

ANÁLISE COMPARATIVA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA ENTRE OS CRIMES DE FURTO E DESCAMINHO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Marcos Afonso Johner¹

Diego Alan Schofer Albrecht²

Sumário: 1 INTRODUÇÃO. 2 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO BRASILEIRO. 3 TIPOS LEGAIS DOS CRIMES DE DESCAMINHO E FURTO. 4 INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES DE FURTO E DESCAMINHO: NOÇÕES E CRÍTICAS. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

Resumo: O objetivo deste escrito é a análise comparativa do princípio da insignificância entre os crimes de furto e descaminho na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A discussão do assunto é de suma importância, de sorte que produz efeitos não só teóricos, mas, principalmente, práticos, que envolvem fatos hodiernos e contumazes na justiça criminal. Diante disso, utilizou-se de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial para a discussão e aprofundamento teórico do assunto delimitado. Portanto, comparando-se a aplicação do princípio da insignificância entre os crimes de furto e descaminho, percebe-se que a Corte Suprema o utiliza de forma indevida, sem se pautar em critérios axiológicos que vincule proporcionalidade e razoabilidade.

Palavras-chave: Insignificância. Furto. Descaminho.

1 INTRODUÇÃO

O princípio da legalidade é de relevada importância nos Estados de Direito, sobretudo em relação à área penal, pois não há crime sem lei anterior que o defina, tampouco pena sem prévia cominação legal. Contudo, isso não significa que todas e quaisquer condutas podem ser proibidas. Há um limite formal, que se refere à lei, e, mais importante, um limite material, segundo o qual apenas se criminalizam aquelas condutas que possam vir a causar sérios prejuízos aos bens jurídicos constitucionalmente tutelados.

Trata-se de um pressuposto prático-social, cuja análise não deve ocorrer apenas abstratamente, mas sim na realidade hodierna. Desse modo, em alguns casos fáticos, ainda que, formalmente, a conduta humana se encaixe a um tipo penal incriminador, pode acontecer que, sob o prisma material, tal não se verifique. Eis o que se convencionou rubricar de crime insignificante ou de bagatela.

Nestes casos o comportamento é considerado irrelevante, restando afastada a

¹ Acadêmico do Curso de Graduação em Direito pela FAI Faculdades. E-mail: marcosjohner@yahoo.com.br.

² Doutorando em Ciências Criminais (PUCRS). Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica e Professor de Criminologia, Direito Penal e Processo Penal na FAI Faculdades de Itapiranga/SC.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

tipicidade material e, conseqüentemente, o próprio fato típico, uma vez que não houve ofensa palpável ao bem jurídico, observando-se, assim, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

No entanto, a Suprema Corte nacional tem se distanciado dos dois critérios recém-mencionados, comparativamente aos crimes de furto e descaminho, dando vez a decisões absurdas e totalmente desvinculadas de fundamentos político-criminais, situação está que será alvo das críticas analítico-comparativas objeto deste escrito.

2 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

O princípio da legalidade, peça-chave da dogmática penal de qualquer Estado Democrático de Direito, orienta-se, em linhas básicas, pela necessidade da prévia existência de uma lei para que uma conduta seja proibida e punida com uma pena. O primeiro artigo do Código Penal pátrio já o delinea, dispondo que “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”³.

Desse modo, quando o Poder Legislativo elabora um tipo penal, criminalizando determinado comportamento e cominando-lhe uma pena, diz-se que aquele fato prescrito no mundo do dever-ser é formalmente típico. Essa é uma das necessárias premissas para a criação de um delito.

Entretanto, isso não significa que o legislador, a seu bel-prazer, pode proibir comportamentos simplesmente por proibir, de tal maneira a limitar a liberdade sem o correlato ganho social. Afinal de contas, conforme aduz Luís Greco, “só as proibições que gerem algum ganho social podem ser proibições legítimas, só as proibições que sejam idôneas a proteger um bem jurídico podem ser legítimas”⁴.

É a partir desse raciocínio que se encontra o segundo requisito para a perfectibilidade de um tipo penal: a tipicidade material, isto é, a relevância prático-social da criminalização da conduta, que, de acordo com a doutrina dominante, se

³ Tais disposições já constavam no Código Criminal do Império, de 1830, (Art. 1º Não haverá crime, ou delicto (palavras sinonimas neste Código) sem uma Lei anterior, que o qualifique) e no Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, de 1890 (Art. 1º Ninguém poderá ser punido por facto que não tenha sido anteriormente qualificado crime, e nem com penas que não estejam previamente estabelecidas).

