectiva de que o fato delituoso não está adstrito ao autor e ao crime, mas muitas vezes é fomentado por falhas do próprio sistema institucional, surge a ideia da delinquência secundária, que é aquela oriunda dos problemas intrínsecos à própria sistemática de controle social⁸³.

Assim, verificados os efeitos negativos da intervenção penal, torna-se prudente que se evite sempre que possível, de onde se extrai a necessidade do chamado direito penal mínimo. Além da aplicação do princípio da insignificância, temos como principais consequências político-criminais do direito penal mínimo no nosso ordenamento pátrio o cumprimento de penas privativas de liberdade em regime progressivo, a aplicação de penas substitutivas e a determinação de procedimento diferenciado, nos Juizados Especiais, para infrações de menor potencial ofensivo⁸⁴.

82 MELHEM, Patrícia Manente. *Da Inaplicabilidade do Princípio da Insignificância no Direito Penal*. Dissertação de mestrado. Versão rev. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2008, p. 16-18.

83 *Ibidem*, p. 18-19.

84 MELHEM, *Da Inaplicabilidade...* p. 20.

Já o desenvolvimento histórico do princípio da insignificância está intimamente relacionado ao princípio da legalidade, bem como às mudanças deste princípio com o passar do tempo. O postulado do *nullum crimen nulla poena sine lege* sofreu cada vez mais restrições, a fim de melhor assegurar a liberdade dos indivíduos perante o Estado. Tais restrições se manifestaram com a adoção de adjetivos para qualificar a forma a partir da qual a lei necessariamente deve existir para que haja crime e pena: *nullum crimen nulla poena sine lege praevia* (princípio da anterioridade e irretroatividade da lei penal), *nullum crimen nulla poena sine lege scripta* (baniu-se a possibilidade de eleição consuetudinária de comportamentos penais típicos), *nullum crimen nulla poena sine lege stricta* (proibição de analogia para criar figuras típicas ou para agravar penas), *nullum crimen nulla poena sine lege certa* (princípio da taxatividade, que proíbe incriminações vagas e indeterminadas)⁸⁵.

Nesse sentido, acabou surgindo o *nullum crimen nulla poena sine iuria*, determinando que só haverá crime quando ocorre determinado dano. É nesse contexto que se ampara o princípio da insignificância, assegurando que não será qualquer dano bastante para configurar um crime, só havendo crime (*crimen*) quando ocorre um dano (*iuria*) que seja suficientemente grave para justificar a incidência da sanção penal (*poena*)⁸⁶.

Podemos observar semelhante conclusão em Beccaria, que, ao publicar a sua obra “Dos Delitos e das Penas”, em 1764, afirma que as penas devem ser proporcionais aos delitos, sendo o prejuízo causado à sociedade a exata medida do crime. Isso ocorre porque o interesse da sociedade não é apenas que poucos crimes sejam cometidos, mas que os crimes que prejudiquem o bem comum com mais intensidade sejam mais raros, razão por que a legislação deve empregar meios mais fortes para coibir a prática destes crimes em relação aos crimes pouco danosos. O jurista fundamenta sua posição esclarecendo que, caso haja dois crimes que, não obstante lesarem desigualmente a sociedade, sejam igualmente punidos pelo Estado, o homem com tendência ao crime preferirá praticar o que se lhe parecer mais vantajoso, mesmo que mais danoso à sociedade, originando, assim, um cenário de contradição (desproporção) dos crimes praticados em relação à pena aplicada⁸⁷.

85 LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da Insignificância no Direito Penal*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 44-45.

86 *Ibidem*, p. 45.

87 BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 50-52.

Em 1789, foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, que expressou com bastante contundência o princípio da legalidade e, ainda, previu um dispositivo determinando que a lei não irá proibir ações que não sejam nocivas à sociedade, encerrando uma ideia de que o direito penal deve ser seletivo, sem recair sobre condutas que não apresentem lesão efetiva à sociedade. Disso se pode extrair lição análoga à do princípio da insignificância⁸⁸, que exclui da tipicidade penal condutas que atingem de forma pouco significativa o bem jurídico protegido pelas normas penais.

No entanto, faz-se mister ressaltar que o princípio da insignificância, tal como concebido atualmente, surgiu como reação à concepção de direito penal inerente às doutrinas totalitárias, nas quais o direito penal não poderia e nem deveria ser uma enumeração de casos. Dessa forma, em razão de haver um elenco de tipos penais descompassado de qualquer noção orgânica de direito penal, não havia limites claros para identificar o conteúdo material de gravidade penal suficiente para legitimar a aplicação da pena⁸⁹.

Apesar dessa tendência ter sido melhor estudada em relação à Alemanha nazista, não se pode olvidar que a política penal soviética incorreu nos mesmos erros, inclusive com a introdução do inadmissível conceito de “consciência socialista do direito”. A partir disso, outorgava-se ao intérprete da lei uma faculdade ilimitada para apreciar os valores embutidos no conceito de “consciência socialista”, a fim de determinar os crimes e as penas, o que, obviamente, constitui uma prática incompatível com a proteção da liberdade individual e da dignidade da pessoa humana, pois o indivíduo permanecia totalmente sujeito ao arbítrio do Estado⁹⁰.

2.2 *Princípios Relacionados*

Neste item analiso os princípios que fundamentam a existência e orientam a aplicação do princípio da insignificância. Tratam-se, pois, de mais do que princípios simplesmente correlacionados, mas de postulados codependentes, a ponto de dificilmente se poder encontrar precedentes dos Tribunais brasileiros que invoquem algum destes princípios isoladamente. É que, apesar de cada princípio possuir um conteúdo normativo distinto, apenas com a aplicação

88 LOPES, *Princípio...*p. 46.

89 *Ibidem*, p. 47.

90 *Ibidem*, p. 48.

simultânea destes princípios se pode chegar a uma decisão judicial razoável, cuja coerência seja atingida em seus efeitos concretos.

2.2.1 *Princípio da Fragmentariedade e Subsidiariedade*

O direito penal pode ser considerado um direito valorativo, já que faz uma classificação das questões ilícitas no contexto geral do direito, discernindo as mais e menos graves, com o escopo de selecionar, dentre o amplo conjunto das ações ilícitas, aquelas que merecem sanção penal. Nesse contexto, quando se faz a distinção entre condutas contrárias ao direito que merecem ou não merecem sanção penal, ganham extrema relevância os princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade⁹¹.

A ideia que se sustenta atualmente quanto à submissão de determinado comportamento a uma pena é a de isso só pode ocorrer quando tal comportamento se mostrar inconciliável com as condições de convivência de uma sociedade pacífica, livre e segura (materialmente). Isso quer dizer que a proteção que o direito penal proporciona é fragmentária, descontínua, porque não visa a todos os bens jurídicos, mas apenas àqueles mais fundamentais para a consecução de uma sociedade nos moldes desejáveis⁹².

Dessa forma, o princípio da fragmentariedade postula que as condutas ilícitas não podem ser todas igualmente protegidas pelo direito penal, de forma contínua. Pelo contrário, se considerarmos as condutas ilícitas um conjunto, apenas determinados fragmentos deste merecerão a proteção penal, porquanto são considerados bens jurídicos cuja proteção é imprescindível em uma sociedade civilizada.

O primeiro registro do caráter fragmentário do direito penal foi efetuado por BINDING, na Parte Especial de seu “Tratado de Direito Penal Alemão Comum” (1896), para o qual este ramo do Direito não constitui um sistema exaustivo de proteção aos bens jurídicos, mas um sistema descontínuo de ilícitos, sendo esta descontinuidade advinda da necessidade de criminalizá-los, porquanto a criminalização é a única forma de lhes dispensar tutela jurídica adequada. BINDING, entretanto, preocupava-se com os efeitos caráter fragmentário do direito penal, já que a natureza parcial da tutela que este ramo do direito oferece ao conjunto bens jurídicos acaba gerando lacunas. Como percebemos anteriormente, esta não é a

91 MELHEM, *Da Inaplicabilidade...* p. 41-42.

92 *Ibidem*, p. 42.

visão moderna que se tem do caráter de fragmentariedade, sendo a tendência hodierna considerar as relevantes as virtudes político-criminais que se podem auferir a partir da aplicação deste princípio⁹³. Nesse sentido, Nilo BATISTA coloca o seguinte:

Constitui-se assim o Direito Penal como um sistema descontínuo de ilicitudes, bastando folhear a Parte Especial do Código Penal para percebê-lo. Supor que a legislação e a interpretação tenham como objetivo preencher suas lacunas e garantir-lhe uma totalidade é, como frisa Navarrete, “falso em seus fundamentos e incorreto enquanto método interpretativo, seja do ângulo político-criminal, seja do ângulo científico”.⁹⁴

Já o princípio da subsidiariedade determina que o direito penal é a última alternativa de que o Estado dispõe na busca pela paz social, ou seja, esta esfera de controle só será acionada quando todas as demais alternativas já tiverem sido, sem êxito, aplicadas. Assim, a sanção penal, de natureza mais grave – eis que, via de regra, recai sobre a liberdade do indivíduo –, só incidirá quando todos os outros meios mais brandos se mostrarem ineficazes⁹⁵.

É importante colocar, como assevera LOPES, que a subsidiariedade pressupõe a fragmentariedade. Se o direito penal é um remédio sancionador extremo, como determina o seu caráter fragmentário, é natural que sua aplicação se restrinja aos casos em que qualquer outro remédio se mostre ineficiente⁹⁶.

O sistema de picos que se origina da descontinuidade do sistema penal (fragmentariedade) gera a construção de sistemas paralelos e auxiliares no universo normo-repressivo estatal, universo este cuja constituição não se resume às normas de natureza criminal. Isso ocorre porque mesmo os bens jurídicos a que não corresponde sanção penal necessitam de algum tipo de proteção do Estado. É em razão disso que a legitimação do direito penal não é ordinária, como seria caso a ação criminal fosse instrumento a ser utilizado de forma livre e discricionária pelo Estado, mas extraordinária, já que ele constitui um sistema operativo de reserva⁹⁷.

Em suma, podemos concluir que o princípio da fragmentariedade diz respeito à aferição da relevância penal da conduta ilícita: do conjunto de todas as condutas ilícitas, apenas alguns fragmentos receberão proteção penal, em razão da natureza relevante do bem

93 BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 86.

94 Idem, loc. cit.

95 MELHEM, *Da Inaplicabilidade...* p. 43.

96 LOPES, *Princípio...*p. 68.

97 Idem, loc. cit.

jurídico atingido pela ilicitude em cada caso. Já o princípio da subsidiariedade dispõe que, porquanto o direito penal constitui a *ultima ratio* do sistema jurídico, só deve tratar da sanção de condutas que não seriam adequadamente protegidas caso sua repressão se restringisse a sanções jurídicas mais brandas. Ou seja, conjugando os princípios analisados, temos que só se deve tipificar em direito penal condutas ilícitas simultaneamente revestidas de especial relevância social (fragmentariedade) e graves a ponto de receberem sanção ineficaz caso esta seja restrita a âmbitos jurídicos que preveem penas mais brandas, tais como o civil ou administrativo (subsidiariedade).

2.2.2 *Princípio da Intervenção Mínima*

O princípio da intervenção mínima está relacionado aos acima analisados, e determina que a intervenção do direito penal só deve ocorrer nos ataques graves aos bens jurídicos mais relevantes, devendo as perturbações leves ser objeto de outros ramos do direito⁹⁸. Percebe-se, pois, que, enquanto os princípios da fragmentariedade e subsidiariedade determinam a relevância penal de uma conduta com base em características formais (as particularidades da conduta ilícita determinarão se ela é socialmente relevante a ponto de merecer sanção penal, bem como se a mesma não poderia receber proteção mais adequada num ramo jurídico cujas penas sejam mais brandas), o princípio da intervenção mínima cuida de lançar um critério material para a aferição da relevância penal da conduta, determinando que, se esta conduta não for suficientemente grave, então deve estar tipificada em outro ramo jurídico.

O cunho político-criminal do postulado da intervenção mínima é perfeitamente compatível com o nosso sistema jurídico, o que acabou tornando-o obrigatório ao legislador, mesmo sem estar positivado, eis que se encontra logicamente conexo com outros princípios positivados, bem como com pressupostos políticos que devem estar presentes num estado democrático de direito⁹⁹.

O princípio da intervenção mínima guarda muitas semelhanças com o princípio da insignificância, já que ambos consideram o conteúdo material da conduta para determinar a relevância desta para o direito penal. A diferença é que o princípio da intervenção mínima atinge o conteúdo material da conduta no momento da tipificação, determinando que só a

98 MAÑAS, Carlos Vico. *O Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade no Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 57.

99 BATISTA, *Introdução...* p. 85.

partir de um certo patamar de gravidade esta conduta ensejará subsunção ao tipo penal, sendo, pois, um princípio voltado à atividade legislativa. Já quanto ao princípio da insignificância, embora a conduta provoque lesão de parcas dimensões, é perfeitamente típica do ponto de vista formal (provavelmente por uma falha do legislador, que não observou adequadamente o princípio da intervenção mínima no momento de prever o tipo penal), mas materialmente atípica, sendo um princípio voltado à atividade dos operadores do direito.

2.2.3 *Princípio da Adequação Social*

O princípio da adequação social foi previsto por Hans WELZEL, em sua obra “Direito Penal Alemão” (*Das deutsche Strafrecht*, 1969). O jurista explica que o tipo se trata do injusto penal descrito de acordo com características típicas, sendo que o injusto abarca, necessariamente, as ações que se encontram à margem da ordem moral da vida social ativa – sendo que por “ativa” se entende vigente àquela determinada época. Dessa forma, o caráter do injusto deve sempre ser compreendido através de uma referência à ordem moral da vida social ativa, razão por que as ações que se enquadram nesta ordem moral nunca estarão compreendidas pelos tipos de delito, ainda que possam se subsumir determinado tipo, literalmente interpretado. Tais ações, para WELZEL, são as chamadas ações socialmente adequadas¹⁰⁰.

A adequação social se trata, pois, de um princípio geral de hermenêutica, e postula basicamente que condutas lícitas (socialmente aceitas e adequadas) não podem ser interpretadas, em determinadas situações aparentes, como tipos delitivos, em razão de que estes representam um modelo de conduta proibida. A ação socialmente adequada está, assim, desde o início, excluída do tipo, tendo em vista que é realizada do ponto de vista da normalidade social¹⁰¹.

