

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

EPAMINONDAS FERREIRA QUEIROZ NETO

APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE
DESCAMINHO COM BASE NA LEI Nº 10.522/02

Recife
2011

EPAMINONDAS FERREIRA QUEIROZ NETO

**APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO
CRIME DE DESCAMINHO COM BASE NA LEI Nº 10.522/02**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã,
como requisito parcial a obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Área de concentração: Ciências Jurídicas

Orientador: Prof. Ms. Leonardo Henrique Gonçalves Siqueira

Recife
2011

Queiroz Neto, Epaminondas Ferreira.

Aplicabilidade do princípio da insignificância no crime de descaminho com base na lei nº 10.522/02. / Epaminondas Ferreira Queiroz Neto. Recife: O Autor, 2011.

65 folhas.

**Orientador(a): Ms. Leonardo Henrique Gonçalves Siqueira
Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução
Cristã. Trabalho de conclusão de curso, 2011.**

Inclui bibliografia.

1. Direito 2. Princípio da Insignificância 3. Lei nº 10.522/02

I. Título.

**340 CDU (2.ed.)
340 CDD (22.ed.)**

**Faculdade Damas
TCC 2011- 063**

EPAMINONDAS FERREIRA QUEIROZ NETO
APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE
DESCAMINHO COM BASE NA LEI Nº 10.522/02

DEFESA PÚBLICA em RECIFE _____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Orientador: Prof. Ms. Leonardo Henrique Gonçalves Siqueira

1º Examinador: Prof(a). _____ (FDIC)

2º Examinador: Prof(a). _____ (FDIC)

Dedico este trabalho aos meus avós: Enoi Gonçalves de Melo, por todo amor que nunca me faltou; e Epaminondas Ferreira Queiroz, de quem tenho a grande honra e responsabilidade de carregar o nome.

Navegava Alexandre em uma poderosa armada, pelo Mar Erithreu a conquistar a Índia; e como fosse trazido a sua presença um pirata, que por ali andava roubando os pescadores, repreendeu-o muito Alexandre de andar em tão mau ofício; porém, ele que não era medroso nem lerdo, respondeu assim: Basta, senhor, porque eu que roubo em uma barca sou ladrão, e vós que roubais em uma armada, sois imperador? E assim é. O roubar pouco é culpa, o roubar muito é grandeza: o roubar com pouco poder faz os piratas, o roubar com muito, os Alexandres.

Pe. Antônio Vieira

RESUMO

Aplicabilidade do Princípio da Insignificância no crime de descaminho com base na Lei nº 10.522/02. O Direito Penal legitima a aplicação da pena através de sua finalidade, qual seja, a proteção de bens jurídicos tidos como dignos de proteção mais efetiva no Ordenamento Jurídico. Com isso, só se justifica a aplicação da pena quando da violação efetiva de determinado bem jurídico-penal. E daí decorre a idéia doutrinária de que as condutas que, embora, formalmente típicas, não violam significativamente o bem jurídico, devem ser excluídas do âmbito do Direito Penal, tendo por base os princípios que fundamentam o Estado Democrático de Direito, apregoados na Constituição Federal. No crime de descaminho o Princípio da Insignificância vem sendo aplicado na jurisprudência com base na Lei nº 10.522/02. Entretanto existe uma discussão, tanto na jurisprudência como na doutrina, se o Princípio da Insignificância deve ser aplicado ao descaminho com base na citada lei, e em sendo, que valor deve servir como parâmetro, se o de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) previsto no artigo 20 da citada lei, ou o de R\$ 100,00 (cem reais) previsto no artigo 18, §1º, do mesmo diploma legal. Partindo-se da análise dos conceitos, assim como das correntes de pensamento envolvidas na questão, almeja-se estimular o debate de profissionais do Direito a respeito do presente tema.

Palavras-chave: Princípio da Insignificância; Descaminho; Lei nº 10.522/02.

ABSTRACT

Applicability of the Principle of insignificance in the crime of embezzlement based on Law 10.522/02. Criminal law legitimizes the application of the penalty regards its purpose, namely the protection of property considered worthy of legal assets more effective in the legal system. Therefore it only justifies the application of the penalty when the effective violation of specific criminal legal assets. This implies the doctrinal idea that the conducts which although formally typical, do not violate the legal assets significantly, should be excluded from the scope of criminal law, based on the principles the democratic state, espoused in the Federal Constitution. In the crime of embezzlement the principle of insignificance has been applied in the case law on the basis of Law 10.552/02. However, there is a discussion, both in doctrine and in jurisprudence, if the principle should be applied to the embezzlement practice based on the afore mentioned law and that the value should may serve as useful parameter, if R\$ 10,000.00 (ten thousand Reais) as foreseen in Article 20 of the afore mentioned law, or R\$ 100.00 (one hundred Reais) foreseen in Article 18, line i, from the same Legal Diploma. Based on the analysis of concepts, as well as different schools of thoughts involved in their issue., we aim to stimulate discussion of legal professionals on this theme.

Keywords: Principle of insignificance; Embezzlement; Law 10.522/02.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO 1 BEM JURÍDICO-PENAL	
1.1 Antecedentes históricos.....	9
1.2 Conceito.....	16
CAPÍTULO 2 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL	
2.1 Breve digressão histórica e conceito.....	18
2.2 Caracterização da insignificância como Princípio da Direito Penal.....	22
2.3 Fundamentos do Princípio da Insignificância.....	30
2.3.1 Da Hermenêutica Penal: razoabilidade, subsunção e interpretação dinâmica.....	30
2.3.2 Do Princípio da Igualdade.....	31
2.3.3 Do Princípio da Liberdade.....	33
2.3.4 Do Princípio da Fragmentariedade.....	34
2.3.5 Do Princípio da Proporcionalidade.....	35
2.4 O Princípio da Insignificância e seu conteúdo jurídico.....	35
2.5 Natureza Jurídico-Penal.....	37
2.5.1 Excludente de Tipicidade.....	37
2.5.2 Excludente de Antijuridicidade.....	40
2.5.3 Excludente de Culpabilidade.....	41
CAPÍTULO 3 APLICAÇÃO DO P.INSIGNIFICÂNCIA AO CRIME DE DESCAMINHO	
3.1 Do crime de descaminho: considerações iniciais.....	43
3.1.1 Bem jurídico tutelado.....	44
3.1.2 Sujeitos do crime.....	45
3.1.3 Tipicidade objetiva e subjetiva.....	46
3.1.4 Consumação, tentativa e classificação doutrinária.....	48
3.1.5 Extinção da punibilidade pelo pagamento.....	49
3.1.6 Pena e ação penal.....	52
3.2 Evolução da jurisprudência pátria.....	52
3.2.1 Posições doutrinárias: artigo 20 <i>versus</i> 18, §1º, da Lei nº 10.522/02.....	56
CONCLUSÃO.....	61
REFERÊNCIAS.....	63

INTRODUÇÃO

O Princípio da Insignificância na atualidade figura como objeto de diversos trabalhos acadêmicos no campo do Direito, pela razão de servir como tema de várias divergências no campo da doutrina e da jurisprudência pátria em torno de sua aplicação em diversos tipos penais.

A dogmática jurídica em geral não prevê parâmetros a serem tomados como referência na aplicação do citado princípio de direito penal, fato este que ocasiona inúmeras decisões contraditórias tratando do mesmo assunto, situação que chega a violar o Princípio da Segurança Jurídica, tão caro em um Estado Democrático de Direito.

Tendo por base este quadro de dúvidas e incertezas, no que tange a aplicação do Princípio da Insignificância Penal, nos chama atenção especificamente a sua aplicação no crime de descaminho, previsto na segunda parte do artigo 334 do Código Penal Brasileiro, que prevê pena de reclusão de um a quatro anos, ao agente que praticar a conduta de iludir no todo ou em parte o pagamento de tributo ou direito devido pela entrada, saída ou consumo de mercadorias do país.

Vê-se que o citado crime não se trata apenas de sonegação fiscal *sui generis*, em que há a violação do erário público basicamente, mas sim de violação também a soberania nacional, tendo em vista que se relaciona com as fronteiras do país.

Em torno da aplicação do Princípio da Insignificância ao crime de descaminho existem divergências tanto na doutrina como na jurisprudência, acerca de que valor deve ser tomado como parâmetro para a aplicação no caso concreto.

Pela razão acima citada, surgiram várias correntes de pensamento com o objetivo de determinar o valor a ser tomado como referência, baseando-se duas delas em artigos diferentes da Lei nº 10.522/02, que dispõe sobre o cadastro informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais. Ocorre que a divergência existente na jurisprudência gira em torno de valores muito discrepantes, quais sejam R\$ 100,00 (cem reais) ou R\$ 10.000,00 (dez mil reais), fato que causa estranheza.

Portanto julgamos necessária a análise do presente tema, partindo-se dos conceitos básicos de bem jurídico-penal assim como do Princípio da Insignificância Penal, para por último discorrer e analisar as correntes de pensamento existentes, e assim contribuir para o debate em torno do assunto, quiçá o surgimento de novas soluções.

CAPÍTULO 1 BEM JURÍDICO-PENAL

1.1 Antecedentes históricos

O Estado Democrático de Direito através do Ordenamento Jurídico como um todo, tutela diversos bens jurídicos por meio da previsão de sanções às condutas que violarem tais bens, objetivando a viabilização da vida em sociedade.

Entretanto, não existem apenas sanções jurídicas para a proteção de bens tidos como valiosos pela sociedade, a exemplo podemos citar as sanções de natureza moral e religiosa, que são impostas pela coletividade aos indivíduos violadores de tais valores da sociedade, através da censura e da crítica, objetivando provocar no indivíduo violador o arrependimento e a obediência ao preceito violado.¹ Conforme ensina Ricardo de Brito Freitas, acerca das sanções desprovidas de caráter jurídico:

As sanções não-jurídicas, ao contrário do que possa parecer à primeira vista, desempenham um importante papel na regulação das condutas individuais, chegando sua aplicação em algumas situações, raras decerto, apresentar maior eficácia na função de controle social do que as próprias sanções jurídicas.²

Parafraseando Ricardo de Brito Freitas, as sanções jurídicas caracterizam-se pela sua organização e predeterminação. A organização advém de sua criação, que é realizada pelo Estado em sua maioria, e não difusamente da sociedade. Predeterminadas, porque são anteriores aos fatos em que incidem, de forma que, enunciando a hipótese e a tese, ou seja, preceito e consequência. Mas, ainda segundo o citado autor, a maior característica das sanções jurídicas é sua coercitividade, que enseja sua imposição forçada, coativa em face dos indivíduos, o que traz maior segurança e rigor nos efeitos pretendidos. E assim, a torna mais eficaz do que as sanções não-jurídicas.³

Os diversos ramos do Direito de acordo com seu objeto visam à proteção de bens jurídicos. Diferenciando-se em cada esfera do Direito, a natureza de tais sanções, que podem variar entre a privação de patrimônio até a privação de liberdade. Daí, diante do fato de alguns bens jurídicos serem dotados de uma maior importância para a vida em sociedade, em face do caráter de fundamentalidade para o ser humano, decorre, a necessidade do Estado propiciar a

¹ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **O Direito Penal Militar e a Utilização do Princípio da Insignificância pelo Ministério Público**. Revista da Esmape, Recife: Esmape, ano 1, nº 2, p. 161/176, nov./1996, p. 163.

² *Idem*. *Ibidem*, p. 163.

³ *Idem*. *Ibidem*, p. 163-164.

estes bens uma proteção mais rigorosa, que só é possível através de sua face mais violenta, o Direito Penal, tendo em vista a gravidade de suas sanções para o indivíduo.

Desse modo, a proteção de bens jurídicos serve de justificção para o *ius puniendi* do Estado, imposto através do Direito Penal. A respeito da origem e legitimação do direito de punir do Estado, Cesare Beccaria preceitua com propriedade:

Fatigados de só viver em meio a temores e de encontrar inimigos em toda parte, cansados de uma liberdade cuja incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para usufruir do restante com segurança. A soma dessas partes de liberdade, assim sacrificadas ao bem geral, constitui a soberania da nação; e aquele que foi encarregado pelas leis como depositário dessas liberdades e dos trabalhos da administração foi proclamado o soberano do povo. Não era suficiente, contudo, a formação desse depósito; era necessário protegê-lo contra as usurpações de cada particular, pois a tendência do homem é tão forte para o despotismo, que ele procura, incessantemente, não só retirar da massa comum a sua liberdade, como também usurpar a dos outros. [...] A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo o exercício do poder que deste fundamento se afastar constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; constitui usurpação e jamais um poder legítimo.⁴

A aplicação da pena é legitimada e tem como limite a proteção dos citados bens jurídicos. No dizer de Cláudio Brandão, “O Direito Penal ganha legitimidade quando se reveste da função de proteger bens jurídicos, por isso é uníssono na doutrina afirmar-se que tutelar os bens jurídicos é a missão do Direito Penal”.⁵

No mesmo sentido, afirma Hans Welzel que, “É missão do Direito Penal amparar os valores elementares da vida da comunidade”.⁶ Pontuando o mesmo autor, ainda, que:

Este ramo do direito persegue, primeiramente, amparar determinados bens da vida da comunidade, tais como a existência do Estado, a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade e outros (os chamados bens jurídicos), determinando para sua lesão consequências jurídicas (o desvalor do resultado). Essa tutela dos bens jurídicos consegue-se proibindo e castigando as ações que visem castigá-los, isto é, evitando ou tratando de evitar o descrédito do resultado com a punição do desvalor do ato. [...] A missão central do Direito Penal reside, então, em assegurar a valia inviolável desses valores, mediante a ameaça e aplicação de pena para as ações que se apartam de modo realmente ostensivo desses valores fundamentais no atuar humano.⁷

Vale salientar, que por trás da proteção de bens jurídicos em casos individuais, o Direito Penal estende seu manto de proteção a toda coletividade dos bens jurídicos, tendo em vista, que ao punir as violações dos bens individuais previne a violação dos outros bens

⁴ BECCARIA, Cesare. GUIMARÃES, Torrieri (tradução). **Dos Delitos e das Penas**: coleção obra prima de cada autor. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 19-20.

⁵ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 7.

⁶ WELZEL, Hans. **Direito Penal**. REZENDE, Afonso Celso (tradução). Campinas: Romana, 2003, p. 27.

⁷ *Idem*. *Ibidem*, p. 28-29.

jurídicos em face do caráter preventivo da pena, através da ameaça de aplicação quando da violação de qualquer outro bem jurídico, lançando um sentimento exemplar aos potenciais delinquentes da sociedade.⁸ Assim, através da proteção de bens jurídicos, o Direito Penal alcança sua maior finalidade, que é “a função política de garantir a integridade da sociedade organizada em forma de Estado”.⁹

Quanto ao conceito de bem jurídico, a doutrina dá notícia de sua formulação no ano de 1834, por Birnbaum, justamente em oposição à tese defendida pelos iluministas de que o delito constituiria uma lesão de direito subjetivo. Por sua vez, a tese de que o delito constituiria uma lesão de direito subjetivo foi idealizada por Feuerbach, partindo do contrato social, e afastando a idéia de que o delito constituiria uma mera violação de dever, sancionada criminalmente.¹⁰

De acordo com Feuerbach, o delito significava uma violação do direito individual do indivíduo ao invés de uma violação de dever para com o Estado, uma vez que a vítima do delito perderia parcela de sua liberdade, e assim estaria em desigualdade com o autor, que através de sua ação delituosa causou a quebra da igualdade de direitos, de forma que a vítima já não pode exercer sua total liberdade. Pressupõe-se desta forma uma igualdade de direitos entre os indivíduos, de maneira que o delito se limita a um princípio material, qual seja a preservação da liberdade individual, independentemente do arbítrio do Estado. É forçoso concluir que o conceito do delito como violação de direito subjetivo, impõe uma delimitação ao poder de incriminação do Estado, visto que não poderia ser incriminada qualquer conduta e sim aquelas que realmente violarem a liberdade individual, ou seja, a ocorrência do dano social.¹¹

Vale salientar que o sentido material que hoje se emprega ao conceito de bem jurídico, necessário para a incriminação, não foi suscitado por Birnbaum. O citado autor quando do desenvolvimento do conceito de bem jurídico tinha o objetivo de adequar a teoria jurídica do delito à dogmática penal da época, que conflitava com a tese de direito subjetivo, no tocante aos crimes contra a religião e contra o Estado. Com a introdução da idéia do delito como violação de bem jurídico, tornou-se justificável a incriminação de condutas contra a religião e contra o Estado. Entretanto, a concepção do delito como violação do bem jurídico se perdeu a vinculação maior da incriminação, ou seja, o pressuposto de legitimidade do Direito Penal, o

⁸ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **O Direito Penal Militar e a utilização do Princípio da Insignificância pelo Ministério Público**. Revista da Esmape, Recife: Esmape, ano 1, nº 2, p. 161/176, nov./1996, p. 165.

⁹ *Idem*. *Ibidem*, p. 165.

¹⁰ TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 182-183.