⁴ GRECO, Luís. **Um panorama da Teoria da Imputação Objetiva**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 33.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

consustancia na proteção de bens jurídicos.⁵

Agora, difícil é a tarefa de dizer que é, efetivamente, bem jurídico. Cremos impossível, nessa senda, dissociar bem de Direito. A propósito, de bom alvitre recordar, no pequeno espaço deste escrito, as lições ministradas pelo Professor Iñaki Rivera Beiras, da Faculdade de Direito da Universidade de Barcelona, no Congresso Internacional Punição e Controle Social, realizado na Universidade Federal de Pelotas/RS, em junho de 2016, segundo o qual a noção de direito corresponde a uma necessidade humana. Pensar dessa maneira, entrelaçando Direito e bem, acarreta na conclusão de que um bem jurídico é algo necessário para a coexistência social.

Oportunamente, Clóvis Beviláqua, ao realizar uma análise filosófica do que vem a transmitir a noção de bem, interliga-o a “tudo quanto corresponde à solicitação dos nossos desejos”⁶. A doutrina civilista, aliás, já chegou a definir bem jurídico como “*toda utilidade física ou ideal, que seja objeto de um direito subjetivo*”⁷.

Óbvio que a importação de considerações decorrentes do Direito Civil para o Direito Penal, sem o correspondente acoplamento estrutural,⁸ é inidônea para edificar a ideia de bem jurídico penal. Até porque, ao se discorrer acerca dos bens na área cível, logicamente ocorrerá a ligação mental a algo relacionado com a propriedade, o que se distancia sobremaneira da noção de bem jurídico penal, que trabalhará com a questão da limitação (a) legislativa na criação de tipos penais, (b) do *jus puniendi* estatal, e, também, (c) com a liberdade da pessoa humana.

⁵ Vide, a respeito: ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. De outra banda, Günther Jakobs sustenta que ao Direito Penal não cabe a proteção de bens jurídicos, mas, sim, garantir a vigência da norma enquanto modelo de orientação social. Desse modo, toda vez que alguém pratica um delito, deve-se aplicar a pena correspondente, como forma de alertar a população que, apesar da desautorização daquela norma, que se deu de forma momentânea, ela ainda pode servir de parâmetro para a atuação humana. Jakobs se pauta, portanto, em critérios de prevenção-geral positiva. Para maiores detalhes, vide: JAKOBS, Günther; **Derecho Penal: Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación**. Traducción de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997; JAKOBS, Günther; **Fundamentos do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

⁶ BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1929, p. 207. O insigne civilista admitiu, ainda, que, “para a economia política, o bem é aquilo que concorre para satisfazer uma necessidade humana” (idem).

⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 305.

⁸ Quando falamos em acoplamento estrutural fazemos referência à teoria autopoiética de Luhmann, sobre a qual não há espaço para maiores intervenções, motivo pelo qual aconselhamos a leitura da obra: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoiético do Direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

De mais a mais, há um elemento estruturante comum. É preciso visualizar o entendimento de bem inter-relacionado com uma necessidade, pela qual perpassam os critérios jurídicos imprescindíveis para a concretização social da aceção do que é bem jurídico penal. Roxin, um de seus principais defensores, assim os define:

[...] podem-se definir os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos. A diferenciação entre realidades e finalidades indica aqui que os bens jurídicos não necessariamente são fixados ao legislador com anterioridade, como é o caso, por exemplo, da vida humana, mas que eles também possam ser criados por ele, como é o caso das pretensões no âmbito do Direito Tributário.⁹

Dessarte, a análise do bem jurídico penal serve para garantir a liberdade de atuação humana, ao mesmo tempo em que a limita, cominando penas para as condutas mais relevantes e capazes de colidir com os princípios fundamentais. Acreditamos, então, que o núcleo de extração do que é bem jurídico necessariamente deve passar pela Constituição, observando a sua unidade e os pressupostos democráticos ali estabelecidos.

