

A aplicação do Princípio da Insignificância no crime de descaminho

The application of the Principle of Insignificance in the crime of misconduct

Felipe Medeiros Farias.

Waldemar Albuquerque Aranha Neto.

Resumo: Este artigo teve a intenção de identificar as consequências e reconhecer as motivações que são utilizadas pelo Poder Judiciário, diante da aplicação do Princípio da Insignificância ao Crime de Descaminho. Ao final, tenta construir uma análise, utilizando como parâmetro as justificativas utilizadas nos votos de alguns Ministros em decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

Palavras-chave: Princípio Penal da Insignificância. Bagatela. Crime de Descaminho. Poder Judiciário.

Palavras-chave: princípio da insignificância; bagatela; descaminho; judiciário.

Abstract: This article was intended to identify the consequences and recognize the motivations that are used by the Judiciary, before the application of the principle of the bickering embezzlement crime. At the end, tries to build an analysis, using as parameter the justifications used in the votes of some Ministers in decisions of the Supreme Federal Court and the Superior Court of Justice about the subject.

Keywords: Principle of insignificance; Trifle Misplacement; The judiciary.

Sumário: 1. INTRODUÇÃO. 2. DO CRIME DE DESCAMINHO. 3. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL. 4. ANÁLISE DA APLICAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE DESCAMINHO. 4.1 APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA 4.2 INCONFORMISMO DO PODER JUDICIÁRIO: ALEGAÇÕES 4.3 CONTRAPONTO AO DISCURSO INCONFORMISTA. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 6. REFERÊNCIAS.

Summary: 1. INTRODUCTION. 2. EMBEZZLEMENT CRIME. 3. THE PRINCIPLE OF THE INSIGNIFICANCE IN CRIMINAL LAW. 4. ANALYSIS OF THE JURISPRUDENTIAL APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF BICKERING EMBEZZLEMENT CRIME. 4.1 PROBLEM STATEMENT. 4.2 NONCONFORMITY OF THE JUDICIARY: ALLEGATIONS. 4.3 COUNTERPOINT TO NONCONFORMIST SPEECH. 5. FINAL. 6. REFERENCES.

1.INTRODUÇÃO

O estudo pretende analisar a adequação do uso do Princípio da Insignificância ao Crime de Descaminho, por meio da evolução histórica que vem estabelecendo os limites tolerados como insignificantes pelos Tribunais Superiores. Além desse intento, pretende também identificar as controvérsias mais comuns que têm ocorrido nos últimos anos, no que se refere aos requisitos que determinam a aplicação do mencionado princípio ao crime em questão. Nesse contexto, merecem destaque as consequências do estabelecimento pelo Poder Executivo de normatizações que influenciam os julgados do Poder Judiciário e que lhe causariam interferência indevida.

O Descaminho constitui-se em crime contra a Administração Pública, expresso no Código Penal, representando ofensa aos interesses da Ordem Tributária, mesmo sem estar tipificado na Lei nº 8.137/1990. Por envolver tantos interesses, circunstâncias relacionadas ao crime terminam sendo tratadas por meio de abordagens diferentes, seja no Poder Judiciário, seja no Poder Executivo. Este último, por meio de portaria do Ministério da Fazenda, vem defendendo seus fins e modificando o valor de alçada para cobrança executiva de seus devedores. Por outro lado, o Poder Judiciário vem adotando a alçada como requisito de aplicação do Princípio da Insignificância, contudo, a adoção desse procedimento tem gerado muitas divergências entre os tribunais superiores.

Vários ministros dos tribunais superiores alegam interferência indevida do Poder Executivo no Poder Judiciário, tendo em vista que o Ministério da Fazenda, ao regulamentar o valor de alçada, termina por definir o montante tolerado como insignificante na seara penal. A crítica, portanto, afirma que valores relacionados ao custo-benefício da cobrança judicializada sobrepor-se-iam a outros valores fundamentais expressos na Carta Magna. Essa definição objetiva decorrente dos valores estabelecidos pelo Poder Executivo passa a servir, então, de estímulo para o debate de antigas divergências no Poder Judiciário.

