



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

DÉBORA CHAGAS MEIRELLES

**A INSIGNIFICÂNCIA NO DESCAMINHO: ANÁLISE CRÍTICA DOS CRITÉRIOS
ADOTADOS PELA JURISPRUDÊNCIA**

FORTALEZA

2016

DÉBORA CHAGAS MEIRELLES

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Penal.

Orientador: Prof. Me. Raul Carneiro Nepomuceno

FORTALEZA

2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

M454i

Meirelles, Débora Chagas.

A insignificância no descaminho : análise crítica dos critérios adotados pela jurisprudência / Débora Chagas Meirelles. – 2016.

79 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2016.

Orientação: Prof. Me. Raul Carneiro Nepomuceno.

1. Descaminho. 2. Princípio da insignificância. 3. Critérios. 4. Críticas. I. Título.

CDD 340

DÉBORA CHAGAS MEIRELLES

A INSIGNIFICÂNCIA NO DESCAMINHO: ANÁLISE CRÍTICA DOS CRITÉRIOS
ADOTADOS PELA JURISPRUDÊNCIA

Monografia apresentada ao Curso de
Graduação em Direito da Universidade Federal
do Ceará, como requisito parcial à obtenção do
título de bacharel em Direito.

Aprovada em: __/__/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Raul Carneiro Nepomuceno
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Me. Gabriela Gomes Costa
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Seledon Dantas de Oliveira Júnior
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Aos meus avós, Cleonilde e Meirelles.

Aos meus pais, Nadja e Mozart.

Palavras não seriam suficientes para agradecer.

RESUMO

Esse trabalho trata dos critérios desenvolvidos pelos tribunais superiores brasileiros para a aplicação do princípio da insignificância ao delito de descaminho, que levam em conta o parâmetro estabelecido administrativamente como valor mínimo para a execução fiscal, propondo-se a analisar criticamente como e em que medida esses critérios se relacionam com as particularidades do crime abordado. Para tanto, analisamos premissas básicas do Direito Penal, que dão sustentação à aplicação do princípio da insignificância, e ponderamos a função primordial desse ramo, os bens jurídicos por ele tutelados, o seu caráter fragmentário e subsidiário e sua atuação pautada nas determinações constitucionais. Em um segundo momento, explorando as especificidades do tipo previsto no artigo 334 do Código Penal, investigamos as diferenças entre esse crime e aqueles previstos na Lei 8.137/90 e analisamos as hipóteses de ocorrência do fato típico, os bens jurídicos por ele tutelados e a sua classificação quanto ao resultado. Por fim, defendemos a inconsistência dos critérios adotados atualmente pela jurisprudência nacional para aplicar o princípio da insignificância ao descaminho e concluimos pela adequação de uma aplicação casuística desse princípio, mas não aberta ao senso e à valoração particular de cada julgador, e sim pautada em critérios objetivos, direcionada por parâmetros previamente estabelecidos. A metodologia utilizada na elaboração do trabalho assenta-se, primordialmente, em pesquisa bibliográfica, legislativa, jurisprudencial e documental.

Palavras-chave: Descaminho. Princípio da insignificância. Critérios. Críticas.

ABSTRACT

This work is about the criteria developed by Brazilian superior courts for the application of “de minimis” rule to the customs tax offenses, crime that in Brazil we call “descaminho”, which regard the parameter settled administratively as the minimum value for tax execution, proposing to critically analyze how these criteria relate to the particularities of the crime discussed. In order to do so, we analyzed the basic assumptions of criminal law, which support the application of the of “de minimis” rule, and we consider its primary function, the legal assets protected by it, its fragmentary and subsidiary nature and its performance based on Constitutional rules. Secondly, studying specificities of the delict provided for in article 334 of the Brazilian Penal Code, we investigate the differences between this crime and those foreseen in Brazilian Law 8.137/90 and analyze the hypotheses of occurrence of the crime, the legal assets protected by it and the its classification as to the result. Lastly, we defend the inconsistency of the criteria currently adopted by national courts decisions to apply the “de minimis” rule to “descaminho” and we conclude that a casuistic application of this rule is appropriate, but not an open to the sense and the particular evaluation of each judge, but based on objective criteria, guided by previously established parameters. The methodology used in the elaboration of this work is based primarily on bibliographical, legislative, jurisprudential and documentary research.

Tags: Customs Tax Offenses. “De minimis”. Criteria. Criticism.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACR	Apelação Criminal
AgREsp	Agravo em Recurso Especial
AgR em HC	Agravo Regimental em Habeas Corpus
AgRg no AREsp	Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial
AgRg no REsp	Agravo Regimental no Recurso Especial
Cadin	Cadastro de Inadimplentes
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CP	Código Penal
EREsp	Embargos de Divergência em Recurso Especial
HC	<i>Habeas Corpus</i>
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
IN	Instrução Normativa
MF	Ministério da Fazenda
MPF	Ministério Público Federal
PFN	Procuradoria da Fazenda Nacional
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RFB	Receita Federal do Brasil
RHC	Recurso Ordinário em Habeas Corpus
SRF	Secretaria da Receita Federal do Brasil
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SV	Súmula Vinculante
TRF	Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	13
2.1 A principal função do Direito Penal.....	13
2.2 O bem jurídico penal.....	15
2.3 Fragmentariedade e subsidiariedade do Direito Penal	17
2.4 O Direito Penal contemporâneo	19
2.5 Tipicidade formal e tipicidade material.....	20
2.6 O princípio da Insignificância.....	22
3 DESCAMINHO.....	28
3.1 Descaminho: infração penal versus infração administrativa	29
3.2 Hipóteses de ocorrência do fato típico	34
3.3 Bens jurídicos tutelados pela tipificação do crime de descaminho	39
3.4 Classificação do descaminho quanto ao resultado naturalístico	41
4 A APLICAÇÃO DA INSIGNIFICÂNCIA AO DESCAMINHO	47
4.1 A posição da jurisprudência.....	48
4.2 A posição da doutrina.....	50
4.3 O Anteprojeto de Código Penal.....	52
4.4 A falta de razoabilidade dos critérios utilizados.....	53
4.5 Possíveis soluções	59
4.6 A necessidade de estabelecimento de novos parâmetros	63
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	68
REFERÊNCIAS.....	72

1 INTRODUÇÃO

Analisando a jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros, é possível constatar uma controvérsia na aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho: o Supremo Tribunal Federal (STF) utiliza-se do parâmetro de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) vale-se da quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Esses valores advêm do indicador mínimo para a realização de uma execução fiscal, estabelecido administrativamente. Inicialmente, esse parâmetro era previsto no art. 20 da Lei 10.522/2002, que determina a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), mas posteriormente foi alterado, através de portaria do Ministério da Fazenda, que o aumentou para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Ocorre que, diante disso, o STF atualizou sua jurisprudência para aplicar esse novo valor, mas o STJ discordou dessa atualização e contestou tanto a exorbitância da quantia adotada, quanto a possibilidade de ela ser estabelecida por portaria.

Diante desse conflito, buscando, a princípio, constatar qual desses valores seria mais razoável de ser aplicado, nos deparamos com outra questão: a dificuldade de relacionar o parâmetro da execução fiscal com as peculiaridades do crime de descaminho e com as bases doutrinárias do princípio da insignificância. Vislumbramos uma importância teórica, prática e social de uma pesquisa a respeito da mencionada relação. No plano teórico, a discussão adquire relevância diante da possibilidade que cria de se aplicar, no âmbito penal, o princípio da insignificância em desacordo com proposições básicas desse ramo. No plano prático, o estudo dessa aplicação é importante por ela viabilizar, em alguns casos, a absolvição de agentes que cometeram condutas típicas, ilícitas e culpáveis. No plano social, por fim, ela gera a possibilidade de não haver o pagamento de quantias elevadas aos cofres públicos, que, ainda por cima, são consideradas insignificantes pelos aplicadores do Direito. Daí a relevância do tema ora estudado.

À vista disso, esse trabalho segue o objetivo de expor de forma fundamentada uma crítica a esses critérios estabelecidos na jurisprudência para a aplicação da insignificância ao descaminho e apresenta como metodologia a pesquisa jurisprudencial, bibliográfica, legislativa e documental.

Para tanto, é importante, em um primeiro momento, estabelecer as premissas básicas do Direito Penal, que, ainda que não sejam aplicadas na prática forense – falta de aplicação essa descabida –, servirão de base teórica para respaldar o emprego do postulado da insignificância às condutas típicas. O primeiro capítulo é utilizado para essa análise, e se presta a esclarecer a função principal do Direito Penal, os bens jurídicos alçados à categoria de

penalmente relevantes, o caráter fragmentário e subsidiário desse ramo e o conceito de tipicidade penal, que se subdivide em formal e material, para enfim culminar no estudo do princípio propriamente dito, de suas características e de seu caráter de excludente da tipicidade material.

O segundo capítulo, por sua vez, trata das singularidades do delito de descaminho, que levam a refletir sobre a falta de coerência da jurisprudência já, de certa forma, consolidada nos tribunais pátrios. Para tanto, é importante discorrer sobre a natureza desse ilícito, sobre as hipóteses configuradoras de sua descrição típica, sobre os bens jurídicos por ele protegidos, e, por fim, sobre sua posição na classificação dos crimes quanto ao resultado naturalístico. Nesse contexto de fixação das particularidades do crime, surge ainda a necessidade de confrontar o descaminho com os crimes contra a ordem tributária - previstos na Lei 8.137/90 – e demarcar importantes diferenças entre eles, além de perpetrar análise de normas da Receita Federal a respeito daquele crime, que servem de alicerce para as proposições defendidas no terceiro capítulo.

Esse último momento, por fim, sintetiza a resposta para a pergunta “como e em que medida se relacionam os critérios adotados pela jurisprudência para aplicar a insignificância ao descaminho com as particularidades desse crime?”. Para tanto, fundamental expor a posição dos tribunais sobre a questão e as opiniões de doutrinadores pátrios, para, então, posicionarmos a respeito, sem esquecer de analisar, de maneira crítica, as soluções propostas pela doutrina para o problema.

2 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

A norma penal tem a função de estabelecer sanções às condutas graves e ofensivas aos mais caros bens jurídicos da sociedade, mas, em sua descrição típica, dotada do cunho genérico e abstrato próprio das normas, acaba incluindo ações pouco relevantes, desprovidas da gravidade necessária para serem inseridas em um tipo penal, e que, por enquadrarem-se formalmente aos dizeres dele, acabam configurando-o¹. Para solucionar esse tipo de situação foi que surgiu o princípio da insignificância no Direito Penal.

Esse princípio, cujas primeiras noções remontam do brocardo romano *minima non curat praetor*² - que enunciava a desnecessidade de o magistrado atuar em causas de ínfima relevância - foi articulado em uma versão mais moderna por Claus Roxin, e, apesar de ser predominantemente fruto de uma construção doutrinária, há quem diga³ que ele encontra previsão no art. 240, §1º do Código Penal Militar⁴, valendo frisar, ainda, que o Anteprojeto de Código Penal (Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012) o enuncia expressamente no art. 28, §1º, prevendo-o como hipótese de *exclusão do fato criminoso*.

Para melhor explicar as nuances da aplicação da insignificância no âmbito penal é necessário, nada obstante, passar por conceitos e características básicas desse ramo, que não só servem de noções preliminares para então se tratar do princípio propriamente dito, como também de fundamento para a aplicação dele.

2.1 A principal função do Direito Penal

Uma importante premissa da discussão que ora nos propomos, seguindo a doutrina de Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli⁵, é a de que a legislação penal tem uma índole programática. Isto é, a norma penal, além de prever, no preceito primário, condutas a serem repreendidas e de cominar, no preceito secundário, penalidades para tais, é dotada de um caráter diretivo, no sentido de que traça fins a serem alcançados e valores a serem resguardados com suas previsões.

¹ Nesse sentido, QUEIROZ, Paulo. Direito Penal: Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 4. ed., 2008, p. 51.

² BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 60.

³ REBÊLO, José Henrique Guaracy. Princípio da insignificância. 1ª ed., Del Rey, 2000, p. 33

⁴ **Furto atenuado** § 1º Se o agente é primário e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou considerar a infração como disciplinar. Entende-se pequeno o valor que não exceda a um décimo da quantia mensal do mais alto salário mínimo do país.

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 1, 5. ed. rev. e atual., 2004, p. 80.

Não mais se admite a ideia de que teria o Direito Penal um fim em si mesmo, com o simples objetivo de punir as condutas previstas no Código Penal (CP), atingindo seu propósito, desse modo, com a própria posituação das regras proibitivas. Quer dizer, está superada a concepção de que pelo simples fato de estarem formalmente descritas em um código e serem reproduzidas no dia-a-dia, com a penalização dos agentes que as ofendem, as normas penais estariam cumprindo seu desígnio.

Essa ideia ultrapassada ainda se reflete na prática dos juízos e tribunais, onde se pode ver uma preocupação exacerbada com o cumprimento da norma, mais do que com a efetiva tutela dos valores e interesses penalmente relevantes, o que torna imprescindível para este trabalho - que levará em conta o Direito Penal em sua forma deontológica, e não necessariamente como se releva na prática - o estabelecimento de proposições teóricas preliminares, muitas vezes esquecidas, e que dão sustentação à tese que defendemos.

A norma penal, para além de reprimir coercitivamente um comportamento socialmente reprovável, expressa um valor e apresenta uma finalidade, qual seja, resguardar um bem jurídico, servindo ela de simples instrumento para tanto. Aliás, ela não só tutela bens, mas sim o faz de forma mais intensa que os demais ramos, como adiante se demonstrará.

A doutrina elenca possíveis objetivos para o Direito Penal: proteger os bens jurídicos típicos da sociedade e garantir as prestações públicas necessárias à subsistência⁶, atuar onde há transgressão de valores mais importantes ou fundamentais para a sociedade⁷. Seja qual for o entendimento adotado, o fato é que Direito Penal tem um objetivo e este tem a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) como base de valores, servindo os princípios e valores nela retratados como suporte axiológico das previsões penais.

Nesse sentido é que estamos de acordo com Franco Bricola⁸ quando conclui que “o ilícito penal pode concretizar-se exclusivamente em uma intolerável lesão a um valor constitucionalmente relevante.” Isto é, a reprimenda penal só é legítima quando configure-se a ofensa ou potencialidade de ofensa grave a um bem jurídico constitucionalmente previsto, servindo a Constituição de norte para a determinação dos preceitos que serão penalmente protegidos.

⁶ PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e Constituição. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 63.

⁷ NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal: introdução e parte geral. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 38. ed. rev. e atual., 2004, p. 05.

⁸ BRICOLA, Franco. Teoria generale del reato. Scritti di diritto penale. Dottrine generali. Teoria del reato e sistema sanzionatorio. Milano: Giuffrè, 1997. p. 565. v. 1, t. 1. apud GOMES, Luiz Flávio. Norma e Bem Jurídico no Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 89.

Quanto à principal função do Direito Penal, juridicamente falando, sem adentrar em questões político-sociais (como o seu objetivo de garantir a segurança jurídica e de promover a defesa social⁹) e éticas, tem-se que o Direito Penal apresenta um caráter sancionador, sendo, como afirma Damásio de Jesus¹⁰, “um conjunto complementar e sancionador de normas jurídicas”, que são pré-existentes e provenientes de outros ramos do direito.

Nesse trilhar, afirma igualmente Zaffaroni¹¹ que o Direito penal tem caráter predominantemente sancionador, não se prestando a criar bens jurídicos, mas somente a reforçar a proteção contra aqueles comportamentos já considerados antijurídicos por outros campos do direito. É também nessa acepção que atesta Luiz Flávio Gomes¹² haver uma permeabilidade no conceito de bem jurídico penal, tendo todos os bens a potencialidade de alcançar esse “patamar”, que oferece um tipo qualificado de proteção normativa.

Não somente tutela de maneira mais intensa bens jurídicos pré-existentes, entretanto, para além disso, o Direito Penal protege bens jurídicos que consubstanciam valores constitucionalmente relevantes, aqueles considerados mais caros à sociedade, e não o faz diante de qualquer afetação desses bens, mas tão somente em caso de lesão ou perigo de lesão grave e intolerável a eles.

A determinação dessa função primordial do direito criminal é fundamental para delimitar os contornos do princípio da insignificância penal, mas, para completar o conceito, ainda é necessário determinar quais são esses bens jurídicos tutelados, além de elucidar sua forma de atuação e os importantes princípios nos quais é pautada.

2.2 O bem jurídico penal

Os bens jurídicos penalmente protegidos, em uma simplória explicação, expressam valores extraídos diretamente do preceito primário de uma norma positivada no Código Penal. Explicamos. Quando o artigo 121 do CP prevê como crime “matar alguém”, é prontamente inferido que o bem jurídico penal aqui tutelado é a vida.

Mais do que daquele valor diretamente protegido em uma previsão normativa, entretanto, o bem jurídico penal expressa a positivação de um anseio social e é isso que o

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 1, 5. ed. rev. e atual., 2004, p. 90/91.

¹⁰ JESUS, Damásio de. Direito Penal: parte geral. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 32. ed., 2011, p. 48.

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 1, 5. ed. rev. e atual., 2004, p. 100.

¹² GOMES, Luiz Flávio. Norma e Bem Jurídico no Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 56.

legítima. Quer dizer, aqueles valores tutelados pela norma criminal não são escolhidos de forma arbitrária pelo legislador ordinário, mas, pelo contrário, refletem os interesses mais estimados pela sociedade, conferindo a eles especial tutela.

Os bens jurídicos dotados de proteção penal em uma determinada época, desse modo, refletem as noções valorativas predominantes na sociedade em que estão inseridos, e assim não poderia deixar de ser, uma vez que isso promove sua aceitabilidade social.

É por essa razão que condutas como o “raptor consensual” foram descriminalizadas, pois refletia os valores de uma sociedade predominantemente patriarcal e sexista, que tutelava em seu Código Penal valores como a “autoridade paterna”, e que não teria legitimidade nos dias atuais, por não refletir os anseios sociais hodiernos.

Além de fundamentados nos anseios coletivos, os bens jurídicos dotados de tutela penal tem como suporte axiológico a Constituição, que, como norma consagradora dos direitos fundamentais dos indivíduos, estabelece os valores a serem salvaguardados pelas leis penais, como a vida, a dignidade e a igualdade.

Um direito basilar igualmente protegido pela CRFB/88, entretanto, é o da liberdade, sendo assegurado seu exercício como corolário de um Estado Democrático de Direito, configurando um importante limite a atuação do legislador na valoração dos bens jurídicos que logram a tutela penal.

Nesse sentido é o entendimento de Luiz Flávio Gomes, que atesta que só é razoável afetar tão caro bem jurídico quanto a liberdade nos casos em que a atuação do agente tenha ofendido outro bem de importância correspondente ou maior, tendo em vista a proporcionalidade necessária¹³ diante da gravidade das consequências típicas da sanção penal.

Indo além, Luiz Regis Prado¹⁴ fala ainda em *in dubio pro libertate*, tratando-se de uma presunção geral e de uma construção interpretativa limitadora da atuação do legislador ordinário penal. Nessa toada, a continência da liberdade pessoal só pode se dar em não havendo dúvida de que houve ofensa grave a um valor igualmente caro e constitucionalmente previsto.

O quadro valorativo da Constituição, portanto, exerce uma dupla função sobre a determinação do bem jurídico penal, pois, ao mesmo tempo em que todo valor alçado a categoria de bem jurídico penal retira seu fundamento de validade dos valores previstos na Carta Magna, é por eles limitado.

¹³ GOMES, Luiz Flávio. Norma e Bem Jurídico no Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 39.

¹⁴ PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e Constituição. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 87. Nessa concepção é que ele fala ainda que “A lei penal, advirta-se, atua não como *limite* da liberdade pessoal, mas sim como seu *garante*”, p. 111.

Logo, os bens merecedores da guarida penal são tanto aqueles particularmente determinados pela CRFB/88 para isso, como aqueles acobertados pelos princípios e diretrizes que essa lei fundamental expressa, que estejam em consonância com o Estado Democrático de Direito¹⁵.

Além do exposto, uma importante característica do bem jurídico penal é a de que ele recebe uma tutela mais intensa, através de um tipo de sanção específica, a coerção penal. Essa coerção, manifestada através da pena, descrita no preceito secundário dos tipos previstos no CP, diferencia-se das sanções cominadas por outros ramos do direito, primeiramente em razão do seu caráter preventivo geral, que expressa um objetivo de intimidar a generalidade das pessoas com o fim de prevenir as lesões mais graves aos bens mais importantes, e, secundamente, da sua índole preventiva especial, que revela a ideia de que, uma vez perpetrada a violação grave ao bem jurídico tutelado, o agente é punido para impedir a continuidade da atividade lesiva pelo indivíduo, no limite da sua responsabilidade individual¹⁶. Além disso, como atesta a doutrina¹⁷, a sanção penal é dotada de caráter ressocializador, é a única capaz de possibilitar a restrição da liberdade do indivíduo de ir e vir, sendo a prisão civil do devedor de pensão alimentícia uma exceção a essa ideia e, na verdade, um tipo de privação da liberdade com intuito diferente da prisão penal, pois visa estimular o pagamento e não penalizar uma conduta e reprimi-la de forma que o seu agente não mais a execute¹⁸.

O bem jurídico penal, portanto, em síntese, mais do que aquele valor protegido que se extrai diretamente do preceito primário da norma positivada no Código Penal, é a materialização de um anseio social, que recebe uma tutela mais intensa, através da coerção penal, tendo como suporte axiológico a CRFB/88.

2.3 Fragmentariedade e subsidiariedade do Direito Penal

Uma vez conceituado o bem jurídico penal, necessário tecer maiores considerações sobre esses dois importantes princípios, que servem de base tanto para atuação do legislador

¹⁵ PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e Constituição. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 95.