¹¹ *Idem*. *Ibidem*, p. 183.

qual era mais forte na idéia de direito subjetivo proposto por Feuerbach. A História nos mostra que os regimes autoritários sempre se posicionaram contrariamente a idéia do delito como violação do bem jurídico, por ser contrário aos seus fins políticos, entretanto, não fica claro que esta tese os atrapalhe neste fim. O conceito de bem jurídico, só deve servir a verdadeira teoria democrática do delito, à maneira que sirva como seus fins limitativos e não aos propósitos incriminadores.¹²

Doutrina afora se destacam quatro correntes de pensamento que tratam a respeito do conceito de bem jurídico, quais sejam, positivista, neokantiana, ontológica e funcionalista. Tais vertentes de pensamento buscam estabelecer de forma sintética as diretrizes do entendimento jurídico acerca do conteúdo do injusto e as finalidades da norma, o que de certa forma leva a uma indevida confusão com o próprio conceito de bem jurídico. Embora se caracterizem por determinada orientação, todas as quatro correntes de pensamento, estão impregnadas de interesses ocultos, que não correspondem no fundo ao programa inicialmente adotado pelas mesmas.¹³

Na visão positivista a noção de bem jurídico varia, a depender da vertente de pensamento adotada para tal fim. O positivismo se subdivide em duas correntes de pensamento distintas, quais sejam o positivismo jurídico e o positivismo sociológico. Em ambas é preciso considerar a postura principal da corrente positivista, de que toda norma incriminadora deve possuir um antecedente causal. No positivismo jurídico o antecedente causal pode ser ilustrado pela vontade do Estado ou da autoridade, já no positivismo sociológico o antecedente causal é o costume ou condições de vida.¹⁴

Para o positivismo jurídico apenas a lei revela os objetos jurídicos, por ser a manifestação da vontade do Estado. Reduzindo-se o bem jurídico, dessa forma, a um elemento da norma, que tanto pode ser sua finalidade ou a razão do sistema. O positivismo sociológico por sua vez, não vê apenas a lei como fonte do direito, mas sim fundamentalmente nos costumes, que sintetiza a vontade geral. O positivismo concebe o bem jurídico como interesse juridicamente protegido, no qual o interesse é resultado de pretensões individuais que compõem a vida social. Daí dependendo da importância das pretensões individuais, estas serão amparadas pelas normas de Direito.¹⁵

Diferentemente do positivismo, no neokantismo, a noção de pretensões individuais cede lugar a situações preferenciais. O neokantismo troca a idéia de sujeito, presente no

¹² TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 184-185.

¹³ *Idem. Ibidem*, p. 181.

¹⁴ *Idem. Ibidem*, p. 187.

¹⁵ *Idem. Ibidem*, p. 187.

positivismo, pela idéia de totalidade, derivada de puro juízo normativo, de aparência neutra, mas de cunho autoritário, que obtém sua legitimidade da substituição da noção material de bem pela de valor, não valor individual e sim de hipotético valor cultural, que tem origem e se situa nos preceitos das normas jurídicas. De maneira que a totalidade dos valores culturais e sua interligação são determinantes da vida humana.¹⁶

Percebe-se que fundamentalmente o neokantismo se assemelha aos propósitos do positivismo, tendo em vista que ao definir o bem jurídico como derivado da elaboração da norma jurídica, o trata também como mero pressuposto formal para a incriminação. Tratando as duas correntes apenas de dados existentes no ordenamento jurídico, sem que haja questionamentos.¹⁷

A visão ontológica por sua vez é encabeçada por Welzel, que da mesma forma do neokantismo continua definindo o bem jurídico como objeto de proteção da norma, entretanto dá preferência aos valores ético-sociais em detrimento daquele. Para chegar a essa conclusão, Welzel, nega que uma proibição ou um comando seja necessariamente derivado de um poder externo, quer seja do Estado, de hábitos repetidos ou mesmo divino.¹⁸

Segundo o mesmo autor, os comandos e as proibições têm origem num axiomático dever incondicional transcendente, ao estilo do imperativo categórico de Kant, mas vinculado ao sentido que se deve dar a ação humana. O citado sentido, pelo qual se manifesta o imperativo é incorporado à consciência de cada um como projeto sensível, ou modelo de ação. O projeto não é um elemento da ação, e sim um repositório de dados acerca do conteúdo do dever, pelos quais o homem busca esclarecer o sentido de sua existência no mundo e interpretar as consequências de sua conduta, tendo valores como orientação. Desse modo, a questão do dever não se dissocia da pessoa, a qual é responsável pelo seu descumprimento.¹⁹

Entretanto, embora toda pessoa responsável se veja integrada a condição de existência desses valores, não são estes decorrentes de um ato voluntário do homem, mas sim condicionados a realidade do ser, sem as quais seria impossível pensar em um projeto social, quais sejam, a falibilidade física do homem, sua diferença social e sua sociabilidade.²⁰

Sendo, pois, imanente a consciência de cada pessoa o dever de obediência a valores ético-sociais, há uma confusão entre a proteção jurídica e a moral, revelando-se desnecessária a identificação do objeto material da proteção, tidos por bens jurídicos. Nota-se que a teoria

¹⁶ TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 189.

¹⁷ *Idem. Ibidem*, p. 189.

¹⁸ *Idem. Ibidem*, p. 191.

¹⁹ *Idem. Ibidem*, p. 191-192.

²⁰ *Idem. Ibidem*, p. 192.

welzeliana é dotada de um enorme subjetivismo visto à difícil identificação dos valores ético-sociais, se mostrando a visão ontológica do bem jurídico totalmente manipulável no sentido da incriminação de condutas pelo Estado, podendo ser o Direito Penal usado para fins nefastos.²¹

Diferentemente das correntes de pensamento anteriores, o funcionalismo, sob a égide de um Estado mínimo, em que várias funções estatais foram privatizadas, propõe a definição de bem jurídico com base, fundamentalmente, em que a finalidade do Direito Penal é a estabilidade de suas próprias normas, como instrumento adequado para a manutenção do sistema. No trato de bem jurídico existem diversos modelos funcionais, que podem ser divididos em três grupos, quais sejam, estrutural, funcional próprio e funcional impróprio.²²

Ao grupo estrutural se perfilha entendimentos que colocam a norma penal como instrumento de controle social, que ao mesmo tempo protege e legitima o autocontrole do poder político. A citada legitimidade se condiciona à manutenção de um estado de estabilidade, que tanto pode corresponder aos fundamentos da convivência, como apenas a organização do sistema. Dessa maneira, como a norma penal serve como instrumento de controle social, deve ser informado a todos de suas imposições e proibições, que devem ser aceitas e respeitadas pela sociedade, com o fim de impedir as perturbações do sistema. Entretanto, ocorridas violações do sistema (*input*), é necessário a produção de reação do mesmo (*output*), que se manifesta através da imposição de sanção para o sujeito violador, sob a legitimidade de estar embasada dogmáticamente. Consequentemente fica garantido à reprodução do sistema, a sua estabilidade, e no campo social a convivência. Muñoz Conde pode ser citado como representante do modelo funcional estrutural.²³

Ao modelo funcional próprio se destaca as idéias propostas por Jakobs, que parte do ponto de que a norma penal apenas objetiva proteger a expectativa de uma conduta correta. Entendendo-se a conduta correta por aquela que não implica em uma frustração de expectativas. O citado autor não descarta expressamente a teoria do bem jurídico, embora faça algumas concessões quanto a supremacia desta sobre a teoria da danosidade social, o mesmo procura diferenciar sua conceituação. Ao invés de considerar o bem jurídico como sendo interesses ou pressupostos existenciais, equipara-o a validade fática das normas, das quais se espera a proteção de tais bens, das funções e da paz jurídica. Com isso, ao conceituar o bem jurídico como a validade fática das normas, não o diferencia dos próprios fins de proteção.

²¹ TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 193-194.

²² *Idem. Ibidem*, p. 194-195.

²³ *Idem. Ibidem*, p. 195.

Dentro do mesmo modelo representado por Jakobs, a cerca da teoria do bem jurídico, mais radical se mostra o posicionamento adotado por Amelung, para o qual a citada teoria é totalmente inútil, devendo ser substituída pela definição de danosidade social.²⁴

A teoria proposta por Roxin se encaixa ao modelo funcional impróprio, que argumenta partindo da idéia de política criminal no sentido de restaurar o conceito de bem jurídico, com fundamento nos preceitos constitucionais, e com o fim de restringir a criminalização de condutas pelo Estado, ou seja seu *ius puniendi*. Apesar de o citado autor concluir que o bem jurídico serve para a manutenção do sistema, dá margem ao entendimento de que a sua noção não pode ser dissociada do pressuposto de liberdade que circunda a pessoa humana, isso com base em uma interpretação de cunho iluminista.²⁵

De tudo que foi dito até agora, percebe-se que a discussão sobre o bem jurídico, se põe como tema central do problema penal, sendo pressuposto limitador, na formação do ilícito penal. A respeito da importância do conceito de bem jurídico é forçoso colacionar a esclarecedora passagem:

No Projeto Alternativo, da Alemanha Federal, chegou-se a incluir um parágrafo estabelecendo, para não deixar dúvidas, que “as penas e medidas se destinam à proteção de bens jurídicos” (§2.º, 1.º). Não é sem razão que uma preocupação dessa natureza tenha surgido precisamente na Alemanha, onde a “escola de Kiel”, para redefinir o delito como uma vazia “infração de dever”, ao gosto do Estado totalitário de então, teve que primeiro procurar remover de sua frente o sério obstáculo, enraizado no liberalismo contratualista, representado pela idéia do “bem jurídico”, que se mantinha dominante a cerca de um século. Não o conseguiu, porém. A tentativa de deslocar a tônica da proteção de bens jurídicos, fundamento de um direito penal de cunho liberal democrático, para um direito penal do ânimo ou da vontade, porta aberta para o desconhecido, para abusos de toda ordem, se não restou totalmente estéril, conforme ressalta Maurach, pode-se considerar de pouco alcance, em nossos dias, por não encontrar eco entre a maioria dos penalistas.²⁶

Da passagem acima, se observa que o delito visto como violação de um bem jurídico figurou como um empecilho jurídico para os objetivos perseguidos pelo Estado totalitário, que à época imperava na Alemanha. A criação doutrinária de “bem jurídico” demonstra, historicamente, portanto, um avanço dos sistemas políticos no sentido da democracia, tendo em vista que sua idéia diminui a margem de incriminação desordenada pelo Estado, propiciando assim um maior controle por parte da sociedade.

²⁴ TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 196.

²⁵ *Idem*. *Ibidem*, p. 196-197.

²⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 18.

1.2 Conceito

Vencida a alusão histórica, é importante a menção de alguns conceitos de bens jurídicos existentes na doutrina. Welzel define bem jurídico da seguinte forma:

Bem jurídico é um bem vital ou individual que, devido ao seu significado social, é juridicamente protegido. Pode ele apresentar-se, de acordo com o substrato, de diferentes formas, a saber: objeto psicofísico ou objeto espiritual-ideal (exemplo daquele, a vida; deste, a honra), ou uma situação real (respeito pela inviolabilidade do domicílio), ou uma ligação vital (casamento ou parentesco), ou relação jurídica (propriedade, direito de caça), ou ainda um comportamento de terceiro (lealdade dos funcionários públicos, protegida contra a corrupção). Bem jurídico é, pois, toda situação social desejada que o direito quer garantir contra lesões.²⁷

Já Francisco de Assis Toledo adaptando o conceito de Welzel, define bem jurídico da seguinte maneira, “bens jurídicos são valores éticos-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas”.²⁸ Percebe-se que no dito conceito o autor preferiu o uso da palavra “valores éticos sociais” ao invés de “situação social desejada”, utilizada por Welzel.

Para Urs Kindhäuser, a proteção de bens jurídicos é a missão do Direito Penal, os quais se definem como “características de pessoas, coisas ou instituições, que são objetos de posições jurídicas”.²⁹

Já para Cláudio Brandão “bem jurídico deve ser definido como o valor tutelado pela norma penal, funcionando como um pressuposto imprescindível para a existência da sociedade”.³⁰

Roxin define bem jurídico como “dados da realidade ou determinados objetivos, úteis ao funcionamento do sistema, ou ao indivíduo, e ao seu livre desenvolvimento nos limites de um sistema global, estruturado sobre a base de representação desses fins”.³¹

Portanto, bem jurídico penal é um valor imprescindível para a vida em sociedade, protegido pelo Direito Penal, que serve como delimitação ao poder de incriminação do Estado.

²⁷ WELZEL, Hans *apud* TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988**. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 16.

²⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988**. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 16.

²⁹ KINDHÄUSER, Urs *apud* BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 9.

³⁰ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 10.

³¹ ROXIN, Claus *apud* TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 197.

Passadas essas considerações ligeiras acerca de bem jurídico-penal, que são suficientes para o objeto do presente trabalho, passa-se agora a abordagem do ponto central do problema, qual seja, o Princípio da Insignificância Penal.

CAPÍTULO 2 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL

2.1 Breve digressão histórica e conceito

A origem do princípio da insignificância não é ponto pacífico na doutrina. Existem autores, nesse sentido José Ricardo Fernandes,³² que defende que dito princípio tem origem no direito romano, conforme o conteúdo da máxima do brocardo *minima non curat pretor*, o qual significava de grosso modo, que ao pretor não cabia a análise de casos que envolvessem delitos de bagatela, entendendo-se que nesses casos deveriam ser buscadas outras formas de solução que não a pretoriana.³³

O desenvolvimento do princípio da insignificância se deu apartir do término da primeira guerra mundial, com mais vigor no pós segunda grande guerra, quando a população européia passava por momento de grande dificuldade financeira, em especial a Alemanha, que tentava se reerguer no cenário mundial. Nesse momento histórico se proliferavam crimes de pequena monta, chamados crimes de bagatela, ante a situação de miserabilidade da população. E essa conjectura deu ensejo a judicialização do princípio da insignificância, tendo este caráter predominantemente econômico, patrimonial.³⁴

Contudo, apenas em 1964 é que o alemão Claus Roxin, de maneira considerável, realizou a construção intelecto-cognitivo do princípio da insignificância.

Vale salientar que Maurício Antônio Ribeiro Lopes,³⁵ discorda que a origem do princípio da insignificância tenha se dado no direito romano, sob o argumento de que o referido direito era voltado primordialmente para o direito privado e não no direito público, significando que a máxima do brocardo latino *minima non curat pretor* servia apenas para justificar a ausência de providências no âmbito do direito público.

O citado autor argumenta ainda, que a origem do princípio da insignificância está necessariamente atrelada ao surgimento do princípio da legalidade penal, motivo pelo qual não vê dita possibilidade no direito romano, tendo em vista que os mesmos não tinham idéia do princípio da legalidade. O princípio da insignificância tem origem na derivação do

³² FERNANDES, José Ricardo. **Subsídios para a Aplicação do Princípio da Insignificância**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. Disponível em http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/_imprime.php?jur_id=9613. Acesso em: 24/09/2010, p. 01.

³³ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no Direito Penal: análise à luz das leis 9.099/95 (juizados especiais criminais), 9.503/97 (código de trânsito brasileiro) e da jurisprudência atual: série princípios fundamentais do direito penal moderno**. 2. ed., São Paulo: RT, 2000, v. 2, p. 41.

³⁴ FERNANDES, José Ricardo. *Op. cit.*, p. 01.

³⁵ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Op. cit.*, p. 41-42.

princípio da legalidade expressado no brocardo latino *nullum crimen nulla poena sine iuria*, que significa que não há crime nem pena sem dano, ou seja, dano capaz de violar o bem jurídico objeto da proteção da norma penal. Para o mesmo, o desenvolvimento do princípio da legalidade tem início a partir das idéias oriundas do iluminismo, que defendia a limitação do poder do Estado mediante a garantia de uma faixa de ação aos cidadãos, no combate ao absolutismo monárquico. Sendo a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789 a mais contundente expressão do princípio da legalidade, declaração esta que em seu art. 5º prega que a lei não proíbe senão as ações nocivas a sociedade, disposição que vem a contemplar o princípio da insignificância, tendo em vista, que deixa claro o caráter mínimo do direito penal e o desprezo às ações insignificantes.³⁶

Concluído esse breve histórico acerca do princípio da insignificância, o presente trabalho agora irá se deter à definição do seu conceito.

O princípio da insignificância não se encontra previsto na dogmática jurídica, podendo apenas ser extraído da interpretação sistêmica do ordenamento jurídico, sendo a sua conceituação definida pela doutrina e jurisprudência. Por essa razão, os opositores ao uso do referido princípio argumentam que a indeterminação do seu conceito pela legislação gera insegurança jurídica, uma vez que sua aplicação ao caso concreto dependerá da idéia pessoal de justiça do operador do direito, baseado em conceituação particular e empírica acerca do conteúdo do princípio da insignificância.³⁷

O princípio objeto desse trabalho nas palavras esclarecedoras de Maurício Antônio Ribeiro Lopes³⁸ “É de criação exclusivamente doutrinária e pretoriana, o que se faz justificar estas como autênticas fontes do direito. Por outro lado, mercê da tônica conservadora do direito, afeta seu grau de recepionalidade no mundo jurídico”.

Entretanto, é sabido que o direito não está apenas circunscrito ao texto da lei, existindo, portanto, princípios jurídicos denominados implícitos, inferidos ante ao seu estado latente no ordenamento jurídico.

A doutrina e a jurisprudência vêm cumprindo paulatinamente com a sua árdua missão, tendo fixado critérios razoáveis para a conceituação e reconhecimento das condutas formalmente típicas que se amoldam ao princípio da insignificância, com fundamento na

³⁶ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**: análise à luz das leis 9.099/95 (juizados especiais criminais), 9.503/97 (código de trânsito brasileiro) e da jurisprudência atual: série princípios fundamentais do direito penal moderno. 2. ed., São Paulo: RT, 2000, v. 2, p. 46.

³⁷ SILVA, Ivan Luiz da. PRADO, Geraldo (coord). **Princípio da Insignificância e os Crimes Ambientais**: coleção pensamento crítico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 6.

³⁸ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Op. cit.*, p. 49.

natureza fragmentária e subsidiária do direito penal.³⁹ Senão veja-se alguns conceitos apresentados pela doutrina e jurisprudência.

O nobre autor Francisco de Assis Toledo não conceitua o Princípio da Insignificância, mas fornece elementos necessários para sua definição, ao esclarecer que:

Note-se que a gradação qualitativa e quantitativa do injusto, referida inicialmente, permite que o fato penalmente insignificante seja excluído da tipicidade penal, mas possa receber tratamento adequado – se necessário – como ilícito civil, administrativo., quando assim o exigirem preceitos legais ou regulamentares extra penais.⁴⁰

Nota-se que o autor citado acima, deixa transparecer a importância da valoração qualitativa e quantitativa da conduta a embasar a aplicação do Princípio da Insignificância, assim como, o efeito da aplicação do referido princípio, qual seja, a exclusão da tipicidade penal.

