

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC

CURSO DE DIREITO

JOSÉ ADILSON DO NASCIMENTO RODRIGUES

**PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES DE
DESCAMINHO E CONTRABANDO: ALTERAÇÕES DA
JURISPRUDÊNCIA DO STF E STJ NOS ASPECTOS SUBJETIVOS E
OBJETIVOS.**

CRICIÚMA, JUNHO DE 2011.

JOSÉ ADILSON DO NASCIMENTO RODRIGUES

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES DE DESCAMINHO E
CONTRABANDO: ALTERAÇÕES DA JURISPRUDÊNCIA DO STF E
STJ NOS ASPECTOS SUBJETIVOS E OBJETIVOS.

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela
Banca Examinadora para obtenção do Grau de
graduação, no Curso de Direito da Universidade
do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Criciúma, 15 de junho de 2011.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Mônica Ovinski de Camargo Cortina - Orientadora- UNESC

Prof. Marconi Borges Caldeira - UNESC

Prof. Alfredo Engelmann Filho - UNESC

Dedico este trabalho à minha companheira de todas as horas, Naiara, quem esteve ao meu lado ao longo desta caminhada, suportou as minhas ausências durante toda essa vitoriosa trajetória, pois sem ela, não teria forças para lograr êxito neste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente quero agradecer a Deus, que em nenhum momento em minha vida deixou de me amparar e me dar forças para continuar.

Agradeço à minha orientadora Mônica Ovinski por ter me dado a honra em ser minha orientadora neste trabalho de conclusão de curso. Agradeço também aos professores Paulo Conti e Marconi Caldeira em aceitar o convite para compor minha banca de defesa deste trabalho monográfico.

Estendo estes agradecimentos a todos os professores que tiveram paciência e dedicação em me instruir com louvor na busca dos conhecimentos jurídicos, suportando, na maioria das vezes, minhas incansáveis e insistentes perguntas e dúvidas.

Agradeço especial ao Ilustre professor João Carlos, exemplo de dedicação, sabedoria e respeito a todos os alunos.

Não poderia deixar de agradecer a todos os funcionários da UNESC, em especial aos do Curso de Direito por sempre me servir com presteza e dedicação.

Por fim, agradeço a todos companheiros e colegas que, de alguma forma, contribuíram para o fim de mais uma pequena jornada em minha vida.

RESUMO

RODRIGUES, José Adilson do Nascimento. **O princípio da insignificância nos crimes de descaminho e contrabando**: evolução da jurisprudência do STF e STJ até o afastamento definitivo dos aspectos subjetivos do agente para a aplicação do aludido princípio. 2011. 89 f. Trabalho de Conclusão de Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC, Criciúma.

O presente trabalho teve por finalidade traçar uma linha evolutiva das jurisprudências nos Tribunais Superiores, em especial o STF e STJ quando da aplicação do Princípio da Insignificância nos delitos de contrabando e descaminho. Devido às graves crises financeiras que atingem o país, somadas as políticas públicas e fiscais deficitárias e ineficazes, originando uma massa de desempregados e subempregados; comerciantes e contrabandistas, aproveitando-se da fragilidade e da extensão da fronteira do Brasil com diversos países, em especial o Paraguai, para a realização do comércio ilícito. O crime inclui a introdução no território brasileiro de produtos importados, lícitos e ilícitos, incidindo, caso sejam os produtos proibidos no Brasil, em crime de contrabando, ou em descaminho, caso o produto inserido no território pátrio seja permitido, mas que aqui ingressou sem o recolhimento dos devidos tributos. O trabalho foi dividido em três capítulos. No primeiro foram explorados os princípios que embasam o Princípio da Insignificância, bem como sua origem e surgimento no ordenamento brasileiro, e sua perspectiva constitucional. No segundo capítulo foram examinados os conceitos dos delitos ora elencados, bem como os bens jurídicos tutelados pelos delitos de contrabando e descaminho. No terceiro capítulo, através de análise jurisprudencial do STF e STJ, acompanhou-se as modificações de critérios adotados pelos julgadores para a aplicação da insignificância nos crimes analisados. Nesta pesquisa, pôde-se constatar que ambos os tribunais levavam em conta os antecedentes criminais do agente para a aplicação do princípio. Foi o STF quem primeiro passou a afastar os critérios subjetivos do agente para o reconhecimento da insignificância, sendo seguido pelo STJ. Atualmente todos os tribunais pátrios têm acompanhado o entendimento do STF de que para a aplicação da insignificância nos crimes de contrabando e descaminho não podem ser considerados aspectos subjetivos relacionados ao sujeito ativo do delito.

Palavras-chave: Princípio da insignificância. Contrabando. Descaminho. Jurisprudência.

SUMÁRIO

CURSO DE DIREITO.....	1
JOSÉ ADILSON DO NASCIMENTO RODRIGUES.....	1
AGRADECIMENTOS.....	4
1 INTRODUÇÃO.....	10
2 DIREITO PENAL MÍNIMO, A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL E SUA APLICAÇÃO NO ATUAL ESTADO BRASILEIRO: ORIGEM E ACEITABILIDADE.	13
.....	
2.1 Desenvolvimento histórico e conceito do Princípio da Insignificância.....	21
2.2 Princípio da Insignificância: origem, distinções e precisão terminológica.	24
2.2.1 O Princípio da Insignificância e sua perspectiva constitucional.....	28
3 CONCEITO DE CONTRABANDO, DESCAMINHO, E SUA CONCEPÇÃO HISTÓRICA.....	42
3.1 O bem jurídico protegido, os sujeitos do delito, classificação doutrinária e extinção da punibilidade.....	46
3.2 Tipicidade objetiva e subjetiva dos delitos de contrabando e descaminho, destinação das mercadorias e fatos assimilados aos delitos.....	51
4 ANÁLISE DOS ASPECTOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS NA CARACTERIZAÇÃO DOS DELITOS DE CONTRABANDO E DESCAMINHO E SUA EVOLUÇÃO NOS TRIBUNAIS PÁTRIOS.....	70
4.1 Síntese evolutiva da jurisprudência dos Tribunais reconhecendo o Princípio da Insignificância juntamente com análise de aspectos subjetivos do agente	73
4.2 Síntese evolutiva da jurisprudência dos tribunais reconhecendo para a aplicação do Princípio da Insignificância apenas os aspectos objetivos do delito.....	85
5 CONCLUSÃO.....	93
REFERÊNCIAS.....	97
ANEXO I Examinando-se o caso, observa-se que o cerne da controvérsia é a possibilidade ou não de aplicação do princípio da insignificância em relação ao crime de descaminho, cujo débito tributário foi apurado no valor de R\$ 1.024,44 (mil e vinte e quatro reais e quarenta e quatro centavos). Inicialmente, impende dizer que, relativamente aos débitos previdenciários, o Superior Tribunal de Justiça tem aplicado o entendimento de que se pode aplicar o princípio da insignificância, desde que as contribuições devidas não	

ultrapassem o patamar de R\$ 1.000,00 (mil reais), estipulado no art. 1º, da Lei nº 9.469/97. Com a entrada em vigor da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, o patamar foi aumentado para R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais). O art. 20 da Lei nº 10.522/02, com efeito, trazia a seguinte redação, verbis: '(...) Serão arquivados, sem baixa na distribuição, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).' Assim, os débitos inferiores a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) provenientes do descaminho, passaram a ser considerados juridicamente irrelevantes, em razão de sua inaptidão para lesar o interesse fiscal da Administração Pública. Todavia, com o advento da Lei nº 11.033/2004, esse patamar foi novamente modificado, desta vez, para R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Nesse particular, no julgamento do REsp nº 685.135/RS, no qual se discutiu caso semelhante ao presente, a Colenda 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que a orientação jurisprudencial deveria ser revista, para aplicar ao caso de execução de crédito tributário o mesmo raciocínio seguido nas hipóteses de apropriação indébita de contribuições previdenciárias, sob pena de se atribuir tratamento diferenciado a hipóteses semelhantes - sonegação de tributos. Realizada, naquela oportunidade, a interpretação sistêmica entre os enunciados contidos nos arts. 18, § 1º e 20, ambos da Lei nº 10.522/2002, concluiu-se que "enquanto o art. 18, § 1º determina o cancelamento (leia-se: extinção) do crédito fiscal igual ou inferior à R\$ 100,00 (cem reais), o art. 20 apenas prevê o não ajuizamento da ação de execução ou o arquivamento sem baixa na distribuição, não ocorrendo, pois, a extinção do crédito. Daí porque não se pode invocar este dispositivo normativo para regular o valor do débito caracterizador de matéria penalmente irrelevante" (REsp nº 685.135/RS, DJ de 02/05/2005). Observa-se, assim, que a legislação citada na impetração não estabelece a extinção do crédito tributário, mas a suspensão da execução, até que o valor devido atinja o patamar ali previsto. Desse modo, se no presente caso, o valor do tributo apurado é de R\$ 1.024,44 (mil e vinte e quatro reais e quarenta e quatro centavos) - que ultrapassa em muito o montante previsto no art. 18, § 1º, da Lei nº 10.522/2002, de R\$ 100,00 (cem reais), como limite para extinção do crédito fiscal - afasta-se a aplicação do princípio da

insignificância, devendo, portanto, prosseguir a ação penal instaurada em desfavor do paciente. Nesse sentido: 'CRIMINAL. HC. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. ARTIGO 20, CAPUT, DA LEI Nº 10.522/2002. PATAMAR ESTABELECIDO PARA O NÃO AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE EXECUÇÃO OU ARQUIVAMENTO SEM BAIXA NA DISTRIBUIÇÃO. ART. 18, § 1º, DA LEI Nº 10.522/2002. EXTINÇÃO DO CRÉDITO. ORDEM DENEGADA. I. Hipótese na qual o paciente ajustou Termo de Suspensão Condicional do Processo pela prática de descaminho e interpôs o presente writ sustentando a aplicabilidade do princípio da insignificância ao caso, pois o valor do tributo apurado seria inferior ao limite fixado no art. 20, da Lei nº 10.522/2002, adotado para o arquivamento dos autos da execução fiscal. II. Aplica-se à execução de crédito tributário o mesmo raciocínio seguido nas hipóteses de apropriação indébita de contribuições previdenciárias - para as quais se adota o valor estabelecido no dispositivo legal que determina a extinção dos créditos (art. 1º, inciso I, da Lei nº 9.441/97). III. O caput do art. 20 da Lei nº 10.522/2002 se refere ao ajuizamento da ação de execução ou arquivamento sem baixa na distribuição, e não à extinção do crédito, razão pela qual não pode ser invocado como forma de aplicação do princípio da insignificância. IV. Se o valor do tributo devido ultrapassa o montante previsto no art. 18, § 1º da Lei nº 11.033/2004, que dispõe acerca da extinção do crédito fiscal, afasta-se a aplicação do princípio da insignificância. V. Ordem denegada.' (HC nº 47.944/PR, rel. Min. GILSON DIPP, DJ de 02/05/2006). 'PENAL. RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. DÉBITO FISCAL. ARTIGO 20, CAPUT, DA LEI Nº 10.522/2002. PATAMAR ESTABELECIDO PARA O AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE EXECUÇÃO DA DÍVIDA ATIVA OU ARQUIVAMENTO SEM BAIXA NA DISTRIBUIÇÃO. ART. 18, § 1º, DA LEI Nº 10.522/2002. CANCELAMENTO DO CRÉDITO FISCAL. MATÉRIA PENALMENTE IRRELEVANTE. I - A lesividade da conduta, no delito de descaminho, deve ser tomada em relação ao valor do tributo incidente sobre as mercadorias apreendidas. II - O art. 20, caput, da Lei nº 10.522/2002 se refere ao ajuizamento da ação de execução ou arquivamento sem baixa na distribuição, não ocorrendo, pois, a extinção do crédito, daí não se pode invocar tal dispositivo normativo para regular o valor do débito caracterizador de matéria penalmente irrelevante. III - In casu, o valor do tributo incidente sobre as mercadorias

apreendidas é superior ao patamar estabelecido no dispositivo legal que determina a extinção dos créditos fiscais (art. 18 , § 1º, da Lei nº 10.522/2002).

Logo, não se trata de hipótese de desinteresse penal específico. Recurso provido.' (REsp n.º 685.135/PR, rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 02/05/2005).

Ante o exposto, denego a ordem.....103

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objeto precípua o estudo dos diferentes critérios utilizados pelos Tribunais pátrios, em especial o STJ, que valorava critérios subjetivos do agente e do STF, que foi pioneiro em considerar apenas critérios objetivos do delito para aplicação princípio da insignificância nos ilícitos de descaminho e contrabando.

Devido à extensão da fronteira do Brasil com diversos países, somados ao problema de desemprego, muitas pessoas encontram nos delitos de contrabando e de descaminho um meio de sustento para suas famílias. É cada vez maior o número de pessoas que atravessam a fronteira com o Paraguai visando aquisição de mercadorias neste país e a revenda no Brasil, incidindo na prática de contrabando, quando se traz produtos cuja importação é proibida, como o cigarro, ou no crime de descaminho, quando há importação de produtos cuja venda é permitida no Brasil, mas que aqui entram sem o recolhimento dos devidos tributos. Sobre assunto, o jornal “Folha de São Paulo”, de 28 de novembro de 2004, afirma que a movimentação financeira na fronteira Brasil e Paraguai é estimada em 1,5 bilhão de dólares (um bilhão e quinhentos milhões).

Para cumprir com o objetivo proposto, o presente trabalho se divide em três capítulos. Primeiramente, examinar-se-á a origem do instituto da insignificância, a par das exposições sobre os princípios de direitos fundamentais que o embasam juridicamente, e sua perspectiva na atual constituição brasileira.

No segundo capítulo verificar-se-á qual a compreensão doutrinária dos delitos de descaminho e contrabando, fazendo uma abordagem desde o bem jurídico, sujeitos do delito, sua classificação, incluindo o exame do uso dos antecedentes criminais como critério subjetivo de aplicação da insignificância nos delitos abordados.

No terceiro e último capítulo, a partir da coleta de acórdãos dos Tribunais Superiores pátrios, examinar-se-á o teor das decisões nos acórdãos selecionados, identificando a valoração ou não dos critérios subjetivos do agente para a aplicação do princípio da insignificância.

O presente trabalho justifica-se no momento em que tal prática tem se mostrado a cada dia mais comum, gerando uma intensa mobilização tanto do aparato administrativo estatal, ao realizar fiscalizações e tentar recuperar os tributos

sonogados, bem como do Poder Judiciário, ao receber as denúncias do Ministério Público e criminalizar tais condutas.

A título de exemplificação, o “Seminário sobre Pirataria: contrabando e descaminho”, realizado nos dias 01 e 02 de junho de 2009, organizado pelo Desembargador Federal, Doutor Paulo Afonso Brum Vaz, mostrou que de um total de 100 (cem) processos criminais constantes na pauta de julgamento da 8ª turma do TRF4, em 30 de abril de 2009, 57 (cinquenta e sete), ou seja, mais da metade, eram relativos aos crimes do art. 334 do CP (descaminho). Surpreende constatar que dentre esses processos, em somente um deles não foi reconhecida a insignificância e, conseqüentemente, todos os demais culminaram em absolvição de seus acusados.

Os Tribunais pátrios, em especial STF e STJ, durante longo período adotaram critérios diferenciados para a aplicação do princípio da insignificância. Foi o STF quem primeiro afastou definitivamente a análise subjetiva do agente para o reconhecimento da insignificância, seguido pelo STJ.

Esta divergência na adoção dos critérios objetivos, pelo STF, e subjetivos, pelo STJ, em situações idênticas, contemplam soluções que violam o Princípio da Isonomia, visto que o critério adotado pelo STJ impunha um maior rigor em conceder a liberdade provisória ao acusado da prática delituosa, no trancamento da ação penal ou no arquivamento do processo. Já pelo critério adotado pelo STF, meramente objetivo, o total dos tributos suprimidos que não atingirem o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) não enseja a movimentação do aparato jurisdicional para punir o infrator, independentemente da prática reiterada de crimes da mesma espécie, anterior condenação criminal ou outro critério de ordem subjetiva.

Posto isso, faz-se necessário um estudo da divergência adotada por esses Tribunais Superiores, a fim de se investigar quais os verdadeiros motivos que levam os Ministros a adotarem diferentes critérios para julgar casos sobre o mesmo delito praticado.

Há ainda a necessidade de se adquirir conhecimento ao correto acolhimento desse critério interpretativo nos casos concretos e a enorme injustiça criada pelo uso equivocado desse princípio em diversos julgados; a punição ou impunidade desta conduta criminosa (contrabando ou descaminho) está desordenada, tornando-se uma questão de loteria, pois qual a segurança jurídica

que porventura teria um indivíduo que fosse tipificado nestes delitos? Ao analisar o pedido de liberdade provisória, o trancamento da ação penal, bem como o arquivamento do processo, porque um sujeito ativo teria mais direitos, à luz do STF, do que outro que tivesse seu pedido analisado pelo STJ?

"Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza" - CF/1988 (BRASIL, 2009).

Para alcançar o objetivo proposto nessa monografia, o método empregado será o dedutivo, em pesquisa do tipo teórica, qualitativa, com emprego de material bibliográfico e documental legal. Todavia, para a confecção do terceiro capítulo realizar-se-á pesquisa quantitativa, com posterior análise qualitativa dos dados, que serão oportunamente explicitados.

2 DIREITO PENAL MÍNIMO, A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL E SUA APLICAÇÃO NO ATUAL ESTADO BRASILEIRO: ORIGEM E ACEITABILIDADE.

Surgiu, na década de 70, na Itália e Espanha, um movimento calcado na Criminologia Crítica de censura às graves e profundas transgressões aos direitos das pessoas. Esses fatos permitiram a aproximação de muitos indivíduos críticos dos postulados da Criminologia Crítica e dos do direito penal liberal que serviam de freio a tais abusos. Era o embrião do reducionismo, minimalismo ou garantismo penal.

Se o abolicionismo seria útil àqueles críticos que atuavam no terreno da denúncia, o realismo serviria para aqueles comprometidos nas administrações, o minimalismo seria a "trincheira" a partir da qual os que trabalham com a justiça enquanto poder defenderiam seu acionamento (ANITUA, 2008, p. 724).

O minimalismo ou garantismo penal, ao lado do Direito Penal máximo e do abolicionismo, é uma corrente política criminal que se caracteriza na defesa de uma mínima intervenção estatal.

A certeza perseguida pelo Direito Penal mínimo está na defesa que nenhum inocente seja punido, ainda que para isso, algum culpado possa ficar impune.(FERRAJOLI, 2010, p. 103).

D'outro norte, a certeza do Direito Penal Máximo é que nenhum culpado fique impune, mesmo que em detrimento de punição a um inocente (FERRAJOLI, 2010, p. 103).

Em suma, no sistema penal garantista, a certeza, ainda que não absoluta, não é no sentido de que resultem exatamente comprovados e punidos todos os fatos previstos pela lei como delitos, mas que sejam punidos somente aqueles onde houve comprovação da culpabilidade no ato comissivo (FERRAJOLI, 2010, p. 103).

O movimento garantista relacionava-se à estratégia de trincheira dos juristas. Nos anos de 1970, importantes setores de especialistas em direito haviam teorizado sobre a possibilidade de frear os avanços políticos da direita e, até mesmo, proceder à satisfação de necessidades humanas básicas com as ferramentas do direito (ANITUA, 2008, p. 724).

Ainda segundo Anitua (2008, 724-725), “produzia-se então a revisão, a partir de postulados marxistas, daquela ideia de que os direitos funcionam sempre contra os trabalhadores”. Eram os denominados “direitos burgueses”, dado que limitam a punibilidade e o absolutismo do poder estatal.

Estes pensamentos surgem num contexto no qual a defesa do liberalismo legal passava a ser quase uma necessidade de sobrevivência (ANITUA, 2008, p. 725).

O minimalismo ou garantismo emergiu no confronto contra a sobrevivência da legislação autoritária e contra a emergência da legislação antiterrorista, que tanto na Itália quanto na Espanha, ameaçavam os princípios de um direito penal ilustrado que não havia chegado a desenvolver-se completamente e que, portanto, podia ser usado mais por suas promessas do que propriamente por suas realizações (ANITUA, 2008, p. 724).

Nessa toada, assevera o autor que:

[...] diante da imensidão de um poder punitivo que ameaçava voltar ao tempo do Estado ilimitado do Antigo Regime, mas com a precisão de métodos e o eficientismo da modernidade tardia, parecia uma necessidade do pensamento crítico fazer- como havia feito no Iluminismo- uma defesa das garantias e do Estado de direito (ANITUA, 2008, p.726)

Prosseguindo com o tema, conclui o autor que essa seria uma preocupação compartilhada por quase todos os críticos, tanto os anglo-saxões, quanto pelos alemães, como por alguns abolicionistas, como Nils Christie¹. Continua o autor a lecionar que o desenvolvimento mais elaborado teria lugar no cenário italiano e latino-americano, cujos representantes da criminologia crítica tinham, diferentemente dos demais críticos, uma formação essencialmente jurídica (ANITUA, 2008, p. 726).

Reconhecendo a coexistência de diferentes abordagens a partir de parâmetros críticos a essa defesa do direito penal liberal, Anitua (2008, 726) esboçou o pensamento de três importantes estudiosos que, no seu entender, refletem concepções distintas sobre o social. Uma mais positiva, no caso de Alessandro Baratta, outra mais negativa, no caso de Luigi Ferrajoli, e uma terceira mais cética, no caso de Raúl Zaffaroni.

¹ A principal obra do autor sobre o tema é “ A indústria do controle do crime: a caminho dos gulags em estilo ocidental”.

Baratta pleiteava “uma alternativa para o pensamento jurídico-penal que consistia na criação de um novo modelo integrado de direito penal e criminologia” (ANITUA, 2008, p. 726).

Ao integrar sociologia com política e direito, Baratta poderia dar um passo mais adiante das colocações meramente críticas, resgatando um direito penal que se baseasse nos direitos humanos e que, a partir daí servisse de limite para o poder-direitos humanos como negação da punição- e ao mesmo tempo gerasse progresso social, representado pela igualdade e pelo gozo dos direitos humanos em seu aspecto positivo (ANITUA, 2008, p. 726).

No tocante ao assunto, Baratta destaca que não só a Escola clássica, mas as positivistas (Escola Positiva e Escola Técnico Jurídica) realizam um modelo de ciência penal integrada, no qual ciência jurídica e concepção geral do homem e da sociedade estão estreitamente ligadas. Essa “ideologia da defesa social” teria nascido contemporaneamente à revolução burguesa e teria seu conteúdo reconstituível nos princípios da legitimidade, do bem e do mal, da culpabilidade, da finalidade ou da prevenção, da igualdade e do princípio do interesse social e do delito natural (1999, p. 41-42).

O princípio da intervenção mínima foi produzido por ocasião do grande movimento social de ascensão da burguesia, reagindo contra o sistema penal do absolutismo, que mantivera o espírito minuciosamente abrangente das legislações medievais.

Montesquieu tomava um episódio da história do direito romano para assentar que “quando um povo é virtuoso, bastam poucas penas” (BATISTA, 2002, p. 84). Sobre o assunto, Beccaria advertia que “proibir uma enorme quantidade de ações indiferentes não é prevenir os crimes que delas possam resultar, mas criar outros novos” (BATISTA, 2002, p. 84).

Ainda na mesma toada, a Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão prescrevia que a lei não estabelecesse senão penas “estrita e evidentemente necessárias” (BATISTA, 2002, p. 84).

Mariângela Gama de Magalhães Gomes (2003, p. 83) adverte que ao contrário de outras Constituições, como a portuguesa, por exemplo, a Constituição brasileira não dispõe de forma clara sobre o princípio da necessidade do intervento penal.

No entanto, é possível deduzir que a partir de algumas das normas expressas na Carta Política de 1988, que considerando os valores nela contidos, de onde se afere sua presença inequivocamente implícita (LUIZI, 1991, p.26).

No mesmo sentido, Gomes ao assim dispor:

O fundamento material do princípio da necessidade, na Constituição brasileira, pode ser aprendido a partir do reconhecimento da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político como fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º., III e V, respectivamente), assim como por meio da garantia da liberdade inserida entre os direitos e garantias individuais (art. 5º, caput) e do amplo rol de direitos individuais e coletivos (art.5º), que atuam como freio à criação e manutenção das normas penais (2003, p. 84).

Dessa forma, qualquer possível restrição ou limitação à liberdade individual deve ser confrontada com as garantias expressas no texto constitucional, sendo ainda mais evidente esta exigibilidade quando se tratar da ingerência do direito penal (GOMES, 2003, p.84).

Mariângela Gomes (2003, p. 85) bem observa que “este princípio é uma norma com endereço certo, sendo o legislador penal quem deverá observá-la quanto da sua tarefa constitucional”.