¹⁶ TELES, Ney Moura. Direito Penal: parte geral. São Paulo: Atlas, vol. 1, 2004, p. 51.

¹⁷ Por todos, confira-se GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial. v. 04. 11 ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2015, p. 537.

¹⁸ Nesse sentido, RIBEIRO, Pedro Roney Dias. A Indicação do Crime de Apropriação Indébita Previdenciária pelo Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará. Faculdade de Direito (Monografia). Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2016, p. 32: Ao vedar a prisão civil por dívida, a CRFB/88 assinala que não é possível a previsão da privação de liberdade como forma de constrangimento ao pagamento de dívidas, mas não impede que o legislador, utilizando-se do caráter sancionador do Direito Penal, redobre a tutela sobre determinado bem jurídico que se afeta com o simples não pagamento de uma dívida.

penal na hora de determinar os bens que fazem jus à tutela penal, quanto para a atividade do intérprete no momento de examinar se uma conduta foi penalmente relevante ou não.

Há muito a doutrina brasileira enxerga os males da tipificação desmedida de condutas, que afeta primordialmente o valor constitucionalmente consagrado da liberdade. Luiz Régis Prado¹⁹, em 2003, já afirma que “o uso excessivo da sanção criminal (inflação penal) não garante uma maior proteção dos bens; ao contrário, condena o sistema penal à inanidade”.

Diante disso, é que se defende, como uma das características básicas do Direito Penal, o seu caráter fragmentário, que se dá em duas acepções. Primeiro, fragmentário porque, além de ele amparar somente bens jurídicos dotados de legitimidade social e guardida constitucional, não são todos que estão aptos a essa tutela mais grave, selecionando o Direito Penal, das outras áreas do Direito, os bens mais caros para oferecer sua proteção mais intensa. Segundo, é ele fragmentário porque só deve atuar nos casos em que houver uma ofensa grave ou potencialidade de ofensa concreta e relevante a esses bens por ele preservados²⁰.

É nesse sentido, pois, que condutas que afrontem, a princípio, em uma análise formal da descrição do tipo penal, bens jurídicos protegidos penalmente, podem não sofrer sanções criminais. Isso porque, ainda que o bem seja alçado à postura de penalmente tutelado, a ofensa concreta ou potencial que lhe atinge deve ser grave.

Além disso, o Direito Penal apresenta uma índole de subsidiariedade, também expressa no princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*, que é a noção de que, como demonstra a própria acepção da palavra, sua atuação deve ser subsidiária ou secundária diante da utilização preferencial de outro instrumento de tutela, que, no caso, ofereceria uma proteção com consequências menos gravosas.

Assim, se outras formas de sanção menos lesivas forem suficientes para tutelar o bem em questão, levando em conta a magnitude da agressão que o atingiu e a relevância dele para a sociedade, faz-se desnecessária e até mesmo desapropriada a criminalização da conduta ofensiva a esse bem.

Intervém o Direito Penal, nessa acepção, somente quando os demais ramos do direito forem incapazes de proteger suficientemente os bens jurídicos mais caros ao indivíduo

¹⁹ PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e Constituição. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 68.

²⁰ Nesse sentido, cite-se TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 14: Quer dizer que se, de um lado, nem todo fato ilícito reúne os elementos necessários para subsumir-se a um fato típico penal, de outro, o crime deve ser sempre um fato ilícito para o todo do direito. Eis aí o caráter fragmentário do direito penal: dentre a multidão de fatos ilícitos possíveis, somente alguns — os mais graves — são selecionados para serem alcançados pelas malhas do ordenamento penal.

em sociedade, que passa a necessitar de um preceito penal que traga um reforço de tutela e criminalize as ofensas socialmente inaceitáveis a esses bens.

Isso se dá em razão da maior gravidade da sanção penal em relação às demais, tendo em vista que, como regra, tolhe a liberdade do agente transgressor da norma, por um certo período de tempo, permanecendo ele em um lugar diferente do seu habitual, geralmente em precárias condições, longe de seus entes, afastado do exercício de sua profissão e tendo que obedecer uma série de normas que restringem sua liberdade²¹. Em virtude de tão negativas consequências, por conseguinte, a punição penal só deve ser utilizada quando for imprescindível para a conservação da ordem jurídica²².

2.4 O Direito Penal contemporâneo

Como atesta Luiz Flávio Gomes²³, o Direito Penal do século XX era “tecnicista, formalista, meramente subsuntivo, lógico-formal”. Isto é, vigorava a ideia de delito como mera correspondência entre a conduta do agente e a ação descrita no preceito primário de um artigo do CP. Seria o crime, nessa acepção, uma mera desobediência à norma imperativa penal, e, em razão disso, punido. Reflexo disso da compreensão ultrapassada do ramo penal como um fim em si mesmo, com o simples objetivo de punir os comportamentos por ele reprimidos.

Vivenciamos atualmente, de maneira oposta, um fenômeno de “constitucionalização” do Direito Penal, servindo a Constituição, como dito, ao mesmo tempo, de base valorativa de onde o legislador ordinário extrai os bens jurídicos que serão alçados à categoria de penalmente relevantes, e de limite à inflação legislativa desse ramo, garantindo a proteção dos direitos fundamentais.

O Direito Penal atual é dotado de normas de índole valorativa, no sentido de que existem com o intuito de proteger os bens e interesses mais importantes para a convivência social e servem de instrumento para tanto, e não como fim em si mesmo. Em razão disso, não mais prevalece a percepção do fato típico como simples ofensa ao aspecto imperativo da norma

²¹ TELES, Ney Moura. Direito Penal: parte geral. São Paulo: Atlas, vol. 1, 2004, p. 47.

²² Falando das desvantagens da justiça criminal, ainda, ROXIN, Claus. Estudos de Direitos Penal. Org. e trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 02: “Ela submete numerosos cidadãos, nem sempre culpados, a medidas persecutórias extremamente graves do ponto de vista social e psíquico. Ela estigmatiza o condenado e o leva à desclassificação e à exclusão social, consequências que não podem ser desejadas num Estado Social de Direito, o qual tem por fim a integração e a redução de discriminações”.

²³ GOMES, Luiz Flávio. Norma e Bem Jurídico no Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 38.

primária - o qual define, de maneira coercitiva, uma linha de conduta -, mas, sobretudo, “como infração do aspecto valorativo dessa mesma norma”²⁴.

Ultrapassado, portanto, aquele Direito Penal da mera subsunção formal do fato à norma, prevalece atualmente a ideia de que não há crime sem ofensa grave ao bem jurídico tutelado, sem que seja atingido o núcleo de proteção da norma penal.

Além disso, o Direito Penal tem uma índole cada vez mais garantista, que, pautado na legalidade, busca proteger e alargar o alcance dos direitos fundamentais dos indivíduos, em especial da liberdade, com a restrição do poder do estado de punir²⁵. Apresenta destaque aqui o caráter material e constitucional na atuação desse ramo do Direito, que protege os interesses mais caros da sociedade ao mesmo tempo em que respeita as garantias fundamentais previstas na Constituição.

Superada a ideia de que o delito deve ser punido simplesmente em razão da transgressão de um preceito formalizado no Código Penal, portanto, surgiu a concepção de tipicidade material da conduta, não sendo mais suficiente apenas a tipicidade formal para que o fato seja considerado típico.

2.5 Tipicidade formal e tipicidade material

Como dito, a tipicidade formal é justamente a conformação entre o fato praticado e a conduta punível prevista no tipo, com o preenchimento de todos os elementos descritivos do enunciado de um preceito do Código Penal.

Para ser alcançada a tipicidade formal é necessária a observância de certos elementos, quais sejam: uma conduta, um resultado, uma relação de causalidade entre eles e uma adequação da ação praticada com a descrição de um tipo penal. É nesse sentido a doutrina de Julio Fabrini Mirabete²⁶, que, no entanto, em uma visão ultrapassada do delito como mera subsunção formal do fato à norma, afirma serem esses os elementos do fato típico, limitando-se a dizer que “caso o fato concreto não apresente um desses elementos, não é fato típico e, portanto, não é crime”.

²⁴ GOMES, Luiz Flávio. Norma e Bem Jurídico no Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 36.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2002, p. 07.

²⁶ MIRABETE, Julio Fabrini. Manual de Direito Penal: parte geral. São Paulo: Atlas, vol. 1, 17. ed., 2001, p. 101.

Apesar da necessidade de satisfação desses elementos, discordamos de que seja exigido tão somente isso para que haja concretização de um fato típico, sendo imprescindível o preenchimento de outros requisitos, daquilo que chamamos de tipicidade material.

A tipicidade material, por sua vez, apresenta dois critérios distintos para a concretização: a desaprovação da conduta e/ou a desaprovação do resultado jurídico²⁷. Imprescindíveis, portanto, a conduta e o resultado, além de uma relação de causa-efeito entre eles e a adequação deles a uma descrição normativa, mas não suficiente. É preciso haver um desvalor na conduta do agente e/ou um desvalor no resultado jurídico por ela provocado. É preciso que seja afetado o bem jurídico protegido pela norma, bem esse alçado a essa categoria em razão de seu elevado valor para a consciência social, valor consequentemente atingido de forma grave e inaceitável pela ação do agente ou pelo resultado dela advinda.

Ora, se, como dito, a norma penal existe como instrumento de tutela de um bem jurídico, não poderia bastar a mera adequação do fato à descrição legal para que reste configurado um delito. Nesse sentido, não devem ser consideradas típicas condutas que “embora formalmente se adequem à descrição típica, realmente não podem ser consideradas contrárias à norma e nem lesivas do bem jurídico tutelado”²⁸.

Passa a ser necessária, então, a adequação não somente formal do fato à norma, mas também material.

De acordo com Zaffaroni²⁹, a averiguação da existência dessa adequação material, que chamamos de tipicidade material (e o autor denomina de antinormatividade – expressão com que não concordamos, pois a conduta formalmente típica já é antinormativa, ainda que viole somente os ditames da norma e não o valor a ela intrínseco), se dá posteriormente ao juízo de tipicidade formal, e é o momento no qual é feita uma investigação do alcance da norma que está anteposta - e que deu origem ao tipo legal - e um exame sobre a afetação do bem jurídico.

Isto é, considerando a premissa anteriormente enunciada de que uma norma jurídica penal serve sobretudo de instrumento para tutela de bens jurídicos, para configurar-se um delito de relevância penal é necessário que haja ofensa ou potencialidade de ofensa grave a esses bens salvaguardados pela norma, não sendo suficiente a mera transgressão do preceito por ela

²⁷ GOMES, Luiz Flávio. Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: RT. 2010, p. 75.

²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 1, 5. ed. rev. e atual., 2004, p. 433/434.

²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 1, 5. ed. rev. e atual., 2004, p. 434.

descrito, fazendo-se necessária a violação daquilo que Luiz Flávio Gomes³⁰ denomina de *aspecto valorativo da norma*.

Diante do exposto, afere-se que, enquanto a atipicidade formal de uma conduta se dá à medida que falte na ação concretizada por um agente algum dos elementos do tipo penal, a atipicidade material se dará quando, a despeito de existirem esses elementos, não houver desvalor da ação praticada ou do resultado por ela perpetrado, e é aqui que se encaixa o princípio da insignificância no Direito Penal, como passamos a demonstrar.

2.6 O princípio da Insignificância

Como afirma Claus Roxin³¹, idealizador de uma versão mais recente do princípio da insignificância, este permite, de plano, excluir lesões de bagatela - isto é, de somenos importância - da maioria dos tipos penais.

Formando um paralelo com as premissas anteriormente estabelecidas neste trabalho e demonstrando a importância de repisá-las para chegarmos até aqui, portanto, é que se afirma: o princípio da insignificância, quando aplicado, é o que permite, na prática, considerar penalmente irrelevantes condutas que, a despeito de adequarem-se formalmente à descrição típica, apresentam mínima ou nenhuma ofensividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

Esse princípio, que não é legislado no Direito Penal Comum (apesar de ter previsão no art. 240, §1º do Código Penal Militar), é uma decorrência dos atributos do Direito Penal que até aqui consolidamos. Quer dizer, a aplicação do princípio da insignificância no Direito Penal é um reflexo da sua função sancionadora, da importância dos bens jurídicos por ele tutelados e, em especial, uma reverberação dos princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade.

É esse princípio, portanto, como afirma José Henrique Guaracy Rebêlo³² uma decorrência da evolução na doutrina de um conceito formal a outro material de crime, que passa a exigir o caráter lesivo da conduta humana a um determinado bem e considerar essencial a presença de elementos objetivos que culminem na utilidade e justiça da imposição de uma sanção criminal ao agente.

Nada obstante, a circunstância de um fato estar acobertado por esse princípio, sendo considerado penalmente insignificante, não implica que ele não receberá uma reprimenda. Caso

³⁰GOMES, Luiz Flávio. *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 25.

³¹ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 47.

³²REBÊLO, José Henrique Guaracy. *Princípio da insignificância*. 1ª ed., Del Rey, 2000, p. 32.

configure um ilícito civil ou administrativo, por exemplo, suportará as consequências legalmente previstas nesses âmbitos, caso existam. Nessa acepção, frisa Francisco de Assis Toledo³³ “a maior amplitude e a anterioridade da ilicitude em relação ao tipo legal de crime”.

Indaga-se da aplicação desse princípio, ante o exposto, quando da análise da tipicidade do fato. Sendo o fato típico formado, lembre-se, por tipicidade formal – que tem por elementos conduta, resultado, relação de causalidade e adequação do fato à norma – e tipicidade material – que apresenta os juízos de desvalor da ação e/ou desvalor do resultado -, é a aplicação do postulado da insignificância uma excludente da tipicidade material. Melhor dizendo, a conduta tida por bagatela, nessa acepção, não chega nem a ser típica.

Além de ser excludente da tipicidade material, afirma a doutrina³⁴ atuar o princípio da insignificância como critério de interpretação restritiva dos tipos penais, levando a considerar penalmente irrelevantes um maior número de condutas, em razão de seu caráter de nenhuma ou de pouca ofensividade. Esse emprego do princípio, segundo Roxin, possibilitaria “uma significativa contribuição para diminuir a criminalidade em nosso país”³⁵, isto porque “nada favorece tanto a criminalidade como a penalização de qualquer bagatela”³⁶.

Ademais, há quem fale ainda de uma índole de garantia do princípio da insignificância, que salvaguarda a atuação de outros princípios do Direito Penal³⁷. Nesse sentido, considerar penalmente insignificantes certas condutas concretiza o princípio da proporcionalidade, em sua acepção de preservar a correspondência entre o delito e a intensidade da sanção penal em razão dele aplicada.

Vale salientar que o próprio Supremo Tribunal Federal, em emblemático julgado de 2004³⁸, reconheceu que o princípio da insignificância qualifica-se como fator de descaracterização material da tipicidade penal. Nesse sentido:

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

³³ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 134.

³⁴ Nesse sentido: MANÃS, Carlos Vico. *O Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade no Direito Penal*. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 81; REBÊLO, José Henrique Guaracy. *Princípio da insignificância*. 1ª ed. Del Rey, 2000, p. 37/38; GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: RT. 2010, p. 56.

³⁵ ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 48.

³⁶ ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 1ª ed. Vega, 1986, p. 29. Nesse sentido, explica o autor a respeito da sanção penal: “Se for utilizada quando bastem outros procedimentos mais suaves para preservar ou reinstaurar a ordem jurídica, carece da legitimidade que lhe advém da necessidade social, e a paz jurídica vê-se perturbada pela presença de um exército de pessoas com antecedentes penais numa medida superior à que pode ser fundamentada pela cominação legal”.

³⁷ REBÊLO, José Henrique Guaracy. *Princípio da insignificância*. 1ª ed. Del Rey, 2000, p. 33.

³⁸ STF, HC 84412/SP, Relator Ministro Celso de Mello, Data de Julgamento: 19/10/2004, Segunda Turma.

sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material

Além disso, estabeleceu o STF, no mesmo julgado, quatro pressupostos para a aplicação desse princípio, quais sejam: (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.

Considerando que não resta esclarecido pelo precedente a necessidade ou não do preenchimento de todos esses vetores, afirma parcela da doutrina que eles não precisam ser apurados simultaneamente em cada caso concreto, podendo ser analisados individualmente e possibilitar a configuração da bagatela, havendo quem diga, inclusive, que tratam-se de requisitos redundantes, “argumentando em círculo”³⁹. Nesse sentido, atesta Luiz Flávio Gomes⁴⁰ que há casos em que não há desvalor da conduta, outros em que falta o desvalor do resultado e ainda situações em que ambos estão ausentes e em nenhum deles deve-se rechaçar a aplicação do princípio da insignificância sem uma análise mais detida.

Um outro aspecto relevante sobre esse princípio, reconhecido pela doutrina e ainda um pouco controverso na jurisprudência, é o seu caráter objetivo, no sentido de que não devem ser consideradas, quando da análise da possibilidade de aplicar o princípio da insignificância no caso concreto, circunstâncias de caráter eminentemente subjetivo. Isso porque, considerando que esse princípio afasta a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material, é equivocado afastar-lhe a incidência tão somente pelo fato de o agente ser reincidente, por exemplo, pois isso é um aspecto da culpabilidade e, uma vez excluído o fato típico, não há que sequer perquirir da antijuridicidade ou da culpabilidade.

Nesse sentido, colaciono elucidativa decisão no âmbito do STJ no HC nº 34.641/RS, relatada pelo Ministro Felix Fischer⁴¹, para quem

o fato de que circunstâncias de caráter eminentemente subjetivo, tais como reincidência, maus antecedentes e, também, o fato de haver processos em curso visando a apuração da mesma prática delituosa, não interferem na aplicação do princípio da insignificância, pois este está estritamente relacionado com o bem jurídico tutelado e com o tipo de injusto.

Para a incidência do princípio da bagatela, portanto, devem ser analisadas as circunstâncias objetivas em que se deu a prática delituosa, o fato em si, e não os atributos

³⁹ QUEIROZ, Paulo. Direito Penal: Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 4. ed., 2008, p. 53.

⁴⁰ GOMES, Luiz Flávio. Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: RT. 2010, p. 22.

⁴¹ STJ, HC 34.641/RS, Relator Ministro Felix Fischer, Data de Julgamento: 15/06/2004, Quinta Turma.

peculiares ao autor. Isso porque considerar a circunstâncias do agente para o reconhecimento do princípio em análise é uma clara aplicação do ultrapassado Direito Penal do autor⁴².

Nesse magistério, foi o voto do relator Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário (RE) 583.523/RS, datado de 03/10/2013⁴³. Tratou-se de caso julgado sob regime de repercussão geral, a respeito da não recepção do art. 25 da Lei de Contravenções Penais pela Constituição, dado que tipificava a posse de alguns instrumentos, em razão da qualidade de “vadio ou mendigo” daquele que o portava e do histórico penal do agente. Nessa situação, proclamou o ministro:

Admitir essa qualidade do sujeito ativo para configuração do tipo vai muito além da intenção de proteger o bem jurídico tutelado, no caso o patrimônio, e representa, isso sim, um modelo político-criminal não só transgressor da própria dignidade da pessoa humana, mas também apto a substituir um modelo de direito penal do fato por um modelo de direito penal do autor.

Vale salientar, no entanto, que, a despeito desses acertados entendimentos dos Tribunais Superiores, fundamentados na melhor doutrina penalista, há na jurisprudência uma série de julgados em que se afastou a insignificância por circunstâncias alheias ao juízo de tipicidade da conduta, deixando-se de aplicar o princípio em razão da reincidência, ou, pior, por conta da existência de decisões condenatórias anteriores em desfavor do agente, sem trânsito em julgado. É, inclusive, um entendimento predominante nas duas Turmas do STF⁴⁴.

Os tribunais superiores tem deixado de aplicar indevidamente a bagatela, portanto, e, como regra, utilizam-se do pretexto de que seria um incentivo à prática delitiva e uma demonstração de impunidade do agente. Nesse sentido, decisão recente do STJ, tendo como relator o Ministro Ribeiro Dantas, no Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC) nº 51430/PR, julgado em 15/04/2016⁴⁵:

De fato, no que se refere ao crime de descaminho, a jurisprudência desta Quinta Turma reconhece que o princípio da insignificância não tem aplicabilidade em casos de reiteração da conduta delitiva, visto que tal circunstância denota maior grau de reprovabilidade do comportamento lesivo, sendo desnecessário perquirir o valor dos tributos iludidos pelo acusado. Ademais, a existência de outras ações penais, inquéritos policiais em curso ou procedimentos administrativos fiscais, em que pese não configurar reincidência, denotam habituação delitiva do réu e afastam, por consectário, a incidência do princípio da insignificância

⁴² GOMES, Luiz Flávio. Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2010, p. 69.

⁴³ STF, RE 583.523/RS, Relator Ministro Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 03/10/2013, Tribunal Pleno.

⁴⁴ Como atesta o Ministro Luís Roberto Barroso no STF, HC 123.108/MG, Relator Ministro Roberto Barroso, Data de Julgamento: 03/08/2015, Tribunal Pleno, na p. 25.

⁴⁵ STJ, RHC 51430/PR, Relator Ministro Ribeiro Dantas, Data de Julgamento: 05/04/2016, Quinta Turma.

Ora, exigir, para o reconhecimento da atipicidade de conduta que não causou lesão ou perigo de lesão ao bem tutelado pela norma, ou o fez de forma escassa, que o agente não seja reincidente ou mesmo que não tenha decisões condenatórias prévias, ainda mais sem trânsito em julgado, é considerar como elementar de um tipo penal algo não previsto nele, afrontando a legalidade penal⁴⁶.

Ademais, caso equivocadamente considere-se apropriado analisar critérios subjetivos na perquirição da aplicação do princípio da bagatela, é flagrantemente inconstitucional valorar simples investigações policiais ou persecuções criminais ainda em curso, sem condenação penal irrecorrível, como maus antecedentes para tanto, nos termos do art. 5º, LVII da CRFB/88⁴⁷.