Ivan Luiz da Silva, baseando-se nos critérios erigidos por Francisco de Assis Toledo, assim dispõe:

Do entendimento apresentado podemos inferir que o princípio da insignificância é o princípio penal que norteia a comparação entre o valor consagrado no tipo penal e o desvalor social da conduta do agente, aferindo, assim, qualitativa e quantitativamente a lesividade desse fato para constatar-se a presença do grau mínimo necessário à concreção do tipo penal; se nesse cotejo axiológico verificar-se que o valor do ato ou do resultado é insignificante em relação ao desvalor exigido pelo tipo penal, então esse fato deverá ser excluído da incidência penal, já que é desprovido de reprovabilidade penal.⁴¹

Vê-se que o referido autor na sua conceituação, deixa evidente o caráter qualitativo e quantitativo do princípio da insignificância, quando da análise da conduta típica descrita no tipo penal, a fim de verificar se dita conduta foi realmente capaz de violar o bem jurídico protegido pelo direito penal ou se trata de conduta insignificante.

Para o nobre autor Diomar Ackel Filho:

O princípio da insignificância pode ser conceituado como aquele que permite infirmar a tipicidade de fatos que, por sua inexpressividade, constituem ações de bagatela, desprovida de reprovabilidade, de modo a não merecerem valoração da

³⁹ MANÃS, Carlos Vico *apud* SILVA, Ivan Luiz da. PRADO, Geraldo (coord). **Princípio da Insignificância e os Crimes Ambientais**: coleção pensamento crítico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 7.

⁴⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988**. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 134.

⁴¹ SILVA, Ivan Luiz da. PRADO, Geraldo (coord). **Princípio da Insignificância e os Crimes Ambientais**: coleção pensamento crítico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 7.

norma penal, exurgindo, pois, como irrelevantes. A tais ações, falta o juízo de censura penal.⁴²

No conceito disposto acima, fica claro que só é necessária à intervenção penal em casos que fica evidenciado a reprovabilidade da conduta típica, de forma que, sem a caracterização da mesma restará configurada a irrelevância da respectiva conduta.

José Ricardo Fernandes por sua vez, de forma sucinta e esclarecedora, afere que o princípio da insignificância “Pode ser definido como um conceito implícito – não aparente na norma – que afasta a tipicidade de determinada conduta – por ser considerada penalmente irrelevante – no caso concreto, e que vem em benefício do indivíduo”.⁴³

Por seu turno, Vico Manãs, em obra de destaque na doutrina pátria, preceitua que:

O princípio da insignificância, portanto, pode ser definido como instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma socialmente relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal.⁴⁴

Já neste conceito, o festejado autor, em obra pioneira no direito pátrio acerca do princípio da insignificância, tem a preocupação de afirmar que a interpretação restritiva efetivada pelo referido princípio em face do tipo penal, não viola a segurança jurídica, tendo em vista, que atinge apenas condutas formalmente típicas, incapazes de violar os bens jurídicos objeto da norma penal.

Afora a doutrina, a jurisprudência também reúne esforços para conceituar o princípio da insignificância, a nosso ver com êxito, conforme podemos aferir da decisão colacionada abaixo:

O princípio da insignificância pode ser conceituado como aquele que permite desconsiderar-se a tipicidade de fatos que, por sua inexpressividade, constituem ações de bagatelas, afastadas do campo da reprovabilidade, a ponto de não merecerem maior significado aos termos da norma penal, emergindo, pois, a completa falta de juízo de reprovação penal.⁴⁵

⁴² ACKEL FILHO, Diomar *apud* SILVA, Ivan Luiz da. PRADO, Geraldo (coord.). **Princípio da Insignificância e os Crimes Ambientais**: coleção pensamento crítico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 8.

⁴³ FERNANDES, José Ricardo. **Subsídios para a Aplicação do Princípio da Insignificância**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. Disponível em http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/_imprime.php?jur_id=9613. Acesso em: 24/09/2010, p. 02.

⁴⁴ MANÃS, Carlos Vico *apud* SILVA, Ivan Luiz da. PRADO, Geraldo (coord.). **Princípio da Insignificância e os Crimes Ambientais**: coleção pensamento crítico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 7.

⁴⁵ BRASIL. Tribunal de Alçada Criminal-SP. **Apelação nº 1.044.889/5**, Rel. Breno Guimarães, julgado em 24/09/1997, DJE 15/10/1997.

Tomando por base os conceitos citados acima, temos que o princípio da insignificância é um excluyente de tipicidade implícito no ordenamento jurídico penal, que através da análise da tipicidade material no caso concreto, visa excluir do campo de atuação do direito penal as condutas que não apresentam reprovabilidade, em razão de não atingir o bem jurídico tutelado pela norma penal.

Ultrapassada a conceituação do princípio *sub examine*, iremos nos deter acerca de sua caracterização como princípio de direito penal, matéria esta objeto do próximo tópico.

2.2 Caracterização da insignificância como princípio de Direito Penal

A importância que vem sendo dada à análise dos princípios demonstra uma mudança de paradigma no direito constitucional, tendo em vista, que supera o Estado de Direito baseado apenas na produção de normas pelo Poder Legislativo, de caráter positivista, para criar um direito de cunho principiológico, ou seja, com base em princípios, que objetivam com a positivação de valores encontrados na sociedade, estreitar a distância entre a norma e a justiça.⁴⁶

O termo princípio tem significado equívoco, visto que dependendo de sua aplicação pode indicar acepções diferentes. Pode-se observar tal afirmação nas seguintes frases: no princípio éramos nômades; você é uma pessoa sem princípios. Dessa forma, a palavra princípio pode significar começo, início ou até valores morais. O presente trabalho adotará a brilhante definição de princípio feita por Maurício Antônio Ribeiro Lopes:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele; disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.⁴⁷

No ordenamento jurídico os princípios servem de base para as demais normas, implementando assim, uma feição sistêmica ao todo, suprimindo possíveis lacunas existentes, e representando um norte para o intérprete que busca o sentido e o alcance das leis, formando o núcleo basilar daquele sistema.

⁴⁶ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 89.

⁴⁷ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**: análise à luz das leis 9.099/95 (juizados especiais criminais), 9.503/97 (código de trânsito brasileiro) e da jurisprudência atual: série princípios fundamentais do direito penal moderno. 2. ed., São Paulo: RT, 2000, v. 2, p. 33.

Os princípios possuem um alto grau de abstração, e por essa razão podem ser aplicados a uma maior diversidade de casos. Podemos tomar como exemplo o princípio da legalidade, que se aplica ao direito penal, tributário, processual, etc. Tendo em vista sua abstração, qualquer princípio pode ter seu conteúdo aumentado ou diminuído, em razão de uma interpretação restritiva ou extensiva, importando na perfeita adequação às modificações sociais.⁴⁸

O desrespeito a um princípio é muito mais grave do que a violação a uma regra, visto que não representa o descumprimento de um simples mandamento específico e sim a ofensa a todo o ordenamento jurídico.⁴⁹

Os princípios constitucionais se dividem em princípios político-constitucionais e jurídico-constitucionais. Aqueles são os que definem as estruturas políticas do Estado, a exemplo da forma de governo e forma de estado, enquanto estes formam a base do ordenamento jurídico, determinando sua interpretação e natureza sistêmica.⁵⁰

Norma jurídica é o gênero do qual os princípios e as regras fazem parte, desse modo, os mesmos são espécies de normas jurídicas. Mas nesse tocante é preciso traçar a diferença entre princípios e regras. As regras não possuem elevado teor de abstração, sendo previamente destinadas pelo legislador para casos específicos, enquanto os princípios têm um alto grau de abstração e definem valores genéricos, podendo ser aplicados a uma maior diversidade de casos. Sobre a distinção entre princípios e regras vale colacionar o entendimento do autor pernambucano Walber de Moura Agra ao definir as características de um e de outro:

Características dos princípios: a) têm uma função hermenêutica, sinalizando como as regras constitucionais devem ser aplicadas; b) ensejam um vínculo de ligação com as diversas normas do ordenamento jurídico, proporcionando uma feição de conjunto ao todo constitucional; c) funcionam no processo integrativo, colmatando as lacunas no caso concreto; d) possuem natureza político-jurídica; e) permitem maior adequação com a realidade social, que sofre constantes alterações. Características das regras: a) têm um uso específico e determinado; b) não dispõem de função hermenêutica; c) sua natureza jurídica é predominante; d) não exercem função na estrutura sistêmica da constituição; e) não permitem contato com a realidade social.⁵¹

Vencidas as considerações iniciais acerca de princípio, cabe agora apontar a denominação e categorização da insignificância penal como princípio jurídico.

⁴⁸ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 90.

⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 1998, p. 230.

⁵⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 97.

⁵¹ AGRA, Walber de Moura. *Op. cit.*, p. 91-92.

Nesse ínterim, é de bom alvitre dizer que tanto a doutrina como a jurisprudência são categóricas ao reconhecerem a insignificância como princípio jurídico de direito penal. Excetuando-se nesse sentido a doutrina européia, que não considera a insignificância penal como princípio jurídico, e sim o relaciona com o princípio da oportunidade no processo penal.⁵²

Comungamos da corrente doutrinária que reconhece a insignificância penal como verdadeiro princípio de Direito Penal, derivado da concepção utilitarista do moderno Direito Penal, que impõe para a aplicação de uma pena criminal ao agente a concreta ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma penal.⁵³

Desse modo, o Princípio da Insignificância surge diante da necessidade do preenchimento de conteúdo material na estrutura do tipo penal, capaz de revelar a utilidade e a justiça de imposição da pena criminal ao agente de fato tido como crime. A imposição da pena não mais se justifica apenas pela acomodação formal da conduta ao tipo penal, e sim a concreta ofensa ao bem jurídico protegido, ou seja, além do preenchimento formal o material, que somados justificam a aplicação da pena diante de sua utilidade e justiça.

A natureza principiológica da insignificância é brilhantemente demonstrada por Antônio Ribeiro Lopes:

[...] o princípio da insignificância é princípio também porque determina, inspirado nos valores maiores do Estado Democrático – proteção da vida e liberdade humanas – a validade da lei penal diante de seus métodos de aplicação ordinários, como que exigindo uma extraordinariedade fática para a incidência da lei penal em sentido concreto, qual seja, um significado juridicamente relevante para legitimá-la.
[...] Conquanto muitos se oponham ao reconhecimento da insignificância e a produção de seus efeitos no Direito Penal, no campo principiológico, ao menos, o apego à construção de um sistema penal fundado nas concepções de um Estado Democrático de Direito Material, assentado na tríplice condição de sua validade, faz considerá-la como autêntico princípio.

Embora a doutrina e a jurisprudência pátrias, denomine e categorize a insignificância penal como princípio jurídico, cabe demonstrar se realmente a mesma cumpre com à estrutura das normas jurídicas em geral e, em sendo, se é da espécie princípio jurídico.

Entende-se por normas jurídicas, comandos imperativos que impõem o dever-ser, logo que verificada a situação fática descrita em seu enunciado. A estrutura lógica das normas jurídicas é formada por três caracteres, quais sejam, a previsão abstrata de um comportamento (hipótese), comando imperativo (mandamento) e consequência jurídica (sanção). Desse modo,

⁵² SILVA, Ivan Luiz da. PRADO, Geraldo (coord). **Princípio da Insignificância e os Crimes Ambientais:** coleção pensamento crítico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 10.

⁵³ *Idem. Ibidem*, p. 10.

para que um enunciado qualquer seja considerado norma jurídica, é necessário que cumpra com a estrutura lógica citada e determine o dever-ser na solução dos casos concretos.⁵⁴ Vale salientar, que as normas jurídicas não implicam necessariamente comandos, podendo significar também permissões e atribuições de poder ou competência.

Existe outra forma de se verificar se um enunciado é do gênero norma jurídica, que é através da aplicação do procedimento apresentado por Lourival Vilanova, que consiste em verificar se a reenunciação de determinado enunciado é possível diante da aplicação da seguinte fórmula de linguagem lógica: “Se se dá um fato F qualquer, então o sujeito S, deve fazer ou deve omitir ou pode fazer ou omitir conduta C ante outro sujeito S”.⁵⁵

Em face do procedimento apresentado acima, cabe agora aplicá-lo ao Princípio da Insignificância aferido no enunciado *nullum crimen sine injuria*, a fim de verificar se dito princípio caracteriza-se como norma jurídica.

Diante da aplicação do procedimento criado pelo nobre autor acima referido ao Princípio da Insignificância, vê-se sua reenunciação da seguinte maneira: se se dá um fato FI (ação típica penalmente insignificante) qualquer, então o sujeito SJ (Estado Juiz) deve omitir a conduta CP (aplicação de pena criminal) ante o sujeito SX (infrator).⁵⁶

Desse modo, percebe-se com a reenunciação do Princípio da Insignificância, que o mesmo possui o pressuposto e a consequência. O pressuposto seria a ocorrência de conduta formalmente típica que atinge o bem jurídico infimamente, ou seja, conduta penalmente insignificante, e a consequência, se reflete na imposição da não aplicação da pena criminal.⁵⁷

Conforme demonstrado acima, fica patente que o Princípio da Insignificância caracteriza-se como norma jurídica. Cabe agora demonstrar se é da espécie princípio jurídico.

São diversos os critérios erigidos pela doutrina visando à caracterização de uma norma jurídica como princípio jurídico, dentre os quais se destaca o critério erigido por Robert Alexy, denominado de “relação de precedência condicionada”.⁵⁸

No dito procedimento, o citado autor se utiliza da colisão de princípios como meio para identificá-los. A colisão se verifica quando dois princípios determinam soluções divergentes para determinado caso concreto, diante do que, deve ser sopesado qual dos princípios deve prevalecer sobre o outro, tendo-se em consideração os interesse envolvidos e

⁵⁴ SILVA, Ivan Luiz da. PRADO, Geraldo (coor). **Princípio da Insignificância e os Crimes Ambientais:** coleção pensamento crítico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 12.

⁵⁵ VILANOVA, Lourival *apud* SILVA, Ivan Luiz da. PRADO, Geraldo (coor). **Princípio da Insignificância e os Crimes Ambientais:** coleção pensamento crítico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 12.

⁵⁶ *Idem. Ibidem*, p. 12.

⁵⁷ SILVA, Ivan Luiz da. *Op. cit.*, p. 12-13.

⁵⁸ ALEXY, Robert *apud* SILVA, Ivan Luiz da. PRADO, Geraldo (coor). **Princípio da Insignificância e os Crimes Ambientais:** coleção pensamento crítico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 13.

o bem jurídico mais relevante no caso *sub examine*. Não significando que o princípio que restou prevalecido será excluído do Ordenamento Jurídico, e sim o seu afastamento apenas diante do determinado caso concreto.

A formula (P1PP2)C é a representação da relação de precedência, de maneira que: P1 e P2 significam os princípios em contraposição, os quais devem apontar necessariamente para uma solução conflitante no caso concreto, já P representa a relação de precedência, e C traduz as condições que levaram um dos princípios a prevalecer sobre o outro.⁵⁹

A respeito do tema vale colacionar a esclarecedora lição de Ivan Luiz da Silva:

Assim, na frequente colisão entre o Princípio da Insignificância (P1) e o Princípio da Legalidade (P2), quando as condições fáticas demonstrarem a ausência de lesão ao bem jurídico atacado, a relação de precedência apresentará a seguinte solução: (P1PP2)C. Caso haja grave lesão ao bem tutelado, a solução será inversa.⁶⁰

Tome-se como exemplo o furto de uma cebola de um grande supermercado, a fim de se demonstrar a natureza principiológica do Princípio da Insignificância.

No citado caso, percebe-se o conflito entre o Princípio da Insignificância (PI), que em razão da proteção da liberdade individual, determina a exclusão da conduta do âmbito penal ante a sua insignificância, e o Princípio da Legalidade (PL), que em razão da segurança jurídica impõe a aplicação de uma pena, por se encaixar ao tipo penal, e as condições fáticas, representadas por C, as quais demonstram a ausência de lesão ao bem jurídico tutelado.⁶¹

Para se chegar a solução do presente caso é necessário utilizar-se da ponderação de interesses conflitantes envolvidos, os quais são a liberdade individual e o patrimônio, e desse modo, concluir qual dos princípios deve prevalecer no caso concreto.

Diante do fato de que a conduta não foi capaz de lesionar materialmente o bem jurídico objeto da tutela penal, impende reconhecer que a liberdade tem uma força maior do que o direito a propriedade, motivo pelo qual deve prevalecer no caso concreto tomado como exemplo. Dessa forma, a relação de precedência ficará representada da seguinte forma: (PIPPL)C.

Entretanto, se as condições fáticas demonstrarem que a conduta lesionou o bem jurídico protegido pela norma penal, deve-se concluir pela prevalência do direito de propriedade sobre a liberdade individual. Desse modo, a relação de precedência será firmada caso a caso, dependendo dos princípios contrapostos.

⁵⁹ SILVA, Ivan Luiz da. PRADO, Geraldo (coor). **Princípio da Insignificância e os Crimes Ambientais:** coleção pensamento crítico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 14.

⁶⁰ *Idem. Ibidem*, p. 14.

⁶¹ *Idem. Ibidem*, p. 14.

Portanto, conclui-se que a o Princípio da Insignificância é da espécie princípio jurídico, tendo em vista, que para a sua aplicação deve ser ponderado os interesses postos em conflito no caso concreto, e a sua não prevalência não implica sua exclusão do Ordenamento Jurídico, à exemplo dos princípios do Direito.

Por derradeiro, no presente item, impende tecer algumas considerações acerca do reconhecimento constitucional do Princípio da Insignificância.

O Princípio da Insignificância não é previsto explicitamente na legislação brasileira, razão pela qual recebe críticas, sob o argumento de violação do Princípio da Legalidade. Tal argumento não deve prosperar, visto que é sabido que as leis não exaurem todo o Direito.

