

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LIGIANE DA SILVA CORRÊA SACHS

**APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL AO DELITO
DE DESCAMINHO À LUZ DO DIREITO PENAL MÍNIMO**

**CURITIBA
2010**

LIGIANE DA SILVA CORRÊA SACHS

**APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL AO DELITO
DE DESCAMINHO À LUZ DO DIREITO PENAL MÍNIMO**

Monografia apresentada pela acadêmica Ligiane da Silva Corrêa Sachs ao Curso de Graduação da Faculdade de Direito, habilitação em Direito das Relações Sociais, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Katie Silene Cáceres Arguello

**CURITIBA
2010**

TERMO DE APROVAÇÃO

Ligiane da Silva Corrêa Sachs

APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL AO DELITO DE DESCAMINHO À LUZ DO DIREITO PENAL MÍNIMO

Monografia apresentada ao Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial para outorga do grau de Bacharel em Direito e aprovada pela seguinte banca examinadora:

Banca Examinadora

Orientador:

Prof. Dr. Katie Silene Cáceres Arguello
Professora Adjunta do Departamento de
Direito Penal e Processual Penal da
Universidade Federal do Paraná – UFPR

Prof. Dr.
Professor Adjunto do Departamento de
Direito Penal e Processual Penal da
Universidade Federal do Paraná – UFPR

Prof. Dr.
Professor Adjunto do Departamento de
Direito Penal e Processual Penal da
Universidade Federal do Paraná – UFPR

Curitiba, 19 de novembro de 2010.

Dedico este trabalho,

Ao meu pai querido, in memoriam; ao meu amado esposo Rafael, pela força e amor incondicional que transcenderam a distância física.

AGRADECIMENTOS

À Professora Katie Silene Cáceres Arguello pela compreensão e disposição para me orientar no momento débil da minha saúde;

À minha mãe, pelo amor tão puro;

À Dona Mirtes, pelas orações tão carinhosas;

Aos meus irmãos, pelos abraços sempre amorosos na hora da angústia;

Aos meu sogros, Paulo Vitor Sachs e Rosmeri Sachs, pelo acolhimento quando minha vida já *beijava* a morte;

Aos meus amigos, Glaucia Dalabona, Bruno Mariosi, Fernando Camargo, Gustavo Trinkel, Emanuelle Moreira, Layla Pontello, Letícia Soraya, Mônica Sbalqueiro, Rodrigo Madalozzo, pelos momentos de descontração, alegria e sorrisos que me proporcionaram;

A Rosi, do Núcleo de Prática Jurídica, pelo amparo carinhoso e pela disposição em sempre ajudar.

À Deus.

“Não temas, porque eu sou contigo; não te assombres, porque eu sou o teu Deus; eu te fortaleço, e te ajudo, e te sustento com a minha destra fiel.” Isaías 41:10 ***“Porque eu, o SENHOR, teu Deus, te tomo pela tua mão direita e te digo: Não temas, que eu te ajudo.”*** Isaías 41:13

Deus, obrigada por permitires que eu sofra, mesmo que isso cause a Ti profunda tristeza. Fortalece minha mente e meu coração para que eu supere meus desafios com dignidade e sabedoria. Dá-me da Tua sabedoria. Que seja feita a Tua vontade. Em nome de Jesus. Amém

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	5
SUMÁRIO	7
RESUMO.....	8
ABSTRACT.....	9
INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1. PRESSUPOSTO TEÓRICO: CRIMINOLOGIA CRÍTICA	13
1.1. Do <i>labeling Approach</i> à criminologia crítica.....	16
1.2. Direito Penal Mínimo versus a expansão do Direito Penal	24
CAPÍTULO 2. PRINCÍPIOS INFORMADORES DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL	35
2.1. Princípio da fragmentariedade.....	36
2.2. Princípio da subsidiariedade	37
2.3. Princípio da lesividade	39
2.4. Princípio da adequação social.....	42
2.5. Princípio da intervenção mínima	45
2.6. Princípio da proporcionalidade	47
2.7. Princípio da dignidade da pessoa humana.....	50
CAPÍTULO 3. O PRINCÍPIO NA INSIGNIFICÂNCIA	51
3.1. A dignidade constitucional do princípio da insignificância.....	53
3.2. Definição do princípio da insignificância	55
3.3. Tipicidade formal e atipia material	60
CAPÍTULO 4. A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO CRIME DE DESCAMINHO	64
4.1. O bem jurídico tutelado no delito de descaminho	65
4.2. O poder punitivo "comerciável" no delito de descaminho	70
4.3. O parâmetro para aplicabilidade do princípio da insignificância.....	74
4.3.1. A jurisprudência firmada no âmbito do STJ – O Recurso Especial Repetitivo nº 1.112.748 –TO	82
4.4. A seletividade social para a persecução penal no delito de descaminho	89
CONSIDERAÇÕES FINAIS	97
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	103

RESUMO

Este trabalho monográfico destina-se a apreciar de forma crítica o princípio da insignificância no direito penal, especificamente sua aplicabilidade ao delito de descaminho, sob a ótica do direito penal mínimo. O princípio da insignificância é um instrumento de maior força do direito penal contemporâneo para a correção dos desvios oriundos da aplicação das leis penais ao longo do tempo e compõe a base de sustentação do direito penal democrático. É também um instrumento político-crime sistemático de descriminalização, de acordo com a moderna dogmática jurídico-penal-constitucional. Enquanto um conceito normativo, o princípio da insignificância reclama uma valoração do magistrado, que ostenta uma moderna posição, amparada na proeminência dos interesses e garantias fundamentais em jogo no caso concreto. No caso do delito de descaminho, previsto no art. 334 do Código Penal, o critério para aplicabilidade do princípio da insignificância é meramente numerário, correspondente ao quantum do tributo a pagar, a expressar a danosidade ao erário público. Neste tocante, havia uma falta de racionalidade e instabilidade das decisões que causaram, sobremaneira, uma insegurança jurídica. A falta de critérios objetivamente definidos para o fim de aplicar o princípio em apreço, com certeza consistiu em um entrave ao seu acolhimento, contrariando a premissa segundo a qual o Estado, ao se valer do direito penal para evitar ações ou omissões que lesem diretamente ou indiretamente sua estrutura econômica, deve observar o princípio do Estado Democrático de Direito. Ainda, considerando, a aplicabilidade do princípio em sentido amplo, observa-se que a submissão de todos ao Direito posto não se realiza perfeitamente, ou seja, tem graus de realização, conformando-se inevitavelmente à estratificação social.

Palavras-chave: Descaminho; princípio da insignificância; direito penal mínimo, descriminalização.

ABSTRACT

This monograph is intended to assess critically the principle of insignificance in criminal law, specifically its applicability to the crime of embezzlement, from the viewpoint of criminal law minimum. The principle of insignificance is an instrument of greater strength of the contemporary criminal law for the correction of deviations from the application of criminal laws over time and forms the basis for upholding the democratic criminal law. It is also a political tool-criminal systematic decriminalization, according to modern dogmatic criminal legal-constitutional. As a normative concept, the principle calls for a valuation of the insignificance of the magistrate, which boasts a modern position, supported by the prominence of the interests and guarantees at stake in this case. For the crime of embezzlement, as provided in Art. 334 of the Criminal Code, the criteria for applicability of the bickering is merely cash, corresponding to the quantum of tax payable, to express harmful to the treasury. In this regard, there was a lack of rationality and instability of the decisions that have caused, overwhelmingly, a legal uncertainty. The lack of objectively defined criteria for the purpose of applying the principle in question, of course consisted of an obstacle to their host, contradicting the premise that the State, to avail themselves of the criminal law to avoid acts or omissions which affect directly or indirectly their economic structure, should observe the principle of democratic rule of law. Still, considering the applicability of the principle in broad terms, it is observed that the submission of all the law office is not done perfectly, or have degrees of achievement, inevitably conforming to social stratification.

Keywords: principle of insignificance; criminal least decriminalization.

INTRODUÇÃO

Considerando essas premissas e se tomando em conta que o tema da presente pesquisa será abordado sob a lente de um direito penal de natureza democrática e constitucional, nos alinhamos a proposta político-criminal do direito penal mínimo, que evoca a instrumentalização de um dogmática jurídico-penal em torno de uma concepção delimitadora da intervenção punitiva estatal, consubstanciada em uma passagem rumo ao abolicionismo penal.

Nesse sentido, pensamos que a intervenção penal deve se dar unicamente quando fracassam as demais meios para a tutela do bem jurídico, pelo que não é lícito ao *Estado Penal* agir antes do *Estado Fiscal*, sob pena de negação dos *princípios constitucionais* próprios de um *Sistema Penal Democrático*.

O princípio da insignificância é um instrumento de maior força do direito penal contemporâneo para correção dos desvios oriundos da aplicação das leis penais ao longo do tempo e compõe a base de sustentação do direito penal democrático.

Este princípio está reconhecido implicitamente na Constituição Federal, mais precisamente no art. 1º, inc. III, art. 3º, incs. I, II e IV, e art. 5º, *caput*, porquanto ajustado à estrutura garantística do Estado Social e Democrático de Direito, e concretizado legislativa, judicial e administrativamente.

A tutela penal sempre é voltada para a proteção de bens jurídicos de relevante valor, portanto, deve observar os princípios constitucionais que orientam o Direito Penal em face dos direitos e garantias fundamentais do cidadão e reservar ao campo da aplicação penal as condutas que efetivamente impliquem ofensa aos valores fundamentais do meio social.

A responsabilização criminal de condutas atentatórias à ordem tributária deve ter viabilidade constitucional, à luz da verdadeira missão do direito penal no Estado Democrático e Social de Direito.

Todos os princípios fundamentos ou corolários do princípio da insignificância informam a relação da pena com a gravidade do delito, afastando a intervenção do direito penal quando a ação, por sua inexpressividade, não chega a atentar contra os valores tutelados pelo direito penal. Isto leva,

consequentemente, a que a pena privativa de liberdade, tão danosa, só seja aplicada, com reservas, às condutas típicas de relevante valor social.

O princípio da insignificância promove a tutela racional dos bens jurídicos pelo direito penal, pois somente é racional a proteção quando não é possível outorgá-la outro ramo do direito, ou quando o outro ramo “tutela” de forma insuficiente e inadequada. Presta-se, igualmente, a corrigir o imperfeito processo legislativo, bem como dirimir a divergência entre o conceito formal e material de delito.

Dessa forma, quando se está diante de um fato que rigorosamente é insignificante, sem tipicidade material, não se pode falar em infração e isso abre a porta para a “revalorização do direito constitucional” e contribui para que se imponham penas a fatos que devem realmente ser castigados por ter um conteúdo sobremaneira grave, reduzindo níveis de impunidade.

O delito de descaminho, previsto na segunda parte do art. 334, *caput*, do Código Penal é configurado pelo termo iludir, tendo por objeto o pagamento de direito ou imposto. O descaminho é um autêntico crime material ou de resultado, isto é, exige um resultado distinto da atividade do agente bem como é um autêntico crime tributário, que se caracteriza pela sonegação fiscal. A conduta objetiva é o não pagamento ou a ilusão dos tributos devidos pelas operações de importação.

Semelhante delito exige a necessidade de constituição, por via administrativa fiscal transitada em julgado, antes da persecução penal do “suposto crédito tributário da Fazenda. A *pruriofensividade* do delito de descaminho não impede que se aplique o princípio da insignificância, que considera tão somente o valor (aspecto numerário) da afetação ao bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora, suficiente para o trancamento da ação penal, com base apenas no aspecto fiscal do tipo, o que significa que a lesão de um bem jurídico acautelado presume a violação de todos como se fosse um.

vislumbra-se que o critério para aplicabilidade do princípio da insignificância corresponde ao quantum do tributo à pagar, a expressar a danosidade ao erário público, por longo tempo, ficou ao alvedrio dos aplicadores do direito, com grandes oscilações. Assim, foram utilizadas as seguintes cifras

quanto aos tributos iludidos: de apurar as infrações de R\$ 100,00 (cem reais), R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) e R\$ 10.000,00 (dez mil reais), de forma que cada operador do direito tinha uma concepção do que seria insignificante.

A instabilidade acabou quando, em sede de recurso especial repetitivo, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento já pacificado do Supremo Tribunal Federal, consolidou a interpretação segundo a qual incide o princípio da insignificância aos débitos tributários até o limite de 10.000,00 (dez mil reais), com fulcro no art. 20 da Lei nº. 10.522/2002.

A insignificância deve ser valorada não com fundamento apenas no bem juridicamente tutelado, mas principalmente, com base no grau da lesão produzida. Valores de ordem subjetiva, como maus antecedentes, reincidência, habitualidade, existência de inquéritos policiais tratando do mesmo delito, seja em andamento ou arquivado, não pode agravar o “*status poenalis*” do réu ou dar suporte legitimador da constrição da liberdade do autor, o que iria contra ao postulado constitucional da não culpabilidade, inscrito no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, em iguais circunstâncias a ação penal deve ser trancada por falta de justa causa.

Outra questão, que se faz importante em nosso estudo, diz respeito a utilização do direito penal como forma de cobrança de tributos, ou seja, como cobrança dotada de maior poder coercitivo. Tal posicionamento desvirtua a aplicação do direito penal, compromete a descriminalização e vai de encontro ao direito penal mínimo, colocando por terra, em consequência, a aplicabilidade do princípio da insignificância.

No *iter* deste trabalho, observa-se que a criminalidade enquanto realidade social, não é uma realidade pré-constituída em relação à atividade dos magistrados, mas uma propriedade conferida por estes a certos sujeitos, não somente segundo a conduta destes se subsuma ao não ao tipo abstrato previsto na lei, mas, além disso e, principalmente, “conforme as meta-regras, tomadas no seu sentido objetivo.

Neste talante, a relação entre direito penal e desigualdade na sociedade capitalista implica na formação e produção da norma penal de forma seletiva, passando o direito penal a ser produtor e reproduzidor de relações de desigualdade,

na medida em que é um dos mecanismos que mantêm a reprodução do modo de produção capitalista. Sob este aspecto, o instrumento de descriminalização consistente no princípio da insignificância não alcança todos, mesmo quando se afigura possível, principalmente nos delitos contra o patrimônio, valor hiper protegido na ordem capitalista.

Também, o princípio da insignificância, sem embargo de afirmar retoricamente a tendência do direito penal mínimo, mitiga a função da prevenção geral - que nós criticamos - para crimes tributários, sem atentar que o resultado da tributação considerada insignificante, em sua totalidade, pode ser revertido para execução de políticas públicas voltadas para evitar a criminalização dos sujeitos dos estratos sociais subalternos.

CAPÍTULO 1. PRESSUPOSTO TEÓRICO: CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Para o efeito de analisar o princípio da insignificância, enquanto princípio geral que orienta a aplicação da lei penal, faz-se necessário conjecturar acerca da criminologia crítica, que segundo preleção de Nilo Batista, não aceita *a priori* o Código Penal, mas investiga para quem e porquê se elaborou este código e não outro. Portanto, é uma ciência que não se delimita pelas definições legais de crime, preocupando-se por comportamentos que impliquem forte desaprovação social.¹ Para o autor:

A criminologia crítica insere o sistema penal – e sua base normativa, o direito penal – na disciplina de uma sociedade de classes historicamente determinada e trata de investigar, no discurso penal, as funções ideológicas de proclamar uma igualdade e neutralidade desmentidas pela prática. Como toda teoria crítica, cabe-lhe a tarefa de 'fazer aparecer o invisível'²

O professor Juarez Cirino dos Santos alinhava, no mesmo sentido, que a criminologia crítica tem por função identificar as funções reais ou latentes da pena

¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal: parte geral**. 2ª Ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2007, p. 103; BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, p. 32.

² *Idem*, p. 32-33. Ver ROXIN, Claus; ARZT, Gunter; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira; Coord, e Supervisor Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. JAKOBS, Günther. **Fundamentos do Direito Penal**. Tradução André Luís Callegari; colaboração Lúcia Kalil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

criminal cominada ao autor do tipo (desviante), o qual tem sua liberdade constricta para o fim de manter a desigualdade do poder econômico e a hierarquização social na sociedade dividida em classes sociais antagônicas, fundada na relação capital/trabalho assalariado, que define a separação força de trabalho/meios de produção nas sociedades capitalistas contemporâneas^{3 4}.

As funções reais ou latentes são encobertas pelas funções aparentes da pena criminal⁵, de prevenção geral positiva e negativa e prevenção especial positiva e negativa, representadas pela retribuição do crime enquanto imposição de um mal justo contra um mal injusto⁶.

A punição que oficialmente deveria ressocializar ou reeducar os encarcerados mediante o trabalho dos funcionários da “ortopedia moral”⁷, seleciona os indivíduos para tão somente incapacitá-los e neutralizá-los.

Justamente para sobrepujar o discurso oficial é que a postura criminológica crítica considera o crime como fato humano e social, com enfoque no “delinqüente” e sua real recuperação, fragilizada pelas injunções sócio-econômicas e idiossincráticas, que conduzem à prática do delito.

Sob esse viés, apercebe-se que a prevenção geral a que se quer chegar punindo crimes de insignificância sobeja é ineficaz, porquanto não leva a inibição de comportamentos anti-sociais de ameaça penal, como defende o discurso oficial. Ao inverso, a desconsideração da atipia nos crimes de nímio desvalor da

³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal...** *Op. cit.*, 2007, p. 454.

⁴ José Luis Bolzan de Moraes, a propósito das novas economias delitivas, alega que elas se apresentam “*como espaço de empregabilidade diante da falta de alternativa econômica à economia do crime em uma economia do crime – como faria o estado para incorporar o exército de trabalho do crime em uma economia em crise e transformação? Para onde iriam os milhares (?) de “trabalhadores” do e para o crime em uma economia cuja capacidade de absorção é cada vez menor e, aquela existente, tem um grau de exigência de capacitação inalcançável para todos aqueles que não detem um nível de informação suficiente para operar máquinas, sistemas operacionais e ferramentas de informática complexas*” BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Estado, Função Social e (os obstáculos da) Violência. Ou: do “mal estar” na civilização à síndrome do medo na barbárie!**. In. *Política Criminal, Estado e Democracia – Homenagem aos 40 anos do Curso de Direito e aos 10 anos do Curso de Pós-Graduação em Direito da Unisinos.*(Org.: André Luis Callegari). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 75

⁵ PASUKANIS *Apud* CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal...** *Op. cit.*, p. 455. “*o valor de uso atribuído a pena criminal, inútil do ponto de vista das funções declaradas ou manifestas do sistema penal, é útil do ponto de vista das funções políticas reais ou latentes da pena criminal, precisamente porque a desigualdade social e a opressão de classe do capitalismo é garantida pelo discurso penal da correção/neutralização individual e da intimidação/reforço da fidelidade jurídica do povo*”, p. 476.

⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal...** *Op. cit.*, p. 455.

⁷ *Idem, ibidem.*

conduta e do resultado leva ao sofrimento desmedido e à piora das condições sociais e pessoais de acusados reais, sem desestimular a conduta de acusados potenciais⁸.

A teoria criminológica, enquanto observadora dos vários sistemas de valores, consoante preleciona Juarez Cirino dos Santos, pode introduzir uma explicação política de emergência histórica da retribuição equivalente, como fenômeno sócio-estrutural específico das sociedades capitalistas, onde:

a função de retribuição equivalente da pena criminal corresponde aos fundamentos materiais e ideológicos das sociedades fundadas na relação capital/trabalho assalariado, porque existe como forma de 'equivalência jurídica' fundadas nas relações de produção das sociedades contemporâneas⁹.

Os parâmetros para aplicabilidade do princípio da insignificância no âmbito da política criminal tributária, se comparada com a punição dos agentes de condutas que lesionem de forma insignificante bens jurídicos de caráter patrimonial, demonstra a influência na política criminal dos sistemas político e sócio-econômicos capitalistas, bem como a veracidade da relação cárcere/fábrica como a matriz histórica do capitalismo.

Dessarte, seriam as relações de trabalho da fábrica a principal instituição da estrutura social, a depender da disciplina do sistema penal, a qual consubstancia-se na principal instituição de controle social do capitalismo, voltada para manter e reproduzir as relações sociais de dominação/exploração de classe. Sob este aspecto, "a origem da prisão seria a produção de um novo tipo humano, o chamado capital variável, representado pelo trabalho assalariado."¹⁰

Assinala o penalista paranaense que a criminologia crítica¹¹ define o direito penal como sistema dinâmico desigual em três níveis, quais sejam: a) da definição das penas, b) de sua aplicação e, c) de sua execução.

⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal...** *Op. cit.*, p. 469.

⁹ *Idem*, p. 471.

¹⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal...** *Op. cit.* p. 472.

¹¹ A concepção unitária de criminologia crítica levada a efeito por BARATTA "mostra a função de reprodução social do sistema penal e propõe uma política criminal alternativa de redução do direito penal desigual e de ampliação da democracia real, cujo significado político aparece na perspectiva de abolição do sistema penal, condicionada à superação do capitalismo como (e enquanto) modo de produção de classes." *Idem* p. 473.

Na definição das penas o direito penal desigual seleciona os bens jurídicos a proteger, de acordo com as necessidades e interesses das classes hegemônicas “de relações de produção/circulação econômica e de poder político das sociedades capitalistas”¹². Na aplicação das penas, estigmatiza os sujeitos selecionados, “excluídos das relações de produção e de poder político da formação social”¹³. Na execução das penas, consubstancia-se em real repressor seletivo dos sujeitos à margem da sociedade e do mercado de trabalho, “sem utilidade real nas relações de produção/distribuição material – embora com utilidade simbólica no processo de reprodução das condições sociais desiguais e opressivas do capitalismo”¹⁴.

Diante de tais premissas exsurge a necessidade de se promover a análise do princípio da insignificância e da intervenção penal no delito de descaminho sob o auspício da criminologia crítica, das funções reais ou latentes da política criminal.

1.1.O *Labeling Approach* à criminologia crítica

A Teoria do *labeling approach* divisa o problema da definição dos delitos com as conseqüências político-sociais que revela, quando este problema venha disciplinado como centro de uma teoria da criminalidade. Esta corrente inverte o posicionamento positivista, asseverando que o criminoso é aquele que se tem definido como tal, sendo esta definição produto de uma interação entre aquele que tem poder de etiquetar e aquele que sofre o etiquetamento, o que ocorre mediante um mecanismo de interação, de etiquetamento ou criminalização¹⁵.

O *labelling approach theory* ou *teoria da etiquetamento* considera que não se pode compreender a criminalidade se não se explora a ação do sistema penal, “que a define e reage contra ela”, começando pelas regras abstratas até a ação das instâncias oficiais. Dentro desta perspectiva, o status social do delinquente pressupõe o efeito das instâncias oficiais de controle social. Por outro lado, não adquire esse status aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento

¹² *Idem.*, p. 487.

¹³ *Idem, ibidem.*

¹⁴ *Idem, ibidem.*

¹⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Vol. 1. Parte Geral.** 6ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 274.

previsto na norma, não é alcançado pela ação daquelas instâncias e, assim, não é tratado pela sociedade como delinquente.

Esta teoria se ocupou, segundo as lições de Alessandro Baratta, especialmente, com as reações das instâncias oficiais de controle social, apreciadas no seu papel constitutivo em face da criminalidade, vale dizer, se ocupou com o efeito estigmatizante da atividade de polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juízes.

O que diferencia a criminologia tradicional da nova sociologia criminal, para o *labeling approach*, é a consciência crítica que a nova concepção traz, em face da definição do objeto da investigação criminológica, consistente no criminoso e na criminalidade, e em face do problema gnoseológico e de sociologia do conhecimento que está ligado a este objeto, quando o consideramos como uma realidade social que não se coloca como pré-constituída à experiência cognoscitiva e prática, mas é construída dentro desta experiência, por meios dos processos de interação que a individualizam¹⁶.

Os autores que se guiam pelo *labeling approach* se questionam:

‘quem é definido como desviante?’, ‘que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo?’, ‘em que condições este indivíduo pode se tornar o objeto de uma definição?’ e, enfim, ‘quem define quem?’¹⁷.

A interrogação relativa ao caráter do sujeito e do objeto, na definição do comportamento desviante, guiou a investigação dos teóricos do *labeling approach* em duas direções: em primeiro lugar levou à análise da formação da “identidade” desviante e do que se determina como “desvio secundário”, ou seja, o efeito da

¹⁶ O campo do labeling approach é dominado por duas correntes: uma que remonta à direção da psicologia social e da sócio-linguística, indicada como “interacionismo simbólico” e uma que remonta à “etnometodologia”, inspirada pela sociologia fenomenológica, que concorre para modelar o paradigma epistemológico característico das teorias do labeling. “Segundo o interacionismo simbólico, a sociedade é constituída por uma infinidade de interações concretas entre indivíduos, aos quais um processo de tipificação confere um significado que se afasta das situações concretas e continua a se estender através da linguagem. Também segundo a etnometodologia, a sociedade não é uma realidade que se possa conhecer sobre o plano objetivo, mas o produto de uma construção social, obtida por um processo de definição e tipificação por parte de indivíduos e de grupos diversos. E, por consequência, segundo a etnometodologia e o interacionismo simbólico, estudar a realidade social (por exemplo, o desvio) significa, essencialmente, estudar estes processos, partindo dos que são aplicados a simples comportamentos e chegando até as construções mais complexas, como a própria concepção de ordem social.” BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica...** Op. cit., p.86-87

¹⁷ Idem, p.88.

aplicação da etiqueta de “criminoso” sobre o indivíduo em quem se apõe a etiqueta; em segundo lugar, conduz à celeuma da definição, da constituição do desvio como qualidade imputada a comportamentos e a indivíduos, no curso da interação e, por isto, leva, igualmente, para a celeuma da distribuição do poder de definição, para a análise dos que detêm na sociedade o poder de definição, vale dizer, para o estudo das agências de controle social¹⁸.

A inicial direção de pesquisa do *labeling* se ocupou da identidade e das carreiras desviantes e se deteve, principalmente, sobre os efeitos da estigmatização na formação do status social do desviante. Segundo Baratta, Becker demonstrou que a mais importante implicação do emprego de sanções consiste em uma decisiva *mudança de identidade social do indivíduo*, mudança que ocorre assim que é inserido no status de desviante¹⁹.

Na concepção de Lemert, central para uma teoria do desvio na perspectiva da reação social é a diferenciação entre delinquência primária e secundária. Consoante esta distinção, a reação social ou a punição de um primeiro comportamento desviante tem a função de um *“commitent deviance”*, suscitando por meio de uma alteração da identidade social do indivíduo assim estigmatizado, uma tendência a permanecer no papel social, no qual a estigmatização o introduziu²⁰. Essa distinção é central para a construção de uma teoria da criminalidade baseada no *labeling approach*²¹.

Na criminologia inspirada nesta teoria, a pesquisa sobre o desvio secundário e sobre carreiras criminosas põem em dúvida o princípio da prevenção, em especial a concepção reeducativa da pena. Na verdade, esses resultados mostram que *a intervenção do sistema penal, antes de ter um efeito reeducativo, determina*

¹⁸ *Idem*, p.89

¹⁹ *Idem*, *Ibidem*.

²⁰ “Lemert sustenta que são dois os principais problemas de uma teoria da criminalidade, o primeiro é como surge o comportamento desviante; o segundo como os atos desviantes são ligados simbolicamente, e as conseqüências desta ligação para os desvios sucessivos por parte da pessoa. Enquanto o desvio primário se reporta a um contexto de fatores sociais, culturais e psicológicos, que não se centram sobre a estrutura psíquica do indivíduo e não conduzem a uma reorganização da atitude que o indivíduo tem para consigo mesmo, e do seu papel social, os desvios sucessivos à reação social produz no indivíduo objeto da mesma; o comportamento desviante sucessivo à reação torna-se um meio de defesa ou de ataque ou de adaptação em relação aos problemas manifestos e ocultos criados pela reação social primeiro desvio”. BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica...** *Op. cit.*, p. 90.

²¹ *Idem*, *ibidem*.

*uma consolidação da identidade desviante do condenado e o seu reingresso em uma carreira criminosa*²².

Uma teoria da criminalidade centrada sob a perspectiva do *labeling approach* não constitui uma negação, “mas pode ser um complemento da investigação etiológica²³ sobre o desvio criminal”²⁴. Assim:

As teorias do *labeling* baseadas sobre a distinção entre desvio primário e desvio secundário, não deixaram de considerar a estigmatização ocasionada pelo desvio primário também como uma causa, que tem seus efeitos específicos na identidade social e na autodefinição das pessoas objetos da reação social²⁵.