Heinécio já distinguiu o direito natural em absoluto, que, desde sempre, teria existido, independente de qualquer relação humana, a exemplo da vida e da liberdade, e em hipotético, que dependeria da organização social para ser erigido a tal categoria, como, *verbi gratia*, o patrimônio.¹⁰

Esta consideração pode ser concebida desde uma perspectiva da doutrina do bem jurídico, isso porque a própria natureza humana exige a sua autopreservação, daí porque se incriminar o homicídio e o sequestro, por exemplo. Doutro giro, determinados delitos somente existem em virtude da organização social, o que acontece, *exempli gratia*, nos crimes contra a Administração Pública. Ora, apenas há um Estado pelo fato de existir uma sociedade organizada, algo que não se verificava nos clãs e tribos primitivos, o que invariavelmente afastaria a existência de infrações como desacato e corrupção.

Outro exemplo de bem jurídico hipotético, que só existe em decorrência da

⁹ ROXIN, **A proteção de bens jurídicos** ..., op. cit., p. 18-19.

¹⁰ NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 22. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 311.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

socialização humana, é o patrimônio.¹¹ Dessa forma, a criação de um tipo penal que protege o patrimônio deve observar os limites formais e materiais específicos. Assim, pelo menos *a priori* afirma-se que o furto é um fato juridicamente relevante e sua criminalização é necessária, pois tutela um bem jurídico constitucional.

No entanto, a relevância prático-social do comportamento humano não se deve restringir à criação do tipo penal e à dimensão abstrata. Na maioria das vezes são as circunstâncias concretas que revelarão se houve, ou não, afronta ao bem jurídico. Assim, ainda que uma conduta se encaixe formalmente à descrição tipológica da lei, pode ser que, materialmente, nada venha a representar.

Eis o que se convencionou nomear, em casos tais, de *crime insignificante* ou de *bagatela*, uma vez que não representa lesão significativa ao bem jurídico salvaguardado. O ponto de partida se lastreia da ponderação de proporcionalidade e razoabilidade do caso concreto em relação à norma abstrata, conforme ensina Cézaro Roberto Bitencourt:

A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo esse princípio, que Klaus Tiedemann chamou de princípio de bagatela, é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Assim, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado.¹²

O princípio da insignificância serve, pois, não como uma característica do tipo, mas, sim, como um auxiliar interpretativo para restringir o teor literal do texto legislativo. É a orientação levada a cabo por Roxin, que ensina:

A esto pertenece además el llamado principio de la insignificancia, que permite en la mayoría de los tipos excluir desde un principio daños de poca importancia: maltrato no es cualquier tipo de daño de la integridad corporal,

¹¹ “O primeiro que, cercando um terreno, decidiu dizer “Isto é meu” e encontrou pessoas bastante simples para acreditar nele, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **A origem da desigualdade entre os homens**. Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: Lafont, 2012, p. 61). Daí se extrair que o patrimônio não é natural ao ser humano, mas sim algo que depende de sua própria organização.

¹² BITENCOURT, Cézaro Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral, vol. I**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 51.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

sino solamente uno relevante; análogamente deshonesto en el sentido del Código Penal es sólo la acción sexual de una cierta importancia, injuriosa en una forma delictiva es sólo la lesión grave a la pretensión social de respeto. Como “fuerza” debe considerarse únicamente un obstáculo de cierta importancia, igualmente también la amenaza debe ser “sensible” para pasar el umbral de la criminalidad.¹³

No Brasil, o caractere consequencial da incidência do princípio da insignificância é o afastamento da tipicidade material da conduta, reputando-se o fato praticado pelo agente como atípico.¹⁴ Assim, imagine-se o caso em que o agente subtraia, para si, um pacote de biscoitos de um supermercado. Ainda que, formalmente, sua conduta se subsuma ao crime de furto (art. 155, CP), do ponto de vista material isso não acontece.

Para diagnosticar a irrelevância da conduta e, conseqüentemente, reputá-la como atípica, o Supremo Tribunal Federal criou quatro critérios, sejam eles: 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.¹⁵

Portanto, o princípio da insignificância, uma vez constatado, acarreta na atipicidade material da conduta e, conseqüentemente, na inexistência de crime, haja vista que resta excluído o primeiro elemento do conceito analítico, em virtude da ausência de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado.