Podemos traçar um paralelo entre o objetivo do princípio da fragmentariedade e da adequação social, apesar de suas respectivas especificidades. O caráter fragmentário do direito penal, conforme já analisado anteriormente, determina que dentre o conjunto formado por todas as condutas juridicamente ilícitas, apenas as que sejam eivadas de maior relevância social serão contempladas pela tipicidade penal. Este princípio tem seu sentido completado

100 WELZEL, Hans. *Derecho Penal Parte General*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 63.

101 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*: de acordo com a Lei n.º 7.209, de 11.07.1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 131.

pela adequação social, a qual postula que a tipicidade penal não pode atingir condutas que se enquadram nos critérios de normalidade, ou seja, não se podem criminalizar condutas correspondentes à ordem moral da vida social ativa. Ou seja, a repercussão que determinada conduta provoca no meio social é critério para a aplicação destes dois princípios: quanto ao da fragmentariedade, a repercussão social da conduta determinará se ela merece tipificação penal, enquanto para a adequação social, a repercussão social servirá para, através de critérios hermenêuticos, afastar a tipicidade penal, mesmo que a conduta se enquadre formalmente no tipo previsto.

2.2.4 O Princípio da Insignificância e a Adequação Social

Embora ambos casos se tratem de exclusão de tipicidade por critérios materiais¹⁰², reconhecer a insignificância de uma conduta se distingue de reconhecer a adequação social em relação a ela. Isso ocorre porque, quando há adequação social, a conduta é aceita pela sociedade, isto é, se trata de uma ação praticada dentro dos critérios de normalidade, o que não ocorre em relação à aplicação do princípio da insignificância. A conduta penalmente insignificante é uma conduta típica, constituindo perfeitamente o injusto penal, eis que é condenada pela sociedade, entretanto a lesão é tão parca que não se justifica a intervenção penal.

Entretanto, não obstante os Tribunais superiores serem uníssomos ao afirmar que a adoção de patamares previstos em disposição normativa fiscal para a aferição da tipicidade do crime de descaminho constituir hipótese de aplicação do princípio da insignificância, é de se considerar a hipótese de estarmos, na verdade, diante da aplicação do princípio da adequação

102 MELHEM (*Da Inaplicabilidade...* p. 47) se posiciona no sentido de que é um equívoco considerar a adequação social excludente da tipicidade. Nesse sentido, ela argumenta que a tipicidade não é *ratio essendi* da ilicitude, mas *ratio cognoscendi*, o que, noutras palavras, significa dizer que a tipicidade não é a razão da existência da ilicitude, mas um mero indício de sua existência. Por esta razão, determinadas condutas podem ser típicas, mas lícitas, como, em tese, no caso das adequadas socialmente. Com todo respeito à autora, discordo dessa posição, e, para isso, invoco os argumentos que o próprio WELZEL (*Derecho...* p. 63) utiliza para explicar a teoria da adequação social. É que, para haver o tipo, é necessário que, anteriormente, haja o injusto penal, sendo que o injusto abarca as ações que se encontram à margem da ordem moral da vida social ativa. Se uma ação é adequada e aceita socialmente, então não se trata de injusto penal, e, pois, jamais se poderá falar em tipicidade em relação a ela (mesmo que seja formalmente típica, de acordo com uma interpretação literal). Como assevera TOLEDO (*Princípios...* p. 131-132) o exemplo de uma conduta típica, porém lícita, se adequaria melhor às causas de justificação, que são perfeitamente típicas e socialmente inadequadas, mas, em razão de motivos especiais, autorizadas. Algumas linhas depois, TOLEDO coloca que “a adequação social exclui desde logo a conduta em exame do âmbito de incidência do tipo, situando-a dentre os comportamentos *normalmente permitidos*, isto é, materialmente *atípicos*” (grifos no original).

social. Nesse sentido, inclusive, são os precedentes do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

PENAL. RECURSO CRIMINAL. DESCAMINHO. ART. 334 DO CPB. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. RECURSO DESPROVIDO. 1. Introdução de mercadorias de pequeno valor unitário a serem comercializadas na "Feira dos Importados". Comércio ambulante de conduta socialmente aceita, tolerada pelo Poder Público. 2. Manutenção da decisão que rejeitou a denúncia. 3. Recurso do Ministério Público desprovido.¹⁰³

No caso que foi objeto deste julgamento, a defesa sustentou que a conduta do agente era adequada socialmente, alegando, para isso, que não se tratava apenas de tolerância social, mas de conduta incentivada pelo poder público, tendo em vista que foi instituída, em Brasília-DF, com o apoio do poder público, a denominada “Feira do Paraguai”, que posteriormente passou a se chamar “Feira dos Importados”. As razões que o relator apresentou, em seu voto, para acolher a tese da defesa, foram as seguintes:

Muito embora a introdução de mercadoria estrangeira no território nacional com ilusão ao Fisco configure, sim, o crime de descaminho, estamos diante de situação peculiar, na qual o agente faz parte do comércio ambulante, comercializando produtos de pequeno valor unitário, na denominada “Feira dos Importados”, nesta capital.

Tal prática, como bem definiu o juízo a quo, consubstancia-se em comportamento socialmente aceito e desprovido de reprovabilidade, já que o comércio ambulante é instalado ao longo de toda a cidade e, mais, tolerado e incentivado pelo Poder Público ao estabelecer tal feira e não punir os ambulantes.

Portanto, tal conduta, apesar de, em tese, estar amoldada à norma penal incriminadora, é perfeitamente aceita e incentivada pela sociedade, não havendo qualquer lesão significativa ao bem juridicamente tutelado.¹⁰⁴

Efetivamente, são inúmeros os exemplos de situações em que o poder público anui com a conduta do descaminho, seja organizando eventos, seja construindo camelódromos, etc. Igualmente, não se pode dizer que se está diante de uma conduta eivada de reprovação social, tanto em relação a quem pratica o descaminho quanto em relação a quem comete a receptação dos produtos objeto de descaminho, adquirindo-os por um preço sabidamente incompatível com aqueles instituídos pelo comércio regular.

103 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Quarta Turma, Recurso Criminal n.º 200234000289161, Relator Carlos Olavo, 12/11/2003.

104 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Recurso Criminal n.º 200234000289161, Relatório/Voto: fls. 4-5.

A maioria dos precedentes, entretanto, posiciona-se no sentido de que o afastamento do caráter criminoso do descaminho cuja sonegação em tributos atinja até R\$ 10.000,00 (dez mil reais) se trata de aplicação do princípio da insignificância, e não da adequação social. Assim, se tratariam de condutas que, embora proibidas, apresentariam lesão insignificante e, por isso, mereceriam o *status* de atípicas.

No entanto, há problemas nesta argumentação.

Em primeiro lugar, a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) não pode ser considerada insignificante, tampouco bagatela. A título exemplificativo, consideremos que atualmente o salário mínimo nacional é de R\$ 465,00 (quatrocentos e sessenta e cinco reais), sendo necessários quase dois anos de trabalho para que se atinja o referido valor supostamente insignificante. Por outro lado, em relação a outros crimes, os Tribunais adotam parâmetros para aplicação do princípio da insignificância bastante destoantes do ora examinado. Vejamos:

O delito em tela – furto de uma bicicleta avaliada no valor total de R\$ 120,00 (cento e vinte reais) –, não se insere na concepção doutrinária e jurisprudencial de crime de bagatela. No caso do furto, não se pode confundir bem de pequeno valor com o de valor insignificante. Apenas o segundo, necessariamente, exclui o crime em face da ausência de ofensa ao bem jurídico tutelado, aplicando-se-lhe o princípio da insignificância.¹⁰⁵

Não há como reconhecer o princípio da insignificância quando se mostra expressiva a lesividade da conduta (R\$ 200,00).¹⁰⁶

Tratando-se de recebimento indevido de seguro-desemprego, fato que totalizou um prejuízo à União no valor de R\$ 1.001,35, não é de se falar em mínima ofensividade da conduta, revelando o comportamento dos agentes periculosidade social e importante grau de reprovabilidade, inaplicável, destarte, o princípio da insignificância.¹⁰⁷

Justamente em razão dessa discrepância, os Tribunais apresentaram certa resistência para acatar a adoção deste parâmetro. Consideremos, por exemplo, que desde 1997 encontramos acórdãos utilizando o parâmetro fiscal para ajuizamento de execuções fiscais para aferir a relevância penal do crime de descaminho. Com a mudança da norma fiscal, em junho de 2000, elevando o valor para R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), tal mudança

105 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma, *Habeas Corpus* n.º 135451/RS, Relatora Ministra Laurita Vaz, 15/09/2009.

106 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma, *Habeas Corpus* n.º 200801815787, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, 23/06/2009.

107 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma, Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 768471/RS, Relator Haroldo Rodrigues, 29/09/2009.

foi prontamente aceita pelos Tribunais, não tendo a questão sequer chegado ao Supremo Tribunal Federal. Com a última mudança, elevando o valor para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), todavia, decorreram aproximadamente cinco anos até que a jurisprudência se assentasse no sentido de aceitar esse novo valor como hipótese de incidência do princípio da insignificância em matéria penal.

A questão, evidentemente, parece se amoldar mais ao postulado da adequação social do que ao princípio da insignificância.

Todavia, como vimos, a adequação social atinge o injusto penal, que é anterior à configuração do tipo penal, pois só injustos penais têm o condão de constituir gravames sociais. Destarte, se uma conduta pode ser enquadrada naquilo que se entende por ordem moral da vida social ativa, então jamais poderia chegar a ser considerada tipo penal.

Como se vê, à discussão que perpassa a adequação social interessa apenas a conduta, e não o resultado. É a conduta que, independentemente do resultado, não constitui injusto penal e, por isso, não pode ser típica.

Ocorre que, no caso do princípio da insignificância, a tipicidade é excluída não em razão de a conduta ser considerada adequada socialmente – pois, se assim fosse, o descaminho de quinhentos mil reais seria tão adequado socialmente quanto o de dez –, mas em razão de critérios materiais, pautando-se pelo resultado da conduta. Dessa forma, o único princípio que tem o condão de excluir a tipicidade penal com base no resultado é o da insignificância, razão por que, aparentemente, se lançou mão dele para tornar atípica a conduta do descaminho mesmo nos casos em que não se está diante de ofensa insignificante ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

2.3 A Perspectiva de Tipo Penal

Os efeitos do princípio da insignificância no sistema jurídico-penal estão intimamente relacionados à noção de tipicidade, eis que uma ação penalmente insignificante, mesmo que ilícita e culpável, é considerada atípica. Em razão disso, para se fazer uma análise quanto à aplicação deste princípio, é necessário esclarecer o conceito de tipicidade, motivo pelo qual este será o mote do presente item.

O tipo penal¹⁰⁸ pode ser definido, nas palavras de TOLEDO, como um modelo abstrato de comportamento proibido, constituindo a descrição esquemática de uma classe de condutas que possuam características danosas ou ético-socialmente reprovadas a ponto de que a ordem jurídica as repute intoleráveis. Foi Ernst von BELING, em 1906 (*Die Lehre von Verbrechen*), que concebeu o tipo como um dos elementos que constitui o conceito de crime, correspondendo a uma descrição objetiva do delito, sem qualquer valoração¹⁰⁹.

A concepção de tipo penal de BELING foi inovadora especialmente em razão de não mais conceber o tipo (*Tatbestand*) como o próprio crime, mas apenas como um de seus aspectos, distinto da antijuridicidade e da culpabilidade. Assim, o tipo deixou de ser confundido com o fato a partir do qual o delito se materializa, passando à mera descrição dos dados materiais que são responsáveis pela caracterização objetiva do crime. Ou seja, o tipo deixa de constituir a realidade concreta do crime para corresponder a um modelo abstrato a que o fato criminoso se ajusta¹¹⁰.

Esta teoria, no entanto, com o passar do tempo, foi sofrendo diversas críticas e reformulações. Max Ernest MAYER, por exemplo, embora tenha conservado o enfoque tricotômico do delito (ilicitude, tipicidade e culpabilidade), observou que a função do tipo penal não é apenas descritiva, mas indicativa de antijuridicidade, constituindo esta a contrariedade entre a conduta e o ordenamento jurídico. Isso ocorre porque uma ação típica pode ser tanto ilícita quanto lícita, ocorrendo o último caso quando incide alguma causa de justificação, como a legítima defesa. MAYER criticou, ainda, a concepção do tipo como enunciado meramente objetivo, eis que são abarcados tanto elementos subjetivos, como o intuito do agente, quanto elementos normativos, como conceitos jurídicos teleológicos (*e. g.* coisa alheia móvel). Dessa forma, supera-se a ideia da tipicidade alheia a qualquer valor e da antijuridicidade pautada por critérios exclusivamente objetivos¹¹¹.

108 Sobre a origem da expressão “tipo”, são interessantes as colocações de Carlos Vico MAÑAS (*O Princípio...* p. 42): “O termo ‘tipo’, ou modelo principal de um fato, é fruto de tradução livre da expressão *Tatbestand*, encontrada no § 59 do Código do Reich, que trata da questão do erro na conduta humana. Não obstante, o conceito de *Tatbestand* remonta ao processo penal romano, lembrando Jiménez de Asúa que o termo nada mais é do que a tradução alemã da expressão latina *corpus delicti* (*Tratado de Derecho Penal*, t. 2, p. 657). [...] o fundamental é que o conceito sempre esteve vinculado à ideia de prova, objetividade e certeza necessárias a uma sentença correta”.

109 TOLEDO, *Princípios...* p. 127.

110 Nessa linha, MAÑAS (*O Princípio...* p. 43) cita a colocação de BELLING, no sentido de que “o tipo não é valorativo, mas descritivo; pertence à lei, e não à vida real”.

111 MAÑAS, *O Princípio...* p. 45.

Edmund MEZGER, por sua vez, definiu o delito como ação tipicamente antijurídica e culpável, fulminando a noção de autonomia da tipicidade em relação à antijuridicidade. Nessa senda, o tipo penal não é mera descrição da conduta delituosa, como enunciava BELING, tampouco um indício (*ratio cognoscendi*) de ilicitude, como queria MAYER, constituindo, outrossim, o próprio fundamento real e de validade da antijuridicidade, sua *ratio essendi*. Encontra-se inserido no tipo penal, portanto, o juízo de ilicitude, o que afasta seu caráter de neutralidade. No entanto, tal juízo é presumido e provisório, eis que se pode, em casos excepcionais, estar diante de uma ação típica e lícita (como na legítima defesa, anteriormente mencionada)¹¹².