Nada obstante, o que se defende no presente trabalho não é que as circunstâncias pessoais do agente, próprias do juízo de reprovabilidade da conduta, não serão levadas em conta pelo magistrado na determinação da (ir)responsabilidade penal pelo fato, mas sim que serão apuradas em um outro momento, quando da aplicação da pena, e não quando da constatação da (a)tipicidade da conduta, filiando-se ao pensamento de Luiz Flávio Gomes.

Nessa acepção, diferencia o autor o princípio da insignificância do princípio da irrelevância penal do fato, atestando que, enquanto o primeiro é causa de exclusão da tipicidade material, o segundo é causa excludente da punição concreta, isto é, é uma dispensa de pena em razão de sua desnecessidade no caso em análise, com base na escassa reprovação do ato, bem como na vida pregressa do agente, na sua conduta social e nas circunstâncias do delito⁴⁸. Nessa perspectiva, enuncia o doutrinador a respeito dos fatores que devem ser considerados para a aplicação da irrelevância penal do fato, enfatizando que não precisam concorrer todos simultaneamente⁴⁹:

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,

⁴⁶ É essa a cognição do ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento do HC 123.108/MG pelo STF, datado de 01/07/2014, em que afirma: “[...]Portanto, embora o Tribunal tenha reconhecido, em tese, a constitucionalidade da reincidência como agravante genérica da pena (RE453.000, Rel. Min. Marco Aurélio), isto não significa que se possa considerar a reiteração delitiva como circunstância elementar de tipos penais. Isto é: a tipicidade de uma conduta não pode depender de saber se o agente é vadio, mendigo, processado, condenado ou reincidente. [...] A jurisprudência dominante na Corte, no entanto, faz exatamente isto ao afastar o princípio da insignificância a agentes em situação de reiteração delitiva, (tecnicamente reincidentes ou não). Uma mesma conduta –e.g., a subtração de uma caixa de fósforos, de quatro galinhas, de um desodorante, de barras de chocolate etc. – tem a sua tipicidade dependente de uma investigação sobre os antecedentes criminais do agente”.

⁴⁷ LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

⁴⁸ GOMES, Luiz Flávio. Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: RT. 2010, p. 36.

⁴⁹ GOMES, Luiz Flávio. Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: RT. 2010, p. 50.

reconhecimento de culpa, colaboração com a justiça, o fato de o agente ter sido processado, o fato de ter sido preso ou ter ficado preso por um período etc.

Afirma a doutrina⁵⁰ que o fundamento legal para aplicar a irrelevância penal do fato situa-se no art. 59 do CP, pois determina que o magistrado está vinculado à necessidade da pena, só a aplicando quando imprescindível e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Feita a diferenciação é que afirma Luiz Flávio Gomes: o princípio da insignificância se aplica no caso de *bagatela própria*, o da irrelevância penal do fato se dá nos casos de *bagatela imprópria*, conceitos que passamos a diferenciar.

A conduta considerada bagatela própria é aquela que, não obstante formalmente típica, é insignificante desde a sua prática, em razão da exiguidade da lesão ou potencialidade de lesão ao bem jurídico tutelado. Seria o caso de um agente que subtrai mercadorias de um estabelecimento comercial avaliadas em valor aproximado de R\$ 58,62⁵¹.

Já a bagatela imprópria se dá na ocasião em que o fato é penalmente relevante quando ocorre, mas, analisando-se as peculiaridades do caso concreto, as condições do autor, conclui-se pela desnecessidade de pena. Um exemplo seria a hipótese de emissão de cheque sem fundo, em que o agente, a princípio, comete estelionato, mas se reparar o dano antes do recebimento da denúncia ficará isento de pena⁵².

Afirma-se, portanto, que a conduta dita bagatela própria - atípica no aspecto material, considerada insignificante desde sua origem - assim o é em razão da aplicação do princípio da insignificância, que, se utilizando de critérios objetivos de análise do fato em si, conclui pela escassez da ofensa causada. Já a bagatela imprópria - formal e materialmente típica, mas não merecedora de repressão penal em razão de aspectos subjetivos, relacionados ao agente e à sua culpabilidade - dá ensejo a aplicação do princípio da irrelevância penal do fato, que é aquele utilizado pelo magistrado para, considerando as determinações do art. 59 do CP, dispensar a pena ao agente.

Um tipo do Código Penal que corriqueiramente dá ensejo à aplicação desses dois importantes princípios é o crime de descaminho, previsto no art. 334, especialmente em razão das peculiaridades das condutas que o configuram, as quais, pela relevância para a discussão que nos propomos, passamos a analisar.

⁵⁰ SANCHES, Rogério. Manual de Direito Penal: Parte Geral. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 81.

⁵¹ STJ, HC 318998/SP, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Data de Julgamento: 16/06/2016 Sexta Turma.

⁵² Nesse sentido é a súmula nº 554 do STF: "O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal".

3 DESCAMINHO

Descrito no artigo 334 do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 13.008/2014, o descaminho é o crime cometido por aquele que ilude, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria. É desse ilícito que trataremos no presente capítulo, passando pelas particularidades consideradas mais relevantes para conduzirmos a investigação a que este trabalho se propõe.

O autor desse crime comete um ilícito tributário, elevado ao caráter de ilícito penal em razão da importância do bem jurídico que tutela, que é, a princípio, a ordem tributária, como adiante se explanará.

Fraudando o cumprimento das obrigações tributárias decorrentes do consumo, da entrada ou da saída de mercadoria do território nacional, por conseguinte, o sujeito ativo pratica não apenas uma infração penal, como também uma infração administrativa, cada uma com suas peculiaridades, que igualmente trataremos neste tópico.

Explicando de forma resumida e elucidativa o cerne desse delito, atesta Márcia Dometila Lima de Carvalho⁵³:

Nenhuma mercadoria, coisa suscetível de valor econômico, pode atravessar as fronteiras sem passar pelos portos aduaneiros onde se cumprem ou se fiscaliza o cumprimento das obrigações fiscais e administrativas pertinentes. Tais pontos aduaneiros, chamados barreiras alfandegárias, localizam-se nas zonas fiscais.

Ao entrar no território nacional ou dele retirar-se com mercadorias, portanto, os agentes têm obrigação de pagar tributos, quais sejam: imposto de importação (II), imposto de exportação (IE), imposto incidente sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS) e imposto sobre produtos industrializados (IPI), quando forem os casos⁵⁴. E se não o fazem, cometem infração.

Tendo como foco essa regra, o descaminho apresenta uma série de hipóteses de ocorrência, ponto no qual a doutrina ainda não está pacificada, e que será objeto de mais detida análise em um dos subtópicos que se seguem.

⁵³ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. Crimes de Contrabando e Descaminho. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 14.

⁵⁴ DECOMAIN, Pedro Roberto. Crimes Contra a Ordem Tributária. 5. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 448.

Por fim, como um aspecto fundamental e elementar para as análises e conclusões que teceremos no próximo capítulo, trataremos da questão da natureza do delito de descaminho, do seu caráter material e da (im)possibilidade de constituição de um crédito tributário.

3.1 Descaminho: infração penal versus infração administrativa

Seguindo as premissas estabelecidas no capítulo anterior a respeito da norma penal como provedora de uma tutela mais intensa que a oferecida pelos demais ramos, mas a bens jurídicos igualmente por eles acobertados, o descaminho é considerado um ilícito tanto administrativo, quanto penal, recebendo sanções específicas de ambas as esferas.

Quanto ao descaminho como infração administrativa, tem-se as previsões do Regulamento Aduaneiro (Decreto nº 6.759/2009), que em seu artigo 689 apresenta diversas hipóteses em que será aplicada a pena de perdimento das mercadorias, circunstâncias nas quais resta configurado dano ao erário - em razão da omissão no cumprimento de obrigações tributárias - e que darão ensejo a uma perseguição penal pelo delito de descaminho.

Além do perdimento dos produtos, nos casos descritos nos 22 (vinte e dois) incisos do art. 689, o §1º do mesmo artigo prevê ainda penalidade administrativa de multa para as infrações cometidas. Nesse sentido:

§1º as infrações previstas no caput serão punidas com multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria, na importação, ou ao preço constante da respectiva nota fiscal ou documento equivalente, na exportação, quando a mercadoria não for localizada, ou tiver sido consumida ou revendida, observados o rito e as competências estabelecidos no Decreto nº 70.235, de 1972 (Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, art. 23, § 3º, com a redação dada pela Lei nº 12.350, de 2010, art. 41). (Redação dada pelo Decreto nº 8.010, de 2013)

O agente que entra no território nacional ou dele se retira com mercadorias, iludindo o pagamento dos tributos previstos para essas ações, portanto, terá os produtos objeto da infração apreendidos e sofrerá uma multa. O sujeito ativo primeiramente passará por um procedimento administrativo da Receita Federal, visando apurar a infração, que, uma vez confirmada, dará ensejo à aplicação da pena de perdimento das mercadorias. Passado esse primeiro momento, receberá uma punição de multa, nos termos em que descreve o parágrafo acima.

Nesses casos, como houve um dano ao erário, a omissão no cumprimento de uma obrigação tributária, a tendência é que se inicie um procedimento administrativo fiscal para

apurar a quantia devida pelo agente, conforme prevê o art. 142 do Código Tributário Nacional⁵⁵. Esse dispositivo dispõe que, ocorrido fato gerador de obrigação tributária, a autoridade iniciará procedimento administrativo para determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível, culminando na *constituição de um crédito tributário*.

Ocorre que, especificamente quanto às ações que dão ensejo ao cometimento de crime de descaminho, e administrativamente à pena de perdimento das mercadorias e aplicação de multa, o §3º do art. 689 do Regulamento Aduaneiro prevê:

§ 3º Na hipótese prevista no § 1º, após a instauração do processo administrativo para aplicação da multa, será extinto o processo administrativo para apuração da infração capitulada como dano ao Erário (Lei nº 10.833, de 2003, art. 73, caput e § 1º).

Quer dizer, confirmado pela autoridade administrativa, após regular procedimento, que um agente entrou no território nacional ou dele saiu com mercadorias, sem pagar os tributos que têm essa ação como fato gerador, perderá ele as referidas mercadorias, e terá iniciado contra si um procedimento para averiguar o *quantum* de multa receberá como penalidade. Instaurado esse procedimento, será extinto aquele que eventualmente tenha sido aberto para apurar o dano cometido ao erário, ou seja, o montante do tributo devido. *Não haverá, portanto, constituição de crédito tributário em havendo aplicação de perdimento de mercadoria ao sujeito ativo do delito de descaminho*, premissa que serve de base para as conclusões que chegaremos neste trabalho.

Quanto ao descaminho como infração penal, por sua vez, tem-se a previsão do artigo 334 do CP, que descreve o crime de iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria, cominando a pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Trata-se o crime, basicamente, portanto, da ilusão no pagamento de tributos devidos pela importação, pela exportação ou pelo consumo de mercadoria no território nacional.

Prevê, ainda, entretanto, o mesmo artigo, figuras equiparadas ao descaminho, que estão sujeitas à mesma penalidade, quais sejam: i. prática de navegação de cabotagem – aquela que se dá entre portos marítimos de um mesmo país⁵⁶ - fora dos casos permitidos em lei; ii. prática de fato assimilado, em lei especial, a descaminho; iii. utilização em proveito próprio ou

⁵⁵ Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

⁵⁶ Art. 2º, IX, Lei nº 9.432/1997.

alheio – seja através de venda, exposição à venda, manutenção em depósito ou qualquer outra forma -, no exercício de atividade comercial ou industrial, de mercadoria de procedência estrangeira que introduziu ou sabe ter sido introduzida por terceiro clandestinamente no País ou importou ou sabe ter sido importada por terceiro fraudulentamente; iv. aquisição, recebimento ou ocultação, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, de mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos.

Muitas vezes a infração administrativa - ou seja, o cometimento de uma das figuras descritas nos incisos do art. 689 do Regulamento Aduaneiro –, conforme experiência de estágio em ofício criminal da Procuradoria da República, gera uma Representação Fiscal para Fins Penais, encaminhada da Receita Federal para o Ministério Público, dando ensejo à investigação dos atos criminosos. Nesse sentido, inclusive, dispõe os artigos 1º e 2º do Decreto 2.730, de 1998⁵⁷.

Em que pese isso, existe importante diferenciação entre a infração administrativa e o crime de descaminho, a qual reside especialmente no caráter da responsabilidade, que, enquanto para o crime é subjetiva, na infração administrativa é objetiva. Nessa toada é que, para sofrer a pena de perdimento das mercadorias e a cominação de multa, basta que o agente empreenda uma das ações previstas no Regulamento para tanto, não importando a intenção que teve para cometê-las. Já para incidir no delito do artigo 334 do CP, o agente precisa perpassar por toda a teoria do delito, cometendo um fato típico, formal e materialmente, antijurídico – não acobertado por nenhuma causa de exclusão da ilicitude – e culpável, sendo apurado de maneira subjetiva o seu dolo para a perpetração do ato ilícito. Nessa perspectiva é a doutrina de Márcia Dometila⁵⁸, a qual, tratando da transgressão administrativa, atesta que:

a infração tem caráter formal e se configura só com a objetividade do fato, bastando a possibilidade de prejuízo para o Fisco. A sanção típica, perda de mercadoria e multas, prescinde do direito de propriedade, podendo recair em quem não é autor material do fato. A responsabilidade é puramente formal, não se admitindo escusa

⁵⁷ Art 1º O Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional formalizará representação fiscal, para os fins do art. 83 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, em autos separados e protocolizada na mesma data da lavratura do auto de infração, sempre que, no curso de ação fiscal de que resulte lavratura de auto de infração de exigência de crédito de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda ou decorrente de apreensão de bens sujeitos à pena de perdimento, constatar fato que configure, em tese; I - crime contra a ordem tributária tipificado nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990; II - crime de contrabando ou descaminho. Art 2º Encerrado o processo administrativo-fiscal, os autos da representação fiscal para fins penais serão remetidos ao Ministério Público Federal, se :I - mantida a imputação de multa agravada, o crédito de tributos e contribuições, inclusive acessórios, não for extinto pelo pagamento; II - aplicada, administrativamente, a pena de perdimento de bens, estiver configurado em tese, crime de contrabando ou descaminho.

⁵⁸ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. Crimes de Contrabando e Descaminho. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 34.

baseada em boa fé, em erro próprio ou de terceiro, ou mesmo na falta de qualquer intenção de lesar o Fisco.

Elucidadas essas importantes peculiaridades do descaminho, cabe ainda diferenciar esse crime dos demais delitos contra a ordem tributária, previstos na Lei 8.137/1990, porquanto, como adiante explanaremos, há tribunais aplicando indevidamente institutos desses últimos ao descaminho, sob o pretexto de que são todos crimes contra a ordem tributária⁵⁹.

Os tipos penais previstos no art. 1º da Lei 8.137/90 não criminalizam o “deixar de pagar os tributos devidos” apenas. O crime é de *suprimir* ou *reduzir* tributo, não simplesmente, intencionalmente, não pagar. Nesse sentido, *suprimir* seria impedir, por meio de atos fraudulentos, o fisco de identificar os fatos geradores de tributo, dolosa e fraudulentamente ocultando-os. *Reduzir*, por sua vez, seria omitir parcialmente esses fatos geradores. Nessa acepção, cabe colacionar elucidação de Hugo de Brito Machado⁶⁰:

É certo que o suprimir ou reduzir o tributo, geralmente, implica deixar de pagar ou pagar em valor menor o tributo, mas o *suprimir* não quer dizer *não-pagar*, assim como o *reduzir* não quer dizer *pagar menos*. Quem simplesmente não paga não está suprimindo, se o tributo continua existindo, embora não pago. E quem paga menos não está reduzindo, se a diferença não paga continua sendo devida, em condições de ser cobrada pelo credor.

Nessa toada, como atesta o doutrinador, *suprimir* o tributo é diferente de *não pagar*, porque, neste último caso, ele continua existindo, permanece sendo devido, sem a ilusão de que não há débito, e *reduzir* diferencia-se de *pagar menos*, porque, neste, o tributo mantém-se devido na quantia correta, sem a falsa ideia de que era inferior o valor que deveria ser pago.

Assim, enquanto no descaminho o sujeito ativo “apenas” deixa de pagar ou paga em menor quantidade o tributo correspondente a uma operação, “sem haver apagado da realidade conhecida a obrigação tributária, ou sem haver feito com que a sua expressão econômica se apresente menor”⁶¹, nos crimes tipificados no art. 1º da Lei 8.137/90, o sujeito ativo obsta a percepção do fato gerador da obrigação tributária pelo Fisco, ou faz com que ele constate uma obrigação em quantia menor do que a realmente devida, através de fraude,

⁵⁹ É o caso dos julgados e da doutrina (como DECOMAIN, Pedro Roberto. Crimes Contra a Ordem Tributária. 5. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 619) que atestam ser necessário o exaurimento da discussão na esfera administrativa para que haja consumação do delito de descaminho, com base no julgamento do HC 81611 pelo STF (STF, HC 81611/DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Data de Julgamento: 10/12/2003, Tribunal Pleno), que determinou, para os crimes do art. 1º da Lei 8.137/90, falta de justa causa para a ação penal enquanto não houvesse decisão definitiva do processo administrativo, com constituição do crédito tributário.

⁶⁰ MACHADO, Hugo de Brito. Crimes Contra a Ordem Tributária. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 336.

⁶¹ MACHADO, Hugo de Brito. Crimes Contra a Ordem Tributária. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 338.

perpetrada com o cometimento de alguma ou algumas das condutas previstas nos incisos I a V daquele artigo⁶².

Uma importante decorrência das peculiaridades dos delitos que ora se diferencia, ainda, é a divergência entre os momentos de consumação deles. Assim, enquadrando-se no delito de descaminho o “simples” *não pagar tributo devido*, está consumado o crime no momento em que o pagamento deveria ter sido feito e não o foi. Nesse sentido, na modalidade *importar*, resta consumado o descaminho com a entrada da mercadoria no território nacional sem o pagamento dos tributos correspondentes e na modalidade *exportar*, no momento da saída da mercadoria igualmente sem o pagamento adequado⁶³. Se não há mais possibilidade de realizar o cumprimento da obrigação tributária, se esgotou o “prazo” para realização do pagamento, resta consumado o crime.

Já o crime de *suprimir* ou *reduzir* tributo não se consuma com o simples não pagamento, e sim no momento em que a autoridade tributária, como consequência da conduta fraudulenta do agente – uma das previstas nos incisos do art. 1º da Lei 8.137/90 -, realiza o lançamento do tributo a menos ou deixa de lançá-lo. Nessa perspectiva, é que Pedro Roberto Decomain⁶⁴ afirma que “o crime ainda não estará consumado no momento em que acontecer alguma das práticas descritas no incisos do artigo 1º”. Logo, somente no momento em que a autoridade fiscal, em razão da ocultação praticada pelo agente, deixar de realizar o lançamento da obrigação tributária ou o fizer em quantia menor que a devida, resta configurado esse crime.

Em que pese esse entendimento, o STF determinou, na súmula vinculante (SV) nº 24, que “não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”. Firmou o tribunal, portanto que *não constituem fatos típicos* os delitos do art. 1º, I a IV, da Lei 8.137/90 sem o lançamento

⁶² Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:(Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000)I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável; IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato; V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação. Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

⁶³ DECOMAIN, Pedro Roberto. Crimes Contra a Ordem Tributária. 5. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 444.

⁶⁴ DECOMAIN, Pedro Roberto. Crimes Contra a Ordem Tributária. 5. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 118.

definitivo do crédito tributário pela autoridade administrativa, sendo esse, por conseguinte, o momento da consumação do delito.

A despeito de considerarmos essencial o lançamento tributário definitivo para a persecução penal dos fatos configuradores dos delitos da lei que define os crimes contra a ordem tributária, discordamos, no entanto, que *não haja crime* enquanto não for perpetrado esse lançamento. Trata-se, na verdade, como afirmou o próprio STF no julgado paradigma da questão, HC 81611/DF⁶⁵, de falta justa causa para a ação penal. Nessa acepção, defendendo que se trata de uma condição de punibilidade, assevera Pedro Roberto Decomain⁶⁶:

O encerramento da discussão administrativa, com reconhecimento final da existência do crédito tributário, configura, nesse caso, não elemento do crime (e, portanto, não tem relação com o respectivo momento consumativo), mas sim condição objetiva de punibilidade

Seja considerando elemento normativo do tipo, seja reputando mera condição de punibilidade, o fato é que o Ministério Público Federal só inicia uma ação penal para apurar a ocorrência dos crimes do art. 1º, I a IV da Lei 8.137/90 com o lançamento definitivo do crédito tributário. O problema que pretendemos ponderar, contudo, é a discussão presente na doutrina e na jurisprudência acerca da possibilidade de aplicação desse entendimento ao crime de descaminho. Para essa análise, precisamos ainda passar por pontos importantes, como as hipóteses de ocorrência do delito de descaminho, o bem jurídico por ele tutelado e o caráter material ou formal desse crime.

3.2 Hipóteses de ocorrência do fato típico

O descaminho, conforme explicitamos acima, se consuma com a ilusão no pagamento dos tributos relativos aos fatos geradores concernentes à entrada, à saída e ao consumo de mercadorias. A doutrina elenca, no entanto, uma variedade de meios para se alcançar a prática desse ilícito, que passaremos a analisar.

Inicialmente, precisamos passar por alguns conceitos relacionados ao comércio exterior para melhor compreender a ocorrência dessa infração. Nesse sentido, tem-se que *alfândega* ou *aduana* é um departamento público no qual ocorre o controle da entrada no país e saída para o exterior de bens e pessoas, em que funcionários públicos verificam se todos os expedientes estabelecidos pela Receita Federal para a movimentação entre fronteiras foram

⁶⁵ STF, HC 81611/DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Data de Julgamento: 10/12/2003, Tribunal Pleno.