Decorrente das ideias de necessidade e de utilidade da intervenção penal, Luiz Regis Prado bem observa que o direito penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Isso porque: “ a sanção penal reveste-se de especial gravidade, acabando por impor as mais sérias restrições aos direitos fundamentais” (PRADO, 2010, p. 148).

Em razão da natureza subsidiária do Direito Penal entende-se que a sanção penal, sendo a intervenção estatal mais grave, é a *última ratio* extrema, ou seja, deve ser empregada apenas em último caso (SILVA, 2004, p. 126-127).

No mesmo sentido, destaca Assis Toledo:

[...] onde a proteção de outros ramos do direito possa estar ausente, falhar ou revelar-se insuficiente, se a lesão ou exposição a perigo do bem jurídico tutelado apresentar certa gravidade, até aí deve estender-se o manto da proteção penal, como ultima ratio regum. (TOLEDO, 2000, p. 14).

Ainda no mesmo som, é magistral a lição de Claus Roxin, citado por Silva (2004, p.127):

O Direito Penal é de natureza subsidiária. Ou seja: somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para uma vida em comum ordenada. Onde bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se. [...] conseqüentemente, e por ser a reação mais forte da comunidade, apenas se pode recorrer a ela em último lugar.

Nesses termos, a intervenção da lei penal só poderá ocorrer quando for absolutamente necessária para a sobrevivência da comunidade- como *ultima ratio legis*-, ficando reduzida a um mínimo imprescindível (PRADO, 2010, p. 148).

Prosseguindo com o tema, Roxin assim observa:

[...] a utilização do direito penal onde bastem outros procedimentos mais suaves para reservar ou reinstaurar a ordem jurídica não dispõe da legitimação da necessidade social e perturba a paz jurídica, produzindo efeitos que afinal contrariam os objetivos do direito (ROXIN apud BATISTA, 2002, p. 87).

Caso o bem jurídico possa ser protegido de outro modo, deve-se abrir mão da opção legislativa penal, justamente para não banalizar a punição, tornando-a ineficaz, porque não cumprida pelos destinatários da norma e não aplicada pelos órgãos estatais encarregados da segurança pública. “Podemos anotar que a vulgarização do direito penal, como norma solucionadora de qualquer conflito, pode levar ao seu descrédito e, conseqüentemente, à ineficiência de sus dispositivos”. É a observação de Guilherme de Souza Nucci (2010, p.81).

Nesse diapasão, continua Nucci a lembrar que, atualmente, determinadas infrações administrativas de trânsito, por exemplo, possuem punições mais temidas pelos motoristas, diante das elevadas multas e do ganho de pontos no prontuário, que podem levar à perda da carteira de habilitação, do que a aplicação de uma multa penal, sensivelmente menor (2010, p.81).

Segundo Prado (2010, p. 148), o aludido princípio surge como uma orientação político- criminal restritiva do *jus puniendi* e deriva da própria natureza do direito penal e da concepção material de Estado Democrático de Direito. Continua o autor a lecionar que “[...] o uso excessivo da sanção criminal (infração penal) não garante uma maior proteção de bens; ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica negativa”.

A fim de se evitar esse fenômeno, a intervenção penal há de ter um mínimo de eficácia. Em síntese: “respeitar-se o princípio da efetividade penal,

entendido como a idoneidade concreta da tutela penal na preservação de bens jurídicos relevantes” (PRADO, 2010, p. 149).

Decorrente da ideia de necessidade da pena, sua aplicação afasta o direito penal nas hipóteses em que não seja considerado meio idôneo, adequado ou eficaz para a prevenção do delito. Todavia, como bem lembra Ripollés:

[...] a partir do critério da racionalidade ética, que a questão da eficácia não pode depender do puro arbítrio legislativo no estabelecimento dos objetivos de tutela penal, mas deve exigir-se prévia justificação dos conteúdos sobre atuais tem incidência e pretende ser efetiva.(RIPOLLÉS, apud PRADO, 2010 p.149).

O modelo teórico minimalista, elaborado por Ferrajoli, caracteriza-se por dez condições restritivas do arbítrio legislativo ou do erro judicial. Na visão de Salo e de Amilton de Carvalho (2004, p.25):

[...] não é legítima qualquer irrogação de pena sem que ocorra um fato exterior, danoso para terceiro, produzido por sujeito imputável, previsto anteriormente pela lei como delito, sendo necessária sua proibição e punição. Por outro lado, aliam-se aos requisitos materiais os processuais, a dizer, a necessidade de que sejam produzidas provas por uma acusação pública, em processo contraditório e regular, julgado por juiz imparcial.

As condições empregadas são onze: pena, delito, lei, necessidade, ofensa, conduta, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa. Excetuando-se a primeira, as demais categorias mencionadas seriam pré requisitos fundamentais, implicações deonticas ou princípios, sem os quais se tornaria impossível a determinação da responsabilidade penal e a aplicação da pena (CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 26-27).

Um sistema penal somente é justificável se minimiza a violência arbitrária na sociedade, atingindo sua finalidade na medida em que satisfaz as garantias penais e processuais do direito penal mínimo (ANITUA, 2008, p.734).

Nesse diapasão, em um profundo trabalho lógico, jurídico e político, Ferrajoli identifica os princípios ou garantias penas e processuais através dos interrogativos “quando”, e “como” castigar, proibir e julgar. O autor chamaria de “garantista”, “cognitivo” ou “de estrita legalidade” o sistema legal garantista que inclui todos os princípios a seguir arrolados (FERRAJOLI, 2010, p.91):

O princípio da retributividade ou da sucessividade da pena com relação ao delito (Nulla poena sine crimine); 2) o princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito (Nullum crimen sine lege); 3) o princípio da necessidade ou de economia do direito penal (Nulla lex poenalis sine necessitate); 4) o princípio da lesividade ou da ofensividade do ato (Nulla necessitas sine iniuria); 5) o princípio da materialidade ou da exterioridade da ação (Nulla iniuria sine actione); 6) o princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal (Nulla acitio sine culpa); 7) o princípio da jurisdicionalidade, em sentido lato ou em sentido estrito (Nulla culpa sine iudicio); 8) o princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação (Nullum iudicium sine accusatione); 9) o princípio de dar por provado ou verificado os fatos alegados em um processo (Nulla accusatio sine probatione); 10) o princípio do contraditório ou da defesa, ou da refutação (Nulla probatio sine defensione) (FERRAJOLI, 2010, p.91).

Anitua destaca ainda que desse conjunto de princípios derivam as garantias com respeito à pena, ao delito e do julgamento penal, pois Ferrajoli assegura “[...] que cada um dos princípios enumerados enuncia uma condição *sine qua non*, isto é, uma garantia jurídica para a afirmação da responsabilidade penal e para a aplicação da pena (ANITUA, 2008, p. 734).

Isso significa não uma condição suficiente em presença da qual é permitido ou é obrigado castigar, mas sim uma condição necessária na ausência da qual não é permitido, ou é proibido castigar.

Anitua acrescenta ainda que o modelo garantista proposto consiste num sistema logicamente aberto, isto é, suscetível de ser posteriormente aperfeiçoado e reforçado pela inclusão de outras garantias (2008, p.725). Por esse motivo não foi estabelecido o princípio segundo o qual, ao acontecerem, conjuntamente, todas as condições ou garantias do sistema, a pena deve ocorrer. E isso por que “a função específica das garantias do direito penal não é tanto, na realidade, permitir ou legitimar, mas antes condicionar ou vincular e, portanto, deslegitimar o exercício absoluto da potestade punitiva” (ANITUA, 2008, 735).

Segundo Amilton e Salo de Carvalho, tais princípios correspondem às “regras do jogo” do direito penal no interior dos Estados democráticos de direito e, “dado o fato de sua gradual incorporação constitucional, conformam vínculos formais e materiais de validade jurídica das normas penais e processuais penais” (2004, p. 26). E continuam:

As tipologias servem para explicar os níveis de racionalidade e o funcionamento do sistema de controle social. Caracterizam, pois, (a) estruturas minimalistas ou maximalistas, quanto à elaboração normativa; (b) acusatória ou inquisitiva, quanto ao juízo; e, (c) retributivista ou pedagógica,

quanto à fundamentação e execução da pena; configuram modelos punitivos autoritários (irracionais) ou garantistas (racionais).(2004, p.26).

As estruturas minimalistas ou maximalistas são representadas fundamentalmente pela presença ou ausência de critérios de racionalidade e previsibilidade ao arbítrio punitivo, indicando diversas opções políticas e a decorrente (pré)disposição aos custos a serem pagos: maximização das garantias ou do poder (CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 26).

Em assim sendo, se da estrutura dos modelos garantistas elabora-se concepção limitada da intervenção penal, os modelos autoritários caracterizam-se pela ausência dos pressupostos apresentados.

Existe uma conexão entre o direito e a moral. Essa conexão, chamada de princípio da secularização, ao desqualificar qualquer tipo de criminalização de condutas imorais e atuar como externo de legalidade, delimita a atividade legiferante, estabelecendo, político-criminalmente, um programa de intervenção mínima. Próxima ao princípio da lesividade está a noção de materialidade da conduta. Com a secularização (conexão entre o direito e a moral), o direito penal abdicou de punir atitudes que representam meros estados de ânimo pervertido, condições pessoais ou comportamentos imorais, perigosos ou hostis, deixando o desvio de ser valorado *quia peccatum (mala in se)*, ou seja:

[...] nenhum dano pode estimar-se penalmente relevante senão como efeito de uma ação. Somente as ações externas podem produzir danos a terceiros, sendo a relação de causalidade entre a ação e o resultado requisito essencial na configuração dos elementos (objetivos) do delito (CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 27-29).

O postulado básico do programa garantista é o princípio da legalidade, entendido como:

[...] uma regra semântica que identifica o direito vigente como objetivo exaustivo e exclusivo da ciência penal, estabelecendo que apenas as leis (e não a moral ou outras fontes externas) dizem aquilo que é o delito, e que as leis digam apenas o que é o delito (não aquilo que é pecado). (CARVALHO; CARVALHO, 2004, p.27).

Desde os vínculos com a norma jurídica positiva, formularam-se critérios negativos (limitadores) para definição dos elementos constitutivos da legalidade penal, o evento (lesividade), a ação (materialidade) e a culpabilidade

(responsabilidade penal). No mesmo sentido, lesividade, materialidade e culpabilidade representariam garantias substanciais, ao passo que as garantias processuais da presunção de inocência, prova e ampla defesa corresponderiam à instrumentalidade do sistema. Desta forma, substanciais seriam normas e questões de direito penal relativas à regulação dos pressupostos da pena; instrumentais são as normas de processo relativas aos métodos e às formas de comprovação daqueles (CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 28).

O primeiro critério político-criminal de intervenção mínima na esfera da teoria da lei penal advém do princípio da necessidade, representado pela fórmula *nulla lex poenalis sine necessitate*. “O juízo de necessidade é avaliativo e direcionado ao estabelecimento dos custos da violência da pena em relação às reações informais que seriam decorrentes de sua inexistência” (CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 28).

Continuam Amilton e Salo de Carvalho (2004, p. 28) a arguirm que ao pressuposto da necessidade é acrescentado o princípio da lesividade. O parâmetro utilizado é a categoria *bem jurídico*. Assim, conforme os autores, os critérios de criminalização seriam a idoneidade do sistema em prevenir ataques concretos a bens jurídicos e não gerar efeitos perversos mais danosos que a conduta incriminada. Os autores asseguram ainda que tais bens encontram guarida constitucional, sendo hierarquizados e valorados pela Carta Fundamental.

O critério da culpabilidade encerra as determinações valorativas de elaboração legal, afirmando “injustificável a qualificação delitiva de atos que não pressupõem decisão livre de seres autônomos e capazes de autodeterminação”. (CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 30).

Pois bem. A partir das concepções até aqui abordadas, faz-se necessário o conhecimento da origem, do desenvolvimento e da previsão das tutelas e de mecanismos que possam diminuir a atuação do Estado na vida dos indivíduos.

2.1 Desenvolvimento histórico e conceito do Princípio da Insignificância

O Princípio da Insignificância está presente nas doutrinas e jurisprudências dos Tribunais pátrios sem, contudo, estar esculpido em alguma regra ou algum outro regramento normatismo do nosso Direito Penal comum.

No entanto, Gomes (2009, p. 22) ressalta que no Código Penal Militar (CPM) há uma exceção no artigo 209, § 6º, por exemplo. Continua o autor a observar que, em caso de lesão levíssima, o Código Penal Militar autoriza que o juiz considere o fato como mera infração disciplinar- art. 240, § 1º, programou a mesma solução para o furto insignificante.

Gomes (2009, p.22) ensina que foi após a II Guerra Mundial que o princípio da insignificância passou a ser, pioneiramente, utilizado por Welzel (mesclando-o, entretanto, com o princípio da adequação social), e, depois por Roxin.

No entanto, a origem do princípio já vigorava no Direito Romano, onde o pretor não cuidava, de modo geral, de causas ou delitos de bagatela, em alinhamento com a máxima contida no brocardo *minima non curat pretor* (LOPES, 2000, p. 41).

No tocante ao assunto, Lopes (2000, p.41-42) diverge da origem do princípio no Direito Romano. Para esse autor, o Direito Romano foi notadamente desenvolvido sob a ótica do Direito Privado e não do Direito Público, e que “existiria no brocardo menos do que um princípio, e sim um mero aforismo”. E continua a enfatizar que não que o termo não pudesse ser aplicado esporadicamente em algumas situações do direito penal, mas que os romanos não tinham noção alguma do princípio da legalidade penal, o que o faz crer que não se pode creditar aos romanos a herança de tal princípio.

Ivan Luiz da Silva (2004, p.87) afirma ser inafastável o recente aspecto histórico do princípio da insignificância devido a Claus Roxin, que em 1964 o formulou com base de validade geral para a determinação do injusto, a partir de considerações sobre a máxima latina *minima non curat pretor*. Conquanto a formulação atual do princípio em análise tenha sido realizada a Roxin, assevera Silva que vestígios foram encontrados na obra de Franz Von Liszt, em 1903, ao discorrer sobre a hipertrofia da legislação penal. Na mesma linha que Lopes, Silva destaca controvérsia sobre a existência do princípio da insignificância no Direito Romano antigo, destacando ainda a existência de duas correntes.

A primeira corrente proclama sua existência no Direito Romano antigo; a segunda nega sua existência naquele Direito (SILVA, 2004, p. 88-92).

A corrente doutrinária que nega a origem romana do princípio da insignificância foi dividida por Silva (2004, p. 89) em duas vertentes de

entendimento, que têm respectivamente como representantes Maurício Ribeiro Lopes, de um lado e José Luíz Guzmán Dalbora, de outro. O entendimento defendido por Lopes já foi citado acima. Acrescenta-se apenas passagem na obra do referido mestre que assim prelecionou (LOPES, 1997, p. 38) :

[...] é um princípio sistêmico decorrente da própria natureza fragmentária do Direito Penal. Para dar coesão ao sistema penal é que se o fez. Sendo, pois, princípio específico do Direito Penal, não consigo relacioná-lo com a (paradoxalmente) máxima *minima non curat praetor*, que serve como referência, mas não como via de reconhecimento do princípio.

Em sua visão, Lopes (1994, p. 41) preleciona que o princípio da insignificância tem sua origem no pensamento liberal dos justifilósofos do Iluminismo, asseverando que sua origem se encontra na evolução e desdobramento do princípio da legalidade, usando a seguinte passagem do Marquês de Beccaria (1999, p. 88) para fundamentar sua tese:

A exata medida dos delitos é o dano causado à sociedade. Eis aí uma dessas verdades que, embora evidentes para o espírito menos perspicaz, mas ocultas por um concurso singular de circunstâncias, só são conhecidas de um pequeno número de pensadores em todos os países e em todos os séculos.

Observa-se então que o ideário iluminista sistematizando o princípio da legalidade influenciou as legislações de sua época, sendo sua expressão maior a proclamação da declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789; sendo que, na seara do princípio da insignificância, “[...] o art. 5º revela que a lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade, o que cria um caráter seletivo para o direito penal e o desprezo às ações insignificantes” (LOPES, 1997, p. 43).

D'outro norte, Guzmán Dallbora, representante da segunda vertente de entendimento da corrente em exposição, nega a origem romana do princípio da insignificância argumentando que a máxima *minima non curat praetor* não existia no Direito Romano antigo, sendo, pois sua fonte o pensamento liberal dos juristas renascentistas (SILVA, 2004, p.90).

O mestre supracitado nega a origem romana do *minima non curat praetor* com fulcro em dois argumentos: seria desconhecida dos juristas romanos antigos a ideia de insignificância e por estar ausente das compilações dos principais glosadores. Assevera ainda que a máxima *non curat praetor*, nesta forma ou em

qualquer outra semelhantes, não se encontra no Corpus Juris Civilis, bem como em qualquer outra fonte romana mais antiga das que vieram à luz modernamente sob os auspícios da jurisprudência erudita dos séculos XV-XVI (SILVA, 2004, p. 90-91).

Por outro lado, aduz que este princípio romanístico ajusta-se melhor ao pensamento liberal dos humanistas do Renascimento que com a mentalidade autoritária vigente no Direito Romano do período imperial, concluindo, assim, que a formulação do *non curat praetor* é obra dos juristas do Renascimento (SILVA, 2004, p. 92).

Feitas essas observações quanto à origem terminológica da expressão “insignificância” ser ou não proveniente do Direito Romano, importante fazer menção distinção entre insignificância e bagatela.

2.2 Princípio da Insignificância: origem, distinções e precisão terminológica

Ao término da Segunda Guerra Mundial houve um acentuado aumento de delitos de caráter patrimonial e econômico em virtude de circunstâncias socioeconômicas já conhecidas, facilmente demonstrável, segundo Lopes, pela própria devastação sofrida no continente europeu. Essas, quase todas marcadas por uma singular característica de consistirem em subtrações de pequena relevância, daí a primeira nomenclatura doutrinária de criminalidade de bagatela, para os alemães (*Bagatelledelikte*). Nasceu, assim, o princípio da insignificância, ungido pelo caráter da patrimonialidade. (LOPES, 2000, p.42-43).

A patrimonialidade é um dado relativo ao polo inicial de desenvolvimento do princípio elencado, mas jamais um momento de chegada. Revestir o princípio com um caráter exclusivamente econômico, com que se confundindo os conceitos de propriedade e de patrimônio, tendência contra a qual se insurge a mais moderna doutrina (LOPES, 2000, p.43).

O princípio da insignificância ou de bagatela, tanto no direito brasileiro como no comparado, é a via dogmática mais apropriada para afastar a responsabilidade do penal do fato ofensivo ínfimo ou da conduta banal e sem relevância penal (GOMES, 2009, p.46).

Cornejo (1997, p.59), conceitua o princípio da insignificância sob uma ótica mais processual que material, ao afirmar que tal princípio é o que permite não processar condutas socialmente irrelevantes, desafogando a justiça e permitindo também que fatos mínimos não se transformem em uma sorte de estigma para seus autores. Continua o doutrinador a aduzir que aplicando-se este princípio a fatos mínimos se fortalece a função da administração da justiça, ao deixar de atender atos mínimos para cumprir seu verdadeiro papel, mas nem por isso, passa a ser um princípio do Direito Processual, senão de Direito Penal.

O conceito de delito de bagatela não está na dogmática jurídica. Nenhum instrumento legislativo ordinário ou constitucional o define. É de criação exclusivamente doutrinária e pretoriana, o que se faz justificar estas como autênticas fontes de Direito (LOPES, 2000, p. 48-49).

Importante observação fez Lopes, ao ressaltar em sua citada obra que os bens jurídicos cuja proteção é tarefa do direito Penal não são objetos estáticos que permanecem em repouso, mas sim unidades funcionais de caráter social, sem os quais nossa sociedade não seria capaz de existir. Ainda segundo esse doutrinador, “só há bens jurídicos na medida em que estes atuem na vida social e sua atuação está nele contida”. A fim de melhor explicar o acima exposto, exemplifica: vida, saúde, liberdade, propriedade etc. não estão simplesmente aí; sua existência consiste em ser em função, isto é, exercendo efeito sobre a coesão social e recebendo efeitos dela (LOPES, 2000, p.49-50).

Observa-se então que a lesão patrimonial deve conceber-se na sua concreta repercussão no âmbito da vida de uma pessoa e não como uma diminuição abstrata de valor de seu potencial econômico.

Assis Toledo adverte que “[...] o princípio tem a ver com a gradação qualitativa e quantitativa do injusto, permitindo que o fato insignificante seja excluído da tipicidade penal” (1989, p.121).

Nesta toada, o princípio da insignificância pode ser conceituado como aquele que permite infirmar a tipicidade de fatos que, por sua inexpressividade, constituem ações de bagatela, desprovidas de reprovabilidade, de modo a não merecerem valoração da norma penal, exurgindo, pois como irrelevantes. A tais ações, falta o juízo de censura penal (LOPES, 2000, p. 51).

Em uma visão mais moderna sobre o tema, Gomes (2009, p. 131) pondera que um dos pontos de partida da teoria do controle social penal da política

criminal modernas consiste em tratar de modo diferenciado a criminalidade pequena ou média, de um lado e a criminalidade de alta lesividade social, de outro. Continua o doutrinador a chamar a atenção para o fato que, no Brasil, ainda não está devidamente delimitado o conceito de pequena ou média criminalidade, também denominada criminalidade de bagatela, que significa ninharia, algo de pouco ou nenhuma importância ou significância.

Bem observa Silva (2004, p.82) que doutrina e jurisprudência têm utilizado os termos princípio da insignificância e criminalidade (ou delito) de bagatela, como se fossem sinônimos de um mesmo instituto jurídico. Contudo tais termos não são expressões sinônimas de um mesmo instituto jurídico-penal, pois o princípio da insignificância é espécie de norma jurídica aplicável na solução de casos concretos onde se verifica a ocorrência de um crime de bagatela, que é uma infração penal que provoca escasso ou insignificante dano ao bem jurídico atacado.

Seria um exagero afirmar que o termo princípio da insignificância fosse uma criação genuinamente nacional. No entanto, no exterior, onde se desenvolve um Direito Penal compatível com as estruturas de funcionamento e compreensão dos problemas segundo características ideológicas semelhantes às brasileiras, tal princípio é mais conhecido por princípio ou criminalidade de bagatela (LOPES, 1997, p. 19).

A denominação princípio da insignificância é empregada com mais frequência pela doutrina brasileira, onde se pode observar nas obras de Carlos Vico Mañas, Diomar Ackel Filho, Odone Sanguiné, Francisco de Assis Toledo e José Henrique Guaracy Rebêlo, pois caracterizam a insignificância como autêntico princípio jurídico do Direito Penal (LOPES, 2000, p.37).

Por outro lado, o termo criminalidade de bagatela é empregado pela doutrina estrangeira (na Espanha: Tereza Armenta Deu; na Alemanha: Baumann, Dreher, Faller, Hirsch, Hunerfeld, Kapahnhe, Krupelman, Claus Roxin, dentre outros; na Itália: Paliero), em razão de vincularem a insignificância ao princípio da oportunidade processual. No Brasil emprega essa designação Luiz Flávio Gomes (LOPES, 2000, p. 37).

Já os doutrinadores argentinos (Abel Cornejo e Julio E.S. Virgolini) empregam a expressão princípio da insignificância no mesmo sentido da doutrina brasileira (LOPES, apud SILVA, 2004, p.83).

Respeitando os empregos técnicos de ambas as expressões, e na mesma linha que Maurício Antônio Ribeiro Lopes, Silva (2004, p. 83-84) entende que o termo correto é princípio da insignificância quando há referência à norma jurídica aplicável na solução de casos concretos, devendo a designação criminalidade (ou delito) de bagatela ser empregada para se referir às condutas típicas de escassa lesividade.

Maurício Lopes vai além e leciona que a distância entre os conceitos é enorme, demonstrando a distinção a partir da caracterização do crime de bagatela e sobre o qual deve incidir o princípio da insignificância para excluir da incidência da lei penal; sendo as suas palavras: “ Assim, nesse caso, tem-se a inexistência da tipicidade do crime face à incidência do princípio da insignificância por falta da qualidade do resultado lesivo. Não há crime” (LOPES, 2000, p. 39).

Silva destaca as considerações de Diomar Ackel Filho: “Delito de bagatela são os pertinentes a ações aparentemente típicas, mas de tal modo inexpressivas e insignificantes, que não merecem a reprovabilidade penal” (2004, p. 84).