3 TIPOS LEGAIS DOS CRIMES DE DESCAMINHO E FURTO

O crime de furto é descrito no art. 155 do Código Penal e consiste na conduta de “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel”, que, em sua modalidade

¹³ ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. 2. ed. Tradução de Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2002, p. 73-74.

¹⁴ De outro lado, na Alemanha, o princípio da insignificância é considerado “um instituto de caráter processual que permite a suspensão do processo” (DE-LORENZI, Felipe da Costa. O contributo da proposta de um sistema integral para a relação entre direito penal e processo penal: a transcendência dos critérios de merecimento e necessidade de pena. In: GIACOMOLLI, Nereu José; SCHNEIDER; Nathalia Beduhn; SCARTON, Carolina Llantada Seibel. **Processo Penal Contemporâneo em Debate**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 235, nota de rodapé nº 464).

¹⁵ Nesse sentido: STF. Habeas Corpus nº 94.439/RS, 1ª Turma. Relator: Ministro Menezes Direito. Brasília, DF, 03 de março de 2009. Importante destacar que os critérios suprarreferidos constam no anteprojeto do novo Código Penal, servindo como uma causa legal de excludente da ilicitude, e não da tipicidade, haja vista que se encontram no § 1º do art. 28, que trata das hipóteses de justificação.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

simples, é punida com reclusão, de um a quatro anos, e multa. Será aumentada de um terço se o crime é praticado durante o repouso noturno (art. 155, § 1º, CP), ou substituída por detenção e diminuída de um a dois terços, caso o criminoso seja primário e a coisa furtada seja de pequeno valor, podendo o magistrado, ainda, aplicar somente a pena de multa (art. 155, § 2º, CP). Qualificado o furto, a pena é de reclusão, de dois a oito anos, e multa (art. 155, § 4º, CP).¹⁶

O bem jurídico protegido é o patrimônio, conclusão lógica que se extrai da posição geográfica do tipo no Código Penal, pois se encontra inserido no Título II, que cuida dos crimes referentes ao bem jurídico recém-referido. A ação penal é pública incondicionada.

O crime de descaminho, previsto no art. 334 do Código Penal, refere-se à conduta de “iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria”. Ao contrário do contrabando, a exportação ou importação não são proibidas no crime de descaminho. Neste, o agente apenas ilude, isto é, engana, frauda, “dá um jeito” de livrar-se de pagamento de direito ou imposto que – legalmente – incidiria sobre a mercadoria.

A redação constante no art. 344 do Código Penal reclama de complementação, com o objetivo de caracterizar o quê é imposto e quais deles realmente são devidos, tratando-se, pois, de norma penal em branco homogênea heterovitelina, uma vez que o substrato acessório se encontra no Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/1966). O art. 16 do referido diploma caracteriza imposto como “o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal, relativa ao contribuinte”.

Mercadoria, para fins do tipo penal, é qualquer coisa móvel que pode ser comercializada. Destarte, pratica o crime de descaminho aquele que, ao importar um automóvel, ilude o pagamento do imposto devido pela entrada em solo brasileiro.

Rogério Greco levanta uma importante observação:

Se o fundamento da punição pelo descaminho é a fraude, a ilusão, total ou parcial, do pagamento de direito ou imposto, devido pela entrada, pela saída

¹⁶ Os §§ 5º e 6º do art. 155 do Código Penal preveem outras duas qualificadoras: subtração de veículo automotor que venha a ser transportado para outro estado ou para o exterior e subtração de semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes no local da subtração, respectivamente.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

ou pelo consumo de mercadoria, não haverá a prática do crime, portanto, quando não houver a necessidade desse pagamento, como ocorre, por exemplo, com os livros, em que existe imunidade tributária, de acordo com o art. 150, III, *d* da Constituição Federal.¹⁷

O bem jurídico que o tipo penal de descaminho protege é a Administração Pública e a ação penal é pública incondicionada.

4 INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES DE FURTO E DESCAMINHO: NOÇÕES E CRÍTICAS

Imagine que determinada pessoa subtraia, para si ou para outrem, R\$ 10,00 (dez reais) do caixa de uma loja de roupas. Uma das câmeras de vigilância flagra a cena e, um dia depois do ocorrido, o proprietário do estabelecimento procura a delegacia de polícia para registrar o boletim de ocorrência. O inquérito policial é instaurado e o sujeito indiciado pelo crime de furto simples (art. 155, *caput*, CP).