É de notória relevância entender a consistência dessa discussão, pois o surgimento de contrastes nas justificativas das decisões judiciais representa fator que resulta em diminuição da segurança jurídica no âmbito Penal. A modificação dos limites valorativos feita pelo Poder Executivo não se conecta diretamente com as pautas habitualmente trabalhadas no Poder Judiciário, ou seja, não leva em conta as diversas violações penais à Administração Pública, à fé pública, ao trabalho e à livre concorrência, sem falar no desrespeito aos diversos Princípios da Ordem Econômica e do Direito Penal, que são preceitos relevantes da vida em sociedade.

Sendo assim, realizou-se descrição conceitual do Crime de Descaminho e do Princípio da Insignificância para, em seguida, passar-se à análise da aplicação jurisprudencial do princípio no crime em questão. A análise proposta baseia-se, por um lado, nas obras jurídicas de renomados autores¹ e, por outro, no estudo realizado a partir do manuseio de fontes diretas, isto é, a partir da coleta, seleção e leitura de acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, nos quais se procurou identificar e analisar os argumentos presentes nos votos dos ministros² das citadas cortes.

2. DO CRIME DE DESCAMINHO

O ato de não recolher os tributos incidentes na exportação e importação de mercadorias já era conduta inculpada no artigo 177 do Código Criminal Imperial do Brasil, de 1830, e a repulsa à prática continuou no artigo 265 do Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, de 1890, no qual se encontrava tipificado o crime de contrabando. Contudo, foi no Código Penal de 1940 que a conduta descrita como descaminho ganhou a nomenclatura atual, encontrando-se descrito no artigo 334 e inserido no título que trata dos Crimes Contra Administração Pública, Capítulo II, denominado “Dos crimes praticados contra a Administração em geral” (EUGENIO, 2013a, p.155).

A mudança mais recente na legislação, no que tange aos Crimes de Contrabando e Descaminho, foi a previsão legal que, literalmente, separa a descrição típica de um e de outro, ocorrida em virtude da Lei nº 13.008, de 26 de junho de 2014. A nova redação, ao dividir os enunciados, contemplou as especificidades de cada um dos delitos, tornando mais clara a

¹ Quantos aos doutrinadores, pode-se citar como o principal autor que fundamenta o trabalho o Juiz Federal da 7ª Vara Federal de Porto Alegre, professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Sr. José Paulo Baltazar Junior.

² Quanto aos ministros mais citados na pesquisa, pode-se nomear Felix Fischer, Rogerio Schiatti Cruz, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski.

legislação. Sendo assim, a partir de junho do ano de 2014, em relação ao Crime de Descaminho, o texto do Código Penal apresenta-se da seguinte forma:

Descaminho

Artigo 334. Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria.

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

§1º Incorre na mesma pena quem:

I - pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei;

II - pratica fato assimilado, em lei especial, a descaminho;

III - vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem;

IV - adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos.

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

§3º A pena aplica-se em dobro se o Crime de Descaminho é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial (BRASIL, 1940).

A lei passou a diferenciar, agora de forma expressa, o que já era distinguido explicitamente pela Doutrina, pois a conduta do Descaminho está estritamente ligada ao ilícito fiscal, enquanto o Contrabando atém-se à exportação e à importação de mercadorias proibidas no Brasil.

Na descrição típica, iludir significa frustrar o pagamento ou simplesmente deixar de pagar, tendo o sentido de deixar de pagar o tributo devido pela importação, exportação ou consumo de mercadoria, frustrando a fiscalização mediante ação ou omissão. A ilusão poderá acontecer no todo ou em parte, neste caso, por meio de omissão seletiva, quando o valor for parcialmente recolhido, mediante declaração a menor. Essa fraude pode ocorrer por diversos meios, tais como: diferença de qualidade, quantidade ou peso da mercadoria; adulteração e falsificação de documentos; apresentação de despachos falsos; falsas declarações verbais; falta dos manifestos originais; despacho e desembaraço de mercadorias estrangeiras como já nacionalizadas em outro posto alfandegário; substituições de mercadorias por outras sujeitas a alíquotas menores, etc. (BALTAZAR JÚNIOR, 2014a, p. 383)³. O mesmo autor explica bem