A teoria causal da ação, enunciada através do sistema clássico de LISZT-BELING-RADBRUCH, dividia a ação humana em duas partes constitutivas: o conteúdo puramente subjetivo da vontade e o processo causal exterior. De acordo com essa teoria, a ação é puramente um processo causal originado, no mundo exterior, pela vontade, um efeito da vontade. Não se considera, pois, o conteúdo subjetivo desta vontade se trata-se de uma situação em que o agente efetivamente intentava aquele resultado (dolo) ou se apenas poderia prevê-lo (culpa). O conteúdo subjetivo da vontade não tem significado para a ação, tendo sua importância restrita ao problema da culpabilidade¹¹³.

Com a descoberta dos elementos subjetivos do tipo (anímicos), nos “delitos de intenção”, o sistema causalista passou a ser questionado. No entanto, tal questionamento, que proporcionou a ulterior evolução do conceito, não ocorreu no sentido de refutá-lo, mas de complementá-lo, adicionando-lhe o ingrediente da intencionalidade, proposto por WELZEL em sua teoria finalista da ação. Substituiu-se, assim, a ideia da mera causalidade pela de causalidade dirigida¹¹⁴. Sobre este assunto, coloca MAÑAS:

Todavia, ao descrever o comportamento humano em um tipo legal (p. ex., matar alguém), o legislador não se limita a reproduzir um simples processo causal (também um raio pode ser a causa da morte de uma pessoa), mas sim um processo causal resultante de uma ação humana dirigida a um fim. Por esse motivo, inovou WELZEL, também a finalidade deve ser considerada já na primeira fase da teoria do delito, ou seja, na tipicidade e, em seguida, nas demais.¹¹⁵

112 MAÑAS, *O Princípio...* p. 46.

113 WELZEL, *Derecho...* p. 44.

114 TOLEDO, *Princípios...* p. 94-95.

115 MAÑAS, *O Princípio...* p. 50-51.

Destarte, quando o legislador tipifica as ações humanas, volta-se à descrição de um processo causal que se rege pela vontade. No entanto, não se trata apenas da vontade pura e simples, que exclui a coação, mas de uma vontade direcionada a certa finalidade. Pode-se vislumbrar com clareza essa distinção ao analisarmos a situação de uma pessoa que efetua um disparo com arma de fogo: caso fosse considerada meramente a ação mecânica, sem qualquer atenção ao fim almejado pelo autor do disparo, dispensaríamos o mesmo tratamento jurídico ao caso do indivíduo que quer matar uma pessoa e ao que apenas deseja praticar um esporte. Dessa forma, a partir da concepção finalista de WELZEL, o dolo passa a integrar o *Tatbestand*¹¹⁶.

Todas essas perspectivas do tipo penal enquadram-se no que se pode chamar de juízo de subsunção formal, em razão de se dirigirem à análise quanto à correspondência de um fato em relação à descrição positivada na lei penal. No entanto, tais perspectivas de tipicidade exclusivamente formais, com o passar do tempo, afiguraram-se insuficientes, especialmente em razão do caráter subsidiário do direito penal¹¹⁷.

O problema que ocorre ao se adotar uma perspectiva exclusivamente formal de tipo penal é o de que previsões abstratas invariavelmente possuem alcance maior do que o desejado. Em razão disso, se adotarmos uma perspectiva exclusivamente formal de tipo penal, tanto uma conduta socialmente adequada quanto uma conduta insignificante podem configurar crime¹¹⁸.

Para evitar situações desse tipo, surge a perspectiva material de tipo legal, segundo a qual não se pode falar em tipicidade sem que uma conduta, ajustada formalmente ao tipo penal, concomitantemente seja dotada de lesividade material a bens jurídicos, ou ética e socialmente reprovável¹¹⁹. Nesse sentido, MAÑAS coloca:

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.¹²⁰

116 MAÑAS, *O Princípio...* p. 51-52.

117 *Ibidem*, p. 52.

118 MAÑAS, *O Princípio...* p. 53.

119 TOLEDO, *Princípios...* p. 131.

120 MAÑAS, *loc cit.*

Essa nova perspectiva de tipo leva à adoção de dois importantes princípios de direito penal: o da adequação social, já comentado neste trabalho, e o da insignificância, a ser analisado no próximo item.

2.4 O Princípio da Insignificância

O princípio da insignificância, idealizado por Claus ROXIN, permite excluir da maioria dos tipos penais os danos de pouca importância. Para elucidar a forma como esse princípio deve influenciar a análise dos fatos perante o sistema jurídico penal, o referido jurista traz diversos exemplos, tais como o de que os maus-tratos não são qualquer tipo de dano à integridade corporal, mas apenas um dano relevante, bem como o de que só é desonesta, no sentido dado pelo ordenamento jurídico-penal, uma ação sexual de determinada importância¹²¹.

O princípio da insignificância guarda íntima relação com o princípio da subsidiariedade. Conforme já analisado, o último determina que o direito penal, a medida que se trata de um recurso extremo do ordenamento jurídico, só deve incidir sobre uma conduta quando ela se reveste de um nível de gravidade tão alto a ponto de que todos os outros ramos do Direito resem ineficazes para imputar-lhe uma sanção adequada. O direito penal é, assim, a *ultima ratio* do sistema jurídico, a última e mais grave alternativa de que o Estado pode lançar mão para proteger determinado bem jurídico. O princípio da insignificância, por outro lado, determina que, não obstante determinada conduta, em tese, se subsumir a um certo tipo penal, se ela não representar uma lesão significativa a ponto de realmente prejudicar o bem jurídico protegido pela norma, tratar-se-á de conduta atípica por critérios materiais. Ou seja, ambos princípios ora elencados cuidam de assegurar que o direito penal, como último recurso jurídico sancionador, só incidirá sobre condutas revestidas de especial gravidade. Contudo, enquanto o princípio da subsidiariedade afere esta gravidade considerando a possibilidade de que outros ramos do Direito sejam bastantes para sancionar determinada conduta, o princípio da insignificância dirige especial atenção à gravidade da lesão infligida ao bem jurídico protegido pela norma penal, determinando que apenas as condutas que atingirem certo patamar de gravidade merecerão sanção penal.

121 ROXIN, Claus. *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*. Trad. e introd. de Francisco Muñoz Conde. 2ª ed., 1ª reimpr. Buenos Aires, Hamumurabi, 2002, p. 73-74.

TOLEDO refere que o princípio da insignificância se revela por inteiro a partir de sua própria denominação: já que o direito penal é fragmentário e só incide quando é necessário para a proteção de bens jurídicos relevantes, não deve se ocupar de bagatelas. O mesmo autor faz referência à figura do art. 334, §1º, *d* (contrabando ou descaminho por assimilação na modalidade de receptação), dizendo que este tipo penal não deve incidir quando se tratar de posse de produto estrangeiro em pequena quantidade, em valor reduzido, mas apenas quando a mercadoria cuja quantidade ou valor indique lesão tributária de certa expressão para o Fisco¹²².

Acerca da adoção do princípio da insignificância pelo direito brasileiro, Odone SANGUINÉ¹²³ aponta que ocorreu expressamente pela primeira vez em 6 de dezembro de 1988, no Supremo Tribunal Federal, por ocasião do Recurso em *Habeas Corpus* n.º 66869/PR, julgado pela Segunda Turma e relatado pelo Ministro Aldir Passarinho, assim ementado:

ACIDENTE DE TRÂNSITO. LESÃO CORPORAL. INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME NÃO CONFIGURADO. Se a lesão corporal (pequena equimose) decorrente de acidente de trânsito e 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.

Nesse julgamento, trancou-se a ação penal por ausência de justa causa para persecução penal, orientação que foi seguida pelos órgãos jurisdicionais quanto à aplicação do princípio da insignificância. Desse modo, dizer que uma conduta é penalmente insignificante implica não haver justa causa para ação penal em relação a ela.

Atualmente, nos Tribunais pátrios, para se verificar a aplicação do princípio da insignificância, são amplamente aceitos os critérios lançados pelo Ministro Celso de Mello no *Habeas Corpus* n.º 84412/SP, e acolhidos pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em 19 de outubro de 2004.

[...] 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

122 TOLEDO, *Princípios...* p. 133.

123 SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o Princípio da Insignificância. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, Fabris, v. 3, n. 1, p. 36-59, jan/mar. 1990.

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. [...]

Dessa forma, a aplicação do princípio da insignificância não estaria adstrita unicamente à ínfima lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal (inexpressividade da lesão jurídica provocada), mas teria de obedecer a outros três critérios: a mínima ofensividade da conduta do agente, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a nenhuma periculosidade social da ação.

Quando o princípio da insignificância é aplicado ao crime de descaminho, utilizando-se o patamar de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), o único critério que se considera é a extensão da lesão jurídica provocada, que, em razão de não lesar o Fisco (em tese), não poderia provocar lesão penal. Não se considera a periculosidade social da ação, que põe em risco a estabilidade da economia e da indústria nacionais, ou a ofensividade da conduta do agente à administração pública, que ocorre em razão da ilusão ao pagamento de tributos mediante omissão no dever de prestar informações verídicas à autoridade alfandegária.

2.5 As Alternativas à Obrigatoriedade da Ação Penal

Dessa forma, a razão por que se chegou à aplicação do princípio da insignificância como excludente de tipicidade penal foi o fato de que se mostrava irrazoável submeter alguém às mazelas do sistema carcerário em razão de lesão de bagatela. Isso ocorria porque, à época em que o princípio foi adotado pelo sistema jurídico brasileiro, não havia alternativas à pena privativa de liberdade: ou se prosseguia com a ação penal, inexoravelmente se chegando à aplicação de pena carcerária cominada em lei, ou se trancava o processo antes que chegasse ao fim, evitando que ocorresse uma situação em que réus seriam submetidos a sanções penais desproporcionais à extensão do crime cometido.

Essa situação, entretanto, não subsiste atualmente. Não se pode mais dizer que a ausência de aplicação do princípio da insignificância implicará, para o réu, longos anos de privação de liberdade¹²⁴.

124 MELHEM, *Da Inaplicabilidade...* p. 116.

Em 26 de setembro de 1995, em cumprimento ao disposto no art. 98, I, da Constituição da República, foi sancionada a Lei n.º 9.099/95, que instituiu o procedimento dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, dirigido, no âmbito penal, às infrações de menor potencial ofensivo. Esta Lei, manifestamente uma opção político-criminal do Estado no sentido de trazer maior informalidade e celeridade à resposta penal, traz, ao ordenamento jurídico brasileiro, medidas alternativas à pena de prisão, priorizando um tratamento extrapenal mais útil à prevenção e à repressão da pequena e média criminalidade¹²⁵.

A redação mais recente do art. 61 da Lei n.º 9.099/95, dada pela Lei n.º 11.313/06, determina que as infrações de menor potencial ofensivo são as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos. Apesar de esse dispositivo conferir tratamento especial a numerosos casos, percebe-se que o delito do descaminho, cuja pena máxima cominada é de quatro anos, não pode ser considerado infração de menor potencial ofensivo. Com isso, se evidencia que o legislador sinalizou para a gravidade deste delito, que é considerado mais grave do que todas as infrações de menor potencial ofensivo.

No entanto, não obstante este fato, muitas vezes o descaminho sofre a incidência do princípio da insignificância, com o trancamento da ação penal, e, conseqüentemente, nenhuma pena aplicada, quando, muitas vezes, delitos de menor ofensividade, que envolvem dilapidação patrimonial inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), seguem o rito da Lei n.º 9.099/95, sendo frequentemente aplicadas penas restritivas de direito ou multas, por meio do instituto da transação penal.

Dessa forma, diante do cenário atual, enquanto ao autor de uma infração de menor potencial ofensivo provavelmente serão aplicadas penas restritivas de direitos ou multas (em hipóteses restritas, inclusive a pena privativa de liberdade poderá ser aplicada), ao autor do descaminho, considerado pelo legislador infração de maior ofensividade, não haverá sequer ação penal, descartando qualquer aplicação de pena, desde que o crime envolva menos de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) em impostos iludidos ao Fisco. Assim, vislumbra-se que ocorre um

125 MELHEM, *Da Inaplicabilidade...* p. 119-120. Sobre esta inovação processual, vale ressaltar que se enquadra nas propostas da moderna Criminologia, no que concerne ao direito penal mínimo, no sentido de se adotar procedimentos que permitam a reparação de danos sofridos pela vítima, bem como a aplicação de pena não privativa de liberdade. Nessa linha, MELHEM cita a lição de Ivette Senise FERREIRA: “Com efeito, criando um procedimento sumaríssimo para as infrações de menor potencial ofensivo, a nova lei veio adequar a ação penal ao princípio da oportunidade, há muito preconizado pelos especialistas da área, abrindo nela espaço para consenso, antes difícil, se não impossível, contribuindo assim para evitar a decantada estigmatização que se processa não somente no cárcere mas, também, no desenrolar do processo penal e que a moderna Política Criminal repudia” (MELHEM, *Da Inaplicabilidade...* p. 120).

tratamento penal desproporcional, onde amiúde o autor de um crime de maior ofensividade tem tratamento mais benéfico do que aquele que comete infração de menor potencial ofensivo.

Entretanto, embora não possa ser beneficiado com o instituto da transação penal, o indivíduo que pratica o descaminho pode ser contemplado com a suspensão condicional do processo, também prevista na Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, desde que presentes os requisitos para a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). O “*sursis* processual” poderá ser proposto pelo órgão do Ministério Público por ocasião do oferecimento da denúncia, originando possibilidade de suspensão do processo por dois a quatro anos, mediante o cumprimento de determinadas condições pelo acusado.

Além disso, na hipótese em que a suspensão condicional do processo não seja possível, ou, por qualquer motivo, tenha sido suspensa, e o processo tenha chegado à fase final, com prolação de sentença condenatória, em razão da pena máxima cominada ao descaminho ser de quatro anos, será possível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, a teor do disposto pela Lei n.º 9.714/98, nos arts. 43 e seguintes do Código Penal. Dessa forma, a antiga perspectiva de que a condenação no processo penal para o crime de descaminho necessariamente ocorrerá através de pena privativa de liberdade, justificando-se a aplicação do princípio da insignificância, com trancamento da ação penal, para evitar os efeitos nefastos da carcerização, resta superada, já que é perfeitamente possível que sejam aplicadas penas restritivas de direitos, tais como a prestação pecuniária, a perda de bens e valores, a prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, a interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana, igualmente atingindo o fim de se evitar a pena privativa de liberdade.