As técnicas de definição relevantes dentro do *labeling* não podem se restringir àqueles realizados pelas instâncias oficiais de controle social, mas, antes, se aproximam com os processos de definição do senso comum, os quais são determinados em situações não oficiais, antes que as instâncias oficiais interfiram, ou também de modo inteiramente autônomo de sua intervenção²⁶.

O exame do processo de etiquetamento dentro do senso comum demonstra que, para que uma conduta desviante seja imputada a um indivíduo, e este seja considerado como transgressor da norma, para que lhe seja infligida uma “responsabilidade moral” pelo ato que violou a “*routine*”, é forçoso que se desencadeie uma reação social correlativa. O mero desvio objetivo em relação a um padrão, ou a uma norma, não é suficiente²⁷.

A definição no *labeling approach* se coloca em três níveis diversos que não devem ser implicados nem reduzidos a apenas um. Em *primeiro* lugar temos o problema da definição da criminalidade em um problema metalingüístico, concernente à validade das definições que as ciências sociais nos proporcionam de crime e criminoso; à validade da definição de criminalidade – a imputação da qualidade de criminosa a certas condutas e a certas pessoas dentro do senso

²² *Idem, ibidem.*

²³ Etiológica quer significar “sobre a origem”.

²⁴ Alessandro. **Criminologia Crítica...** *Op. cit.*, p. 90.

²⁵ *Idem, ibidem.*

²⁶ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica...** *Op. cit.*, p.94

²⁷ “As aplicações gerais que determinam a aplicação “com sucesso” da definição de desvio, dentro do senso comum, isto é, a atribuição de responsabilidade moral e uma reação social correspondente são, pois: 1) um comportamento que infrinja a “*routine*”, distanciando-se dos modelos das normas estabelecidas; 2)um autor que se tivesse querido, teria podido agir diversamente; 3) um autor que sabia o que estava fazendo” *Idem*, p. 95-96.

comum e por parte das instâncias oficiais²⁸. Em *segundo* lugar, o problema da definição também é teórico, concernente à interpretação sócio-política do fenômeno pelo qual certos sujeitos pertencentes a determinadas classes sociais e representantes de certas instituições são dotados do poder de definição, vale dizer, do poder de estabelecer quais crimes devem ser perseguidos e quais pessoas devem ser perseguidas – este problema leva às leis, aos mecanismos e às estruturas sociais objetivas que regulam o poder de definição, a sua distribuição, as modalidades de seu exercício num dado contexto enquanto outros sujeitos e grupos sociais estão submetidos a este poder. Em *terceiro* lugar, o problema da definição também é fenomenológico concernente aos efeitos que a aplicação de uma definição de criminoso a certos indivíduos tem sobre o comportamento sucessivo do indivíduo²⁹.

Consoante Fritz Sack, o atributo de criminoso está à disposição de um grupo específico de “funcionários”, que são formados e introduzidos nas próprias funções através de intrincados procedimentos de recrutamento e de socialização³⁰. *Quanto ao desviante, a inserção em um papel criminal dependeria, fundamentalmente, da condição social a que pertence, ou da situação familiar de que origina. O desviante, pelo fato de sua origem, deve ter consciência de que seu comportamento conduz a uma maior probabilidade de ser definido como desviante ou criminoso, por parte dos outros, e de modo especial por parte dos detentores do controle social institucional, “do que outra pessoa que se comporta do mesmo modo, mas que pertence a outra classe social”*³¹

A questão das condições da criminalidade se desloca da pesquisa das condições que determinam o comportamento criminoso, o caráter ou as tendências criminais de certos indivíduos, para a pesquisa das condições

²⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica...** *Op. cit.*, p. 109-110.

²⁹ Baratta, reportando-se às lições de Fritz Sack, aduz que “as diferentes noções de crime, oferecidas pelas mais diversas disciplinas que se ocupam do comportamento criminoso, partem sempre, de maneira acrítica, do mesmo ponto de vista empírico (...) a falta de uma crítica referencial ao poder de decisão e seleção que certas pessoas e certas instituições possuem em face de certas outras (...) A interpretação da relação entre os detentores do poder de decidir e os sujeitos submetidos a tal poder, relação baseada precisamente sobre a estratificação e o antagonismo entre os grupos sociais, (...) o poder de atribuir a qualidade de criminoso é detido por um grupo específico de funcionários que, pelos critérios segundo os quais são recrutados e pelo tipo de especialização a que são submetidos, exprimem certos extratos sociais e determinadas constelações de interesse” *Idem*, p. 110-111.

³⁰ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica...** *Op. cit.*, p. 111.

³¹ *Idem*, *ibidem*.

que determinam o grau de probabilidade de que certos comportamentos e certos indivíduos sejam definidos como criminosos³².

Em suma, as teorias do *labeling approach* balançaram os alicerces da ideologia penal tradicional. Desta ideologia puseram em discussão o princípio de igualdade, vez que evidenciaram que a criminalidade, segundo sua definição legal, não é o comportamento de uma minoria, mais da maioria das pessoas e que, além disso, segundo a sua definição sociológica, é um status atribuído a determinados indivíduos por ação daqueles que detém o poder de criar e de aplicar a lei penal, através de processos seletivos, sobre cuja estrutura a desigualdade do poder econômico e a estratificação/hierarquização dos grupos sociais têm uma influência essencial³³.

A legitimação tradicional do sistema penal como sistema fundamental à tutela das condições essenciais da vida em sociedade, além da proteção de bens jurídicos e de valores relevantes para todos, é fortemente discutida quando se passa da pesquisa sobre a aplicação seletiva das leis penais à pesquisa sobre a formação das leis penais e das instituições prisionais. Nesta perspectiva, o desenvolvimento de uma teoria da criminalidade abalizada nos conceitos de conflito social da teoria materialista - que leva em conta o marxismo -, parece estar funcionalmente ligado a uma perspectiva teórica que não prescinde da importância do estudo da reação social, como fator imprescindível de uma criminologia crítica³⁴.

O papel seletivo do sistema penal em face dos interesses das classes sociais, a função de sustentação que este sistema exerce em face dos outros mecanismos de repressão e de marginalização dos grupos sociais subordinados, em benefício dos grupos dominantes, parece, portanto, ensejar uma crítica da ideologia penal, também no interior desta recente reflexão – situações, proteção dos bens jurídicos que o direito penal tutela de forma sobremaneira fragmentária³⁵.

A teoria do *labeling approach* coloca-se criticamente em frente ao princípio da prevenção, e em particular em relação à ideologia oficial do sistema penitenciário moderno consistente na ressocialização. Ainda, ao apelar à diferença entre desvio primário e secundário, as teorias da criminalidade com fundamento no

³² *Idem*, p. 112.

³³ *Idem*, p. 113.

³⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica...** *Op. cit.*, p. 113.

³⁵ *Idem.*, p. 114.

labeling approach cooperaram para a crítica dos sistemas de tratamento, com um princípio teórico fundamental que esclarece os efeitos criminógenos da pena e a celeuma da reincidência³⁶.

Nesse sentido o álibi se traduz ante as relações de hegemonia, as quais estão na base da desigual distribuição do bem negativo da criminalidade³⁷. O benefício das relações de hegemonia desarticula a análise para um âmbito abstrato, em que “o momento político é determinado de modo independente da estrutura econômica das relações de produção e de distribuição”³⁸.

Segundo Baratta, quando se fala em criminologia crítica, o discurso se dá acerca de uma teoria materialista - ou seja, econômico-político - do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização, um trabalho que leva em consideração instrumentos conceituais e hipóteses formadas no âmbito do marxismo³⁹.

Calha observar, que este edifício teórico não deve ser derivado somente de uma interpretação dos textos marxistas, mas requer um trabalho de observação empírica, na qual já se podem dizer adquiridos dados importantes, alguns obtidos em contextos teóricos distintos do marxismo. De outro giro, os estudos marxistas sobre o argumento se inserem em um âmbito de pesquisas e de doutrinas desenvolvidas nos últimos decênios, na seara da sociologia liberal contemporânea, que prepararam o terreno para a criminologia crítica⁴⁰.

Baratta entende que o emprego de algumas hipóteses e instrumentos teóricos fundamentais, extraídos da teoria marxista da sociedade, pode levar a criminologia crítica além dos limites das teorias do *labeling approach*, e permitir, em parte, reinterpretar seus resultados e aquisições em um quadro teórico mais adequado⁴¹.

³⁶ “Estas teorias se relacionam, assim, a todo o vasto movimento do pensamento criminológico e penalógico que, das escolas liberais contemporâneas até as mais recentes contribuições da criminologia crítica, mostrou a grande distância entre idéia de ressocialização e a função real do tratamento” *Idem, ibidem*.

³⁷ *Idem*, p. 115.

³⁸ *Idem*, p. 116

³⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica...** *Op. cit.*, p. 159.

⁴⁰ *Idem, ibidem*.

⁴¹ *Idem*, p. 160.

Na perspectiva da criminologia crítica não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas. A criminalidade é - (...) - um “bem negativo”, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema sócio-econômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos⁴²

Sempre que houver um salto qualitativo em relação ao *labeling approach*, orientando-se a abordagem criminológica “por uma linhagem atributiva sócio-estrutural”⁴³, pode-se falar em criminologia crítica.

Pela Criminologia Crítica o desvio é analisado tendo em conta sua conexão substancial com a estrutura social subjacente, como uma contradição real do sistema sócio-econômico dentro da sociedade capitalista. A interpretação dos comportamentos negativos deve considerar a posição de classe dos autores do fato delituoso, porquanto a criminalização das classes subalternas e das classes hegemônicas possuem funções diversas⁴⁴.

A criminologia crítica afasta o ideal do direito penal isonômico pelas seguintes inferências: a uma, o direito penal não tutela todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com magnitude desigual e de modo fragmentário; a duas, a lei penal não é igual para todos e o status de criminoso é distribuído de forma desigual entre os sujeitos; a três, o grau efetivo de tutela e a distribuição do status de criminoso prescinde da danosidade social das ações e da gravidade das infrações às normas, no sentido de que estas não se consubstanciam em variável principal da reação criminalizante e da sua identidade⁴⁵.

A crítica se dirige, portanto, ao mito do direito penal como o direito igual por excelência, demonstrando que o direito penal é desigual por excelência.

⁴² *Idem*, p. 161.

⁴³ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 180-181.

⁴⁴ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos...** *Op. cit.*, p.181.

⁴⁵ *Idem*, p. 162.

Na teoria marxista, sob o viés da distribuição, a direção do estudo apontou a atenção sobre a desigual distribuição dos recursos e das gratificações sociais, vale dizer, dos atributos positivos de status, mas deixou na sombra a distribuição dos atributos negativos. Dentro desta perspectiva, a desigualdade substancial é vista como o acesso desigual aos meios de satisfação das necessidades elementares. Na sociedade capitalista, o princípio da distribuição dos recursos deriva “da lei do valor que preside à troca entre força do trabalho e salário”. Sob este aspecto, “a igualdade formal dos sujeitos de direito se revela como veículo e legitimação de desigualdade material”⁴⁶.

A criminologia crítica consiste, assim, em um instrumento de demarcação social, destinado àqueles que não servem ao sistema capitalista ou àqueles que, mesmo subservientes, acabam por não se conformar com as hostis condições deste sistema, que afirma o protagonismo da dicotomia capital/trabalho assalariado⁴⁷, criminalizando os excluídos do mercado de consumo.

A criminologia crítica deve ser também dialética, livre do empirismo pragmático, de forma a construir uma práxis social emancipatória comprometida com a concretização dos direitos humanos, voltando-se para a “dignificação do indivíduo enquanto sujeito histórico capaz de realizar todas as suas potencialidades negadas pelo capitalismo”⁴⁸.

Considerando todo o exposto, mostra-se imprescindível a investigação do princípio da insignificância, aplicado ao delito de descaminho, sob a ótica do paradigma da criminologia crítica, com vistas a consolidação de “uma sociedade livre da necessidade de criminalizar para sobreviver”⁴⁹, com a modificação da práxis para diminuir os conflitos.

1.2. Direito Penal Mínimo versus a expansão do Direito Penal

A tendência moderna de inúmeros ramos do direito é adaptar-se constitucionalmente, para o efeito de atender aos ditames do Estado Democrático de Direito, cujo um dos principais fundamentos é a dignidade da pessoa humana.

⁴⁶ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica...** *Op. cit.*, p. 163.

⁴⁷ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos...** *Op. cit.*, *passim*.

⁴⁸ *Idem*, p. 188-189.

⁴⁹ *Idem*, p. 189.

Dentro desta conjuntura que se tem dado a revogação de leis ou, ainda, uma regulação administrativa, a implicar na “diminuição” da abrangência e incidência de algumas áreas do direito⁵⁰.

Sem embargo da referida tendência, o direito penal tem expandido sua incidência, com uma atividade legiferante a criar cada vez mais tipos penais intangíveis e abstratos, com a incriminação desenfreada de atividades, comportamentos e setores da vida social⁵¹. Na esteira do pensamento de André Luís Callegari, igualmente há a:

supressão de limites mínimos e máximos na imposição das penas privativas de liberdade para aumentá-las indiscriminadamente; a relativização dos princípios da legalidade e tipicidade mediante a utilização de regras com conceitos deliberadamente vagos, indeterminados e ambíguos; a ampliação extraordinária da discricionariedade das autoridades policiais(...) redução de determinadas garantias por meio da substituição de mecanismos inquisitórios, com a progressiva atenuação do princípio da presunção da inocência e a consequente inversão do ônus da prova, passando-se a considerar culpado quem não prove sua inocência⁵²

Segue-se uma política que criminaliza mais condutas, com o aumento das penas e a sujeição do indivíduo à prisão, a qual surge como resolução dos problemas sociais. Demais disso, adota-se a forma de um direito penal preventivo ou cautelar⁵³, que antecipa a pena e olvida o princípio constitucional da presunção de inocência. O Direito Penal não protege bens jurídicos, não age antes da sua lesão, mas penaliza (criminalização secundária) antecipadamente o agente que feriu, em tese, a norma de direito penal material.

Semelhante tendência flexibiliza, de certa forma, os pressupostos de imputação objetivos e subjetivos, bem como os princípios garantistas próprios do

⁵⁰ “Não só é ilusória a afirmação de que o direito penal do inimigo afetará unicamente a garantia destes, como também é ilusória a sua suposta eficácia contra os inimigos” Cf. ZAFFARONI, Raúl E. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2ª edição, Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.119

⁵¹ Ver ANDRADE, Vera Regina de Andrade. **Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima – Códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

⁵² CALLEGARI, André Luís, MOTTA, Cristina Reindolff. **Estado e Política Criminal: A expansão do Direito Penal como Forma Simbólica de Controle Social**. In. *Política Criminal, Estado e Democracia – Homenagem aos 40 anos do Curso de Direito e aos 10 anos do Curso de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*.(Org.:André Luis Callegari). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 03. Ver também CARVALHO, Salo de, PERDUCA, Marco. **A política proibicionista e o agigantamento do sistema penal nas formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado**. In. *Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito*. Mária Lúcia Karam (org). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁵³ CALLEGARI, André Luís, MOTTA, Cristina Reindolff. **Estado e Política Criminal... Op. cit.**, p.4.

Estado Democrático de Direito, representando um verdadeiro recrudescimento do sistema penal, a identificar a influência de traços de uma legislação de exceção, identificada com o direito penal do inimigo.⁵⁴

Neste panorama, no contexto do intervencionismo do Estado na Economia, os maximalistas perseveram na idéia da responsabilização criminal por condutas atentatórias à ordem tributária, fato que reclama uma análise da legitimidade, eficiência e viabilidade constitucional à luz da real missão do direito penal no Estado Democrático de Direito⁵⁵.

A expansão do direito penal é nada mais que uma resposta apresentada pelo Estado que se vale de forma desmesurada e, na maioria das vezes, contraproducente de sua principal máquina coercitiva para evitar os “novos riscos”, lesionando, por outro lado, os “novos direitos”.

A eleição de bens jurídicos intermediários ou fictícios ou, ainda, abrangentes, tal como a ordem tributária, descuida do paradigma do direito penal constitucional. Eis que nesses casos, as leis penais criminalizadoras e a missão do direito penal voltam-se apenas para garantir a vigência da norma, “já que o bem jurídico individual já tem sua tutela garantida individualmente”⁵⁶.

Veja-se que a ordem tributária, eleita como bem jurídico a ser tutelado pela Lei nº 8.137/1990, e igualmente tutelada pelos arts. 168-A, 334 e 337-A, do Código Penal, é uma construção estatal fundamento para a ampliação do horizonte do direito penal, sem, é óbvio, atender às necessidades básicas de concretude e limitação exigidas para manutenção da segurança jurídica. A “abstração, a imaterialidade e indeterminação do conceito ‘Ordem Tributária’” é fator impeditivo à função do bem jurídico como elemento limitador do *ius puniend* do Estado e crítico do direito positivo⁵⁷.

Nesse sentido, Auriney Uchôa assinala que a “arrecadação fiscal” também não legitima a persecução penal nas relações obrigacionais tributárias. Para o autor, se fosse assim, o principal elemento do crime passa a ser a dívida e “o direito penal será usado como uma ação fiscal de cobrança travestida de maior

⁵⁴ *Idem, ibidem.*

⁵⁵ BRITO, Auriney Uchôa. **Responsabilidade penal tributária e a missão do direito penal no Estado Democrático de Direito.** In Revista dos Tribunais, Ano 98, nº 886, agosto de 2009, p. 430.

⁵⁶ *Idem*, p. 436.

⁵⁷ *Idem*, p. 437.

poder coercitivo”⁵⁸, o que realmente vai de encontro ao direito penal mínimo e a tendência de descriminalização, porquanto estende a atuação penal nos âmbitos em que o direito administrativo deve, em tese, atuar⁵⁹. Ainda assevera:

Nesta esteira, não há como negar que a estruturação de um sistema tributário é imprescindível para a “realização” e “manutenção” do sistema social. É o instrumento utilizado para a obtenção de recursos financeiros, que serão destinados principalmente à promoção de serviços essenciais à comunidade, como educação, saúde e segurança, além de possuir uma função extrafiscal de controle da economia. Logo, uma atividade tão relevante, não poderia prescindir de proteção pelo direito. Mas será que o direito penal possui legitimidade para desempenhar tal função?⁶⁰

Se, como se sabe, o direito penal deve preocupar-se apenas com as condutas estritamente inconciliáveis com as condições de uma convivência pacífica, que lesione ou ameace de lesão os bens jurídicos de gênese constitucional escolhidos pelo legislador ordinário, então no Estado Democrático de Direito – “que se caracteriza pela positivação petrificada de direitos e garantias fundamentais a todos os cidadãos” – o mecanismo de criminalização encontra limites rígidos nos conceitos de “dignidade penal” e “carência de tutela penal”⁶¹.

Pelo conceito de “dignidade penal”, entenda-se - consoante Aurynei Uchôa com arrimo nas lições de Manoel da Costa Andrade – que “as interferências do direito penal devem ser reservadas a valores ou interesses social e constitucionalmente relevantes, orientadas sempre pela dignidade da pessoa humana”⁶². Por outro lado, o conceito de “carência de tutela penal”⁶³ refere-se ao princípio da subsidiariedade, no sentido de que antes de cogitar acerca da aplicação do direito penal, deve-se comprovar a instrumentalização de todos os outros meios, bem como sua insuficiência em homenagem aos princípios do direito penal mínimo e da dignidade da pessoa humana.

⁵⁸ *Idem, Ibidem.*

⁵⁹ “A consequência é a ameaça de prisão para que o contribuinte cumpra sua obrigação perante o fisco. Caso descumpra, sofrerá o constrangimento de uma ação penal e poderá ser preso, idéia que contraria a vedação de prisão por dívida existente na Constituição Federal e no Pacto de São José da Costa Rica. (...) No Brasil, se aceitarmos a “arrecadação fiscal” como bem jurídico, teremos que aceitar o simbolismo penal como prevenção, e a pena como retribuição pelo não-pagamento da dívida, confundindo esta com a culpabilidade do autor” *Idem, Ibidem.*

⁶⁰ *Idem*, p. 439.

⁶¹ BRITO, Aurynei Uchôa. **Responsabilidade penal tributária...** *Op. cit.* p. 431.

⁶² *Idem, Ibidem.*

⁶³ *Idem*, p. 432.

No Estado Democrático (e Social) de Direito, o autor de delitos tem direito a garantia de um julgamento justo e humano, que impeça que o estado exerça de modo arbitrário seu poder punitivo, no momento do julgamento e também quando da elaboração de leis penais e processuais penais⁶⁴. Dentro dessa perspectiva, de fundamental importância é o princípio da proporcionalidade, abaixo examinado, a subjazer todo o processo de criminalização primária ou secundária, de forma a garantir a proporcionalidade entre o bem jurídico e a gravidade ou potencialidade da lesão, o que não se realiza no ordenamento pátrio, onde o Estado pretende ser máximo.

Em uma sociedade democrática deve remanescer um parâmetro axiológico, de forma que a relação entre o dever ser da pena e os valores da democracia deve ser particular. Note-se que o direito penal é o *locus* onde “se manifestam os limites da democracia política, entendida como poder ou vontade do povo e, portanto, da maioria”⁶⁵.

Segundo Ferrajoli, se pensarmos em uma democracia garantidora do direito penal, enquanto direito penal máximo, poder-se-ia dizer que entre garantismo penal e democracia política, entre segurança e liberdade, entre defesa social e direitos do acusado e condenado, há uma antinomia. Mas se pensarmos a democracia como complementar a democracia política, consistente em “compreender os fundamentos axiológicos e os limites do direito penal e da pena”, desemboca-se, necessariamente, na “democracia constitucional ou de direito”⁶⁶.

Considerando que o limite imposto pelo pacto constitucional, consistente na tutela dos direitos fundamentais - sobretudo a vida e a liberdade pessoal,

⁶⁴ *Idem, Ibidem.*

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. **A pena em uma sociedade democrática.** In. Discursos sediciosos. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 7, nº. 12, p. 31.

⁶⁶ *“trata-se da dimensão que vem a conotar a democracia como “democracia constitucional” ou “de direito” e que aponta não quem está habilitado a decidir (a maioria, justamente), mas sim o que não é lícito decidir por nenhuma maioria, nem mesmo pela unanimidade. Uma nova dimensão na qual o direito penal representa, e historicamente representou, o terreno emblemático de reflexões e elaborações; aquele compromisso da construção de um Estado Constitucional de direito. Esta esfera do não decidível - o que não é lícito decidir (ou não decidir) – consiste, nas constituições democráticas, naquilo que se convencionou subtrair da vontade das maiorias. E o que as constituições – esses contratos sociais em forma escrita, que são os pactos constitucionais – estabelecem como limites e vínculos à maioria, precondições de vida civil e as próprias razões do pacto de convivência? Essencialmente duas coisas: a igualdade dos cidadãos – sejam eles “desviados” ou “não desviados” – e garantia de seus direitos fundamentais, antes de tudo a vida e a liberdade pessoal”* FERRAJOLI, Luigi. **A pena...** *Op. cit.*, p. 32

porquanto não são de interesse geral, nem público - que deu gênese ao poder público, tem-se que:

A única justificativa que o direito penal pode oferecer como alternativa a hipótese abolicionista é que tal limite consiga ser um instrumento de defesa e de garantia de todos: da maioria “não-desviada”, mas também da maioria “desviada”, que portanto se configura como um direito penal mínimo, como técnica de minimização da violência dos delitos; que, em suma, realize um duplo objetivo: a prevenção e a minimização dos delitos, bem como a prevenção das reações informais aos delitos e a minimização das penas.

Deste modo, tem-se que o paradigma do direito penal mínimo contrapõe-se ao retributivismo penal e àquelas teorias que vislumbram utilidades à maioria não desviada, se valendo dos conceitos de prevenção ou defesa social. Ferrajoli anota, nesse sentido, que:

Contra este “utilitarismo” dividido, o paradigma do direito penal mínimo assume como única justificação do direito penal o seu papel de lei do mais fraco em contrapartida a lei do mais forte, que vigoraria na sua ausência; portanto, não genericamente a defesa social, mas sim a defesa do mais fraco, que no momento do delito é a parte ofendida, no momento do processo é o acusado e, por fim, no momento de execução, é o réu.⁶⁷

Segundo o autor italiano, as garantias penal e processual penal se consubstanciam-se, em tese, em técnicas voltadas a minimizar a violência e o poder punitivo, reduzindo, por conseqüência, a previsão do delito, o arbítrio dos magistrados e o recrudescimento da pena. No entanto, o que se verifica é a alimentação do modelo retributivista, em razão mesmo da degeneração da política, vale dizer, da capacidade do sistema político em confrontar a violência com os meios da política, no entanto, o que ocorre, é que apenas o direito penal voltou-se para esse fim, com a conseqüente ênfase no papel político da jurisdição penal⁶⁸.

Além disso, na concepção retributivista, que prevalece em nossa sociedade, o cárcere⁶⁹ tornou-se cada vez mais um instrumento de controle e repressão social reservado aos marginalizados, “dependentes químicos, imigrantes e jovens subproletários que são, em numero crescente, os destinatários principais da

⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. **A pena...** *Op. cit.* p. 32-33.

⁶⁸ *Idem*, p. 33.

⁶⁹ “privação de um tempo abstrato de liberdade, quantificável com precisão e graduável pelo legislador e, depois, pelo juiz, em relação a gravidade – em abstrato e concreto – dos delitos punidos.” *Idem*, p. 35.

reclusão, por causa do aumento da desocupação, da pobreza”⁷⁰, bem como da crise do Estado do Bem Estar Social e da onda repressiva alimentada pelo apelo midiático.

A pena carcerária contém elementos de sofrimento corporal, dilatadas por todo o período da constrição da liberdade, acrescido do sofrimento psicológico: “a solidão, a sujeição disciplinar, a perda da sociabilidade e da afetividade e também da identidade, além daquele sofrimento específico – o ‘castigo da alma’”, ou seja, a pena de reclusão possui um conteúdo aflitivo que supera a privação da liberdade pessoal, tanto é assim, que a pena deixa cair por terra suas características de igualdade, tipicidade, legalidade e jurisdicionalidade⁷¹. *“O cárcere é, portanto, uma instituição ao mesmo tempo não liberal, desigual, atípica, ao menos em parte extra-legal e extra-judicial, lesiva à dignidade da pessoa, penosa e inutilmente aflitiva”*⁷².

Contra esta instituição, sempre mais pobre de sentido, que também o direito penal mínimo depõe. Eis que “produz um custo de sofrimento não compensado por vantagens apreciáveis para ninguém”⁷³, por isso urge a abolição da pena detentiva, ou sua redução e restrição de aplicação, ou ainda a substituição por outras penas não segregadoras. Assim ao lado do direito penal mínimo, faz-se necessária uma política de desencarceramento.

No Brasil a Lei de crimes hediondos e o Regime Disciplinar Diferenciado cuidam-se de legislações de exceção⁷⁴ que recrudesceram o encarceramento em um processo perverso e desumanizador, cuja aflição perpassa o corpo e a mente, ferindo sobremaneira a dignidade do ser humano.

Para sufragar este quadro, imperiosa se faz a descriminalização, a supressão da pena e o desencarceramento, com a restrição do cárcere

⁷⁰ Há “desproporção entre a carga de sofrimento infligida com o cárcere e a escassa relevância social dos delitos punidos com a detenção carcerária e, por outro lado, entre a gravidade provocada pela criminalidade do poder e a enorme e inútil quantidade de processos gerada pela inflação da legislação penal. Duas desproporções que representam uma confirmação do nexos, assegurado no paradigma do direito penal mínimo, entre eficiência e garantismo: ou seja, entre o papel da defesa social do direito penal e a redução tanto da esfera penal e a redução tanto da esfera dos bens merecedores de tutela penal como do grau de aflição das penas” *Idem*, p. 34.

⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. **A pena...** *Op. cit.* p. 35

⁷² *Idem*, p. 36.

⁷³ *Idem*, p. 36-37.