³ Ainda com relação ao meio fraudulento, segundo José Paulo Baltazar Júnior, vale salientar algumas formas de como a ocorrência do Crime de Descaminho poderá se dar, na declaração falsa do conteúdo transportado ou valor do produto, imprimindo-se das seguintes formas: [...] a) da “*inserção de declaração falsa em conhecimento de transporte, simulando a importação por empresa beneficiária de incentivos fiscais*” (STJ, CC 86053, Napoleão, 3ª S., u., 12.9.07); b) *quando são importadas outras mercadorias, além daquelas constantes*

a conceituação do Crime de Descaminho, dentro dos crimes Contra a Ordem Tributária, fazendo cotejo entre os fatos enquadráveis no artigo 334 do Código Penal e aqueles sujeitos ao raio de ação da Lei nº 8.137/1990, vejamos:

O descaminho é uma infração tributária aduaneira, distinguindo-se dos crimes tributários em geral, objeto da Lei 8.137/90, por aplicação do Princípio da Especialidade, residindo a peculiaridade no objeto que, no artigo 334 do CP, é o tributo devido em razão da exportação ou importação, enquanto na Lei 8.137/90 o objeto pode ser o tributo incidente em razão de qualquer outro fato. A existência de fraude não determina a desclassificação para o crime do artigo 1º da Lei 8.137/90, por se cuidar de elementar que, embora não seja essencial para a caracterização do descaminho, conforme visto acima, em item específico, na análise do tipo objetivo, não lhe é estranha. Assim, se ocorrente a fraude, implicará consideração no momento da aplicação da pena, como circunstância judicial desfavorável, relativa ao meio de perpetração do delito. Em suma, para os crimes da Lei 8.137/90, a fraude é essencial e o objeto é, grosso modo, tributo interno. Para o artigo 334 do CP a fraude é elemento accidental e o objeto é, necessariamente, tributo devido em virtude de operação de importação ou exportação, que prevalece sobre aquele por aplicação do Princípio da Especialidade (STF, HC 76.847-4, Marco Aurélio, 2ª T., u., DJ, 4.9.98; TRF4, HC 95.04.60151-0, Dipp, DJ 8.5.96; TRF4, AC 20020401034338-3, Paulo Afonso, 17.12.03; TRF4, AC 20020401034338-3, Paulo Afonso, 8ª T., DJ 21.1.04; TRF4, AC 19997008003078-4, Élcio, 8ª T., u., 7.12.05; TRF4, AC 20040401044253-9, Paulo Afonso, 8ª T., u., 7.11.07). O mesmo vale em relação ao crime do artigo 2º, I, da Lei 8.137/90 (TRF4, AC 20007100037905-4, Penteado, 8ª T., u., 5.4.06) (BALTAZAR JUIOR, 2014, p. 395).

O fato de a Lei nº 8.137/90 ser extravagante não lhe dá, nesta hipótese, a qualidade de lei especial, mantendo-se sem ressalvas a aplicação do artigo 334 do Código Penal, caso ocorra algum tipo de conflito aparente de normas, pois o Código prevê uma modalidade própria de controle fiscal, quando da entrada ou saída de mercadorias do território nacional. Assim, nota-se que o referido artigo do Código Penal pode ser considerado especial em relação ao artigo 1º da Lei nº 8.137/90.

O Descaminho é um tipo específico de Crime Contra a Ordem Tributária que tem como objeto os tributos aduaneiros. Embora incluído no Código Penal entre os Crimes Contra a Administração Pública, o bem jurídico tutelado é a Ordem Tributária, representada pela Administração Pública em seu interesse fiscal, ou seja, a Fazenda Pública. Interesse atentado