Esta reação penal do Estado, inclusive, se mostra mais adequada, já que o objetivo de se evitar a reincidência criminosa pode ser atingido, diferentemente do que ocorre com a aplicação do princípio da insignificância, onde não há qualquer medida no sentido de evitar que pessoas façam do crime seu modo de vida. Assim é a lição de MELHEM:

Tais hipóteses preservam a proporcionalidade na reação estatal, respeitam a dignidade da pessoa humana e não ignoram simplesmente o ilícito cometido, não afastando um tratamento digno nem ao cidadão que cometeu um crime e nem ao restante dos cidadãos.¹²⁶

126 MELHEM, *Da Inaplicabilidade...* p. 111.

Entretanto, o que se pode vislumbrar é um processo de descriminalização, onde o descaminho que represente sonegação de impostos de valor inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) é equiparado, para fins penais, a uma conduta permitida pelo ordenamento jurídico.

Além da suspensão condicional do processo, temos, ainda, a suspensão condicional da pena, também no intuito de se evitar o recolhimento à prisão de autores de delitos menores e por pequeno intervalo de tempo. No entanto, após o advento das penas restritivas de direitos, o *sursis* acabou esvaziado, em razão de que um dos requisitos para sua aplicação é o de que a pena imposta não ultrapasse dois anos, hipótese que está abrangida pelo benefício da substituição¹²⁷.

127 MELHEM, *Da Inaplicabilidade...* p. 111.

3 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO CRIME DE DESCAMINHO

3.1 Motivos por que os Tribunais se utilizam do Princípio da Insignificância

3.1.1 Argumentos relativos ao princípio da insignificância em geral

Como se viu, o princípio da insignificância surge como resultado da evolução do conceito de tipo penal. A partir da concepção material do tipo, se chegou à conclusão de que condutas que não apresentavam lesão ou ameaça de lesão significativa ao bem jurídico protegido pela norma penal não chegariam a atingir o plano da tipicidade, restando desde logo excluído o caráter criminoso da conduta. Assim, a extensão da lesão jurídica provocada, aferida através do prejuízo oriundo do do desvalor do resultado, surge como critério para se definir a existência de crime. Nesse sentido, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal:

(...) o direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar 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.¹²⁸

O principal argumento que fundamenta, do ponto de vista prático, a aplicação do princípio da insignificância em direito penal diz respeito a uma estratégia de política criminal: não é razoável submeter à pena privativa de liberdade, considerado o ambiente nefasto das prisões, bem como o estigma social que o ex-detento adquire, pessoas que cometem pequenos delitos. Entretanto, em razão de que o juiz penal, diante de condutas típicas, ilícitas e culpáveis, onde a materialidade delitiva e a autoria estivessem perfeitamente demonstradas nos autos, estaria adstrito – por força de lei – a aplicar sanção penal correspondente, se geravam notáveis injustiças. Diante disso, a solução encontrada pelos Tribunais foi a de excluir o caráter criminoso dessas condutas, reputando-as atípicas e, assim, fulminando a ação penal antes que ela pudesse chegar à sentença condenatória.

¹²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma, *Habeas Corpus* n.º 84412/SP, Voto do Relator Celso de Mello, p. 6/7.

Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, é de ser extinto o processo da ação penal, por atipicidade do comportamento e consequente inexistência de justa causa.¹²⁹

Argumenta-se, também, que a aplicação do princípio da insignificância se justifica, no plano teórico, pelo caráter fragmentário e pelo postulado da intervenção mínima do Estado em direito penal. Como já analisado, a fragmentariedade recomenda que nem todas as condutas ilícitas recebam tutela penal, mas apenas aquelas que atinjam os bens jurídicos considerados mais relevantes para a ordem social. Da mesma forma, a conduta penalmente insignificante, conquanto de inquestionável antijuridicidade, não mereceria a tutela penal, já que, embora atente contra um bem jurídico relevante (eis que digno de proteção penal), não chegaria a representar lesividade ou ofensividade bastantes para que se fizesse necessária a invocação da tutela penal.

Quanto ao princípio da intervenção mínima, guarda relação com o princípio da insignificância porque ambos consideram a gravidade da lesão aos bens jurídicos para definir se determinada conduta deve ou não ter relevância à luz do direito penal. Desse modo, as perturbações leves, menos graves, deveriam ser sancionadas por outros ramos do direito, ficando restrito o direito penal a prever abstratamente condutas que, *ipso facto*, representam lesão grave ao ordenamento jurídico.

O princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, consagrando os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima.¹³⁰

O princípio da subsidiariedade, igualmente, é bastante invocado pelos Tribunais. Segundo o seu postulado, o direito penal deve ser um recurso sancionador subsidiário da ordem jurídica – *ultima ratio* –, não se devendo, pois, lançar mão deste recurso quando a sanção que podem aplicar os outros ramos do direito for suficiente e, portanto, mais adequada. A relação disso com o princípio da insignificância é a de que, se os outros ramos jurídicos sequer foram acionados para aplicarem suas sanções, entendem os Tribunais que, *a fortiori*,

129 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma, *Habeas Corpus* n.º 88393/RJ, Relator Ministro Cezar Peluso, 03/04/2007.

130 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma, *Habeas Corpus* n.º 133383/SP, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, 01/09/2009.

não se pode invocar a tutela penal, eis que esta deve ser invocada subsidiariamente. Destarte, se uma conduta é tão insignificante a ponto de não merecer sequer sanção civil ou administrativa, não pode ocorrer a subsunção dessa mesma conduta à norma penal.

Não há se subestimar a natureza subsidiária, fragmentária do Direito Penal, que só deve ser acionado quando os outros ramos do direito não sejam suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos.¹³¹

Por derradeiro, se pode dizer que um forte argumento judiciário em favor do princípio da insignificância é a economia processual. Alude-se, para isso, tanto o fato de que as Varas Criminais costumam ser oneradas com número excessivo de ações penais quanto o fato de que amiúde os custos que o processo implica superariam a dilapidação patrimonial originária da lide penal. Assim sinalizam os seguintes precedentes:

Delineado o pequeno potencial ofensivo do delito, por economia processual, é de recusar-se a denúncia.¹³²

Se a lesão corporal (...) é de absoluta insignificância, como resulta dos elementos dos autos (...) há de impedir-se que se instaure ação penal que a nada chegaria, inutilmente sobrecarregando-se as Varas Criminais, geralmente tão oneradas.¹³³

Entendimento diverso implicaria a desnecessária mobilização de u'a máquina custosa, delicada e ao mesmo tempo complexa como é o aparato de poder em que o Judiciário consiste. Poder que não é de ser acionado para, afinal, não ter o que substancialmente tutelar.¹³⁴

O postulado da insignificância é tratado 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 carcerização, ao descongestionamento de uma Justiça Penal que deve se ocupar apenas das infrações tão lesivas a bens jurídicos dessa ou daquela pessoa quanto aos interesses societários em geral.¹³⁵

131 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma, *Habeas Corpus* n.º 96309/RS, Relatora Ministra Cármen Lúcia, 24/03/2009.

132 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Quarta Turma, Recurso Criminal n.º 9501242064, Relatora Eliana Calmon, 27/11/1995.

133 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma, Recurso em *Habeas Corpus* n.º 66869/PR, Relator Ministro Aldir Passarinho, 06/12/1988.

134 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma, *Habeas Corpus* n.º 93072/SP, Relator Ministro Carlos Britto, 14/10/2008.

135 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma, *Habeas Corpus* n.º 99594/MG, Relator Ministro Carlos Britto, 18/08/2009.

Dessa forma, os argumentos utilizados em geral pelos tribunais para justificar a aplicação do princípio da insignificância em matéria penal podem ser divididos em argumentos de fundamento teórico e de ordem prática. Enquanto os primeiros se atêm aos princípios da fragmentariedade, da intervenção mínima e da subsidiariedade, os de ordem prática perpassam a necessidade de se evitar injustificada carcerização (argumento de ordem político-criminal) e a de se evitar o congestionamento da justiça penal (política judiciária).

3.1.2 Argumentos relativos à aplicação do princípio da insignificância especificamente ao crime de descaminho

O principal aspecto que distingue a aplicação do princípio da insignificância em relação ao crime de descaminho é a adoção de um patamar previsto em lei fiscal.

Em 1995, foi editada uma disposição normativa determinando que o ajuizamento de execuções fiscais só ocorreria quando as dívidas a serem cobradas atingissem determinado valor. Alguns anos depois, a jurisprudência se consolidou no sentido de admitir que este patamar fiscal fosse também utilizado para definir quando se está diante do descaminho que constitui fato materialmente típico. Este patamar foi sucessivamente aumentado pelo ordenamento fiscal, passando de mil Unidades Fiscais de Referência – UFIR a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) em junho de 2000, e de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) para R\$ 10.000,00 (dez mil reais) em abril de 2004. A jurisprudência pátria já se posicionou no sentido de que é válida a utilização do patamar de R\$ 10.000,00 para aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho.

Isso foi deduzido a partir do teor do princípio da subsidiariedade. Nestes termos, já que a sanção penal só pode ser aplicada quando a sanção extra-penal quedar-se inócua, no caso em que sequer houve interesse administrativo na cobrança da dívida, não se poderia fazer uso do aparato penal para coibir a mesma conduta, porquanto se trata de instrumento subsidiário. Nesse sentido elucidam os seguintes precedentes, todos relativos ao crime de descaminho.

É inadmissível que a conduta seja irrelevante para a Administração Fazendária e não para o direito penal. O Estado, vinculado pelo princípio de sua intervenção mínima em direito penal, somente deve ocupar-se das condutas que impliquem grave violação ao bem juridicamente tutelado. Neste caso se impõe a aplicação do princípio da insignificância.¹³⁶

136 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma, *Habeas Corpus* n.º 95749/PR, Relator Ministro Eros

A relevância penal da conduta imputada ao paciente, no caso dos autos, é de ser investigada a partir das diretrizes do artigo 20 da Lei nº 10.522/2002. Dispositivo que determina, na sua redação atual, o arquivamento das execuções fiscais cujo valor consolidado for igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Autos que serão reativados somente quando os valores dos débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ultrapassarem esse limite (§ 1º). O que não sobressai do exame desta causa. Incidência do princípio da insignificância penal, segundo o qual para que haja a incidência da norma incriminadora não basta a mera adequação formal do fato empírico ao tipo. Necessário que esse fato empírico se contraponha, em substância, à conduta normativamente tipificada. É preciso que o agente passivo experimente efetivo desfalque em seu patrimônio, ora maior, ora menor, ora pequeno, mas sempre um real prejuízo material. Não, como no caso, a supressão de um tributo cujo reduzido valor pecuniário nem sequer justifica a obrigatória cobrança judicial.¹³⁷

Outro argumento utilizado pelos Tribunais é o fato de que o bem jurídico protegido pelo crime de descaminho são os impostos a serem recolhidos ao Fisco. Dessa forma, quando a Fazenda Pública regulamenta o procedimento de cobrança, estaria sinalizando para as lesões que considera mais e menos graves, sendo que as lesões que considera de pouca relevância sequer são cobradas. Assim, como se pode dizer que está configurado crime, do ponto de vista da tipicidade material, quando a norma penal protege o erário, e o próprio erário considera irrelevante esta lesão?

No caso, a relevância penal é de ser investigada a partir das coordenadas traçadas pela Lei nº 10.522/02 (lei objeto de conversão da Medida Provisória nº 2.176-79). Lei que, ao dispor sobre o "Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais", estabeleceu os procedimentos a serem adotados pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, em matéria de débitos fiscais. Não há sentido lógico 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.¹³⁸

Dessa forma, são dois os argumentos utilizados pelos Tribunais para justificar a aplicação anômala do princípio da insignificância quando em relação ao crime de descaminho, utilizando patamar definido em lei fiscal para execuções judiciais: o postulado da subsidiariedade, segundo o qual o direito não pode punir condutas que sequer mereceriam sanção extra-penal, e a questão de que o bem-jurídico protegido pelo crime de descaminho é considerado lesão insignificante pela Fazenda Nacional.

Grau, 23/09/2008.

137 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma, *Habeas Corpus* n.º 93072/SP, Relator Ministro Carlos Britto, 14/10/2008.

138 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma, *Habeas Corpus* n.º 99594/MG, Relator Ministro Carlos Britto, 18/08/2009.

3.2 *Os Argumentos que os Tribunais não enfrentam*

3.2.1 *Argumentos relativos ao princípio da insignificância em geral*

Inicialmente, é importante observar que, de acordo com o posicionamento doutrinário predominante, o sistema jurídico-penal brasileiro adota a Teoria Finalista da Ação. Conforme já exposto no segundo capítulo deste trabalho, a Teoria Finalista sucedeu a Teoria Causal, para a qual se aferia a criminalidade de uma conduta a partir do resultado provocado por esta no mundo exterior. Assim, segundo essa corrente doutrinária, o foco do direito penal deveria se voltar ao resultado material do crime, independentemente da ocorrência de intenção dolosa ou de mera culpa do agente.

Entretanto, segundo a Teoria Finalista da Ação, proposta por WELZEL, a finalidade a que se dirige o agente deve ser considerada no plano da tipicidade, eis que o dano aos bens jurídicos protegidos pela norma penal são atingidos pela conduta do agente, e não pelo resultado material que ele provoca. Um exemplo da adoção desta teoria pelo nosso sistema penal é o fato de que é necessária a existência de previsão expressa para que possa haver crime culposos, porquanto o que lesa o bem jurídico protegido pela norma penal é a conduta dolosa, e não o mero resultado naturalístico, salvo raras exceções, em que se cominam penas – sempre menores – a quem comete o crime na modalidade culposa. Assim, o que nos interessa é o desvalor da conduta, e não do resultado¹³⁹.

