

FACULDADE REDENTOR

CURSO: DIREITO

DANIELA GARCIA BOTELHO

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

Itaperuna

2016

DANIELA GARCIA BOTELHO

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

Monografia apresentada à Faculdade Redentor como parte dos requisitos para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Amaro Gil Barcelos

Itaperuna

2016

FOLHA DE APROVAÇÃO

Autora: DANIELA GARCIA BOTELHO

Título: A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO CRIME DE DESCAMINHO

Natureza: Monografia

Objetivo: Título de Bacharel em Direito

Instituição: Faculdade Redentor

Área de concentração: Direito Penal com ênfase no Princípio da Insignificância.

Aprovada em: ____ / ____ / ____

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Cláudio Márcio de Carvalho Chequer

Instituição: Faculdade Redentor

Prof. Me. Amaro Gil Barcelos

Instituição: Faculdade Redentor

Profª. Esp. Fernanda Rosa Acha

Instituição: Faculdade Redentor

Resumo: O princípio da insignificância informa que há algumas condutas que, embora formalmente típicas, não devem ser punidas criminalmente, ante o afastamento de sua tipicidade material, uma vez que a lesão, bem como a conduta praticada pelo agente, são consideradas insignificantes pela sociedade. Dessa forma, diante da desproporcionalidade entre a ação praticada e a punição estatal prevista, necessário é que seja afastada a aplicação do Direito Penal, haja vista sua característica de ser última *ratio*. O objetivo principal deste trabalho é, portanto, analisar o posicionamento jurisprudencial e doutrinário a respeito do tema, com especial enfoque no crime de descaminho, uma vez que não é previsto expressamente na Constituição ou no Código Penal.

Palavras-chave: Insignificância. Princípio. Crime. Administração Pública. Jurisprudência. Descaminho.

Abstract: The principle of insignificance relates the there are many actions, conducts which, although formally typical, don't have to be criminally punished, in face of the removal of your materials typicality, once the lesion, as the practical conducts by the agents, which are considered insignificants by the society. In this way, before the disproportion between the action performed and state punishment provided, is required to be away from the application of criminal law, observed its characteristics in its last *ratio*. The main objective of this study is therefore to analyze the jurisprudential and doctrinal position on the subject, with special focus on embezzlement crime, since it is not expressly provided for in the Constitution or the Penal Code.

Keywords: Insignificance. Principle. Crime. Public administration. Jurisprudence. Embezzlement.

Sumário

RESUMO.....	4
ABSTRACT.....	5
1 INTRODUÇÃO.....	7
2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E OS PRINCÍPIOS CORRELATOS AO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.....	8
2.1 PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE OU LESIVIDADE.....	8
2.2 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA.....	9
2.3 PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE.....	10
2.4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	11
2.5 TEORIA DA TIPICIDADE CONGLOBANTE.....	12
3 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO DIREITO PENAL BRASILEIRO.....	14
3.1 DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU BAGATELA.....	14
3.2 DO INÍCIO DA ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.....	16
3.3 DOS REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.....	19
4 DO CRIME DE DESCAMINHO.....	22
5 DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO CRIME DE DESCAMINHO.....	25
5.1 POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.....	25
5.1.1 POSICIONAMENTO DO STF.....	26
5.1.2 POSICIONAMENTO DO STJ.....	30
6 CONCLUSÃO.....	36

7 ANEXO.....	38
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	39

1 INTRODUÇÃO

O princípio da insignificância é aplicado aos casos em que o agente pratica uma conduta formalmente típica, mas materialmente irrelevante, não havendo ofensa considerável ao bem jurídico objeto da conduta, que é, em tese, criminosa, a partir do texto da lei.

Embora não tenha fundamento constitucional expresso, o princípio em tela, também chamado de princípio da bagatela, decorre implicitamente da Constituição e guarda profunda relação com outros princípios nela previstos, que fundamentam sua existência.

Necessário, pois, destacar como foi o seu surgimento na doutrina e jurisprudência brasileiras, bem como o desenvolvimento de sua aplicação ao passar do tempo, além dos limites e requisitos exigidos para que seja aplicável, destacando-se o principal paradigma.

Dar-se-á especial enfoque à aplicabilidade do princípio da insignificância ao crime de descaminho, tratando-se de suas especificidades e da sua relação com o crime de contrabando, principalmente após a mudança legislativa que separou os referidos crimes em tipos penais autônomos.

Aborda-se, por fim, qual tem sido o entendimento jurisprudencial da aplicabilidade do princípio da bagatela pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, bem como aos parâmetros usados para tanto, tendo por fundamento os julgados oriundos dessas cortes.

2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E OS PRINCÍPIOS CORRELATOS AO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O Direito Penal Brasileiro tem como base as normas trazidas pela Constituição da República Federativa do Brasil, de modo que as normas penais devem visar a atingir o escopo pretendido pela Constituição, pois nela estão especificados os limites do *ius puniendi* do Estado.

O princípio da insignificância não possui previsão expressa na Carta Magna, todavia, decorre implicitamente dela, uma vez que guarda profunda relação com outros princípios constitucionais e não caminha sozinho, nem se verifica isoladamente quando da sua aplicação.

Fundamenta-se o referido princípio em normas tais quais a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade, entre outras concepções jurídicas defendidas pela Constituição.

Dessa maneira, antes de iniciar o estudo específico a respeito do princípio da insignificância, necessário é abordar os demais princípios que justificam sua existência no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE OU LESIVIDADE

O princípio da ofensividade tem origem na expressão “*nulla necessitas sine injuria*” (não há necessidade sem ofensa) e define que para que algum fato seja tipificado como crime ele deve ofender, minimamente, a um bem jurídico penalmente tutelado. Determina, ainda, que tal dano deve ser efetivo, real e concreto.

Exatamente por entender que deve haver perigo concreto para a configuração de crime é que parte da doutrina (BITENCOURT, 2008, p. 22) defende que, por este princípio, todo crime previsto no ordenamento como delito de perigo abstrato na verdade é inconstitucional.

Entretanto, existem outros doutrinadores que discordam dessa inconstitucionalidade. Nesse sentido, veja-se o que diz o professor Capez em seu Código Penal Comentado (CAPEZ & PRADO, 2013, p. 23):

“Entendemos que subsiste a possibilidade de tipificação dos crimes de perigo abstrato em nosso ordenamento legal, como legítima estratégia de defesa do bem jurídico contra agressões em seu estágio ainda embrionário, reprimindo-se a conduta antes que ela venha a produzir um perigo concreto ou um dano efetivo.”

Possível é notar a correlação entre o princípio da ofensividade e da insignificância, quando diante da constatação de que é exatamente em relação aos fatos que não ofendem relevantemente algum bem jurídico que se faz a exclusão da tipicidade material pelo apoio no princípio da bagatela.

2.2 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

O princípio da intervenção mínima serve de orientação para o legislador ao criar ou revogar figuras típicas e é aquele que evidencia o caráter subsidiário do Direito Penal, demonstrando que este é a *ultima ratio* quando se trata da intervenção estatal (GRECO, 2011).

Por este princípio é possível afirmar que o Direito Penal só cuida dos bens jurídicos considerados fundamentais para uma mínima convivência em sociedade, ou seja, apenas os bens jurídicos considerados mais importantes.

Vale dizer, se outros ramos do Direito, tais como o direito Tributário ou Administrativo, forem capazes de coibir a conduta que se quer proibir, protegendo o bem jurídico, ainda que considerado relevante, o legislador não precisa – e não deve – ocupar-se de puni-la, diante da drasticidade da sanção penal.

Interessante ressaltar, neste ponto, que é difícil conceituar o que seria “bem jurídico importante”, haja vista tratar-se de conceito abstrato. Além disso, a

sociedade se modifica todos os dias e é justamente essa mutabilidade social que impõe as mudanças legislativas.