Abel Cornejo adverte que não é de boa técnica doutrinária empregar ambos os conceitos como termos sinônimos. Para tanto, assim se posicionou:

O conceito de “crime de bagatela”, segundo a mais qualificada doutrina teutônica, não é um conceito do direito positivo nem um conceito rígido da dogmática do direito penal. É utilizado concretamente por todas as infrações penais se há um pequeno ato condenável, uma ilicitude insignificante, uma pequena culpa de pequena criminalidade”. Sem embargo, são para caracterizar uma questão de política criminal. Se o equipara, igualmente ou se o associa, conceptualmente, ao “injusto insignificante” (1997,p.59).

No mesmo sentido, Ackel Filho acompanha Damásio de Jesus ao assim prelecionar:

Nos termos do princípio da insignificância, ligados aos chamados crimes de bagatela” (ou “delitos de lesão mínima”), recomenda-se que o Direito Penal, pela adequação típica somente intervenha nos casos de lesão jurídica de certa gravidade, reconhecendo a atipicidade do fato nas hipóteses de perturbações jurídicas mais leves (pouquíssima relevância). (JESUS, 2000, p.229).

Após análise da origem e da precisão terminológica do instituto princípio da insignificância, a próxima tarefa é posicionar o aludido Princípio da

Insignificância ao ordenamento jurídico pátrio, precipuamente, à Constituição Federal, de onde emanam as outras garantias legais.

2.2.1 O Princípio da Insignificância e sua perspectiva constitucional

A aceitação da teoria da insignificância como princípio do Direito Penal não é pacífica. Um dos argumentos utilizados por sua não inclusão no ordenamento penal é que o princípio não fora incorporado no ordenamento jurídico brasileiro, porque ainda não devidamente legislado (SANGUINÉ, 1990, p.45).

Na visão de Silva (2004, p.101), tal objeção é improcedente por ser unânime que o texto escrito não exaure todo o Direito, cabendo ao operador jurídico explicitar as normas subjacentes na ordem jurídica.

Nesse diapasão, bem observa Abel Cornejo (1997, p.76) ao assim dizer: “Carece de fundamento sustentar que não existe uma norma expressa que consagre ao princípio da insignificância, porquanto é costume inveterado, que a lei escrita não pode abarcar todas as possibilidades ou eventos que na vida se apresentam.”

No mesmo sentido, Vico Mañas (apud SILVA, 2004, p.101) : “ A norma escrita, como é sabido, não contém todo o direito. Por esse motivo, no campo penal, a construção teórica de princípio como o da insignificância não fere o mandamento constitucional da legalidade ou reserva legal”.

A consistência desses argumentos reside na circunstância de a ordem jurídica constitucional ser composta também por princípios implícitos que se encontram em estado de latência em seu interior, sendo a evocação dessas normas não- expressas realizada através da interpretação e concretização das demais normas principais constitucionais (SILVA, 2004, 101).

Na Constituição brasileira a existência de tais princípios implícitos é expressamente reconhecida na cláusula constitucional de reserva prevista em seu art.5º, § 2º, pela qual, “os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil for parte”.²

²Ensina Maurício Ribeiro Lopes (2000, p. 392) que dispositivo análogo a esse encontra-se nas constituições brasileiras desde 1891; aduzindo, ainda, que a sua inspiração foi a Constituição dos Estados Unidos, que preconiza: “ A enumeração de certos direitos na Constituição não deverá ser

Como se pode observar, a existências de princípios implícitos é amplamente reconhecida pelos mais renomados doutrinadores, conforme se pode observar:

Nessa linha, Canotilho aceita a tese de um Direito Constitucional não escrito, que fundamenta, em última instância, as ideias subjacentes no acima afirmado. No entanto, esse direito não escrito é encarado apenas como função de complementação, integração e desenvolvimento das normas constitucionais escritas. Assim, muitos princípios constitucionais não escritos são produto da atividade integradora do Direito Constitucional, fruto da colmatação de lacunas, pois ele entende que a integração constitui-se numa explicitação de normas implícitas. Ou ainda, da complementação de várias disposições e ideias consagrados no texto, que permitem entrever princípios constitucionais não escritos (ESPÍNDOLA, 1999, p.198).

Alinhada à ideia que os princípios não são somente os elencados no ordenamento jurídico, mas um conjunto formado por valores que se complementam, formando, assim, um conglomerado de princípios constitucionais, condicionados uns aos outros, é a lição de Cármen Lúcia Antunes Rocha (1994, p. 41) ao assim dispor:

[...] conjunção dos princípios constitucionais é que afirma o modelo fundamental no qual se arrima toda a construção jurídico-normativa da sociedade estatal, pelo que se caracterizam pela complementaridade que os anima. Conjugados os princípios se amalgamam, formando um todo coordenado. Pela complementaridade que os caracteriza, os princípios constitucionais são condicionantes uns dos outros, o seu entendimento perfeito é sempre uma inteligência extraída de todos eles, do entrosamento que deles se retire.

Há de se observar que o sistema penal constitucional também possui vários princípios penais que não se encontram expressamente escritos no texto normativo da Constituição brasileira. Tal circunstância é apontada na obra de Maurício Antônio Ribeiro Lopes, que vai além ao dizer que por força do regime democrático : “[...]entre nós se acha descrito e formalmente garantido, originam não apenas direitos e garantias, mas também princípios que as embasam, ainda que não estejam expressamente previstos “(2000, p. 377).

Diante do exposto, fica evidente que o princípio da insignificância encontra-se efetivamente compreendido entre os demais princípios penais enunciados expressamente na Constituição, devendo o operador do direito evidenciar sua existência quando na resolução de casos concretos.

interpretada como anulando ou restringindo outros direitos conservados pelo povo”. Em torno, ainda, da admissão dos princípios implícitos pela constituição Federal vide: Rothenburg (1999, p.58).

No mesmo som, Ribeiro Lopes leciona que mesmo que não estejam expressamente previstos na Constituição, os princípios implícitos podem ser reconhecidos no sistema penal constitucional pela complementação natural (no procedimento de interpretação/concretização) entre o princípio da legalidade penal e os demais princípios penais expressos (2000, p. 374).³

Não se pode olvidar que o princípio da insignificância em matéria penal também é reconhecido através de procedimento de interpretação e concretização das normas constitucionais, no qual a complementação entre os princípios penais explícitos na Constituição revela sua existência (SILVA, 2004, p.105).

É nesse mesmo sentido que assevera Márcia Domitila Carvalho (apud SILVA, 2004, p.105):

O princípio da insignificância, ou falta de relevância social, é o campo onde se situam todos os atos que afetam insignificamente o bem jurídico. Todavia, ela não está explícito na nossa lei penal, sendo deduzido do seu caráter fragmentário em uma verdadeira criação jurisprudencial. Na doutrina penal, sua introdução deveu-se a Claus Roxin. Tal princípio, aliás, deve ser inferido do confronto com os princípios constitucionais vigentes e não, apenas, de estudo do bem jurídico isoladamente considerado ou atrelado, tão somente, aos fins da pena.

O princípio da insignificância pode ser revelado pela complementaridade entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da legalidade penal. Quanto na interpretação deste último, busca-se uma justificação e proporcionalidade para a intervenção punitiva estatal. Para tanto, há de se utilizar as técnicas hermenêuticas apropriadas (SILVA, 2004, p.105-106). Esse é também o posicionamento defendido por Lopes (2000, p.399-400).

Por fim, Sarmiento (2000, p. 73) sinaliza que o princípio da dignidade humana atua como vetor de interpretação dos demais princípios penais, que, ao conjugar-se com o princípio da legalidade no procedimento de complementaridade das normas constitucionais, evidencia o princípio da insignificância, o qual já se

³Lopes apresenta o método indutivo como forma de encontrar-se um princípio não- expresso; “Quando não for expresso o princípio no texto da Constituição, em que, teoricamente, devem ser localizados, ou em lei infraconstitucional, o intérprete- aplicador tem o recurso de retornar desde a regulação até a abstração de ideias do sistema e nelas encontrar a razão de regulação até a abstração de ideias do sistema e nelas encontrar a razão de regulação daquela forma e não de outra. Caracteriza-se esse recurso do problema à norma abstrata ou, então, aos sentidos do sistema, como raciocínio indutivo. Da indução de múltiplas posições do direito positivo resulta a validade do princípio geral. Ele forma a razão de ser e do funcionamento das normas jurídicas. Não resulta da criação jurisprudencial, muito menos é anterior à Constituição, pois o intérprete- aplicador apenas declara explicitamente a sua existência dentro da ordem jurídica”(2000, p.408).

encontrava de modo latente entre essas normas penais do sistema penal constitucional. São essas as palavras de Sarmento:

No direito brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana, em que pese o seu elevado grau de indeterminação, constitui também critério para integração da ordem constitucional, prestando-se para reconhecimento de direitos fundamentais atípicos. Neste sentido, pretensões cuja concretização se afigure essencial à vida humana afirma-se como direitos fundamentais, ainda que não encontrem previsão explícita no texto constitucional. Por outro lado, fundamental também é o papel hermenêutico desempenhado pelo princípio em questão. Como fundamento basilar da ordem constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana configura diretriz inafastável para interpretação de todo o ordenamento. Na qualidade de vértice axiológico da Constituição, o cânone em pauta condensa a ideia unificadora que percorre toda a ordem jurídica, condicionando e inspirando a exegese e aplicação do direito positivo, em suas variadas manifestações (2000, p.73).

Esses argumentos acima apresentados são bastantes para se poder inferir que não procede a objeção contra a aceitação do princípio da insignificância sob os argumentos de que não fora positivamente incorporado ao ordenamento jurídico, uma vez que esse princípio se encontra materialmente compreendido entre os enunciados dos demais princípios penais expressos na Constituição brasileira.

Posto isso, é importante salientar que não cabe ao estado se ocupar precipuamente com as infrações de menor lesão ao bem jurídico, devendo o Sistema de Justiça Penal se preocupar apenas com as ações mais graves praticadas a esse bem. É o que, em seguida será abordado ao se analisar o princípio da fragmentariedade no ordenamento jurídico penal brasileiro.

2.2.2 O Princípio da Fragmentariedade no ordenamento jurídico penal brasileiro

À medida que só permite a apenação de condutas típicas que materialmente lesionem o bem atacado, o princípio da fragmentariedade serve de fundamento para o princípio da insignificância.

Quem primeiramente registrou o caráter fragmentário do Direito Penal foi Binding, em seu Tratado de Direito Penal Alemão Comum-Parte Especial (1896),

e desde então esse tema sempre se faz presente na introdução ao estudo da parte especial do Código Penal (BATISTA, 2002, p. 86).

Lopes ressalva que o aspecto mais relevante da fragmentariedade do Direito Penal é a descontinuidade normo-valorativa que informa o sistema penal. Esta descontinuidade faz que as ações que pareçam realisticamente próximas quanto aos seus elementos constitutivos guardem uma distância de efeitos penais incomensurável. Tal resultante explica, sem contudo justificar satisfatoriamente, o desnível ou a desigualdade entre as penas cominadas em função de um padrão estático dos bens postos em tutela (2000, p.65).

O aludido princípio agora enfatizado dispõe que apenas as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos merecem sanção criminal.

Guilherme de Souza Nucci ensina que fragmento é apenas a parte de um todo, razão pela qual o direito penal deve ser visto, no campo dos ilícitos, como fragmentário, ou seja, deve ocupar-se das condutas mais graves, verdadeiramente lesivas à vida em sociedade, passíveis de causar distúrbios de monta à segurança pública e à liberdade individual (2009, p. 82).⁴

Para Luiz Regis Prado a função maior de proteção de bens jurídicos atribuída à lei penal não é absoluta, mas sim relativa, visto que todo ordenamento jurídico dele se ocupa. O que faz com que só devam ser defendidos penalmente ante certas formas de agressão, condutas consideradas socialmente intoleráveis. Isso quer dizer que apenas ações ou omissões mais graves endereçadas contra bens valiosos podem ser objeto de criminalização (2010, p.149).

A natureza fragmentária do Direito penal demonstra que a construção deste Direito não se realizou com objetos jurídicos de tutela próprios e exclusivos. Pelo contrário, sua formulação realizou-se através de um processo de eleição de bens jurídicos estranhos aos seus limites, captando-os e reconhecendo-os num sentido de importância por outros ramos do Direito (LOPES, 1997, p.61).

Analisando o caráter fragmentário do Direito Penal, Nilo Batista afirma que “[...]se o fim da pena é fazer justiça, toda e qualquer ofensa ao bem jurídico deve ser castigada. Constitui-se, assim, o direito Penal, como um sistema descontínuo de ilicitudes” (2002, p.86).

⁴ Nucci(2009, p. 82) faz referência ainda à fragmentariedade de 1º grau e de 2º grau. A primeira refere-se à forma consumada do delito, ou seja, quando o bem jurídico precisa ser protegido na sua integralidade. A segunda cinge-se à tentativa, pois protege-se o risco de perda ou lesão, bem como a lesão parcial do bem jurídico.

De acordo com esses entendimentos, infere-se que nem toda conduta lesiva aos bens jurídicos será reprovada pelo Direito Penal, como nem todo bem jurídico receberá a tutela penal para sua proteção. Assim, o princípio da fragmentariedade determina que apenas as ações mais graves contra os bens jurídicos mais relevantes sejam sancionadas pelo Direito penal.

É nesse mesmo sentido que ensina Paulo Queiroz:

É sabido que não outorga o direito penal proteção absoluta aos bens jurídicos (vida, integridade física, honra etc.), e sim relativa que não constitui um sistema exaustivo, cerrado, de ilicitudes, mas descontínuo. Ou seja, não protege todos os bens jurídicos, e sim, os mais fundamentais, e nem sequer os protege em face de qualquer classe de atentados, mas tão-só dos ataques mais intoleráveis. Daí dizer-se fragmentária essa proteção (caráter fragmentário), pois se concentra o direito penal não sobre um todo de uma dada realidade, mas sobre fragmentos dessa realidade de que cuida, é dizer, sobre interesses jurídicos relevantes cuja proteção penal seja absolutamente indispensável (SILVA, 2004, p.125).

O princípio da fragmentariedade do Direito Penal revela-se sobre três aspectos: “a): apenas os ataques de especial gravidade contra os bens jurídicos penalmente tutelados merecem reprovação criminal; b): somente algumas condutas tidas como antijurídicas pelos demais ramos do Direito são tipificadas penalmente; c): em geral, as ações meramente imorais não merecem reprimenda criminal”(SILVA, 2004, p.126).

O princípio da fragmentariedade é realizado pelo princípio da insignificância, que diante de ações típicas insignificantes atua como mecanismo de seleção qualitativo- quantitativo das condutas mais graves contra os bens jurídicos atacados. O objetivo, assim, é estabelecer um padrão de aplicação da lei criminal, denominado de “mínimo ético” do Direito Penal, e compor um sistema razoável para suprimir as injustiças formais da lei penal, firmado nos pressupostos de defesa dos interesses humanos fundamentais (LOPES, 1997, p. 61).

O legislador, ao conceituar um crime, leva em conta os modelos de vida que deseja punir. Para tanto procura definir, da forma mais precisa possível a situação vital típica (LOPES, 2000, p. 65).

Apesar de procurar atingir um número limitado de situações, o processo de tipificação mostra-se defeituoso diante da impossibilidade de reduzir a infinita gama de atos humanos em fórmulas estanques. Esse é um dos motivos pelo qual o processo legislativo de tipificação é realizado de maneira abstrata,

alcançando o que o English chama de casos anormais. A imperfeição legislativa faz que possam ser consideradas formalmente típicas condutas que, na verdade, deveriam estar excluídas do âmbito de proibição estabelecido pelo tipo penal (LOPES, 2000, p.66).

Ao positivar os tipos penais, o legislador visa apenas os prejuízos relevantes que o comportamento incriminado possa causar à ordem jurídica e social. Todavia, segundo Lopes, (2000, p.66), não dispõe de meios para evitar que também sejam alcançados os casos leves.

Esse fato levou Mañas a concluir que:

O princípio da insignificância surge justamente para evitar situações desse espécie, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal. O significado sistemático e político-criminal de expressão da regra constitucional do *nullum crimen sine lege*, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do Direito penal (apud LOPES, 2000, p. 66).

Com fulcro nos fundamentos acima, é de se considerar o entendimento de Francisco de Assis Toledo quando diz que: “O Direito, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve preocupar-se com bagatelas” (1994 p. 133).

Posto isso, cabe agora enfatizar os delitos socialmente suportáveis, que fizeram com que o legislador, no momento da tipificação do código penal brasileiro, não as tipificassem, por serem condutas socialmente adequadas aos padrões sociais.

2.2.3 O Princípio da Adequação Social nas lesões insignificantes aos bens jurídicos tutelados

A teoria da adequação social foi formulada por Hans Welzel, e teria surgido como um princípio geral de interpretação e compreensão dos tipos penais (LOPES, 2000, p. 121).

As condutas socialmente adequadas não são necessariamente exemplares, mas apenas aquelas que se mantêm dentro dos parâmetros da liberdade de ação social (PRADO, 2010, p.153). Em assim sendo:

[...] ação adequada socialmente é toda atividade desenvolvida no exercício da vida comunitária segundo uma ordem condicionada historicamente. É ela portadora de um determinado significado social, sendo expressada funcionalmente no contexto histórico-social da vida de um povo[...] (2010, p. 153).

Prado (2010, p. 154) leciona que nas hipóteses de adequação social não se vislumbra um desvalor do resultado, ainda que possa se verificar um desvalor do estado das coisas. Isso quer dizer que, mesmo em não havendo um desvalor do resultado penal típico, pode ocorrer um resultado desvalioso perante o resto do ordenamento jurídico, com a produção de efeitos tais como a indenização ou a compensação.

Prado destaca ainda que o fundamento do princípio da adequação social está em estabelecer os limites da liberdade de ação social, sendo sua característica primordial:

[...] a necessidade de afetação a um bem jurídico, no sentido de que o legislador não considera com caráter geral tipicamente relevante uma ação que pretende alcançar uma utilidade social e para a qual é absolutamente necessária a afetação a um bem jurídico, conforme ao ordenado funcionamento da vida social. (2010, p. 154).

Aqui se encaixam as lesões insignificantes aos bens jurídicos assinalados pelo legislador com a pena criminal.

A teoria da adequação social coincide, ao menos em parte, com o conceito de insignificância, mas na verdade, se distinguem em pelo menos dois pontos. A primeira distinção é que a adequação social supõe a aprovação social da conduta enquanto o princípio da insignificância somente uma relativa tolerância por sua escassa gravidade. A outra distinção versa sobre a teoria da adequação social estar regulada sobre o desvalor da ação, e o princípio da insignificância sobre o desvalor do resultado (LOPES, 2000, p. 122).

Para Toledo a adequação social trata-se de um princípio geral de hermenêutica, podendo ser enunciado em poucas palavras: “ se o tipo delitivo é um modelo de conduta proibida, não é possível interpretá-lo, em certas situações

aparentes, como se estivesse também alcançando condutas lícitas, isto é, socialmente aceitas e adequadas” (TOLEDO, 1994, p. 131).

Não se deve, contudo, confundir adequação social com causa de justificação. Assevera Toledo que a ação socialmente adequada está desde o início excluída do tipo, porque se realiza dentro da esfera de aceitação social, já a ação amparada por uma causa de justificação só não é crime, apesar de socialmente inadequada, em razão de uma autorização especial para a realização da ação típica (1994, p.131-132).

Para exemplificar, Toledo cita o exemplo da lesão corporal cometida em legítima defesa, e assim explica:

[...] embora o fato esteja justificado por uma causa de exclusão do ilícito, tratando-se de uma ação que foge aos padrões normais de comportamento social, o juízo de tipicidade formal autoriza submeter-se o agente aos ônus e dissabores do processo, no qual se irá averiguar e proclamar a existência da legítima defesa (1994, p. 132).

Tome-se, agora, este outro exemplo, ainda conforme Toledo: “o ferimento resultante de um pontapé durante o jogo de futebol”. Embora na última hipótese também possa ocorrer uma lesão corporal dolosa, se o agente, apesar disso, agiu dentro do que é normalmente aceito e tolerado, em disputas dessa natureza, não há que se falar, desde o início, em tipicidade material, dispensando-se o agente de ter que recorrer a uma causa de justificação para alcançar a impunibilidade do fato (1994, p. 132).

A adequação social exclui desde logo a conduta em exame do âmbito de incidência do tipo, situando-a entre os “comportamentos *normalmente permitidos*, isto é, materialmente *atípicos*”, não se podendo castigar aquilo que a sociedade considera correto (TOLEDO, 1994, p. 132).

O princípio da adequação social bastaria para excluir certas lesões insignificantes. Na função do tipo de apresentar um modelo de conduta proibida se põe de manifesto que as formas de conduta selecionadas por eles têm, por uma parte, um caráter social, é dizer, estão referidos à vida social, mas, por outra parte, não precisamente inadequadas a uma vida social ordenada (LOPES, 2000, p. 123)

A adequação social constitui de certo modo a pauta dos tipos penais: é o estado “normal” de liberdade social de ação que lhes serve de bases e é suposto (tacitamente) por eles. Por isso ficam também excluídas dos tipos penais as ações

socialmente adequadas, ainda em todos aqueles casos que poderiam ser abrangidas neles (LOPES, 2000, p. 123).

Enquanto critério de interpretação, a adequação social serve para determinar qual é o sentido social da ação do ponto de vista da valoração do resultado. Este terá também seus efeitos no âmbito da valoração da ação, posto que a inexistência de um desvalor penal do resultado impede considerar também que a consciência e a vontade do sujeito de afetar um bem jurídico de forma socialmente adequada sejam constitutivas do dolo e, por conseguinte, tampouco haverá desvalor da ação (PRADO, 2010, p. 154).

A fim de exemplificar, o autor usa o caso da lesão corporal representada pela incisão cirúrgica quando o médico opera um paciente, bem como a hipótese dos efeitos colaterais produzidos pelo consumo de determinados medicamentos receitados pelo médico para combater certa doença. Também são socialmente adequadas, por exemplo, as privações de liberdade decorrentes do uso dos meios de transporte coletivos (PRADO, 2010, P. 155).

Presentes determinados requisitos, mesmo que não expressamente previstos, permite-se a realização de ações dolosas típicas, se estritamente necessárias.

De consequência, segundo Rueda Martin, citado por Prado (2010, p. 155) :

Se o sujeito não realizou a ação necessária tal e como prescreve o tipo da causa de justificação deduzida do preceito permissivo e do cuidado complementar, e originou um perigo ou uma lesão desnecessários ao bem jurídico considerado ou a outros bens jurídicos, estes estarão juridicamente desaprovados, porque ultrapassaram esses limites.

A adequação social não se confunde com o *risco permitido*. O liame comum entre ambos radica na ausência de um resultado penalmente típico. No caso da adequação social, é excluído por uma interpretação teleológico-restritiva. Já no risco permitido, pelo fato de não ser possível desvalorar penalmente um resultado que não foi produzido com dolo ou culpa (PRADO, 2010, p. 156).

O instituto da adequação social representa um importante princípio para a interpretação dos tipos, que só englobam as condutas socialmente inadequadas. Tanto a adequação social como o risco permitido se encontram situados no domínio da liberdade de ação social dos indivíduos em sociedade. Essa

liberdade de ação social é que oferece a base de adequação social e dos critérios modernamente propostos pelas teorias da imputação objetiva (por exemplo, o risco permitido e as chamadas auto exposições a perigo) (PRADO, 2010, p.156).

Em síntese, de acordo com Prado (2010, p. 156), “ a adequação social e o risco permitido têm como pressuposto fundamental a existência de uma lesão ao bem jurídico que não chega a constituir um desvalor do resultado. Não há, portanto um resultado típico.

Nos casos de adequação social, a exclusão da lesão produzida do âmbito do resultado penalmente típico ocorre em virtude de uma interpretação teleológica restritiva dos tipos (PRADO, 2010, p. 156).

D'outro norte, nas hipóteses de risco permitido, a ausência de desvalor do resultado se explica porque o resultado produzido não pode ser imputado a título de dolo ou de culpa, ou seja: a falta de desvalor da ação repercute sobre o desvalor do resultado, e não há desvalor do resultado sem desvalor da ação (WELZEL, 2009, p. 31).

Prado (2010, p. 157) chama a atenção para o fato de alguns autores assimilarem ou equipararem o instituto da adequação social de Welzel e o critério da insignificância elaborado por Roxin. Entretanto, ainda segundo Prado, a finalidade dos casos englobados por ambos os critérios permite identificar diferenças marcantes entre eles, posto que nos casos abarcados pelo chamado princípio de insignificância não há a valoração social implícita na adequação social.