⁶⁶ DECOMAIN, Pedro Roberto. Crimes Contra a Ordem Tributária. 5. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 119

cumpridos, incluindo-se aqui o pagamento de tributos. Conforme determina o decreto nº 6.759/2009 - que regulamenta a administração das atividades aduaneiras, a fiscalização, o controle e a tributação das operações de comércio exterior – a alçada dos serviços aduaneiros estende-se por todo o território nacional, dividindo-se, sem embargo, em zona primária e zona secundária.

A zona primária é constituída pelos portos, aeroportos e pontos de fronteira alfandegados. A zona secundária é o restante do território nacional.⁶⁷ Isso porque uma das formas utilizadas para exercer o controle aduaneiro é justo a restrição de locais por onde as mercadorias importadas ou a serem exportadas podem transitar ou ficar armazenadas. Assim, somente pelos portos, aeroportos e pontos de fronteira alfandegados – zona primária - poderá efetuar-se a entrada ou a saída de mercadorias procedentes do exterior ou a ele destinadas⁶⁸.

Os viajantes que ingressarem no território brasileiro deverão efetuar a declaração do conteúdo de sua bagagem, nos termos do art. 3º da Instrução Normativa (IN) RFB nº 1059/2010, para que as autoridades administrativas possam controlar o cumprimento das obrigações devidas pela entrada. O art. 33 da mesma instrução prevê um limite de valor global dos bens trazidos, até o qual haverá isenção de tributos. Nesse caso, se a mercadoria do sujeito ultrapassa esse limite e ele não a declara, ou declara de forma que seja cobrado menos tributo que o devido, desde que ainda se encontre na zona fiscal inicial, ele é punido com multa e deve ainda providenciar o pagamento da quantia apropriada ou o restante que falta, se for o caso⁶⁹.

Disso se depreende que o descaminho, na modalidade importação, não se concretiza enquanto o agente se encontra na zona primária, pois ainda tem ele a possibilidade de adimplir suas obrigações tributárias sem incorrer em crime, sofrendo apenas uma penalidade administrativa de multa. Por sua vez, ingressando o indivíduo na zona secundária sem ter cumprido essas obrigações, incide no artigo 689 do Regulamento Aduaneiro (Decreto nº 6.759/2009), sofrendo a pena de perdimento das mercadorias em razão do cometimento de descaminho.

Já na modalidade exportação, o agente que sai do território com mercadorias e, de alguma forma, não paga devidamente os tributos incidentes sobre essa operação, não tem essa possibilidade de adimplir a obrigação posteriormente à saída e, nesse caso, uma vez fora da jurisdição nacional, consumado está o descaminho.

⁶⁷ BRASIL. Receita Federal do Brasil. Ministério da Fazenda. Local de Realização do Despacho. Disponível em <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/orientacao/aduaneira/manuais/despacho-de-importacao/topicos-1/conceitos-e-definicoes/local-de-realizacao-do-despacho>> Acesso em 10 de outubro de 2016.

⁶⁸ Art. 8º do Regulamento Aduaneiro (Decreto nº 6.759/2009).

⁶⁹ Art. 5º, § 3º e § 5º da IN RFB nº 1059/2010.

Tratando agora especificamente das possíveis ações por meio das quais um agente pode iludir o pagamento do tributo devido pela entrada ou pela saída de mercadoria, incorrendo na infração do art. 334 do Código Penal, vislumbramos 4 (quatro) possíveis formas.

Nesse contexto, Márcia Dometila Lima de Carvalho divide as ações delituosas ensejadoras do cometimento desse delito em *simples* e *complexas*. As simples integralizam-se em um só ato. Seria o caso do agente que retira-se do território nacional ou nele adentra, passando pelas alfândegas, com mercadorias tributáveis, sem, no entanto, declará-las ou daquele que atravessa “os limites de direito do território (fronteiras terrestres, costa do mar), evitados os limites de fato (barreiras alfandegárias)”⁷⁰. Já as ações delituosas complexas envolvem omissão na declaração de bagagem nas alfândegas, a prévia falsificação de documentos ou o uso de documentos falsos.

Nesse passo, com base na análise da doutrina, do Regulamento Aduaneiro e de Representações Fiscais para Fins Penais a que pudemos ter acesso, vislumbramos 4 (quatro) principais formas de cometimento do crime de descaminho, quais sejam: i. atravessar a fronteira nacional, indevidamente, por um ponto não alfandegado; ii. atravessar a fronteira nacional, pelas alfândegas, sem declarar a mercadoria tributável; iii. atravessar a fronteira nacional, pelas alfândegas, declarar a mercadoria, mas omitir na declaração o real conteúdo da bagagem; iv. falsificar documentos ou utilizar-se de documentos falsos, nos quais conste mercadoria diferente da que é portada, seja qualitativa, seja quantitativamente.

Cabe colacionar, ainda, entendimento de Márcia Dometila Lima de Carvalho⁷¹ no sentido de que o não retorno ou a comercialização de mercadoria admitida temporariamente no país configura, além de infração administrativa - ilícito fiscal – o crime de descaminho. O termo de admissão temporária é geralmente concedido a turistas com o intuito de poderem utilizar, por um prazo fixado, certos bens primordiais, que depois retornarão ao país de origem. Conforme determina o art. 353 do Regulamento Aduaneiro, esse regime especial garante a suspensão no pagamento de tributos. Ocorre que, acontece de indivíduos entrarem no Brasil com o intuito de vender mercadorias trazidas do estrangeiro e, como forma de burlar a fiscalização alfandegária, pleitearem e obterem, indevidamente, um termo de admissão temporária.

⁷⁰ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. Crimes de Contrabando e Descaminho. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 28.

⁷¹ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. Crimes de Contrabando e Descaminho. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 43.

Nesses casos, concordamos que, se o agente vender a mercadoria ou, pretendendo permanecer com ela aqui por prazo indeterminado, não regularizar a importação, sem adimplir as obrigações tributárias devidas, portanto, cometerá o crime de descaminho. Não foi outra a decisão do Tribunal Regional Federal da Terceira Região (TRF-3)⁷², da qual juntamos trecho da ementa, por bastante elucidativa da hipótese que ora analisamos:

O objeto material da conduta delituosa, digo, a aeronave devidamente identificada na denúncia, ingressou no país em 03/07/2011, com Termo de Entrada e Admissão Temporária (TEAT) válida por apenas 10 (dez) dias. Não obstante isso, passados mais de 12 (doze) meses, a aeronave foi apreendida pela Fiscalização Aduaneira porque se encontrava em situação irregular, à medida que seu proprietário, o denunciado, ainda não havia dado início ao seu processo importação, apesar de ter cancelado o registro da aeronave perante o Federal Aviation Administration - FAA em 27/10/2011, por motivo de "exportação para o Brasil".⁴ Se o bem foi exportado para o Brasil e aqui ingressou em regime de admissão temporária, mas permaneceu sem passar pelo regular procedimento de importação - despacho aduaneiro com recolhimento dos impostos de importação (II) e sobre produtos industrializados (IPI) - há indícios de que o fato imputado ao recorrido é típico, ilícito e culpável, a justificar, por ora, o recebimento da denúncia e o prosseguimento da ação de origem.

Walter Nunes da Silva Júnior⁷³ cita ainda, como forma de cometimento desse delito, além da fuga da barreira alfandegária e da ocultação da mercadoria conduzida, a situação em que o agente suborna o funcionário público fiscalizador com o intuito de ingressar ou de se retirar do país com a mercadoria sem o pagamento do imposto correspondente. Em que pese ser uma maneira particular de consumação desse ilícito, gerando, inclusive, a ocorrência de outros crimes – quais sejam, facilitação de descaminho (art. 318 do CP) pelo funcionário público e corrupção ativa (art. 333 do CP) pelo sujeito ativo, além do descaminho – consideramos inclusa na variante *ocultação de mercadorias*.

Cabe mencionar, por outro lado, entendimento não dominante de Pedro Roberto Decomain⁷⁴ no sentido de que se há o emprego de fraude ou de falsidade documental para entrar ou sair irregularmente com mercadorias do território nacional, não pode caracterizar-se o descaminho, sendo o ato supostamente enquadrado no art. 1º, II da Lei 8.137/90⁷⁵. Defende o autor, portanto, que só há duas formas de o sujeito praticar aquele crime, ou o transportando a mercadoria por trajetos que não passam pelas alfândegas ou, passando por elas omitindo os

⁷² TRF-3, Recurso em Sentido Estrito (RSE) 1547/SP, Relator: Juiz Convocado Paulo Domingues, Data de Julgamento: 15/04/2014, Primeira Turma.

⁷³ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. A descaracterização do crime de descaminho embasado apenas na inexistência de comprovação do recolhimento do imposto de importação. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 83, n. 706, p. 438-441, ago. 1994.

⁷⁴ DECOMAIN, Pedro Roberto. Crimes Contra a Ordem Tributária. 5. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 447.

⁷⁵ II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

itens que porta. Argumenta o doutrinador que seria uma ofensa ao princípio da igualdade enquadrar o sujeito que pratica fraude ou falsidade no art. 334 do CP, pois, uma vez que o crime de descaminho tem pena menor que a dos delitos do art. 1º da Lei 8.137/90, quem cometesse fraude para suprimir ou reduzir tributos incidentes sobre importação ou exportação seria penalizado de forma mais branda que aquele que o fizesse para sonegar tributos devidos em operações internas e ainda teria possibilidade de suspensão condicional do processo.

Ocorre que o crime de descaminho é especial em relação aos crimes previstos na Lei 8.137/90, pois trata-se de um “iludir” tributos específicos, quais sejam, referentes à importação e exportação de mercadorias⁷⁶. Além disso, inserir o réu nas penalidades mais graves da lei que define os crimes contra a ordem tributária seria uma *analogia in malam partem*, vedada no Direito Penal brasileiro. Portanto, o emprego de método fraudulento pode ser considerado uma circunstância de cometimento do tipo penal de descaminho e tão só o fato de o agente se utilizar de fraude ou falsidade documental não irá fazê-lo, em razão disso, incidir nas penas mais elevadas do art. 1º de Lei 8.137/90.

José Paulo Baltazar Júnior⁷⁷, por seu turno, inclui essas duas hipóteses que Decomain aceita como as únicas possíveis para o cometimento de descaminho – ocultação das mercadorias e entrada no território por locais não alfandegados – como *meio fraudulento*. Atesta o primeiro autor que a lei penal, no caso do crime que ora analisamos, não *exige fraude*, mas isso não se presta a impossibilitar a configuração do tipo quando ela estiver presente, servindo, justo pelo contrário, para incluir outras modalidades na descrição típica. Nesse sentido, cita que poderia ser inserido no art. 334 do CP, por exemplo, o agente que entra no território passando pela alfândega mas simplesmente deixa de buscar a repartição na qual se efetua o pagamento das obrigações tributárias devidas. A fraude seria, portanto, uma forma possível de perpetrar o descaminho, mas não obrigatória para configurá-lo, e nem, de forma alguma, capaz, por si só, de excluí-lo⁷⁸.

Além das condutas inclusas na previsão do *caput* do artigo 334 do Código Penal, frise-se, configuram descaminho, por equiparação, as ações previstas nos parágrafos 1º e 2º do

⁷⁶ Nesse sentido, TRF-4, Apelação Criminal nº 2000.70.00.002805-0/PR, Relator Des. Federal José Paulo Baltazar Junior, Data de Julgamento: 14/05/2008, Oitava Turma: “a prática do descaminho é crime especial em relação àquele inculcado no artigo 1º, inciso V, da Lei nº 8.137/90, não devendo ser punido por sonegação quem faz minorar irregularmente o quantum dos tributos incidentes no ingresso de mercadorias no país.”

⁷⁷ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Crimes Federais. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 398.

⁷⁸ Nesse sentido, TRF-3, ACR 00001761620114036000, Relator Desembargador Federal Hélio Nogueira, Data de Julgamento: 01/06/2016, Primeira Turma: “para a configuração do descaminho não se exige a demonstração de fraude, o qual se consuma com a simples introdução da mercadoria estrangeira no território nacional sem o pagamento dos tributos devidos, ainda que não seja utilizado nenhum expediente para ocultar a internação das mercadorias”.

mesmo artigo⁷⁹, sobre os quais não nos deteremos, pois trazem previsões bastante elucidativas e que, inclusive, já destrinchamos anteriormente.

Além do exposto, outro importante aspecto a respeito do crime de descaminho, que consideramos primordial para a discussão a respeito da aplicação do princípio da insignificância às condutas narradas acima, é a respeito dos bens jurídicos especialmente protegidos pela previsão típica desse delito.

3.3 Bens jurídicos tutelados pela tipificação do crime de descaminho

Baltazar⁸⁰, referindo-se ao descaminho como *infração penal tributária aduaneira*, atesta que o bem jurídico por ele tutelado é, precipuamente, a ordem tributária. Ademais, denominando de “tributos externos” aqueles devidos pela entrada e saída de mercadoria do território brasileiro, fala o autor da importância da proteção da indústria nacional aqui, tendo em vista a função predominantemente extrafiscal desses tributos. Quer dizer, os tributos que o sujeito ativo do descaminho deixa de pagar têm uma função eminentemente extrafiscal, relacionada à política econômica, mais do que à efetiva arrecadação de recursos para os cofres públicos. Assim, as alíquotas elevadas do imposto de importação, por exemplo, visam garantir uma proteção dos produtos nacionais diante da concorrência com os estrangeiros, enquanto a alíquota zero do imposto de exportação, por sua vez, objetivaria estimular a exportação de produtos nacionais. Dessa forma, quem ilude o pagamento dos tributos que recaem sobre as operações de importação e exportação, para além de afetar a ordem tributária e o seu caráter arrecadador, geram uma concorrência indevida, prejudicando a indústria nacional.

Nesse sentido, doutrina de Luiz Régis Prado⁸¹:

Busca-se proteger o produto nacional (agropecuário, manufaturado ou industrial) e a economia do país, quer na elevação do imposto de exportação, para fomentar o

⁷⁹ § 1º Incorre na mesma pena quem: (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014) I - pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei; (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014) II - pratica fato assimilado, em lei especial, a descaminho; (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014) III - vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem; (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014) IV - adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos. (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014) § 2º Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercício em residências. (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014).

⁸⁰ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Crimes Federais. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 394.

⁸¹ PRADO, Luiz Régis. Direito Penal Econômico. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 306.

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

Similarmente, Pedro Roberto Decomain⁸² atesta que, a princípio, o bem jurídico protegido pelo delito do art. 334 do Código Penal é ordem tributária, em sua faceta de preservação do erário público, mas que como *instrumentos de intervenção estatal sobre a economia*, os tributos incidentes sobre as operações de ingresso e retirada de mercadoria do território nacional protegem também o saldo positivo da balança comercial, o estoque nacional de moeda estrangeira e a indústria nacional.

Vale citar ainda, em contraponto à doutrina que atesta ser a ordem tributária o valor primordialmente tutelado pelo descaminho, entendimento de Luiz Flávio Gomes⁸³ a respeito do bem jurídico protegido pelos crimes previdenciários, que, por simetria, se aplica a essa mesma discussão no tocante aos delitos tributários. Defendendo o doutrinador que o bem jurídico deve sempre ser *perceptível* - sendo ele, no caso de crimes previdenciários, a “função arrecadadora da previdência social” - atesta que o “equilíbrio econômico e financeiro do sistema de seguridade social” ou mesmo financiamento desse sistema, *não podem ser alçados a essa categoria*, pois:

São, indiscutivelmente, *ratio legis*, mas não são o objeto da tutela penal, que precisa ser mais específico. Fosse tal *equilíbrio* ou *financiamento do sistema* o bem jurídico, somente uma conduta com grande repercussão poderia afetá-lo. Abrir-se-ia, com isso, um enorme e incalculável espaço para a invocação do princípio da insignificância, é dizer, se a conduta não chegasse a tangenciar globalmente o equilíbrio da seguridade social não poderia ser censurada como criminosa.

De acordo com esse entendimento, portanto, o descaminho não afetaria a ordem tributária, por ser ela algo muito amplo, sem a especificidade necessária de um bem jurídico tutelado por uma norma penal, e considerá-la dessa forma levaria muitas condutas que concretizassem formalmente o delito a serem reputadas insignificantes, pela dificuldade de se atingir algo tão macro quanto a *ordem tributária*.

Marcia Dometila Lima de Carvalho⁸⁴, por sua vez, além de pactuar com a concepção do descaminho como ofensivo ao direito do Estado de arrecadar tributos e de intervir no domínio econômico, atesta que “o descaminho é antecipadamente visto como ofensa à

⁸² DECOMAIN, Pedro Roberto. Crimes Contra a Ordem Tributária. 5. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 444.

⁸³ GOMES, Luiz Flávio. Crimes Previdenciários. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 29.

⁸⁴ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. Crimes de Contrabando e Descaminho. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 04/05.

soberania estatal, como entrave à autodeterminação do Estado, como obstáculo à segurança nacional em seu mais amplo sentido”. Nessa acepção, o ato de entrar no território ou dele retirar-se com mercadorias, sem adimplir as obrigações fiscais pertinentes, fere a soberania do Estado de controlar os bens que nele ingressam e dele se deslocam, e ofende também a segurança nacional em casos mais graves, cometidos pelos *verdadeiros exploradores do comércio ilícito*⁸⁵, que o realizam por meio aviões, containers e às vezes até mediante bandos armados⁸⁶.

Assim, quem comete descaminho, na verdade, e *ofende a ordem tributária*, frauda o pagamento de recursos necessários para a consecução dos objetivos do Estado Democrático de Direito, contribuindo com o descrédito da população nas instituições estatais, e, além disso, ofendendo a *soberania estatal e a ordem econômica*, atinge a própria autoridade de controle da economia por parte desse Estado, afetando o mercado interno. Por isso a importância de transformar esse ilícito em crime, dada a relevância dos bens jurídicos que ele tutela.

Ultrapassado esse ponto acerca dos valores protegidos pelo delito de descaminho, passamos, por fim, a análise da materialidade desse crime.

3.4 Classificação do descaminho quanto ao resultado naturalístico

Quanto ao momento da consumação do delito, tratando da exigência ou não de produção de resultado no mundo exterior, os crimes podem ser classificados como materiais, formais ou de mera conduta. Os crimes materiais ou de resultado são aqueles em que, para a configuração da descrição típica, é necessário a produção de um resultado, por ela previsto. Como atesta Cezar Roberto Bitencourt⁸⁷, esse resultado pode ser de dano ou de perigo de dano ao bem jurídico tutelado, e sua ausência designa a tentativa. Já os formais são aqueles que, a despeito de a previsão legislativa predizer um resultado naturalístico, ele não precisa ocorrer para a concretização do delito, sendo suficiente a intenção do agente voltada àquele intento e a ação nesse sentido. Por fim, os tipos penais de crimes de mera conduta caracterizam-se pela descrição tão só da conduta do sujeito ativo, sem prever um resultado para tal.

Em se tratando dos crimes previstos no artigo 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/1990, conforme dissemos acima, o STF determinou, na SV nº 24, que esses configuram crimes materiais e só se tipificam com a constituição definitiva do crédito tributário, pois só

⁸⁵ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Crimes Federais. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 394.

⁸⁶ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. Crimes de Contrabando e Descaminho. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 25.

⁸⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 281.

nesse momento estaria efetivamente concretizado o resultado de *redução ou supressão de tributos*.

Discute-se, no entanto, com base nessas premissas, se o crime de descaminho é material ou formal, se prescinde ou não de um resultado naturalístico e se dependeria igualmente da constituição definitiva de um crédito tributário para restar consumado.

Em pesquisa jurisprudencial, pudemos constatar que a divergência residia no binômio: ser o descaminho um crime de natureza formal, prescindindo de resultado naturalístico e da constituição definitiva do crédito tributário, diferenciando-se dos crimes do art. 1º da Lei 8.137/90, portanto, *versus* ser o descaminho um crime material, que exige resultado, necessitando da constituição do crédito tributário para se consumir, dispondo ele do mesmo tratamento dado aos crimes contra a ordem tributária pela SV nº 24 do STF⁸⁸.

Nesse diapasão, importante colacionar trecho de elucidativa ementa de recente decisão do STJ⁸⁹, refletindo o entendimento que prevalece atualmente nos tribunais superiores a respeito da natureza desse crime:

A partir do julgamento do HC n. 218.961/SP, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que o delito de descaminho é formal, se configurando com o simples ato de iludir o pagamento do imposto devido pela entrada de mercadoria no país. Precedentes do STJ e do STF. 2. O bem jurídico tutelado pelo artigo 334 do Estatuto Repressivo ultrapassa o valor do imposto iludido ou sonogado, pois, além de lesar o Fisco, atinge a estabilidade das atividades comerciais dentro do país, dá ensejo ao comércio ilegal e à concorrência desleal, gerando uma série de prejuízos para a atividade empresarial brasileira. 3. Assim, o descaminho não pode ser equiparado aos crimes materiais contra a ordem tributária, o que revela a desnecessidade de constituição definitiva do crédito tributário para que seja alvo de persecução penal.

A posição predominante atualmente⁹⁰, portanto, é de que o descaminho é delito formal, não sendo equiparado aos crimes materiais contra a ordem tributária e, desse modo, prescindindo da constituição definitiva do crédito para a instauração da ação penal. E isso com base na premissa de que ele se configura com o “simples ato” de iludir o pagamento do imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria no país. Mas ora, a efetiva burla no pagamento dos tributos aduaneiros não é justo o resultado que a norma prevê como necessário para a concretização do delito?

⁸⁹ STJ, HC 318590/SP, Relator Ministro Jorge Mussi, Data de Julgamento: 10/03/2016, Quinta Turma.