Assim, em que pese não seja possível traçar conceito fechado sobre o que seria esse bem jurídico importante a ser protegido pelo direito penal, é possível afirmar que a Constituição é um bom parâmetro. Dessa forma, os bens elencados na Carta Magna, por isso mesmo, indicam alto grau de relevância.

Destaque-se, por sua vez, que não pode ser excluído algum outro bem que eventualmente não esteja previsto da Constituição, uma vez que a pretensão não é criar um rol taxativo com base nesta, mas apenas indicar qual é a preocupação central do nosso ordenamento, tomando por base a vontade do constituinte.

E mais, a Constituição pode atuar, ainda, como limite negativo na atuação do legislador. Neste sentido, as palavras do professor Greco (2011, p. 84):

“(...) atuando como *limite negativo ao Direito Penal*, em vez de apontar quais os bens merecem a tutela do Direito Penal, pode a Constituição proibir a incriminação de determinadas condutas. Serve, portanto, como limite ao *ius puniendi* do Estado. É uma barreira intransponível ao legislador, cabendo ao Poder Judiciário o controle de diplomas legais que ofendam proibições de incriminação contidas no texto de nossa norma fundamental.”

Doutro lado, o princípio da intervenção mínima está intimamente relacionado à subsidiariedade de atuação do Direito Penal como ultima *ratio*, devendo ser aplicado apenas em último caso, a “infração que merece sanção penal” (MIRABETE & FABBRINI, 2010, p.105).

Levando em conta esse aspecto da mínima intervenção estatal, o legislador deve observar, quando da criação de determinada norma, se é necessária a aplicação do Direito Penal àquele tipo de conduta. Se outro ramo do direito puder ser utilizado, deixa-se de aplicar o Direito Penal.

2.3 PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE

O princípio da fragmentariedade é tratado por alguns doutrinadores como princípio autônomo, mas a melhor doutrina o trata como subprincípio do princípio da intervenção necessária mínima e reserva legal (JESUS, 2010, p. 52).

Conforme narrado no tópico supra, o Direito Penal só atuará na defesa dos bens que forem considerados mais importantes e cuja integridade não consiga ser defendida pelos outros ramos do Direito.

Assim, pode-se afirmar que existe parcela, fragmento, do Direito que é reservado ao Direito Penal, que justifica, então, sua aplicação. Neste sentido, ensina o professor Greco (2006, p. 65):

“O caráter fragmentário do Direito Penal significa, em síntese, que uma vez escolhidos aqueles bens fundamentais, comprovada a lesividade e a inadequação das condutas que os ofendem, esses bens passarão a fazer parte de uma parcela que é protegida pelo Direito Penal, originando-se, assim, a sua fragmentariedade.”

Isso se justifica, inclusive, pelo fato de que nem todo tipo de ilícito interessa ao Direito Penal e é por ele tutelado, de maneira que seu caráter fragmentário justifica-se exatamente pela fração de bens jurídicos que estão sob sua especial proteção.

2.4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O autor Luciano Feldens (2005, p. 91) muito bem relaciona o princípio da insignificância ao princípio da proporcionalidade trabalhando a ideia de que o princípio da insignificância traduz hipótese evidente de proporcionalidade como proibição do excesso. Neste sentido ele afirma que:

“(...) a constatação acerca da insignificância jurídico-penal de uma conduta determinada não é senão a realização de um juízo concreto de desproporcionalidade que se realiza acerca

da potencial incidência de uma medida legalmente prevista (a sanção penal) a uma situação de fato.”

Em outras palavras, pode-se dizer que deve existir total proporcionalidade entre a pena que será aplicada ao caso e a conduta praticada pelo agente. Não seria justo, por exemplo, que alguém fosse submetido a uma sanção penal de 1 (um) ano (pena mínima do crime de furto simples) pelo furto simples de uma caneta esferográfica comum.

Nestes casos, o magistrado não só realiza um juízo tendo por base a legislação. Antes de tudo, faz uma análise constitucional da medida, frente o princípio da proporcionalidade. Em verdade, é feita uma análise do custo/benefício da medida penal aplicável.

Não seria coerente movimentar a máquina do Judiciário para punir determinada conduta que, diante de seu pequeno tamanho, não gerou prejuízos significativos à vítima ou à sociedade como um todo, de modo que esta não se sente ofendida diante daquele fato.

2.5 TEORIA DA TIPICIDADE CONGLOBANTE

A teoria da tipicidade conglobante é defendida pelo professor argentino Eugênio Raúl Zaffaroni e, embora evidentemente não seja um princípio, tampouco oriundo da Constituição brasileira, pela força que vem ganhando no ordenamento jurídico pátrio, merece ser abordada, ainda que rapidamente, diante de sua total pertinência com o princípio da insignificância.

A tipicidade, como se sabe, é um dos elementos do crime segundo a teoria tripartida amplamente adotada no Brasil, juntamente com a antijuridicidade e a culpabilidade, sendo constituída por conduta, resultado, nexos de causalidade e tipicidade (em sentido estrito).

A tipicidade existe tanto em sentido formal quanto em sentido material. A primeira nada mais é que o enquadramento de determinada conduta à letra da lei,

que a define como crime. Já a segunda consiste em ofender a um bem jurídico penalmente tutelado.

Zaffaroni, por sua vez, também entende que a tipicidade divide-se em duas modalidades, entretanto, não exatamente as acima descritas. Para este doutrinador, a tipicidade divide-se em formal e conglobante. A formal é a mesma, mas a conglobante possui outros contornos, sendo composta pela tipicidade material e pela antinormatividade.

Segundo o autor, existe uma unicidade de todo ordenamento jurídico, de modo que o Direito não pode ser dividido, pois constitui um bloco monolítico. Dessa maneira, entende que para que uma conduta seja considerada crime, ela deve ser proibida por todo o ordenamento e, assim, não pode ser fomentada ou permitida por outras normas, uma vez que o ordenamento jurídico é um só, indivisível.

Neste sentido, traçando uma ligação entre a tipicidade conglobante e o princípio da insignificância tem-se que (ZAFFARONI & PIERANGELI, 2013, p. 505):

“A insignificância da afetação [de bens jurídicos] exclui a tipicidade, mas só pode ser estabelecida através da consideração conglobada da norma: toda a ordem normativa persegue uma finalidade, tem um sentido, que é a garantia jurídica para possibilitar uma coexistência que evite a guerra civil (a guerra de todos contra todos).”

Destarte, diante da tipicidade conglobante, quando uma conduta não atinge o bem jurídico penalmente tutelado e, assim, a finalidade do ordenamento jurídico em proibi-la, não há que se falar em fato típico, ainda que, a priori, tal conduta seja típica ante à tipicidade formal.

3 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Princípios são regras basilares de determinado sistema jurídico, são normas que alicerçam a ordem jurídica e estão intimamente ligadas aos valores de justiça que fundamentam uma sociedade.

Nesse diapasão, insta destacar que tanto as regras quanto os princípios se encontram dentro do conceito de norma jurídica. Entretanto, os princípios se diferem das regras na medida em que aqueles gozam de maior grau de abstração e existem num plano anterior ao das normas, servindo de norte para a formulação destas.

Dessa forma, a aplicação dos princípios pode se dar tanto na elaboração das regras quanto no momento da aplicação das mesmas, preenchendo lacunas e brechas na lei.

3.1 DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU BAGATELA

O princípio da insignificância, também chamado por alguns doutrinadores de princípio da bagatela, é fruto da construção jurisprudencial e doutrinária, não possuindo previsão constitucional no ordenamento jurídico brasileiro.

A única disposição concreta a respeito do princípio da insignificância encontra-se no Código Penal Militar, no artigo 209, §6º considerando lesões levíssimas como infração disciplinar, aplicando-se apenas ao crime de natureza militar.

Tal princípio nos informa que o Direito Penal não se importa com bagatelas, de modo que, uma vez identificado o bem jurídico a ser protegido, não se deve ocupar de minúcias, de lesões consideradas ínfimas pela sociedade.