⁷⁴ “se é verdade que o direito penal incide sobre a liberdade dos cidadãos, ele tem uma relevância constitucional, e não é tolerável deixá-lo cotidianamente exposto aos humores contingenciais da maioria do governo e ao surgimento de sempre novas emergências” *Idem*, p. 39.

excepcionalmente às graves ofensas aos direitos e garantias fundamentais referidos constitucionalmente, como a vida, a integridade pessoal entre outros, levando-se em consideração que a liberdade individual é um direito fundamental constitucionalmente garantido⁷⁵. A despenalização deve contemplar a “redução da esfera dos bens que possamos considerar fundamentais e apenas a ofensas realisticamente consideradas que possam ser julgadas decentemente pelo nosso sistema judiciário”.⁷⁶

A criminalização de relações obrigacionais tributárias, igualmente é desumanizador, portanto, afigura-se imprescindível uma articulação programática de mínima intervenção penal, em resposta aos requisitos mínimos de respeito aos direitos humanos na lei penal⁷⁷.

Os direitos humanos, nesse sentido, teria uma dupla função, uma negativa consistente nos limites da intervenção penal e outra positiva, que diz respeito à definição do objeto, possível, mas não necessário, de tutela por meio do direito penal. Um conceito histórico-social dos direitos humanos oferece, em ambas as funções, instrumento teórico mais adequado para a estratégia da máxima contenção da violência punitiva⁷⁸.

O principal resultado desta orientação, consoante Alessandro Baratta, consistem nas seguintes proposições:

a) a pena, que tem por objeto a esfera da liberdade pessoal e a incolumidade física, é violência institucional ou limitação de direitos e repressão de necessidade reais fundamentais dos indivíduos, mediante a ação legal ou ilegal dos funcionários do poder legítimo ou do poder de fato em uma sociedade.

b) os órgãos que atuam nas diferentes organizações da justiça penal não representam nem tutelam interesses comuns a todos os membros da sociedade,

⁷⁵ CERVINI, Raúl. **Os Processos de Descriminalização**. 2ª ed. rev. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, *passim*. Ver também PASSETTI, Edson. **A atualidade do abolicionismo penal**. In Curso Livre de abolicionismo penal. Edson Passetti (org.). Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 13-34.; HULSMAN, Louk. **Alternativas à justiça criminal**. In Curso Livre de abolicionismo penal. Edson Passetti (org.). Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 35-68.; KARAM, Maria Lúcia. **Pela abolição do sistema penal**. In Curso Livre de abolicionismo penal. Edson Passetti (org.). Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 69-108

⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. **A pena...** *Op. cit.* p. 34-35.

⁷⁷ BARATTA, Alessandro. **Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y limite de la ley penal)**. *Doctrina Penal*, ano 10, n] 37 a 40, 1987, p. 299.

⁷⁸ *Idem*, p. 299-300.

mas sim os interesses de grupos minoritários dominantes e socialmente privilegiados. O sistema punitivo é um subsistema funcional da produção material e ideológica do sistema social global, vale dizer, das relações de poder e propriedade existentes;

c) o funcionamento da justiça penal é altamente seletivo, porquanto está dirigido quase que exclusivamente contra as classes populares e, em particular, contra os grupos sociais mais débeis, como evidencia a composição social da população carcerária, apesar dos delitos estarem distribuídos em todos os estratos sociais. *A propósito, as violações mais graves aos direitos humanos ocorrem por obra de indivíduos pertencentes aos grupos dominantes ou que formam parte de organismos estatais ou organizações econômicas privadas, legais ou ilegais.*

d) o sistema punitivo produz mais problemas de quantos pretende resolver. Ao invés de compor conflitos, os reprime, e muitas vezes, estes mesmos adquirem um caráter mais grave em seu próprio contexto originário; também, pelo efeito da intervenção penal, podem surgir conflitos novos no mesmo ou em outros contextos.

e) o sistema punitivo, por sua estrutura organizativa e pelo modo em que funciona, é absolutamente inadequado para desenvolver as funções socialmente úteis declaradas em seu discurso oficial⁷⁹.

O autor ainda assevera que o cárcere, enquanto pena principal e caracterizante dos sistemas penais modernos, corresponderia a um verdadeiro fracasso histórico frente a sua principais funções declaradas: conter e combater a criminalidade, ressocializar o condenado e defender interesses elementares dos indivíduos e da comunidade⁸⁰. Sob esta perspectiva, o autor assevera:

La lucha por la contención de la violència estructural es la misma lucha por la afirmación de los derechos humanos. Em efecto, em una concepción histórico-social, éstos asumen un contenido idéntico al de las necesidades reales históricamente determinadas. Se desprenden de aquí dos consecuencias: la primera es que una política de contención de la violència punitiva es realista solo si se la inscribe em el movimiento para la afirmación de los derechos humanos y de la justicia social. Pues, em definitiva, no se puede aislar la violència estructural y de la injusticia de las relaciones de propiedad y de poder, sin perder el contexto material e ideal e la lucha por la transformación del sistema penal, reduciéndola a una batalla sin salida ni perspectivas de éxito. La segunda consecuencia es que las posibilidades de utilizar de modo alternativo los instrumentos

⁷⁹ BARATTA, Alessandro. **Principios...** *Op. cit.*, p. 300-302.

⁸⁰ *Idem*, p. 302

tradicionales de la justicia penal para la defensa de los derechos humanos son sumamente limitadas.

No obstante, el concepto de derechos humanos, em la doble función antes indicada, continúa siendo el fundamento más adecuado para la estrategia de la mínima intervención penal y para su articulación programática em el cuadro de una política alternativa del control social.⁸¹

Alessandro Baratta ainda faz uma exposição dos princípios que se articulam ao nível da lei penal e da idéia de mínima intervenção penal. Estes princípios dependem da adoção de um ponto de vista interno e externo ao direito penal, são os princípios intrasistemáticos e extrasistemáticos da mínima intervenção penal, que não convém aqui detalhá-los, senão pontuá-los no sentido de que o ponto de vista interno ou intrasistemático indica os requisitos para a introdução e a manutenção de figuras delitivas na lei e o ponto de vista externo ou extrasistemático se refere, diferentemente, a critérios políticos e metodológicos para a descriminalização e para a construção dos conflitos e dos problemas sociais, em uma forma alternativa a que oferece o sistema penal.

Convém, contudo, apontar algumas questões relativas aos princípios extrasistemáticos que se referem à descriminalização e à construção alternativa dos conflitos e problemas sociais⁸²:

a) Pela descriminalização se impõe uma tarefa de eliminação parcial ou total das figuras delitivas, ou ainda a implementação de mudanças que reduzam quanto qualitativamente como quantitativamente a violência punitiva.

b) A intervenção útil indica que a alternativa à criminalização nem sempre é representada por outra forma de controle social formal ou informal.

c) A “privatización” dos conflitos considera as possibilidades de substituir parcialmente a intervenção penal por meio de formas de direito restitutivo e acordos entres as partes, no quadro de instâncias públicas e comunitárias de reconciliação. O sistema penal geralmente reprime os conflitos e propicia sua construção em um âmbito técnico que os priva de suas reais conotações políticas. Poder-se-ia, então, restituir aos conflitos à dimensão política que lhes é própria e, em segundo lugar, de considerar como alternativa ao tratamento penal, formas de intervenção institucional confiáveis não só aos órgãos administrativos, senão

⁸¹ *Idem*, p. 303-304.

⁸² BARATTA, Alessandro. **Princípios...** *Op. cit.*, p. 324-330.

também, e, sobretudo, àqueles pertencentes à representação política, assegurando, deste modo, a participação e o controle popular da gestão das contradições mais relevantes do sistema político.

d) A preservação das garantias formais exige que, em caso de deslocamento dos conflitos fora do campo da intervenção penal para outras áreas de controle social ou comunitário, a posição dos sujeitos não seja reconduzida a um regime de menores garantias do que aquele previsto pelo direito penal.

e) No que tange aos princípios metodológicos da construção alternativa dos conflitos e problemas, têm por função enfrentar a coisificação dos conceitos de criminalidade e de pena e propiciar uma visão inovadora e mais diferenciada dos conflitos e problemas sociais.

f) O princípio de subtração metodológica dos conceitos de criminalidade e de pena recomenda a que os atores implicados na interpretação dos conflitos, dos problemas e da busca de soluções, realizem tal experimento prescindindo do emprego dos conceitos de criminalidade e de pena, para o fim de que se possa verificar se e como poderiam construir-se não só os conflitos e os problemas, mas também suas respostas sob ótica distinta da punitiva.

g) A especificação dos conflitos em contraposição a resposta punitiva nos deixa a seguinte questão “¿Cómo se pueda aceptar la pretensión de um sistema, como el penal, de responder, com los mismos instrumentos y los mismos procedimientos, a conflitos de tan vasta heterogeneidad?”⁸³

h) O princípio geral de prevenção oferece uma indicação política fundamental para uma estratégia alternativa de controle social. Nesse sentido, a política da justiça social, a realização dos direitos humanos, a satisfação das necessidades reais dos indivíduos representam muito mais que uma política criminal alternativa: constituem a verdadeira alternativa à política criminal. O sistema penal não é apto para proporcionar as defesas mais eficazes dos direitos humanos, pelo fato de que sua intervenção está estruturalmente limitada à formulação de respostas sintomáticas aos conflitos e em lugar e no momento em que estes se manifestam dentro do sistema social.

⁸³ *Idem, ibidem.*

i) Por sua vez, a articulação autônoma dos conflitos e das necessidades reais é, para Alessandro Baratta, o mais importante dos princípios extrasistemáticos. Segundo este princípio a articulação autônoma da percepção e da consciência dos conflitos, das necessidades reais e dos direitos humanos por parte de seus próprios portadores, em uma comunicação não condicionada pelo poder, e a idéia da democracia e da soberania popular são os princípios guia para a transformação do Estado, não só para um modelo formal de Estado de direito, senão também para um modelo substancial de um Estado de direitos humanos.

Considerando essas premissas e tomando-se em conta que o tema da presente pesquisa será abordado sob a lente de um direito penal de natureza democrática e constitucional, nos alinhamos à proposta político-criminal do direito penal mínimo, que evoca a instrumentalização de uma dogmática jurídico-penal em torno de uma concepção delimitadora da intervenção punitiva estatal, consubstanciada em uma passagem rumo ao abolicionismo penal.

O minimalismo penal ou direito penal mínimo deve ser visto como uma etapa necessária “a ser trilhada em direção ao amadurecimento cultural que a superação definitiva do sistema penal reclama”⁸⁴.

CAPÍTULO 2. PRINCÍPIOS INFORMADORES DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL

O princípio da insignificância aplicável aos delitos de ínfima expressividade coaduna-se com o entendimento predominante e consolidado na doutrina e jurisprudência, de que num Estado Democrático de Direito toda intervenção penal deve ser realizada com a observância dos princípios fundamentais do direito penal, com vistas a serem respeitados os direitos e garantias fundamentais do cidadão⁸⁵.

A conjugação de todos os princípios, por si só, constitui via adequada para se chegar à atipicidade dos fatos insignificantes.

⁸⁴ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos...** *Op. cit.*, p. 234. Ver também HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. Tradução de Regina Greve; Coord. e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

⁸⁵ SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância e os crimes ambientais**. Ano 97, vol. 867, janeiro 2008. Editora Revista dos Tribunais.

2.1.Princípio da fragmentariedade

O direito penal tutela bens jurídicos selecionados por critérios políticos criminais dentre aqueles bens definidos na Constituição Federal⁸⁶, ou seja, não protege todos os bens da vida definidos como importantes para o direito. Desta sorte, o tipo não é mero indicador de antijuridicidade, mas portador de um sentido de ilicitude, dotado de conteúdo material com função seletiva, vale dizer, apto a distinguir entre os inúmeros comportamentos humanos aquelas condutas “dignas de castigo”⁸⁷.

Daí o caráter fragmentário do direito penal, que não trabalha com cláusulas gerais, tal como o direito civil, mas funciona segundo a racionalidade de que determinadas condutas que lesionam bens jurídicos tutelados pela norma material penal são proibidas ao passo que todas as outras condutas são lícitas.

Os bens jurídicos selecionados com supedâneo na Carta Maior, relevantes para a vida humana individual ou coletiva - *v.g.*, a vida, a integridade e saúde corporais, a honra, a liberdade individual, o patrimônio, a sexualidade, a família, a incolumidade, a administração pública e etc⁸⁸ - são tutelados pelo direito penal, mas de forma parcial, o que significa dizer que os bens não são protegidos em todas as suas dimensões e roupagens.

A proteção fragmentária, figura rigorosa, está intimamente ligada ao caráter subsidiário do direito penal, o qual somente deve ser aplicado como última *ratio*, quando os demais instrumentais que o Estado dispõe para proteger o bem da vida tutelado falham⁸⁹.

A concepção material de tipo considera duas ordens de valoração consistentes no juízo de desvalor ético-social e na carga valorativa contida no tipo “que permite a este último desempenhar importante função seletiva sobre as mais variadas formas de comportamento humano”⁹⁰, dando a nota fragmentária do direito penal.

⁸⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Op. cit.*, p. 05.

⁸⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**, 5ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994, p. 121

⁸⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios...** *Op.cit.* p. 121.

⁸⁹ Daí a alusão já vulgarizada de que o direito penal é o último soldado que se põe na batalha.

⁹⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios...** *Op.cit.* p. 127.

Enfim, o tipo legal, ao lado da “função de garantia”⁹¹, tem uma função seletiva, determinando o que é crime e o que não é crime, o que permite um juízo de tipicidade e outro juízo, o de atipicidade.

Nilo Batista, nesse sentido, registra que o direito penal consubstancia-se em um sistema descontínuo de ilicitude, em que não se lança mão da analogia nem da colmatação de lacunas, ao inverso, a fragmentariedade dá o tom de onicompreensão da tutela penal, impondo, necessariamente, a seleção dos bens jurídicos e das formas com que se possa ofendê-los⁹².

2.2. Princípio da subsidiariedade

O princípio da subsidiariedade no direito penal pressupõe o princípio da fragmentariedade e deriva, na lição de Nilo Batista, de sua consideração como remédio extremo, o qual só deve ser ministrado quando qualquer outra medida não se revele suficiente, ou seja, a intervenção do direito penal apenas se dá quando falham as demais barreiras protetoras do bem jurídico. Equivale a dizer, também, que o instrumento mais grave não deve ser utilizado quando basta ou se obtém o mesmo resultado com o meio mais suave, se assim não fosse contrariaria os objetivos do próprio direito⁹³.

A subsidiariedade, consoante o autor, coloca em questão a autonomia do direito penal, que se resolveria em saber se é constitutivo ou sancionador. Enquanto constitutivo, o direito penal tutela bens e interesses jurídicos de forma autônoma, ainda que já tutelados por outros ramos do direito. Enquanto sancionador, característica perfilhada pelo autor, o direito penal deve ser examinado objetivamente com a totalidade do ordenamento jurídico.

Essa última tendência deve guiar o legislador para o fim de que este não se socorra permanentemente do direito penal. A propósito disso, o texto constitucional seleciona situações a serem necessariamente tratadas pelo legislador penal “naqueles casos essenciais à vida, à saúde e ao bem-estar do povo: chama-se a isso ‘imposição constitucional de tutela penal’”⁹⁴.

⁹¹ *Idem, ibidem.*

⁹² BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, p. 86.

⁹³ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica...** *Op. cit., m*, p. 86-87

⁹⁴ *Idem*, p. 89-90.

As modernas teorias do Estado Mínimo, do direito penal como ultima *ratio* e o abolicionismo penal, defendem que a lei penal deve ser aplicada senão de forma subsidiária a outros meios de coerção do Estado, de modo que a atuação penal deve ser residual, dando-se especial atenção à necessidade e ao tipo de intervenção, bem como aos eficazes efeitos da tutela pretendida. Neste diapasão, quanto ao delito de descaminho, a intervenção adequada que aqui se defende é a “administrativo fiscal, que deve isentar absolutamente o direito penal de se movimentar de forma prematura”⁹⁵.

Uma das funções do direito penal é proteger as condições indispensáveis da vida comunitária, assim cumpre ao direito penal, por meio do legislador, selecionar dentre os comportamentos aqueles que consistem em um ato ilícito que realmente mereça a sanção de natureza criminal, sob uma perspectiva teleológica e constitucional. É uma função valorativa, que denota a dignidade penal do fato selecionado⁹⁶.

A natureza do direito penal é subsidiária no sentido de que somente se pode punir lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para um vida em comum ordenada, pelo que onde bastem o direito civil ou o direito público, o direito penal não deve atuar⁹⁷.

No delito de descaminho, *v.g.*, quando é feito o pagamento do tributo, o fato já foi resolvido, aplicar, apesar disto, a pena criminal, “seria medida sem função alguma”, a desconsiderar o princípio da subsidiariedade no direito penal, vez que a extinção do crédito com o pagamento do tributo não implica lesão ao erário, que é o principal bem jurídico tutelado pela norma. Se o contribuinte não recolhe o tributo legalmente constituído, após o transito em julgado da decisão condenatória administrativa, aí tem lugar a atuação do sistema penal, subsidiariamente ao Fisco⁹⁸.

Note-se, do referido exemplo, que a subsidiariedade do direito penal deriva justamente da sua avaliação como “remédio sancionador extremo”, que deve ser

⁹⁵ DOTTI, René Ariel, SCANDELARI, Gustavo Britta. **A exigência do exaurimento da via administrativa nos crimes de descaminho**. Revista dos Tribunais, Ano 97, vol.877, Nov 2008, p. 401.

⁹⁶ DOTTI, René Ariel, SCANDELARI, Gustavo Britta. **A exigência...** *Op. cit.*, p. 401.

⁹⁷ BRUTTI, Roger Spode. **O princípio da insignificância e sua aplicabilidade pela polícia judiciária**. In. Revista dos Tribunais. Ano 98, vol. 850, agosto de 2006, p. 481.

⁹⁸ DOTTI, René Ariel, SCANDELARI, Gustavo Britta. **A exigência...** *Op. cit.*, p. 401

aplicado apenas quando outro se revele verdadeiramente insuficiente. A intervenção penal deve se dar unicamente quando fracassam as demais meios para a tutela do bem jurídico. *In casu*, “não é lícito ao *Estado Penal* agir antes do *Estado Fiscal*, sob pena de negação do *princípio da subsidiariedade* próprio de um *Sistema Penal Democrático*”⁹⁹.

Dessarte, o descaminho deve ser reduzido a um núcleo essencial, visando à consecução efetiva da missão do direito penal, consistente na tutela dos bens jurídicos mais essenciais, decorrente de uma atuação subsidiária, como *ultima ratio*¹⁰⁰.

Se a missão do direito penal no Estado Democrático de Direito deve ser intervir, repita-se, como *ultima ratio*, compete aos operadores de direito buscar alternativas aptas a tutelar os bens jurídicos individuais ou coletivos, para o fim de, especialmente, “planejar sua reestruturação para que se torne efetiva ao ponto de dispensar a coerção penal”¹⁰¹. Aurynei Uchôa acresce:

A criminalização de condutas meramente administrativas, como ocorre no direito penal tributário, sem uma pesquisa aprofundada dos conceitos de “dignidade penal” e “carência de tutela penal” levará, peremptoriamente, a uma progressiva perda da legitimidade punitiva do Estado. Se banalizado, o direito penal perderá sua credibilidade coercitiva, o que levará à neutralização psicológica de culpa e ao ressurgimento da vingança privada.

Ou seja, o direito penal não pode perder sua natureza subsidiária, banalizando sua atuação para além dos limites outorgados pela Carta Constitucional, ao determinar a tutela de determinados bens jurídicos.

2.3. Princípio da lesividade

Todo crime pressupõe lesão de bem jurídico na medida em que não existem crimes de intenção, pensamento, ideação. O princípio da lesividade se destina justamente a evitar que lesões irrelevantes sejam objeto da cominação, aplicação e execução de penas e medidas de segurança. O objeto deste princípio

⁹⁹ *Idem*, p. 402

¹⁰⁰ RIBEIRO, Júlio Dalton. **Princípio da insignificância e sua aplicabilidade no delito de contrabando e descaminho**. In. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Bimestral, ano 16, nº 73, julho-agosto de 2008, p. 72

¹⁰¹ BRITO, Auriney Uchôa de. **Responsabilidade penal...** *Op. cit.*, p. 429.

é o bem jurídico, devendo ser considerados sua natureza (dimensão qualitativa), bem como a extensão da lesão ao bem (dimensão quantitativa) ¹⁰².

Qualitativamente, o princípio da lesividade impede a criminalização primária e secundária excludente ou redutora das liberdades constitucionais, as quais devem ser objeto de maior garantia positiva e menor limitação negativa como objeto de criminalização por parte do Estado¹⁰³. Quantitativamente, o princípio exclui a criminalização primária e secundária de lesões irrelevantes aos bens jurídicos. Assim é que, na lição de Juarez Cirino de Freitas:

o princípio da lesividade é a expressão positiva do princípio da insignificância em Direito Penal: lesões insignificantes de bens jurídicos protegidos, como a integridade ou a saúde corporal, a honra, a liberdade, a propriedade, a sexualidade etc., não constituem crime. ¹⁰⁴

Assinala Nilo Batista que o princípio da lesividade transporta para o terreno penal a questão geral da exterioridade e alteridade do direito, a significar que o direito coloca face a face dois sujeitos, no sentido de que “à conduta do sujeito autor do crime deve se relacionar com o signo do outro sujeito, o bem jurídico”¹⁰⁵. Reportando-se a Claus Roxin, o autor assevera que:

só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e que não é simplesmente um comportamento pecaminoso ou imoral; (...) o direito penal só pode assegurar a ordem pacífica externa da sociedade, e além desse limite nem está legitimado nem é adequado a educação moral'. À conduta puramente interna, ou puramente individual – seja pecaminosa imoral, escandalosa ou diferente – falta a *lesividade* que pode legitimar a intervenção penal¹⁰⁶.

Por esta perspectiva, para o professor, o princípio da lesividade teria quatro principais funções, quais sejam:

1) proibir a incriminação de atitudes internas, como idéias, convicções, desejos, aspirações e sentimentos, os quais não devem subsidiar o tipo penal, nem se orientam a prática do crime, como é o caso do projeto mental. Nada obstante, o direito penal se interessa pelo dolo, enquanto vontade do autor em

¹⁰² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal...** *Op. cit.*, p. 25.

¹⁰³ *Idem*, p. 26.

¹⁰⁴ *Idem, ibidem*.

¹⁰⁵ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica...** *Op.cit.* p. 91

¹⁰⁶ *Idem, ibidem*.

levar a efeito a conduta objetiva proibida, bem como se interessa por intenções, motivos e estados especiais de ânimo, desde que ligado a uma conduta externa.

2) proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, como os atos preparatórios de um crime cuja execução não se consumou; o conluio entre duas ou mais pessoas para a prática de um crime que não foi iniciada; a impunibilidade do crime impossível, da auto-lesão e também dos usuários de droga, sem embargo do disposto na Lei anti-drogas, Lei nº 11.343/2006, em seu art. 28.

3) proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais, vale dizer, dar efeito ao direito penal do fato, afastando-se o direito penal do autor. Assim, é vedada a cominação de pena ao homem pelo sua condição de ser, o que implica, segundo Nilo Batista, excluir do direito penal as medidas de segurança fundadas na periculosidade do autor.

4) proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico, como as práticas e hábitos de grupos minoritários e condutas que são objeto apenas de apreciação moral.¹⁰⁷

O princípio da lesividade expressa o valor que possui o bem jurídico, o qual deve ser corretamente definido, porquanto é o sinal da lesividade do crime, aponta a materialização da ofensa, que limita e ao mesmo tempo legitima a intervenção penal do Estado¹⁰⁸.

Para nós, o bem jurídico decorre do texto constitucional, dos direitos e garantias fundamentais tutelados pelas normas materiais da Carta Maior.

Assevera Nilo Batista que o bem jurídico resulta da criação política de crime e sua substância guarda estrita dependência daquilo que o tipo ou tipos criados possam informar acerca dos objetivos do legislador, e anota que o bem jurídico “não pode formalmente opor-se a disciplina constitucional, explícita ou implicitamente, defere ao aspecto da relação social questionada, funcionando a Constituição particularmente como um controle negativo”¹⁰⁹.

Ainda, explicita o autor:

¹⁰⁷ BATISTA, Nilo. **Introdução...** *Op. cit.*, p. 92-94.

¹⁰⁸ *Idem*, p. 95.

¹⁰⁹ BATISTA, Nilo. **Introdução...** *Op. cit.*, p. 96.

Numa sociedade de classes, os bens jurídicos não de expressar, de modo mais ou menos explícito, porém inevitavelmente, os interesses da classe dominante, e o sentido geral de sua seleção será o de garantir a reprodução das relações de dominação vigentes, muito especialmente das relações econômicas estruturais¹¹⁰.

Resta incontestável a conclusão segundo a qual a intervenção penal apenas será legítima se houver lesividade ao bem jurídico, sendo que a mera interpretação literal da norma não tem capacidade para promover a justiça social.¹¹¹

2.4. Princípio da adequação social

Ao lado do princípio da insignificância está o princípio da adequação social, segundo o qual a conduta formalmente inserida na descrição do tipo seria materialmente atípica, na hipótese de se incluir entre comportamentos socialmente permitidos, caso em que a ação socialmente adequada estaria desde já excluída do tipo, porquanto se realizaria dentro na normalidade social.

A adequação social é princípio geral que orienta a criação e a interpretação da lei penal¹¹², excluindo a tipicidade nos casos em que a ação é realizada no contexto da ordem social histórica da vida. “são ações socialmente adequadas – e, portanto, atípicas, ainda que correspondam à descrição do tipo legal”¹¹³.

¹¹⁰ Também, o autor aponta cinco funções do bem jurídico: “1ª, axiológica (indicadora das valorações que presidiram a seleção do legislador); 2ª sistemático-classificatória (como importante princípio fundamentador da construção de um sistema para a ciência do direito penal e como o mais prestigiado critério para o agrupamento de crimes, adotado por nosso código penal); 3ª exegética (ainda que não circunscrito a ela, é inegável que o bem jurídico, como disse Aníbal Bruno, é ‘o elemento central do preceito’, constituindo-se em importante instrumento metodológico na interpretação das normas jurídico-penais); 4ª dogmática (em inúmeros momentos, o bem jurídico se oferece como uma cunha epistemológica para a teoria do crime: pense-se nos conceitos de resultado, tentativa, dano/perigo etc.); 5ª crítica (a indicação dos bens jurídicos permite, para além das generalizações legais, verificar as concretas opções e finalidades do legislador, criando, nas palavras de Bustos, oportunidade para ‘a participação crítica dos cidadãos em sua fixação e revisão’). *Idem*, p. 96-97

¹¹¹ “Através do princípio da lesividade, só pode ser penalizado aquele comportamento que lesione direitos de outrem e que não seja apenas um comportamento pecaminoso ou imoral; o direito penal só pode assegurar a ordem pacífica externa da sociedade e além desse limite não está legitimado e nem é adequado para a educação moral dos cidadãos. As condutas puramente internas ou individuais, que se caracterizem por ser escandalosas, imorais, esdrúxulas ou pecaminosas, mas que não afetem nenhum bem jurídico tutelado pelo Estado, não possuem a lesividade necessária para legitimar a intervenção penal” Maurício Antônio Ribeiro Lopes *Apud* BRUTTI, Roger Spode. **O princípio...** *Op. cit.*, p. 477-497.

¹¹² “Trata-se, segundo Welzel – responsável por sua introdução no direito penal – de um princípio geral da hermenêutica” TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios...** *Op. cit.*, p. 131.

¹¹³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal...** *Op. cit.*, p., p. 107.

Algumas lesões não preenchem nenhum tipo legal de lesão, ou seja, não se enquadram no conceito de tipicidade material, por força de sua adequação social. Assim ocorre com o princípio da insignificância, que abrange ações não típicas, pois se o tipo legal descreve injustos penais, então não pode incluir ações socialmente adequadas¹¹⁴.

Ao inverso do tipo abstrato de comportamento proibido, a conduta socialmente adequada não se insere na descrição esquemática de uma classe de condutas que sejam danosas ou ético-socialmente reprovadas “a ponto de serem reputadas intoleráveis pela ordem jurídica”¹¹⁵.

De outro vértice, observe-se que os tipos, por serem “frutos de um juízo de desvalor ético-social” e, igualmente, conceitos abstratos, “é impossível evitar que suas previsões legais tenham um alcance maior do que aquele que deveriam ter”, motivo pelo qual são limitados pelos tipos permissivos¹¹⁶. Para além disso, “condutas socialmente adequadas e até socialmente necessárias podem, pelo seu aspecto externo ser atraídas para o campo de força do tipo legal de crime”¹¹⁷.