na guia de importação (TRF3, AC 200703990047639, Baptista Pereira, 5ª T., u., 19.11.07); c) quando os “bens constantes da Declaração de Bagagem Acompanhada, declarados pelo próprio paciente, efetivamente foram desembaraçados com isenção tributária, por estarem dentro do valor da cota de isenção, via terrestre, que, à época, era de US\$ 300,00 (trezentos dólares), razão pela qual, naquela ocasião, não foi emitida a respectiva guia para recolhimento do tributo”, mas “após a fiscalização, referida declaração foi considerada imprestável pela Receita Federal por possuir itens subvalorados e por não expressar a quantidade real de itens apreendidos” (TRF3, HC 200803000123726, Cecília Mello, 2ª T., u., 11.11.08); d) mediante ocultação da mercadoria (TRF2, AC 9602416122, Alberto Nogueira, 2ª T., u., 12.3.97) sob as vestes, em fundo falso de veículo ou misturando com outras mercadorias, como na prática de esconder produtos de informática ou eletrônicos sob uma carga de cereais; e) mediante descaracterização e embalagem das mercadorias; f) quando o ingresso se dá fora dos locais normais de ingresso de mercadoria (BALTAZAR JUNIOR, 2014, p. 385).

na medida em que se configura a ilusão do direito ou do imposto devido por entrada, saída ou consumo de mercadoria, tipificando uma infração penal tributária aduaneira.

Contudo, o bem jurídico tutelado pela norma não se resume ao pagamento do tributo, pois diz respeito à garantia da Administração Pública, quanto à entrada e saída de mercadorias do território nacional, o que está intimamente ligado à política de desenvolvimento econômico do país, operacionalizado na forma do artigo 237 da Constituição Federal. Aspira-se à proteção do mercado interno, mais propriamente da indústria nacional, atendendo à função extrafiscal do tributo aduaneiro. Indiscutivelmente, os tributos externos executam função extrafiscal e, ao contrário dos tributos internos (que buscam, em regra, o equilíbrio entre os agentes econômicos), têm finalidade também de proteger, mormente, a indústria nacional frente à concorrência externa (BALTAZAR JÚNIOR, 2014b, p. 382).

Além de atentar contra a Ordem Tributária, a conduta típica do Descaminho é uma ofensa à soberania estatal, entrave à autodeterminação do Estado, como obstáculo à segurança nacional em sentido amplo. Essa peculiaridade o diferencia dos demais Crimes Contra a Ordem Tributária, que, por não ofenderem tantas searas do Estado, são tipificados à medida que os governantes se preocupam em intervir no domínio econômico, seja para melhor distribuir e aplicar rendas comunitárias, seja para um eficaz desempenho da economia (BITENCOURT, 2013a, p. 180).

Quanto à classificação do objeto material e jurídico do Crime de Descaminho, leciona o professor Guilherme de Souza Nucci:

[...] o objeto material pode ser a mercadoria, o direito ou o imposto devido. O objeto jurídico é a Administração Pública, nos seus interesses patrimonial e moral. Conferir: TRF, 3.^a Região: “O Crime de Descaminho não ofende somente o erário, atingindo também a soberania nacional, a autodeterminação do Estado, a segurança nacional e a eficácia das políticas governamentais de defesa do desenvolvimento da indústria pátria. Por isso, o descaminho é classificado como crime contra a Administração Pública e contra a Ordem Tributária (HC 2008.03.00.004202-7-SP, 2.^a T., rel. Nelton dos Santos, 25.08.2009, v.u.)” (NUCCI, 2014a, p. 2098).

No que se refere às personagens da relação delituosa, o sujeito passivo é o Estado, mais especificamente, a União, que sofre com o não cumprimento da obrigação tributária em relação aos tributos incidentes nas operações de importação e exportação, enquanto o sujeito ativo do crime pode ser qualquer pessoa física (crime comum). A única exceção ao sujeito ativo do crime ocorre se o agente for servidor público com atribuição de reprimir o contrabando e o descaminho, pois o mesmo responderá pelo delito do artigo 318 do CP, configurando exceção dualista à teoria monista em matéria de concurso de pessoas. Quanto ao

sujeito ativo, cabe ainda enfatizar a possibilidade de coautoria e participação (BALTAZAR JÚNIOR, 2014c, p. 382).

O dolo do agente dever estar configurado pelo Ministério Público na denúncia, não se podendo presumi-lo, ainda que a pessoa seja um comerciante experiente. Contudo, o dolo é genérico, existente na simples vontade do agente em iludir o imposto devido ou os direitos aduaneiros (MONTEIRO, 2000a, p. 392).