A doutrina diverge um pouco a respeito da origem do princípio, alguns afirmam que já existia no Direito Romano, outros, por sua vez, entendem que teria surgido tempos depois na Europa, após a primeira guerra mundial.

Um dos principais desenvolvedores modernos do referido princípio foi o alemão Claus Roxin. Sobre ele, afirma o professor Francisco de Assis Toledo (1994, p. 133):

“Wezel considera que o princípio da adequação social bastaria para excluir certas lesões insignificantes. É discutível que assim seja. Por isso, Claus Roxin propôs a introdução, no sistema penal, de outro princípio geral para a determinação do injusto, o qual atuaria igualmente como regra auxiliar e interpretação. Trata-se do denominado *princípio da insignificância*, que permite, na maioria dos tipos, excluir os danos de pouca importância.”

Interessante, pois, ressaltar, que não seria possível falar em princípio da insignificância sem o conceito de tipicidade material. Lembrando-se que existem duas espécies de tipicidade: formal e material.

Fala-se em tipicidade formal quando é possível enquadrar uma determinada conduta aos moldes da lei, sendo que esta a conceitua como crime. Em outras palavras, tipicidade formal significa que a conduta praticada pelo agente está prevista em lei como crime.

Já a tipicidade material, não se refere à simples previsão em lei de algum fato como crime. Na verdade, ela significa que a referida conduta, para ser considerada típica tem que ferir a sociedade de maneira relevante e é exatamente esse o ponto de ligação com o princípio da insignificância.

Na esteira da tipicidade material, o comportamento praticado pelo agente, além de formalmente típico, violando a normal penal, deve afetar intimamente a valoração que a sociedade faz daquele ato. Pode-se falar, assim, no considerável desvalor cultural da ação praticada.

“Segundo esse princípio, é necessária uma efetiva *proporcionalidade* entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal”,

como bem destaca o professor Cezar Roberto Bitencourt (2008, p. 279). Mister que seja observada, então, não apenas a importância do bem jurídico, mas também a intensidade da lesão produzida.

Destaca-se, entretanto, que a aplicação do princípio da bagatela não se fundamenta apenas na atipicidade material da conduta e no desvalor do resultado obtido por meio dela. Há uma forte política criminal envolvida no caso, de modo que são levadas em consideração perspectivas um tanto mais práticas.

Privar da liberdade pessoas que praticaram crimes de pequena relevância, obrigando-as a fazer parte do ambiente carcerário, extremamente nocivo à sua integridade física e moral, que não raro direcionam as pessoas a praticar crimes cada vez mais graves, aliada à noção da crise carcerária em que se encontra o Brasil, fundamentam também, a aplicação do princípio da insignificância.

Além disso, a despeito da visão tradicionalista dos penalistas mais conservadores, a máquina estatal não goza de infraestrutura suficiente para atuar em todo e qualquer caso em que sejam praticados crimes, do ponto de vista formal.

Obviamente, o exercício da Justiça não está atrelado à lucratividade ou ideia de “não prejuízos”, todavia, diante de um cenário de crise penitenciária e superlotação dos meios jurisdicionais, necessário é que a ocupação daqueles que exercem o direito tenha maior preocupação com as condutas que, indubitavelmente, ferem a sociedade sob todas as perspectivas.

Verifique-se, pois, que ainda que se esteja trazendo à baila instituto usado primordialmente como instrumento de defesa do acusado, há outras características que o envolvem que devem ser levadas em consideração, de maneira que a sua aplicação se mostra benéfica não só àqueles, mas também à sociedade como um todo, gerando, além disso, otimização da máquina estatal.

3.2 DO INÍCIO DA ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

A primeira vez que o princípio da insignificância aparece nos julgados do Supremo Tribunal Federal¹ (*online*) foi no RHC 66.869/PR, julgado em 06 de dezembro de 1988, em que se aborda a aplicação do princípio a um caso de lesão corporal em que se considerou que o resultado era mínimo. Veja-se.

“ACIDENTE DE TRÂNSITO. LESÃO CORPORAL. INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICANCIA. CRIME NÃO CONFIGURADO. SE A LESÃO CORPORAL (PEQUENA EQUIMOSE) DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRÂNSITO E DE ABSOLUTA INSIGNIFICANCIA, COMO RESULTA DOS ELEMENTOS DOS AUTOS - E OUTRA PROVA NÃO SERIA POSSIVEL FAZER-SE TEMPOS DEPOIS - HÁ DE IMPEDIR-SE QUE SE INSTAURE AÇÃO PENAL QUE A NADA CHEGARIA, INUTILMENTE SOBRECARRREGANDO-SE AS VARAS CRIMINAIS, GERALMENTE TÃO ONERADAS. (RHC 66.869/PR, Relator (a): Min. ALDIR PASSARINHO, Segunda Turma, julgado em 06.12.1988, DJ 28-04-1989).”

Neste caso, como nota-se da ementa do acórdão, foi admitida a tese da insignificância, levando-se em consideração a inexpressividade das lesões corporais produzidas no acidente de trânsito.

Após tal data, em que pese tenha sido alegado em outro caso que chegou até o Supremo Tribunal Federal², só houve o acolhimento da tese novamente dez anos depois, no HC 77.003/PE, em que a contratação de um gari sem concurso público por curto período foi considerada insignificante.

“COMPETÊNCIA - HABEAS CORPUS - ATO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Compreende-se, no âmbito da competência do Supremo Tribunal Federal, julgar habeas corpus impetrado contra ato de tribunal superior. JUSTA

¹ Refere-se, aqui, aos julgados digitais disponíveis no site do Supremo Tribunal Federal encontrados por meio de busca pela expressão “princípio da insignificância”, levando-se em consideração todo tipo de decisão disponível, não apenas as do pleno.

² “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.” (HC 70.747/RS, j. 07.12.1993, Min. Rel. FRANCISCO REZEK, DJ 07-06-1966).

CAUSA - INSIGNIFICÂNCIA DO ATO APONTADO COMO DELITUOSO. Uma vez verificada a insignificância jurídica do ato apontado como delituoso, impõe-se o trancamento da ação penal por falta de justa causa. A isto direcionam os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Consubstancia ato insignificante a contratação isolada de mão-de-obra, visando à atividade de gari, por município, considerado período diminuto, vindo o pedido formulado em reclamação trabalhista a ser julgado improcedente, ante a nulidade da relação jurídica por ausência do concurso público.” (HC 77003-PE, rel. Min. Marco Aurélio, 16.6.98, DJ 11-09-1998)

Nos anos seguintes a esta última decisão, foram chegando ao STF outros casos em que se abordou o princípio da bagatela, em maior ou menor grau, ora acolhendo-se a tese, ora rejeitando-se, neste último caso, principalmente quando foi constatada a reincidência do agente.

Por sua vez, a decisão mais paradigmática a respeito da aplicação do princípio da insignificância, foi a seguinte, proferida no HC 84412-SP, em que o Supremo Tribunal Federal posicionou-se de maneira mais sólida a respeito dos critérios a serem observados para o acolhimento da tese da insignificância:

“[...] O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE FORMAL. – O princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios

objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: “DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR”.

– O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação de liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não apresente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. (HC 84412, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 19/10/2004, DJ 19-11-2004 PP-00037 EMENT VOL – 02173-02 PP-00229 RT v. 94, n. 834, 2005, p. 477-481 RTJ VOL – 00192-03 PP-00963).”

Ressalte-se que, até então, não havia nenhum parâmetro objetivo ou subjetivo cristalizado na jurisprudência, de modo que os julgadores avaliavam a significância ou não das condutas caso a caso, conforme seu bom senso, o que gerava decisões um tanto conflitantes entre si, a depender dos julgadores do caso.