⁹⁰ Nesse sentido: STJ, AGREsp 201401415907, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Data de Julgamento: 09/06/2015, Quinta Turma; STF, HC 122268/MG, Relator Ministro Dias Toffoli, Data de Julgamento: 24/03/2015, Segunda Turma; TRF-1, ACR 2005.38.00.040920-6, Relatora Desembargadora Federal Monica Sifuentes, Data de Julgamento: 27/02/2015, Terceira Turma.

Não se pode confundir, nos crimes contra a ordem tributária de forma geral (incluindo-se aqui o descaminho), a necessidade de produção de resultado naturalístico para sua consumação com a indispensabilidade do lançamento definitivo do crédito. O crime de descaminho, por exemplo, é material, carecendo da realização de um resultado para sua prática, no entanto, *dispensa* o encerramento do procedimento administrativo fiscal e a constituição decisiva do crédito tributário. Explicamos.

No caso em análise, a conduta que aperfeiçoa o tipo do artigo 334 do CP é o não pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria, tendo como resultado necessário a *efetiva ilusão dos tributos pertinentes*. Sendo assim, um agente que adentra no território nacional com mercadorias cujo valor não ultrapassa os limites de isenção previstos no art. 33 da IN nº 1059/2010 da Receita⁹¹, não comete descaminho, pois não houve a ilusão no pagamento de tributo, que nem mesmo era devido. Assim como aquele que se retira do território nacional portando mercadorias cujo imposto de exportação tem alíquota zero não incorre em descaminho, pois não burlou o pagamento de imposto cabido. O crime não se consuma simplesmente “com a internalização de mercadoria de origem estrangeira no território nacional, sem a devida documentação fiscal, *com o intuito* de iludir o pagamento do imposto devido”⁹², mas sim com a *efetiva ilusão* desse pagamento.

No que tange ao procedimento administrativo fiscal referente a esse mesmo delito, no entanto, como atestamos anteriormente, ele diferencia-se daquele que se instaura para apurar os crimes do art. 1º da Lei 8.137/90. Ingressando o agente no território nacional ou dele retirando-se com mercadorias sem quitar os tributos que têm essas ações como fatos geradores, sofrerá um procedimento administrativo para apurar esses fatos e que, ao final, determinará a *perda das mercadorias*. Posteriormente, averiguará a autoridade administrativa o *quantum* de multa receberá o sujeito como penalidade. Instaurado esse procedimento para determinar a multa, será extinto aquele que eventualmente tenha sido aberto para apurar o dano cometido ao

⁹¹ Art. 33. O viajante procedente do exterior poderá trazer em sua bagagem acompanhada, com a isenção dos tributos a que se refere o caput do art. 32: I - livros, folhetos, periódicos; II - bens de uso ou consumo pessoal; e III - outros bens, observado o disposto nos §§ 1º a 5º deste artigo, e os limites de valor global de: a) US\$ 500.00 (quinhentos dólares dos Estados Unidos da América) ou o equivalente em outra moeda, quando o viajante ingressar no País por via aérea ou marítima; e b) US\$ 300.00 (trezentos dólares dos Estados Unidos da América) ou o equivalente em outra moeda, quando o viajante ingressar no País por via terrestre, fluvial ou lacustre. b) US\$ 150,00 (cento e cinquenta dólares dos Estados Unidos da América) ou o equivalente em outra moeda, quando o viajante ingressar no País por via terrestre, fluvial ou lacustre. (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1533, de 22 de dezembro de 2014) (Vide Instrução Normativa RFB nº 1533, de 22 de dezembro de 2014)

⁹² TRF-1, ACR 00258908820104013600/MT, Relatora Desembargadora Federal Monica Sifuentes, Data de Julgamento: 17/10/2014, Terceira Turma.

erário, ou seja, o montante do tributo devido⁹³. Não haverá, portanto, constituição de crédito tributário em havendo aplicação de perdimento de mercadoria ao sujeito ativo do delito de descaminho.

Tendo isso em vista, seria incoerente defender que o descaminho depende, para sua consumação, da finalização do procedimento administrativo fiscal que culmina na constituição definitiva do crédito tributário, pois *esse procedimento não se dá nesse crime*.

Seguindo esse entendimento, doutrina de Baltazar⁹⁴:

ao contrário do que se dá com os crimes materiais contra a ordem tributária (Lei 8.137/90, art. 1º), não se exige, para a propositura de ação penal por descaminho, a constituição definitiva do crédito tributário [...], até porque, em se tratando de descaminho, não há lançamento do tributo, nos termos do art. 689 do Regulamento Aduaneiro. Bem por isso, o valor do tributo é calculado pela SRF apenas para fins de representação à Justiça, uma vez que a sanção administrativa em caso de descaminho é o perdimento das mercadorias.

Pactuando com essa concepção, há ainda manifestação do próprio STJ⁹⁵, que, como dito, tem jurisprudência atual no sentido do caráter formal do crime de descaminho, mas bem esclareceu a posição que ora expomos em decisão recente, da qual pedimos licença para transcrever a ementa, que apresenta de maneira mais concisa o elucidativo voto do Ministro Rogério Schietti Cruz, senão vejamos:

Havendo indícios de infração penal - qual a de descaminho - punível com a pena de perdimento, entre as quais se insere a prática de descaminho, cabe à fiscalização, efetivada pela Secretaria da Receita Federal, apreender, quando possível, os produtos ou mercadorias importadas/exportadas. 3. A apreensão de bens pelos agentes fiscais enseja a lavratura de representação fiscal ou auto de infração, a desaguar em duplo de procedimento: 1º) envio ao Ministério Público e 2º) instauração de procedimento de perdimento. 4. Uma vez efetivada a pena de perdimento, inexistirá a possibilidade de constituição de crédito tributário. 5. A descrição típica do descaminho exige a realização de engodo para supressão (no todo ou em parte) do pagamento de direito ou imposto devido no momento da entrada, saída ou consumo da mercadoria. Impõe, portanto, a ocorrência desse episódio, com o efetivo resultado ilusório, no transpasse das barreiras alfandegárias. 6. A ausência do pagamento do imposto ou direito no momento do desembarço aduaneiro, quando exigível, revela-se como o resultado necessário para consumação do crime. 7. A instauração de procedimento administrativo para constituição definitiva do crédito tributário no descaminho, nos casos em que isso é possível, não ocasiona nenhum reflexo na viabilidade de persecução penal.

Enxergar o descaminho como crime material, portanto, não implica determinar que ele necessita do lançamento definitivo de crédito tributário para se consumir, mas apenas

⁹³ É isso que determina o §3º do art. 689 do Regulamento Aduaneiro: § 3º Na hipótese prevista no § 1º, após a instauração do processo administrativo para aplicação da multa, será extinto o processo administrativo para apuração da infração capitulada como dano ao Erário (Lei nº 10.833, de 2003, art. 73, caput e § 1º).

⁹⁴ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Crimes Federais. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 416.

⁹⁵ STJ, Agravo Regimental no Recurso Especial (AgRg no REsp) 1437068/PR, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Data de Julgamento: 16/06/2015, Sexta Turma.

reconhecer que ele só se concretiza com a realização do resultado naturalístico previsto pela norma que o tipifica, qual seja: efetiva ilusão no pagamento dos tributos aduaneiros devidos.

Aliás, como atestou a ministra Laurita Vaz⁹⁶, caso houvesse essa exigência de lançamento tributário definitivo no crime de descaminho, restaria esvaziado o próprio conteúdo do injusto penal, havendo uma espécie de *descriminalização por via hermenêutica*, visto que o que ocorre nesses casos, via de regra, é o perdimento da mercadoria, procedimento que obsta o surgimento de um processo administrativo para apurar um *quantum* de tributo devido, por justamente “tornar insubsistente o fato gerador do tributo”.

Ademais, ainda que se desconsidere essa peculiaridade atinente ao crime de descaminho, deve-se atentar para o fato de que “não se pode, entretanto, admitir um tributo em cuja hipótese de incidência se inclua a ilicitude”⁹⁷. Quer dizer, a conduta que a lei descreve como apta a gerar a cobrança de tributos, por conseguinte, não pode ser ilícita, pois geraria uma antinomia no próprio sistema, que conteria *na lei* a previsão de um fato gerador *ilegal*. Sendo assim, a *entrada ou saída irregular de mercadoria* não pode levar ao surgimento da obrigação tributária. Na verdade, para realizar essa entrada ou saída com mercadorias do território é necessário o pagamento dos impostos pertinentes *ainda na zona primária*, e, uma vez que isso não ocorra, perpetra-se um fato ilícito que vai gerar penalidades ao agente, mas não a constituição de um crédito tributário.

A respeito da classificação do descaminho quanto ao resultado, ainda, estamos com Cezar Roberto Bitencourt⁹⁸ quando afirma ser ele um crime de resultado, que exige a ocorrência da consequência naturalística, a qual consiste no não pagamento, no todo ou em parte, do imposto devido pela entrada, saída ou consumo de mercadoria. É também o magistério de Decomain⁹⁹, que defende a materialidade do descaminho, uma vez que implica no não pagamento de tributos.

Do exposto, conclui-se que o descaminho, para os fins deste trabalho monográfico, é um crime material, que independe de constituição definitiva do crédito tributário para consumação - diferenciado dos crimes previstos no art. 1º, I a IV da Lei 8.137/90 -, que tem como principais bens jurídicos tutelados a ordem tributária, a ordem econômica e a soberania estatal e que pode se consumir através de diferentes tipos de ações, que configuram, além da

⁹⁶ STJ, HC 201301434721, Relatora Ministra Laurita Vaz, Data de Julgamento: 02/09/2014, Quinta Turma.

⁹⁷ MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 22. Ed. São Paulo. Malheiros. 2003, p. 129-130.

⁹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. Crimes Contra a Ordem Tributária. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 152. *Epub*.

⁹⁹ DECOMAIN, Pedro Roberto. Crimes Contra a Ordem Tributária. 5. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 445.

infração penal, infração administrativa. Passemos à análise da aplicação do princípio da insignificância a um crime com essas características.

4 A APLICAÇÃO DA INSIGNIFICÂNCIA AO DESCAMINHO

Quanto à aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho, os tribunais superiores pátrios têm entendimentos sedimentados no sentido da admissibilidade, e, até por volta do ano de 2013, concordavam a respeito do critério que seria aplicável, qual seja, o parâmetro de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) previsto no art. 20 da Lei 10.522/2002¹⁰⁰, alterado pela Lei nº 11.033/2004, o qual dispensa a execução fiscal de débitos de valor consolidado igual ou inferior a esse montante.

Ocorre que, em 2012, o Ministério da Fazenda editou duas portarias, a de nº 75, de 22 de março de 2012 e a de nº 130, de 9 de abril de 2012, que alterou a primeira. Por meio delas foi autorizado que não houvesse o ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional cujo valor consolidado fosse igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)¹⁰¹. A partir dessa alteração, o STF atualizou o critério para a aplicação do princípio da insignificância ao delito que ora tratamos, empregando esse novo valor como patamar.

Diante disso, o STJ, que já discordava da aplicação do parâmetro de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e o utilizava apenas "em prol da otimização do sistema, e buscando evitar uma sucessiva interposição de recursos ao c. Supremo Tribunal Federal"¹⁰², discordou que esse novo valor deveria ser adotado, defendendo a impossibilidade de o Ministro da Fazenda, por meio de simples portaria, alterar o valor definido *em lei* como teto para o arquivamento de execução fiscal sem baixa na distribuição e de a iniciativa de autoridade fazendária subordinar o exercício da jurisdição penal¹⁰³.

A celeuma jurisprudencial que prevalece atualmente quanto ao emprego da insignificância ao descaminho, portanto, reside na dúvida se o valor máximo dos tributos não pagos pelo agente seria o de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), previsto no artigo 20 da Lei 10.522/2002, ou o de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), expresso no art. 2º da portaria nº 75 do Ministério da Fazenda. Mas será que algum desses critérios é razoável, considerando primordialmente as peculiaridades do crime de descaminho e, em um segundo aspecto, o

¹⁰⁰ 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). (Redação dada pela Lei nº 11.033, de 2004)

¹⁰¹ Art. 1º O art. 2º da Portaria MF nº 75, de 22 de março de 2012, passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 2º O Procurador da Fazenda Nacional requererá o arquivamento, sem baixa na distribuição, das execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), desde que não conste dos autos garantia, integral ou parcial, útil à satisfação do crédito.

¹⁰² STJ, REsp 1112748/TO, Relator Ministro Felix Fischer, Data de Julgamento: 09/09/2009, Terceira Seção.

¹⁰³ STJ, REsp 1393317/PR, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Data de Julgamento: 12/11/2014, Terceira Seção.

contexto socioeconômico do país em que vivemos? É o que tentaremos responder neste capítulo.

4.1 A posição da jurisprudência

O parâmetro utilizado atualmente para determinar se a conduta do agente, que se enquadra formalmente ao delito do art. 334 do Código Penal, foi ou não insignificante é o valor permitido para arquivamento das execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional. Explicamos. O agente que entra no território brasileiro ou dele se retira com mercadorias, sem cumprir as obrigações tributárias devidas, de acordo com o entendimento hodierno de nossos tribunais superiores, pratica ato insignificante se o montante devido a título de tributos não ultrapassar a quantia até a qual a Fazenda Pública pode abrir mão de executar. A divergência surge na hora de determinar qual seria essa quantia.

De acordo com o artigo 20 da Lei 10.522/2002, com redação dada pela Lei nº 11.033/2004, esse valor seria de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Até 2013 o STF¹⁰⁴ e o STJ concordavam com a utilização dessa quantia como parâmetro. O STJ inicialmente discordou, mas, no final de 2009, em prol da uniformização de entendimentos e visando evitar uma incessante interposição de recursos ao STF, através do citado REsp 1112748/TO, cujo relator foi o ministro Felix Fischer, aceitou aplicar essa quantia como referência. Ocorre que, em 2012, o Ministério da Fazenda editou a portaria nº 75, posteriormente alterada pela portaria nº 130, nas quais foi aumentado o montante máximo para arquivamento de execuções fiscais para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Com base nisso, em setembro de 2013, começaram a ser proferidas as primeiras decisões no âmbito do STF que aplicaram esse último valor como critério de insignificância, o que se depreende do HC 118.000/PR¹⁰⁵, relatado pelo ministro Ricardo Lewandowski, no qual restou assentado que:

o princípio da insignificância deve ser aplicado ao delito de descaminho quando o valor sonegado for inferior ao estabelecido no art. 20 da Lei 10.522/2002, com as atualizações feitas pelas Portarias 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda.

¹⁰⁴ Conforme demonstra STF, HC 112.772/PR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 11/9/2012, Segunda Turma.

¹⁰⁵ STF, HC 118000/PR, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 03/09/2013, Segunda Turma.

Primeiramente, a Segunda Turma do STF adotou esse posicionamento, como demonstra o julgado acima colacionado, datado de 03 de setembro de 2013¹⁰⁶. A esse tempo, a Primeira Turma ainda adotava como critério o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), conforme se depreende do acórdão HC 116242/RR, relatado pelo ministro Luiz Fux e julgado também em 03 de setembro de 2013¹⁰⁷. Posteriormente, tendo como marco o julgamento do HC 120.617/PR¹⁰⁸, relatado pela ministra Rosa Weber, datado de 04 de fevereiro de 2014, a Primeira Turma passou a acatar tal entendimento, aplicando o princípio da insignificância ao descaminho quando o valor dos tributos devidos não passasse de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). É esse o posicionamento que permanece sendo aplicado no STF atualmente, como se infere de recentes julgados da Primeira Turma e da Segunda Turma¹⁰⁹.

O STJ, por sua vez, discordou inicialmente inclusive da utilização do parâmetro de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), conforme demonstra o julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial (EREsp) 966077/GO¹¹⁰, julgados em 27/05/2009. O argumento utilizado pelo tribunal era de que não determina o artigo 20 da Lei 10.522/02 a *extinção do crédito*, mas a suspensão de sua execução, sendo mais correto aplicar o paradigma do art. 18, § 1.º, que prevê verdadeiramente o *cancelamento* do débito com a Fazenda. Nada obstante, através do já citado REsp Representativo de Controvérsia nº 1.112.748/TO, o tribunal passou a aceitar o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) como critério para aplicação da insignificância, visando a otimização do sistema. Quando o STF mudou seu posicionamento para adotar o valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) como parâmetro, no entanto, o STJ *não acatou essa alteração de*

¹⁰⁶ Há julgado da Segunda Turma, do mesmo ano, em 18/06/2013, no HC 115.331, relatado pelo ministro Gilmar Mendes, em que restou assentado que haveria “possibilidade de aplicação do princípio da insignificância quando o valor sonogado não ultrapassar o patamar estabelecido para arquivamento de autos das execuções fiscais, ou seja, R\$ 10.000,00, conforme dispõe o art. 20 da Lei 10.522/2002”. O HC 118.000/PR marcou, portanto, a mudança do entendimento da Segunda Turma do Tribunal, que passou a aplicar o parâmetro de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

¹⁰⁷ Nesse sentido, STF, HC 116242/RR, Relator Ministro Luiz Fux, Data de Julgamento: 03/09/2013, Primeira Turma: “No crime de descaminho, o princípio da insignificância deve ser aplicado quando o valor do tributo sonogado for inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), limite estabelecido no artigo 20 da Lei 10.522/02, na redação conferida pela Lei 11.033/04, para o arquivamento de execuções fiscais”.

¹⁰⁸ STF, HC 120617/PR, Relatora Ministra Rosa Weber, Data de Julgamento: 04/02/2014, Primeira Turma.

¹⁰⁹ Conforme demonstram, respectivamente: Agravo Regimental em Habeas Corpus (AgR em HC) nº 126.746/PR, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Data de Julgamento: 14/04/2015, Primeira Turma e AgR em HC nº 133.736/PR, Relator Ministro Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 03/05/2016, Segunda Turma.

¹¹⁰ Nesse sentido, STJ, EREsp 966077/GO, Relatora Ministra Laurita Vaz, Data de Julgamento: 27/05/2009, Terceira Seção: “Não é possível utilizar o art. 20 da Lei n.º 10.522/02 como parâmetro para aplicar o princípio da insignificância, já que o mencionado dispositivo se refere ao ajuizamento de ação de execução ou arquivamento sem baixa na distribuição, e não de causa de extinção de crédito. O melhor parâmetro para afastar a relevância penal da conduta é justamente aquele utilizado pela Administração Fazendária para extinguir o débito fiscal, consoante dispõe o art. 18, § 1.º, da Lei n.º 10.522/2002, que determina o cancelamento da dívida tributária igual ou inferior a R\$ 100,00 (cem reais)”.

entendimento. O referido tribunal, já em 19/11/2013, conforme julgado do REsp 1.409.973/SP, relatado pelo Ministro Marco Aurélio Belizze¹¹¹, determinou que *portaria emanada do Poder Executivo não apresenta força normativa para alterar lei*, atestando ainda que:

A alteração dos valores que justificam a instauração de execução fiscal é definido dentro dos critérios da conveniência e oportunidade da administração pública, o que inviabiliza a aplicação do mesmo entendimento no âmbito penal, haja vista a grande instabilidade que acarretaria e a enxurrada de revisões criminais que geraria.

Esse entendimento do STJ prevalece até hoje, como se extrai do recente julgado dos EREsp 1533017/SP¹¹², datados de 24/08/2016.

A aplicabilidade do princípio da insignificância ao descaminho, além de já ter sido objeto de discussão no âmbito dos tribunais superiores, sendo, inclusive, pacificado o entendimento a respeito, a despeito de, como dito, com critérios dissonantes no STF e no STJ, também foi alvo de considerações por parte da doutrina jurídica nacional.

4.2 A posição da doutrina

Nesse campo, apesar de constantes menções ao tema, grande parte das obras apenas reitera a posição dos tribunais superiores, sem uma análise crítica acerca da aplicação da bagatela ao crime de descaminho e dos critérios utilizados para tanto, sendo parca a doutrina que vai de encontro ao entendimento sedimentado na jurisprudência.

Luiz Flávio Gomes¹¹³, defendendo a utilização do critério previsto administrativamente como valor mínimo para ajuizamento das execuções fiscais, afirma que “se até esse valor não vale a pena propor a execução fiscal, com muito maior razão não tem sentido impor um castigo penal”, não devendo o magistrado ocupar-se de fatos mínimos (“de minimis, non curat praetor”).

É também o caso de Cézar Roberto Bitencourt¹¹⁴ o qual, afirmando não ser a introdução de qualquer quantidade de mercadoria, sem o correspondente pagamento dos tributos alfandegários, que tipificará o descaminho, pois necessária “relevância material” para lesar o bem jurídico tutelado, mostra-se favorável à aplicação do princípio e apresenta como

¹¹¹ STJ, REsp nº 1409973/SP, Relator Ministro Marco Aurélio Belizze, Data de Julgamento: 19/11/2013, Quinta Turma.

¹¹² STJ, EREsp 1533017/SP, Relator Ministro Felix Fischer, Data de Julgamento: 24/08/2016, Terceira Seção.

¹¹³ GOMES, Luiz Flávio; DONATI, Patricia. A questão da insignificância nos crimes tributários e descaminho. Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, 2009. Disponível em: < <http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1006106/a-questao-da-insignificancia-nos-crimes-tributarios-e-descaminho>>. Acesso em: 12 out. 2016.

¹¹⁴ BITENCOURT, Cézar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. Crimes contra a ordem tributária. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 164. *Epub*.

patamar o referido parâmetro de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), sem, no entanto, uma argumentação aprofundada a esse respeito.

Sob uma perspectiva diferente, mas igualmente concordando com a utilização do parâmetro do valor para o ajuizamento de execução fiscal, Paulo Queiroz¹¹⁵ entende não ser o caso de insignificância jurídico-penal propriamente dita, por não considerar irrelevante uma quantia de R\$ 10.000,00, argumentando que a Fazenda Nacional não *perdoa a dívida*, apenas abre mão da execução fiscal do crédito, havendo ainda possibilidade de exigência administrativa. Nesse sentido, defende que seria, na verdade, o caso de aplicar o *princípio da proporcionalidade/subsidiariedade*, pois “se não é necessária a intervenção menos grave (civil), tampouco será a mais grave (penal)”.