Se o tipo descreve uma conduta proibida, não é possível interpretá-lo, em situações aparentes, como se estivessem igualmente alcançando condutas lícitas, socialmente aceitas e adequadas. De outro giro, a conduta socialmente adequada não é causa de justificação¹¹⁸, pois está excluída do tipo, vez que se realiza dentro do âmbito da normalidade social¹¹⁹, ou seja, “a adequação social exclui desde logo a conduta em exame do âmbito de incidência do tipo, situando-a entre os comportamentos normalmente permitidos” (ou materialmente atípicos)¹²⁰.

Note-se que o princípio da adequação social pode alcançar diversas circunstâncias que nem sempre estarão dentro dos padrões éticos e morais. Nada obstante, quanto a essas eventuais situações apenas se exige que se enquadrem

¹¹⁴ não são típicas “a entrega de pequenos presentes de final de ano a empregados em serviços públicos de coleta de lixo ou de correios, em face de sua generalizada aprovação, não constituem corrupção; jogos de azar com pequenas perdas ou ganhos não são puníveis; manifestações injuriosas ou difamatórias no âmbito familiar são atípicas”, *Idem, Ibidem*.

¹¹⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios...** Op. cit., p. 127.

¹¹⁶ *Idem*, p.129.

¹¹⁷ *Idem, ibidem*.

¹¹⁸ Não é necessário ao agente recorrer a uma causa de justificação para alcançar a impunibilidade do fato, vez que este é atípico, ou seja, não possui desde logo a tipicidade material.

¹¹⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios...** Op. cit., p. 131.

¹²⁰ *Idem*, p. 132.

na moldura do comportamento socialmente permitido “dentro do quadro da liberdade de ação social”, como expõe Toledo, reportando-se à Welzel¹²¹.

Zaffaroni e Pierangeli aduzem que a teoria da adequação social da conduta implica um corretivo de tipicidade legal, de acordo com a *tipicidade comglobante*, porquanto remete à ética social. Os autores consideram arriscado a questão sair do campo normativo e passar ao campo da ética, especialmente em função da amplitude da remissão que pode ser concedida¹²².

Haveria, assim, remissões da ordem jurídica à ética social, freqüente nos tipos penais. Como exemplos, são citados: a) os tipos culposos, em que, para precisar o dever de cuidado, é necessário recorrer às normas sociais de conduta e; b) os casos de determinação da posição de garante, em que também se apela as mesma fontes e, c) os tipos dolosos em que há elementos normativos que remetem às valorações ético-sociais “(conceito de honestidade – art. 216, *caput*, do CP-, conceito de obscenidade – arts. 233 e 234 do CP)”¹²³. Destarte, os autores compreendem a teoria da adequação social de forma diversa, pois, no talante aos exemplos citados, não acreditam que:

Essas comprovações autorizem uma ampliação tão generalizada das pontes estendidas da tipicidade à ética social, nem uma teoria geral tão ampla, cuja abertura, frequentemente, a associa ao velho conceito de antijuridicidade material.

De outra parte, os casos que se pretendem resolver com recurso a essa teoria (adequação social) são tantos, e tão diversos, que praticamente demonstram que se trata de um conceito pouco claro, que se pretendeu usar para resolver quase todas as questões que com certeza não se sabia como solucionar.¹²⁴

A crítica à teoria de Welzel é fechada nos seguintes termos: “*a tipicidade comglobante não é – como a teoria da adequação social da conduta – uma concepção corretiva proveniente da ética social material, e sim uma concepção normativa.*”¹²⁵. Ao contrário do pensamento por nós perfilhado (Prof. Juarez Cirino dos Santos).

¹¹⁹ *Idem, Ibidem.*

¹²² ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Vol. 1. Parte Geral.** 6ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 483

¹²³ *Idem, ibidem.*

¹²⁴ *Idem, Ibidem.*

¹²⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual... Op. cit.**, p.484.

Apesar de ser perigoso valorar a conduta no plano ético social, saindo do plano normativo, não se pode descuidar de semelhante princípio geral de hermenêutica, que reduz os tipos penais e representa o âmbito “suportável”¹²⁶ de atuação social, permitindo, inclusive, o reconhecimento do princípio da insignificância no caso concreto.

2.5. Princípio da intervenção mínima

A intervenção mínima consiste em uma tendência político-criminal que defende a redução ao mínimo da solução punitiva nos conflitos sociais, em consideração ao efeito, em geral, contraproducente da ingerência penal do Estado, cuja intervenção muitas vezes agrava o conflito ao invés de resolvê-los¹²⁷.

Em um sentido mais amplo, quer significar que o direito penal deve intervir sempre que o ataque aos bens jurídicos mais importantes, protegidos constitucionalmente, seja sobremaneira ignóbil.

O crime difere das infrações extra-penais qualitativamente, porquanto consiste em um delito de natureza grave a revelar uma culpabilidade mais elevada, merecendo no maior das vezes a cominação da pena, com a consequente constrição da liberdade ou direitos.

Por força deste princípio, para merecer a sanção penal, o delito deve ser um injusto deveras grave e com uma culpabilidade também elevada. A “pena deve ser reservada para os casos em que constitua o único meio de proteção suficiente da ordem social frente aos ataques relevantes”¹²⁸. Desta sorte, aqueles fatos em que a conduta, em tese criminosa, não implique risco concreto ou lesão a nenhum dos bens da vida, tutelados pela norma material constitucional, não devem ser incriminados¹²⁹.

Alinhava Nilo Batista que este princípio, apesar de não estar inscrito expressamente na Constituição e no Código Penal, integra a política criminal, impondo-se ao legislador e ao intérprete da lei, enquanto um princípio imanente, compatível e conectado logicamente com outros princípios jurídico-penais,

¹²⁶ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos...** *Op. cit.*, p. 345-347..

¹²⁷ *Idem*, p. 309.

¹²⁸ *Idem*, p. 119.

¹²⁹ *Idem*, p. 120.

“dotados de positividade, e com pressupostos políticos do Estado de direito democrático”¹³⁰.

O princípio além de se dirigir ao magistrado¹³¹ que comina a pena, dirige-se ao legislador que deve buscar na realidade fática o substancial dever-ser para tornar efetiva a tutela dos bens e interesses considerados. Sem embargo do exposto supra, o Professor André Luís Callegari faz uma crítica ao discurso retórico que permeia o princípio da intervenção mínima, dizendo que na “nova sociedade” o Estado:

ampliou sobremaneira sua intervenção com a proliferação de infrações penais e administrativas num claro processo de cessão (redobrar) do princípio da intervenção mínima. O que se chamou de ‘administração do Direito Penal’ ou caráter meramente sancionatório do direito penal, afastando-se de sua função mínima de tutela de bens jurídicos, parece uma constante do direito vigente que começa a consolidar-se, sancionando meras desobediências ou descumprimentos de processos regulamentadores¹³²

Segundo o autor, este processo expansionista antecipa a intervenção penal às esferas distantes da lesão de bens jurídicos e formas culposas e omissivas de lesão, o que seria um processo inevitável ante um Estado que tem que responder a expectativas contrapostas, a demandas de maior intervenção estatal em vários âmbitos, de forma que, coadunar tal contexto – de transformação social crescente e heterogênea - com o princípio da intervenção mínima é, em tese, um objetivo insustentável¹³³.

Modernamente, vislumbra-se o direito penal em uma incontida expansão, como se não existissem outros mecanismos de controle social válidos e eficazes¹³⁴. Assim o princípio da intervenção mínima, que deveria ter real eficácia normativa no contexto da adaptação constitucional, é sobrepujado pela criminalização primária e secundária.

¹³⁰ BATISTA, Nilo. **Introdução...** *Op. cit.*, p. 85. O autor ainda afirma que o princípio da intervenção mínima é relacionado a dois outros princípios do direito penal, quais sejam a fragmentariedade e a subsidiariedade, sendo que este último introduz o debate acerca da autonomia do direito penal, sobre sua natureza constitutiva ou sancionadora.

¹³¹ Ainda, de acordo com o que dispõe o art. 59 do Código Penal a pena deve ser estritamente necessária e suficiente para a reprovação do crime, para o fim de se impedir o excesso punitivo.

¹³² CALLEGARI, André Luís, MOTTA, Cristina Reindolff. **Estado e Política...** *Op.cit.* p. 2.

¹³³ *Idem*, p. 2-3.

¹³⁴ *Idem*, p. 3.

Zaffaroni e Pierangeli afirmam que, em nosso contexto da América-Latina, é necessário um reforço ao princípio da intervenção mínima, vez que estaríamos sofrendo as conseqüências da violação aos direitos humanos, consistente no comprometimento do nosso direito ao desenvolvimento (injusto jushumanista), consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Estas conseqüências seriam traduzidas no aumento das contradições e da violência social interna, com o conseqüente genocídio interno e destruição do sistema produtivo, “submetendo-nos a um subdesenvolvimento ainda pior, como decorrência de uma violência incontrolável”¹³⁵.

Sob esta perspectiva, se a intervenção penal é violenta, pouco apresenta de racional e resulta em mais violência, produzindo, ainda o “injusto jushumanista”, acentuado seus graves efeitos.

Diante disso, o sistema penal deve corresponder ao princípio da intervenção mínima, traduzida pela idéia de que o direito penal deve servir como um instrumento de proteção subsidiária e fragmentária, encontrando, ainda arrimo constitucional na inviolabilidade do direito à liberdade.

2.6. Princípio da proporcionalidade

A subsidiariedade ínsita ao direito penal, enquanto última forma de tutela oferecida pelo aparelho do Estado, tem seus contornos limitados pelo princípio da proporcionalidade, segundo o qual os meios adequados devem ser os meios estritamente necessários, eis que o bem sacrificado pode ser mais relevante que o tutelado, caso em que o sacrifício do bem - *v.g.* liberdade, dignidade - é incabível.

Neste sentido, Cirino dos Santos ressalta que as sanções cominadas pelo direito penal podem ser inadequadas e desnecessárias em dois sentidos. Primeiramente, nos casos em que o desvalor do resultado é mínimo e a conduta não deve ser punida pelo direito penal, mas constituir contravenção penal ou permanecer na seara da responsabilidade civil. De outro vértice, se o desvalor do resultado for máximo, as medidas constrictivas não devem ser absurdamente desproporcionais.¹³⁶

¹³⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual...** *Op. cit.*, p. 72-73.

¹³⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal...** *Op. cit.*, p. 26.

Não se trata de uma fórmula matemática, mas sim de um princípio geral de interpretação, aplicação e execução da lei penal material. Preleciona o mesmo autor que o princípio é constituído por três sub-princípios básicos consistentes na adequação, na necessidade e na proporcionalidade em sentido estrito.¹³⁷

O princípio da adequação, bem como o da necessidade, têm por fim otimizar as possibilidades da realidade no sentido de conferir aos fins meios estritamente adequados e necessários. A fórmula da aplicação dos princípios pode ser vislumbrada por meio da seguinte investigação, conforme Cirino: “a pena criminal é um meio adequado (entre outros) para realizar o fim de proteger um bem jurídico?” e “a pena criminal (meio adequado, entre outros) é, também, meio necessário (outros meios podem ser adequados, mas não seriam necessários) para realizar o fim de proteger um bem jurídico?”¹³⁸.

Por sua vez, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito tem por fim a otimização das possibilidades jurídicas ao nível da definição legal dos crimes (criminalização primária) e ao nível da aplicação e execução das penas criminais (criminalização secundária), também podendo ser vislumbrada mediante a seguinte investigação: “a pena criminal cominada e/ou aplicada (considerada meio adequado e necessário ao nível da realidade) é proporcional à natureza e extensão da lesão abstrata e/ou concreta do bem jurídico?”¹³⁹.

Sem embargo, com a descodificação e a criação de micro sistemas legislativos, agravou-se a clarividente incoerência do sistema de política criminal, consistente na desproporcionalidade e irrazoabilidade das sanções previstas abstratamente no Código e nas legislações extravagantes. Assim, o objetivo maior de integrar princípios meios e fins ou “harmonizar os meios e os fins da realidade com os princípios jurídicos fundamentais do povo”¹⁴⁰ resta debelado pelo arbítrio das normas penais fabricadas pelos obreiros do discurso oficial.

Em tese, o princípio da proporcionalidade, de dignidade implicitamente constitucional, tem o condão de evitar que penas excessivas ou desproporcionais sejam aplicadas, seja pelo desvalor da ação, seja pelo desvalor do resultado¹⁴¹,

¹³⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal...** *Op. cit.*, p.26

¹³⁸ *Idem*, p. 27.

¹³⁹ *Idem, ibidem*.

¹⁴⁰ *Idem, ibidem*.

¹⁴¹ *Idem, ibidem*.

neste último caso, as lesões insignificantes devem ser descartadas, face à inexistência de tipicidade material.

Segundo as lições do professor Juarez Cirino dos Santos, o princípio da proporcionalidade possui uma dimensão concreta e outra abstrata. Assim, a proporcionalidade abstrata conduz a que a criminalização primária - a definição legal de crimes e penas -, tem que se limitar a graves violações dos bens da vida - e não à violações bagatelares -, para o fim de delimitar a aplicação de sanções de acordo com a natureza e extensão do dano social levado a efeito pelo crime. Neste talante, imperioso proceder à adequação das penas em escalas, de acordo com o bem jurídico lesado e a gravidade da lesão.¹⁴²

De outro giro, pelo princípio da proporcionalidade concreta, possibilita-se equacionar os custos individuais e sociais da aplicação e execução das penas criminais - criminalização secundária. Isto significa dizer que o custo/benefício do crime/pena e os custos sociais daí decorrentes para o condenado, sua família e a sociedade devem ser proporcionais. Entretanto, a pena enquanto troca jurídica medida pelo tempo de liberdade constricta constitui investimento deficitário da comunidade e, os custos sociais da criminalização secundária agravam o conflito social representado pelo crime e agravam sobremaneira o sofrimento do condenado e de sua família, especialmente das classes sociais subalternas¹⁴³.

O princípio da proporcionalidade concreta pode compensar as desigualdades sociais originárias da criminalização secundária, para neutralizar ou diminuir a seleção de sujeitos com base nos indicadores sociais de pobreza, desemprego, favelização. O juiz, no momento da reprovação do crime e da aplicação da pena, se vale destes critérios compensatórios, ainda que eivado de critérios próprios, subjetivos.¹⁴⁴

¹⁴² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal...** *Op. cit.*, p. 28

¹⁴³ Cf. CIRINO, as classes sociais inferiores são “a clientela preferencial do sistema de justiça criminal, selecionada por estereótipos, preconceitos, idiosincrasias e outros mecanismos ideológicos dos agentes de controle social, ativados por indicadores sociais negativos de pobreza, marginalização do mercado de trabalho, moradia em favelas etc” *Idem*, p. 28-29.

¹⁴⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal...** *Op. cit.*, p. 29.

Enfim, este princípio reclama a medida de justo equilíbrio entre a magnitude da sanção penal e a magnitude do injusto penal e da culpabilidade do autor¹⁴⁵, ou seja, reclama o princípio da isonomia no âmbito do direito penal.

2.7.Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O Estado Democrático de Direito tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, inscrito no art. 1º, inc. III, da Carta Maior. Tal princípio rege a política criminal no sentido de impedir a violação de direitos humanos com a aplicação e execução de sanções. Inobstante, o encarceramento nas cadeias e presídios públicos brasileiros constitui verdadeira lesão intensa e contínua à dignidade humana e aos direitos humanos¹⁴⁶.

A dignidade da pessoa humana, princípio geral de racionalidade que deriva da Constituição ou do princípio republicano¹⁴⁷, exige vinculação entitativa entre o delito e sua consequência jurídica¹⁴⁸, conduzindo a proscricção de penas cruéis¹⁴⁹, de banimento, de trabalho forçado, perpétua e de morte, ou seja, qualquer pena que desconsidere o homem como ser humano, na forma do que dispõe o art. 5º, inc. XLVII, da Constituição Federal¹⁵⁰.

A dignidade da pessoa humana determina a inconstitucionalidades das penas que criem impedimentos físicos permanentes. Por força deste princípio, na execução das sanções penais deve existir uma responsabilidade social com relação ao sentenciado, em uma livre disposição de ajuda e assistência sociais direcionadas a sua recuperação.

O princípio da dignidade da pessoa humana implica na racionalidade e proporcionalidade da pena, na intervenção mínima e no princípio da lesividade,

¹⁴⁵ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos...** *Op. cit.*, p. 379.

¹⁴⁶ *Idem*, p. 30.

¹⁴⁷ PRADO, Luiz Regis. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral – Volume 1.** 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 154.

¹⁴⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual...** *Op. cit.*, p.154.

¹⁴⁹ Sem embargo da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e de outros pactos internacionais, é certo que há violações terríveis aos direitos humanos, mas *“hoje o poder tem de cometê-las mais abertamente, pois já não há ideólogos sérios que se atrevam a sustentar um “direito natural” que as implique, sem envergonhar-se. É absurdo pensar que uma lei ou limite legal detenha, por efeito mágico, o poder. Mas muito mais absurdo seria negar que esse limite serviu e serve para desmascará-lo”* *Idem*, p. 60-61.

¹⁵⁰ *Idem, ibidem.*

para o fim de não desconhecer o réu como pessoa humana, bem como o livre desenvolvimento de sua personalidade.

Igualmente intervém “na cominação, na aplicação e na execução da pena, e neste último terreno tem hoje, face à posição dominante da pena privativa de liberdade, um campo de intervenção especialmente importante”¹⁵¹.

A racionalidade da pena proscreeve que ela tenha um sentido incompatível com o ser humano, pelo que não pode ela consubstanciar-se num rito expiatório ou numa sanção puramente negativa, representando um fim em si mesma.

O Estado Democrático de Direito tem uma dimensão antropocêntrica, porquanto tem por fundamento, principalmente, na dignidade da pessoa humana, Semelhante dimensão impede a edição de leis com efeitos simbólicos e desproporcionais, voltadas à inibição da prática de crimes, utilizando um condenado e sua respectiva pena como exemplo à sociedade. Nesse sentido, veja-se que criminalizar condutas nímias é senão uma função simbólica, que penaliza o agente enquanto “bode expiatório”, ferindo sobremaneira sua dignidade pessoal.

Portanto, em um Estado Democrático e Social de Direito, em *virtude* do sistema de positivação de direitos fundamentais, a missão do direito penal é a tutela subsidiária de bens jurídicos em nome da coexistência social pacífica¹⁵², promovendo a dignidade da pessoa humana, “sob pena de transformar-se (sic) em mero exercício arbitrário de poder”.

CAPÍTULO 3. O PRINCÍPIO NA INSIGNIFICÂNCIA

A origem remota do princípio da insignificância ocorreu no direito romano com a máxima contida no brocardo latino *minima non curat pretor*, na perspectiva do direito privado, porquanto pouco se conhecia sobre o alicerce da legalidade do direito penal. “A origem próxima do princípio é verificada no século XX. Com as severas dificuldades econômicas após a segunda guerra no continente europeu e o conseqüente aumento da criminalidade de bagatela, expressão preferida dos

¹⁵¹ BATISTA, Nilo. **Introdução...** *Op. cit.*, p. 100.

¹⁵² BRITO, Auriney Uchôa. **Responsabilidade penal...** *Op. cit.*, p. 434.

alemães (Bagatelledelikte), nasceu o princípio da insignificância vinculado inicialmente aos crimes patrimoniais¹⁵³.

Claus Roxin, em 1964, foi o responsável pela formulação teórica do precitado princípio, para a determinação do injusto (das Geringfügigkeitsprinzip), que atuaria como regra auxiliar de interpretação, capaz de limitar o alcance da tipicidade aos crimes bagatelares ou excluir os danos de pouca importância¹⁵⁴. Com espeque na característica fragmentária do direito penal, defendeu-se o princípio da insignificância para afastar a tipicidade de condutas que ofendessem de forma irrelevante o bem jurídico tutelado¹⁵⁵, dentro da concepção material de tipo.

Infere-se do princípio da insignificância que o direito penal, por sua natureza fragmentária, só age até onde é imprescindível para a tutela do bem jurídico, não devendo ocupar-se de delitos bagatelares.

Para Zaffaroni e Pierangeli a insignificância decorre do fato de que a afetação de um bem jurídico exigida pela tipicidade penal requer sempre alguma gravidade, vez que nem toda afetação mínima do bem jurídico é capaz de configurar a afetação requerida pela tipicidade penal¹⁵⁶. Assim, *v.g.*, o descaminho do art. 334 “não será certamente a posse de pequena quantidade de produto estrangeiro, de valor reduzido, mas sim a de mercadoria cuja quantidade ou cujo valor reduzido, indique lesão tributária de certa expressão, para o Fisco”¹⁵⁷.

Como já vimos supra, o injusto admite gradação qualitativa e quantitativa, podendo apresentar-se de modo diferente e localizado, de forma a permitir que o

¹⁵³ GOMES FILHO, Dermeval Farias. **A Dimensão do Princípio da insignificância**. In 3ª edição da Revista Eletrônica da Justiça Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal- TRF1. Disponível em http://www.mpdf.gov.br/portal/index.php?option=com_content&task=view&id=1654&Itemid=93. Acesso em 23 de junho de 2010.

¹⁵⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**, 5ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994, p. 119-133 *et sequ.*

¹⁵⁵ GOMES FILHO, Dermeval Farias. **A Dimensão... Op. cit.**

¹⁵⁶ “Assim, a conduta de quem estaciona o 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 uma ofensa à integridade corporal (art. 129, caput, 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 trate de uma coisa móvel totalmente alheia.” ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual** p.482.

¹⁵⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios... Op. cit.**, p. 119 *et sequ.*

injusto civil, administrativo etc, não seja, necessariamente, um injusto penal¹⁵⁸. Quer isto significar que a gradação permite que o fato penalmente insignificante seja excluído da tipicidade penal, mas pode receber tratamento adequado se necessário, “como ilícito civil, administrativo etc., quando assim o exigirem preceitos legais ou regulamentares extrapenais”¹⁵⁹.

3.1. A dignidade constitucional do princípio da insignificância

A Constituição Federal de 1988 inaugurou uma crise de paradigmas em cujo cerne está a tese da força normativa da Constituição, a qual pode ser boa ou má, dependendo dos interesses em jogo¹⁶⁰. No interior deste panorama, divisa-se que a Constituição tem força normativa quando se trata dos interesses da classe dominante, enquanto é apenas uma “carta de intenções” quando se discutem interesses sociais das camadas excluídas¹⁶¹.

O Poder Judiciário, nesta perspectiva, tem o poder dever de condicionar a legislação, a jurisprudência, a doutrina e a ação dos agentes públicos ao constitucionalismo, a fim de implementar o novo paradigma representado pelo Estado Democrático de Direito, acatando a parametricidade formal e material da Constituição¹⁶².

Neste talante, a relação do direito penal com o direito constitucional deve ser sempre muito estreita. A propósito, a Constituição Federal é a primeira manifestação da política penal, impondo a racionalização dos atos do poder público e também do poder judiciário, o que leva, cogentemente, a uma interpretação lógica e coerente do sistema penal como um todo.

O princípio da insignificância é um instrumento de maior força do direito penal contemporâneo para correção dos desvios oriundos da aplicação das leis penais ao longo do tempo e compõe a base de sustentação do direito penal democrático¹⁶³. É também um instrumento político-criminal sistemático de

¹⁵⁸ *Idem*, p.120.

¹⁵⁹ *Idem*, p.134.

¹⁶⁰ STRECK, Lênio Luiz. **Uma Visão Hermenêutica...** *Op. cit.*. 129.

¹⁶¹ *Idem*, p. 130.

¹⁶² *Idem*, 130-131.

¹⁶³ RIBEIRO, Júlio Dalton. **Princípio da insignificância e sua aplicabilidade no delito de contrabando e descaminho.** In. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Bimestral, ano 16, nº 73, julho-agosto de 2008, p. 55.

descriminalização, de acordo com a moderna dogmática jurídico-penal-constitucional.

Este princípio está reconhecido implicitamente na Constituição Federal, mais precisamente no art. 1º, inc. III¹⁶⁴, art. 3º, incs. I, II e IV¹⁶⁵, e art. 5º, *caput*¹⁶⁶, porquanto “ajustado à estrutura garantística do Estado Social e Democrático de Direito, e concretizado legislativa, judicial e administrativamente”¹⁶⁷.

O princípio da insignificância valoriza o princípio da dignidade da pessoa humana ao conferir um padrão de atuação ética ao direito penal, resultante da intervenção da pena criminal no direito de liberdade nos momentos de máxima gravidade.¹⁶⁸

O Estado, ao se valer do direito penal para evitar ações ou omissões que lesem diretamente ou indiretamente sua estrutura econômica, deve observar o princípio do Estado Democrático de Direito, preceitos asseguradores dos direitos humanos e da cidadania e, notadamente, da dignidade da pessoa humana, valor fundamentador dos direitos fundamentais, inclusive do princípio da insignificância¹⁶⁹.

A tutela penal sempre é voltada para a proteção de bens jurídicos de relevante valor, portanto deve observar os princípios constitucionais que orientam o Direito Penal em face dos direitos e garantias fundamentais do cidadão¹⁷⁰ e reservar ao campo da aplicação penal as condutas que efetivamente impliquem ofensa aos valores fundamentais do meio social.

Nesse sentido, partindo-se da concepção personalista da Constituição, que tem como valor máxime a dignidade da pessoa humana, nenhum dos direitos

¹⁶⁴ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;”

¹⁶⁵ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; (...) IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

¹⁶⁶ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

¹⁶⁷ RIBEIRO, Júlio Dalton. **Princípio da insignificância...** *Op. cit.*, p. 55.

¹⁶⁸ *Idem*, *ibidem*.

¹⁶⁹ *Idem*, p.72.

¹⁷⁰ SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância...** *Op. cit.*, p. 471.

fundamentais constitucionalmente assegurados pode sofrer limitação ou restrição senão em função da tutela de outro bem de equivalente magnitude.

Concatenando o direito penal e o direito tributário mediante uma leitura constitucional, afigura-se que a atribuição de relevância penal às relações obrigacionais tributárias, “desprovido de um estudo sistêmico e teleológico, ao invés de atenuar os distúrbios sociais, acaba por agravá-los, pois, além de violar os direitos fundamentais, não apresenta resultados positivos prometidos pelo discurso criminalizador”¹⁷¹.

A criminalização de delitos tributários, resolúveis na via administrativa ou insignificantes, vai de encontro ao Constitucionalismo, e deve causar preocupação ante a consagração dos direitos fundamentais da pessoa humana, “tão duramente alcançados”¹⁷². A responsabilização criminal de condutas atentatórias a ordem tributária deve ter viabilidade constitucional, “à luz da verdadeira missão do direito penal no Estado Democrático e Social de Direito”¹⁷³.

3.2. Definição do princípio da insignificância

O princípio da insignificância não está inserto na nossa legislação penal¹⁷⁴, portanto, é um princípio implícito de interpretação restritiva, interativa do direito penal, que admite apartar a tipicidade material de condutas que provocam insignificante lesão ao bem jurídico tutelado pela lei material¹⁷⁵.

Por este princípio, divisa-se possível alcançar judicialmente e sem macular a segurança jurídica, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas, que nada obstante sejam típicas, não afetam relevantemente os bens jurídicos tutelados pela norma material de direito penal¹⁷⁶.

Segundo a lição de Júlio Dalton Ribeiro:

¹⁷¹ BRITO, Auriney Uchôa de. **Responsabilidade penal tributária...** *Op. cit.*, p. 429.

¹⁷² *Idem*, p. 430.

¹⁷³ *Idem, Ibidem*.

¹⁷⁴ “Já integra expressamente o Direito penal militar (Código Penal Militar), mas não o comum, salvo o disposto no art. 168-A, § 3º (crimes previdenciários), que permite interpretação nesse sentido” GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade.** Coleção direito e ciências afins, v. 1, (Coord. Alice Bianchini *et alii*). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 68.

¹⁷⁵ Ver MAÑAS, Carlos Vico. O princípio da insignificância como excludente da tipicidade do direito penal. São Paulo: Saraiva, 1994. MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010..

¹⁷⁶ RIBEIRO, Júlio Dalton. **Princípio da insignificância...** *Op. cit.*, p. 54.