Recebidas as peças de informação, deverá o Ministério Público oferecer denúncia? A resposta só pode ser negativa, afinal de contas, para quê o Estado moverá todo seu aparato se, no desfecho do processo, o réu provavelmente será absolvido, face à atipicidade material de seu comportamento? Desse modo, a alternativa correta, quando o *parquet* se deparar com um crime manifestamente irrelevante, é requerer o arquivamento dos autos em decorrência da atipicidade da conduta, cuja decisão fará coisa julgada formal e material.¹⁸

Portanto, perfeitamente aplicável o princípio da insignificância ao crime de furto. De se destacar, contudo, que, caso o furto seja praticado mediante violência ou grave ameaça – caracterizando-se o roubo (art. 157, CP) – é impossível falar-se em bagatela.¹⁹ Isso também ocorre no caso de contumácia da conduta do agente,²⁰ salvo

¹⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, vol. IV**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 563. O autor apenas se equivoca em relação ao inciso, que, na realidade, é o de número VI, de acordo com o texto constitucional: “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] VI – instituir impostos sobre: [...] d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão”.

¹⁸ Vide, a respeito: LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 160-162. Acreditamos que, em tais casos, sequer o inquérito policial deveria ser instaurado, discussão que, porém, ultrapassa os limites propostos neste excerto.

¹⁹ A jurisprudência do STJ é unânime: “A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar a impossibilidade de se reconhecer a insignificância dos crimes cometidos mediante violência e grave

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

se os antecedentes não se reportarem aos crimes de mesma natureza.²¹ A incongruência é latente, pois não se leva em consideração o fato praticado, ainda que ínfimo, mas a própria pessoa que o praticou. São resquícios de um “direito penal do inimigo” presentes na jurisprudência brasileira, sem critérios razoáveis de política criminal.

Já em relação ao descaminho, nossos tribunais superiores tem permitido, também, a incidência do princípio da insignificância.²² No entanto, a autorização destoa dos princípios basilares do direito penal, especialmente em relação à proporcionalidade e à razoabilidade, conforme explicaremos detalhadamente.

O STJ e o STF utilizavam como parâmetro, para fins de considerar a bagatela, o limite previsto no art. 20 da Lei nº 10.522/2002, que “dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências”. Leia-se a transcrição do referido dispositivo, com a alteração promovida pela Lei nº 11.033/2004:

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).

Em 2012, o Ministério da Fazenda editou o Decreto nº 75, responsável por dispor “sobre a inscrição de débitos na Dívida Ativa da União e o ajuizamento de execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional”. O art. 2º do referido ato normativo trouxe a seguinte redação:

ameaça” (STJ. HC nº 136.059/MS. Sexta Turma. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Brasília: 05/04/2016. Publicado em: 18/04/2016).

²⁰ STF. RHC nº 114.717/MS. Segunda Turma: Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília: 13/11/2012. Publicado em: 21/10/2013.

²¹ Daí resta configurada a “teoria da reiteração não cumulativa de condutas de gêneros distintos”, segundo a qual “a contumácia de infrações penais que não têm o patrimônio como bem jurídico tutelado pela norma penal não pode ser valorada, porque ausente a séria lesão à propriedade alheia (socialmente considerada), como fator impeditivo da insignificância” (STF. HC nº 114.723/MG. Segunda Turma. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Brasília: 26/08/2014. Publicado em: 12/11/2014).

²² Na reiteração delitiva do crime de descaminho não se vislumbra a possibilidade de atipicidade material pelo princípio da bagatela: “A orientação deste Supremo Tribunal, confirmada pelas duas Turmas, é firme no sentido de não se cogitar da aplicação do princípio da insignificância em casos nos quais o réu incide na reiteração do descaminho, evidenciada pela existência de procedimentos administrativos fiscais em seu desfavor, como se tem nestes autos” (STF. HC nº 131.342/PR. Segunda Turma. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília: 15/12/2015. DJe 018, divulgado em 29/01/2016).

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

Art. 2º O Procurador da Fazenda Nacional requererá o arquivamento, sem baixa na distribuição, das execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), desde que não ocorrida a citação pessoal do executado e não conste dos autos garantia útil à satisfação do crédito.