Após tal decisão, cresceu consideravelmente a quantidade de ações com alegação do princípio da insignificância³, bem como a aceitação do referido princípio na jurisprudência pátria.

3.3 DOS REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

³ Vide “Anexo 1: Progressão de casos alegando insignificância 2004-2009”, em que se encontra gráfico fruto do trabalho de pesquisa realizada pelo Doutor Pierpalo Cruz Bottini e os então mestrandos Ana Carolina Carlos de Oliveira, Douglas de Barros Ibarra Papa e Thaísa Bernhardt Ribeiro a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, entre 2010 e 2011, sob financiamento da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), com apoio do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da USP.

Para que o princípio da insignificância seja aplicado em um caso concreto, já está pacificado, pois, o entendimento de que é necessário que sejam preenchidos alguns requisitos, quais sejam: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Como antes exposto, tais requisitos se consolidaram com o julgamento do HC 84.412/SP pelo Supremo Tribunal Federal, no qual inúmeras outras decisões se fundamentaram posteriormente⁴, continuando a serem usados tais requisitos até a presente data por juízes e tribunais de instâncias menores.

Entretanto, embora sejam utilizados para avaliar ou não a insignificância das condutas nos casos concretos, há certa divergência quanto à aplicação de tais requisitos. Alguns doutrinadores entendem que, na verdade, o que deve ser

⁴ Veja-se, como exemplos: “Habeas corpus. 2. Tentativa de furto de fios e cabos elétricos do interior de imóvel em reforma. 3. Bens avaliados em R\$ 116,00 (cento e dezesseis reais). 4. Presença dos 4 vetores apontados no julgamento do HC 84.412/SP, relator Ministro Celso de Mello, para reconhecimento do princípio da insignificância: a) mínima ofensividade da conduta do paciente; b) ausência de periculosidade social da ação (não houve violência ou grave ameaça à pessoa ou qualquer repercussão social significativa, uma vez que não houve cessação do serviço público de energia elétrica para a coletividade); c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. 5. Ordem concedida para trancar a ação penal na origem.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus: 115576 SP, Relator: Ministro Gilmar Mendes, 2013); “HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE FURTO. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE TÍPICIDADE MATERIAL. TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO DELITO. INEXPRESSIVA LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. 1. Reconhece-se a aplicação do princípio da insignificância quando verificadas "(a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada" (HC 84.412/SP, Ministro Celso de Mello, Supremo Tribunal Federal, DJ de 19/11/2004). 2. No caso, não há como deixar de reconhecer a mínima ofensividade do comportamento dos pacientes, que tentaram subtrair um galão de vinho e um fardo de refrigerantes, avaliados em R\$ 28,00 (vinte e oito reais), sendo de rigor o reconhecimento da atipicidade da conduta. 3. Ordem concedida a fim de, aplicando o princípio da insignificância, absolver os pacientes do crime de que cuida a Ação Penal aqui tratada. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, HC: 234851 MG 2012/0041711-5, Relator: Ministro Og Fernandes, 2012).”; “HABEAS CORPUS. PENAL. RECEPÇÃO CULPOSA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O princípio da insignificância é aplicável em determinadas hipóteses, levando em conta, como assentado pelo Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 84.412-0/SP, a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. 2. Tratando-se de receptação de um celular, avaliado em R\$ 55,00 (cinquenta e cinco reais), sendo o objeto devidamente restituído à vítima, é de rigor o reconhecimento da atipicidade da conduta. 3. Habeas corpus concedido para absolver o paciente na ação penal deque se cuida. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus: 191067 MS, Relator: Ministro Haroldo Rodrigues, 2012).”

verificado pelo juízo, de maneira mais simples, é se há mínima ofensividade da conduta e do resultado, sem mais delongas quanto aos outros aspectos.

Ocorre que boa parcela dos juízes e tribunais entende por bem não aplicar tal princípio ao reincidente, por exemplo, pois a reincidência delitiva estaria demonstrando que não há grau reduzidíssimo de reprovabilidade do comportamento.

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça já demonstrou que não entende que a aplicação do princípio deve ser obstada pela reincidência. Neste sentido foi o Informativo 441 do STJ (*online*):

“PRINCÍPIO. INSIGNIFICÂNCIA. FERRAGENS. O paciente, auxiliado por dois menores, subtraiu para si ferragens de uma construção civil no valor de R\$ 100. Esse contexto permite a aplicação do princípio da insignificância, quanto mais se já consolidado, na jurisprudência, que condições pessoais desfavoráveis, maus antecedentes, reincidência e ações penais em curso não impedem a aplicação desse princípio. Precedentes citados do STF: HC 84.412-SP, DJ 19/11/2004; do STJ: HC 124.185-MG, DJe 16/11/2009; HC 83.143-DF, DJ 1º/10/2007, e HC 126.176-RS, DJe 8/9/2009. HC 163.004-MG, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 5/8/2010.”

Dessa forma, parece que a melhor linha de entendimento aponta para a aplicação do princípio da insignificância caso a caso, buscando a promoção da justiça naquela situação concreta, sem levar em consideração, taxativamente, possíveis antecedentes ou reincidência do agente.

4 DO CRIME DE DESCAMINHO

O crime de descaminho está previsto no artigo 334 do Código Penal, mais especificamente no Capítulo II, que trata dos crimes praticados por particulares em face da Administração em Geral, situado dentro do Título XI - Dos Crimes Contra a Administração Pública.

O tipo penal do descaminho consiste em iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria. Todavia, houve momento no passado em que neste tipo penal não havia apenas o crime de descaminho.

Antes da entrada em vigor da Lei 13.008/2014, que alterou a redação do artigo 334 do Código Penal, o tipo penal encontrado no artigo 334 era um tipo de formulação alternativa (JESUS, 2012, p. 284), que englobava também o crime de contrabando, e possuía a seguinte redação:

“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 um a quatro anos”.

Veja-se que, antes, os dois crimes estavam previstos conjuntamente no mesmo tipo e hoje, encontram-se em tipos separados. O crime de contrabando encontra-se no artigo 334-A do Código Penal, consistindo em importar ou exportar mercadoria proibida.

Tal alteração, por sua vez, não repercutiu apenas na localização dos tipos penais, mas também alterou a sanção do crime de contrabando, que hoje tem previsão de reclusão de dois a cinco anos, diferente do descaminho, que continuou com a pena de um a quatro anos.

No plano prático, como se sabe, tal diferença nas penas é bastante relevante, haja vista que o crime de descaminho possui pena menor e permite a concessão de benefícios tal qual a suspensão condicional do processo, prevista no artigo 89 da Lei 9.099/95.

Portanto, o aplicador do direito deve manter plena atenção quando da capitulação de eventual conduta de descaminho ou contrabando, principalmente para que não cometa o mesmo erro da imprensa televisiva, que denomina ambas as situações como “contrabando”.

Ressalte-se que não há que se fazer nenhuma confusão quanto a esses dois tipos penais. No crime de contrabando, como deixa bem clara a redação do tipo penal, o que se pune é a entrada de mercadoria proibida, uma vez que se quer proteger não somente o erário público, mas também a saúde, a segurança, etc.

No crime de descaminho, não importa a natureza da mercadoria que entra ou sai do país, o que se pretende punir é o não pagamento do imposto devido à entrada ou saída da mercadoria do território nacional.

Além disso, salienta-se uma diferença considerável: o crime de descaminho, por consistir em iludir o pagamento de tributo, é considerado não apenas crime contra a Administração Pública, mas também crime tributário, fiscal. Já o contrabando “expressa a importação e exportação de mercadoria proibida, não se inserindo, portanto, no âmbito dos delitos de natureza tributária” (PRADO, 2010).

A consumação do descaminho leva em consideração a entrada e a saída das mercadorias da fronteira. Em sendo conduta de exportação, consuma-se o ato com a saída da mercadoria do país. Já quando se tratar de importação, consuma-se com a entrada no território nacional, ainda que não tenha saído da alfândega.