Sobre o tema discorre Vico Manhães, “A norma escrita, como é sabido, não contém todo o Direito. Por esse motivo, no campo penal, a construção teórica de princípio como o da insignificância não fere o mandamento constitucional da legalidade ou reserva legal”.⁶²

A ordem jurídica não é composta apenas de normas explícitas, mas também de normas implícitas, que defluem dos princípios basilares da mesma ordem, cabendo ao intérprete quando da interpretação e concretização, perceber o estado de latência das referidas normas.

O reconhecimento dos princípios implícitos é conferido pela Constituição Federal em seu art. 5º, § 2º, que dispõe que, “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.⁶³

Na mesma linha de pensamento, Rui Espíndola baseado em Canotilho, preleciona:

Nessa linha, Canotilho aceita a tese de um Direito Constitucional não escrito, que fundamenta, em última instância, as idéias subjacentes no acima afirmado. No entanto, esse direito não escrito é encarado apenas como função de complementação, integração e desenvolvimento das normas constitucionais escritas. Assim, muitos princípios constitucionais não escritos, são produtos da atividade integradora do Direito Constitucional, fruto da colmatação de lacunas, pois ele endente que a integração constitui-se numa explicitação de normas implícitas; ou ainda, da complementação de várias disposições e idéias consagradas no texto, que permitem entrever princípios constitucionais não escritos.⁶⁴

Apreende-se da lição doutrinária colacionada acima, que os princípios implícitos são necessariamente decorrentes dos explícitos, e servem apenas para complementar, integrar e

⁶² MANÃS, Carlos Vico *apud* SILVA, Ivan Luiz da. PRADO, Geraldo (coor). **Princípio da Insignificância e os Crimes Ambientais**: coleção pensamento crítico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 17.

⁶³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

⁶⁴ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel *apud* SILVA, Ivan Luiz da. PRADO, Geraldo (coor). **Princípio da Insignificância e os Crimes Ambientais**: coleção pensamento crítico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 18.

desenvolver estes últimos, sendo inviável a criação de princípios não escritos desprendidos do sentido das normas escritas.

Nos diversos ramos do Direito existem princípios que não são expressamente previstos pela Carta Magna, situação esta que não é diferente no Direito Penal, como se observa do magistério de Maurício Antônio Ribeiro Lopes:

[...] há inúmeros princípios em matéria penal que não estão expressos na Constituição, mas que defluem do sentido de suas outras regras e princípios. Notadamente por força do regime democrático que entre nós – mas também praticamente em todas as constituições modernas – se acha descrito e formalmente garantido defluem não apenas direitos e garantias, mas também princípios que as embasam, ainda que não estejam expressamente previstos.⁶⁵

Vale salientar, que os princípios penais constitucionais implícitos são protegidos também pela cláusula de reserva esculpida no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de maneira que são percebidos através do procedimento de interpretação/concretização usado para descobrir as normas não escritas que preenchem lacunas, e assim, solucionar determinados casos concretos.⁶⁶

É forçoso lembrar que não existe uma hierarquia entre os princípios constitucionais, de maneira que os implícitos têm o mesmo valor dos explícitos, sendo todos detentores da mesma força normativa, ocorrendo a prevalência de uns sobre os outros de acordo com as condições de determinado caso concreto.

O Princípio da Insignificância tem sua sistematização proveniente de implicações de política criminal que dão ensejo a uma construção teórico-dogmática, responsável por revelá-lo da ordem constitucional não escrita, com o fim de sanar injustiças decorrentes da desproporção entre a conduta formalmente típica e a pena aplicada.⁶⁷

Desse modo, vê-se que há um esforço do Direito Penal para se adequar a Ordem Constitucional vigente, de cunho primordialmente garantista.

Quanto a revelação do Princípio da Insignificância da Ordem Constitucional ensina Ivan Luiz da Silva com maestria:

Em nosso parecer, o Princípio da Insignificância pode ser revelado pela complementariedade entre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o

⁶⁵ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro *apud* SILVA, Ivan Luiz da. PRADO, Geraldo (coord.). **Princípio da Insignificância e os Crimes Ambientais**: coleção pensamento crítico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 19.

⁶⁶ SILVA, Ivan Luiz da. PRADO, Geraldo (coord.). **Princípio da Insignificância e os Crimes Ambientais**: coleção pensamento crítico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 19.

⁶⁷ *Idem. Ibidem*, p. 20.

Princípio da Legalidade Penal, quando na interpretação deste último busca-se uma justificação e proporcionalidade para a intervenção punitiva estatal.⁶⁸

No mesmo sentido é o posicionamento adotado por Maurício Antônio Ribeiro Lopes, ao atribuir a derivação de diversos princípios penais do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, entre eles o Princípio da Insignificância, *in verbis*:

Outros princípios expressos e não-expressos podem ser também apontados como natural decorrência do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana de fácil reconhecimento se aplicadas às técnicas de hermenêutica apropriadas, assim: o Princípio da Insignificância, o Princípio da Lesividade, o Princípio da Intervenção Mínima [...].⁶⁹

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, conforme reza o art. 1º, III, da Constituição Federal Brasileira.⁷⁰ O referido princípio, norteia todo Ordenamento Jurídico, significando uma verdadeira garantia constitucional ao ser humano em contraposição ao poder de punir do Estado.

Desse modo, na busca de justificar e determinar a proporcionalidade da pena aplicada, surge o Princípio da Insignificância da contraposição entre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio da Legalidade, que em defesa da liberdade e da igualdade que é protegida pela Constituição Federal, determina a exclusão das condutas penalmente insignificantes do âmbito do Direito Penal.⁷¹

Portanto, *data vênia*, não merece guarida o argumento de que o Princípio da Insignificância não é reconhecido pelo Ordenamento Jurídico brasileiro em face de não ser previsto expressamente. Conforme visto anteriormente, o princípio em estudo provém da conjugação de princípios constitucionais, sendo permitida a sua construção através da cláusula constitucional de reserva. Assim, dito princípio brota do próprio Ordenamento Jurídico, como se vê apartir do estudo de seus fundamentos, tema objeto do próximo item.

⁶⁸ SILVA, Ivan Luiz da. PRADO, Geraldo (coor). **Princípio da Insignificância e os Crimes Ambientais**: coleção pensamento crítico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 21.

⁶⁹ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro *apud* SILVA, Ivan Luiz da. PRADO, Geraldo (coor). **Princípio da Insignificância e os Crimes Ambientais**: coleção pensamento crítico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 21-22.

⁷⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

⁷¹ SILVA, Ivan Luiz da. *Op. cit.*, p. 23.

2.3 Fundamentos do Princípio da Insignificância

Como anteriormente citado, o Direito Penal, assim como todos os ramos do Direito, tem suas normas dispostas de acordo com os valores protegidos pelo sistema constitucional, de modo que qualquer disposição em contrário está fadada à declaração de inconstitucionalidade.

Com o Princípio da Insignificância não ocorre diferente, estando este fundamentado em princípios constitucionais, cujos valores protegidos são efetivados quando da interpretação restritiva do tipo penal diante do caso concreto.

2.3.1 Da Hermenêutica Penal: razoabilidade, subsunção e interpretação dinâmica

Sendo o Direito uma ciência social, não pode a sua interpretação ser de modo exegético, inflexível, tendo em vista, que sua aplicação é dirigida a condutas humanas diversas, as quais devem ser analisadas levando-se em consideração as particularidades de cada caso concreto, de modo que, cada caso é um caso. Dessa forma, se as normas se pautarem em critérios absolutos, que não permitam flexibilização, o Direito tenderá a distanciar-se da realidade humana.⁷²

É válido pontuar que é necessário que o Direito se adéque a realidade concreta, possibilidade esta que é conferida através da lógica da razoabilidade que permite flexibilização das normas diante do caso concreto, objetivando a realização da justiça.⁷³

A respeito do tema, vale colacionar a lição de Diomar Ackel Filho, ao dispor que:

No caso da insignificância é justamente o que ocorre. A interpretação, com base em critérios de razoabilidade, desconsidera um determinado fato como obra criminosa, valorando-o como insignificante e, portanto, destituído de reprovabilidade, de modo a obstar que possa se subsumir num standart de tipicidade da lei penal.⁷⁴

⁷² LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**: análise à luz das leis 9.099/95 (juizados especiais criminais), 9.503/97 (código de trânsito brasileiro) e da jurisprudência atual: série princípios fundamentais do direito penal moderno. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, v. 2, p. 61.

⁷³ *Idem. Ibidem*, p. 62.

⁷⁴ ACKEL FILHO, Diomar *apud* LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**: análise à luz das leis 9.099/95 (juizados especiais criminais), 9.503/97 (código de trânsito brasileiro) e da jurisprudência atual: série princípios fundamentais do direito penal moderno. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, v. 2, p. 62.

Desse modo, é forçoso concluir que a lógica dedutiva formal, não é bastante para a aplicação do Direito, pela razão de que este deve ser flexível, sob pena do cometimento de injustiças, em face das especificações de cada caso concreto.

Quanto a subsunção, Maurício Antônio Ribeiro Lopes preceitua que:

Karl Engisch mostra que a subsunção de um fato à norma não pode se resumir numa simples sobreposição de um conceito a um caso individual, sendo isso um absurdo lógico. A subsunção de um fato a um conceito normativo é, antes de mais nada, uma relação que se estabelece, a partir de se considerar o fato como um conceito também. Só através da elaboração do fato como conceito, bem como da elaboração da lei como um conceito, é que se pode considerar a subsunção.⁷⁵

Desse modo, o Princípio da Insignificância ao exigir como condição para a sua aplicação, que a conduta se mostre incapaz de lesionar o bem jurídico tutelado, acaba por conceituar o fato, imprimindo “um mínimo ético-jurídico de relevância social para que possa ser objeto da sanção penal”.⁷⁶

Para que haja a subsunção do fato à norma penal é preciso a ocorrência da tipicidade, mas não apenas da tipicidade puramente formal, e sim também da material, a qual é objeto determinante para aplicação ou não do Princípio da Insignificância. Assim, a subsunção não deve ser de modo automático, baseada apenas na exegese habitual, mas pelo contrario, na “exegese criativa e dinâmica do Direito Penal, demonstrada pela verdade de que o crime só existe diante da confirmação de uma escala comparativa de valores entre aqueles abstratamente formados pela descrição típica e aqueles concretamente verificados diante do fato material”.⁷⁷

2.3.2 Do Princípio da Igualdade

Para relacionar o Princípio da Insignificância com o Princípio da Igualdade, basta encarar a problemática da posição do juiz em face do processamento de uma conduta tida como insignificante.

Primeiramente, o legislador através da lei, seleciona as condutas mais ofensivas aos bens protegidos pelo Ordenamento Jurídico, e a estas impõe a aplicação da maior reprimenda

⁷⁵ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**: análise à luz das leis 9.099/95 (juizados especiais criminais), 9.503/97 (código de trânsito brasileiro) e da jurisprudência atual: série princípios fundamentais do direito penal moderno. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, v. 2, p. 63-64.

⁷⁶ *Idem. Ibidem*, p. 64.

⁷⁷ *Idem. Ibidem*, p. 64-65.

do Estado: a pena criminal. Praticada a conduta prevista no tipo penal, tem lugar a efetivação da previsão legal, com o objetivo de defender a ordem social.⁷⁸

Então, diante da situação idealizada acima, o julgador se vê em uma sinuca de bico, ao perceber que a aplicação da pena criminal, mesmo em seu menor grau supera a reprovabilidade exigida para o caso. Surge assim para o juiz a dúvida, se aplica a letra da lei exegeticamente, em desacordo com os preceitos modernos de justiça do Estado Democrático de Direito; ou se pautado nos valores referidos, exclui a conduta do âmbito do Direito penal, por reconhecer a impropriedade de seus meios para o caso.⁷⁹

O autor Maurício Antônio Ribeiro Lopes, conclui magistralmente da seguinte forma:

Na exata medida que se abre ao Juiz esse vértice de possibilidades, surge ao indivíduo o risco de ser tratado desigualmente pelo Poder Judiciário, qual fosse a aplicação de uma sanção penal objeto de raciocínios e procedimentos discricionários do julgador. Como a possibilidade de exclusão da responsabilidade se apresenta como solução francamente mais favorável ao indivíduo, surge a necessidade de se criar um mecanismo de incidência desse raciocínio às demais condutas análogas no fato ou no espírito.⁸⁰

O mecanismo citado acima se trata do Princípio da Insignificância, que de acordo com os princípios do moderno Estado Democrático de Direito, exclui dos limites do Direito Penal as condutas penalmente insignificantes, irradiando o Princípio da Igualdade no Direito Penal.⁸¹

Vale salientar, que o Princípio da Igualdade compreende duas dimensões, quais sejam, a formal e a material. A formal se resume na afirmação de que “todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza”, prevista no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal. Já a material, trata-se de uma concepção mais recente do referido princípio, a qual se resume na afirmação “tratar os desiguais desigualmente, na medida de sua desigualdade”. A dimensão material permite diminuir as injustiças, tendo em vista, que “há o risco de a igualdade perante a lei apenas confirmar a desigualdade perante a vida [...]”.⁸²

No Direito Penal, o Princípio da Igualdade se aplica em três momentos diferentes, são eles: fase cognitiva, fase aplicatória e fase executória. Na fase de cognição impera a dimensão formal do Princípio da Igualdade, tendo em vista, que compreende a adequação da conduta ao

⁷⁸ LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**: análise à luz das leis 9.099/95 (juizados especiais criminais), 9.503/97 (código de trânsito brasileiro) e da jurisprudência atual: série princípios fundamentais do direito penal moderno. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, v. 2, p. 56.

⁷⁹ *Idem. Ibidem*, p. 56.

⁸⁰ *Idem. Ibidem*, p. 56.

⁸¹ *Idem. Ibidem*, p. 56-57.

⁸² *Idem. Ibidem*, p. 57.

tipo penal, motivo pelo qual deve ser igualitária a sua aferição em todos os casos. Na fase aplicatória, diferentemente, deve ser aplicada a dimensão material do referido princípio, tendo por base, que a aplicação da lei penal deve se adequar a individualização da pena. E por fim, na fase executória, deve também ser superada a dimensão formal do Princípio da Igualdade, a fim de que mais uma vez haja a preponderância do caráter individualizador da pena em respeito ao Princípio da Igualdade.⁸³

Portanto, “diante de condutas típicas realizadas com grau desigual de lesividade, o interprete penal deve atribuir um sentido material ao Princípio da Igualdade para dar um tratamento desigual às situações fáticas desiguais”.⁸⁴

2.3.3 Princípio da Liberdade

O Princípio da Liberdade também tem previsão constitucional no art. 5º, *caput*, constituindo um dos postulados basilares do Estado Democrático de Direito. No momento em que a Constituição prevê que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei”, fica patente a adoção da liberdade como regra em contraposição a exceção, que é a não liberdade.⁸⁵

É sabido que o Direito Penal quando da aplicação da pena, restringe frontalmente a liberdade do indivíduo, mais precisamente na liberdade de locomoção. Por essa razão, deve haver uma maior atenção quando da aplicação da pena criminal, para que não ocorra a violação do Princípio da Liberdade.

Nesse contexto, o Princípio da Insignificância contempla perfeitamente o Princípio da Liberdade, quando diante de casos penalmente insignificantes, permite a exclusão deste do âmbito do Direito Penal, tendo em vista a excepcionalidade deste ramo do Direito.

Não é diferente a posição adotada pela melhor doutrina:

Sendo, pois, a liberdade um dos princípios basilares do Estado de Direito Democrático e da sociedade brasileira (por força do preâmbulo e do art. 3º da Constituição), o Princípio da Insignificância atende à necessidade de se reduzir a incidência de medidas constritivas sobre a liberdade individual, já em que muitas

⁸³ LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**: análise à luz das leis 9.099/95 (juizados especiais criminais), 9.503/97 (código de trânsito brasileiro) e da jurisprudência atual: série princípios fundamentais do direito penal moderno. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, v. 2, p. 57-58.

⁸⁴ SILVA, Ivan Luiz da. PRADO, Geraldo (coor). **Princípio da Insignificância e os Crimes Ambientais**: coleção pensamento crítico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 25.

⁸⁵ QUEIROZ, Paulo de Souza *apud* SILVA, Ivan Luiz da. PRADO, Geraldo (coor). **Princípio da Insignificância e os Crimes Ambientais**: coleção pensamento crítico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 27.

vezes a pena, mormente a de prisão, mostra-se desproporcionalmente mais prejudicial que o delito cometido.⁸⁶

Resta patente, pois, que o Princípio da Insignificância é um instrumento que permite ao Direito Penal consagrar a liberdade como regra, e não como exceção, à luz do que reza o sistema constitucional.

2.3.4 Princípio da Fragmentariedade

O Ordenamento Jurídico em geral protege diversos bens jurídicos, entretanto, o Direito Penal apenas protege uma parcela daqueles bens jurídicos, aos quais são reputados uma maior importância, e por essa razão é necessária uma proteção mais rígida. Apartir disso decorre seu caráter fragmentário, conforme pondera Cezar Roberto Bitencourt:

Nem todas as ações que lesionam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos. O Direito Penal limita-se a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes, decorrendo daí seu caráter fragmentário, uma vez que se ocupa de uma parte dos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica.⁸⁷

Vê-se, pois, que segundo o Princípio da Fragmentariedade, o Direito Penal “[...] defende o bem jurídico somente contra ataques de especial gravidade [...]”⁸⁸, no que serve de fundamento ao Princípio da Insignificância, a maneira que contempla a análise da tipicidade material.

Do Princípio da Fragmentariedade deriva a subsidiariedade do Direito Penal, significando que o mesmo só deve ser aplicado quando outros ramos do Direito, a exemplo do Direito Civil e do direito Administrativo, não foram capazes de proteger o bem jurídico. Seguindo o raciocínio, o Direito Penal tem que ser visto como última opção, tendo em vista, a gravidade da pena criminal.