A fim elucidar as diferenças entre os institutos, o autor cita o exemplo de furto de objetos de ínfimo valor. Para ele, a partir do princípio de insignificância como “máxima de interpretação típica”, defende-se um exame de cada caso concreto “mediante uma interpretação restritiva orientada ao bem jurídico protegido”, pois :

[...]só uma interpretação estritamente referida ao bem jurídico e que atenda ao respectivo tipo (espécie) de injusto deixa claro por que uma parte da sanções insignificantes são atípicas e frequentemente já estão excluídas pela própria dicção legal, mas por outro lado, como v. g. nos furtos de bagatela, encaixam indubitavelmente no tipo: a propriedade e a posse também se veem vulneradas pelo furto de objetos insignificantes, enquanto em outros casos o bem jurídico só é menoscabado se ocorre certa intensidade de lesão (2010, p. 157).

Finaliza Prado asseverando que o furto de objeto de valor insignificante não pode ser valorado como socialmente útil ou adequado, sendo, por isso, inaplicável a adequação social. “Tampouco é possível falar aqui em desvalor de situação ou estado, visto que a conduta do agente, conscientemente dirigida ao fim proposto, perfaz formalmente o tipo legal” (2010, p.158).

A conclusão do autor é que, em tese, a solução está na aplicação do aludido princípio em razão do mínimo valor da coisa furtada, como causa de atipicidade da conduta, visto que “não há lesão de suficiente magnitude para a configuração do injusto (desvalor do resultado)” (PRADO, 2010, p. 158).

Em síntese, mesmo não estando assegurado implicitamente na Constituição Federal vigente, o princípio da insignificância foi aceito e absorvido pelo Sistema Penal Brasileiro. Na tipificação do Código Penal Pátrio, o legislador ordinário procurou contemplar as condutas lesivas à sociedade, demonstrando, desta maneira a fragmentariedade do Instituto Penal, que procura “agir” apenas nas práticas delitivas de *ultima ratio*.

3 CONCEITO DE CONTRABANDO, DESCAMINHO, E SUA CONCEPÇÃO HISTÓRICA

Como se verá nas linhas abaixo, os delitos de contrabando e descaminho não são uma criação do Direito moderno. Tal preocupação dos governantes em coibir e punir os infratores contra os crimes praticados contra o Rei ou contra o Estado advém de milênios.

De acordo com Luiz Regis Prado, a concepção da palavra contrabando expressa contrariedade às leis financeiras, tendo origem do latim *contra* e *bandum*, significando uma ação contrária ao ordenamento, à lei, que proibia o tráfico ou o comércio de mercadorias especificadas (2009, p. 304).

Nesse primeiro momento, caracterizava contrabando o fato de atravessar os limites territoriais estabelecidos com mercadorias sem o pagamento das taxas cobradas à época. Com o advento dos monopólios estatais houve uma ampliação do sentido dado à palavra contrabando, que passou a contemplar a fabricação, importação e venda de produtos.

Em assim sendo, com o desenvolvimento e ampliação do poder estatal na economia dos povos, e, por exigência dos novos ditames econômicos e por questão de segurança, passou-se a vedar em absoluto a importação ou a exportação de determinados produtos e a taxar a fabricação de outros. O atentado a essas normas passou a ser chamado contrabando (PRADO, 2009, p. 304).

No tocante ao assunto, ressalta Prado (2009, p. 305) que os romanos já reprimiam o contrabando quando violado o monopólio do sal. Na Idade Média foram instituídas severas penas, inclusive de morte, para outras modalidades de contrabando, como a violação ao monopólio de tabaco, e a exportação, sem autorização governamental, de moedas, trigo, peles e outros materiais nobres na época.

Nas palavras de Beccaria (1999, p. 94):

Este crime nasce da própria lei, pois, aumentando o imposto alfandegário, aumenta sempre a vantagem e, portanto, a tentação de praticar o contrabando e a facilidade de cometê-lo aumenta com a extensão da fronteira a ser fiscalizada e com a diminuição do volume da própria

mercadoria. A pena de perder não somente os bens contrabandeados como as coisas que os acompanham é justíssima, mas será tanto mais eficaz quanto menor for o imposto, porque os homens só se arriscam na proporção direta da vantagem que lhes propiciaria o feliz êxito do empreendimento.

Modernamente, contrabando passou a significar a importação e exportação de mercadoria proibida por lei, e descaminho passou a ser caracterizado quando se ilude o pagamento de tributos aduaneiros.

Prado (2009, 305), melhor define contrabando como sendo:

[...] a clandestina importação ou exportação de mercadorias cuja entrada no país, ou saída dele, é absoluta ou relativamente proibida, enquanto descaminho é a faculdade 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.

E continua a ensinar que: “Contrabando consiste na importação, exportação ou trânsito de objectos (sic), cuja importação, exportação ou transito a lei proíbe (sic)”.

No Brasil, o Código Criminal do Império (1830) tratava do contrabando e do descaminho, tipificando-os como crimes contra o tesouro público e propriedade pública, em seu artigo 177, que continha a seguinte redação:

Importar, ou exportar generos, ou mercadorias prohibidas; ou não pagar os direitos dos que são permitidos, na sua importação, ou exportação.
Penas - perda das mercadorias ou generos, e de multa igual á metade do valor delles (BRASIL, 1830).

Oportuna a transcrição do seguinte acórdão prolatado na vigência do Código Imperial:

A passagem, de uma província para outra, de escravos com as competentes guias, sem mesmo saber-se pago os respectivos direitos, exclui a ideia de contrabando. O passante torna-se apenas impontual ou omisso, mas têm (sic) os agentes fiscaes (sic) meio de o compellir (sic) civilmente ao pagamento (idem, ibidem). (PRADO, 2009, p. 306).

Sobre o assunto, acentua Prado (2009, p. 306) que o Código de 1890 contemplou o delito em epígrafe no capítulo dos crimes contra a Fazenda Pública.

Contrariando a natureza ontológica dos institutos contrabando e descaminho, o legislador de 1940 tratou ambos os institutos no mesmo dispositivo

legal, empregando a conjunção alternativa “ou” entre eles, denotando, assim, uma equivalência entre aqueles institutos (PRADO, 2009, p. 306).

Atualmente as ruas dos grandes centros urbanos encontram-se congestionadas pelo comércio ambulante, geralmente praticado na ilegalidade. São ofertados e vendidos produtos à margem de qualquer controle de qualidade e que, mesmo assim, devido ao seu baixo custo, atraem grande público. É bem verdade que assola o país uma tremenda desigualdade social e econômica, onde a concentração de renda na classe mais abastada se acentua a cada dia, sendo a igualdade perante a lei, apenas formal. Neste cenário, instalaram-se esquemas de corrupção no interior da Administração Pública, surgindo, assim, necessidade em se proteger o Estado e, conseqüentemente, todos os cidadãos, no que diz respeito à importação ou exportação de mercadorias proibidas, ou quando, embora permitidas, a lesão importa na ilusão, no todo ou em parte, do pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída, ou pelo consumo de mercadoria (GRECO, 2007, p. 524).

Essa conjuntura social e econômica foi determinante para o legislador ordinário tipificar o delito de contrabando ou descaminho no artigo 334 do Código Penal.

Segundo Greco (2007, p. 524), há de se destacar os seguintes elementos: a) a conduta de importar ou exportar mercadoria proibida; b) iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria.

O Código Penal, no art. 334 dispõe sobre as condutas consideradas pelo legislador ordinário como sendo descaminho e contrabando.⁵ Pode-se observar que na primeira parte do *caput* do artigo é que se encontra o delito de contrabando

⁵ “Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria. Pena- reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos. § 1º. Incorre na mesma pena quem: a) pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei; b) pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando ou descaminho; c) vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem; d) adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal, ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos. § 2º. Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências. §3º. A pena aplica-se em dobro, se o crime de contrabando ou descaminho é praticado em transporte aéreo.” (BRASIL, 2011).

(próprio); na segunda, o crime de descaminho, também conhecido como contrabando impróprio.

Guilherme de Souza Nucci melhor detalha o artigo abordado, ao analisar o núcleo do tipo, assim dispondo:

Na primeira parte, caracterizando o contrabando, temos: a) importar significa trazer algo de fora do País para dentro de suas fronteiras; b) exportar quer dizer levar algo para fora do País. O objeto é mercadoria proibida. É o contrabando próprio. Na segunda parte, configurando o descaminho, temos iludir (enganar ou frustrar), cujo objeto é o pagamento de direito ou imposto. trata-se do denominado contrabando impróprio (2008, p. 1111).

Destaca ainda que o elemento subjetivo do tipo é o dolo, não se exigindo o elemento subjetivo específico, nem se punindo a forma culposa (NUCCI, 2008, p.1111).

Há de se observar que na modalidade de descaminho, pode a fraude ao pagamento de direito ou imposto ser total ou parcial. Tal situação, segundo Nucci, deve ser levada em consideração para a fixação da pena. Caso o agente logre êxito em ludibriar o Estado completamente, sem nada pagar, merece pena maior que aquele que paga ao menos uma parte do devido (2008, p. 1112).

Para uma melhor análise dos delitos tipificados no art. 334 do Código Penal, faz-se necessária uma análise dos sujeitos ativo e passivo do delito, bem como sua classificação doutrinária.

3.1 O bem jurídico protegido, os sujeitos do delito, classificação doutrinária e extinção da punibilidade

Ao tipificar o delito de descaminho, o legislador buscou proteger o produto nacional (agropecuário, manufaturado ou industrial), bem como a economia do país, seja na elevação do imposto de exportação, a fim de fomentar o abastecimento interno, seja na diminuição ou isenção, para estimular o ingresso de divisa estrangeira no país (PRADO, 2009, p. 306).

No que tange ao delito de contrabando, embora também seja objetivo do legislador proteger o prestígio da Administração Pública e a tutela do interesse econômico-estatal, buscou-se assegurar, ainda, a proteção à saúde, à segurança pública, à moralidade pública, no que se refere à proibição de importação de mercadorias proibidas e à tutela de produto nacional, que é beneficiado com a barreira alfandegária. Convém destacar que o contrabando afeta primordialmente o interesse patrimonial do Estado, especificamente a arrecadação e percepção dos tributos devidos ao erário público pelos contribuintes no tráfico internacional de mercadorias. Assim, o bem jurídico imediato e fundamentalmente lesionado com o contrabando é a Fazenda Pública (PRADO, 2009, p. 307).

O sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, pois o legislador não exigiu, ao tipificar, nenhuma qualidade ou condição especial; o sujeito passivo é o Estado, pois é este o lesado, deixando de arrecadar impostos devidos, afetando, assim o seu interesse patrimonial (GRECO, 2007, p.525).

Observa Prado que, devido à peculiaridade do delito, este é, geralmente, praticado por mais de um agente, podendo, inclusive, caracterizar o delito de quadrilha, dependendo das elementares presentes. (PRADO, 2009, p. 307). No entanto, se um funcionário público auxilia a prática do delito ora abordado, infringindo dever funcional, não é caso de co-autoria, uma vez que responde penalmente pelo delito definido no artigo 318 do Código Penal. Inexistindo, porém, essa circunstância, serão eles partícipes ou coautores do crime supracitado (MIRABETE, 1997, p.374).

O sujeito passivo do delito de contrabando é a União, conforme se pode inferir do artigo 22, inciso VIII, da Magna Carta.

Já no delito de descaminho, sujeitos passivos são todos os entes federados, a saber: União, Estados, Distrito Federal e Municípios, uma vez que a fraude de descaminho impede a arrecadação tributária desses entes, conforme explícito nos artigos 153, incisos I e II, § 2º, IX, a e 158, inciso IV, todos da Constituição Federal Brasileira (PRADO, 2009, p. 307).

O descaminho, segundo Júnior (2010, p. 196), poderá ocorrer mediante meio fraudulento, como a declaração falsa sobre o conteúdo da mercadoria que está sendo transportada, ou seu valor, como nos casos assim descritos:

- a) da inserção de declaração falsa em conhecimento de transporte, simulando a importação por empresa beneficiária de incentivos fiscais” (STJ, CC 86053/RJ, Napoleão Maia, 3ª S., u., 12.9.07);
- b) “quando são importadas outras mercadorias, além daquelas constantes na guia de importação” (TRF3, AC 200703990467639/SP, Baptista Pereira, 5ª T., 19.11.07);
- c) quando os “bens constantes da Declaração de Bagagem Acompanhada, declarados pelo próprio paciente, efetivamente foram desembaraçados com isenção tributária, por estarem dentro do valor da cota de isenção, via terrestre, que, à época, era de US\$ 300,00 (trezentos dólares), razão pela qual, naquela ocasião, não foi emitida a respectiva guia para o recolhimento do tributo”, mas “ após a fiscalização, referida declaração foi considerada imprestável pela Receita Federal por possuir itens sub-valorados e por não expressar a quantidade real de itens apreendidos”(TRF3, HC 200803000123726/SP, Cecília Mello, 2ª T., 11.11.08);
- d) mediante ocultação da mercadoria em fundo falso de veículo ou misturando com outras mercadorias, como na prática de esconder produtos de informática ou eletrônicos sob a carga de cereais;
- e) mediante descaracterização e reembalagem das mercadorias

Quanto à classificação do delito abordado, foi o mestre Guilherme de Souza Nucci quem melhor especificou, assim ensinando: “Trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (crime que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente na produção de efetivo dano para a Administração Pública) nas modalidades 'importar' e 'exportar'. “ Caso a mercadoria seja proibida de ingressar ou sair do País, o simples fato de fazê-lo consuma o crime, embora não se tenha produzido um resultado passível de realização fática. É formal (delito que não exige para sua consumação a ocorrência do resultado naturalístico), também na forma “iludir o pagamento”. É de forma livre, pois pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente; comissivo, na forma “importar” e “exportar”, bem como comissivo ou omissivo (implicando em abstenção) na modalidade “iludir o pagamento”, a depender do caso concreto. Quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado nos termos do art. 13, § 2º, CP, trata-se de crime omissivo impróprio ou comissivo por omissão. É instantâneo, pois a consumação não se prolonga no tempo, ocorrendo em momento determinado na importação ou na exportação, quando a mercadoria for liberada, clandestinamente, na alfândega. É unissubjetivo, uma vez que pode ser cometido por um único agente; unissubsistente (praticado num único ato) ou plurissubsistente, pois a ação do delito é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento, conforme o caso concreto (NUCCI, 2008, P. 1113).

Acrescenta José Baltazar Júnior (2010, p.189) que trata-se de norma penal “em branco”. Neste tipo o delito não é precisamente determinado, carecendo a proibição de complemento através de outras normas legais, ao contrário das normas penais tipo “fechado”, onde se contém todos os elementos (descritivos, subjetivos e normativos) necessários à sua compreensão.

Pertinente observação faz Júnior (2010, p.191) ao ensinar que, de acordo com o STJ, “não se exige, tampouco, que a mercadoria seja transportada para onde era destinada”. Portanto, se a mercadoria é apreendida durante o transporte, mas antes do efetivo ingresso no território nacional, há contrabando tentado. No entanto, caso o agente seja surpreendido ao atravessar a fronteira entre o Brasil e o Paraguai portando apenas valores e lista de compras, não há sequer crime tentado, tratando-se apenas de meros atos preparatórios (JUNIOR, 2010, p. 204).

Referente ao delito de descaminho, o bem tutelado é o prestígio da Administração Pública, bem como o interesse sócio-estatal. Bem observa Prado (2009, p. 306) que o descaminho é visto como ofensa à soberania estatal, como um obstáculo à autodeterminação do Estado, um empecilho à segurança nacional em seu mais amplo sentido.

Importante, porém, destacar posicionamento jurisprudencial quanto à extinção da punibilidade. O Decreto Lei nº 157/1967 permitia a extinção da punibilidade pelo pagamento de tributos antes do oferecimento da denúncia. A inserção do contrabando e descaminho no âmbito desse favor legal gerou, segundo Prado, dissídio jurisprudencial, que foi elucidado pela edição da Súmula 560 do Supremo Tribunal Federal, com o seguinte teor; “A extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo devido estende-se ao crime de contrabando ou descaminho, por força do art. 18, § 2º, do decreto-lei 157/67” (PRADO, 2009, p. 314).

Com o advento da Lei 6.910/1981, não mais se poderia decretar a extinção da punibilidade com o pagamento dos tributos devidos. Posteriormente, com a vigência da Lei 9.249/1995, que dispôs em seu artigo 34: “Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei 8.137, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia” (BRASIL, 1995).

De acordo com Baltazar Júnior (2010, p.210), é dominante nos Tribunais Pátrios a tese de que não se aplica a causa de extinção da punibilidade

pelo pagamento ao descaminho, em razão de uma opção legislativa, como já deixava claro o art. 1º da Lei 6.910/81⁶ e também o faz o art. 34 da Lei 9.249/95⁷, restando superada a Súmula 560⁸ do STF. Ressalta ainda o autor que o advento da Lei 10.826/03 não modificou o tratamento da matéria, em relação ao descaminho.

Atualmente nem mesmo é permitido o pagamento do tributo para fins de regularização fiscal da mercadoria apreendida em razão de descaminho, uma vez que o legislador previu a sanção do perdimento, que não se equipara a pagamento para fins de extinção da punibilidade.

Para Júnior, o fundamento para o tratamento diverso explica-se pelo fato de que:

[...] o descaminho protege a regularidade fiscal em relação a tributos aduaneiros, tendo acentuada função extrafiscal, no sentido da proteção da indústria nacional e até mesmo da regularidade dos produtos internalizados, até mesmo do ponto de vista da segurança do consumidor (JUNIOR, 2010, p. 210).

O delito admite coautoria, a exemplo da situação corriqueira daquele que fornece o dinheiro para que um terceiro lhe traga as mercadorias. Neste caso, ambos responderão como autores, enquanto o proprietário ocupa a figura de autor funcional. Adverte o autor que “a alegação de não ser o acusado proprietário das mercadorias não afasta o crime” (JUNIOR, 2010, p. 194).

É admitida, também, a participação, como no caso de batedor, que trafega adiante do veículo transportador para verificar a existência de barreiras policiais ou da fiscalização alfandegária, bem como o olheiro encarregado de avisar os lojistas irregulares ou depositários das mercadorias da movimentação de autoridades policiais de fiscalização (JUNIOR, 2010, p. 210).

Fundamental uma análise das mercadorias que se enquadram no delito em epígrafe, ou seja, aquelas que o legislador procurou proibir sua importação ou exportação, ou aquelas que receberam taxaço diferenciada, visando proteger a

⁶ “Art. 1º - O disposto no art. 2º da Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, e no art. 18, § 2º, do Decreto Lei nº 157, de 10 de fevereiro de 1967, não se aplica aos crimes de contrabando ou descaminho, em suas modalidades próprias ou equiparadas nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 334 do Código Penal.” (BRASIL, 2011)

⁷ “Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.” (BRASIL, 2011).

⁸ Súmula nº 560 STF: “a extinção de punibilidade, pelo pagamento do tributo devido, estende-se ao crime de contrabando ou descaminho, por força do art. 18, § 2º, do decreto-lei 157/1967.” (BRASIL, 2011)

Administração Pública, bem como os fatos atribuídos pelo legislador que terão tratamento similar ao delito tipificado no art. 334 do Código Penal.

3.2 Tipicidade objetiva e subjetiva dos delitos de contrabando e descaminho, destinação das mercadorias e fatos assimilados aos delitos

Como se pode inferir na descrição do artigo, há duas condutas típicas. A primeira referindo-se ao contrabando (importar ou exportar), a segunda, ao descaminho (iludir).

A conduta típica de contrabando está manifestada pelos verbos nucleares importar ou exportar. O primeiro revela a ação de introduzir no território nacional mercadorias estrangeiras por qualquer via de acesso. Nesse caso, a conduta reprimida consiste em coibir a importação de mercadoria absoluta ou relativamente proibida. A partir dessa análise, fica evidente, portando, que trata-se de norma penal incriminadora em branco, carecendo, assim, de um outra norma complementar definindo quais as mercadorias terão sua importação e exportação proibidas (PRADO, 2007, p. 307).

O descaminho está expresso pelo verbo *iludir* (núcleo do tipo), que denota a ideia de “enganar, de burlar, de fraudar” (PRADO, 2009, p. 308). Sendo assim, é fácil inferir que a conduta incriminada consiste em fraudar, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devidos pela entrada pela saída ou pelo consumo de mercadoria.

O tipo subjetivo está representado pelo dolo, manifestado na consciência e vontade direcionadas à importação ou exportação de mercadoria proibida ou à fraude no recolhimento de impostos (PRADO, 2009, p. 308).

Quanto ao dolo, destaca Mirabete (1997, p. 376) que “ quem pensa não ser proibida a mercadoria que importa ou exporta, sobre errar acerca de elemento essencial do tipo, não tem consciência da antijuridicidade do fato e sem isso não há dolo”. Já se decidiu também, segundo o autor que “ sem o ânimo de lesar o fisco não se tem como configurado o crime de descaminho, tanto mais quando cobrados pelo menos em parte os direitos relativos às mercadorias trazidas do estrangeiro.

A consumação do delito de descaminho dá-se com a liberação da mercadoria pela alfândega. Em caso de delito praticado em outro local, esta se realiza, na modalidade de exportação, quando a mercadoria transpõe a linha de fronteira do território nacional, enquanto, na hipótese de importação, a consumação acontece no momento em que o produto ingressa no país, mesmo que se encontre nos limites da zona fiscal (PRADO, 2009, p. 308).

Sobre a consumação, Prado faz uma ponderação e assim ensina:

No tocante à consumação do descaminho, quanto à importação de mercadoria, que esta se perfaz quando o agente, ao atravessar as fronteiras, desvirtua-se da rota normal, no desiderato de não passar pela barreira alfandegária, para impedir que o fisco exija o pagamento do imposto devido; passa pelo porto aduaneiro, mas oculta a mercadoria conduzida, não conferindo chance ao fisco de conhecer da circunstância; ou mesmo, suborna o funcionário fiscalizador, para trazer a mercadoria sem o pagamento do imposto (PRADO, 2009, p. 309).

No entanto, será observado o princípio da especificidade em alguns casos específicos, como os que abaixo destaca-se, afastando, assim o delito de contrabando previsto no art. 334 do Código Penal.

Quando a importação ou a exportação proibidas referem-se à substância entorpecente, causadora de dependência física ou psíquica, aplica-se a norma penal definida no artigo 33 da Lei 11.343/2006, por ser especial (*lex specialis derogat legi generali*) (PRADO, 2009, p. 309).

Em se tratando de exportação ou importação sobre produto fabricado com violação de patente de invenção ou de modelo de utilidade, ou com violação de desenhos industriais, ou contra marcas, ou que apresente falsa indicação geográfica, a incidência será do disposto nos artigos 184, 188, 190 e 192 da Lei 9.279/1996 (PRADO, 2009, p. 309).

Tendo como objeto da importação armamento ou material privativo das Forças Armadas, por motivação política, aplica-se o artigo 12 da Lei 7.170/1983 (Lei de Segurança Nacional)(PRADO, 2009, p. 309).

Havendo importação ou exportação de arma de fogo ou acessórios de uso proibido ou restrito, aplica-se a regra definida no artigo 18 da Lei 10.863/2003, também em razão do critério da especialidade (PRADO, 2009, p. 309).

Na importação ou exportação de escritos ou objetos obscenos, aplica-se o disposto no artigo 234 do Código Penal obedecendo ao princípio da especificidade.

Caso a exportação proibida referir-se a ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como a produtos e objetos dela oriundos, caracteriza-se tão somente o delito definido no artigo 29, § 1º, III, da lei 9.605/1998; aplicando-se, ainda o delito a que se refere o artigo 30 da referida lei, quando a exportação proibida abranger peles e couros de anfíbios e répteis em bruto (PRADO, 2009, p. 310).

Por derradeiro, o contrabando absorve, pelo princípio da consunção, o delito de falsidade ideológica cometida com o fim de possibilitar o ingresso da mercadoria proibida no Brasil (JUNIOR, 2010, p. 192).

Quanto à “destinação” das mercadorias diferentemente do que acontece na modalidade equiparada, objeto do § 1º, a destinação comercial das mercadorias não é relevante para a caracterização do crime previsto no *caput* do art. 334 do Código penal. A destinação comercial poderá ter relevância, porém, para a descaracterização da isenção de bagagens. Ou seja, para a caracterização do descaminho, não se exige que o agente venda ou exponha à venda a mercadoria. Resta observar que há decisões em sentido contrário, ou seja, exigindo a destinação comercial (JUNIOR, 2010, p. 197- 198).

De acordo com Mirabete (2008, p. 2548), o Código Penal prevê no art. 334, § 1º, com a redação dada pela Lei nº 4.729, de 14-7-1965, fatos assimilados ao contrabando ou descaminho. São eles:

- a) prática de navegação de cabotagem fora dos casos permitidos;
- b) prática de fato assimilado, em lei especial, ao contrabando ou descaminho;
- c) venda, exposição à venda, manutenção em depósito ou utilização no exercício de atividade comercial ou industrial, de mercadoria que foi introduzida clandestinamente no país ou importada fraudulentamente;
- d) aquisição, recebimento ou ocultação, no exercício de atividade comercial ou industrial, de mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal ou acompanhada de documentos falsos (BRASIL, 1940).