Para essa espécie criminosa, inexistente a modalidade culposa. Cabe ressaltar que, em regra, apesar de não existir a modalidade culposa no Crime de Descaminho, o comerciante, industrial ou empresário, ao adquirir, receber ou ocultar mercadoria estrangeira sem documentação válida, quando realizada fora da atividade comercial, industrial ou empresarial, agindo culposamente (sem dolo), mesmo que não lhe reste tipificação do Crime de Descaminho, pode vir a responder pelo delito previsto no artigo 180 do Código Penal, isto é, por Receptação (NUCCI, 2014b, p. 2106).

Quando a mercadoria deixa a zona alfandegária, ingressando no território nacional, consuma-se o Crime de Descaminho. Caso a mercadoria seja introduzida irregularmente e apreendida no território nacional, fora da zona primária de fiscalização aduaneira, o delito é também automaticamente consumado, pois o fato de existir uma zona alfandegária de fiscalização, pela qual a mercadoria não passou, é fato caracterizador da conduta mal-intencionada de introduzir a mercadoria no território por outro meio. Tome-se o seguinte exemplo: um indivíduo que traz mercadorias no seu jatinho particular e pousa no território nacional, em pista particular, sem passar pela zona de fiscalização, consuma o crime ao entrar no território nacional.

Vale salientar, ainda, que a consumação do delito independe de qualquer prática artilosa, bastando a mera introdução das mercadorias no território nacional sem o pagamento do tributo devido. Ou seja, consuma-se com a simples abstenção do pagamento do imposto, não se exigindo a utilização de qualquer expediente, devendo, dessa forma, a eventual utilização de subterfúgio ser valorada como circunstância judicial desfavorável, relativa aos meios de realização da conduta delituosa.

Quanto às características do crime e quanto à destinação comercial, pode-se notar que, para a consumação do crime, não se faz necessário que a pessoa venda ou habitualmente cometa o crime, bastando o simples ato de iludir a fiscalização (BALTAZAR JÚNIOR, 2014d, p. 387).

Caso ocorra a modificação da quota ou da alíquota incidente, ainda assim, permanecerá o delito cometido ao tempo em que era devido o tributo, pois a reprimenda penal estabelece-se sobre a importação sem o pagamento dos tributos devidos à época, de forma que as alíquotas são fixadas em tal ou qual patamar, porque, naquele momento, há interesse público em estabelecer determinado nível de carga tributária sobre as respectivas mercadorias. É irrelevante que, posteriormente, alíquota seja reduzida a zero, porquanto a tipicidade do fato consiste em deixar de pagar o tributo devido no momento de sua introdução no território nacional. Contudo, se a mercadoria é isenta ou a alíquota é zero, no instante de introdução da mercadoria no território nacional, não há Descaminho, pois esse pressupõe a evasão do pagamento do tributo.

Ainda quanto à consumação, característica importante deve ser salientada no Crime de Descaminho, quando comparado a vários dos outros Crimes Contra a Ordem Tributária previstos na Lei nº 8.137/90. Corrente majoritária da Doutrina entende pela impossibilidade da propositura da ação penal por Crimes Tributários antes do procedimento administrativo que decide sobre a existência do crédito tributário (BALTAZAR JÚNIOR, 2014e, p. 382). Entretanto, partindo da premissa que considera o Descaminho um crime formal, há decisões no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça permitindo o desencadeamento da ação penal antes de encerrado o processo administrativo que analisa a materialidade do resultado da conduta. O fundamento que sustenta a tese citada dá-se pelo fato de os crimes formais não exigirem o resultado naturalístico, uma vez que, no crime em questão, o resultado da conduta delituosa não está necessariamente ligado ao *quantum* do imposto devido, pois esse elemento não integra o tipo legal. Contudo, a quantidade do tributo é útil como circunstância do resultado, capaz de orientar a aplicação do Princípio da Insignificância (MASSON, 2014a, p. 623).

Já a tentativa é possível, mesmo quando a mercadoria não chega a ingressar no território nacional, sendo apreendida na zona aduaneira primária, sem que o agente consiga deixar o recinto da alfândega ou, ainda, enquanto cruza uma ponte internacional (BALTAZAR JÚNIOR, 2014f, p. 393).