Quando se aplica o princípio da insignificância, entretanto, desde que adimplidos certos requisitos, tais como a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação e o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento, o único parâmetro que resta para a aferição do crime é o resultado. Dessa forma, se está desconsiderando que a verdadeira infração à ordem jurídica ocorreu em razão da vontade criminosa do agente, e não do resultado material que ele causou. Ora, se o resultado material

139 Nesse sentido, MELHEM (*Da inaplicabilidade...* p. 120/121) coloca: No comportamento culposos, o agente não pretende o resultado, sua finalidade era lícita, porém, por um desvio na execução (oriundo da inobservância do dever objetivo de cuidado), o agente acaba por obter um resultado ilícito. Nestas situações, somente será responsabilizado o autor da conduta se houver expressa previsão legal da modalidade culposa. Isto demonstra claramente que aos crimes culposos não interessa o resultado e sim a inobservância do dever de cuidado, apenas nas situações em que o legislador assim o desejar. Em outras situações, não havendo a previsão legal do crime culposos, mesmo que ocorra o resultado, crime não haverá. O que demonstra mais uma vez que o que realmente tem relevo ao se considerar criminoso ou não um comportamento é o desvalor da conduta e não do resultado.

do crime fosse parâmetro válido para afastar a tipicidade penal, todos os crimes na modalidade tentada seriam atípicos, o que não ocorre no sistema jurídico brasileiro.¹⁴⁰

Assim, ao adotarmos a Teoria Finalista da Conduta, reconhecemos que a estrutura da ação humana envolve sujeito, destinatário e finalidade, sendo que, nas ações criminosas, a finalidade tem seu conteúdo evidenciado nos tipos penais. Assim esclarece MELHEM:

Não se verifica nas bases filosóficas sobre a ação humana, nem nas bases doutrinárias sobre o conceito do tipo penal (que é a ação humana já escolhida pelo legislador para o âmbito criminal), qualquer vinculação destas com o resultado.

A partir do momento em que o indivíduo desencadeia uma ação, esta revela sua finalidade própria, que, aí sim por causalidade, pode ter um resultado ou não, bem como ter um resultado mais ou menos relevante. Quando se afirma que um resultado menos significativo exclui a tipicidade de uma conduta, isto equivaleria a ignorar a finalidade a que se dirigia a ação, e, mais do que isto, que [o legislador] lhe atribuía um valor negativo.¹⁴¹

Além disso, também evidencia a irrelevância do resultado naturalístico para o direito penal o fato de que condutas adequadas socialmente, mesmo que produzam resultado danoso à sociedade, não podem constituir tipos penais. Isso ocorre porque, nestes casos, não há lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal, ou seja, não há lesão jurídica, mesmo que se esteja diante de resultado danoso à sociedade, o que, mais uma vez, vem a corroborar que o interesse do direito penal é direcionado a evitar determinadas condutas, e não a evitar resultados naturalísticos.

Desse modo, não se pode confundir resultado naturalístico com resultado jurídico, como parecem fazer os aplicadores do princípio da insignificância. O bem jurídico protegido pela norma penal é violado no momento da conduta, e não do resultado, em razão de que a finalidade do direito penal não pode ser a de evitar que, no mundo exterior, haja resultados

140 Assim é a dicção do Ministro Felix Fischer, por ocasião do seu voto no Recurso Especial n.º 1112748/TO, julgado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 09/09/2009, onde se pacificou o entendimento de que o parâmetro de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) em tributos sonegados deveria ser acolhido para se determinar a configuração do crime de descaminho no âmbito daquele Tribunal, a fim de evitar a remessa de recursos repetitivos ao Supremo Tribunal Federal: “a extensão do que vem a ser bagatela, relacionando a tipificação com o interesse na busca da reparação extra-penal pode ensejar perplexidade em outros casos. Por exemplo: como se solucionaria o problema no caso dos **crimes omissivos próprios (art. 135 do Código Penal) e na chamada tentativa branca** – possível até em caso de homicídio qualificado? Ou seja, toda tentativa branca e boa parte dos delitos omissivos puros teriam que ser atingidos pelo apontado princípio, evidenciando a **ausência de interesse penal**” (grifos no original).

141 MELHEM, *Da Inaplicabilidade...* p. 111.

nocivos à ordem social, mas a de evitar que pessoas ajam no sentido de provocar tais resultados nocivos. Afirmar o contrário seria considerar que o direito tem o condão de controlar toda a realidade, e não apenas as condutas humanas.

Assim, da mesma forma que o esforço do direito penal não é no sentido de evitar que haja mortes, mas de coibir condutas que levem pessoas a morrer injustamente – em decorrência de dolo ou culpa alheios –, também a finalidade a que se dirige a tutela penal não pode ser no sentido de assegurar que as contas do Estado atinjam determinado saldo, mas de evitar que pessoas ajam no sentido de dilapidar injustamente o patrimônio estatal.

Quando se comete a conduta que implica descaminho, o bem jurídico protegido está sendo atingido, materialmente, de forma autônoma em relação ao resultado que possa ocorrer – resultado este que, frise-se, não serve como paradigma ao direito penal quanto ao aferimento do caráter criminoso das condutas humanas, motivo de ordem lógica por que também não pode ser critério para o afastamento da tipicidade penal.

Outro argumento a que costumam aludir os aplicadores do direito quando invocam o princípio da insignificância é o fato de que já são demasiadamente numerosos os processos que chegam às varas criminais, além de que os custos envolvidos no sistema processual por vezes superam aqueles valores que são objeto da conduta criminosa¹⁴². Este posicionamento, que lança mão de critérios que envolvem juízo de custo e benefício para determinar a descriminalização de condutas, pode se enquadrar nos parâmetros que entraram em voga a partir da denominada análise econômica do direito.

Segundo esta corrente, fruto do sucesso de modelos matemáticos que vêm sendo aplicados também às ciências sociais, fenômenos humanos e sociais são reduzidos a números e equações, impondo ao Estado-juiz que se comporte qual um administrador de empresa, cuja atividade é pautada pela consideração quanto aos lucros e prejuízos que cada atividade pode implicar. Assim, considerando esta análise, que claramente dá enfoque às consequências, ao criminoso – que deve fazer um cálculo econômico de sua conduta – deveria estar claro que restariam mais desvantagens do que vantagens em relação à perpetração de conduta criminosa, bem como ao Estado não seria interessante punir no caso de tal punição se afigurar demasiadamente onerosa¹⁴³.

142 MELHEM, *Da Inaplicabilidade...* p. 113/114.

143 *Ibidem*, p. 114/115.

Evidentemente, estamos diante de uma análise bastante superficial do fenômeno criminoso, por mais que, numa visão apressada, a adoção desses critérios possa parecer uma saída útil ao Estado e à sociedade. Ocorre que a própria legitimidade do sistema penal, cujas sanções envolvidas são as mais graves de que dispõe o ordenamento jurídico, se fundamenta no fato de que o crime não se cinge apenas ao interesse individual, mas há violação a bens jurídicos que interessam a toda a coletividade, impassíveis de quantificação econômica. Assim, se a tipificação penal de uma conduta pressupõe sua gravidade extrema à ordem social, e não a mera ilicitude (como se quer com o princípio da fragmentariedade), e justamente essa gravidade legitima a pretensão punitiva do Estado, não se pode ignorar essa gravidade e reduzir a conduta criminosa a um gravame civil, que se resolve por perdas e danos.

Sobre essa questão, é interessante a colocação de LOPES, citado por MELHEM: “o custo social da tolerância do delito é sempre superior à vantagem concreta individual que o sujeito obtém com o ato delinquente. Cabe pensar, por exemplo, que esse custo é ampliado pelo efeito incitador que o fato exerce sobre terceiros”¹⁴⁴.

Além disso, muito se alude ao fato de que não seria compatível que se aplicasse o sistema sancionatório de privação de liberdade a pessoas que cometem crimes de pouca monta, motivo por que, aliás, o princípio da insignificância foi adotado pelo sistema penal brasileiro, mormente a partir do ano de 1988. Tal argumento decorre dos já consabidos efeitos nefastos do sistema carcerário, os quais, inclusive, receberam resposta legislativa em 1995, com a edição da Lei n.º 9.099 – Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, que relativizou a obrigatoriedade da ação penal. A partir dessa Lei, foi possível que a ação penal por crime de descaminho, adimplidas certas condições, se sujeitasse ao benefício da suspensão condicional do processo.

Assim, quando se diz que o fato de uma conduta representar pouca lesividade ao bem jurídico protegido pela norma penal necessariamente deve implicar sua atipicidade por critérios materiais – porquanto hipótese de incidência do princípio da insignificância –, se está por desconsiderar a finalidade a que se dirige a referida Lei dos Juizados Especiais, bem como se esvai o sentido da existência da Lei de Contravenções Penais. Tal argumento foi lembrado pelo Ministro Felix Fischer, por ocasião do seu voto no Recurso Especial n.º 1112748/TO,

144 MELHEM, *Da Inaplicabilidade...* p. 115.

julgado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 09/09/2009, onde se pacificou o entendimento de que o parâmetro de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) em tributos sonegados deveria ser acolhido para se determinar a configuração do crime de descaminho no âmbito daquele Tribunal, a fim de evitar a remessa de recursos repetitivos¹⁴⁵ ao Supremo Tribunal Federal, nas seguintes palavras:

[...] por dever de coerência, o **Juizado Especial Criminal** deveria perder a **razão de ser de sua existência**, pois quase nenhuma infração que lhe é submetida apresenta **tamanho desvalor** (independentemente do bem jurídico tutelado). E a Lei de Contravenções Penais, **v. g.**, ficaria revogada? Em suma, tudo que viesse a ser ali tratado teria que ser considerado, **a priori**, insignificante.¹⁴⁶

Ademais, em 1998, foi sancionada a Lei n.º 9.714, que instituiu a possibilidade de substituição das penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos, cabível nos casos em que a pena privativa de liberdade a ser aplicada não supere quatro anos e não haja violência ou grave ameaça à pessoa. Como se vê, perfeitamente aplicável ao crime de descaminho, o que afasta o argumento de que mover ação penal contra uma pessoa que cometeu este crime necessariamente ensejará desnecessária carcerização em razão de prolação de sentença condenatória transitada em julgado.

3.2.2 *Argumentos relativos à aplicação do princípio da insignificância especificamente ao crime de descaminho*

É interessante, inicialmente, elucidar a questão quanto ao bem jurídico protegido pela norma penal do descaminho. Quando os Tribunais equiparam esta conduta típica à sonegação fiscal, como se o único bem jurídico a ser protegido fosse o saldo financeiro do erário, se está desconsiderando o próprio Código Penal indica ao classificar o descaminho como crime

145 Importante referir, sobre esse assunto, que é questionável a aplicação da Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n.º 11.672/08), que acrescentou o art. 543-C ao Código de Processo Civil, em matéria penal. Não obstante a Resolução n.º 7 do Superior Tribunal de Justiça, de 14 de julho de 2008, que, regulamentando o processamento e julgamento dos recursos especiais repetitivos, determinou, em seu art. 1º, que o procedimento referido seria aplicável “tanto na jurisdição cível quanto na criminal”, é de se ressaltar que o dispositivo legal em que se ampara este procedimento disciplina o processo civil, e não o penal. Além disso, diferentemente do que ocorre em relação ao instituto da repercussão geral, regulamentado nos arts. 543-A e 543-B do Código de Processo Civil e estendido à jurisdição criminal, o procedimento especial para o julgamento de recursos repetitivos não encontra amparo constitucional, constituindo uma opção do legislador processual quanto ao rito para as ações civis. Já que não se vislumbra hierarquia jurídica entre o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal, visto que ambos têm *status* de lei ordinária, e, ainda, considerando que a previsão quanto ao procedimento especial referente aos recursos repetitivos cinge-se à lei processual civil, não há que se falar em aplicação do mesmo instituto ao rito processual penal.

146 Grifos no original.

contra a administração pública na modalidade de crime praticado por particular contra a administração em geral (Título XI, Capítulo II do Código Penal), e não como crime contra as finanças públicas (Título XI, Capítulo IV do Código Penal). Daí se depreende, portanto, que o bem jurídico protegido pelo descaminho é mais amplo, havendo outros valores incluídos nesse tipo penal.

Nesse sentido, veja-se que a conduta típica do descaminho, conforme indica o art. 334 do Código Penal, consiste em “iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria”. Ora, não se pode equiparar a conduta de “iludir o pagamento” com a mera sonegação de pagamento, pois a primeira conduta pressupõe o ato de mentir à administração pública, utilizando-se de fraude (falsidade ideológica¹⁴⁷) a fim de facilitar a subtração patrimonial, o que não ocorre na segunda.

Essa perspectiva é corroborada pelo próprio Código Penal, que sinaliza para a diferença valorativa entre mera subtração patrimonial e a subtração patrimonial que ocorre mediante fraude em relação ao crime de furto. Enquanto ao furto simples, previsto no *caput* do art. 155 do Código Penal¹⁴⁸, é cominada a pena de um a quatro anos de reclusão e multa, o furto praticado com “abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza”, previsto no art. 155, § 4º, é classificado como furto qualificado, e a pena é de dois a oito anos de reclusão e multa. Como se vê, a subtração patrimonial que ocorre mediante fraude é sempre mais grave, e não poderia ser de outro modo: a *ratio* é a de que o implemento da fraude dificulta à vítima o ato de tentar evitar o crime.

Por outro lado, considerando o tributo envolvido na sonegação que o descaminho implica, percebe-se que esse tipo penal, conforme aludem as lições de PRADO, não envolve apenas o interesse econômico-estatal, mas a proteção ao produto nacional agropecuário, manufaturado e industrial, bem como a própria economia do país, já que a elevação do imposto de exportação tende a fomentar o abastecimento interno, enquanto sua sensível diminuição ou isenção tende a estimular o ingresso de divisa estrangeira no país. Ainda, quanto ao imposto de importação, elevá-lo ou isentá-lo ora tem por escopo proteger o

147 Art. 299 do Código Penal: “omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante”.

148 Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel.

produtor nacional, ora proteger a própria nação da especulação que este engendra, ou, ainda, suprir as necessidades vitais do Estado¹⁴⁹.

Isso ocorre porque o tributo envolvido no descaminho tem funções extrafiscais, não se restringindo ao escopo de financiar as atividades estatais ordinárias. Entretanto, quando os Tribunais dizem que o descaminho até determinado valor é insignificante para os cofres públicos, em razão de que a Fazenda Pública não ajuíza ação de cobrança para reaver estes valores, estão sendo desconsideradas as funções a que os tributos de importação e exportação efetivamente se destinam, considerando equivocadamente que o recolhimento dessas contribuições teria o mero escopo de abastecer os cofres públicos.

Por outro lado, pelo que se depreende dos arts. 153, I e II, 155, § 2º, IX, *a*, e 158, IV, da Constituição da República, figuram como sujeitos passivos do crime de descaminho, além da União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios. Assim, embora a fraude ínsita ao descaminho impeça a arrecadação tributária de todos os entes da federação, é apenas o critério utilizado para a cobrança judicial de dívida ativa da União que determina, para os Tribunais, a relevância penal dos crimes de descaminho.