A navegação de cabotagem é a interna, entre portos do país, devendo ser regulada por lei, nos termos do art. 178 da CF. Fora dos casos permitidos em lei

(§ 1º, a), para o transporte de mercadorias é privativa de navios nacionais, exceto em casos de necessidade pública, configurando, assim, norma penal em branco (JUNIOR, 2010, p. 213). Bem observa o autor que a “violação de contêiner” prevista no art. 8º da Lei 4.907/65, que assim dispõe: “ Além de outras sanções de natureza fiscal aplicáveis à espécie, responderá pelo crime de contrabando ou descaminho, nos termos do artigo 334, § 1º, letra *b*, do Código Penal, o transportador ou responsável pela violação dos elementos de segurança do cofre de carga”. Por aplicação do princípio da consunção, não seria caso do delito em exame, mas somente o furto, se a violação dos contêineres era meio indispensável para a subtração (JUNIOR, 2010, p. 213).

A segunda hipótese diz respeito à prática de fato assimilado em lei especial ao contrabando ou descaminho (§ 1º, b). Às vezes a lei equipara ao contrabando ou descaminho outros fatos. O autor cita como exemplo a saída de mercadorias da Zona Franca de Manaus, sem autorização legal, ou seja, sem o pagamento dos tributos quando o valor excede a cota que cada viajante pode livremente trazer (art. 39 do Decreto-lei n 288/67). Também é caso de lei penal em branco (MIRABETE, 1997, p. 377).

A terceira hipótese é a prevista no § 1º, “c” do art. 334 do Código Penal. Ainda segundo Mirabete (1997, p. 377), referente ao primeiro caso, que se refere a de conduta praticada pelo próprio autor da importação ilegal, “responde este apenas pelo crime previsto no parágrafo, absorvido o tipo penal do *caput*”. No segundo caso, continua o autor, a lei prevê “um caso especial de receptação, que absorve o ilícito previsto no artigo 180, *caput*”. Exige-se a ciência da origem irregular da mercadoria, a dúvida exclui o delito, “que não pode ser praticado com dolo eventual”. Nesses casos, a lei exige que o fato ocorra na atividade comercial ou industrial, equiparando àquela “qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o comércio de residências” (MIRABETE, 1997, p. 377).

A quarta modalidade de conduta típica é descrita no § 1º, d. observa-se, então que são casos, também de receptação, quando a ação é praticada em proveito próprio, ou de favorecimento real, quando em benefício do autor do contrabando ou descaminho. Exige ainda a lei, segundo o autor, que a ação seja praticada na atividade comercial ou industrial, sendo indispensável que o agente

tenha a ciência inequívoca da origem ilícita da mercadoria (MIRABETE, 1997, p. 377-378).

No próximo tópico, passar-se-á a uma breve visão do problema causado pelos delitos tipificados no art. 334 do CP a partir de uma análise pelo viés social e econômicos envolvidos.

3.2.1 A prática de descaminho no Brasil: uma visão sócio-econômica do problema

Todos os ordenamentos jurídicos procuraram coibir as condutas tipificadas no art. 334 do Código Penal. No Brasil, esta preocupação advém desde os tempos do “descobrimento”.

Sobre o assunto, dispõe Édna Márcia Marçon Noschang (2006, p. 191):

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

Atualmente, o grande centro de prática dos delitos tipificados no artigo 334 do Código Penal ocorrem na fronteira entre Brasil-Paraguai, em consequência das evidentes ineficazes políticas de prevenção e repressão aos delitos ali praticados, bem como dos métodos alfandegários previstos.

Neste contexto, de acordo Édna Márcia Marçon Noschang, os principais agentes praticantes do delitos de descaminho pensava-se ser pessoas de baixa renda, que se utilizam desta prática delituosa como meio de subsistência; os denominados “sacoleiros”.

Entretanto, o Jornal “A Folha de São Paulo noticiou que, em pesquisa realizada pela Receita Federal em Foz do Iguaçu/PR, constatou-se uma substancial alteração no *modus operandi* deste prática. A pesquisa aponta que o crime

organizado vem assumindo o controle do descaminho praticado na fronteira entre Brasil-Paraguai, conforme noticia o jornal em 24 de novembro de 2004:

Um dos indicativos dessa mudança do perfil do contrabando sacoleiro, feito por desempregados ou para complementar renda, para o crime organizado foi verificado pelo tipo de produto apreendido. Em relação a 2003, as apreensões de itens de informática cresceram 108%. De eletrônicos, 119%. A de brinquedos caiu 7%. O aumento na apreensão de drogas e munição em ônibus de sacoleiros é outro sinal. Só na operação Cataratas, iniciada neste mês, foram apreendidas 950 quilos de maconha até a última sexta-feira. As apreensões de maconha eram raras há cinco anos. Os ônibus trazem também dólares em espécie do Paraguai. Na última semana foram apreendidos US\$ 70 mil em um posto da Receita. Mas a organização dos sacoleiros nos ônibus, a formação de comboios para impedir a fiscalização e a reação violenta, como no dia 20, quando cinco ônibus foram incendiados e um comboio de 280 ônibus escapou do posto da Receita em Medianeira (650 km a oeste de Curitiba), são dados "mais concretos" da ação do crime organizado (NOSCHANG, 2006, p. 191).

Importante ressaltar que não somente contrabandistas, sacoleiros e desempregados atravessam a fronteira entre Brasil e Paraguai para comprar produtos proibidos no nosso país, incidindo em contrabando, como produtos cuja importação não foi censurada pela norma penal, mas que sua entrada no território nacional sem o pagamento dos tributos devidos caracteriza delito de descaminho. A carga tributária incidente em determinados produtos brasileiros "seduz" a população em geral a praticar o delito tipificado como descaminho.

Há de se notar, portanto, o alarmante quadro que se encontra na cidade de Foz do Iguaçu, referente à prática do delito de descaminho.

A cidade de Foz do Iguaçu tem os recursos provenientes dos delitos de descaminho e contrabando como um dos meios de sustentabilidade do município. O comércio ilegal movimentava hotéis, restaurantes, serviços de taxi, de vans, dentre outros. Estima-se que aproximadamente sete mil brasileiros que residem em Foz exercem esse tipo de prática delituosa na cidade Paraguaia de *Ciudad Del Este* (NOSCHANG, 2006, p. 193).

É nesse cenário que pode-se notar que o delito de descaminho está enraizado no dia-a-dia da fronteira entre Brasil-Paraguai, ora cometido por quadrilhas ligadas ao crime organizado, ora por pessoas isoladas que, impulsionados pelo fenômeno do desemprego, utilizam-se desta prática para manter sua subsistência.

De acordo com Noschang (2006, p.193), o estudo realizado pela Receita Federal em Foz do Iguaçu/PR em 2004, a média de ônibus que levava “compradores” ao lado paraguaio era de 400 por semana, sendo que a média que cada um levava era de U\$ 35.000 (trinta e cinco mil dólares americanos), o equivalente a R\$ 90.000,00 (noventa mil reais), em 2004, considerando o câmbio de R\$ 2,60. A projeção real, portanto, segundo a pesquisa, foi de 1, 87 bilhão (52 semanas X R\$ 90.000,00 X 400 ônibus). Com base no mencionado estudo, assim ficou o cálculo dos tributos sonegados:

- Imposto de Importação II: R\$ 187 milhões;
- Imposto sobre Produtos Industrializados-IP: R\$ 206 milhões;
- Programa de Integração Social-PIS: R\$ 44 milhões;
- Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS: R\$ 202 milhões;
- Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS: R\$ 550 milhões.

O total alcançado em tributos federais não recolhidos foi de R\$ 639 milhões e estaduais de R\$ 550 milhões (NOSCHANG, 2006, p. 193).

Os dados mostram o impacto da sonegação na economia. Com a saúde, segurança pública e investimento em infra-estrutura prejudicados, tais setores deixarão de receber os recursos necessários para fomentar a estrutura econômico-social do país, isso sem falar no nefasto impacto frente à indústria nacional e na geração de empregos.

Pertinente crítica ao sistema, faz o doutrinador José Baltazar Junior (2010, p. 193) quando adverte que a grande maioria dos casos de descaminho levados à Justiça Federal é de pequena expressão, cometidos por sacoleiros que, em muitos casos funcionam como “laranjas”, a serviço de grande redes que atuam no país, em especial de produtos eletrônicos.

Em que pese o fato que o elevado volume de bens trazidos por essa “organização criminosa” represente concorrência desleal com o comércio regular e atente contra a arrecadação e as garantias à saúde dos consumidores, em determinados casos, há de se admitir que a atividade repressiva, em seu conjunto, merece aperfeiçoamento. Ora, os laranjas são seduzidos justamente pela falta de oportunidade em atividade melhor ou mais lucrativa; são assolados pela falta de oportunidade e de emprego regular, pela má distribuição de renda que existe no

país. Sendo assim, não é suficiente apenas reprimir o contingente dos “laranjas” que se prestam ao transporte ilegal de mercadorias (JUNIOR, 2010, p. 193) .

Há de se destacar que sequer são favorecidos por medidas como a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo ou o reconhecimento do esgotamento da via administrativa para o oferecimento da denúncia, como se dá em relação ao sonegador. A repressão por parte das autoridades policiais e fazendárias necessita da atuante colaboração do Ministério Público e da sensibilidade do Poder Judiciário, devendo ser coordenada e integrada, e antecipadas de atividades de inteligência policial e de medidas investigativas que alcancem aos verdadeiros exploradores do comércio ilícito, aos proprietários dos depósitos, transportadores, distribuidores e comerciantes que vendem produtos de origem ilícita, não raro com documentos falsos (JUNIOR, 2010, p. 193).

No entanto, no estudo jurisprudencial dos delitos abordados, constatam-se com análises de ordem subjetiva do autor do delito. Os julgadores, reiteradamente, manifestaram-se no sentido de acolher os antecedentes e a reincidência delituosa como fator preponderante para a incidência do princípio da insignificância. Assim, faz-se importante discorrer brevemente sobre os institutos antecedentes e reincidência criminal abordando sua origem e influência no Direito Positivo Penal brasileiro.

3.2.2 O uso dos antecedentes como critério subjetivo de aplicação do Princípio da Insignificância: origem, evolução e sua influência no direito positivo penal e processual penal brasileiros

Antecedentes são todos os atos, episódios, comportamento ou condutas, positivos ou negativos, que ocorreram na vida familiar, militar, profissional, intelectual e social do agente, que possam interferir de algum modo na avaliação subjetiva do crime ou na análise da personalidade do agente (BISSOLI FILHO, 1998, p. 59).

Não são considerados ações judiciais, inquéritos policiais ou qualquer outro ato episódico da vida do réu, posteriores ou contemporâneas ao fato pelo qual este está sendo julgado, mas abarca apenas os acontecimentos anteriores (BISSOLI FILHO, 1998, p. 59).

Assim, a reincidência criminal inclui-se na área de abrangência dos antecedentes, uma vez que também leva em consideração fatos passados da vida do réu. “A reincidência criminal é espécie do gênero que são os antecedentes, uma vez que ambos tratam da vida pretérita dos indivíduos” e que, apenas para fins didáticos, convém que sejam tratados separadamente, a fim de propiciar uma melhor compreensão dos aspectos que lhes são inerentes (BISSOLI FILHO, 1998, p. 59).

Desde a época das Ordenações do Reino, o Código Filipino trazia disposições que revelavam certa preocupação com a vida pretérita dos sujeitos de algum ato delituoso. Foi nesse período que se originaram as “folhas corridas” (documentos que eram levados pelos corredores de folhas com o fim de se certificarem sobre a existência de crimes em outras escriturarias). O rol dos culpados, livro onde são inscritos os nomes das pessoas condenadas pela justiça criminal, pode ter seu surgimento atribuído a essa época (BISSOLI FILHO, 1998, p. 60).

Destaca Bissoli Filho (1998, p. 60-61) que o Código Criminal do Império (1831) e o Código Penal da República (1890) não tiveram nenhuma disposição acerca dos antecedentes, sendo que, somente com a Consolidação das Leis Penais, aprovada pelo Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932, sob influência da Escola Positiva, foi consignado no artigo 7º, § 1º, a possibilidade da concessão do benefício da suspensão condicional da pena em relação ao acusado “que não tenha revelado caráter perverso ou corrompido, tendo-se em consideração as suas condições individuais, os motivos que determinaram e as circunstâncias que cercaram a infração da lei penal”. Segundo o autor, estes são os primeiros registros, na legislação penal brasileira, da importância dos fatos anteriores e de circunstâncias individuais, na aplicação e na execução da pena.

Pois bem. É sob influência da Escola Positiva que no Código Penal de 1940⁹, os antecedentes passaram a ser um fator relevante na aplicação da penal, isso porque, segundo essa escola, “o homem criminoso” é o objeto da investigação (BISSOLI FILHO, 1998, p.61).

Assim dispunha o artigo 42 do citado diploma legislativo:

Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime:

⁹ Vigorou apenas em 1º de janeiro de 1942. Baseado no projeto Alcântara Machado, teve a revisão de uma comissão formada por Nelson Hungria, Vieira Braga, Narcélio de Queiroz e Roberto Lira.

- I – determinar a pena aplicável, dentre as cominadas;
- II – fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável (BRASIL, 2011a).

Naquele tempo, conforme pode-se observar com a transcrição do art. 57 do Código Penal, os antecedentes passaram a figurar expressamente também como fator relevante, com o condão de impedir a concessão do benefício da suspensão condicional da pena:

A execução da pena de detenção não superior a dois anos, ou de reclusão, no caso do art. 30, § 3º, pode ser suspensa, por dois a seis anos, desde que:

- I – o sentenciado não haja sofrido, no Brasil ou no estrangeiro, condenação por outro crime; ou condenação, no Brasil por motivo de contravenção;
- II – os antecedentes e a personalidade do sentenciado, os motivos e as circunstâncias do crime autorizem a presunção de que não tornará a delinquir (BRASIL, 2011a).

E ainda considerando os antecedentes do autor do crime como fator relevante na avaliação da periculosidade criminal, dispunha, no art. 77, inciso I que:

Art. 77 - quando a periculosidade não é presumida por lei, deve ser reconhecido perigoso o agente:

- I- se seus antecedentes e personalidade, os motivos determinantes e as circunstâncias do fato, os meios empregados e os modos de execução, a intensidade do dolo ou o grau de culpa, autorizam a suposição de que venha ou torne a delinquir.
- [...] (BRASIL, 2011a).

Nesta toada, cumpre a analisar algumas situações consideradas como “antecedentes”¹⁰ pela Dogmática Penal. Segundo Bissoli Filho (1998, p. 62-63), são elas:

- a) inquéritos policiais arquivados, b) inquéritos policiais em trâmite, c) inquéritos policiais com julgamento da extinção da punibilidade do indiciado,

¹⁰ A Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina editou o Provimento nº 20/97, de 06 de outubro de 1997, dispondo sobre as certidões de antecedentes criminais para fins exclusivamente civis e revogando o Provimento nº 05/86, de 10 de dezembro de 1986, que regulamentava a mesma matéria. Naquele diploma normativo ficou estabelecido que, para fins exclusivamente civis, nas certidões de antecedentes criminais não deveriam constar os inquéritos arquivados, os indiciados não denunciados, o não recebimento de denúncia ou queixa-crime, as extinções de punibilidade, inclusive da penas imposta, os trancamentos de ação penal, absolvições, as impronúncias ou despronúncias, as condenações às penas de multa quanto estas já tivessem sido pagas, as condenações com suspensão condicional da pena não revogada, a suspensão do processo, a transação penal e a renúncia ao direito de queixa ou representação. Todavia, quando requisitadas pela autoridade judiciária ou quanto são para fins eleitorais ou de concurso público ou para a Ordem dos Advogados do Brasil, as certidões de antecedentes criminais deverão conter todas aquelas informações.

d) processos judiciais em trâmite, e) processos judiciais já julgados com absolvição decretada por insuficiência de provas, f) processos judiciais já julgados com condenação em primeiro grau ainda não transitada em julgado, g) processos judiciais com julgamento da extinção da punibilidade do acusado (salvo se for motivada pela prescrição da pretensão executória, por não impedir esta os efeitos da reincidência), h) processo judiciais com penas já cumpridas, cujo prazo ultrapassar o previsto para os efeitos da reincidência, i) processo administrativos ou fiscais em trâmite ou arquivados, j) infrações disciplinares civis ou militares, l) processos civis de suspensão ou destituição de pátrio poder, tutela ou curatela, m) condenações em processos civis de separação judicial ou divórcio, n) condenações em processos de insolvência civil ou falência fraudulenta, o) processo de apuração de ato infracional tramitados perante ao Juízo da Infância e Juventude, p) a inclinação ou repugnância para o trabalho ou outras atividades honestas, a conduta como pai, esposo, filho e amigo, as relações sociais, atenção manifestada no lar, assistência e carinho dispensados à família.

Bissoli Filho (1998, p.64-75) em renomada obra, destaca o caráter dos antecedentes como sendo: amplitude, negatividade, subjetividade, relatividade, antijuridicidade e perpetuidade.

Segundo o autor, a amplitude mostra-se presente à medida em que qualquer fato, desde que pretérito, bom ou mau, que envolva qualquer espécie de relação do indivíduos, podem ser considerados antecedentes (BISSOLI FILHO, 1998, p.64).

Bissoli Filho (1998, p. 64), destaca que:

[...] as ações privadas do indivíduo, aquelas que de nenhum modo afetam a terceiros, inserindo-se nos domínios da vida privada, não podem ser levados em conta para macular os antecedentes de um acusado, como também não se pode levar em consideração fatos da vida social como dívidas ou desavenças.

A negatividade é extraída através da comparação entre o conceito de antecedentes considerado pela Dogmática Penal e as situações que esta considera como tal. No entanto, embora o conceito inicial de antecedentes abarque quaisquer situações, positivas ou negativas, imputadas ao agente, acabam considerando apenas os “maus” antecedentes, uma vez que os registros existentes nas repartições públicas dos órgãos judiciais e policiais, contemplam apenas os fatos negativos (BISSOLI FILHO, 1998, p.64).

E continua o autor a observar que, para atender ao conceito Dogmático de antecedentes, seria necessário um levantamento completo da vida pregressa do réu, em todos os seus aspectos, o que é impossível. Bem observa Bissoli Filho que

as tentativas de se produzir provas testemunhais dos antecedentes positivos do réu são, muitas vezes, ironizadas e mal interpretadas, a ponto de tais testemunhas receberem a denominação de “testemunhas de canonização”, demonstrando, com isso, que somente os “maus” antecedentes é que são relevantes e interferem na aplicação da lei (1998, p.64).

Quanto à característica da subjetividade, esta, segundo Bissoli Filho (1998, p. 64), decorre da amplitude do conceito de antecedentes, que permite levar em consideração os fatos pretéritos da vida do sujeito, sob uma ótica individual, conforme os valores do avaliador.

Essa subjetividade é patente em muitas decisões judiciais, conforme fica evidente na sentença prolatada por um juiz do interior paulista ao assim discorrer:

Muitos foram os seus envolvimento anteriores com o crime, ainda que em alguns tenha sido absolvido ('geralmente por falta de provas). Um bom cidadão sequer é absolvido. Na verdade nem se envolve'. É comum ouvir certas pessoas dizerem, com prova de um bom cidadão: 'nunca entrei e nem sei como é uma Delegacia de Polícia e no Fórum só fui tirar o título de eleitor'. É no meio da nossa sociedade que se pode medir o comportamento de uma pessoa. 'Como não dar valor algum a uma série de arquivamentos de inquéritos policiais e absolvições relativamente a uma mesma pessoa?' Não é o juiz, é a sociedade que diz que tal pessoa não é boa cidadã (BISSOLI FILHO, 1998, p.65).

A relatividade resulta do fato de que as situações consideradas como antecedentes pela Dogmática Penal contemplam, quase que exclusivamente, fatos constantes dos registros policiais e judiciais do agente. Acontece que tais registros são insuficientes para revelar se o sujeito tem bons ou mau antecedentes, pois um indivíduo pode ter uma vida marcada por deslizes, de pequenas infâmias ou faltas morais, sem ter registros policiais ou judiciais, bem como este mesmo indivíduo pode ter antecedentes judiciários, mas já ter praticado atos de benemerência ou de especial valor social (BISSOLI FILHO, 1998, p. 65).

Outra característica apontada por Bissoli Filho é a antijuricidade, que também é decorrente da amplitude do conceito de antecedentes, que permitem que sejam considerados, conforme visto, processos e inquéritos em trâmite, assim como inquéritos arquivados, contrariando os princípios da presunção da inocência, do devido processo legal e da ampla defesa (BISSOLI FILHO, 1998, p.65).

Por fim, a última característica apontada pelo autor é a perpetuidade. Caso a permanência dos “maus antecedentes” fosse *ad eternum*, implicaria uma pena de gravame perpétuo, desumana e antijurídica nos ombros do agente. Há de destacar que a Constituição da República, no artigo 5º, XLVII, alínea “b, proíbe as penas de caráter perpétuo (BISSOLI FILHO, 1998, p.67).

Além disso, destaca Bissoli Filho que diversas organizações governamentais e não governamentais mostram interesse na sistematização e informatização de banco de dados sobre antecedentes (criminais ou não), seja via internet, seja através de outros bancos de dados, como por exemplo o cadastro de cheques em fundos e o cadastro de serviço de proteção ao crédito (1998, p. 68).

Prosseguindo como tema, destaca Bissoli Filho que os antecedentes têm influência explícita na aplicação de vários institutos previstos em lei, de forma que o indivíduo que apresenta “maus” antecedentes é tratado diferentemente, sendo privado de desfrutar de determinados direitos (BISSOLI FILHO, 1998, p.68).

3.2.3 A configuração da reincidência criminal no direito positivo penal brasileiro: origem, definição e elemento caracterizadores

“A reincidência deriva de *re-incidere* ou de *recidere* e significa, no seu sentido literal, recair, repetir o ato”, ou seja: a repetição da prática do crime (BISSOLI FILHO, 1998, p. 75).

No Direito Positivo Penal, Processual Penal e de Execução Penal brasileiros, o instituto da reincidência criminal foi ingressando aos poucos, passando a exercer influência cada vez mais visível.

“As Ordenações do Reino não têm registros no sentido de que a reincidência criminal fosse um instituto reconhecido e influente explicitamente em relação ao crime, à pena ou ao criminoso” (BISSOLI FILHO, 1998, p.95).

A reincidência criminal ingressou como instituto penal no Direito Positivo Penal Brasileiro através do Código Criminal do Império, de 07 de janeiro de 1830, que previa como circunstância agravante, em seu art. 16, § 3º: “Art. 16. São circunstancias agravantes: [...] 3º Ter o delinquente reincidido em delicto da mesma natureza. [...]” (BRASIL, 2011b).

O dispositivo não trazia em si os requisitos necessários à configuração da reincidência criminal; tal lacuna era preenchida pela jurisprudência (BISSOLI FILHO, 1998, p.95).

A Consolidação das Leis Penais, aprovada e adotada pelo Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932, manteve o instituto da reincidência criminal, nos termos da legislação anterior, inclusive quanto à sua perpetuidade, mas introduzindo algumas alterações e ampliando o seu alcance (BISSOLI FILHO, 1998, p.95).

No entanto, segundo Bissoli Filho (1998, p. 96), das legislações até então vigentes no país, o Código Penal de 1940 foi o que mais contemplou a reincidência criminal, a ponto de ter constado da sua exposição de motivos, o tratamento especial merecido pelo instituto ao assim dispor:

Um dos pontos culminantes do projeto é a disciplina da agravante da reincidência. [...] A reincidência, na contextura do projeto, são atribuídas consequências legais particularmente severas, quer do ponto de vista 'repressivo' ou da 'pena', quer do ponto de vista 'preventivo' ou da 'medida de segurança'. [...] A reincidência é 'específica' ou 'genérica', conforme sejam os crimes da mesma ou diversa natureza. É abolida a reincidência 'especialíssima' da lei atual. 'Crimes da mesma natureza' não são apenas aqueles que constituem na 'violação do mesmo artigo', mas também aqueles que, embora definidos em dispositivos diversos, apresentam, pelos fatos que os constituem ou por seus motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns. Em qualquer de suas espécies a reincidência faz presumir a periculosidade (art. 78, nº IV), exclui a suspensão condicional da pena (art. 57, nº I), eleva o período de tempo de cumprimento da pena necessário para a concessão do livramento condicional, aumenta o prazo de prescrição (art. 110), interrompe o curso da prescrição, duplica o prazo mínimo para o pedido de reabilitação. A reincidência genérica, além do efeito da exasperação da pena (como qualquer outra agravante), torna obrigatória, como já vimos, a conversão da multa em detenção, no caso de não pagamento. A reincidência específica produz o mesmo efeito, se a multa é aplicada cumulativamente como pena privativa de liberdade e, além disso, segundo o art. 47, importa: 'I – aplicação da pena acima da metade da soma do mínimo com o máximo, se se trata de reclusão ou detenção; II – a aplicação da pena mais grave em qualidade, dentre as cominadas alternativamente, sem prejuízo do disposto no nº I'. (BISSOLI FILHO, 1998, p.96).