Da disposição legal e da disposição infralegal existem dois valores distintos: o limite estabelecido de R\$ 10.000,00 na primeira, e o limite de R\$ 20.000,00 na segunda. No entanto, poderia um ato administrativo contrariar uma disposição legal? A nosso ver, inequivocamente não. Atos administrativos não criam direitos, tampouco fazem surgir obrigações. Seus efeitos decorrem de uma previsão legal anteriormente estabelecida. Dessa máxima, conclui-se que não podem contrariar as disposições legais.

Entretanto, o STF, em descompasso com os princípios fundamentais do Direito Penal, contrariou os postulados que acabamos de demonstrar. Em recentes julgados, a Corte Suprema entendeu que se aplica o limite disposto na Portaria nº 75/2012, do Ministério da Fazenda, para fins de incidência do princípio da insignificância ao crime de descaminho. Vejamos as ementas de algumas das decisões:

Habeas corpus. Penal. Descaminho (CP, art. 334). Pretensão à aplicação do princípio da insignificância. Incidência. Valor inferior ao estipulado pelo art. 20 da Lei nº 10.522/02, atualizado pelas Portarias nº 75 e nº 130/2012 do Ministério da Fazenda. Preenchimento dos requisitos necessários. Ordem concedida. **1. No crime de descaminho, o Supremo Tribunal Federal tem considerado, para a avaliação da insignificância, o patamar de R\$ 20.000,00 previsto no art. 20 da Lei nº 10.522/2002, atualizado pelas Portarias nº 75 e nº 130/2012 do Ministério da Fazenda.** Precedentes. **2. Na espécie, como a soma dos tributos que deixaram de ser recolhidos perfaz a quantia de R\$ 14.922,69, é de se afastar a tipicidade material do delito de descaminho, com base no princípio da insignificância, já que o paciente, segundo os autos, preenche os requisitos subjetivos necessários ao reconhecimento da atipicidade de sua conduta.** **3. Ordem concedida para restabelecer a sentença com que, em virtude do princípio da insignificância, se rejeitou a denúncia ofertada contra o paciente (grifamos).²³**

E, ainda:

Penal e processual penal. Agravo regimental em habeas corpus. Inovação de fundamentos. Impossibilidade. Descaminho. Existência de procedimentos

²³ STF. HC nº 126.191/PR. Primeira Turma. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília: 03/03/2015. DJe 065, divulgado em 07/04/2015.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

fiscais. Ausência nos autos do somatório dos tributos elididos. Ônus da defesa. [...]. 5. **O reconhecimento da insignificância penal da conduta, com relação ao crime de descaminho, pressupõe a demonstração inequívoca de que o montante dos tributos suprimidos não ultrapassa o valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).** 6. Agravo regimental desprovido (grifamos)²⁴.

Data máxima vênia, consideramos o entendimento do STF ultrajante ao conglomerado jurídico que envolve o Direito Penal, caracterizando uma âncora atirada ao mar que, em vez de atracar o navio, o afunda. É uma ofensa aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, mormente em relação aos crimes contra o patrimônio, em especial o furto, ainda mais quando a Suprema Corte profere um julgamento com o seguinte teor:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. FURTO. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE ANTECEDENTES A DEMONSTRAR A CONTUMÁCIA DELITIVA: PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. **1. O Paciente foi denunciado pelo furto de dois rolos de tela de arame galvanizado avaliados em R\$140,00 (cento e quarenta reais), valor superior a 22% do salário mínimo vigente à época dos fatos. Lesividade evidenciada. Contumácia delitiva constatada.** 2. O criminoso contumaz, mesmo praticando crimes de pequena monta, não pode ser tratado pelo sistema penal como se tivesse adotado condutas irrelevantes, pois crimes considerados ínfimos quando analisados isoladamente, mas relevantes quando em conjunto, seriam transformados pelo infrator em ilícito meio de vida. 3. O princípio da insignificância não foi formulado para resguardar e legitimar constantes condutas juridicamente desvirtuadas, mas para impedir que desvios de conduta de mínima ofensividade, considerados isoladamente, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo insignificantes, quando constantes, devido à reprovabilidade, perdem a condição de configurar