Na mesma linha de entendimento, pontua Ivan Luiz da Silva, “em razão da natureza subsidiária do Direito Penal entende-se que a sanção penal, sendo a intervenção estatal mais grave, é *ultima ratio extrema*, ou seja, deve ser empregada apenas em último caso”.⁸⁹

⁸⁶ SILVA, Ivan Luiz da. PRADO, Geraldo (coord.). **Princípio da Insignificância e os Crimes Ambientais:** coleção pensamento crítico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 28.

⁸⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 12.

⁸⁸ *Idem*. *Ibidem*, p. 13.

⁸⁹ SILVA, Ivan Luiz da. *Op. cit*, p. 32.

2.3.5 Princípio da Proporcionalidade

Entre o fato delituoso e a pena criminal a ser imposta deve haver uma proporção justa, de modo que a pena imputada não pode ser de gravidade maior do que a conduta praticada, conforme defende o Princípio da Proporcionalidade. Como já referimos anteriormente, há casos em que a imposição de uma pena, mesmo no mínimo possível, seria mais grave do que a violação do bem jurídico protegido.

Desse modo, quando o bem jurídico tutelado não chega a ser lesionado em face da insignificância da conduta, mostra-se excessiva a aplicação de uma pena criminal, pela razão de sua agressividade gerar uma desproporção entre o fato e a pena. E daí, é através da aplicação do Princípio da Insignificância que o Princípio da Proporcionalidade é considerado diante do caso concreto.

A respeito da relação existente entre o Princípio da Proporcionalidade e o Princípio da Insignificância, prescreve com clareza Ivan Luiz da Silva:

Em sede da teoria da insignificância em matéria penal, o Princípio da Proporcionalidade serve de fundamento ao Princípio da Insignificância, já que este o realiza concretamente quando incide sobre as condutas penalmente insignificantes para excluí-las do âmbito do Direito Penal em razão de haver desproporcionalidade entre o fato praticado e a resposta penal a essa prática.⁹⁰

Observa-se, pois, que quando a aplicação da pena se mostrar desproporcional a conduta penalmente insignificante, impõe-se o Princípio da Proporcionalidade, o qual é materializado pelo Princípio da Insignificância.

2.4 O Princípio da Insignificância e seu conteúdo jurídico

A construção intelectual da insignificância como Princípio de Direito Penal foi realizada pelo autor alemão Claus Roxin, em sua obra *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Na citada obra, o autor defende o caráter principiológico da insignificância penal, além de atribuir-lhe a função de excluir do Direito Penal crimes que por sua insignificância não chegam a lesionar o bem jurídico tutelado.⁹¹

Embora a criação do Princípio da Insignificância seja atribuída a Claus Roxin, tem-se que em 1903 Franz Von Liszt já falava sobre a necessidade de restaurar a máxima *minima*

⁹⁰ SILVA, Ivan Luiz da. PRADO, Geraldo (coor). **Princípio da Insignificância e os Crimes Ambientais:** coleção pensamento crítico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 35.

⁹¹ *Idem. Ibidem*, p. 37.

non curat praetor como norma, para barrar o crescimento desordenado do Direito Penal.⁹² Partindo daí, “Roxin propôs uma solução mediante um recurso à interpretação restritiva dos tipos penais. Formulou então, no ano de 1964, o Princípio da Insignificância (*das Geringfügigkeitssprinzip*), como princípio de validade geral para a determinação do injusto”.⁹³

Vale colacionar a respeito do conteúdo jurídico do Princípio da Insignificância, o magistério de Ivan Luiz da Silva baseado em Claus Roxin:

O conteúdo do Princípio da Insignificância, nos termos apresentados por Roxin, insere-se perfeitamente entre aquelas funções tradicionalmente exercidas pelos princípios jurídicos na ordem jurídica, a saber: fundamentadora, interpretativa e supletiva. *In casu*, o princípio em tela exerce precisamente a função interpretativa, que consiste na capacidade de atuar como vetor interpretativo no ato de compreensão das demais normas jurídicas – regras jurídicas do Código Penal e legislação extravagante – quando da solução de casos concretos.⁹⁴

Vê-se, pois, que o conteúdo jurídico do Princípio da Insignificância decorre da sua função interpretativa do tipo penal, que por meio da consideração da tipicidade material, permite restringir a aplicação abstrata da lei penal, e assim, realizar a justiça no caso concreto.

Vale salientar, que a aplicação do Princípio da Insignificância no caso concreto, baseada na equidade e razoabilidade, não significa a negação da lei penal, mas sim a sua correta aplicação, tendo em vista, que se aplicada a letra fria da lei, em sua total abstração, concerteza irá causar injustiças.

No mesmo sentido é o entendimento de Diomar Ackel Filho, ao dispor que:

O Princípio da Insignificância se ajusta à equidade e correta interpretação do Direito. Por aquela, acolhe-se um sentimento de justiça, inspirado nos valores vigentes em uma sociedade, liberando-se o agente, cuja ação, por sua inexpressividade, não chega a atentar contra os valores tutelados pelo Direito Penal. Por esta, se exige uma hermenêutica mais condizente do Direito, que se não pode ater a critérios inflexíveis de exegese, sob pena de se desvirtuar o sentido da própria norma e conduzir a graves injustiças.⁹⁵

Desse modo, revela-se o Princípio da Insignificância como instrumento restritivo da interpretação do tipo penal, visto que, diante de condutas formalmente típicas, mas que não chegam a lesionar o bem jurídico objeto da norma interpreta restritivamente o mandamento

⁹² SILVA, Ivan Luiz da. PRADO, Geraldo (coord.). **Princípio da Insignificância e os Crimes Ambientais**: coleção pensamento crítico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 37.

⁹³ LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**: análise à luz das leis 9.099/95 (juizados especiais criminais), 9.503/97 (código de trânsito brasileiro) e da jurisprudência atual: série princípios fundamentais do direito penal moderno. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, v. 2, p. 87.

⁹⁴ SILVA, Ivan Luiz da. *Op. cit.*, p. 38-39.

⁹⁵ ACKEL FILHO, Diomar *apud* SILVA, Ivan Luiz da. PRADO, Geraldo (coord.). **Princípio da Insignificância e os Crimes Ambientais**: coleção pensamento crítico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 39.

abstrato desta, por meio da análise da tipicidade material, visando coibir a aplicação da pena, pela sua maior gravidade em comparação com a inexpressividade da conduta.

Sobre o conteúdo jurídico do Princípio da Insignificância preleciona Luiz Gustavo de Carvalho e outros que, “[...] o Princípio da Insignificância, que é forma de interpretação restritiva das normas incriminadoras, pois, sendo a liberdade à regra, a exceção deve ser interpretada restritivamente, conforme singela acepção de hermenêutica jurídica”.⁹⁶

Portanto, conclui-se que o conteúdo jurídico do Princípio da Insignificância reflete-se na sua função hermenêutica, a partir da inclusão da concepção da tipicidade material do delito, além da meramente formal, servindo ao Direito Penal “para justificar a utilidade e a justiça da imposição da pena”.⁹⁷

2.5 Natureza Jurídico-Penal

A natureza jurídica do Princípio da Insignificância não é ponto pacífico na doutrina pátria, assim como, na jurisprudência. Sobre a sua localização na teoria do delito, existem três correntes de pensamento distintas, que defendem dito princípio como sendo: excludente de tipicidade; excludente de antijuridicidade; excludente de culpabilidade. Correntes estas as quais serão objeto dos próximos sub-ítem.

2.5.1 Excludente de tipicidade

A corrente que caracteriza o Princípio da Insignificância como excludente de tipicidade é majoritária no Direito pátrio. Segundo esta corrente doutrinária, as condutas penalmente insignificantes, são atípicas, por preencherem apenas a tipicidade formal e não a material, em face da lesão insignificante que causam ao bem jurídico tutelado.

O doutrinador Cláudio Brandão é seguinatário da referida corrente, defendendo que o Princípio da Insignificância é excludente de tipicidade, como se percebe de sua lição, com peculiar clareza:

O método de análise do tipo penal envolve três planos: o plano valorativo, o plano da linguagem e o plano da realidade. No plano valorativo estuda-se o tipo com referência ao bem jurídico; este plano tem bastante relevância porque, se a conduta,

⁹⁶ CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Et al. Justa Causa Penal Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 77.

⁹⁷ SILVA, Ivan Luiz da. PRADO, Geraldo (coor). *Princípio da Insignificância e os Crimes Ambientais: coleção pensamento crítico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 42.

à primeira vista típica, não violar o bem jurídico, tem a sua tipicidade excluída pelo Princípio da Insignificância.⁹⁸

Sobre outros autores adeptos dessa corrente doutrinária, mostra-se importante as palavras de Ivan Luiz da Silva:

Nesse sentido é o entendimento dos juristas que pioneiramente trataram sobre a matéria no Brasil, a saber, sucessivamente: Assis Toledo, Diomar Ackel e Odone Sanguiné, que prelecionam que o Princípio da Insignificância permite excluir a tipicidade da conduta penalmente insignificante alcançada pela abrangência abstrata do tipo penal, porquanto desprovidas de reprovabilidade penal.⁹⁹

Não é diferente o entendimento adotado por Carlos Vico Manãs, em sua obra pioneira na doutrina pátria, de 1994, a respeito especificamente do Princípio da Insignificância como excludente de tipicidade no Direito Penal, na qual dispõe:

Para dar validade sistemática à irrefutável conclusão político-criminal de que o Direito Penal só deve ir até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico, não se ocupando de bagatelas, é preciso considerar materialmente atípicas as condutas lesivas de inequívoca insignificância para a vida em sociedade.¹⁰⁰

O autor acima citado defende que para que a disposição geral e abstrata do tipo penal não abranja as condutas penalmente insignificantes, é necessário lhe atribuir o caráter material. Sendo necessário para a configuração da tipicidade além do caráter formal o material, ou seja, deverá a conduta lesionar o bem jurídico materialmente.¹⁰¹

Por seu turno, Lycurgo Santos também comunga do pensamento defendido por esta corrente, como se pode notar da seguinte passagem:

A importância desse juízo é inequívoca. Verificando que o bem jurídico não foi atingido de forma relevante, levando-se em consideração o comportamento do agente e, eventualmente, o resultado naturalístico produzido, deverá o magistrado afastar a tipicidade penal, malgrado haver o agente executado os elementos integrantes do tipo penal.¹⁰²

⁹⁸ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 58.

⁹⁹ SILVA, Ivan Luiz da. PRADO, Geraldo (coor). **Princípio da Insignificância e os Crimes Ambientais**: coleção pensamento crítico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 48.

¹⁰⁰ MANÃS, Carlos Vico *apud* SILVA, Ivan Luiz da. PRADO, Geraldo (coor). **Princípio da Insignificância e os Crimes Ambientais**: coleção pensamento crítico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 49.

¹⁰¹ *Idem. Ibidem*, p. 49.

¹⁰² SANTOS, Lycurgo de Castro *apud* SILVA, Ivan Luiz da. PRADO, Geraldo (coor). **Princípio da Insignificância e os Crimes Ambientais**: coleção pensamento crítico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 49.

Para o referido autor, o intérprete ao se deparar com uma conduta formalmente típica, deve em primeiro lugar, avaliar se o bem jurídico foi materialmente lesionado, para depois continuar com a análise da tipicidade.¹⁰³

Por sua vez, Eugenio Raúl Zaffaroni defende que a tipicidade penal não se reduz a tipicidade legal, ou seja, tipicidade formal, sendo necessário o preenchimento da tipicidade conglobante, que é a análise da conduta levando em consideração o todo do sistema penal, em seu sentido teleológico.¹⁰⁴ É portanto, a tipicidade conglobante, o corretivo da tipicidade legal, de maneira que se o Direito Penal protege bens jurídicos, é necessário que tais bens jurídicos sejam lesionados para que a conduta seja penalmente típica. Nas palavras exemplificativas do próprio Zaffaroni:

A conduta de quem estaciona seu veículo tão próximo a nosso automóvel, a ponto de nos impedir a saída, não configura uma privação de liberdade; nem os presentes de uso, como as propinas aos servidores públicos por ocasião do Natal, configuram uma lesão à imagem pública da administração, configuradora da tipicidade do art. 317 do CP; nem arrancar um fio de cabelo, por mais que possa ser considerado ofensa à integridade corporal (art. 129 do CP), resulta numa afetação do bem jurídico típico de lesões; nem a subtração de um palito de fósforo da caixa que encontramos no escritório do vizinho configura um furto, ainda que se trata de uma coisa móvel totalmente alheia.¹⁰⁵

Do mesmo modo, Julio Virgilini, se posiciona também na defesa da natureza jurídica do Princípio da Insignificância como excludente de tipicidade, fundamentando seu posicionamento na seguridade social, tendo em vista, que quando o bem jurídico não é materialmente lesionado, a reação através da pena criminal é injusta, violando-a.¹⁰⁶

Majoritariamente a jurisprudência tem julgado nesse sentido, senão veja-se:

PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO DE UM FRASCO DE PERFUME E DE UM ÓCULOS DE SOMBRA AVALIADOS EM R\$ 100,00 (CEM REAIS). PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. IRRELEVÂNCIA DA REINCIDÊNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. PREJUDICADAS AS ALEGAÇÕES DE FALTA DE PROVAS DA MATERIALIDADE DELITIVA E DE AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O Direito Penal não deve importar-se com bagatelas, que não causam tensão à sociedade. O princípio da insignificância vem sendo largamente aplicado, em especial por ser o Direito Penal fragmentário. (Precedentes). 2. O princípio da

¹⁰³ SANTOS, Lycurgo de Castro *apud* SILVA, Ivan Luiz da. PRADO, Geraldo (coor). **Princípio da Insignificância e os Crimes Ambientais**: coleção pensamento crítico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 49.

¹⁰⁴ CARVALHO, Allison de Jesus Cavalcanti de., *et al.* **Temas de Direito Penal**. Coor. Ildefonso Pereira Neto. Recife: Comunigraf, 2003, p. 33.

¹⁰⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *apud* CARVALHO, Allison de Jesus Cavalcanti de., *et al.* **Temas de Direito Penal**. Coor. Ildefonso Pereira Neto. Recife: Comunigraf, 2003, p. 34.

¹⁰⁶ VIRGOLINI, Julio E. S *apud* SILVA, Ivan Luiz da. PRADO, Geraldo (coor). **Princípio da Insignificância e os Crimes Ambientais**: coleção pensamento crítico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 50

insignificância exclui a tipicidade, de tal sorte que aspectos subjetivos, o que inclui a reincidência, são irrelevantes para a aplicação ou não do standard. Uma vez excluído o fato típico, não há crime, de maneira que carece de utilidade a análise dos atributos pessoais do agente, sob pena de se criar um direito penal do autor e não dos fatos. 3. Reconhecida a ausência de justa causa para a ação penal, em razão da atipicidade da conduta, está prejudicada a tese de ausência de prova da materialidade delitiva e de indícios de autoria. 4. Concedida a ordem para trancar a ação penal ajuizada contra o paciente.¹⁰⁷

2.5.2 Excludente de antijuridicidade

A corrente que considera o Princípio da Insignificância como excludente de antijuridicidade não tem tantos seguidores como a de excludente de tipicidade anteriormente referida, se situando a presente corrente entre a majoritária, representada pela excludente de tipicidade e, a minoritária, que se trata da que considera como excludente de culpabilidade.

Alberto Silva Franco defende ser o Princípio da Insignificância excludente de antijuridicidade, alegando que, vivemos em um Estado de Direito, que está pautado na moderação e juridicidade do poder, atribuindo um sentido material aos direitos da liberdade pessoal e política dos cidadãos, sentido este do qual decorre que a persecução penal só se justifica quando o bem jurídico tutelado é lesionado de forma relevante.¹⁰⁸

No mesmo sentido é o posicionamento de Carlos Frederico Pereira, como se depreende ao defender que, “a insignificância no tipo indiciário se manifesta, como visto de regra na antijuridicidade material, pois é esta que contém o bem jurídico e exige a sua lesão e acima de tudo, que seja significativa, sem o que não se poderá conceber a existência de crime”.¹⁰⁹

O autor chileno Guzmán Dalbora, preleciona que para definir se o bem jurídico foi lesionado de forma insignificante, é necessária a consideração da teoria da antijuridicidade, tendo em vista, a natureza descritiva do tipo penal, sendo desnecessário condicionamentos valorativos.¹¹⁰

Eugenio Raúl Zaffaroni, autor citado anteriormente por defender que o Princípio da Insignificância tem natureza jurídica de excludente de tipicidade, chega a admitir a

¹⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 126.176/RS**. Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP). Sexta Turma, julgado em 20/08/2009, DJE 08/09/2009.

¹⁰⁸ FRANCO, Alberto Silva *apud* SILVA, Ivan Luiz da. PRADO, Geraldo (coord.). **Princípio da Insignificância e os Crimes Ambientais**: coleção pensamento crítico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 51.

¹⁰⁹ PEREIRA, Carlos Frederico *apud* SILVA, Ivan Luiz da. PRADO, Geraldo (coord.). **Princípio da Insignificância e os Crimes Ambientais**: coleção pensamento crítico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 51.

¹¹⁰ DALBORA, Guzmán *apud* SILVA, Ivan Luiz da. PRADO, Geraldo (coord.). **Princípio da Insignificância e os Crimes Ambientais**: coleção pensamento crítico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 51.

possibilidade da consideração da natureza jurídica do referido princípio como excludente de antijuridicidade, ao dispor que, “pode ser entendido como uma apelação à antijuridicidade material e, em realidade, tem surgido vinculado de certa forma à mesma”.¹¹¹

Já Abel Cornejo, suscita que existe uma forte relação entre o fato penalmente insignificante e a antijuridicidade, argumentando que quando o fato materialmente antijurídico é considerado penalmente insignificante, lhe falta a antijuridicidade material. Nas palavras do referido autor:

Logo que tipificar formalmente uma conduta – porquanto se trata de um dever inafastável – o julgador deve realizar um juízo axiológico, e estimar se o proceder que levou a cabo o autor é antijurídico, e só então poderá examinar se efetivamente se trata de um fato relevante que mereça que se dinamize a jurisdição atrás de seu julgamento; ou em seu caso considere que se trata de um fato irrelevante, cuja gravidade não resulta suficiente para lesionar ou afetar um bem jurídico.¹¹²

A jurisprudência possui julgados no sentido da corrente de pensamento em questão, mesmo que minoritariamente, que aponta ser a natureza jurídica do Princípio da Insignificância excludente de antijuridicidade, à exemplo da decisão colacionada abaixo:

Dentre as lesões inofensivas, às quais não se debita antijuridicidade, está a criminalidade de bagatela. Nesse sentido a jurisprudência tem reconhecido a necessidade de lesividade do ilícito penal, quer em delitos patrimoniais, quer em delitos de outra espécie. Tal posicionamento significa um incontestável reforço à consideração de que não basta que a ação se ajuste formalmente ao tipo, devendo ainda causar lesão significativa para caracterizar o crime.¹¹³

2.5.3 Excludente de culpabilidade

A presente corrente doutrinária defende que a natureza jurídica do Princípio da Insignificância é de excludente de culpabilidade, sendo esta a corrente que reúne a menor quantidade de seguidores.