O crime de descaminho é crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa, sem que se exija alguma característica especial do agente e o bem jurídico protegido é o erário público, que é prejudicado com o não pagamento dos impostos relativos à operação de exportação ou importação.

Dessa forma, o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa e o sujeito passivo será o Estado, “principal interessado na regularidade da importação ou exportação de mercadoria e na cobrança dos direitos e impostos delas decorrentes” (MIRABETE & FABBRINI, 2013, p. 363).

Caso algum funcionário público use da natureza de sua função para contribuir para a prática do descaminho, responderá pelo crime do artigo 318 do Código Penal, e não pelo artigo 334 do Código Penal.

O crime do artigo 318 consiste em “facilitar, com infração de dever funcional, a prática de contrabando ou descaminho” e não foi modificado pela Lei 13.008/14, o que a doutrina critica, uma vez que o crime de facilitação de descaminho e contrabando possui pena de três a oito anos, independentemente de qual crime tenha facilitado.

Entendem alguns, portanto, que a pena para o facilitador do descaminho deveria ser menor, uma vez que a pena do crime de descaminho é menor que a do contrabando, o que pressupõe que se trata de crime menos grave, de forma que seria desproporcional a pena do artigo 318.

Se o funcionário público pratica o crime de descaminho (ou o de contrabando), mas sem se utilizar em nenhum momento de suas funções públicas, responderá como pessoa comum na forma do artigo 334 (ou 334-A, se for o caso).

Interessante ressaltar que pela natureza fiscal do descaminho, entendem alguns doutrinadores que deve ser aplicado a este crime o verbete 24 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, afirmando que tal crime só poderá ser considerado após lançamento definitivo do crédito tributário.

Entretanto, tal posição encontra certa resistência, haja vista que o verbete 24 refere-se expressamente aos crimes previstos no artigo 1º, incisos I a V, da Lei 8.137/90, que trata dos crimes contra a ordem tributária, de modo a se afirmar que não deve ser levada em consideração tal prejudicial, sendo independentes as esferas penal e administrativa.

5 DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO CRIME DE DESCAMINHO

Primeiramente insta destacar que a aplicação do referido princípio aos crimes contra a Administração Pública, de forma geral, não é um assunto totalmente pacífico, seja na jurisprudência, seja na doutrina.

Alguns entendem pela ampla aplicação do princípio, independentemente da natureza do fato tipicamente formal. Outros, por sua vez, entendem que não é possível aplicar tal princípio aos crimes praticados em face da Administração Pública, seja ele praticado por particulares, seja praticado por funcionários públicos.

Quanto ao crime de descaminho, em especial, os tribunais têm admitido, via de regra, a aplicação do princípio, avaliando a viabilidade caso a caso. Interessante, pois, destacar que estão estabelecendo patamares diversos para consideração da incidência do princípio ao descaminho, utilizando-se de normas fiscais, conforme se aborda no tópico a seguir.

5.1 POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Os Tribunais Superiores têm adotado posições um tanto semelhantes quando da aplicação do princípio da insignificância, de forma geral, deixando para fazer a análise quanto à aplicabilidade ou não a depender do caso concreto, o que parece realmente ser a solução mais sensata, principalmente por que esse princípio não tem previsão expressa, a não ser no Código Penal Militar, em que só é usado para os crimes que se encontrarem nesta jurisdição.

Entretanto, em relação a alguns pontos específicos, principalmente no que tange ao patamar que deve ser utilizado quando da verificação da insignificância da conduta, o STF e o STJ têm divergido fortemente, conforme exposto a seguir.

5.1.1 Posicionamento do STF

Como se sabe, o Supremo Tribunal Federal tem como função fazer a interpretação da Constituição e, como o princípio da insignificância é um princípio implícito, cabe a ele se manifestar quanto à sua aplicabilidade, norteador o posicionamento dos outros tribunais.

Conforme já exposto supra, o STF já determinou que, na avaliação sobre a aplicação do princípio da insignificância, devem ser preenchidos 4 (quatro) requisitos, quais sejam, a mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Preenchidos tais requisitos, tem se mostrado a Corte Maior favorável à aplicação do princípio da bagatela aos crimes praticados em face da Administração Pública e da Administração em Geral, como é o caso do descaminho.

Veja-se, por exemplo, o seguinte julgado:

“Por falta de justa causa, a Turma deferiu habeas corpus para trancar ação penal proposta contra a ex-prefeita que fora denunciada pela prática de crime de responsabilidade (DL 201/67, art. 1º, XIII), por ter contratado, de forma isolada e por curto período, uma pessoa para a atividade de “gari”, sem a devida observância da exigência de concurso para provimentos de cargo público. Com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, entendeu-se configurada a insignificância jurídica do ato tido como criminoso.” (HC 77003-PE, rel. Min. Marco Aurélio, 16.6.98)

Neste caso, em que pese os desembargadores tenham entendido que se configurou, em tese, o crime contra a Administração Pública no artigo 315 do Código Penal (emprego irregular de verbas ou rendas públicas), como o caso foi esporádico, com uma única contratação irregular, foi aplicado o princípio da insignificância, já que não houve prejuízo considerável ao erário.

Salienta-se caso interessante em que se discutia se era insignificante ou não determinada conduta tipificada como crime de descaminho:

“HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ORDEM CONCEDIDA. Conforme precedentes do Supremo

Tribunal Federal (HC 92.438, de minha relatoria), impõe-se a rejeição da denúncia ou o trancamento da ação penal, por falta de justa causa, quando o valor do tributo devido pelo acusado de descaminho foi inferior ao montante mínimo legalmente previsto para a execução fiscal (art. 20 da Lei 10.522/2002, na redação dada pela Lei 11.033/2004), uma vez que não faz sentido que uma conduta administrativa ou civilmente irrelevante possa ter relevância criminal. Ordem concedida para reconhecer a atipicidade material da conduta atribuída ao paciente.” (HC 96307-GO, rel. Min. Joaquim Barbosa, 24.11.2009)

Neste caso, como se pode notar, o patamar utilizado para reconhecer a tipicidade ou não da conduta foi aquele existente na Lei 10.522/02 para o arquivamento, sem baixa na distribuição, os autos de execução fiscal inscritos em Dívida Ativa que sejam de valor igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

O argumento utilizado para sustentar a aplicação do princípio foi o mais prático possível, no sentido de que, em sendo o Direito Penal a última *ratio*, uma vez que determinado fato é irrelevante do ponto de vista cível e administrativo, seria completamente desproporcional considerá-lo relevante frente ao Direito Penal, de modo que o fato foi considerado atípico.

Entretanto, o posicionamento tem se mostrado diferente quando se trata de contrabando, conforme ementa do julgamento do HC 110964/SC a seguir:

“Habeas Corpus. 2. Contrabando. 3. Aplicação do princípio da insignificância. 4. Impossibilidade. Desvalor da conduta do agente. 5. Ordem denegada.” (STF, HC 110.964/SC, rel. Min. Gilmar Mendes, 7-2-2012)

Este caso é bastante interessante, na medida em que o recorrente alegava que, primeiramente, deveria ser feita uma analogia entre o entendimento utilizado no crime de descaminho para o crime de contrabando. E, fazendo-se essa analogia, dever-se-ia ser aplicado o princípio da insignificância, uma vez que os valores contrabandeados estavam abaixo do patamar estabelecido na Lei 10.522/02, em seu artigo 20, qual seja, R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Tal argumentação não prosperou. Entendeu o relator Gilmar Mendes que, de início, não deveria ser feita analogia, neste caso, entre o entendimento adotado para o crime de descaminho e o crime de contrabando.

Justificou sua posição afirmando que, embora previstos no mesmo artigo (em 2012, quando foi julgado tal fato), possuem objetos diferentes o delito de contrabando corresponde à importação ou exportação de mercadoria proibida, já o crime de descaminho se refere à entrada e à saída de mercadorias, sendo ilidido o imposto referente à movimentação da mercadoria.