²⁴ STF. AgRg no HC nº 126.746/PR. Primeira Turma. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília: 14/04/2015. DJe 084, divulgado em 06/05/2015. No mesmo sentido também se encontra o TRF da 4ª Região, *ex vi* do seguinte julgado: “DIREITO PENAL. DESCAMINHO. VALOR DOS TRIBUTOS ILUDIDOS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REITERAÇÃO. IRRELEVÂNCIA. DIREITO PENAL DO FATO. 1. Quando o total dos impostos iludidos (IPI e II) é inferior ao valor legalmente instituído na esfera administrativa como limite mínimo para fins de execução fiscal, qual seja, o patamar de R\$ 20.000,00 previsto na Portaria MF nº 75/2012, aplica-se o princípio da insignificância ao crime de descaminho. 2. Em decorrência do direito penal do fato, para fins de incidência do princípio da insignificância deve ser levado em conta somente o valor dos tributos, em tese, sonogados, sem qualquer incursão nos aspectos subjetivos do agente, sendo irrelevante a existência de procedimentos administrativos da Receita Federal, inquéritos, ações penais em andamento ou condenações transitadas em julgado. 3. Hipótese em que o valor dos impostos sonogados se insere no delito de bagatela, restando irrelevante a reiteração delitiva do réu” (TRF4. Apelação Criminal nº 5007070-41.2014.404.7114. Sétima Turma. Relatora: Cláudia Cristina Cristofani. Porto Alegre: 03/05/2016).

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

bagatela, devendo ser submetidos ao direito penal. 4. Ordem denegada (grifamos).²⁵

Há uma discrepância escancarada na jurisprudência da Suprema Corte, sobretudo em relação a dois tipos penais que protegem bens jurídicos distintos: o descaminho, que resguarda a Administração Pública e deveria ser punido com maior rigorosidade, e o furto, que salvaguarda o patrimônio.

Ora, a permissiva conferida ao crime de descaminho possibilita que inúmeros indivíduos fraudem as barreiras éticas e penais e, com isso, criem prejuízos sérios e fundados ao Poder Público. Não obstante, mesmo que iludam R\$ 15.000,00 em tributos, sua conduta será materialmente atípica. Enquanto isso, reles meliantes que furtam dois rolos de tela de arame galvanizado, avaliados em R\$ 140,00, merecem a reprimenda estatal, ante a lesividade de suas condutas.

Isso decorre da essência patrimonialista da sociedade atual, que ainda não abandonou o pensamento estruturante da parte especial do Código Penal, datada de 1940, que representa um sistema pautado primordialmente na propriedade,²⁶ prezando mais os bens do que a própria Administração Pública. O órgão guardião da Constituição parece não honrar com o seu objetivo em alguns casos, como o que fora apresentado.

Além disso, por mais que tenhamos feito uma apurada operação mental, não conseguimos entender o motivo de não ser aplicado o parâmetro da insignificância do descaminho ao furto. Sinceramente, é mais importante punir alguém que furtou dois rolos de arame galvanizado do que alguém que iludiu R\$ 15.000,00 em impostos? Diz a Corte Suprema que sim.

Enfim, o STF tem se orientado de forma incorreta, conforme entendemos, ofendendo os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação do princípio da insignificância ao delito de descaminho, comparativamente ao furto. Rogério Greco compartilha este entendimento, *ex vi* de suas afirmações:

²⁵ STF. HC nº 133.252/MG. Segunda Turma. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília: 15/03/2016. DJe 065, divulgado em 07/04/2016.

²⁶ Outras comparações podem ser feitas e criticadas com severidade, agora no que tange à legislação penal, a exemplo da pena do próprio furto simples, que é de reclusão, de um a quatro anos, em relação à pena do sequestro ou cárcere privado, que é, na forma do *caput*, de um a três anos. Ora, seria o patrimônio mais digno de proteção do que a liberdade humana? Enfim, incongruências que ainda se encontram longe de solução.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

Apesar da posição assumida pelos nossos Tribunais Superiores, não entendemos deva o mencionado art. 20 servir de parâmetro para efeitos de aplicação do raciocínio relativo ao princípio da insignificância, pois isso resultaria em situações evidentemente injustas, a exemplo daquele que é condenado por ter praticado um furto no valor de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais), enquanto outro agente, autor de um delito de descaminho, seria absolvido por ter iludido o pagamento de impostos que importavam, por exemplo, em um prejuízo de R\$ 9.000,00 (nove mil reais) para o Estado.