A respeito desta linha de pensamento, Abel Cornejo a considera como sendo dotada de maior plausibilidade que a de excludente de antijuridicidade, tendo em vista, que sua fundamentação é voltada em torno da justificação ética da aplicação da pena e a ingerência do

¹¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *apud* SILVA, Ivan Luiz da. PRADO, Geraldo (coor). **Princípio da Insignificância e os Crimes Ambientais**: coleção pensamento crítico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 52.

¹¹² CORNEJO, Abel *apud* SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da Insignificância e os Crimes Ambientais**: coleção pensamento crítico. PRADO, Geraldo (coor). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 52.

¹¹³ BRASIL. Tribunal de Alçada Criminal-SP. **Apelação nº 783.371/4**, Rel. Ary Casagrande, julgado em 16/05/1994. DJE 10/06/1994.

Estado, estando a cargo do juiz decidir diante do caso concreto sobre a aplicação do Princípio da Insignificância.¹¹⁴

Calha trazer o entendimento do autor citado acima, *in verbis*:

A delimitação do âmbito de aplicação da eximente queda, então, em razão do juiz, da mesma maneira que ocorre com qualquer outro instituto de Direito Penal. Para delimitar o âmbito de aplicação da insignificância, o juiz deve ponderar o conjunto de circunstâncias que rodeiam a ação, a fim de estabelecer se a finalidade abarca a produção de perigos ou lesões relevantes para o bem jurídico ou só afetações ínfimas.¹¹⁵

Exime-se o agente da pena, ao considerar a desproporção entre o fato penalmente insignificante e a pena prevista no tipo, em razão de faltar justificação ética à pena.

Finda a explanação acerca do Princípio da Insignificância, torna-se imprescindível para o objetivo perseguido no presente trabalho, a abordagem da aplicação do mesmo princípio no crime de descaminho especificamente, tema do próximo capítulo.

¹¹⁴ CORNEJO, Abel *apud* SILVA, Ivan Luiz da. PRADO, Geraldo (coor). **Princípio da Insignificância e os Crimes Ambientais**: coleção pensamento crítico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 53.

¹¹⁵ *Idem. Ibidem*, p. 53-54.

CAPÍTULO 3 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE DESCAMINHO

3.1 Do crime de descaminho: considerações iniciais

A legislação brasileira dispõe sobre os crimes de contrabando e descaminho desde o Código Criminal do Império de 1830, em seu artigo 177, segunda parte, no Título VI (Dos crimes contra o thesouro público e propriedade pública), capítulo III (Contrabando). Já o Código de 1890, previu os citados crimes no artigo 265, Livro II, Título VII (Dos crimes contra a Fazenda Pública), Capítulo Único (Do contrabando).¹¹⁶

No Código Penal de 1940 vigente, o legislador pátrio preferiu seguir o mesmo modelo das codificações anteriores, prevendo em um único tipo penal os crimes de contrabando e descaminho, o que segundo a doutrina especializada acaba por ignorar o *desvalor da ação*, uma vez que trata coisas diferentes como se tivessem o mesmo significado.¹¹⁷ O crime de descaminho tem previsão legal na 2ª parte do artigo 334 do Código Penal Brasileiro, conforme vê-se em seguida:

Contrabando ou descaminho

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

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§1º Incorre na mesma pena quem:

- a) pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei;
- b) pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando ou descaminho;
- c) vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem;
- d) adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal, ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos.

§2º Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências.

§3º A pena aplica-se em dobro, se o crime de contrabando ou descaminho é praticado em transporte aéreo.¹¹⁸

¹¹⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte especial. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 3, p. 533.

¹¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 5, p. 250.

¹¹⁸ BRASIL. **Código Penal**. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 17 de outubro de 2011.

Francesco Carrara ao se manifestar sobre o crime de contrabando o conceituou em próprio e impróprio. Sendo próprio o “consistente en especular con mercancías sometidas al monopolio del reino”, e o impróprio “que consiste en introducir al Estado o a una ciudad mercancías de libre circulación, pero sustrayéndolas al pago de los impuestos”.¹¹⁹ Vê-se da conceituação proposta pelo autor da Escola Clássica, que o contrabando impróprio trata-se modernamente do crime de descaminho.

O crime de contrabando implica na conduta de importar ou exportar mercadoria proibida por lei, já o descaminho importa em fraudar o pagamento do tributo devido pela entrada, saída e consumo de mercadoria. A diferença entre os dois crimes reside no fato de que no crime de contrabando trata-se de mercadoria proibida, já no crime de descaminho a mercadoria é permitida sendo apenas iludido o pagamento do tributo devido. O descaminho desta forma constitui um crime de natureza tributária à maneira que caracteriza a relação fisco-contribuinte, enquanto o crime de contrabando expressa um fato ilícito pela importação ou exportação de mercadoria proibida, e não de fato gerador de tributos como ocorre no descaminho.¹²⁰

Ultrapassada a diferenciação entre contrabando e descaminho, focar-se-á a partir deste ponto no crime de descaminho, tendo em vista ser este objeto de estudo do presente trabalho.

3.1.1 Bem jurídico tutelado

No plano geral o bem jurídico tutelado pelo crime de descaminho é a Administração Pública, conforme todos os outros tipos penais previstos no Título XI da parte Especial do Código Penal. Especificamente o bem jurídico protegido são os “interesses do erário público, diretamente atingido pela evasão de renda resultante dessas operações clandestinas ou fraudulentas.”¹²¹

No que diz respeito ainda ao bem jurídico tutelado pelo crime de descaminho, vale colacionar a eminente lição doutrinária de Luiz Regis Prado:

¹¹⁹ CARRARA, Francesco. **Programa de Derecho Criminal**: parte especial. 5. ed. Bogotá: Temis, 1996, §3911, v. 7, p. 509.

¹²⁰ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte especial. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v.3, p. 533.

¹²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 5, p. 250-251.

No que tange ao delito de descaminho, o bem tutelado, além do prestígio da Administração Pública, é o interesse econômico-estatal. 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 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.¹²²

Vale salientar que, embora exista um interesse fiscal no crime de descaminho, ele se diferencia dos demais crimes contra a ordem tributária, no que tange ao bem jurídico protegido. Enquanto os crimes contra a ordem tributária são tipificados visando preponderantemente a arrecadação de renda para a realização das finalidades públicas, o crime de descaminho ultrapassa esse limite, sendo visto antes de tudo como ofensa a soberania nacional e conseqüentemente a segurança nacional, à maneira que envolve de certa maneira os limites fronteiriços do País.

3.1.2 Sujeitos do crime

Quanto aos sujeitos o crime de descaminho é de classificação comum, visto que o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. É comum no presente crime a presença do concurso de pessoas, fato que dependendo das elementares pode caracterizar o crime de quadrilha ou bando, previsto no artigo 288 do Código Penal Brasileiro. Quanto ao concurso de pessoas é importante citar as palavras esclarecedoras de César Roberto Bitencourt:

O fato de, eventualmente, concorrerem mais de três pessoas, na prática desse crime (como de qualquer outro), ao contrário da atual “mania nacional”, não configura, por si só, o crime de quadrilha ou bando, especialmente quando for praticado por representantes legais de pessoas jurídicas, que, normalmente, são administradas por pessoas em número superior a três.¹²³

No tocante ao concurso de funcionário público no citado crime, existe uma peculiaridade. Se o funcionário público exercer função fiscalizadora aduaneira, terá sua conduta tipificada como crime de facilitação de contrabando ou descaminho, previsto no artigo 318 do Código Penal pátrio. Diferentemente, se o funcionário público não exercer função fiscalizadora aduaneira, responderá pelo crime de descaminho na condição de

¹²² PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte especial. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 3, p. 533.

¹²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 5, p. 251.

partícipe ou co-autor. Essa diferenciação ocorre em razão da violação ou não do dever funcional específico do funcionário público, tendo em vista que, se exercer função fiscalizadora aduaneira tem o dever de impedi-lo.¹²⁴

O sujeito passivo do crime de descaminho “é o Estado, representado pela União, os Estados-membros, Distrito Federal ou Municípios, e especialmente o erário público e a Receita Federal, que são fraudados em sua integridade orçamentário-fiscal.”¹²⁵

3.1.3 Tipicidade objetiva e subjetiva

O núcleo do tipo de descaminho está transcrito no verbo iludir, que indica a idéia de enganar, mascarar a realidade, dissimular, e ainda, segundo Luiz Regis Prado, “fraudar”.¹²⁶ Dessa forma, a conduta tipificada no crime de descaminho consiste em enganar a fiscalização aduaneira, com o fim de não pagar o tributo devido pela importação, exportação ou consumo de mercadoria.

Vale ressaltar que, o doutrinador César Roberto Bitencourt, com base no princípio da tipicidade estrita, se posiciona contrariamente ao uso da expressão “fraudar” ou “fraudulenta” para demonstrar a tipicidade objetiva no crime de descaminho, tendo em vista, que o legislador ao usar a palavra fraude e fraudulenta em outros tipos penais quis demonstrar a idéia de arдил ou artifício, ao contrário do que fez no crime em comento, com o uso da palavra “iludir”. Para demonstrar melhor a crítica do citado autor, vale transcrever suas palavras, *in verbis*:

Temos certa resistência interpretativa em admitir – em respeito ao princípio da tipicidade estrita – a expressão “fraude” ou “fraudulenta” na definição no crime de *descaminho*, porque o legislador brasileiro é claro, quando quer, usando literalmente a expressão *fraude* ou *fraudulenta* (artifício, arдил ou qualquer outro meio fraudulento), ao contrário do que faz na *tipificação* do descaminho, referindo-se somente a “iludir” o pagamento. Há, inegavelmente, grande diferença, pelo menos, em termos de *gravidade do meio empregado*, nessa hipótese, que se satisfaz, por exemplo, com a simples omissão, que, convenhamos, tecnicamente, não se confunde com “fraude” alguma.¹²⁷

Insta esclarecer que a causalidade objetiva no delito de descaminho se revela no objetivo de não pagar o tributo devido pela entrada, saída ou consumo de mercadoria no país,

¹²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 5, p. 251.

¹²⁵ *Idem. Ibidem*, p. 251.

¹²⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte especial. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 3, p. 535.

¹²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 252.

razão pela qual fica evidenciado que o citado crime é comissivo por omissão, tendo em vista, que o fato voluntário de não pagar o tributo devido é antecedido da conduta dolosa de iludir o pagamento.¹²⁸

Para exemplificar a questão que o crime de descaminho poder ser praticado tanto na forma comissiva quanto omissiva, vale colacionar as palavras de Cézár Roberto Bitencourt, respectivamente:

Na primeira hipótese, exemplificando, o agente procura demonstrar que determinada mercadoria é outra e não aquela, e que tem outras propriedades que não as verdadeiras para incidir carga tributária menor.; na segunda, *omissiva*, o agente indagado pelo agente alfandegário, se traz consigo objeto ou mercadoria tributável, finge que não entendeu, deixa de responder ou simplesmente não toma a iniciativa de expor sua mercadoria tributável. Tanto em um caso como no outro, a intenção de *iludir* é evidente. Há, pois, configuração nítida do propósito de não efetuar o pagamento do tributo alfandegário.¹²⁹

Percebe-se da simples leitura da 2ª parte do artigo 334 do Código Penal, que o não pagamento do tributo no caso de descaminho pode ser total ou parcial, o que evidencia-se da expressão “*no todo ou em parte*”. Sendo que tanto a ilusão total ou parcial do pagamento configura igualmente o crime em estudo, diferenciando-se apenas no momento da fixação da pena, de modo que a ilusão parcial é em tese menos reprovável que a ilusão total do pagamento do tributo devido.¹³⁰

O tipo subjetivo no crime de descaminho é constituído pelo dolo, consistente na vontade livre e consciente de iludir o pagamento do tributo devido, total ou parcialmente, pela entrada, saída ou consumo de mercadoria. Não é necessário a manifestação de nenhum elemento subjetivo especial para a caracterização do descaminho, de modo que, é irrelevante a presença ou ausência de alguma motivação especial. Diferentemente do que ocorre com as formas equiparadas previstas nas alíneas *c* e *d* do §1º, do artigo 334, que exigem elemento subjetivo especial para suas caracterizações, consistentes “em proveito próprio ou alheio” e “o conhecimento”, do sujeito ativo acerca da introdução clandestina ou falsidade documental.¹³¹

¹²⁸ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte especial. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 3, p. 535.

¹²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 5, p. 252.

¹³⁰ *Idem*, *Ibidem*, p. 252-253.

¹³¹ *Idem*, *Ibidem*, p. 265.

3.1.4 Consumação, tentativa e classificação doutrinária

A consumação no crime em comento se perfaz de duas maneiras diferentes, a primeira, via aduana, se dá com a liberação da mercadoria sem o pagamento do tributo devido, já a segunda se dá quando a entrada ou saída da mercadoria passa por local distinto da aduana, caso em que a consumação ocorre com a entrada ou saída da mercadoria no território nacional. Pode acontecer também, o caso em que mercadoria apreendida na aduana é posteriormente liberada, em razão de recurso ardiloso utilizado pelo sujeito ativo do crime, com o objetivo de iludir os fiscais, situação em que a consumação ocorrerá com a retomada da posse da mercadoria pelo criminoso.¹³²

A tentativa no crime de descaminho é perfeitamente admissível, tendo em vista ser o *iter criminis* fracionável.¹³³ Pode-se imaginar a tentativa na situação em que o fiscal aduaneiro ao verificar a mercadoria em questão, percebe que o sujeito ativo mascarou a verdade a fim de liberá-la sem o pagamento do tributo devido, e o crime não se consuma por razões alheias à vontade do agente.

Ainda no tocante à possibilidade do reconhecimento da tentativa no crime de descaminho, vale colacionar a lição do notável doutrinador Cezar Roberto Bitencourt:

No entanto, não nos parece possível reconhecer a *tentativa* de contrabando ou descaminho quando a mercadoria é apreendida na aduana, mesmo antes de transpor as barreiras alfandegárias. Pode-se-á estar, inclusive, diante de um crime impossível, dependendo das circunstâncias, ou, ainda, de meros atos preparatórios. Acreditamos que confisco e multa, no plano administrativo, resolvem satisfatoriamente a infração fiscal.¹³⁴

Desse modo, percebe-se que o citado autor admite teoricamente a possibilidade do reconhecimento da tentativa no crime de descaminho, entretanto não acredita ser possível a tentativa quando a mercadoria é apreendida na aduana.

No que diz respeito à classificação doutrinária, o crime de descaminho classifica-se como comum, formal, de forma livre, instantâneo de efeitos permanentes, unisubjetivo e plurissubsistente. Comum, porque pode ser praticado por qualquer pessoa, não se exigindo qualidade especial do sujeito ativo. Formal, porque não exige resultado naturalístico para sua consumação, que seria o dano afetivo causado à Administração Pública. De forma livre,

¹³² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 5, p. 266.

¹³³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte especial. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 3, p. 536.

¹³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 266.

porque pode ser realizado por qualquer meio ou forma idealizado pelo agente, ou seja, não exige meio de realização específico. Instantâneo de efeitos permanentes, porque não se prolonga no tempo sua fase executória, no entanto de efeitos permanentes em razão da ilegalidade permanente das mercadorias provenientes de tal crime. Unisubjetivo, porque pode ser praticado por uma só pessoa, não se exigindo a pluralidade de sujeitos. Plurissubsistente, porque admite o fracionamento do *iter criminis*, sendo em consequência admitida à tentativa.

3.1.5 Extinção da punibilidade pelo pagamento

A extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, no crime de descaminho, não é ponto pacífico na jurisprudência pátria. A discussão em torno do tema teve início a partir da entrada em vigor da Lei nº 4.729/65, que em seu artigo 2º previa a extinção da punibilidade nos crimes previstos pela mesma, quando o agente promovesse o pagamento do tributo devido, antes de ter início na esfera administrativa a ação fiscal própria. No entanto, a citada disposição legal, na prática, inviabilizava o pagamento do tributo devido, tendo em vista que o pagamento deveria coincidir com a descoberta da sonegação fiscal.¹³⁵

O Decreto-lei nº 157/1967 em seu artigo 18, §2º, impôs mudanças no citado quadro, ao dispor que extingua-se a punibilidade, nas imputações diversas da Lei nº 4.729/65, quando o agente efetuasse o pagamento dos tributos devidos antes de iniciada a ação penal, ou seja, antes do recebimento da denúncia.¹³⁶

A disposição contida no Decreto-lei nº 157/1967, ocasionou dissídio jurisprudencial acerca da inclusão ou não do descaminho no favor legal citado, razão pela qual o Supremo Tribunal Federal editou súmula, dispondo que se aplicava a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo devido antes do início da ação penal ao crime de descaminho, ante a permissão legal contida no artigo 18, §2º, do Decreto-lei nº 157/1967.¹³⁷

Posteriormente entrou em vigor a Lei nº 6.910/1981, que impedia a aplicação da extinção da punibilidade contida no Decreto-lei nº 157/1967 ao crime de descaminho, impondo esta que se vê melhor nas palavras magistrais de Cezar Roberto Bitencourt:

O legislador brasileiro, no entanto, sempre ávido e diligente na busca de meios eficazes de “recheiar as Arcas do Tesouro” – para usar uma expressão de Basileu

¹³⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 5, p. 261.