Assim, considerando que a reincidência criminal, no Direito Positivo Penal brasileiro, está adstrita a normas rígidas de definição, é nas disposições dos artigos 63 e 64, do Código Penal, que vamos encontrar os elementos de sua definição jurídica:

Art. 63 – Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Art. 64 – Para efeito de reincidência:

I – não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos, comutado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

II – não se consideram os crimes militares próprios e políticos (BRASIL, 2011c).

Assim, analisando os dispositivos acima transcritos, pode-se inferir que a reincidência criminal, no seu sentido jurídico mais amplo, é formada de dois elementos ou requisitos básicos: a) uma condenação anterior transitada em julgado; b) a prática posterior de uma infração penal (tentada ou consumada), no prazo de cinco anos (BISSOLI FILHO, 1998, p.99).

A reincidência criminal influencia diretamente no Direito Positivo Penal, no Processual Penal, bem como na Execução Penal brasileiros, incidindo na lei penal, na aplicação da pena, na concessão e revogação da suspensão condicional da pena, na substituição e diminuição de penas, na concessão e revogação do livramento condicional, na prescrição penal, na fixação do regime inicial de cumprimento de pena, como causa especial de aumento de pena e como qualificadora do delito, como elemento do tipo contravencional do art. 25 LCP, na reabilitação criminal, bem como na transação penal (BISSOLI FILHO, 1998, p.100-104).

Corroborando com o tema, Bitencourt (2009, p. 113) ressalta que o Código Brasileiro de Trânsito (Lei nº. 9.503/97), no art. 296, atinge o cúmulo do arbítrio ao cominar pena pelo simples fato de o réu ser reincidente, assim dispendo: “Art. 296. Se o réu for reincidente na prática de crime previsto neste Código, o juiz aplicará a penalidade de suspensão da permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor, sem prejuízo das demais sanções penais cabíveis”

Referente à lei penal, a reincidência criminal influencia mais precisamente, a Lei de Contravenções Penais, a Lei n 9.099 de 1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais) e a Lei n 9.437 de 1997 (Lei das Armas), que contêm várias disposições normativas, que comprovam tal assertiva (BISSOLI FILHO, 1998, p.101).

O instituto reincidência criminal influi profundamente, segundo Bissoli Filho (1998, p. 101), na aplicação da pena ao considerar circunstância que sempre

agrava a pena, conforme o disposto no art. 61, I do Código Penal, agindo ainda como circunstância preponderante, ao lado dos motivos determinantes do crime e da personalidade do agente, no caso de concurso de agravantes e atenuantes, conforme expressamente dispõe o art. 67 do CP. Após a análise das circunstâncias judiciais, a reincidência criminal influi na segunda fase da aplicação da pena, onde são analisados os agravantes e atenuantes (circunstâncias legais).

Destaca Bissoli Filho (1998, p. 101) que

[...]o agravamento da pena decorrente da reincidência criminal atinge genericamente todos os delitos, incluindo os culposos (que estão excluídos das demais agravantes relacionadas no inciso II do artigo 61 do CP) e as contravenções penais e excluindo os crimes militares próprios e políticos.

Na concessão e revogação da suspensão condicional da pena, impõe-se determinados requisitos, a destacar, que o condenado “não seja reincidente em crime doloso”. Já dentre as causas de revogação obrigatória, o destaque é a condenação, em sentença irrecorrível, por crime doloso, durante o período de prova. Segundo Bissoli Filho, neste caso, não se trata propriamente de reincidência criminal, posto que “o crime pelo qual adveio a segunda condenação poderá ter ocorrido antes da primeira condenação, o que seria caso de simples reiteração” (BISSOLI FILHO, 1998, p.101).

Como elemento do tipo contravencional do art. 15 da Lei de Contravenções Penais, “para a caracterização da contravenção de posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto, há necessidade de que o agente já tenha sido condenado por crime de furto ou roubo”. Trata-se também de um caso de reincidência perpétua (BISSOLI FILHO, 1998, p.104).

Ainda analisando a influência da reincidência criminal no Direito Positivo Penal brasileiro, na reabilitação criminal, o instituto é visto como sendo “ o que mais procura reduzir os efeitos daninhos da reincidência criminal e dos antecedentes, porquanto vista apagar a vida criminosa passada do agente”. O instituto encontra-se regulamentado nos artigos 743 a 750 do Código de Processo Penal (BISSOLI FILHO, 1998, p.104).

Dentre os vários requisitos para que seja admitida a transação penal, está o fato de “não ter sido o autor da infração condenado pela prática de crime” (art. 76, § 2º. I da Lei 9.090 de 1995). Observa-se que a referida norma sugere que a reincidência criminal, neste caso, seja perpétua (BISSOLI FILHO, 1998, p.104).

O instituto em análise também influencia na Lei Processual Penal, como se o resultado final pudesse ser previsto pelos operadores do direito, pois a reincidência criminal faz com que a utilização dos meios seja influenciada pelos fins que se deseja alcançar. Assim, está presente no exercício do direito de apelação em liberdade, na prisão do réu pronunciado, na suspensão condicional do processo, como hipótese para a decretação da prisão preventiva, e como óbice à concessão da liberdade provisória mediante fiança (BISSOLI FILHO, 1998, p.104-106).

Na Lei de execução penal, a reincidência criminal também influencia, diferenciando o tratamento do criminoso reincidente do não reincidente na saída temporária (art. 133 a 115 da Lei de execução penal) e no indulto penal e na comutação de penas.

É oportuno lembrar que a aplicação do instituto da reincidência é questionado constitucionalmente, o que constituiria para alguns doutrinadores um *bis in idem*. Ou seja: a pena maior que se impõe na condenação pelo segundo delito, na verdade, decorre do primeiro, pelo qual o agente já havia sido julgado e condenado e, muito provavelmente, cumprido a pena.

Ao cometer novo delito, o agente estaria violando duas normas: a do segundo tipo e a que, partindo do primeiro delito, proíbe cometer o segundo. Assim, estaria claro que cada tipo penal protegeria dois bens jurídicos e a reincidência ofenderia a um bem jurídico daquele que afeta o segundo delito (ZAFFARONI, PIERANGELI, 1997, p. 847).

Analisadas sucintamente os institutos antecedentes e reincidência criminal, suas origens, incidência e influência no Direito Positivo Penal brasileiro, far-se-á, então uma breve síntese sobre a evolução jurisprudencial do princípio da insignificância nos crimes tributários e no descaminho nos Tribunais Pátrios.

4 ANÁLISE DOS ASPECTOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS NA CARACTERIZAÇÃO DOS DELITOS DE CONTRABANDO E DESCAMINHO E SUA EVOLUÇÃO NOS TRIBUNAIS PÁTRIOS

Zaffaroni nos adverte que a fixação de um parâmetro objetivo e seguro para embasar a incidência do princípio da insignificância serve para “ prevenir o escândalo político que resulta quando a jurisprudência massivamente muda de critério e considera atípica uma conduta que até esse momento qualificaria como típica”. E continua o autor a se perguntar porque duas pessoas que realizaram idênticas ações reguladas pela mesma lei terão sido julgadas de modo que uma resultou condenada e a outra absolvida? (2003, p.224).

Quem melhor desenvolveu a trajetória do reconhecimento do princípio da insignificância nos Tribunais Pátrios foi o doutrinador Luiz Flávio Gomes.

Segundo Gomes (2009, p.30-31), em 06 de dezembro de 1988, a jurisprudência do STF (RHC 66.869-PR, rel. Min. Aldir Passarinho) reconheceu em primeiro lugar o princípio da insignificância, levando em conta exclusivamente o critério do desvalor do resultado. O caso concreto tratava-se de um caso de lesão corporal culposa em acidente de trânsito, conforme abaixo transcrito:

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 é de absoluta insignificância, como resulta dos elementos dos autos e outra prova não seria possível fazer-se tempos depois -há de impedir-se que se instaure ação penal que a nada chegaria , inutilmente sobrecarregando as varas criminais, geralmente tão oneradas (BRASIL, 2011d).

Já em outro julgado, onde atuou como relator o Ministro Francisco Rezek, a colenda turma do STF, no HC 70.747-RS, deixou de acatar o princípio da insignificância, embora o desvalor do resultado fosse mínimo, porque o acusado **não reunia condições (pessoais)** para isso, conforme abaixo:

HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL. DELITO DE TRÂNSITO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ANÁLISE DE CADA CASO.

Somente a análise individualizada, atenta às circunstâncias que envolveram o fato, pode autorizar a tese da insignificância. A natureza do ocorrido, bem como a vida pregressa do paciente, não permitem acolher a tese da singeleza. Habeas Corpus indeferido. (BRASIL, 2011e).

De acordo com Gomes (2009, p. 31), “[...]o resultado jurídico foi insignificante, mas o fato não foi admitido como penalmente irrelevante porque o réu era reincidente (já condenado antes por desacato e desobediência a policiais)”. Nota-se presente, neste caso, que o julgador considerou aspectos subjetivos do agente, ao analisar a “vida pregressa do paciente”.

A decisão acima transcrita tem uma peculiaridade: segundo Gomes, foi impetrado por Luiz Luisi em favor de réu denunciado por lesão corporal culposa contra um guarda de trânsito. O jurista faz uma crítica contra a decisão onde destaca-se:

[...] todavia, data vênia o equívoco mais gritante está na afirmação contida na ementa quando na mesma se diz que 'a natureza do ocorrido, bem como a vida pregressa do paciente', não permitem acolher a tese da singeleza. [...] A vida pregressa, os antecedentes, por mais 'hediondos' que sejam, não podem levar a tipificação criminal de uma conduta que, por ter causado insignificante dano a um bem jurídico tutelado, não lhe causou uma lesão relevante (LUIZI, 1998. p. 227).

Para Luiz Flávio Gomes (2009, p. 31-32), significa que:

[...] para o efeito de se admitir ou não a insignificância de um fato não importam critérios de culpabilidade, vida passada do agente, acontecimentos post factum etc. Tudo isso faz parte do princípio da irrelevância penal do fato, não do princípio da insignificância. Quando o julgador se vale de critérios da irrelevância penal do fato para decidir sobre a insignificância, ingressa num processo (inadmissível e censurável) de subjetivização desta última. O princípio da insignificância tem bases eminentemente objetivas e não se concilia com nenhum tipo de subjetivização.

Gomes evidencia mais uma diferença entre um princípio e outro. O da insignificância conduz as investigações preliminares ao arquivamento, pois não há tipicidade material da conduta. Caso não seja arquivado, salienta Gomes, cabe ao juiz absolver o réu sumariamente, nos termos do art. 397, III do CPP. Já o princípio da irrelevância penal do fato implica a abertura e a instrumentalização do processo, pois o fato não é bagatelar, há um desvalor da ação e desvalor do resultado. No entanto, pode, neste último caso, o juiz, ao final, no momento da aplicação da pena,

dispensá-la fundamentadamente com fulcro no art. 59 do CP, porque esta se tornou desnecessária (2009, p. 32).

As decisões, ora abordando aspectos meramente objetivos, ora englobando, também, os aspectos subjetivos do agente encontram-se presentes nos julgados envolvendo os delitos tributários e no descaminho, como se poderá observar.

O critério central que orienta o reconhecimento da insignificância no âmbito do Direito Penal Tributário ou mesmo no delito de descaminho reside no valor mínimo exigido para que se proceda o ajuizamento da execução fiscal (GOMES, 2009, p.107-108), abaixo transcrito:

HABEAS CORPUS . DESCAMINHO. APREENSÃO DE MERCADORIA DE PEQUENO VALOR. INEXISTÊNCIA DE INTERESSE FISCAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUDENTE DE ILICITUDE. PRECEDENTES DO STJ.

1. Não se vislumbra na hipótese a existência de ilícito fiscal, o que se torna inviável a imputação do delito de descaminho ao paciente, uma vez que a conduta que se lhe imputa a peça acusatória não chegou a lesar o bem jurídico tutelado, qual seja, a Administração Pública em seu interesse fiscal.
2. Aplicação do princípio da insignificância como causa supralegal de exclusão da tipicidade. Precedentes do STJ.
3. Habeas corpus concedido (BRASIL, 2011f).

Da decisão, infere-se que o Superior Tribunal de Justiça entende que, em se tratando do delito de descaminho, tipificado no art. 334 do CP, é passível a aplicação do princípio da insignificância quando o valor dos tributos devidos não for passível de inscrição em dívida ativa, o que retira da Administração Pública o interesse em promover a ação fiscal para sua cobrança.

Salienta Gomes (2009, p. 108) que “esse critério foi aceito pela jurisprudência, sem rupturas, até 2005. A partir daí houve uma verdadeira reviravolta”. Acentua ainda que é válido o critério valorativo estabelecido para o ajuizamento da execução fiscal, pois abaixo do patamar estabelecido “ não vale a pena propor a execução fiscal, com muito maior razão não tem sentido impor um castigo penal”.

Sobre o assunto, adverte o mesmo autor (2009, p. 108) que:

[...] o critério tributário (assim como o descaminho) é muito peculiar. Está regido por uma solução também muito particular. O valor do ajuizamento da execução fiscal, em síntese, não é um parâmetro válido para outros delitos (salvo no que se relaciona com os delitos previdenciários, como veremos).

Para o delito de furto, por exemplo, não prepondera o critério do crime tributário.

O que se pretende nesta etapa não é focar na evolução dos valores legais adotados para a incidência do princípio da insignificância, mas analisar a trajetória de seu reconhecimento nos tribunais pátrios, que ora adotavam critérios objetivos, relacionados com a prática ou consequências do delito, ora critérios subjetivos, direcionados a examinar a vida pregressa do agente.

4.1 Síntese evolutiva da jurisprudência dos Tribunais reconhecendo o Princípio da Insignificância juntamente com análise de aspectos subjetivos do agente

Prosseguindo com o tema, de acordo com Luiz Flávio Gomes, a jurisprudência, de 1997 a 2001 adotou, para a aplicação do princípio da insignificância o valor de RS 1.000,00 (mil reais), por força do art. 1º da Lei 9.469/97 para o montante de tributos suprimidos. Observa o autor que, no valor do crédito tributário deve ser computado tudo, inclusive as multas. Caso o valor total não ultrapasse o patamar legal para o ajuizamento da execução fiscal, deve ter incidência do princípio da insignificância (GOMES, 2009, p. 108). Vale lembrar que, à época, aplicava-se ainda o art. 20 da MP 1.542-28/97, que, em 2001, foi convertida na Lei 10.522/2002.

Nesse período (1997 a 2001), as decisões não mencionavam os critérios objetivos do delito, ou subjetivos do agente. O princípio era aplicado analisando estritamente o valor dos tributos suprimidos. Entretanto, no Superior Tribunal de Justiça, no acórdão abaixo, o relator fez constar em sua decisão os “antecedentes” do acusado, conforme transcreve-se:

RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. **PRINCIPIO DA BAGATELA OU INSIGNIFICANCIA.** - A PEQUENA QUANTIDADE E O POUCO VALOR DA MERCADORIA DE PROCEDENCIA ESTRANGEIRA APREENDIDA EM PODER DOS ACUSADOS AUTORIZA A APLICAÇÃO DO PRINCIPIO DA INSIGNIFICANCIA, DESCARACTERIZANDO O CRIME DE DESCAMINHO. - UMA CONDENAÇÃO CRIMINAL, IN CASU, SERIA, NA VERDADE, PELAS SUAS CONSEQUENCIAS, DESPROPORCIONAL AO DANO DECORRENTE DA CONDUTA PRATICADA PELOS **RECORRIDOS,**

TODOS PRIMARIOS E DE BONS ANTECEDENTES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO, MAS IMPROVIDO (BRASIL, 2011g. Grifo nosso).

Em 2002 e 2003, segundo Gomes (2009, p. 109), com a entrada em vigor da Lei 10.522, de 19 de julho de 2002, o valor de R\$ 1.000,00 foi alterado para R\$ 2.500,00, critério esse adotado amplamente e sem discussão pela jurisprudência até 2004. Até esse montante entendia a jurisprudência que não se tratava de valor lesivo (ofensivo) de modo relevante aos cofres públicos. Formalmente tratava-se de conduta típica, mas materialmente não estaria presente o requisito do resultado jurídico relevante, que consistisse, no caso, no interesse fiscal da Administração Pública.

No acórdão da 8ª turma do TRF4 nº 2003.71.05.001323-8/RS o relator alertou que para a aplicação do princípio da insignificância dever-se-ia analisar não apenas o valor do tributo suprimido, mas os aspectos subjetivos do agente. Ainda segundo o eminente julgador, não se mostra compatível com o princípio da insignificância o fato de o acusado possuir antecedentes em crimes da mesma natureza, denotando grau de profissionalismo e habitualidade na conduta delituosa, conforme pode-se abaixo:

PENAL. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REITERAÇÃO DA CONDUTA.

- 1. O reconhecimento do ilícito de bagatela, no crime de descaminho, pressupõe não só a análise do valor do tributo incidente sobre as mercadorias apreendidas, mas de aspectos subjetivos do agente.**
2. Não se mostra compatível com o princípio da insignificância a verificação de que o acusado possui antecedentes em crimes da mesma natureza, denotando grau de profissionalismo e habitualidade na conduta delituosa.
3. Recurso em sentido estrito provido (BRASIL, 2011h. Grifo nosso).

No mesmo sentido foi a decisão no recurso criminal em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal - MPF contra decisão que rejeitou a denúncia com base no princípio da insignificância, bem como por já estar extinta a punibilidade em decorrência da prescrição antecipada. Analisando o inteiro teor do acórdão, o MPF sustentou a tese que o reconhecimento do ilícito de bagatela, no crime de descaminho, não deve se pautar apenas nos valores dos bens apreendidos, mas na intensidade da lesão produzida, que se revelou alta na espécie, em razão do grau de profissionalismo do agente. Para corroborar seus argumentos, mencionou a certidão de antecedentes do acusado, que, segundo

alegou, demonstra a prática reiterada de condutas delituosas. Por fim, argui o repúdio da jurisprudência à prescrição antecipada.

No presente caso, o valor dos tributos sonegados totalizou R\$ 1.022,50 (um mil e vinte e dois reais e cinquenta centavos), hipótese que ensejaria a aplicação do princípio da insignificância por se encontrar aquém do limite legal estipulado para configurar o interesse da Fazenda Nacional para o ajuizamento da correspondente ação fiscal. Não há de se perder de vista que o valor que ensejava a aplicação do princípio da insignificância na época dos fatos era de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

No entanto, no bojo da decisão ora analisada, assim observou o relator:

[...] além dos critérios objetivos acima elencados, o reconhecimento do ilícito de bagatela requer a configuração de pressupostos subjetivos, isto é, as condições pessoais do agente também devem pesar na decisão a ser prolatada. Como bem salientou o eminente Desembargador Federal Volkmer de Castilho, por ocasião do Recurso Criminal em Sentido Estrito nº 2002.71.02.000223-4/RS, "o Princípio da Insignificância não pode ser interpretado e utilizado como instrumento de fomentar a impunidade, mas como medida de Política Criminal, aplicando-se-lhe parcimoniosamente, após detida análise do caso em concreto, sob pena de se estar privilegiando e instigando condutas contrárias ao ordenamento jurídico-criminal pátrio". Na presente ação penal afastou-se a aplicação do princípio em tela ao evidenciar-se que não era a primeira vez que se imputava ao acusado o delito de descaminho, restando assim ementado: **"DESCAMINHO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REITERAÇÃO DA CONDUTA.** O valor do tributo incidente sobre as mercadorias encontradas em posse da recorrida **encontra-se abaixo do limite mínimo perseguido pelo Fisco** (resultado). No entanto, **não incide o princípio da singeleza, em face de a acusada ter outra ação arquivada pelo princípio de bagatela e ação penal em trâmite, demonstrando habitualidade em práticas que, em tese, configuram o tipo do art. 334 do Código Penal.** Interpretação benevolente que, no caso, perde justificação. Recurso provido." (BRASIL, 2011i. Grifo nosso).

Segundo pesquisas feitas no Sistema de Informações Processuais do TRF4, o acusado do caso em epígrafe, em 2001, respondeu por ação penal atinente ao mesmo delito que lhe foi imputado, tendo ocorrido o arquivamento da mesma em face do trânsito em julgado da decisão que não recebeu a inicial. E mais: verificou-se que após o início do processo criminal analisado, que se deu em 21.02.2003, em 18.03.03, o MPF ingressou com nova denúncia na circunscrição de Uruguaiana/RS, referente ao cometimento da mesma figura típica, evidenciando, assim, a

habitualidade na prática da conduta descrita no artigo 334 do CP, impedindo, então, segundo o relator, a aplicação do princípio da insignificância.¹¹

Em 2004, a novidade veio em primeiro lugar com a Portaria 49, de 01 de abril de 2004, do Ministério da Fazenda, que “autoriza a) a não inscrição como dívida ativa da União de débitos com a Fazenda Nacional de valor até R\$ 1.000,00 e b) o não ajuizamento das execuções fiscais de débitos até R\$ 10.000,00” (GOMES, 2009, p. 109).

Outra novidade foi a Lei 11.033/2004, que no artigo 21, reiterou o valor de R\$ 10.000,00, utilizado como parâmetro para o não ajuizamento das execuções fiscais.

No tocante ao assunto, reafirma Gomes que “se esse último valor (R\$ 10.000,00) não é relevante para fins fiscais, com muito maior razão não o será para fins penais”. Em suma: débitos fiscais com a Fazenda Pública da União de até R\$ 10.000,00 devem ser considerados penalmente irrelevantes. Incide nestes casos o princípio da subsidiariedade do Direito Penal. Se nem sequer é o caso de execução fiscal, com maior razão não deve ter incidência do Direito Penal (2009, p. 109).

Pois bem, diante da fixação do novo patamar, houve uma reação nos Tribunais Pátrios. No Superior Tribunal de Justiça- STJ, por iniciativa do Ministro Félix Fischer, passou-se a adotar o patamar de parcos R\$ 100,00 (cem reais), conforme acórdão abaixo:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. DÉBITO FISCAL. ARTIGO 20, CAPUT, DA LEI Nº 10.522/2002. PATAMAR ESTABELECIDO PARA O AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE EXECUÇÃO DA DÍVIDA ATIVA OU ARQUIVAMENTO SEM BAIXA NA DISTRIBUIÇÃO. ART. 18, § 1º, DA LEI Nº 10.522/2002. CANCELAMENTO DO CRÉDITO FISCAL. MATÉRIA PENALMENTE IRRELEVANTE.

I - A lesividade da conduta, no delito de descaminho, deve ser tomada em relação ao valor do tributo incidente sobre as mercadorias apreendidas.

II - **O art. 20, caput, da Lei nº 10.522/2002 se refere ao ajuizamento da ação de execução ou arquivamento sem baixa na distribuição, não ocorrendo, pois, a extinção do crédito, daí não se poder invocar tal dispositivo normativo para regular o valor do débito caracterizador de matéria penalmente irrelevante.**

III – In casu, o valor do tributo incidente sobre as mercadorias apreendidas é superior ao patamar estabelecido no dispositivo legal que determina a extinção dos créditos fiscais (art. 18, § 1º, da Lei nº 10.522/2002), logo, **não se trata de hipótese de desinteresse penal específico.**

Recurso provido (BRASIL, 2011j. Grifo nosso).

¹¹ No mesmo sentido é a decisão no acórdão no RSC 2002.70.05.009886-9/PR.

Uma breve síntese do caso em tela é fundamental para se entender a decisão do STJ. Trata-se de Recurso Especial interposto pelo Ministério Público Federal, contra acórdão proferido pela 8ª turma do TRF4, que negou seguimento ao recurso em sentido estrito interposto pelo *Parquet*, mantendo a decisão que rejeitou a denúncia que imputara ao réu a prática de crime de descaminho, com fundamento no princípio da insignificância.

O recorrido foi denunciado pelo MPF como incurso no crime tipificado no art. 334 do CP, por ter introduzido no país mercadoria de procedência estrangeira avaliada em R\$ 2.499,34 (dois mil, quatrocentos noventa e nove reais, trinta e quatro centavos) sem recolher os tributos devidos, no valor de R\$ 1. 249,67 (um mil, duzentos quarenta e nove reais, sessenta e sete centavos).

A denúncia foi rejeitada pela 2ª Vara Criminal de Foz do Iguaçu/PR, com fulcro no art. 43, I do CPP pela atipicidade do fato em consequência da aplicação do princípio da insignificância.