É *autêntico princípio sistêmico*, decorrente da própria natureza fragmentária do direito penal. Empresta *juízo transcendental* à estrutura primária do tipo penal, cujo preenchimento não se contenta mais com a mera acomodação formal de seus termos. É de *raciocínio superior*, pois informado de inicialidade conteudística fundada em pressupostos éticos fundamentais, e possui *caráter vinculante* para outros princípios e normas do direito penal. Determina a validade da lei penal exigindo um significado juridicamente relevante para legitimá-la.¹⁷⁷

Ainda, o princípio é um juízo de valor social que se projeta sobre todas as condutas delituosas, “informando o tipo penal com um conteúdo substantivo”, bem como autorizando a sua incidência ante uma avaliação positiva do grau de repercussão jurídico social de que deve revestir uma conduta para o efeito de ingressar no terreno da incidência das normas penais¹⁷⁸.

Consiste em uma máxima de interpretação típica voltada ao bem jurídico protegido e funciona dogmaticamente como critério geral interpretativo de exclusão da tipicidade, a qual reclama um conteúdo material para sua apreciação, caracterizado pela ofensa concreta e relevante ao bem jurídico tutelado, ou ética e socialmente reprovável¹⁷⁹.

Todos os princípios acima apreciados são fundamentos ou corolários do princípio da insignificância, a informar a relação da pena com a gravidade do delito, afastando a intervenção do direito penal quando a ação, por sua inexpressividade, não chega a atentar contra os valores tutelados pelo direito penal. Isto leva, conseqüentemente, a que a pena privativa de liberdade, tão danosa, só seja aplicada, com reservas, às condutas típicas de relevante valor social¹⁸⁰.

Demais disso, o princípio da insignificância ajusta-se a equidade e a correta interpretação do direito. Pela equidade acolhe-se o sentimento de justiça inspirados nos valores vigentes numa sociedade, liberando-se o agente, cuja ação inexpressiva não chega a afetar os bens jurídicos tutelados pelo direito penal. Pela correta interpretação do direito, se exige uma exegese mais refinada, que não

¹⁷⁷ *Idem*, p. 56

¹⁷⁸ *Idem*, p. 56-57.

¹⁷⁹ *Idem*, p. 57-58.

¹⁸⁰ *Idem*, p. 58.

pode se ater a critérios inflexíveis, sob pena de distorcer o sentido da norma e implicar injustiças¹⁸¹.

Ao delito acobertado pelo referido princípio, falta a reprovabilidade do fato, a qual deixa de ter valor relevante, devendo-se ressaltar que a conduta típica nunca é isenta de valor, mesmo quando ocorre causa de ilicitude.

Também, segundo Odone Sanguiné¹⁸², aludido por Dalton Ribeiro, o princípio da insignificância enquanto descriminalizador também é reconhecido nos delitos de massa contra o patrimônio, nos seguintes termos:

a) os custos sociais para a ordem pública no caso de se manter a incriminação e persecução penal resultariam superiores benefícios; b) seria eficaz e seguro alívio da justiça criminal, dado o caráter massivo dessa criminalidade, pois, do contrário, haveria o perigo de sobrecarregar o sistema penal com prejuízo à efetividade da tutela jurisdicional em relação aos fatos mais graves; c) os autores desses fatos são muitas vezes pessoas que não cometem outros crimes e que, por isso, não terão mais quaisquer outros contatos com a experiência traumatizante do sistema penal; e d) a tutela da propriedade sempre poderá contar com o recurso à proteção jurídico civil.

A finalidade do princípio reside na diminuição do campo de incidência do direito penal, corroborando os princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade, reservando-o para a tutela dos valores sociais mais relevantes. Ou seja, promove a tutela racional dos bens jurídicos pelo direito penal, pois somente é racional a proteção quando não é possível outorgá-la outro ramo do direito, ou quando o outro ramo “tutela” de forma insuficiente e inadequada¹⁸³. Presta-se, igualmente, a corrigir o imperfeito processo legislativo, bem como dirimir a divergência entre o conceito formal e material de delito¹⁸⁴.

Com arrimo na lição de Roger Spode Brutti¹⁸⁵, pode-se dizer que o princípio da insignificância “caracteriza-se como apoio eficaz para a discriminação, sendo claro seu valor na compreensão e interpretação das normas penais, avalizando a equiparação da lei penal à dinâmica social”, fato que proporciona modificação na nossa estrutura científico-penal atual.

¹⁸¹ *Idem*, p. 59.

¹⁸² *Idem*, p. 49.

¹⁸³ *Idem*, p. 60.

¹⁸⁴ *Idem*, 61.

¹⁸⁵ BRUTTI, Roger Spode. **O princípio da insignificância e sua aplicabilidade pela polícia judiciária**. In. Revista dos Tribunais. Ano 98, vol. 850, agosto de 2006, p. 482.

Esse princípio constitucional implícito, ligado à fragmentariedade do direito penal e tantos outros princípios, deve ser utilizado pelos operadores processuais no momento da promoção de arquivamento da investigação, do não recebimento da ação penal e da absolvição.

Insta salientar que o fato de uma conduta consubstanciar infração de menor potencial ofensivo não admite a aplicação *a priori* do princípio da insignificância, pois a valoração dessas infrações já foi feita pelo legislador e cabe ao intérprete, neste aspecto, respeitar a reserva legal¹⁸⁶. Mas, nos juizados especiais criminais é possível a aplicação do princípio da insignificância pra excluir a incidência da lei penal quando a infração de menor potencial ofensivo não tenha ofendido materialmente o bem jurídico tutelado pela norma. Também, não se pode confundir pequeno valor da coisa que foi subtraída com valor insignificante, porquanto no primeiro caso há abrandamento da pena e no segundo exclusão da tipicidade.

Preleciona Zaffaroni e Pierangeli que a insignificância da afetação exclui a tipicidade, mas só pode ser estabelecida através da consideração comglobada da norma que consiste no fato de que a:

ordem normativa persegue uma finalidade, tem um sentido, que é a garantia jurídica para possibilitar uma coexistência que evite a guerra civil (a guerra de todos contra todos). A insignificância só pode surgir à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa, e, portanto, à norma em particular, e que nos indica que essas hipóteses estão excluídas de seu âmbito de proibição, o que não pode ser estabelecido à simples luz de sua consideração isolada¹⁸⁷

Por sua vez, Luiz Flávio Gomes conceitua infração bagatela como delito de bagatela ou crime insignificante ou de pouca relevância, ou seja, consiste em uma conduta que afeta o bem jurídico de forma tão irrelevante que não reclama a intervenção penal, porquanto resultaria desproporcional, motivo pelo qual os fatos

¹⁸⁶ “o princípio da insignificância e a lei 9.099/95, que disciplina os juizados especiais criminais consistem em técnicas de despenalização de natureza jurídica distintas; pois enquanto aquele é uma solução penal de natureza material, esta última insere-se entre as soluções de caráter processual. Em sendo assim, não vislumbramos óbice algum na coexistência de ambos os institutos no sistema penal brasileiro. O sistema penal brasileiro utiliza o Princípio da Insignificância como solução de direito material para tratar crimes de bagatela (condutas penalmente insignificantes) e, por outro lado, emprega a Lei 9.099/95 para tratar processualmente, as infrações penais de menor gravidade.” SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância...** *Op. cit.*, p. 479.

¹⁸⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual...** *Op. cit.*, p. 483.

insignificantes devem ser reservados a outros âmbitos do direito, *v.g.* civil, administrativo, trabalhista etc. Dessa forma, quando se está diante de um fato que rigorosamente é insignificante, não se pode falar em infração.¹⁸⁸

A conseqüência natural da aplicação do critério da insignificância é a exclusão da responsabilidade penal dos fatos ofensivos de pouca importância ou de ínfima lesividade. Consubstanciam-se em fatos materialmente atípicos, mas formalmente típicos, sendo que, se a tipicidade penal é formada necessariamente pela tipicidade formal mais tipicidade normativa ou material, obviamente o fato insignificante é atípico¹⁸⁹.

O autor divide as infrações bagatelares em duas espécies:

a) Infração bagatela imprópria, são os casos em que se aplica o princípio da irrelevância penal do fato. A infração nasce relevante para o direito penal, mas depois se verifica “que a incidência de qualquer pena no caso concreto apresenta-se totalmente desnecessária”.

b) Infração bagatela própria, o princípio a ser aplicado é o da insignificância ou de bagatela, que tem o efeito de excluir a tipicidade material. Neste tipo de infração “não há que se perquirir o animus do agente, seus antecedentes, sua vida pregressa etc. O fato é atípico e não incide o direito penal”, ou seja, “impõe-se a aplicação do princípio da insignificância, sem a contaminação dos critérios subjetivizantes¹⁹⁰ típicos do princípio da irrelevância penal do fato, devendo levar em conta os contornos de aplicabilidade¹⁹¹ que orientam a incidência do princípio da insignificância, que serão mais adiante expostos.

O princípio da insignificância (fundamento da infração bagatela própria) se volta a reconhecer a irresponsabilidade penal do fato ofensivo inexpressivo ou da ação banal e sem relevância penal. Permite não processar condutas socialmente irrelevantes, tornando a justiça menos asoerbadada e permitindo que fatos ínfimos

¹⁸⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância...** *Op. cit.*, p. 15.

¹⁸⁹ *Idem*, p. 50,

¹⁹⁰ “o sujeito deve ser punido pelo que concreta e objetivamente faz, não pelo que é. Em direito penal não devemos nunca considerar ou reconhecer o delito pelo que o sujeito ostenta (antecedentes, reincidência etc.), senão pelo que ele praticou objetivamente, e na medida em que afetou o bem jurídico protegido” GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância...** *Op. cit.*, p. 18

¹⁹¹ a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada

não se transformem em um estigma para seus autores. De outra parte, abre a porta para a “revalorização do direito constitucional” e contribui para que se imponham penas a fatos que devem realmente ser castigados por ter um conteúdo sobremaneira grave, reduzindo níveis de impunidade. Ainda, fortalece a administração da justiça para o efeito de cumprir o seu verdadeiro papel¹⁹².

Consoante o professor Luiz Flávio Gomes, quando se esta diante de uma infração bagatelar própria, deve-se requerer o arquivamento das investigações com fundamento no princípio da insignificância, que é caso de atipicidade. Se ocorrer a denúncia, cabe ao juiz absolver sumariamente o acusado, em caso isso não aconteça, cabe o remédio de *habeas corpus* para o fim de trancar a ação penal. No caso de infração bagatelar imprópria, ao juiz é reservada a missão de reconhecer a desnecessidade da pena, deixando de aplicá-la.

A insignificância, independente de qualquer definição que se queira dar, deve ser aplicada de acordo com as peculiaridades do caso concreto e do direito material envolvido. Sob este ponto de vista, enquanto um conceito normativo, o princípio da insignificância reclama uma valoração do magistrado, que ostenta uma moderna posição, amparada não no parâmetro abstrato da lei, mas, sobretudo, na proeminência dos interesses em jogo no caso concreto.

3.3. Tipicidade formal e atipia material

Como é sabido, o tipo penal é, consoante Zaffaroni e Pierangeli, “um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes”. Assim, é típica a conduta “que apresenta a característica específica de tipicidade”. Atípica é a conduta que não apresenta tipicidade. Esta é a adequação da conduta a um tipo, este é a fórmula legal que permite averiguar a tipicidade da conduta¹⁹³.

Feitas estas breves considerações, podemos dizer que dentro de uma concepção material do tipo, em cujo cerne encontra-se sentidos não meramente

¹⁹² CORNEJO *apud* GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância...** *Op. cit.*, p. 46-47

¹⁹³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual...** *Op. cit.*, p.381-383 “O juiz comprova a tipicidade comparando a conduta particular e concreta com a individualização típica, para ver se se adequa ou não a ela. Este processo mental é o juízo de tipicidade que o juiz deve realizar.”

formais, percebe-se que a expressão da concreta lesividade a bens jurídicos - juridicamente tutelados por normas de direito material -, por condutas éticas e socialmente reprováveis, expressam a danosidade social e a periculosidade social do comportamento¹⁹⁴, as quais referenciam o juízo de atipia material da conduta.

Para o fim de compreender o princípio da insignificância é necessária a diferenciação da tipicidade penal em duas frentes: a tipicidade penal formal consistente na conformação ou subsunção do fato à letra da lei e, a tipicidade material, consistente na concreta valoração da ofensa ao bem jurídico. O confronto axiológico no caso concreto, entre a conduta formalmente típica e a tipicidade material, representada pelo grau da lesão causado ao bem jurídico tutelado “é que permite inferir se há ou não necessidade de intervenção penal e, portanto, se é possível aplicar o princípio da insignificância.”¹⁹⁵.

A tipicidade é uma das notas essenciais do crime, de forma que para¹⁹⁶ que uma conduta humana seja considerada crime é necessário ser típica. Assim, tem-se de um lado a conduta humana no caso concreto e, de outro, o tipo legal de crime, sendo que a tipicidade formal é justamente a correspondência que possa existir entre a primeira e o segundo, caso contrário não há tipicidade, a qual é, antes de tudo, um juízo formal de subsunção que, segundo Toledo de Assis “decorre da ‘função de garantia’ do tipo, para que se observe o princípio da anterioridade da lei penal”¹⁹⁷

Já o conteúdo material do tipo pode ser compreendido se pensarmos no papel positivo do tipo e não no negativo, vale dizer, se observarmos que o tipo não se presta apenas para identificar condutas criminosas, mas também se volta para discriminar fatos atípicos, os quais podem ser antijurídicos, mas nunca um injusto penal¹⁹⁸, consistente no desvalor da ação mais desvalor do resultado.

Na lição de Toledo de Assis, o conteúdo material atribuído ao tipo, além de funções bem típicas e inconfundíveis, “considera não apenas o papel negativo do injusto, mas também o positivo, a saber: o tipo não serve apenas para identificar condutas criminosas, mas se presta igualmente para discriminar os fatos

¹⁹⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios...** *Op. cit.*, p. 130-131.

¹⁹⁵ GOMES FILHO, Dermeval Farias. **A Dimensão do Princípio...** *Op. cit.*

¹⁹⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios...** *Op. cit.*, p. 125.

¹⁹⁷ *Idem, Ibidem.*

¹⁹⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios...** *Op. cit.*, p.128.

atípicos”, no sentido de que o fato atípico pode ser antijurídico, mas não pode, contudo, ser um injusto penal¹⁹⁹, tal como os delitos acobertados pela atipicidade decorrente da aplicabilidade do princípio da insignificância.

O mesmo autor leciona que se não consideramos o tipo apenas como modelo orientador ou diretivo, mas como portador de real sentido, a expressar a danosidade social, bem como a periculosidade da conduta descrita, o poder de decisão a nível do juízo de atipicidade é ampliado²⁰⁰.

Considerando a construção de Beling, o tipo tinha um significado exclusivamente formal, seletivo, que não implicava um juízo de valor sobre o comportamento que apresentasse suas características. Contudo, modernamente, procura-se atribuir ao tipo, além do sentido formal, um sentido material, de forma que não se pode falar em tipicidade sem que a conduta seja, a um só tempo, “materialmente lesiva a bens jurídicos, ou ética e socialmente reprovável”²⁰¹, aferição está que nos remete ao princípio da adequação social e ao princípio da insignificância.

Impende destacar que a exclusão da tipicidade, consoante Toledo, “função privativa do juízo de atipicidade”, difere-se da exclusão da ilicitude, a qual é a função do juízo de licitude do fato, na medida em que o papel do tipo não deve ser confundido com o da ilicitude, vez que ambos são dogmaticamente distintos e necessários a “momentos cognoscitivos diferentes”²⁰².

Luiz Flávio Gomes assevera, no talante ao fato insignificante - em razão da exigüidade formal da conduta ou do resultado – que a conduta é formalmente típica, mas não materialmente. Eis que tipicidade formal já não esgotaria toda a globalidade da tipicidade penal, que requer a dimensão material “(que compreende dois juízos distintos: de desaprovação da conduta e de desaprovação do resultado jurídico)”²⁰³.

Ainda, importa contemplar neste estudo a teoria da tipicidade e atipia comglobante, delineada por Zaffaroni e Pierangeli. A tipicidade comglobante

¹⁹⁹ *Idem, ibidem.*

²⁰⁰ *Idem*, p. 130.

²⁰¹ TOLEDO *apud* TOLEDO in **O Erro no Direito Penal**, p. 45 *et sequ.*

²⁰² *Idem, ibidem.*

²⁰³ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância...** *Op. cit.*, p. 67-68.

consiste na averiguação da proibição contida no tipo mediante, segundo os autores:

a indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim *conglobada* na ordem normativa. *A tipicidade comglobante é um corretivo da tipicidade legal*, posto que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas.²⁰⁴

Vale dizer: a tipicidade comglobante comprova que a conduta legalmente típica também está proibida pela norma “o que se obtém desentranhando o alcance da norma proibitiva comglobada com as restantes normas do ordenamento”, ou seja, o juízo de tipicidade é reduzido à real dimensão daquilo que a norma proíbe, deixando de fora da tipicidade penal aquelas condutas que somente são alcançadas pela tipicidade legal. Esta concepção coaduna-se com a idéia de tipicidade formal e tipicidade material, na medida em que considera não bastar à conduta subsumir-se ao tipo legal, mas sim que o juízo de tipicidade seja conglobado levando em conta o sistema jurídico e o que ele efetivamente condena²⁰⁵.

Os casos de ausência de tipicidade comglobante, se não podem ser resolvidos como justificação, podem o ser por atipia, o que para os autores não deixaria de ser uma conduta justificada e afirmam, ainda, a existência de figuras atípicas que são antijurídicas, que é, de uma certa maneira, o que ocorre com os crimes insignificantes.

A atipicidade comglobante não surgiria em função de permissões que a ordem jurídica concede, “e sim em razão de *mandatos* ou *fomentos* normativos ou de *indiferença* (por insignificância) da lei penal”²⁰⁶.

Igualmente, na visão de Roger Spode Brutti²⁰⁷, a incidência da insignificância somente pode ser estabelecida pela consideração conglobada da norma, ou seja, a conduta torna-se irrelevante em razão da presença de todos os

²⁰⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual...** *Op. cit.*, p. 394.

²⁰⁵ *Idem, Ibidem.*

²⁰⁶ “a ordem jurídica resigna-se a que um sujeito se apodere de uma jóia valiosa pertencente a seu vizinho, e que a venda para custear o tratamento de um filho gravemente enfermo, que não tem condições de pagar licitamente, mas ordena ao oficial de justiça que apreenda o quadro e lhe impõe uma pena se não o faz, fomenta as artes plásticas, enquanto que se mantém indiferente à subtração de uma folha de papel rabiscada” ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual...** *Op. cit.*, p. 395-396.

²⁰⁷ BRUTTI, Roger Spode. **O princípio da insignificância...** *Op. cit.*, p. 480.

requisitos para incidência da insignificância, especialmente a atipicidade material, tornando-se a pena desnecessária, mas sem, contudo, retirar seu aspecto preventivo geral.

CAPÍTULO 4. A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO CRIME DE DESCAMINHO

Para o fim de empreender a tarefa de aferir o alcance da aplicabilidade do princípio da insignificância ao crime de descaminho, mister se faz compreender em que consiste referido crime. Dispõe o art. 334, do Código Penal:

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

Consiste em um crime tributário, ou seja, alude a uma ação ou omissão que implique supressão ou redução, não autorizada em lei, de tributo ou contribuição.

A primeira parte do dispositivo se refere ao contrabando, que é importar ou exportar mercadoria proibida, a segunda parte do dispositivo, que contém o verbo iludir, se refere ao descaminho. Iludir é *enganar, evitar, fraudar, dissimular, causar ilusão a, frustrar, malograr, lograr, burlar com subterfúgios, sonegar* o “imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria”.

É um tipo de resultado que compreende uma “separação espaço-temporal entre ação e resultado, ligados por uma relação de causalidade”²⁰⁸ ou, em outras palavras, é um crime de dano, onde o evento lesivo se concretiza em um evento destacado da ação, mas com ela tendo um nexos causal²⁰⁹.

Consubstancia-se em um crime de natureza tributária, que pode ser praticado por qualquer indivíduo. O sujeito passivo é o Estado, principal interessado na arrecadação do tributo aduaneiro e na regularidade da importação ou exportação de mercadoria.

Para a configuração do descaminho, além dos elementos objetivos do tipo, deve estar presente, também, o dolo específico, consistente na vontade de praticar a conduta, vale dizer, de iludir o pagamento devido, o que não deixa de ser um crime de sonegação fiscal.

²⁰⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal...** *Op.cit.* p.109

²⁰⁹ DOTTI, René Ariel, SCANDELARI, Gustavo Britta. **A exigência...** *Op. cit.*, p. 407.

A tipicidade do delito *in casu* pode ser afastada de acordo com a peculiaridade do caso concreto, pelo princípio da insignificância, jazendo aí o objeto do presente estudo.

4.1. O bem jurídico tutelado no delito de descaminho

O bem jurídico²¹⁰ possui uma função garantidora, que emerge do princípio republicano, bem como uma função teleológico-sistemática que dá sentido à proibição manifestada do tipo e a limita, funções necessárias para que o direito penal permaneça dentro dos limites da racionalidade dos atos de governo, impostos pelo princípio republicano.

Não há conduta típica que não afete bem jurídico, porquanto os tipos são manifestações de tutela jurídica destes bens. A lesão ao bem jurídico é indispensável para configurar a tipicidade. Consoante Zaffaroni e Pierangeli, “bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam”²¹¹.

O legislador, em sua atividade tipificadora, houve por bem incluir algumas condutas que possam afetar o interesse da arrecadação de tributos, como penalmente relevantes, todas tendentes a resguardar o erário público. Essas condutas estão descritas, em sua maior parte, na Lei nº 8.137/90 que define os crimes contra a ordem tributária. Outras condutas estão previstas, mais precisamente, nos arts. 168-A (Apropriação indébita previdenciária), 334 (Contrabando ou descaminho) e 337-A (Sonegação de contribuição previdenciária) todos do Código Penal.²¹²

O delito de descaminho, previsto na segunda parte do art. 334, *caput*, do Código Penal é configurado pelo termo iludir, tendo por objeto o pagamento de direito ou imposto, denominando-se também contrabando impróprio. O

²¹⁰ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Organização e Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

²¹¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual...** *Op. cit.*, p. 396-397

²¹² LEMOS, Alessandro Prado. **A aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes tributários: exclusão da tipicidade e consequente falta de justa causa para a ação penal**. Revista Jus Vigilantibus, Sábado, 7 de novembro de 2009. Disponível em <http://jusvi.com/artigos/42565>, acesso em 03 de setembro de 2010.

descaminho é um autêntico crime material ou de resultado, isto é, exige um resultado distinto da atividade do agente²¹³, como já foi dito, bem como é um autêntico crime tributário, que se caracteriza pela sonegação fiscal. A conduta objetiva é o não pagamento ou a ilusão dos tributos devidos pelas operações de importação²¹⁴.

Semelhante delito exige a necessidade de constituição, por via administrativa fiscal, transitada em julgado, antes da persecução penal do “suposto crédito tributário da Fazenda”²¹⁵, nivelação jurídica necessária ante questões humanitárias – “como a isonomia no tratamento dos réus, diminuição do aparato público repressivo etc” - e fiscais – aumento da eficácia da exação fiscal²¹⁶.

A identificação do bem jurídico tutelado pelo tipo apontado é de suma importância para compreendê-lo como crime tributário. De acordo com diversos entendimentos o bem jurídico tutelado pode ser a administração pública; a higidez do erário; o interesse econômico-estatal; a salvaguarda dos *interesses* do erário público, prejudicado pela evasão de renda que resulta do descaminho; a economia pública; a fé pública; a livre concorrência; a coletividade; a soberania nacional; a regularidade nas importações e exportações; a eficácia das políticas

²¹³ “*Se o expediente fraudulento surtiu o efeito desejado, e com ele se logrou iludir as autoridades alfandegárias e o destinatário entrar em posse das mercadorias sem pagar os tributos ou direitos respectivos nesse momento opera-se a consumação*” DOTTI, René Ariel, SCANDELARI, Gustavo Britta. **A exigência...** *Op. cit.*, p. 407.

²¹⁴ *Idem*, p. 405.

²¹⁵ Descaminho (caso). Habeas corpus (cabimento). Matéria de prova (distinção). Esfera administrativa (Lei nº 9.430/96). **Processo administrativo-fiscal (pendência). Ação penal (extinção)** 1.Determina a norma (constitucional e infraconstitucional) que se conceda habeascorpus sempre que alguém esteja sofrendo ou se ache ameaçado de sofrer violência ou coação; trata-se de dar proteção à liberdade de ir, ficar e vir, liberdade indubitavelmente possível em todo o seu alcance. Assim, não procedem censuras a que nele se faça exame de provas. Precedentes do STJ. 2.A propósito da natureza e do conteúdo da norma inscrita no art. 83 da Lei nº 9.430/96, há de se entender que a condição ali existente é condição objetiva de punibilidade, e tal entendimento também se aplica ao crime de descaminho (Cód. Penal, art. 334). **3.Em hipótese que tal, o descaminho se identifica com o crime contra a ordem tributária. Precedentes do STJ: HCs 48.805, de 2007, e 109.205, de 2008. 4. Na pendência de processo administrativo no qual se discute a exigibilidade do débito fiscal, não há falar em procedimento penal. 5. Recurso ordinário provido para se extinguir, relativamente ao crime de descaminho, a ação penal.** (STJ, 6ª T., RHC 25.228 – RS. Rel. Min. Nilson Naves, DJ: 08/02/2010. Destacamos).

²¹⁶ DOTTI, René Ariel, SCANDELARI, Gustavo Britta. **A exigência do...** *Op. cit.*, p. 400.

governamentais na defesa do desenvolvimento da indústria nacional; a economia do país, entre outros²¹⁷.

De fato, o descaminho (assim como o contrabando) ofende a função fiscal do tributo e compromete a atuação extrafiscal do Estado, especialmente quanto ao protecionismo de produtos industrializados nacionais e a fixação de reservas de mercado. Para o Professor René Ariel Dotti:

se há divergências quanto a exata delimitação do bem jurídico tutelado, isto é, se chega a abraçar o *interesse moral da Administração*, o *controle da entrada e saída de mercadorias*, ou a própria Administração Pública em sentido largo, resta claro que, essencial e especialmente, o tipo do art. 334 do CP visa a *higidez do erário*, desencorajando, notadamente, a sonegação da carga tributária incidente nas operações de *importação e exportação* de bens, conforme descrito na parte final do art. 334, caput.

Para Júlio Dalton Ribeiro:

Pela tipificação do descaminho são tutelados o prestígio da Administração Pública, o interesse econômico-estatal, o produto nacional (agropecuário, manufaturado ou industrial) e a economia do país. (...) O Estado, ao proibir a entrada ou saída de mercadorias, fá-lo por relevante motivo de ordem pública: ou é medida de política econômica ou financeira (protecionismo, defesa de monopólios do Estado, guerra aduaneira, retenção de metais preciosos, obras de artes ou antiguidades) ou é providência de utilidade geral, visando à defesa da saúde ou moralidade pública, ou à segurança do Estado ou dos indivíduos.

Afigura-se, para nós, que o bem jurídico do descaminho é *pluriofensivo*, vale dizer, é complexo. Sem embargo, a real finalidade da norma é tutelar a ordem jurídico-tributária consubstanciada no erário público, ou seja, no patrimônio público formado pelo pagamento da exação tributária, sendo todos os outros bens tutelados por via reflexa.²¹⁸ Nada obstante, veja-se que a *pruriofensividade* não impede que se aplique o princípio da insignificância, que considera tão somente o valor (aspecto numerário) da afetação ao bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora, suficiente para o trancamento da ação penal, com base apenas no

²¹⁷ DOTTI, René Ariel, SCANDELARI, Gustavo Britta. **A exigência do exaurimento da via administrativa nos crimes de descaminho**. Revista dos Tribunais, Ano97, vol. 877, Nov 2008. RIBEIRO, Júlio Dalton. **Princípio da insignificância e sua aplicabilidade no delito de contrabando e descaminho**. In. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Bimestral, ano 16, nº 73, julho-agosto de 2008.

²¹⁸ LEMOS, Alessandro Prado. **A aplicabilidade do princípio da insignificância...** *Op. cit.*

aspecto fiscal do tipo, o que significa que a lesão de um bem jurídico acautelado presume a violação de todos como se fosse um²¹⁹.