Interessante constatar que à época do referido acórdão os crimes de descaminho e contrabando estavam previstos conjuntamente no artigo 334 do Código Penal, diferentemente do que o que ocorre hoje, em razão da alteração trazida pela Lei nº 13.008/2014, em que os tipos estão em artigos diferentes, o primeiro, no artigo 334, e o segundo, no artigo 334-A, o que não modifica, na prática, a essência do entendimento.

Ademais, ressalta, também, que o crime de contrabando tem maior grau de reprovabilidade, devendo ser afastado o princípio da insignificância. Além disso, tratava-se de reincidente nessa conduta. E mais, destacam que, no caso, a mercadoria contrabandeada era cigarro, que atenta violentamente contra a saúde pública, não devendo, por todos esses motivos, ser aplicado o princípio da insignificância.

Ocorre que em julgados posteriores o STF passou a entender que o patamar a ser estabelecido para verificar a insignificância da conduta deveria abranger, também, as Portarias 75 e 130 do Ministério da Fazenda, ambas do ano de 2012.

Ao tratar de execuções fiscais, tais portarias definem que não devem ser ajuizadas execuções fiscais com a Fazenda de débitos iguais ou inferiores a vinte mil reais e que o Procurador da Fazenda deverá requerer o arquivamento, sem baixa na distribuição, de execuções em iguais condições.

Neste sentido, vejam-se os seguintes julgados, ambos de relatoria da Ministra Rosa Weber:

“HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL E DIREITO PENAL. DESCAMINHO. VALOR INFERIOR AO ESTIPULADO PELO ART. 20 DA LEI 10.522/2002. PORTARIAS 75 E 130/2012 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. 1. A pertinência do princípio da insignificância deve ser avaliada considerando-se todos os aspectos relevantes da conduta imputada. 2. Para crimes de descaminho, considera-se, na avaliação da

insignificância, o patamar previsto no art. 20 da Lei 10.522/2002, com a atualização das Portarias 75 e 130/2012 do Ministério da Fazenda. Precedentes. 3. Descaminho envolvendo elisão de tributos federais em quantia de R\$ 15.748,38 (quinze mil, setecentos e quarenta e oito reais e trinta e oito centavos) enseja o reconhecimento da atipicidade material do delito dada a aplicação do princípio da insignificância. 4. Habeas corpus concedido para reconhecer a atipicidade da conduta imputada ao paciente, com o restabelecimento do juízo de absolvição sumária exarado na instância ordinária.” (STF, HC 123.035/PR, rel. Min. Rosa Weber, 19-08-2014)

“EMENTA HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL E DIREITO PENAL. DESCAMINHO. VALOR INFERIOR AO ESTIPULADO PELO ART. 20 DA LEI 10.522/2002. PORTARIAS 75 E 130/2012 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REGISTROS CRIMINAIS PRETÉRITOS. ORDEM DENEGADA. 1. A pertinência do princípio da insignificância deve ser avaliada considerando-se todos os aspectos relevantes da conduta imputada. 2. Para crimes de descaminho, considera-se, na avaliação da insignificância, o patamar previsto no art. 20 da Lei 10.522/2002, com a atualização das Portarias 75 e 130/2012 do Ministério da Fazenda. Precedentes. 3. Embora, na espécie, o descaminho tenha envolvido elisão de tributos federais em montante pouco superior a R\$ 11.533,58 (onze mil, quinhentos e trinta e três reais e cinquenta e oito centavos) a existência de registros criminais pretéritos obsta, por si só, a aplicação do princípio da insignificância, consoante jurisprudência consolidada da Primeira Turma desta Suprema Corte (HC 109.739/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 14.02.2012; HC 110.951/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 27.02.2012; HC 108.696/MS, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 20.10.2011; e HC 107.674/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 14.9.2011). Ressalva de entendimento pessoal da Ministra Relatora. 4. Ordem denegada.” (STF, HC 123.861/PR, rel. Min. Rosa Weber, 07-10-2014)

Assim, conforme se verifica dos julgados supra, o Supremo Tribunal Federal reconhece o valor normativo das portarias do Ministério da Fazenda, ampliando o patamar existente da lei fiscal, de modo que, então, o valor limite para que incida a insignificância ao caso não pode ultrapassar R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Quanto à reiteração criminosa e a possibilidade do princípio da insignificância, destaca-se julgado recente em que ao foi admitida a aplicação do princípio, apesar de não ser este o entendimento padrão da Corte Superior:

“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. DESCAMINHO. INEXISTÊNCIA DE CONTRARIEDADE AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. DESCABIMENTO DE

IMPETRAÇÃO COTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REITERAÇÃO DELITIVA DO PACIENTE A IMPOSSIBILITAR A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ORDEM DENEGADA. [...] 3. Contumácia delitiva do Paciente. A orientação deste Supremo Tribunal, confirmada pelas duas Turmas, é firme no sentido de não se cogitar da aplicação do princípio da insignificância em casos nos quais o réu incide na reiteração do descaminho, evidenciada pela existência de procedimentos administrativos fiscais em seus desfavor, como se tem nesses autos. 4. Ordem denegada.” (STF, HC 131.342/PR, rel. Min. Carmen Lúcia, 15-12-2015)

Como se pode notar, em que pese o Supremo Tribunal Federal não verifique a impossibilidade de se aplicar o princípio da insignificância aos crimes fiscais e aos praticados em face da Administração, pontua, casualmente, a respeito da incidência do mesmo, em razão do desvalor da conduta levando-se em consideração circunstâncias outras, como a reincidência delitiva ou mesmo o objeto do crime.

Ressalte-se que, ainda que tenham se consolidado os quatro requisitos para a análise da aplicação da insignificância para crimes fiscais, existem, ainda, aqueles que encontrem alguma resistência (CHEKER, 2009, *online*). Aqueles que criticam o uso deles se atêm à ideia de que uma vez que tais requisitos se mostram de ordem subjetiva e os patamares estabelecidos na lei fiscal são de ordem objetiva, de modo a se mostrarem conflitantes.

Todavia, ainda que, a priori, os requisitos sejam estabelecidos em cada ramo do direito – penal e tributário – sob aspectos diferentes, esta relação não é automática, até mesmo porque o direito não é matemático. Na verdade, o que se verifica é um patamar inicial baseado na lei fiscal que não é incompatível com a lei penal.

E mais, o patamar vindo da lei fiscal não é utilizado isoladamente, haja vista que são verificadas outras circunstâncias dos casos concretos *sub judice* para avaliar se é possível ou não a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho, como a já mencionada a análise da reincidência.

5.1.2 Posicionamento do STJ

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, tem se mostrado um pouco mais tendente a não aplicar o princípio da insignificância aos crimes contra a Administração, uma vez que, para ele, o bem jurídico maior que está sendo violado é a moralidade administrativa e o bem estar social, que devem ser priorizados.

“HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PECULATO-FURTO. AUSÊNCIA DE DEFESA PRELIMINAR. NULIDADE RELATIVA. PRECLUSÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. DENÚNCIA INSTRUÍDA COM INQUÉRITO POLICIAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A nulidade pela ausência de abertura de prazo para o oferecimento de defesa preliminar prevista no art. 514 do Código de Processo Penal tem natureza relativa, devendo ser arguida tempestivamente e com demonstração do prejuízo, sob pena de preclusão. 2. Se a denúncia se fez acompanhar do inquérito policial, também fica afastada a existência de nulidade pela falta de defesa prévia, conforme a dicção da Súmula n.º 330 do Superior Tribunal de Justiça. 3. No caso concreto, a Defesa silenciou acerca do tema durante todo o *iter* processual, vindo a alegar a mácula tão somente por ocasião da impetração do presente habeas corpus, dirigido contra o acórdão – já transitado em julgado – proferido na apelação. 4. Segundo o entendimento das Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, é inaplicável o princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública, pois, nestes casos, a norma penal busca resguardar não somente o aspecto patrimonial, mas a moral administrativa, o que torna inviável a afirmação do desinteresse estatal à sua repressão. 5. Ordem denegada. Pedido de reconsideração da liminar julgado prejudicado.” (HC 165.725/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 31.05.2011, DJe 16.06.2011)

No trecho do acórdão acima transcrito, o STJ deixou claro seu posicionamento de não aplicação do princípio da insignificância, tendo em vista que o bem jurídico tutelado não pode ser relativizado.