Rogério Greco¹¹⁶, por sua vez, conquanto reconheça estar firmada a jurisprudência sobre a questão, discorda da utilização do art. 20 da Lei 10.522/2002 como parâmetro para a insignificância penal no crime de descaminho, apesar de não considerar inconcebível a aplicação desse princípio. Atesta o doutrinador que isso levaria a “situações evidentemente injustas”, diante do elevado valor previsto pelo referido artigo e da evidente existência de tipicidade material. Nesse sentido, afirma o autor:

Não se pode considerar a falta de interesse da Fazenda Pública no sentido de processar suas execuções fiscais de débitos com valores inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), para efeito de reconhecimento da insignificância. Uma coisa é o desinteresse em dar início à execução fiscal por questões de ordem econômica (ou seja, o custo do processamento judicial pode ser superior ao valor executado); outra coisa é se, no caso concreto, existe tipicidade material, o que nos parece evidente, tendo em vista o elevado valor previsto pelo art. 20 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004.

Manifestando-se contrariamente aos citados parâmetros adotados pela jurisprudência para a insignificância nesse caso, Luiz Regis Prado¹¹⁷, por seu turno, ressalta a insegurança jurídica de basear-se em normas de caráter administrativo, pautadas na inconstante política fiscal e econômica do governo. Defende o doutrinador que a celeuma seja solucionada pelo legislador penal, que deveria prever o parâmetro para a aplicação da bagatela no próprio tipo penal do descaminho.

Nesse ponto, vale frisar que o Anteprojeto de Código Penal (Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012), atualmente tramitando na Comissão de Constituição, Justiça e

¹¹⁵ QUEIROZ, Paulo. Direito Penal: parte geral. 4 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 52.

¹¹⁶ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial. v. 04. 11 ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2015, p. 569.

¹¹⁷ PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro. v. 3. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 314.

Cidadania do Senado, prevê expressamente, no §4º do artigo 350, a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho e determina, ainda, que se estende a esse último a previsão referente aos crimes contra a ordem tributária que afirma não haver crime se “o valor correspondente à lesão for inferior àquele usado pela Fazenda Pública para a execução fiscal”.

Além disso, o referido anteprojeto traz outras previsões em que acata a posição dominante na jurisprudência pátria, das quais discordamos, e que passaremos a tratar.

4.3 O Anteprojeto de Código Penal

O Projeto de Lei nº 236 do Senado determina, no §3º do artigo 350, que “aplica-se ao descaminho toda a disciplina de extinção da punibilidade, de tipicidade e de insignificância referente aos crimes contra a ordem tributária”.

No tocante a essa disciplina, em um primeiro aspecto, quanto à tipicidade, a previsão do artigo 348 – que trata dos que hoje denominamos crimes contra a ordem tributária -, em seu parágrafo 3º, é de que *não se tipificam esses delitos antes do lançamento definitivo do tributo ou contribuição social*. Além de determinar de maneira expressa o que atesta a SV nº 24, por conseguinte, o anteprojeto de Código Penal estende essa previsão ao crime de descaminho.

Ocorre que, como explicamos acima, o que, via de regra, se dá quando o agente comete descaminho, ingressando no território nacional ou dele retirando-se com mercadorias sem quitar os tributos que tem essas ações como fatos geradores, é o *perdimento das mercadorias*, e, como determina o regulamento aduaneiro, *não haverá constituição de crédito tributário* em havendo aplicação desse perdimento ao sujeito ativo do delito.

O procedimento administrativo fiscal referente ao descaminho diferencia-se, portanto, daquele que se instaura para apurar os crimes do art. 1º da Lei 8.137/90, não gerando, ao fim, o lançamento decisivo de um crédito, razão pela qual não vislumbramos coerência na determinação de que àquele delito se aplique a disciplina dos delitos contra a ordem tributária quanto à tipificação.

Em um segundo aspecto, quanto à extinção de punibilidade, o §4º do artigo 348 do Anteprojeto prevê que o pagamento dos valores dos tributos, se efetuado até o recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime, tendo esse preceito sido estendido igualmente ao crime de descaminho. Esse mandamento só faz sentido, no entanto, quando se pode falar em constituição de um crédito tributário anterior ao oferecimento da denúncia penal, algo que, como dito, não ocorre no procedimento de apuração do delito de descaminho. Na verdade, a

oportunidade que o sujeito ativo desse crime tem de pagar os tributos devidos se dá quando ele ainda se encontra na *zona primária* – portos, aeroportos e pontos de fronteira alfandegados – e, se ele o fizer, isso não levará a extinção da punibilidade, mas sim à não consumação do delito.

Atente-se, quanto a esses dois aspectos, que refletem uma jurisprudência antiga dos tribunais superiores, pois há entendimentos recentes no sentido de que o crime de descaminho é *formal* e que, por proteger bens jurídicos diversos dos tutelados pelos crimes da Lei 8.137/90, não são a eles equiparados, não se aplicando a ele igualmente o instituto da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo¹¹⁸.

Quanto à insignificância, por fim, o projeto de novo Código Penal determina, no crime de fraude fiscal ou previdenciária, com aplicação também ao delito de descaminho, que “não há crime se o valor correspondente à lesão for inferior àquele usado pela Fazenda Pública para a execução fiscal” (art. 348, §8º). Sobre esse critério, que é o utilizado atualmente para analisar a viabilidade da aplicação da bagatela ao descaminho pelos tribunais superiores, passamos a discorrer.

4.4 A falta de razoabilidade dos critérios utilizados

Primeiramente, atentamos, conforme pisado e repisado, é consenso na jurisprudência nacional que o valor utilizado como critério para aplicar a bagatela nas condutas que perpetram o delito de descaminho é aquele estabelecido como indicador da atuação da Procuradoria da Fazenda Nacional (PFN) em execução fiscal, contudo, como demonstrado no segundo capítulo, *no crime de descaminho não há, em regra, execução fiscal* e isso não está relacionado ao valor do tributo devido, mas sim às normas que se aplicam a esse delito específico.

Como dispõe o art. 689 do Regulamento Aduaneiro, a regra em casos de cometimento de descaminho é a decretação de *perdimento das mercadorias* e não há lançamento definitivo de crédito tributário, simplesmente porque não há tributo devido em cima do perdimento, e, não havendo crédito, não há execução fiscal.

Nessa acepção, vale ressaltar, em consonância com Marcelo Cardozo da Silva¹¹⁹, que *a apreensão das mercadorias objeto de descaminho não depende de seu valor*, quer dizer,

¹¹⁸ Nessa perspectiva, STJ, Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC) 43558/SP, Relator Ministro Jorge Mussi, Data de Julgamento: 05/02/2015, Quinta Turma.

¹¹⁹ SILVA, Marcelo Cardozo da. Crédito Tributário e Descaminho: o perdão judicial como medida substitutiva ao princípio da insignificância. Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 37, p. 48-58, abr./jun. 2007. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/877/1059>>. Acesso em: 15 out. 2016.

seja “uma mercadoria de R\$ 100,00 ou de R\$ 100.000,00, a atuação do fisco será a mesma”. A autoridade administrativa realiza a apreensão sempre que possível, e age acobertada por regras aduaneiras, visando impedir a circulação dessas mercadorias importadas de forma indevida no país. Nesse sentido, esclarece ainda o autor:

No descaminho, independentemente do valor do tributo supostamente devido, o réu tem o perdimento de suas mercadorias, não mais lhe sendo possível, após isso, nem se quisesse, pagar o tributo que seria devido.

Tão somente esses aspectos relacionados à incoerência entre as normas aplicadas ao descaminho e as premissas que utilizam os tribunais para estender a bagatela a esse crime, já são suficientes para demonstrar a falta de razoabilidade do parâmetro. Nada obstante, existem outros pontos de incongruência.

Nesse seguimento, a Lei 10.522/02, direcionada ao Poder Executivo, determinou, no artigo 20, uma *opção político administrativa*, relacionada com a capacidade do Estado e instigada pelos interesses desse ente na economicidade e eficiência da máquina pública. A conveniência da administração em executar ou não dívidas fiscais, em especial nos casos em que opta por não fazê-lo em razão de falta de aparelhamento para tanto e da ausência de compatibilidade entre o valor gasto e o montante a ser arrecadado, nada tem a ver com a persecução penal. O Procurador da Fazenda Nacional, segundo o citado artigo, *pode optar* por requerer o arquivamento de autos de execuções fiscais cujo débito não ultrapasse R\$ 10.000,00 (dez mil reais), mas isso não pode fazer com que o funcionamento da justiça criminal fique submetido ao alvedrio da administração. É o que, aliás, enuncia o *princípio da independência dos poderes*.

Para esclarecer o posicionamento que adotamos, passamos a expor o que não defendemos para, em seguida, deixar claro a tese que aderimos, frisando, desde logo, que trataremos da questão dos tributos a serem cobrados, mas como mera ficção jurídica, como forma de rebater os argumentos de quem defende a aplicabilidade do modelo atual. Quer dizer, apesar de termos pisado e repisado a *inexistência de créditos tributários decorrente do descaminho*, como já demonstramos nossos argumentos em consonância com essa realidade, entraremos um pouco na ficção jurídica daqueles que constroem sua argumentação em cima de um suposto lançamento tributário decorrente do descaminho, como forma de melhor refutá-los.

Não defendemos aqui a ampla aplicabilidade do princípio da independência entre os poderes, e nem que seja ele absoluto, até por também serem aqueles harmônicos e coexistentes em um sistema de freios e contrapesos, mas tão somente que, no caso específico do crime de descaminho e da praxe dos tribunais de aplicar o parâmetro da execução fiscal para

perscrutar da insignificância nesse delito, esse princípio é relevante. Quer dizer, não sustentamos que, inexistindo ilícito administrativo, ainda assim seja possível a sanção penal, até porque, como demonstrado no primeiro capítulo, perfilhamos a tese de que o Direito Penal não cria bens jurídicos, mas apenas tutela de forma mais intensa aqueles já criados por outros ramos e só atua quando essas demais searas do Direito forem incapazes de proteger suficientemente esses valores. Defendemos, na verdade, que, em havendo a entrada ou saída do território nacional com mercadorias, sem o pagamento dos tributos devidos, há uma transgressão administrativa, restando configurada a materialidade, só que existe a possibilidade a Fazenda Pública optar por não executar, por ora, as quantias devidas, em razão de deficiência em seu aparelhamento para tanto e em uma decisão político administrativa do que seria mais vantajoso para o Estado atualmente, com a estrutura que se tem. Isso não implica por óbvio, como defendem alguns, considerar um fato materialmente lícito perante a lei tributária, ilícito pela lei penal¹²⁰, pois *existe uma infração administrativa*, que não é reputada irrelevante, apenas não tem seus valores cobrados *de imediato*, em razão de uma falta de estrutura para tal.

Quer dizer, o que se dá aqui não é que a conduta daquele que ilude o pagamento dos impostos devidos pela importação ou exportação *não configura ilícito administrativo* (e ainda assim é investigado penalmente), pelo contrário, tanto configura que se dá a penalidade de perdimento das mercadorias e aplicação de multa, conforme prevê o art. 689 do Regulamento Aduaneiro. O que não ocorre é a cobrança dos tributos advindos dessa ação, mas isso nem mesmo significa que o Estado *abre mão desses valores*.

Na verdade, como atesta Monique Cheker¹²¹, os débitos inferiores aos R\$ 10.000,00 (dez mil reais) previstos na Lei 10.522/02 são sim (ou pelo menos deveriam ser) objeto de cobrança, só que através de outros meios¹²², não de uma execução fiscal, como atestou o próprio o procurador-chefe da Dívida Ativa da União, em trechos de ofício juntado pela referida autora. Além disso, o agente devedor tem seu CNPJ/CPF inscrito no Cadastro de Inadimplentes (Cadin), nos termos do art. 2º da Lei n. 10.522/2002¹²³, e ainda tem contra si cominadas

¹²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 398/399.

¹²¹ CHEKER, Monique. A distorção do princípio da insignificância nos crimes de contrabando e descaminho. B. Cient. ESMPU, Brasília, a. 7, n. 28/29, p. 85-106, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/7847/bc-28-e-29-artigo-04.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 16 out. 2016.

¹²² Nos termos do artigo 1º, I, da Portaria MF n. 75/2012, deve ser feita, *a contrario sensu*, a inscrição na Dívida Ativa da União de débitos no valor a partir de R\$ 1.000,00 (mil reais). Ademais, conforme determina o art. 6º da mesma portaria, havendo débitos de qualquer montante, inscritos ou não em Dívida Ativa, o Procurador-Geral da Fazenda Nacional e o Secretário da Receita Federal podem utilizar-se de outras formas de cobrança extrajudicial, não afastadas em razão da impossibilidade de ajuizamento de uma execução fiscal.

¹²³ Art. 2º. O Cadin conterá relação das pessoas físicas e jurídicas que: I – sejam responsáveis por obrigações pecuniárias vencidas e não pagas, para com órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta.

restrições para fins de certificação fiscal e de restituição e ressarcimento de tributos, na forma do art. 7º do Decreto-Lei n. 2.287/1986¹²⁴.

Ademais, além da possibilidade de utilização desses outros meios de cobrança, os débitos abaixo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) – ou R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), caso se considere o parâmetro estabelecido pela Portaria MF nº 75/2012 – poderão ser objeto de execução futuramente. O que o Estado faz é aguardar a dívida aumentar de valor, através dos juros de mora ou até mesmo por meio da soma com outros débitos com a Fazenda, até um patamar que pareça compensador realizar uma execução. Não se abre mão, de maneira permanente, do direito de executar, mas apenas temporariamente e, ainda assim, não o faz porque considera a quantia insignificante, mas sim pela avaliação do custo-benefício da operação não ser positiva.

Isso porque, conforme Comunicado nº 127 do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), que apresenta as principais conclusões do estudo “Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal”, associando a despesa total de uma ação de execução fiscal com a probabilidade de recuperação do crédito por ela pleiteado, o valor a partir do qual seria economicamente aceitável a promoção dessa execução no judiciário, o chamado “breaking even point”, é de R\$ 21.731,45 (vinte e um mil, setecentos e trinta e um reais e quarenta e cinco centavos), sendo improvável que o exequente chegue a obter valores iguais ou superiores aos custos nos casos em que busque executar quantias inferiores a esta. Não se tratam, no entanto, como dito, de valores insignificantes, mas apenas temporariamente desvantajosos de serem cobrados.

E tudo isso na ficção jurídica de que houvesse, proveniente do delito de descaminho, a constituição de um crédito tributário para ser executado, que na verdade não há, como dito.

Ademais, uma vez que o sujeito pratique um comportamento que, a despeito de transgredir normas administrativas, o Estado supostamente não executa de imediato a quantia em razão dele devida, por não dispor de estrutura para tanto e não ser economicamente viável, resta justificada a imposição da sanção penal, que já aqui não implica afastar os princípios da subsidiariedade e fragmentariedade penal, pois a falta de aparelhamento da Administração para apurar o ilícito por ora não conduz à inexistência dele. Nos casos em que a conduta do agente

¹²⁴ Art. 7º. A Receita Federal do Brasil, antes de proceder à restituição ou ao ressarcimento de tributos, deverá verificar se o contribuinte é devedor à Fazenda Nacional. (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005) § 1º Existindo débito em nome do contribuinte, o valor da restituição ou ressarcimento será compensado, total ou parcialmente, com o valor do débito. (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

não só culmina em ilícito administrativo, como também é penalizada nessa seara (com pena de perdimento e multa e não com uma execução fiscal), como no que ora analisamos, com maior razão, então, cabe a persecução penal.

Ademais, vale frisar que o MPF, órgão com atribuição para denunciar os casos de cometimento do crime do art. 334 do CP, é autônomo e independente, na forma do art. 127 da CRFB/88, não cabendo ser submetida a atuação de seus membros à conveniência administrativa prevista no artigo 20 da Lei 10.522/02. Nesse sentido foi o posicionamento do Ministro Rogério Schietti Cruz no julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial (AgRg no AREsp) 689295/RS¹²⁵, no qual afirmou:

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.

Na mesma linha desse entendimento, Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim¹²⁶, advogando pela ausência de razoabilidade da vinculação da bagatela no descaminho à inexistência de cobrança dos respectivos débitos com a fazenda e, conseqüentemente, do elo entre a atuação penal e o arbítrio da Administração Pública, afirma:

Atendendo, apenas, a relações de custo benefício estritamente vinculadas à falta de estrutura administrativa e desvinculadas do interesse público primário, indisponível para o Estado, como, por exemplo, atender os objetivos republicanos expostos na Constituição da República de 1988, a Administração Pública pode não cobrar hoje uma dívida de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e, amanhã, não cobrar apenas o que não exceda a R\$ 10,00 (dez reais), melhorando sua estrutura, ou o que não exceda a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), piorando sua estrutura.

Além disso, considerar ínfima a quantia de 10.000,00 (dez mil reais), ou pior, 20.000,00 (vinte mil reais), é discrepante da realidade socioeconômica do país em que vivemos, no qual muitas das estruturas administrativas encontram-se debilitadas, a exemplo da saúde e da educação, por uma falta de verba. O tributo, especialmente o imposto, que não tem caráter vinculado, gera a receita que oportuniza a atuação estatal nos mais variados setores, garantindo a prestação dos direitos fundamentais. Portanto, não só tecnicamente falando é incoerente considerar como irrelevante o dano causado ao bem jurídico tutelado pelo descaminho quando

¹²⁵ STJ, AgRg no AREsp nº 689295/RS, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Data de Julgamento: 01/10/2015, Sexta Turma.

¹²⁶ AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. O uso indevido do princípio da insignificância. Boletim dos Procuradores da República nº 73, Ano IX, p. 26-29, mar. 2007. Disponível em: <http://anpr.org.br/novo/files/boletim_73.pdf>. Acesso em 20 out. 2016.

o agente deixa de pagar cerca 20.000,00 (vinte mil reais) em tributos, como também socialmente.

Em um outro aspecto, vale colacionar, como mais um ponto objeto de crítica na adoção dos citados critérios para a apuração da insignificância no descaminho, a probabilidade de estímulo da prática desse delito. Nesse sentido é que afirma Édna Márcia Marçon Noschang¹²⁷ que a perda das mercadorias na zona aduaneira, “cuja abordagem ao ‘comprista’ é feita por amostragem”, é algo incluso no risco da atividade, já sendo o prejuízo advindo da apreensão avaliado e, por consequência, aplicado ao preço de venda dos produtos internalizados sem o devido pagamento de tributos. Não se está defendendo que a descriminalização de condutas, de forma geral, funciona como um estímulo a sua prática e nem que atuações insignificantes tenham de ser penalizadas, mas que, nesse caso, a exacerbação do valor utilizado como parâmetro traz essa consequência negativa. Em razão desse estímulo, é que discordamos da posição doutrinária no sentido de que a mera aplicação da pena de perdimento ao agente que comete o descaminho faz com que seja *extinta sua punibilidade*, em razão de um suposto caráter de ressarcimento dessa punição¹²⁸ e reputamos imprescindível a atuação do Direito Penal perante essa infração.

Inclusive, o Código Criminal do Império do Brasil, em seu artigo 117, já estabelecia para o crime de descaminho as sanções apenas de “perda das mercadorias ou gêneros, e de multa igual á metade do valor delles”¹²⁹, tendo a evolução do Direito Penal demonstrado que não é a melhor forma de penalizar tal conduta, sendo atualmente prevista para tal crime pena de reclusão.

Atentamos ainda que, como afirmou Douglas Fischer¹³⁰, a despeito de ser desinteressante para o Estado cobrar uma quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ou R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) através de uma execução fiscal, pelos custos dela advindos, *o dano social causado pela ação do agente e do qual a norma penal busca proteger a sociedade continua evidente* em muitos casos, principalmente considerando o não pagamento de quantias

¹²⁷ 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>>. Acesso em 12 nov. 2016.

¹²⁸ SCANDELARI, Gustavo Britta. O Crime Tributário de Descaminho: fundamentos e efeitos jurídicos. 2011. 346 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006, p. 284.

¹²⁹ Art. 177. 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.

¹³⁰ FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral . 2. ed., Org. B. Calabrich, D. Fischer; E. Pelella. Salvador: Podium, 2013, p. 47.

tão elevadas, não restando configurada a ínfima ofensividade da conduta necessária para a adoção da insignificância.

Nesse seguimento, vale repisar os quatro vetores determinados pelo STF como orientadores da aplicação desse princípio, quais sejam: 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 provocada¹³¹, ressaltando, desta feita, a crítica de Paulo Queiroz¹³² no sentido de que tais requisitos são meramente repetitivos, apresentando a mesma ideia por meio de palavras diversas. O tribunal, na verdade, não chegou a definir e explicar tais vetores, aplicando atualmente, de forma indiscriminada, o critério de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)¹³³, posição que nesta ocasião criticamos.

Isso posto, passaremos a análise de algumas alternativas propostas por doutrinadores aos critérios atualmente adotados para determinar a aplicação da insignificância ao descaminho, e, por fim, finalizaremos a análise crítica desses parâmetros aplicados pela jurisprudência contemporânea.

4.5 Possíveis soluções

Inicialmente, importante expor posicionamento de Durval Carneiro Neto¹³⁴, que, adotando a premissa de que o descaminho deve ser inserido na classificação dos crimes contra a ordem tributária, aos quais se aplica a SV nº 24 – que exige a constituição definitiva de crédito tributário para consumação do delito -, defende ser atípica a conduta do agente nos casos em que se dá a decretação de perdimento das mercadorias, em razão da ausência de lançamento definitivo de um crédito tributário.

¹³¹ STF, HC 84687/MS, Relator Ministro Celso de Mello. Data de Julgamento: 26/10/2004, Segunda Turma.