Conquanto o bem jurídico seja complexo, o fato é que para que a condenação torne-se juridicamente viável, pressupõe-se a existência do elemento objetivo tributo, previsto no art. 3º do Código Tributário Nacional²²⁰, e a validade da ação penal depende da constituição definitiva do crédito tributário.

Infere-se o bem jurídico tutelado através da verificação de que o tipo penal do descaminho tem sempre a finalidade de punir quem efetivamente não recolhe os débitos fiscais aos cofres públicos, bem como pela extinção da punibilidade, pelo parcelamento, mesmo após o recebimento da denúncia, conforme prevê a Lei nº 10.684/03²²¹, aplicável ao descaminho, porquanto reconhecida sua natureza tributária; ou também pelo pagamento integral do tributo antes do oferecimento da denúncia, de acordo com o disposto no art. 34 da Lei nº 9249/1995²²², que igualmente aplica-se analogicamente ao descaminho.

Impende destacar que o tributo decorrente da entrada, saída ou pelo consumo de mercadoria (art. 334, *caput*, CP) tem por característica a extrafiscalidade, ou seja, não se volta simplesmente a abastecer os cofres públicos, mas sim interferir no domínio econômico, estimulando as importações quando a carga tributária é reduzida, ou inibi-la, quando há incremento do ônus. Contudo, isto não exime o contribuinte do recolhimento, nem significa que o valor é indiferente ao fisco, vez que a função extrafiscal é sempre e ainda fiscal²²³, daí porque a proteção ao bem jurídico consistente no erário público.

²¹⁹ DOTTI, René Ariel, SCANDELARI, Gustavo Britta. **A exigência do...** *Op. cit.*, p.413-415.

²²⁰ Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

²²¹ Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia. LEMOS, Alessandro Prado. **A aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes tributários: exclusão da tipicidade e conseqüente falta de justa causa para a ação penal.** Revista Jus Vigilantibus, Sábado, 7 de novembro de 2009. Disponível em <http://jusvi.com/artigos/42565>, acesso em 03 de setembro de 2010.

²²² Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.

²²³ DOTTI, René Ariel, SCANDELARI, Gustavo Britta. **A exigência do...** *Op. cit.*, p. 417.

Veja-se que a lesão ao bem jurídico apenas se configura após o esgotamento das vias administrativas, após o reconhecimento da dívida pelo Estado, com a constituição administrativa de um crédito em favor da Fazenda ou com o término de um procedimento administrativo diverso, como a aplicação da pena de perda de produtos ou de multa. A propósito, a jurisprudência acolhe este entendimento, como pressuposto para a persecução penal, ou seja, é condição de procedibilidade da ação penal a representação fiscal e o lançamento definitivo do débito, quando não mais caber discussão acerca do *quantum debeat* e este ser exigível, caso contrário não há que se falar em delito de descaminho, porquanto elemento normativo do tipo ou condição objetiva de punibilidade.

A propósito, de acordo com a Súmula Vinculante 24 “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”, enquanto não encerrada, na instância fiscal, o respectivo procedimento administrativo, não se mostraria possível a instauração da persecução penal nos delitos contra a ordem tributária. Note-se que esta súmula é extensível analogicamente ao delito de descaminho.

Após o exaurimento da via administrativa, com o proferimento de decisão acerca da exigência fiscal do crédito tributário correspondente, a representação fiscal será encaminhada ao Ministério Público, a partir daí que surge a obrigação do operador do direito em verificar a danosidade social da conduta, sua real lesividade, para o efeito de aferir a insignificância.

À Receita Federal do Brasil é defeso o envio, ao Ministério Público, da Representação fiscal para fins penais por suposto crime de descaminho, antes de transitada em julgado a decisão administrativa, garantidos o contraditório e a ampla defesa. Ainda, ao descaminho, enquanto típico crime tributário, “deve ser aberto prazo para o pagamento e até para o parcelamento do débito, algo que pode acarretar o arquivamento da ação fiscal e a suspensão e a extinção de punibilidade criminal”²²⁴.

²²⁴ “Simplesmente não é lícito, nesse caso, que o Estado Penal se movimente antes do Estado Fiscal: assim que este cumpra com seu dever privativo, caberá àquele executar o processo criminal devido, numa relação de complementariedade, e não de exclusão, como alguns possam crer. Ora, finalmente, não pode o Estado punir por ter havido ilusão quando nem ele próprio se declarou iludido (pelo órgão competente). É inegável essa complementação administrativa de que

Se se está diante de comportamento desvestido de tipicidade penal, a evidenciar, portanto, a impossibilidade jurídica de se adotar, validamente, contra o suposto devedor, qualquer ato de persecução penal, seja na fase pré-processual (inquérito policial), seja na fase processual (“*persecutio criminis in iudicio*”), comportamentos atípicos não justificariam a utilização pelo Estado de medidas de repressão criminal, porquanto o bem jurídico não foi afetado²²⁵.

4.2. O poder punitivo "comerciável" no delito de descaminho

O critério central que governa o reconhecimento da insignificância no âmbito do direito penal tributário ou mesmo no delito de descaminho (assim como na esfera das contribuições sociais, ou seja, nos crimes previdenciários) reside no valor mínimo exigido para que se proceda ao ajuizamento da execução fiscal²²⁶. No valor do crédito tributário deve ser computado tudo, inclusive multas, de forma que se o total não ultrapassa o valor definido para o ajuizamento da execução fiscal, deve ter incidência o princípio da insignificância.

Para se garantir a tutela dos bens jurídicos ligados ao delito de descaminho e resguardar a função fiscal e extrafiscal da atividade tributária, a avaliação da afetação causada, para a aplicação do princípio da insignificância, deve levar em conta a obrigação tributária principal convertida em crédito tributário, que surge com a verificação do fato gerador, nos termos do que dispõe o art. 113, §1º do Código Tributário Nacional²²⁷.

A dívida ativa tributária é decorrente de verba dessa natureza, nos termos do art. 201, do Código Tributário Nacional. Também, o crédito tributário decorre da obrigação principal - consistente na soma do tributo e da penalidade pecuniária²²⁸

a norma penal necessita”. DOTTI, René Ariel, SCANDELARI, Gustavo Britta. **A exigência do exaurimento...** *Op. cit.*, p. 410-411, 424.

²²⁵ Informativo nº. 601 do STF.

²²⁶ STJ, REsp 573.398, rel. Min. Felix Fischer, Dj. 02.09.04

²²⁷ Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

²²⁸ Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.(...)

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

- de acordo com o que dispõe o art. 139 do mesmo diploma legal, sendo que o crédito tributário converte a obrigação principal em certa e exigível²²⁹.

Ante essas considerações, importante se faz o estabelecimento do limite penalmente insignificante.

A jurisprudência até 2005 acolheu um determinado critério, quando então ocorreu uma série de alterações, até meados de 2009. O critério consistente no valor estabelecido para o ajuizamento da execução fiscal é válido segundo a alegação de que o valor não interessa ao fisco e, conseqüentemente, não interessa propor a execução fiscal, deste modo, com maior razão não teria sentido cominar um corretivo penal²³⁰.

Impende observar, para evitar confusão, que o critério válido para os crimes tributários como o descaminho não é um critério geral ou um parâmetro válido para todo o direito penal, utilizável nos demais crimes. O crime tributário, como o descaminho, é deveras característico, porquanto regido por uma solução peculiar.

Luis Flávio Gomes faz um sinóptico histórico da evolução jurisprudencial do princípio da insignificância nos crimes tributários e no descaminho:

1) de 1997 a 2001 o critério adotado para o delito de insignificância era o valor do ajuizamento da execução, que era 1.000,00 Reais, nos termos do art. 1º da Lei 9.469/97, o autor aduz que

Particularmente no que concerne ao âmbito tributário federal, no princípio, consolidou-se o entendimento no sentido de se aplicar a insignificância para possibilitar o trancamento da ação penal em relação aos impostos inferiores a R\$ 1.000,00 (cf. art. 1.º da Lei 9.469/97 e ainda art. 20 da MP 1.542-28/97 - STJ, HC 34.281-RS, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 08.06.2004).

2) de 2002 e 2003, com a entrada em vigor da Lei 10.522/02, o *quantum* foi modificado para R\$ 2.500,00, segundo Luis Flávio Gomes,

(esse critério foi adotado amplamente e sem discussão pela jurisprudência, até o ano de 2004). Até esse montante entendia a jurisprudência que não se tratava de valor lesivo (ofensivo) de modo

²²⁹ Art. 139. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta.

Art. 201. Constitui dívida ativa tributária a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular.

²³⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância...** Op. cit., passim.

relevante aos cofres públicos. Formalmente trata-se de conduta típica, mas materialmente não está presente o requisito do resultado jurídico relevante, que consiste, no caso, no interesse fiscal da Administração Pública (STJ, HC 34.281-RS, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 08.06.2004).

3) Em 2004 a Portaria nº 49, de 01 de abril de 2004, do Ministério da Fazenda, autorizou a não inscrição como dívida ativa da União de débitos com a Fazenda Nacional de valor até R\$ 1.000,00 e o não ajuizamento das execuções fiscais de débitos até R\$ 10.000,00, completa o autor que:

Depois surgiu a Lei 11.033/2004, art. 21 - reiterando o valor de R\$ 10.000,00 (para o ajuizamento da execução fiscal). Ora, se esse último valor (R\$ 10.000,00) não é relevante para fins fiscais, com muito maior razão não o será para fins penais. Débitos fiscais com a Fazenda Pública da União de até R\$ 10.000,00, em suma, devem ser considerados penalmente irrelevantes. Se nem sequer é o caso de execução fiscal, com maior razão não deve ter incidência o Direito penal.

4) de 2005 a 2007 o STJ, por iniciativa do Min. Felix Fischer, reagiu contra o patamar dos R\$ 10.000,00, criando o chamado "Leito de Procusto"²³¹, no que tange a esse contexto:

No REsp 685.135-PR (j. 02.05.05) o Ministro passou a considerar como válido para a insignificância o valor de R\$ 100,00. Seu argumento: por força do art. 18, § 1º, da Lei 10.522/2002, créditos até esse valor foram cancelados. Acima disso (e até R\$ 10.000,00) simplesmente não se ajuizava a execução. Argumento do Min. Fischer: o que importa é o valor do crédito cancelado, não o quantum do ajuizamento da execução. Essa mudança de critério, que tinha por fundamento um falacioso argumento desenvolvido pelo Min. Fischer, preponderou no STJ até por volta de 2007. A premissa posta pelo citado Ministro (que se destaca no cenário nacional por possuir alguns neurônios a mais que nós, os demais seres humanos mortais comuns) é astuciosa e enganosa pelo seguinte: se o crédito até R\$ 100,00 foi cancelado, não há que se falar em delito tributário. O cancelamento do crédito tributário faz desaparecer o delito. Como pode ter incidência o princípio da insignificância em um fato que não é (sequer) formalmente típico. Em outras palavras: referido princípio pressupõe a existência de um fato formalmente típico. Do contrário, não há que se falar no princípio da insignificância. O Min. Fischer, com sua habilidade argumentativa, simplesmente acabou com a incidência da insignificância no âmbito dos delitos tributários e de descaminho. A jurisprudência, entretanto, seguiu seus passos (até por volta de 2007), embora fossem claudicantes (além de incoerentes e absurdos). Só as mentes privilegiadas afirmam absurdos e são seguidas como se verdades fossem. No período de 2005 a 2007 preponderou o "leito de Procusto" forjado astutamente pelo Min. Fischer.

²³¹ *"que aceitava hóspede em seu leito, com uma condição: se fosse menor que sua cama espichava-lhe os pés, se fosse maior cortava-lhe a perna."*

5) Em 10.10.2007, a 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região insurgiu-se contra o "leito de Procusto" do STJ, que só admitia a aplicação do princípio da insignificância até o limite de R\$ 100,00, nesse sentido:

Na histórica Apelação Criminal 2003.70.03.009921-6-PR, a Turma citada, em acórdão relatado pelo Des. Elcio Pinheiro, passou a admitir (pela primeira vez, até onde sabemos) o princípio da irrelevância penal do fato (até o limite de R\$ 2.500,00). Note-se: não se chegou aos R\$ 10.000,00 (por se entender que esse valor seria desproporcional). Mas tampouco aceitou-se a camisa de força dos R\$ 100,00. Acima desse valor e até R\$ 2.500,00 o fato passou a ser penalmente irrelevante (o que significa a dispensa da pena).

6) Em 19.02.2008, a 1ª Turma do STF, no HC 92.740, rel. Min. Carmen Lúcia, admitiu o valor de R\$ 10.000,00, em seguida a isto:

Em 18.08.08 a 2ª Turma do STF, no HC 92.438-PR, sendo relator o Min. Joaquim Barbosa, voltou a aceitar o valor de R\$ 10.000,00 como limite do princípio da insignificância, por força da Lei 11.033/2004, art. 21, que fixou esse valor para o ajuizamento da execução fiscal. Esse mesmo limite foi reiterado na Medida Provisória 449/08 (art. 1º, § 1º), que passou a considerar até R\$ 10.000,00 como dívida de pequeno valor (que não justifica o ajuizamento da execução fiscal). Ora, se o crédito até esse montante não é relevante para fins fiscais, com muito maior razão não o é para fins penais (daí o acerto do entendimento da 2ª Turma do STF, no HC 92.438-PR). No mesmo sentido (reconhecendo o limite de R\$ 10.000,00): STF, HC 95.479-8-PR, rel. Min. Eros Grau.

A partir dessas decisões do STF começou a ruir o "leito de Procusto" do Min. Felix Fischer que, mesmo assim, continuava admitindo o valor de R\$ 100,00²³².

Na atualidade, o que vale como parâmetro para aplicação do princípio da insignificância é o *quantum* da obrigação tributária principal convertida em crédito tributário não superior à R\$ 10.000,00, que é o critério da Lei para os demais delitos tributários, aplicando-se analogicamente ao descaminho. Veja-se que se até R\$ 10.000,00 o crédito tributário não justifica a execução fiscal, obviamente não pode ter incidência o direito penal, porque dos delitos de bagatela não deve

²³² "REsp 992.758-PR, j. 16.12.2008. alguns julgados STJ seguem o mesmo entendimento do STF: REsp 992.756-RS, rel. Min. Paulo Gallotti, j. 14.10.08; REsp 966.077-GO, rel. Min. Nilson Naves, j. 14.10.08; HC 110.404-PR, rel. Min. Arnaldo Esteves; AgRg no REsp 1.021.805-SC, rel. Min. Hamilton Carvalhido."

cuidar o juiz - *de minimis non curat praetor*²³³, mesmo porque o direito penal deve ter incidência mínima.

Insta frisar que o crédito da união, até R\$ 10.000,00, não desaparece, apenas a execução fiscal não é ajuizada, mas o crédito permanece. Se surgirem outros créditos, quando os créditos ultrapassarem o patamar fixado, a execução penal é instaurada, contudo já terá tido a incidência, na seara penal, do princípio da insignificância. Mas a administração fazendária não fica impedida de executar (ante os novos créditos), mesmo já extinta a punibilidade penal. “São instâncias distintas, regidas por regras diferentes”²³⁴

Notadamente, esses encaminhamentos jurisprudenciais são válidos para o delito de descaminho, que é um típico crime tributário, previsto no Código Penal, que consiste em não pagar, no todo ou em parte, o imposto devido pela entrada ou saída de mercadorias do país.

4.3. O parâmetro para aplicabilidade do princípio da insignificância

Existe uma certa idéia de que o direito penal pode suprir funções que originariamente são de outros ramos do direito, de fato a ineficiência estatal ao resolver os problemas sociais leva a que ele se valha do instrumento ameaçador que constitui o direito penal. No âmbito fiscal, semelhante movimento é claro, haja vista a criação de tipos que visam tão somente à cobrança de tributos, por meio da ameaça da pena estatal²³⁵. Aqui se insere a questão da necessidade de exaurimento da via administrativa para o direito atuar no delito de descaminho, como já se viu supra. Contudo sua aplicação prática, não se mostra ainda de forma clara e objetiva, especialmente na seara jurisprudencial, e também no que diz respeito à aplicação profilática do princípio, já no bojo do inquérito policial²³⁶.

É sobremaneira importante a aplicação de vanguarda do referido princípio, no seio da atividade policial, para uma melhor e célere atuação do Estado. Conforme Roger Sponde Brutti:

²³³ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância...** *Op. cit., passim.*

²³⁴ *Idem*, p.114.

²³⁵ CALLEGARI, André Luís, MOTTA, Cristina Reindolff. **Estado e Política...** *Op.cit.* p. 21.

²³⁶ BRUTTI Roger Spode. **O princípio da insignificância...** *Op. cit.,* p. 478.

antes da ação penal ver-se encetada, há, necessariamente, um trabalho levado a efeito a polícia judiciária onde, em detrimento de casos mais graves, labora-se durante considerável lapso temporal em torno de ilícitos penais os quais, pela sua insignificância, sequer avocarão um édito condenatório relativo aos seus autores.²³⁷

Quer isto significar que as condutas com conteúdo de injusto penal insignificante não possuem o efeito de invocar decisão judicial condenatória, o que torna todo o trabalho policial improfícuo, bem como toda a persecução penal iniciada a partir da respectiva ação penal. Desta sorte, apesar da falta de debates no que tange a aplicabilidade do princípio da insignificância ao trabalho da polícia, para nós afigura-se indispensável.

Se o órgão do Ministério Público²³⁸ persistir em propor a ação penal, ainda que aplicável o princípio da insignificância, ou seja, ainda que presente a atipia material, cabe ao magistrado a rejeição da denúncia com esteio no art. 43, inc. I, do Diploma Processual Penal pátrio.

Conforme já esboçado, vislumbra-se que o critério para aplicabilidade do princípio da insignificância é meramente numerário, correspondente ao *quantum* do tributo à pagar, a expressar a danosidade ao erário público. Viu-se que o critério, por longo tempo, ficou ao alvedrio dos aplicadores do direito, com grandes oscilações, fato que gerava insegurança jurídica ante a obscuridade dos parâmetros e decisões arbitrárias. Assim, foram utilizadas as seguintes cifras quanto aos tributos iludidos: de apurar as infrações de R\$ 100,00 (cem reais), R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) e R\$ 10.000,00 (dez mil reais), de forma que cada operador do direito tinha uma concepção do que seria insignificante.

A jurisprudência, antes da alteração da Lei nº 10.522/2002, cuja nova redação foi dada pela Lei nº 10.033/2004, acompanhava o valor mínimo para processamento das execuções fiscais como o limite máximo de lesão suportável pelo Estado. No entanto, com o advento da Lei 11.033/2004, que elevou o valor de 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) para 10.000,00 (dez mil reais) sentiu-se um grande abalo na segurança jurídica em relação ao princípio da insignificância. Os Tribunais estão oscilantes: alguns, de forma incoerente ao vinham decidindo, não

²³⁷ *Idem, ibidem.*

²³⁸ A “Polícia judiciária possui o papel precípua de apurar as infrações penais e a sua autoria, por meio do inquérito policial, procedimento administrativo com particularidade inquisitiva, o qual serve, em regra, de sustentáculo à pretensão punitiva do Estado estabelecida pelo Ministério Público, senhor da ação penal pública” BRUTTI, Roger Spode. **O princípio da insignificância...** *Op. cit.*, p. 477-497.

reconhecem o alargamento da linha limítrofe; outros sustentando suas anteriores convicções acompanham o elastecimento legal.²³⁹

A falta de critérios objetivamente definidos para o fim de aplicar o princípio em apreço, com certeza consistiu em um entrave ao seu acolhimento. Grande parte da doutrina aplica, para o reconhecimento da conduta típica como insignificante, o modelo clássico de determinação fundada na avaliação dos índices de desvalor da ação e desvalor do resultado da conduta levada a efeito.

Assim, é possível aferir o grau quantitativo-qualitativo da lesividade em relação ao bem jurídico afetado. Ressalte-se que a culpabilidade, nesse caso, seria apenas pressuposto para a pena, não devendo, em tese, integrar o critério de determinação da ação penalmente insignificante, eis que o princípio da insignificância incide sobre elementos da estrutura interna do delito, quais sejam a tipicidade e a ilicitude²⁴⁰.

Ademais, na interpretação e valoração da ofensa, imperioso proceder ao sopesamento da nocividade social, somada aos critérios de desvalor do resultado, desvalor da ação²⁴¹ - que integram a estrutura do delito, ou seja, integram o conceito de injusto penal - e “do grau de lesividade ou ofensividade ao bem jurídico protegido pelo tipo penal”. Para além disso, mister se faz proceder a uma antecipada medida da pena, cotejando-a com sua eventual necessidade, bem como com as conseqüências de sua imposição para a sociedade e para o autor do delito²⁴².

O desvalor do resultado tem que ser apreciado com base na importância dos bens jurídicos e no respectivo grau de ofensa. O desvalor da ação, por sua vez, refere-se, necessariamente, ao grau de probabilidade da conduta “para realizar o evento na concreta modalidade lesiva assumida pelo agente²⁴³”.

Nesse sentido, Ivan Luiz da Silva:

²³⁹ RIBEIRO, Júlio Dalton. **Princípio da insignificância...** *Op. cit.*, p. 76.

²⁴⁰ *Idem*, p. 62.

²⁴¹ SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância...** *Op. cit.*, p. 473 “para reconhecer a conduta típica penalmente insignificante deve ser empregado o modelo clássico de determinação, realizando-se, assim, uma avaliação dos índices de desvalor da ação e desvalor do resultado da conduta realizada, para se aferir o grau quantitativo-qualitativo de sua lesividade ao bem jurídico atacado.”

²⁴² RIBEIRO, Júlio Dalton. **Princípio da insignificância...** *Op. cit.*, p. 62.

²⁴³ SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância...** *Op. cit.*, p.474.

Ocorre a insignificância do desvalor da ação quando a probabilidade da conduta realizada de lesionar ou pôr em perigo o bem jurídico tutelado apresenta-se material e juridicamente irrelevante, evidenciando que o grau de lesividade do fato típico praticado é quantitativamente ínfimo em relação ao bem jurídico atacado. Por seu turno, a insignificância do quando o resultado do ato praticado é de significado juridicamente irrelevante para o Direito Penal; a gravidade do dano provocado não chega sequer a pôr em perigo o bem jurídico atacado. Com efeito, uma vez identificada a insignificância do desvalor da ação e do desvalor do resultado, tem-se determinada a conduta penalmente insignificante em razão de sua irrelevância jurídico-penal.²⁴⁴

Quer isto significar que a insignificância deve ser valorada não com fundamento apenas no bem juridicamente tutelado, mas principalmente, com base no grau da lesão produzida²⁴⁵. E o grau de lesão guarda, necessariamente, relação com a realidade de cada pessoa, principalmente quanto ao seu aspecto sócio-econômico, motivo pelo qual a diminuta lesão deve ser cautelosamente apreciada, para o efeito de manter a segurança jurídica. Quer isto dizer que, sem um critério objetivo, pode ocorrer abuso e desvirtuamento do princípio da insignificância.

Nota-se que, em tese, é adotado o critério clássico para determinação do princípio da insignificância, ou seja, o critério do desvalor da ação e desvalor do resultado, com apreciação antecipada da pena e prescindindo-se do grau de culpabilidade do autor do delito, ou seja, pouco importa aspectos subjetivos, como a existência de outros processos em curso contra o réu pela mesma infração.

No entanto, judicialmente, o princípio da insignificância é concretizado por outros critérios objetivos. Nesse sentido, observe-se o seguinte excerto jurisprudencial:

HABEAS CORPUS. PENAL. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. HABITUALIDADE CRIMINOSA. 1. A missão do Direito Penal moderno consiste em tutelar os bens jurídicos mais relevantes. Em decorrência disso, a intervenção penal deve ter o caráter fragmentário, protegendo apenas os bens jurídicos mais importantes e em caso de lesões de maior gravidade; 2. **"O princípio da insignificância - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada"** (HC 84.412, STF, Rel. Min. Celso de Mello, decisão publicada no DJU de 2/8/2004);

²⁴⁴ *Idem, Ibidem.*

²⁴⁵ RIBEIRO, Júlio Dalton. **Princípio da insignificância...** *Op. cit.*, p. 63.

3. Não obstante o baixo valor dos impostos devidos constituir condição necessária à aplicação do princípio, não se mostra, todavia, suficiente para tanto; **não se deve olvidar que as condutas praticadas, na medida em que a ação ora em exame não se mostra isolada, mas constitui meio habitual para recomposição de estoques comerciais, mostram-se bastante reprováveis sob o ponto de vista de sua repercussão social, tornando inaceitável a complacência do Estado para com tal comportamento;**

4. Ordem denegada. (STJ, 6ª T. HC 44986 / RS. Min. Rel. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 07/11/2005, destacamos)

Veja-se que a decisão colacionada adota os critérios da “mínima ofensividade da conduta do agente”; “nenhuma periculosidade social da ação”, “reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento” e a “inexpressividade da lesão jurídica provocada”, mesclando o critério clássico acrescido de valoração acerca da culpabilidade do agente, a qual é explicitamente apreciada. Três dos critérios falam do desvalor da conduta e um critério sobre o desvalor do resultado jurídico.

Consoante lição de Luiz Flávio Gomes, deve-se distinguir a insignificância da conduta da insignificância do resultado, assim, quando uma conduta é insignificante, ainda que o resultado seja relevante, “não há como incidir o direito penal. Mas, às vezes, o resultado é que é insignificante, ou então, haver insignificância tanto da conduta quanto do resultado. Há situações que falta o desvalor da conduta, em outras a do resultado, num terceiro grupo, faltam ambos. Nos três casos não se pode afastar de plano o princípio da insignificância, vale dizer, o princípio pode ter incidência quando há puro desvalor do resultado ou puro desvalor da ação ou a combinação de ambos. Para o professor Flávio Gomes assim que se deve compreender a jurisprudência do STF.²⁴⁶

O STF, no entanto, exige para a aplicação do princípio o desvalor do resultado como o da culpabilidade, entendeu que outras circunstâncias e condições pessoais do autor são importantes²⁴⁷, assim, se o julgado fala em comportamento habitual do autor da ação, infere-se daí que não se trata apenas do direito penal do fato, mas também, e explicitamente, do direito penal do autor.

Em julgado mais recente, o Tribunal, indo na contramão do direito penal constitucional, valora aspectos pessoais do autor, senão vejamos:

²⁴⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância...** *Op. cit.*, p. 16-17.

²⁴⁷ *Idem*, p. 63.

HABEAS CORPUS. PACIENTE DENUNCIADO PELA PRÁTICA DE DESCAMINHO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA (ARTS. 288 E 334 DO CPB). HABITUALIDADE. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. VALOR DAS MERCADORIAS APREENDIDAS: R\$ 8.887,50. SUPERAÇÃO DO LIMITE DE R\$ 100,00 FIXADO NO ART. 18, § 1o. DA LEI 10.522/02. PRECEDENTES DO STJ. PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. O valor das mercadorias apreendidas no caso concreto é de R\$ 8.887,50, superior, portanto, ao valor fixado na norma legal que disciplina a extinção automática dos créditos tributários, independentemente de qualquer outra providência fiscal (art. 18, §

1o. da Lei 10.522/02), não havendo, assim, como se considerar insignificante a conduta do acusado. Precedentes do STJ.

2. O antigo preceito romanístico *de minimis non curat praetore* - o Juiz não se ocupa de bagatelas - **precisa ser entendido à luz da realidade fiscal e tributária, que impõe aos comerciantes em geral obrigações fiscais expressivas, não se justificando qualquer complacência com quem engana o Fisco.**

3. **A habitualidade da conduta criminosa exclui a inexpressividade da lesão jurídica provocada, requisito necessário à aplicação do princípio da insignificância.**

4. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial. (STJ, 5ª T. HC 129226 / SP. Min. Rel. Napoleão Nunes Maia Filho, DJE 28/09/2009, destacamos).