Todavia, já em julgados mais antigos, temos algumas decisões que permitiam a aplicação do princípio da insignificância dada a irrelevância da conduta em casos de descaminho. Neste sentido, vejamos os seguintes precedentes, todos do ano 2000:

“Insignificância – Valor – Descaminho. No delito de descaminho, de inegável natureza fiscal, a lesividade da conduta deve ser aferida em relação ao valor do tributo incidente sobre as mercadorias apreendidas. Assim, conforme a Lei n. 9.469/67, nos créditos inferiores a mil reais a Fazenda Pública está dispensada de propor ação para cobrá-los. Consequentemente, se o tributo devido, calculado com base na

alíquota de 50% (art. 14 da Instrução Normativa n. 17, de 6-10-1998) sobre o valor que excedeu a quota de isenção, cento e cinquenta dólares americanos (art. 6º, III, da referida instrução), não ultrapassou o *quantum* de mil reais, reconhece-se a insignificância do valor para discriminação da conduta. Precedentes citados: Resp 111.011/AL, DJ 3-11-1998; REsp 167.925/MG, DJ 1-2-1999, e REsp 111.010/RN, DJ 26-5-1997.” (STJ, REsp 235.146/PR, Rel. MIn. Félix Fischer, j. 16-3-2000)

“O ínfimo valor da mercadoria de procedência estrangeira apreendida autoriza a aplicação do princípio da insignificância, descaracterizando o crime de descaminho. Se o valor dos tributos incidentes sobre os bens apreendidos não ultrapassa o valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais), incensurável a decisão *a quo* que, em analogia à legislação fiscal (Lei 9.469/97, art. 1º, e MP n. 1.542/2897, art. 20), aplicou o princípio da insignificância ao crime *sub examine*. Recurso especial conhecido apenas pela alínea “c”, mas desprovido.” (STJ, REsp 233.877/PR, 5ª Turma, v.u., Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 16-3-2000, DJU, 17-4-2000, p. 82).

Observe-se que, nestes casos, o STJ admitiu a aplicação do princípio da insignificância ante a natureza eminentemente fiscal do crime. Ressalte-se que o patamar usado à época era o de R\$ 1.000,00 (mil reais) previsto na Lei 9.469/97, já que ainda não existia a lei 10.522/02, que é usado atualmente como patamar para tal aplicação.

Interessante, em especial, posicionamento que já foi adotado em relação ao crime de descaminho. Em alguns julgados entendeu o STJ que não se deveria utilizar como parâmetro o referido artigo 20, mas sim, o artigo 18, §1º, da Lei 10.522/02, que é de R\$ 100,00 (cem reais), que trata da extinção do crédito fiscal.

Adotando o patamar do artigo 18 têm-se os seguintes precedentes:

“CRIMINAL. HC. DESCAMINHO, PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. ART. 20, CAPUT, DA LEI 10.522/2002. PATAMAR ESTABELECIDO PARA O NÃO AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE EXECUÇÃO OU ARQUIVAMENTO SEM BAIXA NA DISTRIBUIÇÃO. ART. 18, §1º, DA LEI 10.522/2002. EXTINÇÃO DO CRÉDITO. ORDEM DENEGADA. I. Hipótese na qual o paciente ajuizou 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 de execução fiscal. II. Aplica-se à execução do 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 do crédito (art. 1º, inciso I, da Lei nº 9.441/97). III. O caput do art. 20 da Lei 10.522/2002 se refere ao ajuizamento da ação de execução ou ao 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 11.033/2004, que dispõe acerca da extinção do crédito fiscal, afasta-se a aplicação do princípio da insignificância. V. Ordem denegada. (STJ, HC 47944, rel. Min. Gilson Dipp, 04-04-2006)

No mesmo sentido, tem-se a decisão para o HC 32.576/RS a seguir:

“HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. VALOR EXCEDENTE. INOCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. FUNDAMENTAÇÃO. OCORRÊNCIA. 1. “O art. 20, caput, da Lei 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 (REsp nº 685.135/PR, relator Ministro Félix Fischer, in DJ 2-5-2005). 2. Em se mostrado que o valor do tributo incidente sobre as mercadorias apreendidas excedeu o limite pelo qual o Estado expressou o seu desinteresse pela cobrança, não há falar em aplicação do princípio da insignificância. 3. Em sendo informadas as pena privativa de liberdade, restritiva de direito e multa substitutiva pelas mesmas circunstâncias de individualização, não se há de exigir a reprodução da motivação judicial, em espécies em que a recusa da espécie penal menos grave encontra fundamento em circunstância judicial desfavorável ao réu. 4. Ordem denegada.” (STJ, HC 32.576, rel. Min. Hamilton Carvalhido, 13-09-2005)

Nos precedentes mais recentes, todavia, o Superior Tribunal de Justiça vem utilizando como patamar para incidir ou não o princípio da insignificância aquele previsto no artigo 20 da Lei 10.522 de 2002. Por exemplo:

“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 334, CP. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. TRIBUTO DEVIDO INFERIOR AO MÍNIMO LEGAL PARA A COBRANÇA FISCAL. ART. 20 DA LEI 10.522/02. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O crime de descaminho deixa de existir ante a incidência do princípio da insignificância, pela atipicidade material da conduta de elidir tributo no valor igual ou inferior a dez mil reais, porquanto a Administração não tem interesse em movimentar a máquina para fins de cobrança do referido valor. 2. Agravo

regimental a que se nega provimento.” (AgRg no REsp 1124116/RS, rel. Min. Maria Tereza de Assis Moura, 6ª Turma, julgado em 11.10.2011, DJe 26.10.2011)

Veja-se, pois, que não entende por bem se utilizar das Portarias 75 e 130 de 2012 do Ministério da Fazenda, conforme faz o Supremo Tribunal Federal, uma vez que as portarias em questão, pela sua natureza, não poderiam ser usadas para ampliar o patamar legal previsto em lei em sentido estrito. Nesta orientação:

“ PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. VALOR DO TRIBUTO ILUDIDO. PARÂMETRO DE R\$ 10.000,00. ELEVAÇÃO DO TETO, POR MEIO DE PORTARIA DO MINISTÉRIO DA FAZENDA, PARA R\$ 20.000,00. INSTRUMENTO NORMATIVO INDEVIDO. FRAGMENTARIEDADE E SUBSIDIARIEDADE DO DIREITO PENAL. INAPLICABILIDADE. LEI PENAL MAIS BENIGNA. NÃO INCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Soa imponderável, contrária à razão e avessa ao senso comum tese jurídica que, apoiada em mera opção de política administrativo-fiscal, movida por interesses estatais conectados à conveniência, à economicidade e à eficiência administrativas, acaba por subordinar o exercício da jurisdição penal à iniciativa da autoridade fazendária. Sobrelevam, assim, as conveniências administrativo-fiscais do Procurador da Fazenda Nacional, que, ao promover o arquivamento, sem baixa na distribuição, dos autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00, determina, mercê da elástica interpretação dada pela jurisprudência dos tribunais superiores, o que a Polícia pode investigar, o que o Ministério Público pode acusar e, o que é mais grave, o que o Judiciário pode julgar. 2. Semelhante esforço interpretativo, a par de materializar, entre os jurisdicionados, tratamento penal desigual e desproporcional se considerada a jurisprudência usualmente aplicável aos autores de crimes contra o patrimônio, consubstancia, na prática, sistemática impunidade de autores de crimes graves, decorrentes de burla ao pagamento de tributos devidos em virtude de importação clandestina de mercadorias, amiúde associada a outras ilicitudes graves (como corrupção, ativa e passiva, e prevaricação) e que importam em considerável prejuízo ao erário e, indiretamente, à coletividade. 3. Sem embargo, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.112.748/TO, rendeu-se ao entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal no sentido de que incide o princípio da insignificância no crime de descaminho quando o valor do tributo iludido não ultrapassar o montante de R\$ 10.000,00, de acordo com o disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002. Ressalva pessoal do relator. 4. A partir da Lei n. 10.522/2002, o Ministro da Fazenda não tem mais autorização para, por meio de simples portaria, alterar o valor definido como teto para o arquivamento de execução fiscal sem baixa na distribuição. E o novo valor - R\$