Dessa forma, se percebe que há vários elementos que distinguem o bem jurídico protegido pelo descaminho daquele protegido pela sonegação que implica exclusivamente subtração patrimonial ao Estado. Saliente-se, ainda, que constitui indício dessas distinções o fato de que não haveria sentido que estivessem previstas como tipos penais distintos e *nomina juris* diversas condutas penais idênticas, não se podendo considerar o descaminho mera sonegação fiscal de tributos aduaneiros.

Considere-se, ainda, que os Tribunais já se manifestaram no sentido de que o princípio da insignificância seria inaplicável aos crimes contra a administração pública¹⁵⁰, já que, nestes casos, mesmo que ínfima a lesão patrimonial, o bem jurídico protegido pela norma penal é atingido. Isso ocorre porque não se está protegendo um patrimônio isoladamente considerado, mas o patrimônio público que, caso desviado, não reverteria prejuízos a uma ou outra pessoa em particular, mas a toda sociedade. Embora, nestes casos, os precedentes façam referência à

149 PRADO, Luiz Régis. *Direito Penal Econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 468-469.

150 Vejam-se, nesse sentido, o *Habeas Corpus* n.º 50863/PE, julgado pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça e relatado pelo Ministro Hélio Quaglia Barbosa em 04/04/2006, bem como Recurso Especial n.º 655946/DF, julgado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça e relatado pela Ministra Laurita Vaz em 27/02/2007.

necessidade de proteção à moralidade e à probidade da administração pública em relação a delitos perpetrados pelos próprios funcionários públicos, não se pode olvidar que todo crime, mormente quando envolvidas vantagem patrimonial e certeza de impunidade, produz estímulo social à atividade criminosa. Desse modo, considerando a natureza do crime de descaminho, seu estímulo perante a sociedade representa, também, desrespeito à moralidade e à probidade que devem nortear as instituições públicas, não apenas em relação aos servidores públicos, mas também em relação àqueles a que se dirige a atividade estatal.

Por outro lado, percebe-se que a adoção de um patamar previsto em lei fiscal como paradigma para avaliar a configuração de um tipo penal significa desconsiderar o princípio da independência das instâncias, há muito reconhecido e adotado pelos Tribunais¹⁵¹. Vale ressaltar que, considerando a unidade do ordenamento jurídico – perante o qual necessariamente uma mesma conduta só poderá ser classificada como lícita ou ilícita, jamais podendo se falar em conduta simultaneamente lícita quando considerada em relação a um ramo do direito e ilícita em relação a outro –, podemos ter condutas que, embora reprováveis, exijam o adimplemento de requisitos específicos quando se fala em sanção perante um ou outro ramo do direito. Tal é o caso da improbidade administrativa na modalidade de lesão ao erário (art. 10¹⁵² da Lei n.º 8.429/92), que não necessariamente configurará o crime de peculato (art. 312¹⁵³ do Código Penal), eis que exige-se, no último caso, que a dilapidação ao patrimônio público tenha ocorrido em proveito próprio ou alheio, condição que inexiste para a configuração de ato de improbidade administrativa nesta modalidade.

151 Veja-se, sobre esse assunto, o Recurso em *Habeas Corpus* n.º 91110/SP, assim julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal e relatado pela Ministra Ellen Gracie, em 05/08/2008: “De acordo com o sistema jurídico brasileiro, é possível que de um mesmo fato (aí incluída a conduta humana) possam decorrer efeitos jurídicos diversos, inclusive em setores distintos do universo jurídico. Logo, um comportamento pode ser, simultaneamente, considerado ilícito civil, penal e administrativo, mas também pode repercutir em apenas uma das instâncias, daí a relativa independência”. No mesmo sentido, o Agravo Regimental no Mandado de Segurança n.º 22899/SP, julgado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal e relatado pelo Ministro Moreira Alves, em 02/04/2003. Porém, em alguns casos, a própria certeza quanto à materialidade do crime depende de apuração em esfera civil ou administrativa, como no caso de crime material de sonegação fiscal (art. 1º da Lei n.º 8.137/90), razão por que se condiciona o exercício da ação penal à prova constituída em âmbito extrapenal. Nesses casos, entretanto, não se trata de relativização do princípio da independência das instâncias, mas de questão prejudicial, pois sem determinada evidência não se pode considerar que houve efetiva subsunção da conduta à norma penal. Questão totalmente diferente é a do descaminho, em que se utilizou uma regra para cobrança fiscal, vinculante apenas em relação à seara administrativa, como condição para o exercício da ação penal, mesmo sem qualquer previsão penal para tanto.

152 Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei (...).

153 Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio.

Isso ocorre porque os critérios adotados pelo direito administrativo para que se configure uma lesão são diversos daqueles em que se pauta o direito penal. Enquanto ao direito administrativo interessa que não ocorram lesões ao patrimônio público, independentemente da intenção do agente, ao direito penal interessa reprimir as condutas especialmente graves à ordem jurídica, como a do agente que dolosamente, em proveito próprio ou alheio, desvia dinheiro, valor ou qualquer bem móvel de que tem posse em razão do cargo. Tratam-se, pois, de ramos jurídicos distintos, que se voltam a finalidades distintas, e, por isso, as próprias alternativas sancionadoras de que dispõem são diversas. Não se pode cogitar, portanto, que não haja independência entre as instâncias administrativa e penal.

Vale ressaltar que, ao atrelar a configuração da lesão ao bem jurídico protegido pelo descaminho ao interesse do erário em cobrar a dívida produzida por este crime, se constrói um argumento que vai de encontro à lógica do sistema penal, mormente quando se fala em ação penal pública incondicionada. Nesses crimes, entende-se que o dano provocado é de tal forma prejudicial à coletividade que a propositura da ação penal não deve se submeter à vontade da vítima em perseguir penalmente seu ofensor, ou mesmo da opinião desta quanto à efetiva ocorrência de lesão penalmente relevante. No caso da lesão provocada ao Fisco no crime de descaminho, entretanto, o interesse da Fazenda Nacional em cobrar a dívida é utilizado como parâmetro para a existência do crime, mesmo que se trate de ação penal pública incondicionada.

Além disso, independentemente do tipo de ação adequado para a persecução penal de cada delito, não se pode falar, em nenhum caso, que a configuração do crime só pode ocorrer com o “efetivo prejuízo da vítima”, tomando como único parâmetro para avaliar a existência de prejuízo o *animus* da vítima quanto ao ajuizamento de ação civil *ex delicto*. Adotar essa interpretação seria o equivalente a dizer que o crime de furto só se configura com a subtração patrimonial que cause efetivo dano à vítima, sendo que a efetividade do dano só se verifica com o ajuizamento de ação para a cobrança dos danos produzidos pelo ato criminoso.

Esse argumento foi suscitado no já aludido o voto do Ministro Felix Fischer, por ocasião do Recurso Especial n.º 1112748/TO, onde se pacificou o entendimento de que o parâmetro de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) em tributos sonegados deveria ser acolhido para se determinar a configuração do crime de descaminho no âmbito do Superior Tribunal de Justiça,

a fim de evitar a remessa de recursos repetitivos ao Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

A circunstância de não haver a cobrança imediata do crédito, não pode significar, automaticamente, a insignificância do fato. Ora, se assim o fosse, indago: supondo-se ocorrido um furto, cujo autor é conhecido da vítima, e imaginando esta de antemão, por pessimismo ou descrédito, que não obteria êxito, em prazo razoável, se intentasse uma ação judicial buscando a reparação do prejuízo sofrido, poderia se classificar a conduta como insignificante, **ainda que de grande monta os valores subtraídos**? Creio que não.

É que, nos crimes contra o patrimônio - seja ele o privado, seja o erário -, a tipificação penal não pode estar vinculada tão somente à **forma como será, e se de fato será, buscada a reparação do prejuízo**, pois o que move o legislador ao definir uma figura típica não é a mesma razão por ele utilizada quando define formas de cobrança de um débito gerado pela prática de um injusto.

[...] É sabido, por outro lado, que o **sujeito passivo eventual é o titular do interesse penalmente protegido**. Portanto, pode ser o homem, a pessoa jurídica, o Estado ou ainda a coletividade, conforme o injusto penal. Assim, ficaria aí outra indagação: se a busca da reparação é decisiva para tipificação penal, qual a solução a ser dada nos denominados **crimes vagos**, em que o sujeito passivo material ou eventual é a coletividade (v. g. arts. 233 e 286 do CP)?¹⁵⁴

Destarte, figura-se inadmissível o atrelamento da configuração do crime à existência de interesse da vítima no que concerne à busca do ressarcimento patrimonial quanto ao prejuízo causado pelo crime, seja a vítima um indivíduo, seja o próprio Estado, que, frise-se, mereceria ainda mais atenção do julgador, em razão de envolver interesses supra-individuais.

Ademais, se justifica que o princípio da insignificância deve ser aplicado ao crime de descaminho em razão de que, nos casos em que ocorre a dispensa do ajuizamento de execução fiscal, a administração pública teria sinalizado para a inexistência de lesão relevante a seu patrimônio, hipótese em que deveria se adotar o critério da subsidiariedade, para o qual o direito penal deve constituir a *ultima ratio* do ordenamento jurídico, ocupando-se apenas de lesões a bens jurídicos cuja proteção restaria ineficiente caso restrita ao âmbito extrapenal. Assim, já que sequer a administração pública se ocupou de sancionar a conduta, reputando-a irrelevante, com mais razão ainda tal conduta deveria ser reputada insignificante para o direito penal, já que este constitui o remédio sancionador extremo do ordenamento jurídico.

154 Grifos no original.

Nesse caso, conquanto corretas as colocações quanto ao postulado da subsidiariedade, não se pode dizer que se esteja fazendo uma leitura correta do tratamento dispensado pelo ordenamento fiscal à conduta correspondente à sonegação de tributos. Primeiramente, não se pode dizer que o Fisco, ao dispensar o ajuizamento de execuções fiscais para dívidas ativas da União de até R\$ 10.000,00 (dez mil reais), está deixando de aplicar uma medida sancionadora, eis que a ação de cobrança não tem caráter sancionador. Por outro lado, tampouco se pode dizer que não se dispensa qualquer sanção administrativa àqueles que cometem o descaminho, eis que, independentemente do valor em tributos sonegados, aplica-se a pena de perdimento dos bens apreendidos.

Dessa forma, o descaminho que envolvesse a sonegação de até R\$ 10.000,00 (dez mil reais) em tributos, considerados os dispositivos da legislação fiscal, seria o caso em que com ainda mais razão a *ultima ratio* do ordenamento jurídico deveria ser acionada, eis que, apesar de aplicada a sanção administrativa, através da pena de perdimento dos bens, a administração pública se vê impossibilitada sequer de *tentar* reparar o dano causado ao erário, com o ajuizamento de execuções fiscais, tendo em vista os custos elevadíssimos que envolvem esse procedimento judicial. Trata-se exatamente do caso em que o princípio da subsidiariedade recomenda que se deve fazer uso da tutela penal: quando os outros ramos do direito, mesmo acionados, restassem ineficazes para a proteção do bem jurídico a ser tutelado.

Quanto ao patamar adotado pela administração pública para o ajuizamento de execuções fiscais, repise-se, em nada se relaciona a algum juízo administrativo de insignificância de dívidas. Vislumbre-se, nesse sentido, o teor do art. 20 da Lei n.º 10.522/02, com redação dada pela Lei n.º 11.033/04:

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).

Da leitura deste dispositivo, percebe-se, em primeiro lugar, que não se trata de um perdão administrativo da dívida. Isso se depreende em razão da ressalva feita ao arquivamento nesses casos: não haverá baixa na distribuição, ou seja, o feito poderá ser desarquivado assim que o débito atingir o valor superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a teor do § 1º do mesmo artigo: “os autos de execução a que se refere este artigo serão reativados quando os valores dos débitos ultrapassarem os limites indicados”. Assim é a dicção do Ministro Felix Fischer,

por ocasião do seu voto no Recurso Especial n.º 1112748/TO, onde se pacificou o entendimento de que o parâmetro de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) em tributos sonegados deveria ser acolhido para se determinar a configuração do crime de descaminho no âmbito do Superior Tribunal de Justiça:

Por derradeiro [...] dizer-se que o arquivamento com baixa nos termos do artigo 18 §1º da Lei 10.522/02 enseja a atipicidade legal, parece-me **destituída de fundamento jurídico**. Em momento algum nesta hipótese é dito que o débito não existiu por ocasião da conduta delituosa. A ação era típica e por questões meramente operacionais na esfera extra-penal deixou de despertar interesse, daí porque **a conduta que é legalmente típica passa a ser penalmente atípica em decorrência da aplicação do princípio em foco**.¹⁵⁵

Assim sendo, há de se considerar que o interesse administrativo em auferir o tributo devido não se confunde com o interesse administrativo na cobrança *judicial* do débito (por meio da ação de execução fiscal), pois, enquanto o primeiro existe a partir do momento em que são adimplidos os requisitos estabelecidos em lei para a incidência tributária, o último se trata de um procedimento de cobrança – para casos excepcionais de não-pagamento –, de cujo uso o Fisco lançará mão nas hipóteses em que o débito tributário a ser resgatado supere os custos de um processo de cobrança judicial. Ora, caso a execução fiscal represente para os cofres públicos um gasto maior do que o valor que se cogita, ao fim do processo, reaver, obviamente a execução fiscal se tornará um procedimento oneroso e ineficiente, que apenas prejudicará ainda mais o patrimônio público. Isso, entretanto, em nada se relaciona a desinteresse administrativo na cobrança de tributos, como, aliás, alude o Ministro Castro Meira em seu voto, acolhido pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “na prática, o arquivamento sem baixa também obriga o contribuinte a regularizar sua situação fiscal sempre que necessite de uma certidão negativa, seja da Justiça Federal, seja das repartições fiscais”.¹⁵⁶ Nesse sentido, Rogério GRECO:

Uma coisa é o desinteresse em dar início à execução fiscal por questões de ordem econômica (ou seja, o custo do processamento judicial pode ser superior ao valor executado); outra coisa é se, no caso concreto, existe tipicidade material, o que nos parece evidente, tendo em vista o elevado valor previsto pelo art. 20 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Grifos no original.