De acordo com José Paulo Baltazar Junior (2014g, p. 400), é competência da Justiça Federal o processamento e julgamento desse delito, no qual a ação é pública incondicionada. Em regra, segundo o artigo 80 do Código de Processo Penal, a competência relaciona-se com o local da consumação, mas, seguindo regra de política judiciária, entende-se que a fixação da competência nos locais de ingresso no território nacional inviabilizaria algumas varas federais

de fronteira e seria altamente contraproducente, principalmente em razão das dificuldades de instrução de feitos com réus residentes em locais diversos e distantes. Assim, segundo a súmula 151⁴ do Superior Tribunal de Justiça, define-se a competência para o julgamento pela prevenção do Juízo federal do lugar da apreensão dos bens.

Ao contrário do que se dá com os crimes materiais contra a Ordem Tributária (Lei 8.137/90, artigo 1º), como citado anteriormente, para a Doutrina e Jurisprudência majoritárias não se exige a constituição definitiva do crédito tributário para a propositura de ação penal pelo Crime de Descaminho, uma vez que, em se tratando de descaminho, não há lançamento do tributo nos termos do artigo 689 do Regulamento Aduaneiro. Assim, o valor do tributo é calculado pela Secretaria da Receita Federal apenas para fins de representação à Justiça, uma vez que, caso de Descaminho, a sanção administrativa é o perdimento das mercadorias (BALTAZAR JÚNIOR, 2014h, p. 401).

A confirmação da conduta é indício suficiente para dar início à ação penal. Na formação da denúncia, o Ministério Público juntará os elementos que indicam a autoria da conduta delituosa e o seu proceder doloso. Ainda que o acusado seja um comerciante experiente, aparentando total consciência da ilicitude, o dolo é inicialmente genérico de resultado formal, caracterizado pela simples vontade do agente em fraudar o imposto devido ou o direito aduaneiro (MONTEIRO, 2000b, p. 392).

No que tange à dosimetria da pena, é importante notar quais são os aspectos que, na primeira fase, a das circunstâncias judiciais, serão considerados como relevantes: a grande quantidade e o alto valor das mercadorias apreendidas ou dos tributos suprimidos; o fato de o acusado utilizar-se da introdução irregular de mercadorias no país como meio de vida habitual; a arregimentação de inimputável para auxiliar no cometimento do crime; a participação direta de policial rodoviário federal, por longo período; a forma de acondicionamento da mercadoria, em compartimento preparado e disfarçado no interior do veículo. Por meio dessa análise, parece ser possível identificar o grau de maturação do delito e ratificar mais ainda o dolo da conduta (BALTAZAR JÚNIOR, 2014i, p. 397).

No Crime de Descaminho, a extinção da punibilidade não se aplica pelo pagamento do tributo, tal como ocorre noutras espécies delitivas na área fiscal, até porque, como mencionado, o lançamento do tributo será realizado apenas formalmente, tendo em vista a aplicação da pena de perdimento das mercadorias. É importante enfatizar, também, que a

⁴ “A competência para o processo e julgamento por crime de contrabando ou descaminho define-se pela prevenção do juízo federal do lugar da apreensão dos bens” (BRASIL/STJ, 1996).

sanção de perdimento não se confunde com a pena de multa, visto que, quanto à aplicação desta, não existe previsão legal, sendo nula a sentença na parte que a impõe (BALTAZAR JÚNIOR, 2014j, p. 399).

3. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL

Sabendo que o Direito Penal brasileiro somente pode ser concebido à luz do perfil constitucional do Estado Democrático de Direito, é a existência do Princípio da Dignidade Humana que serve de matriz reguladora do sistema penal. Daquele, surgem os princípios constitucionais do Direito Penal, responsáveis por impor limites à liberdade de seleção típica do legislador, buscando, com isso, uma definição material do crime (CAPEZ, 2011, p. 29). O professor Guilherme de Souza Nucci cita a importância do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, explicando-o da seguinte forma:

Há dois prismas para o princípio constitucional regente da dignidade da pessoa humana: objetivo e subjetivo. Sob o aspecto objetivo, significa a garantia de um mínimo existencial ao ser humano, atendendo as suas necessidades básicas, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, nos moldes fixados pelo artigo 7º, IV, do CF. Sob o aspecto subjetivo, trata-se do sentimento de respeitabilidade e autoestima, inerentes ao ser humano, desde o nascimento, em relação aos quais não cabe qualquer espécie de renúncia ou desistência. [...] Associados, os princípios constitucionais da dignidade humana e do devido processo legal entabulam a regência dos demais, conferindo-lhes unidade e coerência [...] (NUCCI, 2014c, p. 55).