20.000,00 - para tal fim estabelecido pela Portaria MF n. 75/2012 do Ministério da Fazenda - que acentua ainda mais a absurdidade da incidência do princípio da insignificância penal, mormente se considerados os critérios usualmente invocados pela jurisprudência do STF para regular hipóteses de crimes contra o patrimônio - não retroage para alcançar delitos de descaminho praticados em data anterior à vigência da referida portaria, porquanto não é equiparada a lei penal, em sentido estrito, que pudesse, sob tal natureza, reclamar a retroatividade benéfica, conforme disposto no art. 2º, parágrafo único, do CPP. 5. Agravo regimental não provido.” (STJ, Resp 1393317, Dje 02.12.2014, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 12-11-2014)

Verifica-se, assim, que o Superior Tribunal de Justiça aplica patamar mais restritivo, atendo-se apenas à lei em sentido estrito, no caso, a lei 10.522/02, não admitindo critério elástico advindo de normas infralegais, tais quais as portarias, que não teriam força normativa para modificar ou revogar tal lei.

6 CONCLUSÃO

Perceba-se, por todo o exposto que, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça têm adotado posições semelhantes quando se trata da aplicação do princípio da bagatela, de modo geral, mas divergido quanto à aplicação aos crimes contra a Administração e, mais ainda, quando diante do patamar a ser utilizado como base de incidência no que se refere ao crime de descaminho.

O Supremo Tribunal Federal se mostra mais favorável à aplicação, todavia, ela não é indiscriminada, tampouco leva em consideração apenas o valor nominal das quantias envolvidas, considerando tanto os requisitos básicos para a aplicação do princípio, quanto outras circunstâncias que envolvam o caso, tal qual a reincidência do agente.

Além disso, permite a Corte Maior que as Portarias de nº 75/2012 e nº 130/2012 do Ministério da Fazenda possam ampliar critério legal fixado na Lei 10.522/12 para fins de determinar a pertinência das execuções fiscais, patamar este utilizado como parâmetro de aplicação do princípio da insignificância.

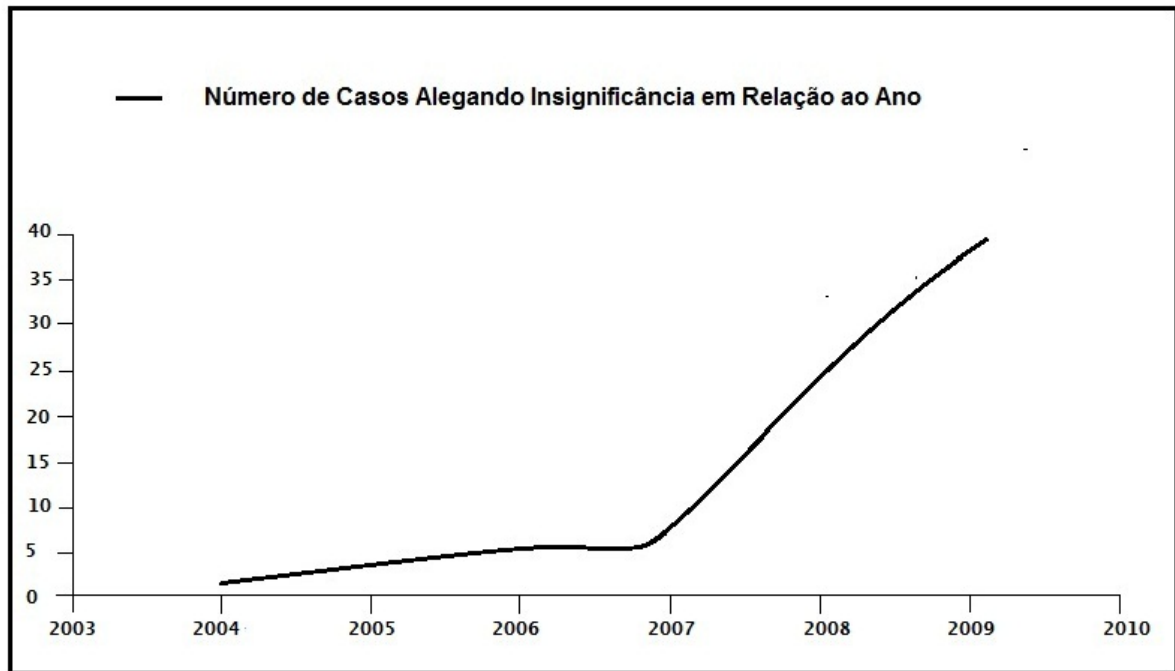
Já o Superior Tribunal de Justiça, atualmente, apesar de encontrar certa resistência quanto à incidência do princípio aos crimes contra a Administração Pública, demonstra oscilações, ora não aplicando, ora seguindo a linha de entendimento do Supremo Tribunal Federal, também considerando todas as circunstâncias que envolvem o caso.

Destoa, todavia, o STJ no que se trata do patamar utilizado como referência para avaliar a insignificância da conduta, inadmitindo a ampliação do critério trazido da lei fiscal em sentido estrito por meras portarias do Ministério da Fazenda.

Dessa maneira, parece que, apesar de divergentes as opiniões, têm sido aplicadas de maneira sensata e casuística, não se fundando apenas em meros requisitos objetivos, mas considerando todos os pormenores dos casos, a fim de proteger, da melhor maneira possível, os bens jurídicos envolvidos.

Ressalta-se, por fim, que é muito provável futura uniformização dos entendimentos, haja vista o enorme interesse em se manter um padrão no que se refere à possibilidade de o agente ver afastada a tipicidade no crime de descaminho, que tem se mostrado cada vez mais frequente.

ANEXO 1: Progressão de casos alegando insignificância 2004-2009.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 13 ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOTTINI, Pierpaolo *et al.* A Confusa Exegese do Princípio da Insignificância e sua Aplicação pelo STF: Análise Estatística de Julgados. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 98, set-out, p. 117-148. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. Vol. 3. 8 ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. **Código Penal Comentado**. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

CHEKER, Monique. Da incongruência em se atrelar o princípio da insignificância no direito Penal ao critério objetivo-formal de ajuizamento das execuções fiscais. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 31, agosto. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao031/monique_cheker.html> Acesso em: 27 de junho de 2016.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 23 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 1. 7 ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio: Uma visão minimalista do Direito Penal**. 6 ed. Niterói: Impetus, 2011.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal, Volume 1: Parte Geral**. 31 ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal, Volume 4: Parte Especial**. 17 ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, Julio Frabrini; FABRINI, Renato N., **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 1. 26 ed. ver. e atual. São Paulo: Atlas, 2010.

MIRABETE, Julio Frabrini; FABRINI, Renato N., **Manual de Direito Penal: Parte Especial**. Vol. 3. 27 ed. ver. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial, art. 250 a 359H**. 7 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Informativo de Jurisprudência. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em 01 de abril de 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 27 de maio de 2016.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 10 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.