¹⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma, Recurso Especial n.º 948545/SP, Relator Ministro Castro Meira, 28/08/2007.

¹⁵⁷ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal* - Volume IV, Parte Especial (arts.250 a 361 do CP), 2ª edição. Rio

Se pode perceber a problemática dos custos do processo de execução fiscal, ademais, pelo próprio teor do Projeto de Lei n.º 5.080, de 2009, que dispõe sobre a cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública e dá outras providências. De acordo com este projeto, as hipóteses de ajuizamento de execução fiscal tornar-se-ão ainda mais restritas, a fim de evitar gastos ineficientes das finanças públicas em execuções fiscais que não têm possibilidade de reverter ao Fisco os tributos devidos. Assim:

Art. 20. A autoridade administrativa legalmente incumbida de promover a execução fiscal suspenderá o ajuizamento da execução enquanto não forem localizados bens, inclusive dinheiro, renda ou faturamento, sobre os quais possa recair a constrição preparatória.

§ 1º Decorrido o prazo máximo de um ano contados da notificação de que trata o art. 5º, sem que sejam localizados bens, a autoridade administrativa ordenará, fundamentadamente, o arquivamento dos autos do processo administrativo.

§ 2º Encontrados que sejam, a qualquer tempo, bens, os autos do processo administrativo serão desarquivados e será dado prosseguimento à cobrança.

Dessa forma, com a possibilidade de que ocorra mudança na sistemática relativa ao ajuizamento de execuções fiscais, ficando esta restrita aos casos em que sejam localizados bens sobre os quais possa recair constrição preparatória, igualmente a justa causa para a ação penal se subordinará a esta condição, em razão da insignificância penal por desinteresse administrativo na execução fiscal?

Outrossim, se pode perceber que a utilização de parâmetros em processo penal quanto ao ajuizamento de ações de cobrança em relação a crimes que impliquem prejuízo direto a determinados órgãos públicos não é novidade em relação ao crime de descaminho. Assim os arts. 168-A e 337-A do Código Penal:

Apropriação indébita previdenciária

Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional:

(...) § 3º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:

(...) II - o valor das contribuições devidas, inclusive acessórias, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

Sonegação de contribuição previdenciária

Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

(...)^{§ 2º} É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:

II - o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

Dessa forma, se percebe que o parâmetro para o ajuizamento de execuções fiscais tem sido utilizado, também em outros crimes, para orientar a persecução penal. Entretanto, percebe-se que nenhum desses casos diz respeito ao plano da tipicidade, reputando o crime atípico (e, pois, inexistente) no caso de desinteresse do órgão em executar a dívida, mas diz respeito à punibilidade do agente, facultando ao juiz a possibilidade de deixar de aplicar a pena, ou aplicar somente a de multa, no caso de réu primário e de bons antecedentes. Não há, pois, sentido em se determinar que, para o mesmo ordenamento jurídico, o interesse no ajuizamento de ação de cobrança incida, em alguns casos, no plano da tipicidade penal, e, em outros, no plano da punibilidade.

É necessário referir, ainda, que o parâmetro de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) utilizado pelos Tribunais para determinar a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho não se refere ao valor das mercadorias que constituem o objeto material do delito, mas ao valor dos impostos que incidiriam sobre essas mercadorias. Dessa forma, para se atingir esse valor em tributos, é necessário que se esteja descaminhando mercadorias que perfariam um valor que corresponderia a aproximadamente 30 a 50 mil reais, valor que de forma alguma pode ser considerado insignificante.

Vale referir, aqui, que as penas de multa aplicadas como sanção criminal, conforme o disposto no art. 49 do Código Penal, diversas vezes representam valores inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), e nem por isso são consideradas valores insignificantes, já que possuem o escopo de reprimir a atividade criminosa. É, no mínimo, curioso que um mesmo valor seja considerado insignificante para o direito penal quando relacionado ao resultado material do delito, e da maior relevância quando relacionado à repressão estatal da atividade delituosa. É dizer que, para o Estado, é irrelevante penalmente que um sujeito embolse R\$ 10.000,00 (dez mil reais) como fruto da atividade criminosa, mas é relevante, para fins de

prevenção à reiteração delituosa, que ele pague R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) de multa. Tal interpretação representa uma clara distorção quanto aos princípios que legitimam a tutela penal, pois a atividade criminosa passa a ser vantajosa para o indivíduo que a pratica, como se não houvesse bens jurídicos relevantes sendo atingidos por esta conduta, ao passo que os danos a que se expõe a sociedade são cada vez mais tolerados. Diante desse fato, é importante lembrar as lições de BECCARIA:

Para que uma pena produza o seu efeito, basta que o mal que ela mesma inflige exceda o bem que nasce do delito, e nesse excesso de mal deve ser levado em conta a infalibilidade da pena e a perda do bem que o delito devia produzir. Tudo mais é supérfluo e, portanto, tirânico. Os homens pautam-se pela ação repetida dos males que conhecem e não daqueles que ignoram.¹⁵⁸

Além disso, operações financeiras dessa monta não denotam a criminalidade eventual, mas evidenciam que a atividade criminosa é, para determinadas pessoas, meio de vida, fato que deveria ser reprimido pelos aplicadores do direito, e não estimulado. Nesse sentido, o já referido voto do Ministro Felix Fischer, por ocasião do Recurso Especial n.º 1112748/TO, onde se pacificou o entendimento de que o parâmetro de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) em tributos sonegados deveria ser acolhido para se determinar a configuração do crime de descaminho no âmbito do Superior Tribunal de Justiça:

[...] mesmo considerando a relação entre o injusto e o bem jurídico, se me afigura, **permissa venia**, totalmente inadequado falar-se de insignificância quando o **valor do tributo (e não dos objetos apreendidos)** for de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), uma vez que em país algum tal soma poderia ser considerada irrisória. **Tudo isso sem contar com a extensão e o desdobramento que referido entendimento pode acarretar em relação a outros delitos.** Assim, temo que tal entendimento possa servir de incentivo para a prática desta modalidade criminosa e de outros injustos que tratem também de créditos tributários.¹⁵⁹

Comungando posicionamento análogo, o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, por ocasião do voto com ressalva de entendimento no mesmo Recurso Especial, assim coloca:

[...] a solução é um tanto - digamos - prematura, embora, no Supremo Tribunal Federal, essa tese já se possa ter por consolidada. Acho irreal, porque R\$ 10.000,00 (dez mil reais) é uma quantia vultosa. Não é o valor da mercadoria importada. É o valor do tributo sonegado. Portanto, a mercadoria deve ser em torno de 30, 40 ou 50 mil reais. Considerar-se tal valor uma bagatela, parece-me perigoso, além de desrespeitoso para com aqueles que se sentem desestimulados em pagar o tributo.

¹⁵⁸ BECCARIA, *Dos Delitos...* p. 92/93.

¹⁵⁹ Grifos no original.

[...] Penso, com todo respeito, que a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) é extremamente vultosa para se considerar uma bagatela, mas o entendimento do Colendo STF estará acima dessa minha particular percepção.

Dessa forma, resta claro que o descaminho de mercadorias cujos impostos iludidos atinjam o valor de até R\$ 10.000,00 (dez mil reais) não se pode classificar como delito insignificante ou de bagatela, tendo em vista que o valor elevado das mercadorias envolvidas denota situação em que pessoas fazem da atividade criminosa seu meio de sustento, seja como beneficiárias diretas em relação à venda dos produtos descaminhados (art. 334, *caput*, do Código Penal), seja como beneficiárias indiretas, realizando a intermediação para o comércio, popularmente denominadas “mulas” (atividades equiparadas ao contrabando ou descaminho, que constam no art. 334, §1º do Código Penal). Assim, quando a jurisdição penal deixa de reprimir a atividade criminosa, estimulando que se lance mão de tais atividades com o escopo de auferir renda para prover o sustento, está se furtando à finalidade a que se presta todo ordenamento jurídico, que, com a tipificação penal de determinadas condutas ilícitas, sinaliza para sua especial gravidade e, conseqüentemente, para a necessidade de repressão por meio da *ultima ratio*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, cumpre referir que o objetivo deste trabalho não se voltou à análise quanto à opção do legislador em conferir relevância penal à conduta do descaminho. Partiu-se do pressuposto de que se trata de uma norma penal, assim posta pelo legislador, e assim devendo ser considerada pelo aplicador do direito.

Entre o universo das condutas ilícitas, aquelas que ensejam tipificação penal são consideradas especialmente graves. É em razão disso que ao direito penal se atrelam os instrumentos sancionadores mais extremos de que dispõe a ordem jurídica, lidando com a privação de liberdade e a restrição de direitos dos indivíduos.

Evidentemente, são numerosos os princípios que devem nortear a tutela penal, tanto na fase legislativa, no que concerne à determinação de quais condutas ilícitas farão jus à sanção penal (*e. g.* princípios da fragmentariedade, subsidiariedade e intervenção mínima), quanto na fase judicial, a fim de que se verifiquem quais condutas efetivamente correspondem àquilo que o legislador visou proteger, momento em que exsurtem o princípio da adequação social e o princípio da insignificância.

Entretanto, é necessário ter em mente que os princípios não existem como postulados normativos autônomos, cuja finalidade é estranha ao âmbito jurídico a que se destinam. Pelo contrário, se verifica que todos os princípios analisados surgiram a partir da intensa reflexão de filósofos do direito que se ocupavam em melhor compreender o sistema penal, sendo que o intuito de tais postulados voltava-se ao aperfeiçoamento do sistema penal.

Assim, não se podem aplicar princípios de forma absoluta, desvinculada da finalidade a que se dirige o sistema jurídico em questão, porquanto, desta forma, se estará negligenciando a aplicação de demais princípios – que, por vezes, legitimam a própria existência da tutela penal.

Acredito que este é o caso da aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho.

Isso ocorreu porque uma série de princípios foi aplicada equivocadamente, com o intuito de não se cometer excessos no que concerne ao acionamento do aparato repressor penal do Estado, desconsiderando, com isso, os próprios princípios que legitimam a existência do direito penal e o caracterizam como *ultima ratio* do sistema jurídico. Em outros termos, não se aplicaram os postulados principiológicos como queriam os doutrinadores que os propuseram, a fim de aperfeiçoar o sistema penal, mas foram levados ao extremo, esvaziando e tornando inócua a tutela penal. Não se pode entender de outra forma a adoção do patamar de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) em impostos iludidos para a configuração do crime de descaminho, como querem os Tribunais brasileiros.

Por outro lado, há de se considerar que talvez se esteja diante de uma interpretação adrede concebida com o intuito de descriminalizar a conduta em questão. Com efeito, diversos precedentes, mormente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região¹⁶⁰, fazem referência à adequação social do descaminho, que é tolerado pela sociedade e pelas próprias autoridades, que não apenas têm conhecimento em relação aos locais em que se pratica o comércio ilegal de mercadorias, como, muitas vezes, organizam “feiras de importados” e constroem “camelódromos”.

O problema que permeia a aplicação do princípio da adequação social, entretanto, como vimos, é que este princípio nega a existência do injusto penal, sem o qual jamais se poderá falar em conduta penalmente típica, independentemente do valor em tributos sonegados. A vantagem de se aplicar o princípio da insignificância, nesse caso, é a de que se poderia excluir a tipicidade com base no resultado material do delito, sem questionar a legitimidade para que tal conduta esteja tipificada penalmente. Entretanto, o princípio da insignificância existe para contemplar os delitos de bagatela, aos quais, por certo, não se podem enquadrar valores da monta de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Considerando, portanto, a possibilidade de que esta conduta deixasse de constituir crime, passando a ser juridicamente classificada como conduta socialmente adequada, estaríamos diante de uma situação em que o descaminho que envolvesse qualquer valor seria

¹⁶⁰ Vejam-se, nesse sentido, o Recurso Criminal n.º 1997.01.00.028622-6/DF (Relator Tourinho Neto), e as Apelações Criminais n.º 93.01.15844-2/MG (Relator Olindo Menezes), n.º 95.01.06166-3/PI (Relator Fernando Gonçalves) e n.º 94.01.07760-6/MG (Relatora Eliana Calmon), sendo que, desta última, merece a transcrição o primeiro item da ementa: “A insignificância da lesão fiscal e o consentimento social e estatal quanto ao comércio dos chamados 'sacoleiros' ensejam ao Judiciário antecipar-se ao Legislador, descriminalizando-o”.

considerado atípico. Este, entretanto, não parece ser o intuito do sistema jurídico-penal brasileiro, que, recentemente¹⁶¹, em processo referente às investigações perpetradas pela Polícia Federal na “Operação Narciso”, que correu perante a Justiça Federal de São Paulo, condenou os irmãos Piva de Albuquerque, proprietários da “Boutique Daslu Ltda.”, a 94 anos e seis meses de prisão, bem como ao pagamento de 330 dias-multa, sendo que o valor de cada dia-multa foi arbitrado em cinco salários mínimos, em razão do implante de um sistema criminoso de refaturamento e subfaturamento de praticamente tudo que importavam¹⁶², conduta que implicou, em concurso material com outras figuras delituosas¹⁶³, o descaminho na modalidade aérea (art. 334, §3º do Código Penal), consumado e tentado¹⁶⁴.

Dessa forma, resta insofismável o interesse do sistema jurídico brasileiro em roborar a tipicidade do delito de descaminho, afastando a possibilidade de reconhecimento de adequação social. Como se viu, todavia, este posicionamento não guarda coerência com o que vêm decidindo os Tribunais quanto ao descaminho que envolva valores de até R\$ 10.000,00 (dez mil reais), originando uma situação em que apenas se tenciona punir aos mais abastados, fazendo-se vistas grossas ao delito quando cometido por indivíduos da classe média, mesmo que não se esteja diante de nenhuma causa de justificação.

161 A sentença foi proferida, em primeiro grau, no dia 25 de março de 2009.

162 Segundo as fls. 110/111 da sentença referida, “Detectou-se, *ad exemplum*, que camisas *Gucci* em seda pura com valor declarado de **R\$ 12,00**, quando seu valor de mercado é em torno de **R\$ 2.000,00**; sapatos *Gucci*, em couro legítimo com preço real de mercado em torno de **R\$ 2.000,00 (dois mil reais)**, com valor declarado para desembaraço equivalente a **US\$ 3,95 (três dólares e noventa e cinco centavos)** – aproximadamente **R\$ 8,00 (oito reais)**; bolsas 100% couro, da grife italiana *Gucci*, com valor de mercado entre **R\$ 4.000,00 e R\$ 21.000,00** foram declarados, para fins de desembaraço aduaneiro, no valor de **US\$ 9,00 (nove dólares)** – aproximadamente **R\$ 22,00 (vinte e dois reais)**”.