¹³² QUEIROZ, Paulo. Direito Penal: parte geral. 4 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 53.

¹³³ É isso que demonstra trecho do voto do Ministro Luís Roberto Barroso no HC 120.096/PR (STF, HC 120096/PR, Relator Ministro Roberto Barroso, Data de Julgamento: 11/02/2014, Primeira Turma), julgado em 11/02/2014: “Em matéria de aplicação do princípio da insignificância, consulta à jurisdição do Supremo Tribunal Federal indica que, apesar de certa uniformidade na indicação de condicionantes para a caracterização da bagatela (mínima ofensividade da conduta do agente, ausência de periculosidade social da ação, grau reduzido de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada), não há um enunciado claro e consistente para as instâncias precedentes a respeito daquilo que a Corte considera suficiente para afastar a aplicação da norma penal. Nesse cenário, não são incomuns julgamentos díspares para hipóteses fáticas relativamente homogêneas. Tal disparidade, contudo, não é observada nos casos que tratam da aplicação do princípio da insignificância ao delito de descaminho. Isso porque o fundamento que orienta a avaliação da tipicidade da conduta é aquele objetivamente estipulado como parâmetro para a atuação do Estado em matéria de execução fiscal: o valor do tributo devido (...)”

¹³⁴ CARNEIRO NETO, Durval. A atipicidade do descaminho quando há perdimento de mercadoria. Revista Âmbito Jurídico, nº 77, jun. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7895&revista_caderno=3>. Acesso em 11/11/2016.

A despeito de ser uma posição ousada, na contramão de parte da doutrina nacional e da generalidade da jurisprudência, que simplesmente aplicam os parâmetros da execução fiscal para aferir da persecução penal no crime de descaminho, sem uma análise específica das peculiaridades dessa infração, discordamos que seja a melhor solução. Isso porque, conforme expusemos, o que se dá na generalidade dos casos em que um sujeito entra no território nacional ou dele se retira com mercadorias sem adimplir as obrigações tributárias pertinentes é o perdimento das mercadorias, conforme previsto no artigo 689 do Regulamento Aduaneiro (Decreto nº 6.759/2009), e o referido doutrinador posiciona-se no sentido de que a conduta do agente seria atípica *justamente quando se dá essa decretação de perdimento dos bens*. Ora, se essa penalidade administrativa é o que se tem como regra no que diz respeito ao descaminho, esse crime, então, quase nunca aconteceria, caso adotado esse posicionamento.

Trata-se, na verdade, de uma subversão da lógica que deve ser seguida, a qual, em nossa opinião, deveria ter como ponto de partida a previsão regulamentar no sentido de que aquele que comete o descaminho, como regra, recebe como penalidade o perdimento das mercadorias. Seguindo esse raciocínio, chega-se à ideia de que o agente que insere no território nacional ou dele desloca mercadorias sem o pagamento dos impostos pertinentes não tem contra si a constituição de um crédito tributário decisivo, pela determinação do próprio regulamento e também pela coerência do sistema jurídico-penal-tributário, que não permite a previsão *na lei* de um fato gerador *ilegal* para a cobrança de tributos, conforme exposto. Avançando nesse silogismo, se concluiria, portanto, que o descaminho diferencia-se dos crimes contra a ordem tributária e independe do lançamento definitivo de tributo para se consumir, *simplesmente porque esse lançamento não ocorre nesse delito*, não se sucedendo, como regra, execução fiscal das quantias que deixou o agente de pagar.

Quer dizer, as peculiaridades do descaminho, no qual o sujeito ativo tem suas mercadorias apreendidas, sem a possibilidade de pagar os tributos devidos, pois diante de um fato gerador ilícito, levam à conclusão de que ele diferencia-se dos crimes contra a ordem tributária, não lhes sendo aplicável as regras da necessidade de prévia constituição de um crédito¹³⁵ e da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo¹³⁶. Não é razoável, de maneira oposta, desconsiderar as particularidades do delito que ora estudamos e simplesmente inseri-lo, de maneira “forçada”, nas regras previstas para os crimes da Lei 8.137/90, como feito pelo autor. Aliás, esses crimes não apresentam nem mesmo identidade de bens jurídicos tutelados, pois o descaminho protege, além do mero recolhimento de receitas tributárias, a

¹³⁵ Previsão da SV nº 24.

¹³⁶ Previsão do art. 9º da Lei 10.684/2003.

soberania estatal e a ordem econômica. Nesse ponto, apesar de reconhecer que a jurisprudência diverge a respeito do bem amparado pelo crime de descaminho, o doutrinador defende, como suposta expressão da justiça e da equidade, a extensão do regime jurídico dos crimes contra a ordem tributária àquele delito, afirmando que

O cerne da questão, por conseguinte, está em saber se uma pessoa acusada de descaminho (que geralmente teve toda a sua mercadoria sumariamente apreendida e confiscada pela Receita Federal, sem opção de pagamento de tributos correspondentes) deve de logo responder a um processo criminal, enquanto grandes sonegadores (que muitas vezes se valem de complexos esquemas fraudulentos para esquivar-se das obrigações fiscais, inclusive com emprego de “laranjas”) somente venham a responder criminalmente após o lançamento definitivo do tributo e ainda assim tenham a oportunidade de efetuar o pagamento da dívida tributária, livrando-se a qualquer tempo da responsabilidade criminal.

Ocorre que, é coerente com o sistema penal-tributário que tal crime, que envolve o comércio internacional, ofende a autoridade do próprio Estado e afeta não só a ordem tributária, como também a econômica, seja tratado de maneira diferenciada daqueles que tutelam a arrecadação de tributos, não cabendo falar que não há “razão jurídica para se diferenciar o descaminho e os demais crimes de natureza fiscal”¹³⁷.

Vale colacionar ainda entendimento de Marcelo Cardozo da Silva¹³⁸, que, utilizando-se do instituto da analogia *in bonam partem*, defende a aplicação ao descaminho do perdão judicial previsto no art. 337-A, §2º, II do CP, o qual determina:

§ 2º – É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que: (...)II- o valor das contribuições devidas, inclusive acessórias, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais;

Na verdade, mudaria apenas o pretexto para não investigar penalmente o agente desse delito, que passaria de *aplicação do princípio da insignificância* para *extensão de perdão judicial*, sendo que, em ambos os casos, no entanto, estaria exonerado da persecução penal pelo cometimento do crime de descaminho aquele que deixasse de pagar tributos em valor não superior ao previsto administrativamente como mínimo para a realização de uma execução fiscal, critério esse, como visto, desarrazoado. Nessa acepção, apesar de reconhecer o equívoco das bases em que se consolidou a aplicação da insignificância ao descaminho e o descaso em

¹³⁷ CARNEIRO NETO, Durval. A atipicidade do descaminho quando há perdimento de mercadoria. Revista Âmbito Jurídico, nº 77, jun. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7895&revista_caderno=3>. Acesso em 11/11/2016.

¹³⁸ SILVA, Marcelo Cardozo da. Crédito Tributário e Descaminho: o perdão judicial como medida substitutiva ao princípio da insignificância. Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 37, p. 48-58, abr./jun. 2007. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/877/1059>>. Acesso em: 15 out. 2016.

relação às normas tributárias aplicadas ao tipo, o doutrinador propõe uma solução paliativa, que muda apenas a designação do instituto que será aplicado, mas continua empregando o descabido parâmetro previsto no art. 20 da Lei 10.522/2002.

Propondo uma solução para a celeuma da aplicação da insignificância ao descaminho, ainda, interessante posicionamento de Monique Cheker¹³⁹, a qual sugere a adoção do parâmetro de US\$ 300,00 (trezentos dólares americanos) e de US\$ 500,00 (quinhentos dólares americanos), estabelecidos pela Receita Federal no art. 6º da Instrução Normativa SRF nº 177/1998, como valores-limite para a isenção no pagamento de tributos relativos à importação de mercadorias. Na realidade, porém, esse parâmetro já é adotado administrativamente e a infração, tanto administrativa, quanto penal, só se perpetra caso os valores não pagos em tributos forem superiores a essas quantias de US\$ 300,00 (trezentos dólares americanos) e US\$ 500,00 (quinhentos dólares americanos). Trata-se de uma previsão de *isenção tributária*, não cabendo utilizá-la como critério para a aplicação da bagatela, pois, nesse caso, o ato não chega nem a ser formalmente típico, só havendo falar em qualquer transgressão ao sistema penal-tributário quando o valor das mercadorias importadas superarem esses limites.

Importante mencionar, por fim, posição de Ivan Lira de Carvalho¹⁴⁰, que sugere a despenalização do descaminho, defendendo a maior efetividade de aplicação de sanções administrativas para esse caso, sugerindo a criação de um “banco de informações” sobre os agentes desse crime, de forma que se possa identificar aqueles que o praticam de forma reiterada e estabelecer-lhes sanções tais como impedimento de celebrar contratos com pessoas jurídicas de direito público ou entidades paraestatais ou mesmo vedação para atuar em bancos oficiais ou particulares. Nada obstante, as características do Direito Penal, de que tratamos no primeiro capítulo, e a relevância dos bens jurídicos tutelados pela tipificação do descaminho demonstram a importância da criminalização das condutas que o perpetram, não sendo ela umas simples “saída para arrecadar a receita que a sua própria estrutura funcional [do Estado] não sabe (ou não quer) buscar”, como prega o autor.

¹³⁹ CHEKER, Monique. A distorção do princípio da insignificância nos crimes de contrabando e descaminho. B. Cient. ESMPU, Brasília, a. 7, n. 28/29, p. 85-106, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/7847/bc-28-e-29-artigo-04.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 16 out. 2016.

¹⁴⁰ CARVALHO, Ivan Lira de. A criminalização de ilícitos praticados por particular contra a administração pública: o descaminho de mercadorias. Revista forense, v. 93, n. 338, p. 407-410, abr./jun. 1997. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176372>>. Acesso em 12 nov. 2016.

4.6 A necessidade de estabelecimento de novos parâmetros

Diante da gravidade da sanção criminal e do caráter de *ultima ratio* do Direito Penal, que impõem a excepcionalidade da restrição da liberdade dos indivíduos, juntamente com as peculiaridades do delito de descaminho e dos bens jurídicos tutelados por sua tipificação, consideramos que esta seja sim uma infração que merece atenção do Direito Penal, no entanto, somente naquelas condutas que ofenderem de forma grave os bens por ele protegidos, que, como demonstrado, são dotados da relevância necessária para o dispêndio da tutela penal. Aqueles que realizem formalmente a previsão do artigo 334 do CP, mas em condutas insignificantes, não provocadoras de lesões graves, portanto, não devem ter contra si uma persecução criminal, e é esse o entendimento majoritário de nossa jurisprudência. No entanto, os parâmetros atualmente utilizados para tanto precisam ser revistos, uma vez que os tribunais aplicam o valor mínimo para execução fiscal como critério para e isso vai de encontro às premissas básicas do próprio princípio, demonstradas no primeiro capítulo, e às normas tributárias específicas do descaminho, explicadas no segundo capítulo.

Nesse caso, a Administração, apesar de reprimir a conduta com pena de perdimento e multa, não tem capacidade de tutelar devidamente os bens jurídicos a que a tipificação desse delito se propõe, que são mais amplos do que aqueles protegidos pela previsão dos crimes contra a ordem tributária, conforme exposto. Ora, se a Administração não está apta a lidar com as sonegações em geral que atinjam montante inferior a de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), com maior razão não se pode atribuir a ela a incumbência de tutelar sozinha um crime cujo espectro de proteção na sociedade é ainda maior. Não cabe afastar aqui a atuação do Direito Penal, portanto. Não se trata de um irrelevante administrativo que, desconsiderando a subsidiariedade do Direito Penal, é alçado à categoria de conduta penalmente relevante, e sim de infração significativa no âmbito administrativo, mas cujas penalidades oferecidas nessa esfera não tem aptidão para proteger plenamente os bens da lesão jurídica, necessitando, para tanto, da persecução penal, que mantém seu caráter de *ultima ratio*.

Quer dizer, a falha administrativa em proteger completamente um bem jurídico, como se dá no caso dos delitos contra a ordem tributária, não afasta a tipicidade da conduta, pelo contrário, faz justamente com que essa tipificação penal seja fundamental para a tutela. Nesse sentido é que Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim¹⁴¹ afirma que a falta de

¹⁴¹ AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. O uso indevido do princípio da insignificância. Boletim dos Procuradores da República nº 73, Ano IX, p. 26-29, mar. 2007. Disponível em:<http://anpr.org.br/novo/files/boletim_73.pdf>. Acesso em 12 nov. 2016.

aparelhamento da estrutura de cobrança fiscal do estado não tem o poder de remover a tipicidade da conduta do agente. Diante dessa necessária tipificação, dos postulados do princípio da insignificância e das premissas do Direito Penal, é que devem ser abarcadas pela insignificância penal condutas que efetivamente não ofendam de maneira grave o bem jurídico tutelado por esse crime, de forma que se afaste a tipicidade material do ato. Encontramos, no entanto, um impasse para se determinar quais condutas estariam inclusas nessa acepção no caso do descaminho.

Seguindo o raciocínio que construímos ao longo da pesquisa, pudemos chegar a uma conclusão: não é razoável a utilização das quantias previamente fixadas de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ou R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) como parâmetros para aplicar a insignificância ao descaminho, pois a relação entre esses critérios estabelecidos pela jurisprudência e as particularidades do delito analisado é distante e sem coerência. Para além disso, no entanto, avançando um pouco mais nessa investigação acerca condutas que seriam abarcadas pela insignificância nesse caso, pudemos concluir ainda que: não é apropriado, para se determinar quais atuações estariam ou não compreendidas na insignificância do descaminho, seguir *um parâmetro pautado em uma quantia fixada previamente*, pois se deve levar em conta a dinamicidade e subjetividade do Direito Penal e das ações por ele acobertadas, além das peculiaridades socioeconômicas do nosso país,

Diante disso e das dificuldades que encontramos na aplicabilidade de critérios sugeridos por doutrinadores nacionais, como exposto no subtópico acima, refletimos a importância de uma aplicação casuística do princípio da insignificância ao delito de descaminho, sem, entretanto, desconsiderar os impasses na utilização desse método e igualmente sem a pretensão de esgotar o tema, que será objeto de futuras pesquisas.

Maurício Antônio Ribeiro Lopes¹⁴² é um dos que critica esse emprego casuístico da bagatela, enxergando-o como uma aplicação arbitrária, pautada na conceituação particular de cada julgador e com base no seu senso de justiça. Nesse sentido, afirma o autor:

Deixar vazar sem controle a amplitude do princípio da insignificância implica não apenas na quebra da garantia do princípio da legalidade- que de resto já é transformado pelo princípio da bagatela- mas na ruptura daquilo que se tornou a razão mais nobre para a sua defesa- a igualdade.

A utilização dos critérios da forma como se dá atualmente, entretanto, já oferece um tratamento penal desigual entre os sujeitos ativos de crimes que permitem a extensão do

¹⁴² LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Princípio da Insignificância no Direito Penal. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 54.

princípio da insignificância. Possibilita a discrepância de ser condenado um agente que cometeu o furto de uma colher avaliada em R\$ 4,00 (quatro reais)¹⁴³ e ser acobertado pela bagatela um sujeito que deixou de pagar tributos na quantia de R\$ 16.863,69 (dezesesseis mil, oitocentos e sessenta e três reais e sessenta e nove centavos), incidentes sobre mercadorias estrangeiras irregularmente introduzidas no território nacional¹⁴⁴. Nessa acepção, atestando a desmesurada dissociação entre os critérios para o reconhecimento da insignificância nos crimes contra o patrimônio, comparado com crimes como o descaminho, afirmou o Ministro Rogério Schietti Cruz, no julgamento do AgRg no REsp 1454598/SP¹⁴⁵, em 12/02/2015:

nos julgamentos dos crimes contra o patrimônio – em que se estabeleceram alguns critérios para a incidência do princípio bagatela, mencionados linhas atrás –, nem mesmo o valor do salário mínimo vigente à época do fato conseguiu estabelecer-se, na jurisprudência e na doutrina pátrias, como parâmetro válido para afastar a tipicidade material da conduta. E mais, ainda quando se constata a devolução do bem subtraído, ou até mesmo quando a vítima se diz ressarcida ou desinteressada na punição do autor do furto, não anui a jurisprudência à tese da insignificância.

Atentamos ainda que a própria divergência entre o STF e o STJ quanto aos patamares para a aplicação da insignificância no descaminho demonstra a insegurança do critério que se utiliza hodiernamente. Nesse sentido é que se vê casos como o do citado HC 118067/RS, julgado pelo STF, no qual o agente internalizou mercadorias sem o pagamento dos tributos devidos, que totalizaram uma quantia de 16.863,69 (dezesesseis mil, oitocentos e sessenta e três reais e sessenta e nove centavos) e foi, primeiramente, absolvido em primeira instância, tendo o magistrado embasado-se o parâmetro de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para perscrutar da bagatela no descaminho. Sofreu o agente apelação do MPF, improvida pelo TRF - que aplicou o mesmo parâmetro utilizado pelo magistrado de primeira instância. Posteriormente, em sede de recurso especial, teve seu decreto de absolvição sumária afastado, pois, como dito, o STJ utiliza o parâmetro de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Por fim, através de HC impetrado no STF, teve reconhecida a atipicidade de sua conduta pela aplicação do parâmetro de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) novamente. Quer dizer, criou-se uma situação de evidente insegurança jurídica, especialmente para aqueles que deixam de pagar tributos em uma quantia que se encontra no intervalo R\$ 10.000,00-R\$ 20.000,00. Nesses casos, aquele que *conseguir chegar* ao STF será absolvido pelo delito de descaminho, mas caso seu processo suba “apenas” até o STJ, e lá termine, será condenado.

¹⁴³ STJ, HC 253360/SP, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Data de Julgamento: 02/04/2013, Sexta Turma.

¹⁴⁴ STF, HC 118067/RS, Relator Ministro Luiz Fux, Data de Julgamento: 25/03/2014, Primeira Turma.

¹⁴⁵ STJ, AgRg no REsp 1454598/SP, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Data de Julgamento: 12/02/2015, Sexta Turma.

Quer dizer, os critérios adotados atualmente já geram uma grande instabilidade no sistema, trazendo insegurança para os cidadãos, o que nos reforça a certeza da necessidade de *estabelecimento de novos critérios para a aplicação da insignificância ao descaminho*.

Ao sugerir a aplicação casuística, não desconsideramos, no entanto, a falibilidade da utilização desmedida desse método no Brasil, que abre espaço para toda sorte de arbitrariedades. Em razão disso, defendemos o emprego de um *casuismo pautado em critérios objetivos*, não totalmente aberto ao senso e à valoração particular de cada julgador, mas direcionado por parâmetros previamente estabelecidos. Esses parâmetros, utilizados para analisar a incidência da insignificância ao descaminho no caso concreto, lembramos, conforme elucidamos no primeiro capítulo, não devem levar em consideração circunstâncias de caráter eminentemente subjetivo, porque esse princípio afasta a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material, sendo equivocado afastar-lhe a aplicação tão somente pelo fato de o agente ser reincidente, por exemplo, pois isso é um aspecto da culpabilidade e, uma vez excluído o fato típico, não há que sequer perquirir da antijuridicidade ou da culpabilidade. Diante disso, um critério que sugerimos que seja sopesado pelo julgador no momento de indagar da utilização da bagatela no caso concreto é a *quantidade de mercadorias* que o sujeito ativo transporta para o exterior ou dele traz para o Brasil sem o devido pagamento de tributos.

No momento da fixação desses critérios deve ser levada em conta a efetiva ofensa causada aos bens jurídicos tutelados pela tipificação do descaminho. Por exemplo, aquele que entra no território nacional com inúmeras mercadorias da mesma espécie, com o intuito de comercializar e se aproveitar da ausência (indevida) do pagamento dos tributos aduaneiros para oferecer um preço mais baixo no mercado, está gerando uma concorrência desleal e ofendendo um dos bens jurídicos que a tipificação do descaminho se presta a tutelar. Sua conduta é mais reprovável do que a daquele que internaliza uma mercadoria apenas - sem o cumprimento das obrigações tributárias devidas - ainda que os tributos não pagos por ambas totalizem as mesmas quantias. Ainda, aquele que internaliza no país, sem o pagamento dos impostos devidos, um produto inserido em um contexto no qual o Brasil eleva suas tarifas de importação, com o intuito de estimular a produção nacional dele e proteger o mercado interno da concorrência estrangeira, pratica uma conduta ofensiva aos citados bens jurídicos. Essa atuação é mais censurável do que aquela praticada, por exemplo, por quem importa produto diverso - que não esteja inserido nesse contexto de estímulo da produção nacional - e não paga os tributos cabíveis, ainda que os impostos devidos em ambos os casos totalizem quantias semelhantes.

Essas situações devem ser sopesadas no momento de estabelecer critérios objetivos para aplicação da insignificância ao descaminho pelos tribunais, e demandam um estudo mais

aprofundado, diante da complexidade do tema, que envolve questões de comércio exterior e de política criminal, razão pela qual sinalizamos sugestões sem a pretensão de esgotar o tema, que será objeto de futuras pesquisas.

Em suma, diante do exposto, pudemos concluir que os critérios adotados pela jurisprudência pátria para aplicar a insignificância ao descaminho estão em descompasso com as peculiaridades desse crime e com as premissas daquele princípio, e consideramos insustentável a manutenção da incidência da insignificância com base nesses critérios. Diante disso, sugerimos que a análise da possibilidade de aplicar a bagatela às condutas configuradoras desse delito seja feita no caso concreto, mas pautada em parâmetros objetivos previamente estabelecidos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é possível concluir, primeiramente, que o princípio da insignificância, como importante instituto do Direito Penal, apresenta uma série de peculiaridades que não podem ser deixadas de lado quando da sua aplicação em qualquer que seja o tipo incriminador.