¹³⁶ *Idem, Ibidem*, p. 261.

¹³⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte especial. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 3, p. 541.

Garcia -, não concebendo o “pagamento do tributo de descaminho” como *fonte prospera de arrecadação*, proibiu, através da Lei n. 6.910/81, que o pagamento do tributo extinga a *punibilidade do crime de contrabando ou descaminho*, nos termos previstos pela Lei n. 4.729 e Decreto-lei n° 157/67, impedindo a aplicação da súmula 560 do STF antes citada.¹³⁸

Em seguida a Lei n° 8.137/1990 em seu artigo 14, voltou a permitir a aplicação da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia no crime de descaminho. Entretanto a citada lei foi revogada pela Lei n° 8.383/91 em seu artigo 98.¹³⁹

Finalmente no ano de 1995 entrou em vigor a Lei n° 9.249, que em seu artigo 34 possibilitou novamente a aplicação da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo efetuado antes do recebimento da denúncia, *in verbis*:

Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei n° 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei n° 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.¹⁴⁰

Apartir dessa última mudança legislativa surgiu novamente à discussão se deveria aplicar-se o disposto na citada lei de 1995 ao crime de descaminho, já que a mesma citava expressamente os dispositivos legais que deveria ser aplicada, nos quais não se incluía o Código Penal. Dita legislação é amplamente criticada, com base no princípio da isonomia, que se impõe através da máxima *ubi aedem ratio, ibi aedem legis dispositio*, que significa dizer que onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito.¹⁴¹

Não se pode esquecer também à respeito do assunto a analogia *in bonam partem*, tendo em vista ser o crime de descaminho notadamente de natureza tributária. Na jurisprudência atual vê-se como posição majoritária, a corrente que defende a aplicação da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo devido, antes do recebimento da denúncia, no crime de descaminho. Conforme se depreende dos três julgados colacionados abaixo, sucessivamente:

¹³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 5, p. 262.

¹³⁹ *Idem, Ibidem*, p. 262.

¹⁴⁰ BRASIL. **Lei n° 9.249 de 26 de dezembro de 1995**. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. Brasília, 26 de dezembro de 1995. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9249.htm. Acesso em: 21 de outubro de 2011.

¹⁴¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte especial. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 3, p. 541.

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL EM CURSO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. RESSARCIMENTO DO DANO ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. O trancamento da ação penal pela via de habeas corpus justifica-se somente quando verificadas, de plano, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria e prova da materialidade.

2. Embora a acusação se amolde, em tese, à descrição contida no art.

171 do CP, não se justifica a continuidade da ação penal, pois além de afastado o dolo, não subsiste a tipicidade material, sem se olvidar, ainda, da jurisprudência do STF, relativa ao crime de descaminho, a qual vem reconhecendo a incidência do art. 20 da Lei 10.522/02. Peculiaridade do caso.

3. A diversidade de espécie tributária é irrelevante para o reconhecimento da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, desde que realizado antes de recebida a denúncia.

4. Ordem concedida para trancar a ação penal nº 2007.045.000317-9.¹⁴²

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. DESCAMINHO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

PAGAMENTO DO TRIBUTO ANTES DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 34 DA LEI N.º 9.249/95. UBI EADEM RATIO IBI IDEM IUS.

1. Não há razão lógica para se tratar o crime de descaminho de maneira distinta daquela dispensada aos crimes tributários em geral.

2. Diante do pagamento do tributo, antes do recebimento da denúncia, de rigor o reconhecimento da extinção da punibilidade.

3. Ordem concedida.¹⁴³

PENAL. HABEAS CORPUS. DESCAMINHO (ART. 334, § 1º, ALÍNEAS “C” E “D”, DO CÓDIGO PENAL). PAGAMENTO DO TRIBUTO. CAUSA EXTINTIVA DA PUNIBILIDADE. ABRANGÊNCIA PELA LEI Nº 9.249/95. NORMA PENAL FAVORÁVEL AO RÉU. APLICAÇÃO RETROATIVA. CRIME DE NATUREZA TRIBUTÁRIA. 1. Os tipos de descaminho previstos no art. 334, § 1º, alíneas “c” e “d”, do Código Penal têm redação definida pela Lei nº 4.729/65. 2. A revogação do art. 2º da Lei nº 4.729/65 pela Lei nº 8.383/91 é irrelevante para o deslinde da controvérsia, porquanto, na parte em que definidas as figuras delitivas do art. 334, § 1º, do Código Penal, a Lei nº 4.729/65 continua em pleno vigor. 3. Deveras, a Lei nº 9.249/95, ao dispor que o pagamento dos tributos antes do recebimento da denúncia extingue a punibilidade dos crimes previstos na Lei nº 4.729/65, acabou por abranger os tipos penais descritos no art. 334, § 1º, do Código Penal, dentre eles aquelas figuras imputadas ao paciente – alíneas “c” e “d” do § 1º. 4. A Lei nº 9.249/95 se aplica aos crimes descritos na Lei nº 4.729/65 e, a fortiori, ao descaminho previsto no art. 334, § 1º, alíneas “c” e “d”, do Código Penal, figura típica cuja redação é definida, justamente, pela Lei nº 4.729/65. 5. Com efeito, in casu, quando do pagamento efetuado a causa de extinção da punibilidade prevista no art. 2º da Lei nº 4.729/65 não estava em vigor, por ter sido revogada pela Lei nº 6.910/80, sendo certo que, com o advento da Lei nº 9.249/95, a hipótese extintiva da punibilidade foi novamente positivada. 6. A norma penal mais favorável aplica-se retroativamente, na forma do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal. 7. O crime de descaminho, mercê de tutelar o erário público e a atividade arrecadatória do Estado, tem nítida natureza tributária. 8. O caso sub judice enseja a mera aplicação da legislação em vigor e das regras de direito intertemporal, por isso que dispensável

¹⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 85.524/RJ**. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima, 14 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 21 de outubro de 2011.

¹⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 48.805/SP**. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, 26 de junho de 2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 21 de outubro de 2011.

incursionar na seara da analogia in bonam partem. 9. Ordem CONCEDIDA.¹⁴⁴

Portanto, é permitida a aplicação analógica do artigo 34 da Lei nº 9.249/95 ao crime de descaminho, tendo em vista, este tratar-se em sua essência de crime de sonegação fiscal *lato sensu*, motivo pelo qual não deve ser dispensado tratamento diferenciado dos demais crimes contra a ordem tributária.

3.1.6 Pena e ação penal

A pena prevista para o crime de contrabando ou descaminho disposto no caput e §1º do artigo 334 é de um a quatro anos de reclusão, podendo a mesma ser aplicada em dobro se o crime for praticado por meio de transporte aéreo, conforme §3º do mesmo artigo.

Vale salientar, que nas hipóteses previstas no caput e §1º do artigo 334, cabe a suspensão condicional do processo, tendo em vista a pena mínima não ultrapassar um ano, com base no artigo 89, da Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995.

A competência para o julgamento do crime de contrabando ou descaminho é da Justiça Federal, em razão dos tributos a serem recolhidos pertencer a União, e ainda diante do fato de que a ocorrência de tais crimes ocorrerem em sua maioria nas regiões alfandegárias, onde se encontram policiais federais. A respeito da competência no crime de contrabando ou descaminho o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula de nº 151, *in verbis*, “a competência para o processo e julgamento por crime de contrabando ou descaminho define-se pela prevenção do juízo federal do lugar da apreensão dos bens.”¹⁴⁵

3.2 Evolução na jurisprudência pátria

A aplicação do Princípio da Insignificância, no crime de descaminho, teve início na jurisprudência pátria com a entrada em vigor da Lei nº 9.467/1997, a qual dispensava a

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 85.942/SP**. Relator: Min. Luiz Fux, 24 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=extin%E7%E3o+da+punibilidade+pelo+pagamento+descaminho&base=baseAcordaos>. Acesso em: 21 de outubro de 2011.

¹⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 151**. Terceira seção. 14 de fevereiro de 1996. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=321>. Acesso em 25 de outubro de 2011.

Fazenda Pública de executar os créditos tributários que não ultrapassem o valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais).¹⁴⁶

Por esta razão, os tribunais entenderam que quando o valor do tributo devido pela prática do crime de descaminho, não ultrapassar o valor definido pelo fisco para o não ajuizamento de execução fiscal, deve ser aplicado o Princípio da Insignificância, por ser penalmente irrelevante o fato, tendo em vista, que se o fisco não se importa com a cobrança do citado valor não é justificável a aplicação do Direito Penal, já que este é a *ultima ratio*.¹⁴⁷

Posteriormente, entrou em vigor a Lei nº 10.522/2002, que no caput do seu artigo 20 alterou o valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais) para R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), referente ao valor das execuções em que a Fazenda Pública estava dispensada de ajuizar as respectivas execuções fiscais. Fato este que não alterou o entendimento da jurisprudência, que continuou usando a mesma lógica, adequando apenas o valor em razão da nova previsão legislativa.¹⁴⁸

Ocorre que as mudanças legislativas em torno do tema não acabaram por aí, tendo a Lei nº 11.033/2004 alterado o artigo 20 da Lei nº 10.522/2002, na qual passou a constar o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) como limite para o ajuizamento de execução fiscal pela Fazenda Pública, conforme se observa, *in verbis*:

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).¹⁴⁹

Tal mudança legislativa causou discussão na doutrina e jurisprudência, sob o argumento de que o novo valor elencado seria muito elevado, o que causaria na prática a descriminalização do crime de descaminho, tendo em vista, que tornaria inócua a previsão legal do citado crime.

Dita discussão chegou ao Superior Tribunal de Justiça, por via do Recurso Especial nº 685.135/PR, no qual foi relator o Min. Félix Fischer, que ao julgar o citado recurso decidiu pela aplicação do artigo 18, §1º, da Lei nº 10.522/2002 ao invés do artigo 20 da mesma lei, o

¹⁴⁶ CABELLO, Marcos Eduardo. **Aplicação do princípio da insignificância no delito de descaminho**. O novo entendimento surgindo no STJ. Jus navigandi, Teresina, ano 10, n. 892, p. 1/2, 12 de dezembro de 2005. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/7680>. Acesso em: 24 de maio de 2011, p. 1.

¹⁴⁷ *Idem, Ibidem*, p. 1.

¹⁴⁸ *Idem, Ibidem*, p. 1.

¹⁴⁹ BRASIL. **Lei nº 10.522 de 19 de julho de 2002**. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Brasília, 19 de julho de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10522.htm. Acesso em: 25 de outubro de 2011.

qual dispõe que “ficam cancelados os débitos inscritos em dívida ativa da União, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 100,00 (cem reais).”¹⁵⁰ Conforme se vê da ementa colacionada a seguir:

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

I - A lesividade da conduta, no delito de descaminho, deve ser tomada em relação ao valor do tributo incidente sobre as mercadorias apreendidas. II - O **art. 20, caput, da Lei nº 10.522/2002** se refere ao **ajuizamento da ação de execução ou arquivamento sem baixa na distribuição**, não ocorrendo, pois, a extinção do crédito, daí não se poder invocar tal dispositivo normativo para regular o valor do débito caracterizador de matéria penalmente irrelevante. III – **In casu**, o valor do tributo incidente sobre as mercadorias apreendidas é superior ao patamar estabelecido no dispositivo legal que determina a **extinção** dos créditos fiscais (**art. 18, § 1º, da Lei nº 10.522/2002**), logo, não se trata de hipótese de desinteresse penal específico. Recurso provido.¹⁵¹

A citada decisão mudou o entendimento até então prevalente na jurisprudência pátria, acerca da aplicação do Princípio da Insignificância no crime de descaminho, visto que mudou o parâmetro do valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para R\$ 100,00 (cem reais), conforme a adoção do artigo 18, §1º ao invés do artigo 20 da Lei nº 10.522/02.

Em seu voto condutor, o Min. Félix Fischer ponderou usando o mesmo raciocínio firmado no Recurso Especial de nº 669.080/RS, no qual atuou também como relator, e foi firmado o entendimento que apenas a extinção do crédito tributário serve para aplicação do Princípio da Insignificância no crime de apropriação indébita, assim sendo, com base na equiparação feita pela Lei nº 11.457/07, onde se dá aos débitos decorrentes de contribuições previdenciárias o mesmo tratamento dispensado aos créditos tributários ao considerá-los como dívida ativa da União, por esse motivo o entendimento não podia ser diferente no crime de descaminho. O citado ministro argumentou no sentido de que o preceito contido no caput do artigo 20 da Lei nº 10.522/02, não significava a extinção do crédito tributário, tendo em vista que implicava na desistência sem baixa na distribuição, podendo a Fazenda Pública retomar a execução de tais débitos quando alcançassem o valor de dez mil reais. Já no caso do

¹⁵⁰ BRASIL. **Lei nº 10.522 de 19 de julho de 2002**. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Brasília, 19 de julho de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10522.htm. Acesso em: 25 de outubro de 2011.

¹⁵¹ BRASIL. **Recurso Especial nº 685.135/PR**. Relator: Min. Félix Fischer, 15 de março de 2005. Quinta Turma. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=534218&sReg=200400635817&sData=20050502&formato=PDF. Acesso em: 25 de outubro de 2011.

§1º do artigo 18 da mesma lei é previsto o cancelamento do débito, não sendo o mesmo sequer inscrito em dívida ativa, significando a sua conseqüente extinção, por este motivo deve este dispositivo servir como parâmetro para a aplicação do Princípio da Insignificância ao crime de descaminho ao invés do contido no artigo 20.¹⁵²

O entendimento do Min. Félix Fischer, acima explanado, se tornou pacífico na quinta turma do Superior Tribunal de Justiça, turma esta a qual o mesmo integra. No entanto, a sexta turma do mesmo tribunal, contrariamente, aplicava o Princípio da Insignificância ao crime de descaminho com base no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), previsto no artigo 20 da Lei nº 10.522/02.

Já o Supremo Tribunal Federal, em ambas as turmas, aplica o princípio em comento ao crime de descaminho pautado no artigo 20 da mesma lei acima mencionada, da mesma forma defendida pela sexta turma do Superior Tribunal de Justiça. Essa disparidade, no tocante a aplicação do Princípio da Insignificância ao crime de descaminho, fez surgir a necessidade de uniformização da jurisprudência em torno do assunto, que se materializou através do Recurso Especial nº 1.112.748/TO, sendo este repetitivo representativo de controvérsia, conforme previsão do artigo 543-C do Código de Processo Civil, tendo este restado ementado da seguinte forma:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 105, III, A E C DA CF/88. PENAL. ART. 334, § 1º, ALÍNEAS C E D, DO CÓDIGO PENAL. DESCAMINHO. TIPICIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. I - Segundo jurisprudência firmada no âmbito do **Pretório Excelso** - 1ª e 2ª Turmas - incide o princípio da insignificância aos débitos tributários que não ultrapassem o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei nº 10.522/02. II - Muito embora esta não seja a orientação majoritária desta Corte (vide EREsp 966077/GO, 3ª Seção, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 20/08/2009), mas em prol da otimização do sistema, e buscando evitar uma sucessiva interposição de recursos ao c. Supremo Tribunal Federal, em sintonia com os objetivos da Lei nº 11.672/08, é de ser seguido, na matéria, o escólio jurisprudencial da Suprema Corte. Recurso especial desprovido.¹⁵³

Vê-se que com o objetivo de impedir que sucessivos recursos fossem impetrados no Supremo Tribunal Federal, os ministros do Superior Tribunal de Justiça, participantes do

¹⁵² BRASIL. **Recurso Especial nº 685.135/PR**. Relator: Min. Félix Fischer, 15 de março de 2005. Quinta Turma. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=534218&sReg=200400635817&sData=20050502&formato=PDF. Acesso em: 25 de outubro de 2011.

¹⁵³ BRASIL. **Recurso Especial nº 1.112.748-TO**. Relator: Félix Fischer, 9 de setembro de 2009. Terceira Seção. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=911258&sReg=200900566326&sData=20091013&formato=PDF. Acesso em: 28 de outubro de 2011.

juízo do recurso ementado acima, acharam por bem seguir o entendimento firmado com fundamento no artigo 20 da Lei nº 10.522/02, para a aplicação do Princípio da Insignificância no crime de descaminho.

Vale Salientar, que a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal não é unânime ao aplicar o Princípio da Insignificância ao crime de descaminho, discordância que não ocorre na 2ª Turma do mesmo Tribunal. Os ministros Cármen Lúcia e Marco Aurélio¹⁵⁴, integrantes da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, defendem a posição de que o artigo 18, §1º, da Lei nº 10.522/02 é que deve servir de parâmetro para a aplicação do Princípio da Insignificância no crime de descaminho, ao invés do artigo 20 da mesma lei.

Basicamente, os ministros Cármen Lúcia e Marco Aurélio, embasam seu posicionamento na independência das esferas administrativa, cível e penal, e também na questão de que a permissão para desistir da execução fiscal de débitos que não ultrapassem o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), sem baixa na distribuição, não significa a extinção do crédito tributário nem muito menos o desinteresse da Fazenda Pública em cobrar tais valores.

Portanto, percebe-se, que a questão envolvendo a aplicação do Princípio da Insignificância ao delito de descaminho, na jurisprudência, vai passar ainda por várias discussões, podendo, quem sabe, ter uma reviravolta no futuro, dependendo da composição dos Tribunais, principalmente do Supremo Tribunal Federal.

3.2.1 Posições doutrinárias: artigo 20 *versus* 18, §1º, da Lei nº 10.522/02

Conforme explanado anteriormente, percebe-se, que a discordância em torno da aplicação do Princípio da Insignificância no crime de descaminho tem como ponto central o valor que deve servir como parâmetro à sua aplicação, se R\$ 10.000,00 (dez mil reais) previsto no artigo 20, caput, da Lei nº 10.522/02, ou R\$ 100,00 (cem reais) previsto no artigo 18, §1º, da mesma lei.