E arremata:

Não se pode considerar a falta de interesse da Fazenda Pública no sentido de processar suas execuções fiscais de débitos com valores inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), para efeito de reconhecimento da insignificância. Uma coisa é o desinteresse em dar início à execução fiscal por questões de ordem econômica (ou seja, o custo do processamento judicial pode ser superior ao valor executado); outra coisa é se, no caso concreto, existe tipicidade material, o que nos parece evidente, tendo em vista o elevado valor previsto pelo art. 20 da Lei nº 10.522 [...].²⁷

Não estamos a afirmar que é impossível a incidência do princípio da insignificância ao crime de descaminho. Nossa crítica se refere ao patamar adotado pelo STF, destoante de critérios de política criminal, afrontoso à proporcionalidade e à razoabilidade em comparação ao crime de furto. E é simplesmente assim. Sem mais. Ponto final e *good bye*.

5 CONCLUSÃO

O princípio da insignificância serve, portanto, como um importante mecanismo de política criminal e de freio para a desenfreada punição de condutas ínfimas com uma pena. Desse modo, as insignificantes lesões a bens jurídicos, avaliadas de acordo com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, não merecem a atenção do Direito Penal.

A consequência é o afastamento da tipicidade material da conduta e, por derradeiro, do próprio fato típico. Para tanto, apesar das críticas que se podem – e devem – ser feitas, aplicam-se os critérios elaborados pelo Supremo Tribunal Federal (mínima ofensividade da conduta do agente; inexpressividade da lesão jurídica;

²⁷ GRECO, **Curso de Direito Penal**, op. cit., p. 569.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e nenhuma periculosidade social da ação) com o escopo de verificar se aquele fato realmente é insignificante.

Não obstante, a Corte Suprema tem utilizado o princípio da bagatela de forma indevida, sem a pauta axiológica que vincule a proporcionalidade e a razoabilidade, mormente em se comparando os crimes de furto e descaminho. Nessa senda, pune-se quem não deveria ser punido, e ficam impunes aqueles que mereciam, de fato, a reprimenda do Direito Penal.

REFERÊNCIAS

BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1929.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral, vol. I**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**.

_____. STJ. HC nº 136.059/MS. Sexta Turma. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Brasília: 05/04/2016. Publicado em: 18/04/2016.

_____. STF. AgRg no HC nº 126.746/PR. Primeira Turma. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília: 14/04/2015.

_____. STF. HC nº 94.439/RS, 1ª Turma. Relator: Ministro Menezes Direito. Brasília, DF, 03 de março de 2009.

_____. STF. RHC nº 114.717/MS. Segunda Turma. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília: 13/11/2012. Publicado em: 21/10/2013.

_____. STF. HC nº 114.723/MG. Segunda Turma. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Brasília: 26/08/2014. Publicado em: 12/11/2014.

_____. STF. HC nº 126.191/PR. Primeira Turma. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília: 03/03/2015. DJe 065, divulgado em 07/04/2015.

_____. STF. HC nº 131.342/PR. Segunda Turma. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília: 15/12/2015. DJe 018, divulgado em 29/01/2016.

_____. STF. HC nº 133.252/MG. Segunda Turma. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília: 15/03/2016. DJe 065, divulgado em 07/04/2016.

_____. TRF4. Apelação Criminal nº 5007070-41.2014.404.7114. Sétima Turma. Relatora: Cláudia Cristina Cristofani. Porto Alegre: 03/05/2016.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

DE-LORENZI, Felipe da Costa. O contributo da proposta de um sistema integral para a relação entre direito penal e processo penal: a transcendência dos critérios de merecimento e necessidade de pena. In: GIACOMOLLI, Nereu José; SCHNEIDER; Nathalia Beduhn; SCARTON, Carolina Llantada Seibel. **Processo Penal Contemporâneo em Debate**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 235, nota de rodapé nº 464.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva.

GRECO, Luís. **Um panorama da Teoria da Imputação Objetiva**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, vol. IV**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 22. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **A origem da desigualdade entre os homens**. Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: Lafonte, 2012.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. **Política criminal y sistema del derecho penal**. 2. ed. Tradução de Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.