Trata-se de um princípio aplicável a condutas que, a despeito de preencherem todos os elementos constitutivos da tipicidade formal, quais sejam: conduta, resultado, relação de causalidade e adequação do fato à norma, não cumprem os requisitos para a consecução da tipicidade material, que são os juízos de desvalor da ação do agente e/ou desvalor do resultado obtido. Sendo, portanto, o fato típico formado pela junção de tipicidade formal com tipicidade material, e não preenchidos os elementos desta última, *a aplicação do postulado da insignificância exclui a tipicidade do fato.*

A aplicação desse princípio no Direito Penal é um reflexo também da sua função sancionadora, da importância dos bens jurídicos por ele tutelados e, em especial, uma reverberação dos princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade. Isso porque, como o Direito Penal não cria bens jurídicos, mas apenas tutela de forma mais intensa aqueles mais importantes bens definidos por outros ramos, e ainda, só o faz diante de ofensas graves e não passíveis de proteção suficiente por essas demais searas do Direito, as condutas que não se encaixarem nessas asserções serão excluídas do âmbito de tutela penal, e o serão justamente através da aplicação do princípio da insignificância ao caso.

O princípio da insignificância, é, portanto, o que permite, no caso concreto, considerar penalmente irrelevantes condutas que, a despeito de adequarem-se formalmente à descrição típica, apresentam mínima ou nenhuma ofensividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, por não haver desvalor da ação praticada ou do resultado por ela perpetrado.

Em um segundo momento, tratando das particularidades do delito de descaminho, e de sua natureza de ilícito penalizado tanto na esfera administrativa quanto penal, concluimos pela existência de importantes diferenças entre o crime de descaminho e os crimes contra a ordem tributária, previstos na Lei 8.137/90, diferenças essas fundamentais para explicar porque consideramos indevida a aplicação de institutos desses últimos ao primeiro. Uma importante delas é a divergência entre os momentos de consumação desses delitos, perpetrando-se o descaminho no instante em que o pagamento dos tributos deveria ter sido feito e não o foi, e os crimes previstos no art. 1º, I a IV da Lei 8.137/90 com a constituição definitiva do crédito tributário correspondente, nos termos da SV nº 24.

Ademais, analisando os possíveis bens jurídicos tutelados pelo descaminho, posicionamo-nos ao lado de alguns autores nacionais que preceituam como bens protegidos por esse crime, além da ordem tributária, afetada por meio da omissão no pagamento de tributos - que são recursos necessários para a consecução dos objetivos do Estado Democrático de Direito -, a soberania estatal e a ordem econômica, uma vez que, dotados de caráter eminentemente extrafiscal, os impostos devidos pela entrada e saída de mercadorias são utilizados como meios de proteção da indústria nacional e da balança comercial, que são, de certa forma, afetadas pela falta de pagamento deles.

Realizando pesquisa jurisprudencial, ainda, constatamos que prevalece nos tribunais atualmente o entendimento de que o descaminho é um crime de natureza *formal*, que prescinde de resultado naturalístico e de constituição definitiva do crédito tributário para sua consumação. Isso em contraponto aos crimes do art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/90, que são *materiais* e, nos termos do assentado por nossa jurisprudência, em razão disso, necessitam da constituição do crédito tributário para se consumar. Isso posto, discordando desse binômio estabelecido pela jurisprudência, em que se confunde a necessidade de produção de resultado naturalístico para consumação do delito tributário com a indispensabilidade do lançamento definitivo do crédito, concluímos que *o delito de descaminho é um crime material que prescinde do encerramento do procedimento administrativo fiscal que culmina na constituição decisiva do crédito tributário.*

Isso porque, através de uma análise de normas da Receita Federal a respeito dessa infração, pudemos constatar que, confirmado pela autoridade administrativa, após regular procedimento, que um agente entrou no território nacional ou dele saiu com mercadorias, sem pagar os tributos que têm essa ação como fato gerador, cometendo descaminho, portanto, perderá ele as referidas mercadorias, e terá iniciado contra si um procedimento para averiguar o *quantum* de multa receberá como penalidade. Instaurado esse procedimento, será extinto aquele que eventualmente tenha sido aberto para apurar o montante do tributo devido. Ou seja, *não haverá constituição de crédito tributário em havendo aplicação de perdimento de mercadoria ao sujeito ativo do delito de descaminho.*

Por conseguinte, apesar de o descaminho ser crime material e só se perpetrar com a *efetiva ilusão* no pagamento dos tributos cabíveis, o que ocorre nesses casos, via de regra, é o perdimento da mercadoria, e esse procedimento obsta o surgimento de um processo administrativo para apurar um *quantum* de tributo devido, por justamente “tornar insubsistente o fato gerador do tributo”.

Por fim, perscrutando aplicação do princípio da insignificância às condutas que perpetram o descaminho, concluímos que é admissível, mas não com base nos critérios utilizados atualmente pela jurisprudência nacional, que simplesmente aplicam os parâmetros previstos administrativamente como mínimos para a realização de uma execução fiscal, sem uma análise específica das peculiaridades do delito que ora tratamos.

Nesse ponto, expusemos ainda a controvérsia existente entre o STF e o STJ, em que, a despeito de ambos considerarem aplicável o critério da execução fiscal para apurar da insignificância no descaminho, o primeiro afirma que se deve utilizar como limite o valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), expresso no art. 2º da portaria nº 75 do Ministério da Fazenda e o segundo atesta ser aplicável o montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), previsto no artigo 20 da Lei 10.522/2002.

Criticamos, no entanto, esses valores adotados pelos tribunais, tanto aquele defendido pelo STF quanto o utilizado pelo STJ, com base em dois argumentos principais. Primeiro, pautado na peculiaridade do crime de descaminho que, apesar de ser um delito tributário, não leva ao lançamento de um crédito tributário - por sofrer como penalidade administrativa, como regra, o perdimento das mercadorias, o que impede que seja realizado esse lançamento e, conseqüentemente, impossibilita uma execução fiscal -, razão pela qual não se cabe utilizar o valor mínimo para a citada cobrança judicial como critério determinante das condutas insignificantes nesse crime, pois justamente aquela não ocorre neste. Segundamente, com base no contexto socioeconômico do país em que vivemos, pois é discrepante da realidade nacional, na qual muitas das estruturas administrativas encontram-se debilitadas por falta de verbas, a exemplo da saúde e da educação, reputar irrisória a quantia de 10.000,00 (dez mil reais), ou pior, 20.000,00 (vinte mil reais).

Defendemos, então, o caráter do descaminho de infração significativa tanto no âmbito administrativo, quanto no penal, mas que necessita especialmente da tutela penal - mesmo que levando em conta a índole de subsidiariedade e de *ultima ratio* desse ramo - diante da importância dos bens jurídicos por ele tutelados e também da insuficiência da punição de perdimento de bens e multa. Caso estas últimas sejam as únicas, podem funcionar como verdadeiro estímulo à prática do delito, notadamente nos casos de comerciantes que, internalizando mercadorias sem o adimplemento dos impostos devidos, já incluem no preço de venda o risco da apreensão dos produtos.

Apesar de reputarmos imprescindível a atuação do Direito Penal perante essa infração, no entanto, diante da gravidade da sanção criminal e do caráter de *ultima ratio* desse ramo repressivo, que impõem a excepcionalidade da restrição da liberdade dos indivíduos,

atentamos que somente naquelas condutas que ofenderem de forma grave os bens por ele protegidos é que cabe essa tutela, posicionando-nos ao lado da doutrina que defende que as quantias de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), ou, pior, R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a despeito de serem temporariamente desinteressantes para o Estado cobrar através de uma execução fiscal, pelos custos dela advindos, são sim aptas a configurar dano relevante aos valores que a norma do art. 334 do CP busca proteger, não cabendo falar em insignificância de tão elevados montantes.

Analisando, por fim, a forma como se poderia determinar a aplicação da bagatela ao descaminho, considerando que defendemos a inconsistência dos critérios adotados atualmente pela jurisprudência, sugerimos que essa análise seja feita no caso concreto, mas pautada em parâmetros objetivos previamente estabelecidos, sem, no entanto, desconsiderar os impasses na utilização desse método e igualmente sem a pretensão de esgotar o tema, que será objeto de futuras pesquisas.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **O uso indevido do princípio da insignificância**. Boletim dos Procuradores da República nº 73, Ano IX, p. 26-29, mar. 2007. Disponível em: <http://anpr.org.br/novo/files/boletim_73.pdf>. Acesso em: 20 de outubro 2016.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. **Crimes contra a ordem tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013. *Epub*.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Constituição Federal**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 de outubro de 2016.

_____. **Decreto nº 2.287**, de 23 de julho de 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2287.htm>. Acesso em: 10 de outubro de 2016.

_____. **Decreto nº 2.730**, de 10 de agosto de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2730.htm>. Acesso em: 11 de agosto de 2016.

_____. **Decreto nº 6.759**, de 5 de fevereiro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6759.htm>. Acesso em: 15 de agosto de 2016.

_____. **Decreto-lei nº 1.001**, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm>. Acesso em: 15 de agosto de 2016.

_____. **Decreto-lei nº 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 16 de agosto de 2016.

_____. **Lei nº 5.172**, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 25 de agosto de 2016.

_____. **Lei nº 8.137**, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 07 de setembro de 2016.

_____. **Lei nº 9.432**, de 08 de janeiro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9432.htm>. Acesso em: 17 de agosto de 2016.

_____. **Lei nº 10.522**, de 19 de julho de 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10522.htm>. Acesso em: 16 de setembro de 2016.

_____. **Lei nº 10.684**, de 30 de maio de 2003. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.684.htm>. Acesso em: 10 de novembro de 2016.

_____. Ministério da Fazenda. **Portaria nº 75**, de 22 de março de 2012. Disponível em: <<http://fazenda.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/legislacao/2012/portaria75>>. Acesso em: 19 de setembro de 2016.

_____. Ministério da Fazenda. **Portaria nº 130**, de 19 de abril de 2012. Disponível em: <<http://fazenda.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/legislacao/2012/portaria-no.-130-de-19-de-abril-de-2012>>. Acesso em: 19 de setembro de 2016.

_____. Receita Federal do Brasil. **Instrução Normativa RFB nº 1059**, de 02 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=16026>>. Acesso em: 15 de setembro de 2016.

_____. Receita Federal do Brasil. Ministério da Fazenda. **Local de Realização do Despacho**. Disponível em <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/orientacao/aduaneira/manuais/despacho-de-importacao/topicos-1/conceitos-e-definicoes/local-de-realizacao-do-despacho>>. Acesso em 10 de outubro de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 689295/RS**. Agravante: Daniel Teodoro Rodrigues. Advogado: Defensoria Pública da União. Agravado: Ministério Público Federal. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, DF, Data de Julgamento: 01/10/2015, Sexta Turma.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1437068/PR**. Agravante: Kleber Pereira dos Reis. Advogado: Defensoria Pública da União. Agravado: Ministério Público Federal. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, DF, Data de Julgamento: 16/06/2015, Sexta Turma.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1454598/SP**. Agravante: Linaldo de Arruda e outro. Advogado: Defensoria Pública da União. Agravado: Ministério Público Federal. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, DF, Data de Julgamento: 12/05/2015, Sexta Turma.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1459169/PR**. Agravante: Anderson Vaz Ferreira. Advogado: Defensoria Pública da União. Agravado: Ministério Público Federal. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, DF, Data de Julgamento: 02/06/2015, Quinta Turma.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial (EREsp) 1533017/SP**. Embargante: Ministério Público Federal. Embargado: Wellington de Moraes Santos. Advogado: Defensoria Pública da União. Relator Ministro Felix Fischer. Brasília, DF, Data de Julgamento: 24/08/2016, Terceira Seção.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial (EREsp) 966077/GO**. Embargante: Ministério Público Federal. Embargado: Maria D'Abadia

Gonzaga de Sá. Advogado: Defensoria Pública da União. Relatora Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF, Data de Julgamento: 27/05/2009, Terceira Seção.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC 34641/RS**. Impetrante: Defensoria Pública da União. Impetrado: Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Paciente: Elizabeth Lopes Garcia. Relator Ministro Felix Fischer. Brasília, DF, Data de Julgamento: 15/06/2004, Quinta Turma.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC 253360/SP**. Impetrante: Defensoria Pública da União. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Antonio Luis Aniceto. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, Data de Julgamento: 02/04/2013, Sexta Turma.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC 270285/RS**. Impetrante: Tiago Lima Gavião e outros. Advogado: Tiago Lima Gavião e outros. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Paciente: Clovis Benedito Luchese e outros. Relatora Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF, Data de Julgamento: 02/09/2014, Quinta Turma.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC 318590/SP**. Impetrante: Defensoria Pública da União. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Paciente: Aparecido Val Cote. Relator Ministro Jorge Mussi. Brasília, DF, Data de Julgamento: 10/03/2016, Quinta Turma.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC 318998/SP**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Advogado: João Ricardo Meira Amaral. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Bruno Vinicius Gomes de Almeida. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, Data de Julgamento: 16/06/2016 Sexta Turma.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1112748/TO**. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Eronildes Gomes de Souza e outro. Advogado: Juliano Martins de Godoy - Defensor Público da União. Relator Ministro Felix Fischer. Brasília, DF, Data de Julgamento: 09/09/2009, Terceira Seção.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1393317/PR**. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Emilio Carlos dos Reis Ferreira. Advogado: Defensoria Pública da União. Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, DF, Data de Julgamento: 12/11/2014, Terceira Seção.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1409973/SP**. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: José Jonaldo Borges Figueiredo. Advogado: Caroline Esteves Nóbile Cordeiro. Relator Ministro Marco Aurélio Belizze. Brasília, DF, Data de Julgamento: 19/11/2013, Quinta Turma.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 43558/SP**. Recorrente: Li Kwok Kuen. Advogados: Alberto Zacharias Toron e outros. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator Ministro Jorge Mussi. Brasília, DF, Data de Julgamento: 05/02/2015, Quinta Turma.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 51430/PR**. Recorrente: Sérgio Segá Barbosa. Advogado: Defensoria Pública da União. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, DF, Data de Julgamento: 05/04/2016, Quinta Turma.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Habeas Corpus (AgR em HC) nº 126746/PR**. Agravante: Léo Nunes Penha Raimundo. Advogado: Defensor Público-Geral Federal. Agravado: Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, Data de Julgamento: 14/04/2015, Primeira Turma.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Habeas Corpus (AgR em HC) nº 133736/PR**. Agravante: Rodrigo Costa. Advogado: Defensor Público-Geral Federal. Agravado: Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, Data de Julgamento: 03/05/2016, Segunda Turma.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 81611/DF**. Impetrantes: José Eduardo Ranger de Alckimin e outro. Advogados: Paulo José da Costa Júnior e outros. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Luiz Alberto Chemin. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, Data de Julgamento: 10/12/2003, Tribunal Pleno.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 84412/SP**. Impetrante: Luiz Manoel Gomes Junior. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Bill Cleiton Cristovão. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, Data de Julgamento: 19/10/2004, Segunda Turma.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 84687/MS**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: César da Silva. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, Data de Julgamento: 26/10/2004, Segunda Turma.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 112772/PR**. Impetrante: Defensoria Pública da União. Impetrado: Relator do Resp nº 1238507 do Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Francisco Inácio Sirino. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, Data de Julgamento: 11/9/2012, Segunda Turma.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 115331/RS**. Impetrante: Defensoria Pública da União. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Márcio Orlei de Moraes. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, Data de Julgamento: 18/06/2013, Segunda Turma.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 116242/RR**. Impetrante: Defensoria Pública da União. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Marcos Stefânio Vanzila de Albuquerque. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, Data de Julgamento: 03/09/2013, Primeira Turma.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 118000/PR**. Impetrante: Defensoria Pública da União. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Cícero Gonçalves da Silva. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, Data de Julgamento: 03/09/2013, Segunda Turma.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 118067/RS**. Impetrante: Emerson Ricardo Galiciolli. Impetrado: Relator do Resp. nº 1370445 do Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Antonio Caeiro Taroco. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, Data de Julgamento: 25/03/2014, Primeira Turma.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 120096/PR**. Impetrante: Defensoria Pública da União. Impetrado: Relator do Resp. nº 1415778 do Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Luiz

Fernando Galdino Jayme. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, Data de Julgamento: 11/02/2014, Primeira Turma.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 120617/PR**. Impetrante: Defensoria Pública da União. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Charlie Cavaglieri. Relatora Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, Data de Julgamento: 04/02/2014, Primeira Turma.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 122268/MG**. Impetrante: Defensoria Pública da União. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Cleusa Moreira de Oliveira. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, Data de Julgamento: 24/03/2015, Segunda Turma.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 123108/MG**. Impetrante: Defensoria Pública da União. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: José Robson Alves. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, Data de Julgamento: 03/08/2015, Tribunal Pleno.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 583523/RS**. Recorrente: Ronildo Souza Moreira. Advogado: Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, Data de Julgamento: 03/10/2013, Tribunal Pleno.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Criminal nº 00258908820104013600**. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: José Estevão Dantas. Advogada: Marcela Leão Soares. Relatora Desembargadora Federal Monica Sifuentes. Brasília, DF, Data de Julgamento: 17/10/2014, Terceira Turma.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Criminal nº 200538000409206**. Apelante: Marcia Teixeira de Paulo Ramos. Advogado: Ozeias Teixeira de Paulo e outros. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: os mesmos. Apelado: Vilmar Ribeiro dos Santos. Defensor: Defensoria Pública da União. Relatora Desembargadora Federal Monica Sifuentes. Brasília, DF, Data de Julgamento: 27/02/2015, Terceira Turma.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Criminal nº 00001761620114036000/MS**. Apelante: Valdecir Alves Pereira. Advogado: Leonardo de Castro Trindade. Apelado: Ministério Público Federal. Relator Desembargador Federal Hélio Nogueira. São Paulo, SP, Data de Julgamento: 01/06/2016, Primeira Turma.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Recurso em Sentido Estrito (RSE) 1547/SP**. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Fabiano Estevão Pavão Gonçalves. Advogado: Fabiano Estevão Pavão Gonçalves e outro. Relator: Juiz Convocado Paulo Domingues. São Paulo, SP, Data de Julgamento: 15/04/2014, Primeira Turma.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Criminal nº 200070000028050/PR**. Apelante: Jeronimo Pedrosa e outros. Advogado: Rolf Koerner Junior e outros. Apelado: Ministério Público Federal. Relator Des. Federal José Paulo Baltazar Junior, Data de Julgamento: 14/05/2008, Oitava Turma.

BRICOLA, Franco, apud GOMES, Luiz Flávio. **Norma e Bem Jurídico no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CARNEIRO NETO, Durval. **A atipicidade do descaminho quando há perdimento de mercadoria**. Revista Âmbito Jurídico, nº 77, jun. 2010. Disponível em:<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7895&revista_cader_no=3>. Acesso em 11/11/2016.

CARVALHO, Ivan Lira de. **A criminalização de ilícitos praticados por particular contra a administração pública: o descaminho de mercadorias**. Revista forense, v. 93, n. 338, p. 407-410, abr./jun. 1997. Disponível em:< <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176372>>. Acesso em 12 nov. 2016.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Crimes de Contrabando e Descaminho**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

CHEKER, Monique. **A distorção do princípio da insignificância nos crimes de contrabando e descaminho**. B. Cient. ESMPU, Brasília, a. 7, n. 28/29, p. 85-106, jul./dez. 2008. Disponível em:<<http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/7847/bc-28-e-29-artigo-04.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 16 out. 2016.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Crimes Contra a Ordem Tributária**. 5. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2002. p. 07.

FISCHER, Douglas. **Garantismo penal integral**. 2. ed., Org. B. Calabrich, D. Fischer; E. Pelella. Salvador: Podium, 2013. p. 47.

GOMES, Luiz Flávio. **Crimes Previdenciários**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____; DONATI, Patricia. **A questão da insignificância nos crimes tributários e descaminho**. Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, 2009. Disponível em:<<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1006106/a-questao-da-insignificancia-nos-crimes-tributarios-e-descaminho>>. Acesso em: 12 out. 2016.

_____. **Norma e Bem Jurídico no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: RT. 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. v. 04. 11 ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2015.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 32. ed., 2011.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000.

MACHADO, Hugo de Brito. **Crimes Contra a Ordem Tributária**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Curso de Direito Tributário**. 22. Ed. São Paulo. Malheiros. 2003.

MANÃS, Carlos Vico. **O Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade no Direito Penal**. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, vol. 1, 17. ed., 2001.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**: introdução e parte geral. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 38. ed. rev. e atual., 2004.

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>>. Acesso em 12 nov. 2016.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. v. 3. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Direito Penal Econômico**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: parte geral. 4 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

REBÊLO, José Henrique Guaracy. **Princípio da insignificância**. 1ª ed., Del Rey, 2000.

RIBEIRO, Pedro Roney Dias. **A Indicação do Crime de Apropriação Indébita Previdenciária pelo Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará**. Faculdade de Direito (Monografia). Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2016.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direitos Penal**. Org. e trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Política Criminal e Sistema Jurídico Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 1ª ed. Vega, 1986.

SANCHES, Rogério. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

SCANDELARI, Gustavo Britta. **O Crime Tributário de Descaminho: fundamentos e efeitos jurídicos**. 2011. 346 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **A descaracterização do crime de descaminho embasado apenas na inexistência de comprovação do recolhimento do imposto de importação.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 83, n. 706, p. 438-441, ago. 1994.

SILVA, Marcelo Cardozo da. **Crédito Tributário e Descaminho: o perdão judicial como medida substitutiva ao princípio da insignificância.** Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 37, p. 48-58, abr./jun. 2007. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/877/1059>>. Acesso em: 15 out. 2016.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal:** parte geral. São Paulo: Atlas, vol. 1, 2004.

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

ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro:** parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 1, 5. ed. rev. e atual., 2004.