163 Formação de quadrilha ou bando (art. 288 do Código Penal) e falsidade ideológica (art. 299 do Código Penal).

164 Ação Penal n.º 200561190086130. A sentença está disponível no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.jfsp.jus.br/assets/Uploads/administrativo/NUCS/decisoes/2009/090326Daslu.pdf>>, acessado em 29/11/2009.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal 5 – Parte Especial: Dos Crimes contra a Administração Pública e Dos Crimes Praticados por Prefeitos (Lei n.º 10.028/2000)*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 30/11/2009.
- _____. *Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm>>. Acesso em 30/11/2009.
- _____. *Decreto-Lei n.º 37, de 18 de novembro de 1966*. Dispõe sobre o imposto de importação, reorganiza os serviços aduaneiros e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del0037.htm>>. Acesso em 30/11/2009.
- _____. *Decreto-Lei n.º 399, de 30 de dezembro de 1968*. Altera a legislação sobre fiscalização de mercadorias de procedência estrangeira e dá outras providências. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0399.htm>. Acesso em 30/11/2009.
- _____. *Justiça Federal de Primeiro Grau em São Paulo, Subseção Judiciária de Guarulhos/SP. Ação Penal n.º 200561190086130*. Sentença prolatada pela Juíza Federal Maria Isabel do Prado, em 25/03/2009. Disponível em <<http://www.jfsp.jus.br/assets/Uploads/administrativo/NUCS/decisoes/2009/090326Daslu.pdf>>. Acesso em 30/11/2009.

. *Lei n.º 4.729, de 14 de julho de 1965.* Define o crime de sonegação fiscal e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/1950-1969/L4729.htm>>. Acesso em 30/11/2009.

. *Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990.* Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L8137.htm>>. Acesso em 30/11/2009.

. *Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992.* Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm>. Acesso em 30/11/2009.

. *Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995.* Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L9099.htm>>. Acesso em 30/11/2009.

. *Lei n.º 9.432, de 8 de janeiro de 1997.* Dispõe sobre a ordenação do transporte aquaviário e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L9432.htm>>. Acesso em 30/11/2009.

. *Lei n.º 9.469, de 10 de julho de 1997.* Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, antes da administração indireta; regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária; revoga a Lei nº 8.197, de 27 de junho de 1991, e a Lei nº 9.081, de 19 de julho de 1995, e dá outras providências. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=146476>>. Acesso em 30/11/2009.

. *Lei n.º 9.714, de 25 de novembro de 1998.* Altera dispositivos do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L9714.htm>>. Acesso em 30/11/2009.

. *Lei n.º 10.028, de 19 de outubro de 2000.* Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, a Lei no 1.079, de 10 de abril de 1950, e o Decreto-Lei no 201, de 27 de fevereiro de 1967. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10028.htm>. Acesso em 30/11/2009.

. *Lei n.º 10.467, de 11 de junho de 2002.* Acrescenta o Capítulo II-A ao Título XI do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dispositivo à Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, que "dispõe sobre os crimes de 'lavagem' ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do Sistema Financeiro para os ilícitos

previstos nesta Lei, cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/2002/L10467.htm>. Acesso em 30/11/2009.

_____. *Lei n.º 10.522, de 19 de julho de 2002*. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Disponível em <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=235102>. Acesso em 30/11/2009.

_____. *Lei n.º 11.033, de 21 de dezembro de 2004*. Altera a tributação do mercado financeiro e de capitais; institui o Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária – REPORTO; altera as Leis nos 10.865, de 30 de abril de 2004, 8.850, de 28 de janeiro de 1994, 8.383, de 30 de dezembro de 1991, 10.522, de 19 de julho de 2002, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e 10.925, de 23 de julho de 2004; e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/L11033.htm. Acesso em 30/11/2009.

_____. *Lei n.º 11.313, de 28 de junho de 2006*. Altera os arts. 60 e 61 da Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995, e o art. 2º da Lei no 10.259, de 12 de julho de 2001, pertinentes à competência dos Juizados Especiais Criminais, no âmbito da Justiça Estadual e da Justiça Federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11313.htm. Acesso em 30/11/2009.

_____. *Lei n.º 11.672, de 8 de maio de 2008*. Acresce o art. 543-C à Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11672.htm. Acesso em 30/11/2009.

_____. *Medida Provisória n.º 1.110, de 30 de agosto de 1995*. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais, e dá outras providências. Disponível em <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=141780>. Acesso em 30/11/2009.

_____. Ministério da Fazenda. *Portaria MF n.º 049, de 1 de abril de 2004*. Estabelece limites de valor para a inscrição de débitos fiscais na Dívida Ativa da União e para o ajuizamento das execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Disponível em <http://www.receita.fazenda.gov.br/>. Acesso em 30/11/2009.

_____. *Projeto de Lei n.º 5.080, de 2009*. Dispõe sobre a cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2009/msg234-090413.htm. Acesso em 30/11/2009.

. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 768471/RS*. Relator Haroldo Rodrigues. Julgado em 29/09/2009. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 30/11/2009.

. *Embargos de Divergência no Recurso Especial n.º 966077/GO*. Relatora Ministra Laurita Vaz. Julgado em 27/05/2009. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 30/11/2009.

. Habeas Corpus n.º 34281/RS. Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca. Julgado em 08/06/2004. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 30/11/2009.

. Habeas Corpus n.º 50863/PE. Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Julgado em 04/04/2006. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 30/11/2009.

. Habeas Corpus n.º 110404/PR. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. Julgado em 07/10/2008. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 30/11/2009.

. Habeas Corpus n.º 113702/RJ. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. Julgado em 23/06/2009. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 30/11/2009.

. Habeas Corpus n.º 135451/RS. Relatora Ministra Laurita Vaz. Julgado em 15/09/2009. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 30/11/2009.

. *Recurso Especial n.º 224392/PR*. Relator Ministro Jorge Scartezzini. Julgado em 16/03/2000. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 30/11/2009.

. *Recurso Especial n.º 655946/DF*. Relatora Ministra Laurita Vaz. Julgado em 27/02/2007. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 30/11/2009.

. *Recurso Especial n.º 948545/SP*. Relator Ministro Castro Meira. Julgado em 28/08/2007. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 30/11/2009.

. *Recurso Especial n.º 1112748/TO*. Relator Ministro Felix Fischer. Julgado em 09/09/2009. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 30/11/2009.

_____. *Resolução n.º 7, de 14 de julho de 2008*. Estabelece os procedimentos relativos ao processamento e julgamento de recursos especiais repetitivos. Disponível em

<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/17441/Res_7_2008_PRE.pdf?sequence=1>. Acesso em 30/11/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Mandado de Segurança n.º 22899/SP*. Relator Ministro Moreira Alves. Julgado em 02/04/2003. Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 30/11/2009.

_____. Habeas Corpus *n.º 84412/SP*. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 19/10/2004. Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 30/11/2009.

_____. Habeas Corpus *n.º 85953/RS*. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Julgado em 06/12/2005. Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 30/11/2009.

_____. Habeas Corpus *n.º 88393/RJ*. Relator Ministro Cezar Peluso. Julgado em 03/04/2007. Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 30/11/2009.

_____. Habeas Corpus *n.º 95749/PR*. Relator Ministro Eros Grau. Julgado em 23/09/2008. Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 30/11/2009.

_____. Habeas Corpus *n.º 93072/SP*. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Julgado em 14/10/2008. Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 30/11/2009.

_____. Habeas Corpus *n.º 96309/RS*. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Julgado em 24/03/2009. Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 30/11/2009.

_____. Habeas Corpus *n.º 94058/RS*. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Julgado em 18/08/2009. Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 30/11/2009.

_____. Habeas Corpus *n.º 99594/MG*. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Julgado em 18/08/2009. Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 30/11/2009.

_____. Habeas Corpus n.º 133383/SP. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. Julgado em 01/09/2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 30/11/2009.

_____. *Recurso em Habeas Corpus n.º 66869/PR*. Relator Ministro Aldir Passarinho. Julgado em 06/12/1988. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 30/11/2009.

_____. *Recurso em Habeas Corpus n.º 91110/SP*. Relatora Ministra Ellen Gracie. Julgado em 05/08/2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 30/11/2009.

_____. *Recurso Extraordinário n.º 199619/PE*. Relator Ministro Maurício Corrêa. Julgado em 26/11/1996. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 30/11/2009.

_____. *Recurso Extraordinário n.º 203308/CE*. Relator Ministro Maurício Corrêa. Julgado em 26/11/1996. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 30/11/2009.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Apelação Criminal n.º 9401267561*. Relator Tourinho Neto. Julgado em 26/04/1995. Disponível em <<http://www.trf1.jus.br/>>. Acesso em 30/11/2009.

_____. *Apelação Criminal n.º 9401077606*. Relatora Eliana Calmon. Julgado em 05/06/1995. Disponível em <<http://www.trf1.jus.br/>>. Acesso em 30/11/2009.

_____. *Apelação Criminal n.º 9501061663*. Relator Fernando Gonçalves. Julgado em 05/06/1995. Disponível em <<http://www.trf1.jus.br/>>. Acesso em 30/11/2009.

_____. *Apelação Criminal n.º 9301158442*. Relator Olindo Menezes. Julgado em 09/09/1996. Disponível em <<http://www.trf1.jus.br/>>. Acesso em 30/11/2009.

_____. *Recurso Criminal n.º 9501242064*. Relatora Eliana Calmon. Julgado em 27/11/1995. Disponível em <<http://www.trf1.jus.br/>>. Acesso em 30/11/2009.

_____. *Recurso Criminal n.º 199701000286226*. Relator Tourinho Neto. Julgado em 11/11/1997. Disponível em <<http://www.trf1.jus.br/>>. Acesso em 30/11/2009.

_____. *Recurso Criminal n.º 200234000289161*.
Relator Carlos Olavo. Julgado em 12/11/2003. Disponível em <<http://www.trf1.jus.br/>>. Acesso em 30/11/2009.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. *Habeas Corpus n.º 200803000042027*.
Relator Nelton dos Santos. Julgado em 25/08/2009. Disponível em
<<http://www.trf3.jus.br/>>. Acesso em 30/11/2009.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação Criminal n.º 97.04.09626-7*.
Relator Gilson Langaro Dipp. Julgado em 18/11/1997. Disponível em
<<http://www.trf4.jus.br/trf4/>>. Acesso em 30/11/2009.

_____. *Apelação Criminal n.º 2001.71.04.005924-5*.
Relatora Maria de Fátima Freitas Labarrère. Julgado em 27/09/2005. Disponível em
<<http://www.trf4.jus.br/trf4/>>. Acesso em 30/11/2009.

_____. *Embargos Infringentes e de Nulidade no Recurso em Sentido Estrito n.º 2004.71.04.006953-7*.
Relatora Maria de Fátima Freitas Labarrère. Relator para Acórdão Tadaaqui Hirose. Julgado em 18/08/2005. Disponível em
<<http://www.trf4.jus.br/trf4/>>. Acesso em 30/11/2009.

_____. *Recurso em Sentido Estrito n.º 97.04.22181-9*.
Relator Fábio Bittencourt da Rosa. Julgado em 30/09/1997. Disponível em
<<http://www.trf4.jus.br/trf4/>>. Acesso em 30/11/2009.

_____. *Recurso em Sentido Estrito n.º 97.04.42352-7*.
Relator Fábio Bittencourt da Rosa. Julgado em 30/09/1997. Disponível em
<<http://www.trf4.jus.br/trf4/>>. Acesso em 30/11/2009.

_____. *Recurso em Sentido Estrito n.º 2001.04.01.044930-2*.
Relator José Luiz Borges Germano da Silva. Julgado em 11/09/2001. Disponível em <<http://www.trf4.jus.br/trf4/>>. Acesso em 30/11/2009.

_____. *Recurso em Sentido Estrito n.º 2003.70.02.010041-6*.
Relator Luiz Fernando Wowk Penteadó. Julgado em 17/08/2005. Disponível em <<http://www.trf4.jus.br/trf4/>>. Acesso em 30/11/2009.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Crimes de Contrabando e Descaminho*. São Paulo: Saraiva, 1983.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, 4º volume – Parte Especial (arts. 293 a 361). São Paulo: José Bushatsky, 1959.

- FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui. *Código Penal e sua Interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal - Volume IV, Parte Especial (arts. 250 a 361 do CP)*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.
- HOUAISS. *Dicionário Eletrônico da Língua Portuguesa*. Versão 1.0. São Paulo: Objetiva, 2001.
- HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal (Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940) – Vol. IX, arts. 250 a 361*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal Parte Especial – 4º volume: Dos Crimes contra a Fé Pública a Dos Crimes contra a Administração Pública*. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da Insignificância no Direito Penal*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MAÑAS, Carlos Vico. *O Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade no Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- MAZUR, Bianca de Freitas. *Os Tipos de Contrabando e Descaminho como Capítulo do Direito Penal: Análise de seus aspectos, elementos e características*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2005.
- MELHEM, Patrícia Manente. *Da Inaplicabilidade do Princípio da Insignificância no Direito Penal*. Dissertação de mestrado. Versão rev. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2008.
- NASCIMENTO, Dinalva Melo do. *Metodologia do Trabalho Científico: Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal v. 4 – Dos Crimes contra a Saúde Pública a Disposições Finais*. 18ª ed. atual. por Dirceu de Mello e Eliana Passarelli Lepera. São Paulo: Saraiva, 1987-1988.
- PAGLIARO, Antônio; COSTA Jr., Paulo José da. *Dos Crimes contra a Administração Pública*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Perfil, 2006.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal: doutrina, jurisprudência selecionada, conexões lógicas com os vários ramos do direito*. 3ª ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Direito Penal Econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ROXIN, Claus. *Politica Criminal y Sistema del Derecho Penal*. Trad. e introd. de Francisco Muñoz Conde. 2ª ed., 1ª reimpr. Buenos Aires, Hamumurabi, 2002.

SANGUINÉ, Odone. *Observações sobre o Princípio da Insignificância*. Fascículos de Ciências Penais, Porto Alegre, Fabris, v. 3, n. 1, p. 36-59, jan/mar. 1990.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal: de acordo com a Lei n.º 7.209, de 11.07.1984 e com a Constituição Federal de 1988*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Parte General*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.