Crime de Descaminho e Princípio da Insignificância

A Turma indeferiu habeas corpus impetrado em favor de condenado pela prática do delito de descaminho (CP, art. 334), no qual se pretendia o trancamento de ação penal, por atipicidade da conduta, com base na aplicação do princípio da insignificância, pois o tributo devido seria inferior a R\$ 10.000,00. **Considerou-se que, embora o tributo elidido totalizasse R\$ 8.965,29, haveria a informação de que o paciente responderia a outro processo — como incurso no mesmo tipo penal — cujo valor não pago à Fazenda Pública, considerados ambos os delitos, seria de R\$ 12.864,35. Destacou-se estar-se diante de reiteração de conduta delitiva, pois o agente faria do descaminho seu meio de vida, daí a inaplicabilidade do referido postulado.** O Min. Marco Aurélio, relator, enfatizou seu convencimento no sentido de que, sendo o montante superior a R\$ 100,00, caberia concluir-se pela tipicidade. **HC 97257/RS, rel. Min. Marco Aurélio, 5.10.2010. (HC-97257)**²⁴⁸

Note-se que é mais do que absurdo aquilatar que a habitualidade da conduta exclui a inexpressividade da lesão. O STJ tem exigido a presença simultânea de critérios objetivos (desvalor da ação e desvalor do resultado) e subjetivos (atinentes à culpabilidade), considerando os antecedentes do autor, além de perseverar na aplicação do "leito de procusto", porquanto a decisão é bem recente. Ora, a constrição do autor apenas se justifica quando indispensável

²⁴⁸ Informativo nº 603 – edição de 15.10.2010

à proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens essenciais, “notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade”²⁴⁹. Em julgado do STF, a Ministra Ellen Gracie espousa outro entendimento:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL. CRIME DE DESCAMINHO. CRITÉRIOS DE ORDEM OBJETIVA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. O princípio da insignificância tem como vetores **a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada** (HC 84.412/SP). 2. No presente caso, considero que tais vetores se fazem simultaneamente presentes. **Consoante o critério da tipicidade material (e não apenas formal), excluem-se os fatos e comportamentos reconhecidos como de bagatela**, nos quais têm perfeita aplicação o princípio da insignificância. **O critério da tipicidade material deverá levar em consideração a importância do bem jurídico possivelmente atingido no caso concreto. Assim, somente é possível cogitar de tipicidade penal quando forem reunidas a tipicidade formal (a adequação perfeita da conduta do agente com a descrição na norma penal), a tipicidade material (a presença de um critério material de seleção do bem a ser protegido) e a antinormatividade (a noção de contrariedade da conduta à norma penal, e não estimulada por ela)**. 3. **A lesão se revelou tão insignificante que sequer houve instauração de algum procedimento fiscal**. Realmente, foi mínima a ofensividade da conduta do agente, não houve periculosidade social da ação do paciente, além de ser reduzido o grau de reprovabilidade de seu comportamento e inexpressiva a lesão jurídica provocada. Trata-se de conduta atípica e, como tal, irrelevante na seara penal, razão pela qual a hipótese comporta a concessão, de ofício, da ordem para o fim de restabelecer a decisão que rejeitou a denúncia. 4. **A configuração da conduta como insignificante não abarca considerações de ordem subjetiva, não podendo ser considerados aspectos subjetivos relacionados, pois, à pessoa do recorrente**. 5. Recurso extraordinário improvido. Ordem de habeas corpus, de ofício, concedida. (STF, RE 536486 / RS. Rel. Min. Ellen Gracie, DJE 19-09-2008)

Nesta decisão, observa-se que o critério de aplicabilidade tem por fundamento a repartição da tipicidade penal em tipicidade formal e tipicidade material. A constatação da tipicidade material é tão importante quanto aquela formal, inclusive mais formidável por trazer em seu bojo a idéia de danosidade social. Na esteira da preleção de Roger Spode Brutti, a ilicitude, da mesma maneira que a tipicidade, “engloba o aspecto material que é a verificação da

²⁴⁹ STF, HC 84.687/ MS. Min. Rel. Celso de Mello, DJ 26.10.2006.

necessidade de uma danosidade social relevante para a sua configuração”. Completa dizendo que “a tipicidade não se consome na concordância lógico-formal (subsunção) do fato ao tipo. A ação delineada tipicamente há de ser na maioria das vezes ofensiva ou arriscada a um bem jurídico”²⁵⁰.

Igualmente, a tipicidade não comporta valores de ordem subjetiva, como maus antecedentes, reincidência, habitualidade, existência de inquéritos policiais tratando do mesmo delito, seja em andamento ou arquivado, para o efeito de não agravar o “*status poenalis*”²⁵¹ do réu ou dar suporte legitimador da constrição da liberdade do autor, o que iria contra ao postulado constitucional da não culpabilidade, inscrito no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal²⁵², em iguais circunstâncias a ação penal deve ser trancada por falta de justa causa.

A propósito, observa-se, *in casu*, que a persecução penal olvidou o procedimento administrativo para constituição do crédito tributário definitivo, com decisão administrativa transitada em julgado, que consiste em pressuposto para o oferecimento da denúncia e conseqüente instauração do processo criminal. Ou seja, irracionalmente se tem acionado a máquina judicial, “tocando” processos sem justa causa até chegar aos Tribunais superiores, para se verem arquivados.

Por mais que haja jurisprudência firmada neste sentido, não raro se vê débitos sem lançamento definitivo, decorrente de descaminho, e de inquestionável insignificância, dar ensejo a ações penais fadadas ao fracasso, que desperdiçam os recursos do judiciário e estigmatizam o autor, deixando-lhe marcas indelévels. Ademais, se é insignificante para o fisco o recolhimento do inexpressivo, não há sequer lançamento definitivo, de acordo com o art. 20 da Lei nº 10.522/2002, daí surge a seguinte pergunta: como é que essas condutas foram ser objeto de apreciação pelo poder judiciário?. A resposta é a irracionalidade do sistema, que na realidade trabalha como se as áreas do direito fosse estanques, desprezando os princípios do Estado Democrático de Direito.

Outra questão, que se faz importante em nosso estudo, diz respeito a utilização do direito penal como forma de cobrança de tributos. Após a

²⁵⁰ BRUTTI, Roger Spode. **O princípio da insignificância...** *Op. cit.*, p. 483.

²⁵¹ “*inconveniente qualquer check-up da personalidade do acusado quando se debater acerca do princípio da insignificância.*” *Idem*, p. 484.

²⁵² STF, HC 84.687/ MS. Min. Rel. Celso de Mello, DJ 26.10.2006.

implementação do pagamento do tributo como extintivo da punibilidade do autor, tomou força o argumento segundo o qual a responsabilização criminal reveste-se de ação fiscal de cobrança dotada de maior poder coercitivo²⁵³. Tal posicionamento desvirtua a aplicação do direito penal, compromete a descriminalização e vai de encontro ao direito penal mínimo, colocando por terra, em consequência, a aplicabilidade do princípio da insignificância.

4.3.1. A jurisprudência firmada no âmbito do STJ – O Recurso Especial Repetitivo nº 1.112.748 –TO.

É sabido que dois dispositivos da Lei nº. 10.522/2002 orientaram a jurisprudência na definição dos limites para aplicabilidade do princípio da insignificância ao descaminho, quais sejam:

Art. 18. Ficam dispensados a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição como Dívida Ativa da União, o ajuizamento da respectiva execução fiscal, bem assim cancelados o lançamento e a inscrição, relativamente: (...)

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

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

Quanto ao *quantum* de 100,00 (cem reais) é mais do que evidente que não satisfaz o sentimento de justiça fundamento do princípio da insignificância, até mesmo porque ofende o princípio da dignidade da pessoa humana.

No que tange ao antigo valor de 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), perdeu seu completo sentido com a alteração legislativa levada a efeito pela lei 11.033/2004, nada obstante fosse um valor razoável, em termos do que poderia ser considerado irrelevante em âmbito tributário, ou melhor, este valor, em nossa concepção, já era apto a dissuadir a pratica de descaminho.

²⁵³ BRITO, Auriney Uchôa de. **Responsabilidade penal tributária...** *Op. cit.*, p.429.

Com a Lei citada o valor do débito inscrito na dívida ativa da União passou para 10.000,00 (dez mil), e sua aplicabilidade restou controvertida.

O Supremo Tribunal Federal²⁵⁴, adotou solidamente o critério do art. 20 da lei 10.522/2004:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE DESCAMINHO (ART. 334 DO CP). TIPICIDADE. INSIGNIFICÂNCIA PENAL DA CONDUTA. TRIBUTO DEVIDO QUE NÃO ULTRAPASSA A SOMA DE R\$ 3.067,93 (TRÊS MIL, SESENTA E SETE REAIS E NOVENTA E TRÊS CENTAVOS). ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O postulado da insignificância opera como vetor interpretativo do tipo penal, que tem o objetivo de excluir da abrangência do Direito Criminal condutas provocadoras de ínfima lesão ao bem jurídico por ele tutelado. Tal forma de interpretação assume contornos de uma válida medida de política criminal, visando, para além de uma desnecessária carcerização, ao descongestionamento de uma Justiça Penal que deve se ocupar apenas das infrações tão lesivas a bens jurídicos dessa ou daquela pessoa quanto aos interesses societários em geral. 2. **No caso, a relevância penal é de ser investigada a partir das coordenadas traçadas pela Lei 10.522/02 (objeto de conversão da Medida Provisória 2.176-79). Lei que determina o arquivamento das execuções fiscais cujo valor consolidado for igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Sendo certo que os autos de execução serão reativados somente quando os valores dos débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ultrapassarem esse valor.** 3. Incidência do princípio da insignificância penal, segundo o qual para que haja a incidência da norma incriminadora não basta a mera adequação formal do fato empírico ao tipo. **Necessário que esse fato empírico se contraponha, em substância, à conduta normativamente tipificada. É preciso que o agente passivo experimente efetivo desfalque em seu patrimônio, ora maior, ora menor, ora pequeno, mas sempre um real prejuízo material. Não, como no caso, a supressão de um tributo cujo reduzido valor pecuniário nem sequer justifica a obrigatória cobrança judicial.** 4. Entendimento diverso implicaria a desnecessária mobilização de uma máquina custosa, delicada e ao mesmo tempo complexa como é o aparato de poder em que o Judiciário consiste. Poder que não é de ser acionado para, afinal, não ter o que substancialmente tutelar. 5. **Não há sentido lógico permitir que alguém seja processado, criminalmente, pela falta de recolhimento de um tributo que nem sequer se tem a certeza de que será cobrado no âmbito administrativo-tributário do Estado.** Estado julgador que só é de lançar mão do direito penal para a tutela de bens jurídicos de cuja relevância não se tenha dúvida. 6. **Jurisprudência pacífica de ambas as Turmas desta Suprema Corte: RE 550.761, da relatoria do ministro Menezes Direito (Primeira Turma); RE 536.486, da relatoria da ministra Ellen Gracie (Segunda Turma); e HC 92.438, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa (Segunda Turma).** 7. Ordem concedida para restabelecer a sentença absolutória. (STF, HC 100177, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Primeira Turma, julgado em 22/06/2010, DJe 20-08-2010, destacamos)

²⁵⁴ STF, HC 96309, 1ª T., Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 24/04/2009; HC 92438, 2ª T. Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 19/12/2008.

No âmbito do STJ, mesmo após a alteração do art. 20 da Lei nº. 10.522/2004, o Tribunal continuou a adotar um critério ou outro²⁵⁵, inclusive o parâmetro de 100,00, (cem reais)²⁵⁶, sendo um dos argumentos o de que 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 poderia invocar tal dispositivo normativo para regular o valor do débito caracterizador de matéria penalmente irrelevante. Nesse sentido, destaco:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE DESCAMINHO. INCIDÊNCIA DO PARÂMETRO PREVISTO NO ART. 18, § 1.º, DA LEI N.º 10.522/2002. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO-INCIDÊNCIA.

1. **Não é possível utilizar o art. 20 da Lei nº. 10.522/02 como parâmetro para aplicar o princípio da insignificância, já que o mencionado dispositivo se refere ao ajuizamento de ação de execução ou arquivamento sem baixa na distribuição, e não de causa de extinção de crédito.**

2. **O melhor parâmetro para afastar a relevância penal da conduta é justamente aquele utilizado pela Administração Fazendária para extinguir o débito fiscal, consoante dispõe o art. 18, § 1.º, da Lei nº. 10.522/2002, que determina o cancelamento da dívida tributária igual ou inferior a R\$ 100,00 (cem reais).**

3. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no Ag 873.362/RS, 5ª T, Rel. Ministra Laurita Vaz, julgado em 04/06/2009, DJe 29/06/2009) destacamos.

Essa falta de racionalidade e instabilidade das decisões causaram sobremaneira uma insegurança jurídica, de forma que o autor do delito não podia prever as reais consequências do seu ato, bem como era privado do devido processo legal. Esta instabilidade acabou quando, em sede de **recurso especial repetitivo**, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento já pacificado do Supremo Tribunal Federal, consolidou a interpretação segundo a qual incide o princípio da insignificância aos débitos

²⁵⁵ STJ, HC 110.404/PR, 5ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 07/10/2008, DJe 01/12/2008; AgRg no REsp 992.756/RS, Rel. Ministro Halmilton Carvalhido, Rel. p/acórdão Min. Paulo Gallotti, julgado em 14/10/2008, DJe 03/11/2008; REsp 999.339/PR, 5ª T. Rel. Ministro Jorge Mussi, julgado em 18/09/2008, DJe 20/10/2008 e outros.

²⁵⁶ STJ, 5ª T. HC 129226 / SP. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 28/09/2009; EREsp 966.077/GO, 3ª seção Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 27/05/2009, DJe 20/08/2009; REsp 1015609/RS, 5ª T., Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 07/05/2009, DJe 01/06/2009; REsp 1072592/RS, 5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 26/03/2009, DJe 17/08/2009; AgRg no REsp 937.755/RS, 5ª T.; Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 04/12/2008, DJe 02/02/2009.

tributários até o limite de 10.000,00 (dez mil reais), com fulcro no art. 20 da Lei nº. 10522/2002, conforme decisão assim ementada:

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. TIPLICIDADE. 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. (STJ, 3ª Seção, REsp 1112748/TO. Rel. Min. Felix Fischer, DJ 13/10/2009. Destacamos)

19 . Princípio. Insignificância. Descaminho.

A Seção, ao considerar precedentes do STF, decidiu, em recurso repetitivo, que se aplica o princípio da insignificância ao crime de descaminho quando os delitos tributários não ultrapassam o limite de R\$ 10 mil (art. 20 da Lei n. 10.522/2002). No caso, o teor do acórdão embargado coaduna-se com esse novo entendimento, o que reclama a incidência da Súm. n. 168-STJ. Precedente citado: REsp 1.112.748-TO, DJe 13/10/2009. EREsp 1.113.039-RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgados em 14/12/2009.²⁵⁷

Com efeito, o acórdão afasta a orientação segundo a qual se aplica, para fins de aferição do princípio da insignificância, o *quantum* de 100,00 (cem reais), conforme o disposto no art. 18, §1º da Lei nº 10522/2002. Mantém o argumento que defende a aplicação do princípio pautado no desinteresse na cobrança do débito na esfera administrativa e, de igual modo, não haveria na deflagração do processo-crime.

O Ministro Felix Fischer defende que o dispositivo legal utilizado como supedâneo para a atual orientação (art. 20 da Lei nº 10.522/02), não permite alcançar a conclusão proposta, na medida em que o comando normativo trata de arquivamento sem baixa na distribuição do débito, a evidenciar a ausência de desinteresse permanente como se dá, ao contrário, na hipótese tratada no art. 18, § 1º, do mesmo diploma legal. Contudo, para uma otimização do sistema,

²⁵⁷ Disponível em <http://www.prr1.mpf.gov.br/nucleo-criminal/publicacoes-1/boletins/Boletim-nucrim-ultimo.pdf>, Acesso em 06.10.2010.

evitando-se que uma série de recursos e/ou habeas corpus sejam dirigidos ao STF, o REsp repetitivo acolhe os precedentes do Supremo emanados para o efeito de considerar que os créditos tributários que não ultrapassem R\$ 10.000,00 (dez mil reais), *ex vi* do art. 20 da Lei 10.522/2002, sejam alcançados pelo princípio da insignificância.

A decisão cingiu-se a pacificar um entendimento já consolidado no Supremo Tribunal Federal, mas também trouxe uma importante contribuição no que tange a valoração objetiva do princípio *in quaestio*, afastando a equivocada exigência da habitualidade delitiva do agente ou então que se proceda ao exame de seus antecedentes. Reconheceu-se que neste ponto, os requisitos escapam ao princípio e tem-se a aplicação do direito penal de autor em que “o réu não é incriminado pelo que fez, mas, no fundo, pelo o que é”, inadequado a um regime democrático, assim abandonou-se a ótica da progressiva lesão ao bem jurídico e da idéia do *modus vivendi* delituoso do agente.

No que tange aos embargos em REsp 1.113.039/RS, observe-se a correspectiva ementa:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. DESCAMINHO. LIMITE UTILIZADO PARA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DIANTE DO JULGAMENTO DO RESP 1.112.748/TO (REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA). JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL NO MESMO SENTIDO DO ACÓRDÃO EMBARGADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 168/STJ. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NÃO CONHECIDOS.

1. **A egrégia Terceira Seção desta Corte, ao julgar o Recurso Especial Repetitivo 1.112.748/TO (Rel. Min FELIX FISCHER, DJe 13.10.09), decidiu que se deve aplicar o princípio da insignificância ao crime de descaminho quando os delitos tributários não ultrapassarem o limite de R\$ 10 mil, adotando-se o disposto no art. 20 da Lei 10.522/02, com base em precedentes do colendo STF.**

2. In casu, o tributo sonegado é de R\$ 2.403,00, incidindo, portanto, nos termos da nova orientação firmada por esta Corte, o princípio da insignificância.

3. **Aplicável, na espécie, o enunciado da Súmula 168 do STJ, que dispõe que não cabem Embargos de Divergência quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado.**

4. Embargos de Divergência não conhecidos.

(REsp 1113039/RS, 3ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 14/12/2009, DJe 01/02/2010).

No referido julgado, como o entendimento do acórdão impugnado pelos embargos de divergência estava de acordo com a orientação firmada em sede de recurso especial repetitivo representativo da controvérsia, acima referenciado, não foi conhecido os embargos, mesmo em função do conteúdo da Súmula nº 168 do STJ que não admite embargos de divergência, quando a jurisprudência do tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado.

Desta forma, considera-se inexistente a divergência, para o fim de lastrear as demais decisões no julgado que tornou a questão de direito incontroversa, retomando-se, portanto, a segurança jurídica.

O Recurso especial repetitivo 1.112.748/TO, por sua própria natureza, tornou-se paradigma, servindo de lastro para as decisões que se seguiram, até hoje.²⁵⁸ Destacamos os seguintes arestos do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO. APLICAÇÃO DO ART. 20 DA LEI 10.522/02 (LIMITE DE R\$ 10 MIL). PRECEDENTE DO STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Nada obstante as alegações trazidas pelo agravante, em decisão proferida pela 3ª Seção desta Corte Superior, no julgamento do REsp 1.112.748/TO, alterou-se o entendimento quanto à aplicação do princípio da insignificância, relativamente aos crimes de descaminho, adotando-se o disposto no art. 20 da Lei 10.522/02, entendendo ser aplicável o valor de até R\$ 10.000,00, como excludente de tipicidade penal.

2. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg nos EDcl no REsp 1111905/RS, 5ª T. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 19/11/2009, DJe 01/02/2010. Destacamos)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DESCAMINHO. DÉBITO FISCAL. PATAMAR INFERIOR AO PREVISTO NO ARTIGO 20, DA LEI Nº 10.522/2002. 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 - A e. Terceira Seção desta Corte, no julgamento do Resp nº 1112748/TO, realizado na sessão do dia 09/09/2009, decidiu ajustar-se à orientação do c. Supremo Tribunal Federal, em sintonia com os objetivos da Lei nº 11.672/08.

III - In casu, como o valor do tributo incidente sobre as mercadorias apreendidas é inferior ao patamar estabelecido no art. 20 da Lei

²⁵⁸ STJ, 5ª T, RHC 27623-SP. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 21/06/2010; HC 101.505/SP, 5ª T. Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 29/09/2009, DJe 07/12/2009

10.522/2002, está caracterizada a hipótese de desinteresse penal específico. Ressalva do entendimento do Relator. Recurso provido. (RHC 26.326/MS, 5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 17/09/2009, DJe 03/11/2009, destacamos)

Há quem defenda que, dependendo das circunstâncias, a incidência do princípio da insignificância pode ser afastado, por mais que a lesão seja, de fato, penalmente insignificante, ou seja, inferior a 10.000,00 (dez mil reais). Nessa perspectiva, se o crime de descaminho foi praticado por meio de associação ou organização criminosa, seria inaplicável o princípio descriminalizador, este é o entendimento de Júlio Ribeiro:

ainda que ínfimo o desvalor do resultado, devido ao alto grau de desvalor da ação, ou seja, a conduta é ética e socialmente muito reprovável. Evita-se, assim, que cidadãos se aproveitem da abertura resultante da não intervenção do direito penal, associando-se a outros para a internação de grande quantidade de mercadorias.

Sem embargo do exposto, nosso entendimento é diverso, porquanto crime de descaminho é um delito tributário (ainda que esteja no Código Penal, e este entendimento é pacífico) que não se confunde com o crime organizado, que é tratado pela Lei 9.034/1995, a qual dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.²⁵⁹ Dessarte, não há que se confundir os dois delitos, o fato de a organização criminosa não ser insignificante, não faz da lesão inexpressiva, decorrente do descaminho, relevante.

Por outro lado, não se olvida que os crimes de descaminho que ultrapassem a margem de 100,00 (cem reais) e não alcancem o quantum de 10.000,00 (dez mil reais) será apenas arquivado sem baixa na distribuição, o que significa dizer que não causa a extinção de crédito.

Por fim, nas palavras de Júlio Ribeiro:

A fixação de um parâmetro objetivo, seguro e constante para a concretização judicial do princípio da insignificância serve para prevenir o “escândalo político” que resulta quando “a jurisprudência massivamente muda de critério e considera atípica uma conduta que até esse momento qualificara como típica”, porque duas pessoas que realizaram idênticas

²⁵⁹ *Art. 1º Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo*

ações reguladas pela mesma lei terão sido julgadas de modo que uma resultou condenada e a outra absolvida”. Para correção dessa injustiça deve ser viabilizada a revisão criminal, com fulcro no art. 621, I, do CPP, considerando-se a condenação como um decreto contraposto ao texto expresso da lei interpretada.²⁶⁰

Deste modo, diante dos critérios objetivamente definidos para a incidência do princípio da insignificância, destinado a corrigir o imperfeito processo legislativo, admite-se a revisão criminal para o fim de atacar sentença anterior que reconheceu como típica a ação penalmente insignificante.

4.4. A seletividade social para a persecução penal no delito de descaminho

As infrações a normas gerais realizadas no setor da economia e comércio por pessoas colocadas em posição de prestígio social correspondem a um fenômeno característico de todas as sociedades de capitalismo avançado. Sobre o vastíssimo alcance deste fenômeno influem de forma especial, as conivências entre classe política e operadores econômicos privados, que tiveram eficácia sobre causas do fenômeno e sobre a medida muito escassa, em relação a outras formas de criminalidade.

A criminalidade no âmbito da economia e comércio pelas classes sociais abastadas, ou é perseguida, ou escapa completamente, de forma refinada, das malhas sempre muito largas das leis, seja por fatores que são, consoante Zaffaroni, ou de

natureza social (o prestígio dos autores das infrações, o escasso efeito estigmatizante das sanções aplicadas, a ausência de um estereótipo que oriente as agências oficiais na perseguição das infrações, como existe, ao contrário, para as infrações típicas dos estratos sociais mais desfavorecidos), ou de natureza jurídica formal (a competência de comissões especiais ao lado da competência de órgãos ordinários, para certas formas de infrações, em certas sociedades), ou, ainda de natureza econômica (a possibilidade de recorrer a advogados de renomado prestígio, ou de exercer pressões sobre os denunciante etc.)²⁶¹.

A criminalidade de caráter econômico, financeiro e tributário é concebida de maneira demasiadamente inferior em relação à sua *incalculável* “cifra negra”, cujas estatísticas distorceram as teorias da criminalidade, sugestionando uma

²⁶⁰ RIBEIRO, Júlio Dalton. **Princípio da insignificância...** *Op. cit.*, p. 65.

²⁶¹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica...** *Op. cit.* p. 102.

falsa distribuição da criminalidade nos grupos sociais. Disto decorre uma definição corrente da criminalidade como um fenômeno concentrado, em especial, nos estratos inferiores, e pouco representado nos estratos superiores e, conseqüentemente, ligada a fatores pessoais e sociais relacionados á pobreza, aí compreendidos, observa Sutherland, “a enfermidade mental, o desvio psicopático, a moradia em slum (favela) e a ‘má situação familiar”²⁶².

A atuação dos órgãos oficiais é influenciada e guiada pelos estereótipos da criminalidade, tornando-a socialmente seletiva com as acepções de criminalidade que o povo compartilha. Esta acepção de criminalidade, e as correlativas reações não institucionais por ela condicionadas, estão ligadas ao caráter estigmatizante que a criminalidade leva consigo, que é deveras escasso quando se pensa na criminalidade dos estratos superiores. Isto acontece em razão da limitada perseguição, também pela insignificante incidência social das sanções correspondentes, especialmente daquelas exclusivamente econômicas e, em razão do prestígio social de que gozam os autores dos delitos²⁶³. “A criminalidade não é um comportamento de uma restrita minoria, mas, ao contrário, o comportamento de largos estratos ou mesmo da maioria dos membros de nossa sociedade”²⁶⁴, todavia, alguns são selecionados de forma pré-ordenada para o efeito de o Estado infligir a punição.

Partindo de um ponto de vista mais geral e observando a seleção da população criminoso dentro da perspectiva macrosociológica da interação e das relações de poder entre os grupos sociais, reencontramos, por detrás do fenômeno, os mesmos mecanismos de interação, de antagonismo e de poder que dão conta, em uma dada estrutura social, da desigual distribuição de bens e de oportunidades entre os indivíduos²⁶⁵

Sob este aspecto, é possível vislumbrar o real sentido do fato de que a população carcerária, nos países de capitalismo avançado, em sua maioria, seja eleita entre as classe operária e as classes economicamente desprovidas.

Reportando-se à proposição de Fritz Sack, Zaffaroni aduz que a maioria dos cidadãos está entre os criminosos, fato que transporta à idéia de que a

²⁶² SUTHERLAND Apud BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica...** *Op. cit.* p. 102.

²⁶³ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica...** *Op. cit.*, p. 103.

²⁶⁴ *Idem, ibidem.*

²⁶⁵ *Idem*, p. 107.

criminalidade enquanto realidade social, não é uma realidade pré-constituída em relação à atividade dos magistrados, mas uma propriedade conferida por estes a certos sujeitos, não somente segundo a conduta destes se subsuma ao não ao tipo abstrato previsto na lei, mas, além disso e, principalmente, “conforme as meta-regras²⁶⁶, tomadas no seu sentido objetivo”²⁶⁷.

Ainda, Fritz Sack pondera os juízos através dos quais se atribui um delito a uma pessoa, como juízos atributivos que determinam o atributo criminal desta pessoa com as implicações jurídicas e sociais conexas, *v.g.* estigmatização, mudança de status e de identidade social etc. Nesse sentido, a sentença criaria uma nova característica para o imputado, colocando-o em uma posição que, sem a sentença, não possuiria. “A estrutura social de uma sociedade que distingue cidadãos violadores ou não da lei, não é uma ordem dada, mas produzida”²⁶⁸.

A criminalidade, no pensamento de Sack não é entendida como um comportamento, mas sim como um bem negativo, paralelo aos bens positivos, *v.g.* renda, privilégio etc, A propósito, seria o exato oposto ao privilégio, submetida a processos de distribuição equivalente a deste²⁶⁹. “A criminalidade não existe na natureza, mas é uma realidade construída socialmente através de processos de definição e interação”²⁷⁰.

Neste talante, a relação entre direito penal e desigualdade na sociedade capitalista implica na formação e produção da norma penal de forma seletiva, passando o direito penal a ser produtor e reproduzidor de relações de desigualdade, na medida em que é um dos mecanismos que mantém a reprodução do modo de produção capitalista. A aplicação seletiva das sanções penais estigmatizantes como o cárcere, faz parte da estrutura social, mantendo a escala vertical da sociedade²⁷¹. Ainda, consoante Zaffaroni, a aplicação seletiva incide no status

²⁶⁶ “As regras sobre aplicação ou meta-regras seguidas, conscientemente ou não, pelas instâncias de direito, e correspondentes às regras que determinam a definição de desvio e de criminalidade no sentido comum, estão ligadas às leis, mecanismos e estruturas objetivas da sociedade baseadas sobre relações de poder (e de propriedade) entre grupos e sobre as relações sociais de produção” *Idem*, p. 105-106.