A diferença entre os valores que estão no seio da discussão é bastante acentuada, e pela doutrina afora também se manifestam vários posicionamentos em torno do assunto, uns a favor do valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), outros de acordo com o valor de R\$ 100,00 (cem reais), e ainda, os que discordam do fato da Lei nº 10.522/02 servir como parâmetro para a aplicação do Princípio da Insignificância ao delito de descaminho.

¹⁵⁴ BRASIL. **Habeas Corpus nº 96.412-SP**. Relator: Min. Dias Toffoli, 26 de outubro de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=descaminho+insignificancia&base=baseAcordaos>. Acesso em: 28 de outubro de 2011.

Por essa razão se faz importante a exposição e análise de alguns posicionamentos doutrinários acerca do tema, para que sirva de orientação, e conseqüentemente acirrar o debate entre profissionais do Direito em torno do tema.

Ao se manifestar sobre o caso em estudo, Luiz Flávio Gomes, se posiciona a favor do valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), previsto no artigo 20 da lei anteriormente citada, argumentando, em síntese, que o citado valor deve servir como parâmetro para a aplicação do Princípio da Insignificância, tomando por base o fato de que as conseqüências impostas pelo Direito Penal são bastante graves, e por isso mesmo, não deve ser aplicado quando outro ramo do Direito basta para resolver a questão. Se torna possível uma melhor dimensão acerca dos argumentos do citado autor através da transcrição de suas próprias palavras, senão veja-se:

É mais do que correto que a Justiça criminal se livre dessas pequenas infrações para dedicar-se com absoluta prioridade ao controle da grande criminalidade (atos de violência, corrupção, fraudes estrondosas etc.), que é o que realmente perturba ou impede a convivência social. Ademais, o Direito Penal, pela contundência das suas sanções, deve ter incidência mínima, isto é, deve ser reservado exclusivamente para os ataques intoleráveis aos bens jurídicos mais relevantes, e mesmo assim quando outros ramos jurídicos não são suficientes para a solução do conflito. **De qualquer modo, é certo que o crédito da União (até R\$ 10.000,00) não desaparece. Apenas não se ajuíza a execução fiscal. Mas o crédito continua. Tanto é verdade que, desde que surjam outros créditos, quando o total ultrapassa o patamar de R\$ 10.000,00, instaura-se a execução fiscal.** Mas nesta altura já terá tido incidência, no âmbito penal, o princípio da insignificância. O fisco não ficará impedido de propor a execução fiscal (diante de novos créditos), apesar de já extinta a punibilidade no âmbito penal. São instâncias distintas, regidas por regras diferentes.¹⁵⁵ (grifos)

Vê-se da passagem acima, em destaque, que o autor chega a admitir implicitamente que na disposição do artigo 20 da legislação em comento não ocorre a extinção do crédito tributário, ainda assim, sustenta a aplicação do Princípio da Insignificância no crime de descaminho com base no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), previsto no mesmo artigo. Dessa modo, percebe-se, que o fato de não ocorrer a extinção do crédito tributário não tem importância para o citado autor, característica essa que é imprescindível para os que defendem o valor de R\$ 100,00 (cem reais) como parâmetro.

Vale salientar, que a corrente de pensamento que defende a aplicação do Princípio da Insignificância no crime de descaminho com base no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais),

¹⁵⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Descaminho e princípio da insignificância: leito de procusto de R\$ 100,00 ou R\$ 10.000,00?** Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090615093226346&mode=print. Acesso em: 24 de maio de 2011.

trata-se do posicionamento adotado majoritariamente pela jurisprudência na atualidade, conforme explanado no sub-ítem anterior.

Os que defendem que o valor de R\$ 100,00 (cem reais), previsto no artigo 18, §1º, da Lei nº 10.522/02, argumentam de que a desistência da execução sem baixa na distribuição, previsto no artigo 20 da mesma lei, não significa a extinção do crédito tributário, e por essa razão não há o desinteresse da Fazenda Pública em tais valores (até dez mil reais), tendo em vista ainda o disposto no §1º do mesmo artigo 20, que dispõe que, “os autos de execução a que se refere este artigo serão reativados quando os valores dos débitos ultrapassem os limites indicados”¹⁵⁶. O autor Dermeval Gomes Filho é partidário da corrente de pensamento mencionada, fato que se pode aferir através de suas próprias palavras:

Ora, o fato de não existir, por ora, interesse fiscal na cobrança judicial de débitos iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) não pode levar à conclusão de que o não pagamento do tributo é insignificante, que constitui uma lesão ínfima ao bem jurídico penal e, portanto, uma atipicidade penal material. Assim além dos pressupostos genéricos para a incidência do princípio, é crucial afirmar que, no tocante ao descaminho, se existe algum critério razoável para a incidência do princípio da insignificância, esse há de ser o amparado no limite de R\$ 100,00 (cem reais), valor que possibilita o cancelamento da cobrança com suporte no §1º do art.18 da Lei 10.522/2002, pois constitui o limite para arquivamento com baixa na distribuição. Além de ser um patamar que admite a valoração de bagatela, inclusive, em outras infrações penais. Soma-se a isso a falta de fundamento jurídico sólido para valorar como uma atipicidade material a conduta parâmetro de perpetrar descaminho com valor não superior a dez mil reais. As peculiaridades sócio-econômicas do Brasil não suportam tamanha interpretação, capaz de favorecer a prática do delito em análise. Ademais, a prática do descaminho, em não poucas vezes, fomenta outros crimes conexos que decorrem da importação de produtos sem o recolhimento do tributo devido. Desse modo, o critério atual (limite de R\$ 10.000,00) não preenche o conteúdo de crime insignificante, que exige uma lesão ínfima ao bem jurídico tutelado e leva em conta as consequências sociais da conduta.¹⁵⁷

Vale ressaltar, que o mesmo autor acima citado, propõe que a solução para os casos em que o valor do tributo devido ultrapasse o valor de R\$ 100,00 (cem reais) é a aplicação do Princípio da Irrelevância Penal do Fato, na fase de sentença, para tanto, devendo o réu ter ressarcido o dano e não possua antecedentes criminais, além da valoração das circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal.¹⁵⁸

¹⁵⁶ BRASIL. Lei nº 10.522 de 19 de julho de 2002. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Brasília, 19 de julho de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10522.htm. Acesso em: 03 de novembro de 2011.

¹⁵⁷ FILHO, Dermeval Farias Gomes. **A dimensão do Princípio da Insignificância – Imprecisão Jurisprudencial e Doutrinária – Necessidade de Nova Reflexão no Crime de Descaminho**. Justiça@ - Revista Eletrônica da Seção Judiciária do Distrito federal, n. 3, ano I, junho/2009. Disponível em: http://www.jfdf.jus.br/revista_eletronica_justica/Junho/artigo_dermeval3.html. Acesso em: 03 de novembro de 2011.

¹⁵⁸ *Idem. Ibidem.*

O doutrinador Rogério Greco, se posiciona contrariamente ao valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) como parâmetro para a aplicação do Princípio da Insignificância no crime de descaminho, conforme se vê adiante:

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 2004.¹⁵⁹

Por derradeiro, cumpre mencionar a corrente de pensamento que discorda que a aplicação do Princípio da Insignificância ao crime de descaminho seja feita com base na Lei nº 10.522/02. Para ilustrar tal entendimento vale colacionar a eminente lição de Regis Prado, *in verbis*:

Entretanto, é de se destacar que como o tipo penal não estabelece um valor para a aplicação do princípio da insignificância ao delito de descaminho, os tribunais vêm atrelando suas decisões a parâmetros díspares fixados pela oscilante política fiscal e econômica do governo (*v.g.*, ora R\$ 5.000,00, ora R\$ 10.000,00), utilizados para fins meramente fiscais. Essa postura tem gerado decisões aleatórias e contraditórias, sem nenhum critério técnico-científico penal. A restrição típica decorrente do princípio da insignificância – que elide a tipicidade da conduta – não deve ficar ao sabor de tais elásticos critérios, ou mesmo de simples interpretações pessoais do julgador, mas sim deve ater-se à valoração sócio-econômica média vigente no País, em determinado momento histórico. Para solucionar o impasse gerado pela divergência jurisprudencial, o ideal seria que o legislador penal fizesse inserir no tipo em epígrafe o *quantum* mínimo exigível para aplicação de tal princípio. Como lamentavelmente não há tal previsão legal, tem-se a utilização de referências (em geral, extrapenais) as mais variadas, com flagrante violação do princípio da segurança jurídica, basilar em um Estado democrático de Direito.¹⁶⁰

Nota-se que o autor citado acima, aponta a constante variação da política fiscal do país como óbice para que a Lei nº 10.522/02 sirva como parâmetro na aplicação do Princípio da Insignificância no crime de descaminho, tendo por consequência de seu uso a violação do Princípio da Segurança Jurídica, defendendo como solução do impasse a mudança legislativa.¹⁶¹

Por fim, após toda a explanação acerca da aplicação do Princípio da Insignificância ao crime de descaminho, é de se esperar a instauração do debate aprofundado pela sociedade e principalmente pelos operadores do Direito a respeito do presente tema, tendo em vista ser o

¹⁵⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2007, v. 4, p. 526.

¹⁶⁰ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte especial**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 3, p. 542.

¹⁶¹ *Idem. Ibidem*, p. 542.

mesmo de grande importância, já que o descaminho é mais do que um crime contra o erário público uma afronta a soberania do país.

CONCLUSÃO

Primeiramente, chega-se a conclusão de que o Direito Penal tem como objetivo a proteção de bens jurídicos tidos por mais caros para o ser humano, e por esse motivo quando violados se justifica a aplicação da pena legalmente prevista para a determinada conduta.

Mas, justamente por defender bens de grande importância para a vida em sociedade, o Direito Penal, prevê sanções bastante gravosas para os indivíduos, e por esta razão deve ser entendido como a *ultima ratio*.

E baseado fundamentalmente na idéia do Direito Penal mínimo e por razões de política criminal é que surgiu o Princípio da Insignificância, que objetiva a exclusão do âmbito do Direito Penal das condutas que embora formalmente típicas não chegam a lesionar o bem jurídico significativamente.

A aplicação do Princípio da Insignificância é possível apartir da consideração da tipicidade material, além da formal, possibilitando dessa forma a atipicidade das condutas que lesionam o bem jurídico objeto da proteção da norma insignificamente.

O crime de descaminho, previsto na segunda parte do artigo 334 do Código Penal, prevê a pena de reclusão de um a quatro anos para o indivíduo que praticar a conduta de iludir no todo ou em parte o pagamento de tributo ou direito decorrente da saída ou entrada de mercadorias do território nacional.

Ao citado crime é possível a aplicação da suspensão condicional do processo, prevista no artigo 89 da Lei n. 9.099/95, tendo em vista que sua pena mínima não ultrapassa um ano, assim como permite a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo até o recebimento da denúncia, conforme o artigo 34 da Lei n. 9.249/95.

Ora se não fosse o bastante os dois benefícios citados acima, a jurisprudência pátria atualmente, de forma majoritária, considera o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) como parâmetro para a aplicação do Princípio da Insignificância ao crime de descaminho, é um verdadeiro esvaziamento do citado tipo penal, ao arrepio da vontade do legislador pátrio, o que significa de certo modo a violação do Princípio Constitucional da Separação dos Poderes.

Acerca da divergência em torno da aplicação do Princípio da insignificância ao crime de descaminho, é forçoso concluir que a melhor das soluções para o problema é a alteração legislativa para fazer constar no artigo 334 do Código Penal Brasileiro o valor que deve servir de parâmetro para a aplicação do citado princípio.

Mas, tendo em vista que até o presente momento não houve a citada mudança no tipo penal de descaminho, somos obrigados a nos debruçar sobre os dois valores propostos pela Lei nº 10.522/02 que são objeto de divergência na jurisprudência, quais sejam R\$ 100,00 (cem reais) ou R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Vê-se que no seio da divergência está a questão do interesse da Fazenda Pública nos determinados valores, que se materializa em duas situações diferentes, quais sejam: i) na permissão para desistir da execução, sem baixa na distribuição; ii) no cancelamento da inscrição do crédito tributário.

Diante dos dois pontos de vista explanados, nos parece mais acertado o entendimento que aponta como parâmetro o valor de R\$ 100,00 (cem reais), pelo motivo de que na desistência das execuções até dez mil reais existe o interesse da Fazenda Pública, tanto é que é sem baixa na distribuição, para viabilizar a retomada da execução tão logo ultrapasse o citado valor.

Contrariamente ocorre nas inscrições dos débitos que não ultrapassem o valor de cem reais, em que há o cancelamento do crédito tributário, não se mostrando oportuna a aplicação da persecução penal, tendo em vista a ausência de tipicidade material ante a aplicação do Princípio da Insignificância Penal, pelo motivo da ínfima lesão causada ao bem jurídico.

Como se não bastasse os argumentos elencados acima, ainda é de se registrar que o valor de dez mil reais é elevado em demasia para a idéia de insignificância, mais ainda por tratar-se o descaminho de crime contra a Administração Pública, e seus recursos por serem de natureza pública ser dotados de maior importância que os do setor privado, pelo motivo do maior grau de reprovabilidade da conduta criminosa.

Portanto, concluímos no sentido de que o parâmetro do valor de dez mil reais aplicado majoritariamente pela jurisprudência pátria na atualidade, não parece ser o mais acertado, pelos motivos elencados acima, e além do mais por causar sensação de impunidade nos contribuintes que pagam seus impostos corretamente. Esperamos ter contribuído acima de tudo para o debate em torno do tema, no afã de viabilizar novas considerações e reflexões pela sociedade e aplicadores do Direito.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas: coleção obra prima de cada autor**. GUIMARÃES, Torrieri (tradução). São Paulo: Martin Claret, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 5.

_____. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 17 de outubro de 2011.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. **Lei nº 9.249 de 26 de dezembro de 1995**. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. Brasília, 26 de dezembro de 1995. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9249.htm. Acesso em: 21 de outubro de 2011.

BRASIL. **Lei nº 10.522 de 19 de julho de 2002**. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Brasília, 19 de julho de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10522.htm. Acesso em: 25 de outubro de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 151**. Terceira seção. 14 de fevereiro de 1996. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=321>. Acesso em 25 de outubro de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 685.135/PR**. Relator: Min. Félix Fischer, 15 de março de 2005. Quinta Turma. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=534218&sReg=200400635817&sData=20050502&formato=PDF. Acesso em: 25 de outubro de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.112.748-TO**. Relator: Félix Fischer, 9 de setembro de 2009. Terceira Seção. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=911258&sReg=200900566326&sData=20091013&formato=PDF. Acesso em: 28 de outubro de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 85.524/RJ**. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima, 14 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 21 de outubro de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 126.176/RS**. Rel. Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP). Sexta Turma, julgado em 20/08/2009, DJE 08/09/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 48.805/SP**. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, 26 de junho de 2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 21 de outubro de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 96.412-SP**. Relator: Min. Dias Toffoli, 26 de outubro de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=descaminho+insignificancia&base=baseAcordaos>. Acesso em: 28 de outubro de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 85.942/SP**. Relator: Min. Luiz Fux, 24 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=extin%E7%E3o+da+punibilidade+pelo+pagamento+descaminho&base=baseAcordaos>. Acesso em: 21 de outubro de 2011.

BRASIL. Tribunal de Alçada Criminal. **Apelação nº 783.371/4**, Rel. Ary Casagrande, São Paulo, julgado em 16/05/1994. DJE 10/06/1994.

BRASIL. Tribunal de Alçada Criminal. **Apelação nº 1.044.889/5**, Rel. Breno Guimarães, São Paulo, julgado em 24/09/1997, DJE 15/10/1997.

CABELLO, Marcos Eduardo. **Aplicação do princípio da insignificância no delito de descaminho**. O novo entendimento surgindo no STJ. Jus navigandi, Teresina, ano 10, n. 892, p. 1/2, 12 de dezembro de 2005. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/7680>. Acesso em: 24 de maio de 2011.

CARRARA, Francesco. **Programa de Derecho Criminal**: parte especial. 5. ed. Bogotá: Temis, 1996, §3911. V, 7.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Et al.* **Justa Causa Penal Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FERNANDES, José Ricardo. **Subsídios para a Aplicação do Princípio da Insignificância**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. Disponível em http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/_imprime.php?jur_id=9613. Acesso em: 24/09/2010.

FILHO, Dermeval Farias Gomes. **A dimensão do Princípio da Insignificância – Imprecisão Jurisprudencial e Doutrinária – Necessidade de Nova Reflexão no Crime de Descaminho**. Justiça@ - Revista Eletrônica da Seção Judiciária do Distrito federal, n. 3, ano I, junho/2009. Disponível em: http://www.jfdf.jus.br/revista_eletronica_justica/Junho/artigo_dermeval3.html. Acesso em: 03 de novembro de 2011.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **O Direito Penal Militar e a Utilização do Princípio da Insignificância pelo Ministério Público**. Revista da Esmape, Recife: Esmape, ano 1, nº 2, p. 161/176, nov./1996.

GOMES, Luiz Flávio. **Descaminho e princípio da insignificância: leito de procusto de R\$ 100,00 ou R\$ 10.00,00?** Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090615093226346&mode=print. Acesso em: 24 de maio de 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2007, v. 4.

LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no Direito Penal: análise à luz das leis 9.099/95 (juizados especiais criminais), 9.503/97 (código de trânsito brasileiro) e da jurisprudência atual, volume 2: série princípios fundamentais do direito penal moderno**. 2. ed., São Paulo: RT, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 1998.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte especial**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 3.

SILVA, Ivan Luiz da. PRADO, Geraldo (coor). **Princípio da Insignificância e os Crimes Ambientais: coleção pensamento crítico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988**. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

WELZEL, Hans. **Direito Penal**. REZENDE, Afonso Celso (tradução). Campinas: Romana, 2003.