Irresignado, o MPF interpôs recurso em sentido estrito, objetivando a reforma da decisão que rejeitou a denúncia. A 8ª Turma do TRF4, por unanimidade, negou provimento ao recurso, entendendo ser possível a aplicação do princípio da insignificância, excluindo a tipicidade, devido ao pequeno valor do tributo incidente sobre as mercadorias encontradas em posse do recorrido.

Como fundamentos para o recurso especial, o MPF aduziu que “o acórdão vergastado negou vigência ao art. 334 do CP, ao afastar a tipicidade da conduta sob o fundamento de que '**o dano resultante da infração acarretou lesão mínima ao fisco**'.” (grifos no original).

Alegou ainda o MPF a tese de dissídio jurisprudencial, visto que o acórdão recorrido diverge de julgados do Superior Tribunal de Justiça, no sentido que “só se aplica o princípio da insignificância quando o valor do imposto devido está aquém do limite de R\$ 1.000,00”.

Como relator do caso, o argumento usado pelo Ministro Fischer foi que, por força do art. 18, § 1º da Lei 10.522/2002, créditos até o valor de R\$ 100,00 foram cancelados. Acima deste valor e até R\$ 10.000,00, o que não ocorria seria o ajuizamento da execução.

In verbis, os art. da Lei 10.522/02 acima supracitados:

Art. 18, § 1º: Ficam cancelados os débitos inscritos em Dívida Ativa da União, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 100,00 (cem reais);
[...]

art. 20: Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) (BRASIL, 2011).

Em seus argumentos, o Ministro Fischer argumentava que o que importa é o valor do crédito cancelado, não o *quantum* do ajuizamento da execução.

Segundo Gomes (2009, p. 110), por sua habilidade argumentativa, o argumento do Ministro prosperou dentro dos Tribunais. Em sentido contrário, destaca Gomes que, se o crédito de até R\$ 100,00 foi cancelado, não há que se falar em delito tributário, pois o cancelamento do crédito tributário faz desaparecer o delito. Neste caso, não poderia incidir o princípio da insignificância em um fato que não seria formalmente típico. Com esse posicionamento, o Ministro Fischer, segundo os entendimentos de Gomes, teria acabado coma incidência da insignificância no âmbito dos delitos tributários e de descaminho (2009, p.110).

O julgamento do HC 61.133/RS, publicado em 20 de novembro de 2006, de relatoria da Ministra do STJ Laurita Vaz faz uma sucinta retrospectiva dos parâmetros adotados pelo Superior Tribunal de Justiça¹².

A jurisprudência do STJ seguiu essa linha de 2005 a 2007 (GOMES, 2009, p. 110). Pois bem, em 10 de outubro de 2007, a 8ª Turma do TRF4 rebelou-se contra o argumento que prosperava no STJ (que só admitia a insignificância até o limite de R\$ 100,00).

Gomes (2009, p. 110) cita que:

[...] na história Apelação Criminal 2003.70.03.009921-6-PR, a 8ª Turma do STJ, em acórdão de relatoria do Desembargador Elcio Pinheiro, passou a admitir (pela primeira vez, até onde sabe-se) o princípio da irrelevância penal do fato (até o limite de R\$ 2.500,00)

Continua o autor a observar que não se chegou ao valor de R\$ 10.000,00, por se entender que esse valor seria desproporcional, mas tampouco aceitou-se a “camisa de força “ dos R\$ 100,00. Na supracitada decisão, assim foi dada a ementa:

¹² Vide anexo I.

PENAL E PROCESSUAL. ART. 334 DO CP. DESCAMINHO. INSIGNIFICÂNCIA. DESCABIMENTO. ART. 18, § 1º DA LEI 10522/02. CULPABILIDADE. **PRINCÍPIO DA IRRELEVÂNCIA PENAL DO FATO.** DESNECESSIDADE DE APLICAÇÃO DA REPRIMENDA NO CASO CONCRETO.

1. Materialidade e autoria devidamente demonstradas, uma vez que o réu introduziu em território nacional mercadorias de procedência estrangeira, desacompanhadas da documentação legal. 2. Incabível a aplicação do princípio da insignificância quando o valor dos tributos sonegados ultrapassa o parâmetro contido no artigo 18 § 1º da Lei nº 10.522/02. Precedentes do STJ. 3. Sendo a conduta típica e antijurídica e não havendo excludentes, mostra-se de rigor o reconhecimento da culpabilidade do agente. 4. Todavia, sendo favoráveis todas as circunstâncias judiciais, bem como **ter sido esta a primeira e única vez que o agente se envolveu numa infração penal, além de ter respondido ao processo sem criar qualquer obstáculo**, inclusive confessando expressamente o delito, por razões de política criminal e em face do princípio da proporcionalidade e da irrelevância penal do fato, excepcionalmente, torna-se desnecessária a aplicação da pena no caso concreto, conforme estatuído na parte final do artigo 59 do Código Penal. (BRASIL, 2011m. Grifo nosso).

No bojo da decisão, o Desembargador Élcio Pinheiro de Castro destacou o entendimento das turmas do STJ que consideram inaplicável o disposto no art. 20 da Lei 10.522/2002, que determina o arquivamento dos autos da execução fiscal de débitos inscritos na dívida ativa da União do valor consolidado inferior a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais). Fazendo alusão ao parâmetro apontado pelo STJ e pelo próprio TRF4, reconheceu que o denunciado não faz jus ao aludido benefício, visto que o valor dos tributos sonegados, no caso concreto, totalizou R\$ 1.271,48 (um mil, duzentos setenta e um reais, quarenta e oito centavos).

Mesmo reconhecendo a tipicidade e a antijuricidade da conduta, não havendo quaisquer excludentes, provadas materialidade e autoria, impondo, assim, a culpabilidade, entendeu necessário fazer algumas considerações.

Com efeito, Castro aduziu que o Direito Penal moderno, por meio da intervenção mínima e da fragmentariedade, tem usado mecanismos garantidores àqueles que se envolvem em algum delito, facultando melhores condições de reparação do dano causado à vítima ou a toda coletividade (BRASIL,2011j).

E continuou a destacar que “todavia, a pena, como instituto de prevenção, muitas vezes não é a melhor solução para trazer a tão almejada paz social” (BRASIL, 2011n).

O Desembargador fundamentou ainda que remanescente a punição imposta, no caso dos delitos de baixo potencial ofensivo, as penas privativas de liberdade, podem, dependendo do preenchimento de determinadas condições

personais, serem substituídas por restritivas de direito que, na visão do Desembargador, são menos “aflictivas e possuem caráter mais humano e ressocializador” (BRASIL, 2011m).

Nessa mesma linha argumentativa, evocou novamente os ensinamentos do doutrinador Aníbal Bruno, que assim lecionou:

[...] atende a conveniência de poupar-se o delinquente da ação desmoralizadora da prisão, intelectual e moral que resulta das condições da vida carcerária e da convivência com os demais condenados, fechado dentro de um círculo de interesses muito diversos dos da vida social comum, à qual se pretendia ajustar o criminoso (APUD BRASIL, 2011m).

É nesse mesmo sentido que destaca Miguel Reale Júnior ao assim ensinar:

A pena é reconhecida como aflição e castigo, antes de tudo, como decorrência da própria realidade, pois desde a persecução penal, recaindo sobre o indiciado o aparato estatal para apuração do fato, até a execução, a pena é vista e sofrida pelo agente como um castigo e assim entendida pela sociedade, até mesmo depois de cumprida, quando permanece atuando na forma de rejeição do condenado (1987, p. 164).

Destacou o Desembargador que, nas hipóteses como a dos autos, certas condutas praticadas possuem características de infração bagatela imprópria, não sendo alcançados pela insignificância, mas no âmbito da culpabilidade, constituem fato irrelevante para a aplicação da pena (BRASIL, 2011m).

No caso em *sub judice*, considerou os aspectos subjetivos do agente ao destacar “ ter sido a primeira e única vez que o acusado se envolveu em um ilícito penal”. E ainda que o acusado “não empreendeu qualquer manobra com o fito de prejudicar a instrução processual (a qual, aliás, por si só, representa severo castigo)”(BRASIL, 2011m).

Partindo dos argumentos acima referidos, passou-se a verificar a possibilidade do reconhecimento do princípio da irrelevância penal do fato (espécie de perdão judicial - inculpação no artigo 59 do CP), fulcrado nos ensinamentos de Luiz Flávio Gomes¹³.

Ainda analisando os aspectos subjetivos do acusado, registrou o Desembargador que “nenhuma das circunstâncias judiciais, elencadas no artigo 59 do Estatuto Repressivo foi considerada desfavorável ao acusado”, negando

¹³ Vide anexo II. Luiz Flávio Gomes destaca as diferenças entre o princípio da irrelevância penal do fato e o princípio da insignificância.

provimento à apelação, declarando desnecessária a aplicação da pena em face do princípio da irrelevância penal do fato (BRASIL, 2011m).

Superada esta análise, passar-se-á a analisar acórdãos onde o julgador não mensurou os aspectos subjetivos do agente para a aplicação do princípio da insignificância, mas tão somente os critérios objetivos do delito, entrando, assim, em harmonia com os princípios que embasam o aludido princípio.

4.2 Síntese evolutiva da jurisprudência dos tribunais reconhecendo para a aplicação do Princípio da Insignificância apenas os aspectos objetivos do delito

No Supremo Tribunal Federal, o Ministro Sepúlveda Pertence, relatando o Agravo de Instrumento nº 559.904-QO, publicado no DJ de 26 de agosto de 2005 decidiu que para a incidência do princípio da insignificância somente os aspectos objetivos referente à infração praticada seriam considerados; a caracterização da infração penal como insignificante não abardaria considerações de ordem subjetiva, conforme abaixo:

Recurso Extraordinário: descabimento: falta de prequestionamento da matéria constitucional suscitada no RE; incidência das Súmulas 282 e 356. II. Recurso Extraordinário, requisitos específicos e habeas corpus de ofício. Em recurso extraordinário criminal, perde relevo a inaplicabilidade do RE da defesa, por falta de prequestionamento e outros vícios formais se, não obstante- evidenciando-se a lesão ou ameaça à liberdade de locomoção – seja possível a concessão de habeas-corpus de ofício (v.g. RE 273.363, 1ª T. , Sepúlveda Pertence, DJ 20.10.2000). III. Descaminho considerado como 'crime de bagatela': aplicação do princípio da insignificância'. Para a incidência do princípio da insignificância só se consideram aspectos objetivos referentes á infração praticada. Assim a mínima ofensividade da conduta do agente; a ausência de periculosidade social da ação; o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; a inexpressividade da lesão jurídica causada (HC 84.412, 2ª T., Celso de Melo, DJ 19.11.04). A caracterização da infração penal como insignificante não abarca considerações de ordem subjetiva: ou o ato apontado como delituoso é insignificante, ou não é. E sendo, torna-se atípico, impondo-se o trancamento da ação penal por falta de justa causa (HC 77.003, 2ª T., Marco Aurélio, RTJ 178/310. IV. Concessão de habeas corpus de ofício, para restabelecer a rejeição da denúncia (fl. 6-grifos no original)(BRASIL, 2011n).

Em 19 de fevereiro de 2008 a Ministra da 1ª Turma do STF, Carmem Lúcia, no HC 92.740, de sua relatoria, além de admitir o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), afastou as considerações de ordem subjetivas do TRF4, dando provimento ao HC impetrado pelo acusado contra decisão do Ministro Paulo Galloti, do STJ, que negou seguimento ao recurso especial.

Um sucinto relatório do caso concreto faz-se oportuno para se destacar a decisão da Ministra, explicado a seguir:

Em maio de 2005, o juiz Federal de Foz do Iguaçu/PR rejeitou a denúncia do MPF oferecida contra o acusado como incurso no delito tipificado no art. 334 do CP, tendo em vista o “irrisório valor dos tributos iludidos”.

O MPF recorreu em sentido estrito argumentando junto ao TRF4 que “o paciente registrava outro processo em andamento pela suposta prática do mesmo delito, caracterizando reiteração de conduta, motivo pelo qual não seria aplicável o princípio da insignificância” (BRASIL, 2011o).

Em outubro de 2004, o TRF4, por maioria dos votos, deu provimento ao recurso em sentido estrito, determinando o recebimento da denúncia nos seguintes termos:

PENAL. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA JURÍDICA. INAPLICABILIDADE. **REITERAÇÃO DA CONDUTA CRIMINOSA.**

1. Quando o dano resultante da infração não causa impacto no objeto material do tipo penal, em razão da pequena quantidade de produtos apreendidos e seu diminuto valor, o descaminho pode ser considerado delito de bagatela.

2. Contudo, constatada a reiteração da prática delituosa, mostrando-se incabível a aplicação do princípio da insignificância jurídica.

3. Para o reconhecimento do aludido instituto, além da importância sonogada, **deve-se levar em consideração outros aspectos relacionados à vida pregressa do denunciado, não devendo incidir tal preceito quando o sujeito ativo insiste na seara criminosa, fazendo do ilícito seu *modus vivendi*.** Precedentes.(fl. 13) (BRASIL, 2011p. Grifo nosso).

Contra a decisão acima, foram interpostos embargos infringentes, que não foram providos pelo Tribunal, onde foi também destacado não se aplicar o princípio da insignificância quando existirem elementos que indiquem a reiteração da conduta delituosa, ou seja, registros anteriores por crime da mesma espécie.

O impetrante interpôs recurso especial no STJ requerendo trancamento da ação penal, entendendo se tratar de aplicação do princípio da insignificância.

Em agosto de 2007, o Ministro Paulo Galloti negou provimento ao recurso especial. O impetrante reforçou a argumentação de que as instâncias ordinárias reconheceram como irrisória a quantia relativa aos impostos devidos por ele na ocasião da infração e que a reiteração da prática delituosa não poderia constituir óbice para a aplicação do princípio da insignificância.

No mérito, a Ministra relatora do recurso fez registro ao Informativo 490 do Supremo Tribunal Federal, onde fica evidenciado que o referido Tribunal entende que, na aplicação do princípio da insignificância não devem analisados os aspectos subjetivos do agente, conforme se evidencia no supracitado informativo:

RE Criminal: Descaminho e princípio da insignificância.

Por ausência de prequestionamento, a Turma não conheceu do recurso extraordinário criminal, mas concedeu habeas corpus, de ofício, para anular o título judicial condenatório formado contra o recorrente pela prática do crime de descaminho (CP, art. 334, caput e § 1º, c). No caso, o TRF da 4ª Região, embora tivesse considerado de pequena monta os tributos iludidos, negara aplicação ao princípio da insignificância, ao fundamento de restar caracterizada a habitualidade criminosa do agente. Asseverou-se que a incidência do mencionado princípio está relacionada com a envergadura da lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal, excluindo, em consequência, a própria tipicidade da conduta. Entendeu-se que, na espécie, a corte de origem não poderia ter levado em conta circunstâncias alheias às do delito em tese verificado para afastar a aplicação do princípio da insignificância. Assim, reputou-se inadequada a consideração de antecedentes criminais do réu (2 processos em curso) para se apreciar se o fato imputado seria ou não típico, assim como se a lesão provocada teria ou não expressão suficiente para preencher o tipo penal em sua acepção material, e concluiu-se pela atipicidade da conduta. Precedentes citados: AI 559904 QO/RS (DJU de 26.08.2005); HC 92364/RJ (DJU de 19.10.2007); HC 89624/RS (DJU de 7.12.2006); HC 88393/RJ (DJU DE 8.6.2007) (BRASIL, 2011p).

E continuou a Ministra Relatora a destacar que: “[...] em princípio, somente se poderia cogitar da análise de circunstâncias de caráter pessoal na hipótese de elas constituírem elementar do tipo, pois, do contrário, a configuração do crime não se daria em razão dos fatos, mas, sim, da pessoa que o tivesse praticado” (BRASIL, 2011p).

A dizer, continua a Ministra “[...] uma mesma conduta poderia ser, ou não, crime, dependendo das circunstâncias pessoais – condição econômica, ausência de antecedentes criminais, entre outras – tidas pela lei penal como irrelevantes para a configuração de determinado tipo penal” (BRASIL, 2011p).

Como se vê, a decisão da Ministra foi no sentido de se abstrair os aspectos subjetivos invocados pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que teria afastado a aplicação do princípio da insignificância tendo em vista os antecedentes criminais do réu.

De acordo com Gomes (2009, p. 111), a partir dessas decisões, o entendimento dado pelo Desembargador Feliz Fischer, que quase isoladamente continuava admitindo só o valor de R\$ 100,00, começa a cair em desuso.

Desde então, em vários julgados do próprio STJ já se segue o STF¹⁴. Há de se observar que o entendimento é seguido não apenas na adoção do valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para a aplicação do princípio da insignificância, mas também em afastar as análises subjetivas do agente, como antecedentes criminais e reiteração da conduta no delito do art. 334 do CP.

Com efeito, tudo o exposto acima é válido também para o delito de descaminho, que consiste em não pagar, no todo ou em parte, o imposto devido pela entrada ou saída de mercadorias do país. A princípio, a jurisprudência entendia não haver crime no descaminho em que os impostos não ultrapassavam R\$ 1.000,00¹⁵. Depois as decisões passaram a ter como base o valor de R\$ 2.500,00.

Em trabalho apresentado no Seminário sobre Pirataria: Contrabando e Descaminho, Paulo Afonso Brum Vaz trouxe à discussão o tema; “aspectos da jurisprudência federal sobre contrabando e descaminho” (2009). No referido estudo, o autor analisou a incidência dos delitos de descaminho e contrabando no TRF4. Os dados foram coletados dos processos constantes na pauta de julgamento da 8ª turma, em 30 de abril de 2009. Segundo se constatou, de um total de 100 processos julgados, 57 são relativos aos crimes tipificados no art. 334 do Código Penal e outros 43 a delitos diversos. Do total dos 57 processos envolvendo crimes do art. 334 do CP, houve o reconhecimento da insignificância em 56 casos. Há que se destacar que não houve análise quanto aos critérios usados para a aplicação do aludido princípio (VAZ, 2009).

Atualmente, talvez por uma questão de celeridade processual, desobstrução dos canais que propiciam acesso à justiça, ou até mesmo por evolução dos direitos tutelados na Magna Carta, dentre eles, o da Dignidade da

¹⁴ Resp 992.756-RS, relatado pelo Ministro Paulo Gallotti, j. 14.10.08; Resp 966.077-GO, relator Ministro Nilson Naves, j. 14.10.08; HC 110.404-PR, relator Ministro Arnaldo Esteves; AgRg no Resp 1.021.805-SC, relator ministro Hamilton Carvalhido, etc.

¹⁵ STJ, Resp 235.151, Relator Gilson Dipp, DJU 08.05.2000, p. 116; STJ, Resp 235.146, relator Félix Fischer, DJU 08.05.2000, p. 116.

Pessoa Humana, Princípio da Inocência, dentre outros, o entendimento que tem prevalecido nas decisões dos Tribunais Pátrios vão ao encontro do já pacificado pelo Supremo Tribunal Federal que, reiteradamente tem assim decidido, conforme abaixo:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL. CRIME DE DESCAMINHO. CRITÉRIOS DE ORDEM OBJETIVA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. 1. O princípio da insignificância tem como vetores a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada (HC 84.412/SP). 2. No presente caso, considero que tais vetores se fazem simultaneamente presentes. Consoante o critério da tipicidade material (e não apenas formal), excluem-se os fatos e comportamentos reconhecidos como de bagatela, nos quais têm perfeita aplicação o princípio da insignificância. O critério da tipicidade material deverá levar em consideração a importância do bem jurídico possivelmente atingido no caso concreto. Assim, somente é possível cogitar de tipicidade penal quando forem reunidas a tipicidade formal (a adequação perfeita da conduta do agente com a descrição na norma penal), a tipicidade material (a presença de um critério material de seleção do bem a ser protegido) e a antinormatividade (a noção de contrariedade da conduta à norma penal, e não estimulada por ela). 3. A lesão se revelou tão insignificante que sequer houve instauração de algum procedimento fiscal. Realmente, foi mínima a ofensividade da conduta do agente, não houve periculosidade social da ação do paciente, além de ser reduzido o grau de reprovabilidade de seu comportamento e inexpressiva a lesão jurídica provocada. Trata-se de conduta atípica e, como tal, irrelevante na seara penal, razão pela qual a hipótese comporta a concessão, de ofício, da ordem para o fim de restabelecer a decisão que rejeitou a denúncia. 4. **A configuração da conduta como insignificante não abarca considerações de ordem subjetiva, não podendo ser considerados aspectos subjetivos relacionados, pois, à pessoa do recorrente.** 5. Recurso extraordinário improvido. Ordem de habeas corpus, de ofício, concedida. (BRASIL, 2011q. Grifo nosso).

A decisão acima é corroborada pelo entendimento adotado no STF, QO em AI 559.904, 1ª Turma, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence¹⁶.

¹⁶ “EMENTA: I. Recurso extraordinário: descabimento: falta de prequestionamento da matéria constitucional suscitada no RE: incidência das Súmulas 282 e 356. Recurso extraordinário, requisitos específicos e habeas corpus de ofício. Em recurso extraordinário criminal, perde relevo a inadmissibilidade do RE da defesa, por falta de prequestionamento e outros vícios formais, se, não obstante - evidenciando-se a lesão ou a ameaça à liberdade de locomoção - seja possível a concessão de habeas-corpus de ofício (v.g. RE 273.363, 1ª T., Sepúlveda Pertence, DJ 20.10.2000). III. Descaminho considerado como "crime de bagatela": aplicação do "princípio da insignificância". **Para a incidência do princípio da insignificância só se consideram aspectos objetivos, referentes à infração praticada, assim a mínima ofensividade da conduta do agente; a ausência de periculosidade social da ação; o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; a inexpressividade da lesão jurídica causada** (HC 84.412, 2ª T., Celso de Mello, DJ 19.11.04). A caracterização da infração penal como insignificante não abarca considerações de ordem subjetiva: ou o ato apontado como delituoso é insignificante, ou não é. E sendo, torna-se atípico, impondo-se o trancamento da ação penal por falta de justa causa (HC 77.003, 2ª T., Marco Aurélio, RTJ 178/310). IV. Concessão de habeas corpus de ofício, para restabelecer a rejeição da denúncia.” (BRASIL, 2005.

Devido à extensão da fronteira do Brasil com diversos países, somados ao problema de desemprego, muitas pessoas encontram nos delitos de contrabando e de descaminho, um meio de sustendo para suas famílias. É cada vez maior o número de pessoas que atravessam a fronteira com o Paraguai visando aquisição de mercadorias neste país e a revenda no Brasil, incidindo na prática de contrabando, quando se traz produtos cuja importação é proibida, como o cigarro, ou no crime de descaminho, quando há importação de produtos cuja venda é permitida no Brasil, mas que aqui entram sem o recolhimento dos devidos tributos.

Tal prática tem se mostrado, a cada dia mais comum, e gera uma intensa mobilização tanto do aparato administrativo, ao realizar fiscalizações e tentar recuperar os tributos sonegados, bem como do Judiciário, ao receber a denúncia do Ministério Público e criminalizar tais condutas.

A título de exemplificação, o Seminário sobre Pirataria: contrabando e descaminho, realizado nos dias 01 e 02 de junho de 2009 em Florianópolis/SC, organizado pelo Desembargador Federal, Doutor Paulo Afonso Brum Vaz, mostrou que de um total de 100 processos criminais constantes na pauta de julgamento da 8ª turma do TRF4 em 30/04/2009, 57 eram relativos aos crimes do art. 334 do CP (descaminho) e 43 a delitos diversos. Dentre os 57 processos, em 56 deles foi reconhecida a insignificância.

Atualmente está em vigor a Lei 10.522/02, que estabeleceu o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) como valor mínimo de débitos que a Fazenda Nacional se dispõe a executar, via Poder Judiciário. Este patamar é usado pela justiça para a aplicação do princípio da insignificância, conforme foi explicitado neste trabalho, em especial, no STF e no STJ, que não mais admitem para a valoração de aspectos subjetivos do agente, como a reincidência e os antecedentes, para a aplicação do aludido princípio.

Na verdade, a desvinculação de análise dos aspectos subjetivos do agente para a aplicação do aludido instituto da insignificância não foi uma questão de respeito aos princípios constitucionais que o sustentam, dentre eles, o da fragmentariedade, da subsidiariedade, da adequação social. O que se pretendeu os juristas pátrios foi justamente utilizar os valores que norteiam tais princípios para

justificar a adoção de um parâmetro objetivo e seguro e embasar suas decisões ao aplicar o instituto da insignificância.

Observa-se que a multiplicação de processos geram mais custos, como de contratação de servidores, locais para funcionamento da estrutura judiciária, custos operacionais para executar os valores sonegados através das práticas delituosas nos crimes de caminho e contrabando.