²⁶⁷ *Idem*, p. 107.

²⁶⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica...** *Op. cit.*, p. 107-108.

²⁶⁹ *Idem*, p. 108.

²⁷⁰ *Idem, ibidem*.

²⁷¹ *Idem*, p. 166.

social do sujeito pertencente à classe social subalterna, impedindo sua ascensão social e, para além disto explica como uma função simbólica da pena:

a punição de certos comportamentos ilegais serve para cobrir um número mais amplo de comportamentos ilegais, que permanecem imunes ao processo de criminalização. Desse modo, a aplicação seletiva do direito penal tem como resultado colateral a cobertura ideológica desta mesma seletividade.

Contudo, ainda mais essencial parece a função realizada pelo cárcere, ao produzir, não só a relação de desigualdade, mas os próprios sujeitos passivos desta relação. Isso parece claro se se considera a relação capitalista de desigualdade, também e sobretudo como relação de subordinação, ligada estruturalmente à separação entre propriedade da força de trabalho e dos meios de produção e, por outro lado, à disciplina, ao controle total do indivíduo, requerido pelo regime de trabalho na fábrica e, mais em geral, pela estrutura de poder em uma sociedade que assumiu o modelo da fábrica.²⁷²

Quer isto dizer que o cárcere, além de manter a desigualdade já existente, produz sujeitos desiguais, recrutando estes das zonas mais pobres, representando, assim, o sistema penal burguês. O cárcere consubstancia-se em um processo de seleção que começa com a discriminação social e vai até a consolidação definitiva de uma carreira criminosa²⁷³.

Tudo isso reforça a idéia de que o sistema penal não previne condutas delitivas, mas, ao inverso, condicionam essas condutas pelo processo do etiquetamento, ou *labeling approach*, como já vimos supra, ampliando a violência através da segregação institucional que gera a prisionização e derpersonalização²⁷⁴.

Mais do que isto, demonstra que o sistema penal seleciona pessoas ou ações, como também criminaliza os sujeitos segundo sua classe e posição social, nas palavras de Zaffaroni e Pierangeli:

²⁷² *Idem, ibidem.*

²⁷³ “antes de ser a resposta da sociedade honesta a uma minoria criminosa(...) o cárcere é, principalmente, o instrumento essencial para a criação de uma população criminosa, recrutada quase exclusivamente nas fileiras do proletariado, separada, da sociedade e, com consequências não menos graves, da classe. Na demonstração dos efeitos marginalizadores do cárcere, da impossibilidade estrutural da instituição carcerária cumprir a função de reeducação e de reinserção que a ideologia penal lhe atribui, concorrem a observação histórica, que demonstra o substancial fracasso de toda obra de reforma desta instituição BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica...** Op. cit. p. 167-168.

²⁷⁴ ZAFFARONI, Raúl Eugênio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual...**, p. 67.

Há uma clara demonstração de que não somos todos igualmente “vulneráveis” ao sistema penal, que costuma orientar-se por “estereótipos” que recolhem os caracteres dos setores marginalizados e humildes, que a criminalização gera fenômeno de rejeição do etiquetado, bem como também daquele que se solidariza ou contata com ele, de forma que a segregação se mantém na sociedade livre. A posterior perseguição por parte das autoridades com rol de suspeitos permanentes, incrementa a *estigmatização* social do criminalizado.²⁷⁵

O sistema penal seleciona indivíduos dos estratos subalternos, ou seja, dos humildes e marginalizados, criminalizando-os. Ao mesmo tempo, aqueles que detém o poder de definição, o poder de decidir acerca do sentido da criminalização, igualmente tem o poder de se subtrair à esta. Quer isto significar que no Estado Democrático de Direito, a submissão de todos ao Direito posto não se realiza perfeitamente²⁷⁶, ou seja, tem graus de realização, conformando-se inevitavelmente à estratificação social.

No talante aos crimes de insignificância sobeja, o professor Luiz Flávio Gomes bem anota, com arrimo na lição de Gustavo Vitale, acerca dos efeitos da criminalização de tal condutas, vale transcrever:

A penalização das mínimas ‘bagatelas’ (segundo o direito penal), por outro lado, ‘geraria males muito mais graves dos que os tende evitar’, porque ‘é evidente que nada favorece tanto a criminalidade como a penalização de qualquer injusto consistente em uma nimiedade’. Ademais ‘a estigmatização que o próprio processo penal gera, o labor dos funcionários e empregados do Poder Judiciário avocados à investigação e análise destes fatos, o tempo e esforço empregado por aqueles que devem colaborar de outro modo com a justiça (como é o caso das testemunhas e dos peritos) e o custo econômico que a atividade judicial demanda, são tão só alguns outros inconvenientes que demonstram a não necessidade do controle penal das insignificâncias e, particularmente da colocação em funcionamento da engrenagem judicial. A pena para as bagatelas, então, longe de constituir uma resposta institucional necessária, seria na verdade em meio irracional, desproporcional em relação aos fatos aos que se aplica, que provocaria males inaceitavelmente maiores que aqueles que com a pena procura se evitar’.²⁷⁷

Observa-se, destarte, que a criminalização secundária se dá sobre as pessoas vulneráveis das classes sociais subalternas, ao inverso do que ocorre com as elites econômicas, tendo por efeito, a estigmatização e o desvio da personalidade, ao mesmo tempo em que reproduz a desigualdade econômica e a

²⁷⁵ *Idem, ibidem.*

²⁷⁶ *Idem*, p. 68.

²⁷⁷ Gustavo vitale apud GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância...** *Op. cit.*, p. 77.

verticalização social. O instrumento de descriminalização consistente no princípio da insignificância não alcança todos, mesmo quando se afigura possível, principalmente nos delitos contra o patrimônio, um dos valores mais protegidos na ordem capitalista.

No tocante ao delito de descaminho, especificamente à atividade dos sacoleiros, forçoso desconsiderar a tipificação de crime como consta no artigo 334 do Código Penal. Neste sentido, o Habeas Corpus seria um meio de “reparar uma grande injustiça que vem sendo cometida contra muitas pessoas pobres e desempregadas nesse país”²⁷⁸

Consoante o Procurador da República Dr. João Gilberto Gonçalves Filho, se o empresariado, que mais comete os crimes contra a ordem tributária, não vai preso em flagrante e só pode ser denunciado após a materialidade constatada pela regular apuração de crédito tributário em procedimento administrativo fiscal, não é justo nem jurídico (porque viola o princípio da igualdade) termos dois pesos e duas medidas com relação aos sacoleiros que trazem mercadorias importadas, geralmente do Paraguai

Para Gonçalves Filho, em geral, as pessoas que tem sua liberdade constricta por descaminho é a classe subalterna, formada por pobres e desempregados que, em péssimas condições, vão ao Paraguai comprar mercadorias para vender e garantir o sustento da família. Destaco:

Quem vai preso em flagrante por contrabando ou descaminho não são os tubarões dessa espécie de crime, que lucram muito com a sua prática e têm seus negócios escorados em forte e corrupta rede de proteção estatal. Definitivamente, quem vai preso em flagrante por esse tipo de crime é a ‘arraia miúda’, gente miserável que não encontra outro meio de sobreviver.

Consoante conclusão do ilustre Procurador da República:

a) O Estado não propicia emprego suficiente para todas as pessoas que necessitam;

²⁷⁸ Habeas Corpus - Ministério Público Federal - Procurador João Gilberto Gonçalves Filho. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2005-jul-11/procurador-defende-sacoleiros-nao-sejam-presos>. Revista **Consultor Jurídico**, 11 de julho de 2005. Acesso em 18.10.2010.

b) O universo de prisões em flagrante pelos crimes de descaminho atinge pessoas miseráveis e desempregadas, que se sujeitam a uma viagem longa e seguem enfurnadas, "via de regra, num ônibus fétido, lutando para sobreviver";

c) Considerando os itens anteriores, não há reprovabilidade social na conduta de quem se torna "sacoleiro" para sustentar a si mesmo ou à sua família;

d) Os verdadeiros "tubarões" do descaminho, que lucram muito dinheiro com esse negócio, não se sujeitam à referida viagem, por isso mesmo não são presos em flagrante;

e) Os empresários que praticam crimes contra a ordem tributária, iludindo o fisco no recolhimento dos tributos devidos, nunca são presos em flagrante: se existirem casos no Brasil, certamente poderemos contá-los nos dedos.

f) Como decorrência do princípio da isonomia, a mesma práxis deve ser aplicada aos crimes de descaminho;

g) Ignora o princípio da dignidade da pessoa humana (e o paradigma do direito penal mínimo), bem como a atual política criminal, lançar na cadeia pessoas que não revelam a periculosidade social necessária para tanto, nem cometeram fato de tal gravidade que o justifique;

h) "O erro não está propriamente na conduta das autoridades policiais, que são obrigadas a prender em flagrante e não podem conceder fiança. O erro é do sistema de persecução criminal, cabendo ao Poder Judiciário tomar a medida cabível para corrigir essa distorção sistêmica";

i) A punição representada pela pena privativa de liberdade mostra-se absurdamente desproporcional ao crime de descaminho, já que a perda integral da mercadoria para o fisco é que o basta para punir exemplarmente tal conduta ilícita;

j) Para evitar que muitas pessoas continuem sendo presas sem necessidade, sujeitas ao tratamento humilhante e desumano do cárcere, a medida mais coerente a se tomar é impedir a prisão em flagrante pelos crimes de descaminho;

Tal medida não implicará a impunidade de quem quer que seja, já que (i) não impedirá que a autoridade policial federal apreenda as mercadorias e colha o depoimento de todos os envolvidos, instaurando inquérito policial e remetendo os autos a Juízo, nem

impedirá a instauração (e condenação) dessas pessoas por processos de contrabando ou descaminho, a critério do Procurador da República e do Juiz Federal oficiantes em cada caso; (ii) não impedirá, caso seja necessária, a prisão cautelar por contrabando ou descaminho determinada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente; (iii) não impedirá a prisão por crimes conexos com o contrabando ou descaminho, praticados em concurso formal ou material; (iv) não impedirá a severa punição administrativa hoje aplicada, consistente na apreensão e posterior perda das mercadorias, decretada em regular procedimento administrativo fiscal.²⁷⁹

Ante todo o exposto, vislumbra-se que no delito de descaminho, que é um crime de natureza eminentemente tributária, o sistema penal seleciona os agentes sujeitos ao processo de criminalização secundária, conforme sua posição na estrutura econômico-social. Da análise da dos parâmetros de aplicabilidade do princípio da insignificância ao crime de descaminho, observa-se uma clarividente afirmação da seletividade dos estratos sociais subalternos para criminalização primária e, especialmente, secundária.

O parâmetro adotado para aplicação do princípio da insignificância ao delito de descaminho revela, querendo ou não, um afrouxamento da política criminal para crimes tributários, apenas e tão somente quanto aos "tubarões do crime". É evidente que semelhante construção, sem embargo de afirmar retoricamente a tendência do direito penal mínimo, mitiga a função da prevenção geral - por nós criticada - para crimes tributários, sem atentar que o resultado da tributação considerada insignificante, em sua totalidade, pode ser revertido para execução de políticas públicas voltadas para evitar a criminalização dos sujeitos dos estratos sociais subalternos.

Revela-se, que o princípio da insignificância é intensamente olvidado, com a conseqüente criminalização justamente daquelas pessoas excluídas do mercado de consumo. A constrição da liberdade, pelo que se percebe, é a primeira medida imposta, sem verificação da danosidade social ou dos requisitos da prisão cautelar ou, ainda, das peculiaridades do caso concreto.

²⁷⁹ Habeas Corpus - Ministério Público Federal - Procurador João Gilberto Gonçalves Filho. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2005-jul-11/procurador-defende-sacoleiros-nao-sejam-presos>. Revista **Consultor Jurídico**, 11 de julho de 2005. Acesso em 18.10.2010.

Tais casos bem demonstram o maximalismo punitivista²⁸⁰, bem como a seleção dos sujeitos desviados, relegitimando, assim, a ordem social desigual existente. O direito penal deixa de ser um limite ao arbítrio do Estado e passa a ser um repressor dos direitos e garantias fundamentais, caracterizadores do Estado Democrático de Direito, em cujo interior, está proscrito o tratamento desumano ao preso ou condenado.

Quando da aplicação de sanções o Estado não pode, sob qualquer pretexto, proceder a uma intervenção punitiva que lesione a dignidade pessoal do autor do delito. No entanto o que ocorre é degeneração da identidade do "desviado" pelo fato do processo e pela realidade do cárcere, que provoca marcas indeléveis na personalidade do réu, a influenciar seu convívio posterior na sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo quanto exposto, não se olvida que o direito penal mínimo e a conseqüente aplicação do princípio da insignificância tem por fim afirmar as garantias inscritas em nossa Carta Constitucional. Em um sentido mais amplo, quer dizer que se nos afiliássemos à expansão do direito penal, teríamos que abjurar de todo o sistema principiológico constitucional que rege, enquanto fonte maior do direito penal, todos os procedimentos do processo penal no Estado Democrático de Direito.

A conjugação de todos os princípios informadores da insignificância no direito penal já limitariam o *ius poenali* e fundamentariam a não intervenção do direito penal quando a ofensa é demasiada ínfima ou inexpressiva a danosidade da conduta. Mas como se viu, na falta de critérios, o ideal é o estabelecimento de parâmetros claros e objetivos a amparar a segurança jurídica.

²⁸⁰ Ver CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 3ª ed. ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004; HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. Traducción Patricia S. Ziffer. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1997; BATISTA, Vera Malaguti, CORSI, Giancarlo. **A funcionalidade do processo de criminalização na gestão dos desequilíbrios gerados nas formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado**. In. Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito. Mária Lúcia Karam (org). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Para além disto, a ausência de danosidade social ou a proibição de excesso são fundamentos para a não intervenção do direito penal a condutas insignificantes, insuficientes para motivar qualquer castigo penal ou para fazer incidir a lei penal. A propósito, o princípio da insignificância exime o autor da pena, da responsabilidade penal, mas não da responsabilidade civil, administrativa, trabalhista, tributária etc.

Ante estas breves considerações, mostra-se imperiosa uma postura clara dos operadores do direito, tanto magistrados quanto defensores e membros do Ministério Público, diante deste tema e, principalmente, a exploração das possibilidades hermenêuticas²⁸¹ que porventura contribuam para diminuir o potencial altamente prejudicial da aplicação da lei penal, da criminalização secundária.

Neste talante, a decisão judicial deve passar por uma filtragem constitucional²⁸², permitindo que, sob a lente da legitimidade, o intérprete, levando em conta as necessidades do direito material no caso concreto, o contraditório, a plenitude de defesa, a proporcionalidade, a razoabilidade, a celeridade e a preservação dos núcleos fundamentais dos princípios e dos direitos fundamentais, pondere os interesses das partes, privilegiando o equilíbrio das forças antagônicas, por meio dos princípios constitucionais balizadores e limitadores da hermenêutica, de modo a *enunciar uma decisão justa, colada à realidade dos fatos*.

Atente-se que o ato de julgar, por implicar uma “notável” margem de poder criador, influencia a evolução e aplicação das regras punitivas, a revisão e a

²⁸¹Em excelente passagem, o constitucionalista e filósofo Lênio luiz STRECK esclarece o que é a atividade do hermeneuta: “(...) *fazer hermenêutica jurídica é realizar um processo de compreensão do direito. Fazer hermenêutica é desconfiar do mundo e de suas certezas, é olhar o direito de soslaio, rompendo-se com (um)a hermé(nêu)tica jurídica tradicional-objetivamente prisioneira do(idealista) paradigma epistemológico da filosofia da consciência.(...) Talvez por acreditar em sentidos a priori ou em verdades apofânticas, é que os aplicadores do Direito, inseridos na já delineada crise do paradigma da dupla face, “consigam” (re)produzir decisões sem se darem conta das repercussões sociais e da própria função social dele – jurista – e do (des)cumprimento do texto da Constituição. Não se dão conta do devir histórico, da consciência exposta aos efeitos da história (wirkungsgechichtliches bewussein) e de sua situação hermenêutica, ou seja, não tem a compreensão prévia, a antecipação do sentido do que seja, por exemplo, a função social do Direito (e so estado).*” In. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 200.

²⁸² BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro...**, op. cit., p. 44.

modificação do direito positivo. O magistrado, querendo ou não, “compõe para o caso concreto uma norma que vem completar o sistema objetivo do direito”, implicando em uma verdadeira “reelaboração legislativa”, permeada por valorações político-sociais²⁸³.

Evocando a Theodore Roosevelt, o Prof. Dotti assinala que os principais criadores do direito podem ser, e frequentemente são, os juízes. Com essas interpretações, de fundamental importância empresta direção a toda atividade de criação do direito²⁸⁴. As decisões judiciais não seriam, deste modo, meramente descritiva, mas especialmente criativa.

De outra parte, remetendo-se a Ricardo Antunes Andreucci, aduz:

a criação do direito pela jurisprudência deflui não apenas da autorização legal, da imprevisão e da ilogicidade do legislador, tendendo à busca da exata proporção capaz de superar o conflito entre a forma e a realidade, entre *la ragione dell' autorità* e a *autorità della ragione*. Tal ocorre nas hipóteses de lacunas, antinomias e de muitos aspectos do crime e da pena, os quais evidenciam que a lei, em abstrato, não pode prever em tudo, em razão do multifacetário emanado da realidade.²⁸⁵

Ainda, “não se pode consentir com a letra estagnada da lei quando encerra desconformidades sintomáticas”. Note-se que “ao interesse da sociedade é que se deve ceder vitória, e não à intenção do legislador” sobremaneira “indeterminável, equivocada ou esvaziada com o passar dos anos”²⁸⁶.

A coerção penal deve dar enlevo à segurança jurídica, contudo, se “ultrapassa o limite de tolerância na ingerência aos bens jurídicos do infrator, causa mais alarma social do que o próprio delito”. Segundo Zaffaroni e Pierangeli, não se cuida de que a pena ‘retribua’ nenhum mal, e sim “de que garanta os bens jurídicos sem lesionar o sentimento de segurança jurídica da comunidade”²⁸⁷.

Sob esse viés, é imperioso o reconhecimento ao descaminho a mesma natureza fiscal das demais sonegações fiscais, bem como o reconhecimento do princípio da insignificância no caso concreto, para o fim de não aplicar a situações

²⁸³ DOTTI, René Ariel, SCANDELARI, Gustavo Britta. **A exigência do exaurimento...** *Op. cit.*, p. 402.

²⁸⁴ *Idem*, p. 403.

²⁸⁵ ANDREUCCI, Ricardo Antunes. **Direito penal e criação judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 62 *Apud* DOTTI, René Ariel, SCANDELARI, Gustavo Britta. **A exigência do exaurimento...** *Op. cit.*, p. 402.

²⁸⁶ *Idem*, p. 416.

²⁸⁷ ZAFFARONI, Raúl Eugênio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual...** *Op. cit.*, p. 85.

equânimes regras diversas, e também evitar a manutenção no cárcere, de indivíduos que causaram uma danosidade social ínfima, irrelevante ou inexistente, que tem como consequência a oneração descabida do Estado²⁸⁸.

Conclui-se que a missão do direito penal tributário consiste em promover o terror para satisfazer seu interesse de arrecadação, ou seja, o Estado elege o direito penal para forçar o cumprimento das obrigações tributárias independentemente da destinação do recurso. Deste modo a ação penal se traveste de ação fiscal de cobrança com maior poder coercitivo, para penalizar condutas que podem ser resolvidas por outras áreas do direito, que não o direito penal.

Assim, afigura-se que o princípio da insignificância não pode ser olvidado no Estado Democrático e Social de Direito, especialmente na esfera penal, em suas diversas entrâncias, inclusive administrativa, porquanto afeta a liberdade da pessoa humana e sua dignidade e porque a sociedade reclama por uma justiça mais célere, ágil e, principalmente, mais justa²⁸⁹.

Justa na medida em que a criminalização secundária não cause um processo de empobrecimento do réu vulnerável e sua família, estigmatizando-os pelo *fato do processo*, que passa a ser não mais a vontade da verdade, mas, como diria Salo de Carvalho²⁹⁰, a vontade do sistema, eleita como fim último da própria atividade.

²⁸⁸ Notícia Push STJ de 31/05/2010 - 10h02 - **Judiciário gasta R\$ 2,6 mil para julgar tentativa de furto de R\$ 5,89** – “O Superior Tribunal de Justiça (STJ) determinou a extinção de uma ação penal contra uma mulher condenada pela tentativa de furto de três vidros de esmalte, avaliados em R\$ 5,89. De acordo com a Quinta Turma, trata-se do chamado “crime de bagatela”, tendo em vista o pequeno valor, que não lesionaria o patrimônio da vítima e não causaria qualquer consequência danosa. São correntes os casos que chegam ao STJ em que vem sendo aplicado o princípio da insignificância. Bens cujos valores são ínfimos se comparados ao custo médio registrado para cada processo julgado no Tribunal no ano passado: R\$ 2.674,24. No Supremo Tribunal Federal (STF), a mais alta corte do país, o custo médio do processo em 2009 foi de R\$ 3.775,06. No início de fevereiro, a Quinta Turma concedeu habeas corpus a um homem que furtou um caderno em uma papelaria. Outras situações semelhantes que acabaram chegando ao Tribunal Superior se tornaram folclóricas, como os furtos de um boné, de um pote de manteiga, de um cabrito, de uma bicicleta, de galinhas e de frangos congelados. Todos analisados pelo STJ e considerados crimes de bagatela.” Também DOTTI, René Ariel, SCANDELARI, Gustavo Britta. **A exigência do exaurimento...** *Op. cit.*, p. 420.

²⁸⁹ BRUTTI, Roger Spode. **O princípio da insignificância...** *Op. cit.*, p. 496.

²⁹⁰ PLETSCHE *apud* CARVALHO, Salo de. **Memória e esquecimento nas práticas punitivas.** Revista de estudos Ibero-Americanos: Revista do Programa de Pós Graduação em História da PUC-RS, Ed. Especial, Porto Alegre: 2006, n.2, p. 85. In. **Formação da Prova no Jogo Processual Penal: O atuar dos sujeitos e a construção da sentença.** São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 37.

A descriminalização das condutas que atentem contra a “Ordem Tributária” é medida que se impõe. Nesse talante, a máquina punitiva deve ser acionada para casos sobremaneira graves, com atenção aos direitos e garantias fundamentais. O judiciário pode enfrentar com muito mais eficiência e respeito às garantias as ofensas mais graves oriundas da grande criminalidade quanto mais reduzido for seu trabalho.²⁹¹

A rejeição da aplicação do princípio da insignificância se operaria em nome da realização incondicional da vontade irracional do Estado, que seria o único bem jurídico sob a tutela do direito penal.

Demais disso, se uma pena não cumpre uma função preventiva particular, mas tão somente se limita a ter uma função simbólica, a informação de fato deve ser valorado pelo direito, “e, em tal situação, deve-se entender que essa pena é inconstitucional, violadora dos direitos humanos, e, conseqüentemente, não se justifica a sua imposição”²⁹².

A desconsideração do injusto mínimo, inexistente ou desprezível, para o efeito de declarar atípica a conduta, coaduna-se com o direito penal do autor, enquanto corrupção do direito penal, a considerar o ato como manifestação de uma forma de ser do autor, a qual é considerada delitiva. O ato, assim, seria sintoma de uma personalidade tomada como perigosa *a priori* e todo direito penal da periculosidade é direito penal do autor²⁹³.

Justamente para corrigir distorções legislativas e tipificações abrangentes, em que a pena imposta é desproporcional ao dano provocado ao bem jurídico tutelado, que atua o princípio da insignificância, enquanto instrumento seletivo das ações concretamente lesivas ao bem tutelado²⁹⁴, já que o legislador ao incriminar uma conduta “não dispõe de meios para evitar que também sejam alcançados casos leves”²⁹⁵, bem como corrigir eventuais injustiças na aplicação no tipo penal em casos de lesão mínima ao bem jurídico tutelado.

²⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. **A pena...** *Op. cit.*, p.34.

²⁹² *Idem*, p. 96.

²⁹³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual...** *Op. cit.*, p. 105.

²⁹⁴ *Idem*, p. 471.

²⁹⁵ TAGLIALENHA, Júlio A. **O princípio da insignificância e os crimes contra a ictiofauna.** In Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 57, nov-dez de 2005, Editora Revista dos Tribunais, p. 76.

Fica mais do que evidente que o princípio da insignificância não se consubstancia em um critério de seleção de bens jurídicos, porquanto esta função compete ao poder legislativo, este postulado diz respeito ao grau de intensidade da ofensa ao bem jurídico destacado pelo legislador como digno de tutela penal²⁹⁶.

Se partirmos da premissa de que qualquer dano deva ser punido sem exceção, obviamente estaríamos abjurando o Estado Democrático de Direito e todos os seus fundamentos inscritos no art. 3º da Carta Maior.

²⁹⁶ TAGLIALENHA, Júlio A. **O princípio da insignificância...** *Op. cit.*, p. 78.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina de Andrade. **Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima – Códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 2ª ed. Tradução: Juarez Cirino dos Santos, Rio de Janeiro: Freitas Bastos – Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

_____. **Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)**. Doctrina Penal, ano 10, nº 37 a 40, 1987

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n.59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>>. Acesso em: 27 ago. 2010.

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

BRITO, Auriney Uchôa de. **Responsabilidade penal tributária e a missão do direito penal no Estado Democrático de Direito**. In. Revista dos Tribunais, ano 98, vol. 886, agosto de 2009.

BRUTTI, Roger Spode. **O princípio da insignificância e sua aplicabilidade pela polícia judiciária**. In. Revista dos Tribunais. Ano 98, vol. 850, agosto de 2006, p. 477-497.

CALLEGARI, André Luís, MOTTA, Cristina Reindolff. **Estado e Política Criminal: A expansão do Direito Penal como Forma Simbólica de Controle Social**. In. *Política Criminal, Estado e Democracia – Homenagem aos 40 anos do Curso de Direito e aos 10 anos do Curso de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*. (Org.: André Luis Callegari). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Salo de. **Memória e esquecimento nas práticas punitivas**. Revista de estudos Ibero-Americanos: Revista do Programa de Pós Graduação em História da PUC-RS, Ed. Especial, Porto Alegre: 2006, n.2, p. 85. In. **Formação da Prova no Jogo Processual Penal: O atuar dos sujeitos e a construção da sentença**. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 37.

CERVINI, Raúl. **Os Processos de Descriminalização**. 2ª ed. rev. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal: parte geral**. 2ª Ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2007.

DOTTI, René Ariel, SCANDELARI, Gustavo Britta. **A exigência do exaurimento da via administrativa nos crimes de descaminho.** Revista dos Tribunais, Ano 97, vol.877, Nov 2008, p. 399-425.

FERRAJOLI, Luigi. **A pena em uma sociedade democrática.** In. Discursos sediciosos. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 7, nº. 12.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade.** Coleção direito e ciências afins, v. 1, (Coord. Alice Bianchini *et alii*). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GOMES FILHO, Dermeval Farias. **A Dimensão do Princípio da insignificância.** In 3ª edição da Revista Eletrônica da Justiça Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal TRF1. Disponível em http://www.mpdf.gov.br/portal/index.php?option=com_content&task=view&id=1654&Itemid=93. Acesso em 23 de junho de 2010.

MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral – Volume 1.** 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RIBEIRO, Júlio Dalton. **Princípio da insignificância e sua aplicabilidade no delito de contrabando e descaminho.** In. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Bimestral, ano 16, nº 73, julho-agosto de 2008

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal.** Organização e Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância e os crimes ambientais.** In. Revista dos Tribunais Ano 97, vol. 867, janeiro 2008.

STRECK, Lênio Luiz. **Uma Visão Hermenêutica do Papel da Constituição em Países Periféricos.** In. *Política Criminal, Estado e Democracia – Homenagem aos 40 anos do Curso de Direito e aos 10 anos do Curso de Pós-Graduação em Direito da Unisinos.*(Org.:André Luis Callegari). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise.** Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TAGLIALENHA, Júlio A. **O princípio da insignificância e os crimes contra a ictiofauna.** In Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 57, nov-dez de 2005, Editora Revista dos Tribunais.

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

ZAFFARONI, Raúl E. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2ª edição, Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Vol. 1. Parte Geral**. 6ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.