Desta forma, se trata, na verdade, de uma decisão política ao afastar a análise dos antecedentes do agente para a aplicação do princípio da insignificância. Foi mais uma decisão de custeio da justiça que uma decisão em respeito aos princípios constitucionais.

5 CONCLUSÃO

Nos limites dessa monografia constatou-se que é intensa a mobilização tanto do aparato administrativo estatal, ao realizar fiscalizações e tentar recuperar os tributos sonegados, bem como do Poder Judiciário, ao receber as denúncias pelos delitos de contrabando e descaminho formuladas pelo Ministério Público e criminalizar tais condutas.

O Seminário sobre Pirataria: contrabando e descaminho, realizado nos dias 01 e 02 de junho de 2009, organizado pelo Desembargador Federal, Doutor

Paulo Afonso Brum Vaz, mostrou que de um total de 100 processos criminais constantes na pauta de julgamento da 8ª turma do TRF4 em 30/04/2009, 57 eram relativos aos crimes do art. 334 do CP (descaminho) e 43 a delitos diversos. Dentre os 57 processos, em 56 deles foi reconhecida a insignificância. Esses dados constituem um panorama do quanto os delitos em análise estão presente no cotidiano da justiça brasileira.

Nas varas federais por todo o Brasil os processos que versam sobre delitos de descaminho e contrabando se multiplicam, obstruindo as vias judiciais e dificultando a norma constitucional introduzida pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que prevê uma “razoável duração do processo e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.¹⁷ Na maioria dos casos, para o reconhecimento da insignificância nos delitos elencados neste trabalho, além do valor dos produtos proibidos, no caso de contrabando, ou do valor do imposto sonegado, no caso de descaminho, foram utilizados como critérios a análise da conduta social do agente, ou seja, levava-se em conta o fator reincidência nos delitos em espécie, e ainda se o agente praticava o ilícito como modo de vida, e ainda também se o agente já tinha outras condenações ou processos em curso que versassem sobre o mesmo fato típico.

Desta forma, com elevada taxa de desemprego, políticas públicas de trabalho e de inclusão social ineficazes e inflação em alta, muitas pessoas e até mesmo comerciantes ou quadrilhas especializadas realizavam reiteradamente a prática do ilícito de contrabando e/ou descaminho, principalmente pela fronteira entre Brasil e Paraguai.

Diante de todo esse quadro, os processos se multiplicavam nas varas federais e passaram a ser um entrave para o acesso a justiça. Talvez, visando desobstruir a Justiça Federal, os julgadores passaram a não mais valorar os critérios subjetivos do agente para a aplicação do princípio da insignificância. Quem primeiro afastou definitivamente a valoração dos critérios subjetivos do agente para o reconhecimento da insignificância foi a 1ª turma do STF, em julgamento de relatoria da ministra Carmem Lúcia, em 2008. Ainda neste ano, o STJ também passou também a reconhecer a insignificância, afastando a análise dos critérios subjetivos em seus julgados.

¹⁷ Artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal de 1988.

Hoje o entendimento unânime que prevalece nos tribunais pátrios é que para a aplicação do aludido princípio levar-se-á em conta apenas critérios objetivos dos delitos, sem se ater aos aspectos subjetivos do agente. Tudo leva a crer que tal escolha tratou-se na verdade de uma escolha orientada muito mais pelo viés econômico-financeiro do que uma questão de reconhecimentos dos princípios que norteiam a aplicação da insignificância, afastando análise subjetiva do agente.

Quando se estabelece um valor mínimo para a aplicação do princípio da insignificância o que se pretende tutelar é a agilidade da atividade judicial e as finanças públicas, pois é mais dispendioso para o Estado movimentar todo o aparato do Poder Judiciário para criminalizar tal conduta, do que utilizar os princípios do Direito para afastar a incidência dos critérios subjetivos, impedindo assim a tramitação de vários futuros processos. Da análise crítica das conclusões do tema em estudo nessa monografia, parece que pouco importa aos legisladores e juristas que a prática do contrabando e descaminho seja um modo de vida, uma forma ilegal de sustento familiar ou um simples meio de auferir lucros, utilizado pelos comerciantes. O que parece ser o objeto da coibição na leitura na jurisprudência são os gastos administrativos para punir tal conduta, não as condutas em si.

De fato, o que atrai agentes para a prática do delito analisado é a altíssima carga de tributos, que majoram os preços dos produtos no mercado interno brasileiro. Como o andamento da política tributária brasileira não mostra sinais em reduzir drasticamente as alíquotas que incidem sobre os produtos comercializados em território nacional, a prática de contrabando e/ou descaminho emerge como alternativa viável por aqueles que pretendem praticar o comércio e também por aqueles que pretendem adquirir produtos por valores mais baixos.

Tendo em vista a consecução da pesquisa, observa-se que os objetivos propostos foram alcançados. No primeiro tópico foram abordados os princípios que norteiam a aplicação do princípio da insignificância, bem quando ao analisar os diferentes entendimentos que vinham sendo adotados pelos Tribunais pátrios, em especial STF e STJ, para o reconhecimento da insignificância, através de reflexões e interpretação das motivações usadas pelos juristas para fundamentar suas decisões.

Ainda na primeira etapa verificou-se a origem do instituto da insignificância, a par das exposições sobre os princípios que o embasam juridicamente, e sua perspectiva na atual constituição brasileira.

No segundo capítulo concluiu-se que os delitos de descaminho e contrabando foram tipificados no ordenamento jurídico pátrio visando proteger o produto nacional, bem como a economia do país, tutelando, assim, o prestígio da Administração Pública e do interesse econômico-estatal, resguardando, indiretamente, a saúde, a segurança e a moralidade públicas.

Finalmente, no terceiro e último capítulo debruçou-se sobre o teor das decisões nos acórdãos selecionados, identificando a valoração ou não dos critérios subjetivos do agente para a aplicação do princípio da insignificância. Das interpretações jurisprudenciais restou configurado que foi o STF quem primeiramente afastou a valoração dos critérios subjetivos do agente para o reconhecimento da insignificância, sendo seguido pelo STJ, Tribunal que mais resistiu em afastar a análise dos critérios subjetivos do agente para a aplicação do aludido princípio. Atualmente, não somente STF e STJ, mas todos os Tribunais pátrios seguem o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, de que para a aplicação do princípio da insignificância não podem ser considerados aspectos subjetivos relacionados ao sujeito ativo do delito.

Vencidos os objetivos inicialmente propostos por este trabalho de conclusão de curso, faz-se necessário acompanhar as futuras decisões dos Tribunais pátrios para a aplicação do princípio da insignificância. Com o patamar fixado pela Lei 10.522, de 19 de julho de 2002, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para a Fazenda Nacional executar, via Poder Judiciário, seus débitos, é intensa a prática de contrabando e descaminho por nossas fronteiras com os países vizinhos, em especial, o Paraguai. A diminuição desse patamar ou a redução dos tributos sobre os produtos que são alvos dos delitos de contrabando e descaminho poderiam ser um desestímulo para a prática dos delitos ora elencados. Como o que motivou o afastamento dos critérios subjetivos do agente para o reconhecimento da insignificância foi uma questão de economia processual e financeira para a Administração Pública, haveria um desestímulo da prática desse tipo de delito, fazendo diminuir o número de processos nos Tribunais. Com essa redução o Poder Judiciário poderia voltar a valorar os critérios subjetivos do agente para o reconhecimento da insignificância, procurando, com isso, coibir a banalização dessas práticas delituosas, muitas vezes cometidas reiteradamente e como forma ilegal de sustento a familiar.

REFERÊNCIAS

ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarrão. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 8.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 13.ed. Rio de Janeiro:Ediouro. 1999.

BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da Criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1840. Dispõe sobre o Código Penal Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm, acesso em 21 abr./ 2011a.

_____. Lei de 16 de dezembro de 1830. Dispõe sobre o Código Criminal do Império do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm, acesso em 21 abr. 2011b.

_____. Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Dispõe sobre o Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del2848compilado.htm>, acesso em 21 abr. 2011c.

_____. Supremo Tribunal Federal. [...].RHC 66.869-1. Vera Maria Nunes Deutscher e Tribunal de Alçada do estado do Paraná. Relator: Ministro Aldir Passarinho. DJ, 28 abr. 1989. Disponível em: http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STF/IT/RHC_66869_PR%20_06.12.1988.pdf, acesso em 22/04/ abr. 2011d.

_____.Supremo Tribunal Federal. [...]. HC 70.747-5. Luiz Luisi e Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Francisco Resek. DJ, 07

jun. 1996. Disponível em:

http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STF/IT/HC_70747_RS%20_07.12.1993.pdf, acesso em 22/04/ abr. 2011e.

_____. Superior Tribunal de Justiça. [...]. HC 21071-SP. Faíçal Cais e Desembargador Federal Relator da Ação Penal NR 200003000105877 do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Relator: Ministra Laurita Vaz. DJ, 11 fev. 2003. Disponível em:
http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev2/files/JUS2/STJ/IT/HC_21071_SP_1267580282189.pdf, acesso em 22/04/ abr. 2011f.

_____. Superior Tribunal de Justiça. [...]. Resp 111.010-RN. Ministério Público Federal e Wanderlei Araújo Rodrigues, Edilson Alves de Paiva, Ademar Francisco da Costa. Relator: Ministro José Arnaldo. DJ, 08 de abr. 1997. Disponível em:
[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=\(\('RESP'.clap.+ou+'RESP'.clas.\)+e+%40num%3D'111010'\)+ou+\('RESP'+adj+'111010'.suce.\)&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=(('RESP'.clap.+ou+'RESP'.clas.)+e+%40num%3D'111010')+ou+('RESP'+adj+'111010'.suce.)&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1), acesso em 22/04/ abr. 2011g.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. [...]. RSE 2003.71.05.001323-8/RS. Ministério Público Federal e Paulo André Garcez . Relator: Desembargador Luiz Fernando Wowk Penteado. DJ, 02 jul 2003. Disponível em:
http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=1406&hash=a6a0c4e7374340c9e3069735076b4dcb, acesso em 22 abr. 2011h.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª região. [...]. EI 2004.04.01.044261-8/RS. Ministério Público Federal e Albina Barros Camargo. Relator: Juiz Federal Marcelo Malucelli. DJ, 08 fev. 2006. Disponível em:
<http://gedpro.trf4.gov.br/visualizarDocumentosInternet.asp?numeroProcesso=200404010442618&dataPublicacao=08/02/2006>, acesso em 22 abr. 2011 i.

_____. Superior Tribunal de Justiça. [...]. Resp 685.135-PR. Ministério Público Federal e Décio Albuquerque de Azevedo. Relator: Ministro Felix Fischer. DJ , 02 de mai. 2005. Disponível em:
https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1674889&sReg=200400635817&sData=20050502&sTipo=5&formato=PDF, acesso em 22 abr. 2011j

_____. Lei 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://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10522compilado.htm, acesso em 22 abr. 2011l.

_____. Superior Tribunal de Justiça. [...]. AI 559904 QO / RS. Ministério Público federal e José Amilton Sábado Figueiredo. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ, 26 de ago. 2005. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI%24%2ESCLA%2E+E+559904%2ENUME%2E%29+OU+%28AI%2EACMS%2E+ADJ2+559904%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>, acesso em 22 abr. 2011m.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. [...]. AC 2003.70.03.009921-6/PR. Ministério Público Federal e Jesus Rosalvo dos Santos. Relator: Desembargador Élcio Pinheiro de Castro. DJ 18 de out. 2007. Disponível em:
http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=1868201&hash=acab5cc14e5b7e6abac2d64143146ad5, acesso em 22 abr. 2011n.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. [...]. HC 2004.70.02.000892-9. Ministério Público Federal e Adriano Severino José da Silva. Relator: Desembargador Élcio Pinheiro de Castro. DJ, 22 de dez. De 2004. Disponível em:
<http://gedpro.trf4.gov.br/visualizarDocumentosInternet.asp?numeroProcesso=200470020008929&dataPublicacao=22/12/2004>, acesso em 22/04/ abr. 2011o.

_____. Supremo Tribunal Federal. [...]. HC 92.740- PARANÁ. Sérgio Bernardo Júnior e relator do recurso especial 767634 do Superior Tribunal de Justiça. DJ, 19 de fev. 2008. Disponível em:
http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STF/IT/HC_92740_PR%20_19.02.2008.pdf, acesso em 26 abr. 2011p.

_____. Supremo Tribunal Federal. [...]. RE 536.486-1. Ministério Público Federal e César Adalberto Theobald. Relator: Ministra Ellen Gracie. DJ, 26 de ago. DJ, 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=548819>, acesso em 23 abr. .2011q.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 3.ed. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2004.

CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime**: a caminho dos gulags em estilo ocidental. Rio de Janeiro: forense, 1988.

CORNEJO, Abel, **Teoria de la insignificância**. Buenos Aires:Ad-Hoc, 1997.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: RT, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão- Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Insignificância**. São Paulo: RT, 2009.

_____. **Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade**. São Paulo, RT: 2009.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: RT, 2003.

GRECO, Rogério. **Curso de direito Penal**. V. IV- Parte Especial (arts. 150 a 361 do Código Penal). 3.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2007

JESUS, Damásio Evangelista de. Crime de bagatela: reconhecimento do princípio da insignificância no delito de descaminho e seu efeito nos tipos privilegiados do furto e da desapropriação indébita. **Revista Esmape**. Recife: Esmape, 2000. v. 5, n.12, p.229-233.

JUNIOR, José Paulo Baltazar. **Crimes Federais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

JÚNIOR, Miguel Reale, **Penas e medidas de segurança no novo código**. 2.ed. São Paulo, Forense, 1987.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no direito penal**. São Paulo: RT, 1997.

_____. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**: análise à luz das Leis 9.099/95 (Juizados Especiais Criminais), 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) e da jurisprudência atual. 2.ed., São Paulo: RT, 2000.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

MASCHIO, José. **Crime organizado domina os sacoleiros**, Folha de São Paulo. São Paulo, 28 de nov de 2004. Dinheiro.

MAZUR, Bianca de Freitas. **O princípio da insignificância e sua aplicação nos crimes de contrabando e descaminho**. Curitiba: Monografia apresentada a Universidade Federal do Paraná, 2001.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal- Parte Especial. Arts. 235 a 361 do Código Penal**. 11^a.ed.v.3. São Paulo: Atlas SA, 1997.

_____; FABRINI, Renato N. **Código Penal interpretado**. 6^a ed. São Paulo: Atlas SA, 2008.

NOSCHANG, Édna Márcia Marçon. A descriminalização do crime de descaminho em razão da aplicação do princípio da insignificância. **Rev. Disc. Jur.** Campo Mourão, v. 2, n. 1, p.167-205, jan./jun. 2006. Disponível em: <http://revista.grupointegrado.br/revista/index.php/discursojuridico/article/view/177/70>, Acesso em 21/04/2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. **Código Penal Comentado**. 9. ed. São Paulo: RT, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 9.ed. São Paulo:RT, 2010.

_____. **Direito Penal Econômico**.3.ed. São Paulo: RT, 2009.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais do direito penal**. 3.ed. Lisboa: Vega, 1998.

SANGUINÉ, Odone. **Observações sobre o Princípio da Insignificância**:Fascículo de Ciências Penais. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, ano 3. v. 3. n. 1 p.36-50, jan./mar./1990.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumis Juris, 2000.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da Insignificância no direito Penal**. Curitiba: Juruá, 2004.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988.5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VAZ, Paulo Afonso Brum. Aspectos da jurisprudência federal sobre contrabando e descaminho. SEMINÁRIO SOBRE PIRATARIA; CONTRABANDO E DESCAMINHO, 2009, Florianópolis/SC. [...]. Disponível em:
http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/apg_PIRATARIA_PAULOAFONSOJURIS.pdf
Acesso em 23 abr. /2011.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista; tradução, prefácio e notas Luiz Regis Prado. 2.ed. São Paulo: RT, 2009.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; *et al.* **Direito penal brasileiro**: primeiro volume- teoria geral do direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: RT, 1997.

ANEXO I Examinando-se o caso, observa-se que o cerne da controvérsia é a possibilidade ou não de aplicação do princípio da insignificância em relação ao crime de descaminho, cujo débito tributário foi apurado no valor de R\$ 1.024,44 (mil e vinte e quatro reais e quarenta e quatro centavos). Inicialmente, impende dizer que, relativamente aos débitos previdenciários, o Superior Tribunal de Justiça tem aplicado o entendimento de que se pode aplicar o princípio da insignificância, desde que as contribuições devidas não ultrapassem o patamar de R\$ 1.000,00 (mil reais), estipulado no art. 1º, da Lei nº 9.469/97. Com a entrada em vigor da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, o patamar foi aumentado para R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais). O art. 20 da Lei nº 10.522/02, com efeito, trazia a seguinte redação, verbis: '(...) Serão arquivados, sem baixa na distribuição, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).' Assim, os débitos inferiores a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) provenientes do descaminho, passaram a ser considerados juridicamente irrelevantes, em razão de sua inaptidão para lesar o interesse fiscal da Administração Pública. Todavia, com o advento da Lei nº 11.033/2004, esse patamar foi novamente modificado, desta vez, para R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Nesse particular, no julgamento do REsp nº 685.135/RS, no qual se discutiu caso semelhante ao presente, a Colenda 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que a orientação jurisprudencial deveria ser revista, para aplicar ao caso de execução de crédito tributário o mesmo raciocínio seguido nas hipóteses de apropriação indébita de contribuições previdenciárias, sob pena de se atribuir tratamento diferenciado a hipóteses semelhantes - sonegação de tributos. Realizada, naquela oportunidade, a interpretação sistêmica entre os enunciados contidos nos arts. 18, § 1º e 20, ambos da Lei nº 10.522/2002, concluiu-se que "enquanto o art. 18, § 1º determina o cancelamento (leia-se: extinção) do crédito fiscal igual ou inferior à R\$ 100,00 (cem reais), o art. 20 apenas prevê o não ajuizamento da ação de execução ou o arquivamento sem baixa na distribuição, não ocorrendo, pois, a extinção do crédito. Daí porque não se pode invocar este dispositivo normativo para regular o valor do débito caracterizador de matéria penalmente irrelevante' (REsp nº 685.135/RS, DJ de 02/05/2005). Observa-se, assim, que a legislação citada na

impetração não estabelece a extinção do crédito tributário, mas a suspensão da execução, até que o valor devido atinja o patamar ali previsto. Desse modo, se no presente caso, o valor do tributo apurado é de R\$ 1.024,44 (mil e vinte e quatro reais e quarenta e quatro centavos) - que ultrapassa em muito o montante previsto no art. 18, § 1º, da Lei nº 10.522/2002, de R\$ 100,00 (cem reais), como limite para extinção do crédito fiscal - afasta-se a aplicação do princípio da insignificância, devendo, portanto, prosseguir a ação penal instaurada em desfavor do paciente. Nesse sentido: 'CRIMINAL. HC. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. ARTIGO 20, CAPUT, DA LEI Nº 10.522/2002. PATAMAR ESTABELECIDO PARA O NÃO AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE EXECUÇÃO OU ARQUIVAMENTO SEM BAIXA NA DISTRIBUIÇÃO. ART. 18, § 1º, DA LEI N.º 10.522/2002. EXTINÇÃO DO CRÉDITO. ORDEM DENEGADA. I. Hipótese na qual o paciente ajustou Termo de Suspensão Condicional do Processo pela prática de descaminho e interpôs o presente writ sustentando a aplicabilidade do princípio da insignificância ao caso, pois o valor do tributo apurado seria inferior ao limite fixado no art. 20, da Lei nº 10.522/2002, adotado para o arquivamento dos autos da execução fiscal. II. Aplica-se à execução de crédito tributário o mesmo raciocínio seguido nas hipóteses de apropriação indébita de contribuições previdenciárias - para as quais se adota o valor estabelecido no dispositivo legal que determina a extinção dos créditos (art. 1º, inciso I, da Lei nº 9.441/97). III. O caput do art. 20 da Lei nº 10.522/2002 se refere ao ajuizamento da ação de execução ou arquivamento sem baixa na distribuição, e não à extinção do crédito, razão pela qual não pode ser invocado como forma de aplicação do princípio da insignificância. IV. Se o valor do tributo devido ultrapassa o montante previsto no art. 18, § 1º da Lei nº 11.033/2004, que dispõe acerca da extinção do crédito fiscal, afasta-se a aplicação do princípio da insignificância. V. Ordem denegada.' (HC n.º 47.944/PR, rel. Min. GILSON DIPP, DJ de 02/05/2006). 'PENAL. RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. DÉBITO FISCAL. ARTIGO 20, CAPUT, DA LEI Nº 10.522/2002. PATAMAR ESTABELECIDO PARA O AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE EXECUÇÃO DA DÍVIDA ATIVA OU ARQUIVAMENTO SEM BAIXA NA DISTRIBUIÇÃO. ART. 18, § 1º, DA LEI Nº 10.522/2002. CANCELAMENTO DO CRÉDITO FISCAL. MATÉRIA PENALMENTE IRRELEVANTE. I - A lesividade da conduta, no delicto

de descaminho, deve ser tomada em relação ao valor do tributo incidente sobre as mercadorias apreendidas. II - O art. 20, caput, da Lei nº 10.522/2002 se refere ao ajuizamento da ação de execução ou arquivamento sem baixa na distribuição, não ocorrendo, pois, a extinção do crédito, daí não se pode invocar tal dispositivo normativo para regular o valor do débito caracterizador de matéria penalmente irrelevante. III - In casu, o valor do tributo incidente sobre as mercadorias apreendidas é superior ao patamar estabelecido no dispositivo legal que determina a extinção dos créditos fiscais (art. 18, § 1º, da Lei nº 10.522/2002). Logo, não se trata de hipótese de desinteresse penal específico. Recurso provido.' (REsp n.º 685.135/PR, rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 02/05/2005). Ante o exposto, denego a ordem.

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

Não se pode confundir, desse modo, o princípio da insignificância com o princípio da irrelevância penal do fato: aquele está para a infração bagatelar própria assim como este está para a infração bagatelar imprópria. Cada princípio tem seu específico âmbito de incidência. O da irrelevância penal do fato está estreitamente coligado com o princípio da desnecessidade da pena. Ao "furto" de um pote de manteiga deve ser aplicado o princípio da insignificância (porque o fato nasce irrelevante). Tratando-se de "roubo", que envolve bens jurídicos sumamente importantes (integridade física, liberdade individual etc.), pode ter incidência o princípio da irrelevância penal do fato (se presentes todos os seus requisitos).

Não é acertado utilizar um critério típico do princípio da irrelevância penal do fato (coligado à teoria da pena) na esfera de incidência do princípio da insignificância (que reside na teoria do delito). Essa é a confusão que precisa ser desfeita o mais pronto possível, para que o Direito Penal não seja aplicado incorretamente ou arbitrariamente.

Os princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato, a propósito, não ocupam a mesma posição topográfica dentro do Direito Penal: o primeiro é causa de exclusão da tipicidade material do fato (ou porque não há resultado jurídico grave ou

relevante ou porque não há imputação objetiva da conduta); o princípio da irrelevância penal do fato é causa excludente da punição concreta do fato, ou seja, de dispensa da pena (em razão da sua desnecessidade no caso concreto).

Um afeta a tipicidade penal (mais precisamente, a tipicidade material); o outro diz respeito à (desnecessidade de) punição concreta do fato. O princípio da insignificância tem incidência na teoria do delito (aliás, afasta a tipicidade material e, em consequência, o próprio crime). O outro pertence à teoria da pena (tem importância no momento da aplicação concreta da pena).

O primeiro tem como critério fundante o desvalor do resultado ou da conduta (ou seja: circunstâncias do próprio fato); o segundo exige sobretudo desvalor ínfimo da culpabilidade (da reprovação: primário, bons antecedentes etc.), assim como o concurso de uma série de requisitos post factum que conduzem ao reconhecimento da desnecessidade da pena no caso concreto (pouco ou nenhum prejuízo, eventual prisão do autor, permanência na prisão por um fato sem grande relevância etc).

Para que se reconheça esse último princípio (assim como a desnecessidade ou dispensa da pena) múltiplos fatores, portanto, devem concorrer: ínfimo desvalor da culpabilidade, ausência de antecedentes criminais, reparação dos danos ou devolução do objeto, reconhecimento da culpa, colaboração com a justiça, o fato de ter o agente sido processado, preso ou ter ficado preso por um período etc.

Tudo deve ser analisado pelo juiz em cada caso concreto. Lógico que todos esses fatores não precisam concorrer (todos) conjugadamente. Cada caso é um caso. Fundamental é o juiz analisar detidamente as circunstâncias do fato concreto (concomitantes e posteriores) assim como seu autor (...)" (GOMES; PABLOS DE MOLINA, 2007, p. 303-306).