Mesmo que, no âmbito do Direito Penal, entenda-se o Princípio da Insignificância como decorrência de algum outro fundamento basilar, percebe-se que o seu surgimento primitivo deriva de outro ramo da árvore jurídica, no caso, o Direito Civil, no qual se cunhou o brocardo *de minimus non curatpraetor*. A partir dali, entendeu-se não ser função do Direito Penal ocupar-se de assuntos irrelevantes ou incapazes de, efetivamente, lesar o bem jurídico legalmente tutelado. A partir da década de 1970, através de Claus Roxin, esse princípio da criminalidade da bagatela foi definitivamente incorporado ao Direito Penal, passando a ser responsável por efeitos significativos, o que representou importante avanço na matéria (*apud* MASSON, 2014, p. 62).

O professor Cezar Roberto Bitencourt aponta como começaram as primeiras interpretações reconhecedoras do princípio estudado:

O Princípio da Insignificância foi cunhado pela primeira vez por Claus Roxin em 1964, que voltou a repeti-lo em sua obra Política Criminal y Sistema del Derecho Penal, partindo do velho adágio latino *minima non curatpraetor*. [...] 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. Amíúde, 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 (BITENCOURT, 2012, p. 68).

Contudo, é a partir do Princípio da Fragmentariedade que se deve entender as possíveis compreensões do Princípio da Insignificância, pois aquele se serve deste como um instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, aplicando-se a norma penal se ocorrer conduta típica com relevante lesão ao bem jurídico tutelado, ao passo que, havendo somente a subsunção legal, desacompanhada da tipicidade material, deve ela ser afastada, pois haverá atipicidade, surgindo o Princípio da Bagatela como causa supralegal que justifica a decisão do julgador (CUNHA, 2013, p. 68).

Entretanto, vale ressaltar que a fragmentariedade ou a análise da insignificância da conduta não se confunde com o caráter subsidiário da intervenção penal. São próximos os conceitos, mas distintos em sua essência. Caso haja instrumentos de resolução adequada da situação noutra seara jurídica, o fato não deverá ser tipificado no Direito Penal, pois este serve aos casos em que falharem os outros meios de proteção. Ou seja, a aplicação mediata do Direito Penal é reflexo do Princípio da Intervenção Mínima ou Princípio da Subsidiariedade do Direito Penal. Trata-se da ideia de *ultima ratio*, que orienta e limita o poder incriminador do Estado, indicando os bens que merecem atenção do Direito Penal, de forma a considerar a matéria suscetível de criminalização (GRECO, 2015a, p. 97). Enfim, só é possível pensar em fragmentariedade ou análise da insignificância da conduta, se houver bem tutelado pelo Direito Penal, conforme a seleção realizada ao se cotejarem os vários instrumentos de proteção à disposição nos ramos do Direito, pois, caso o entendimento seja no sentido de que a tutela penal não foi eleita como meio de proteção, não há que se falar no grau de ofensa ao bem jurídico para fins de aplicação do Princípio da Bagatela.

Como o Princípio da Insignificância toca no limiar da tipicidade material, que registra a capacidade lesiva da conduta típica, vários dados da situação concreta não seriam objeto de consideração, pois estariam vinculados à dosimetria da pena. Os critérios de aplicação do princípio são, destarte, analisados anteriormente, no âmbito dos requisitos fato típico. O fato de o réu ser reincidente, por exemplo, não faria parte das considerações para aplicação do princípio, contudo, alguns julgados têm observado esse critério, dando a entender, portanto,

que a análise da tipicidade material estaria vinculada à vida pretérita do agente no âmbito criminal⁵.

No que tange à valoração pela autoridade policial, mesmo sabendo que a conduta tem o potencial de subsumir-se nos ditames do Princípio da Bagatela, não terá competência para reconhecer a atipicidade material no caso concreto, cabendo exclusivamente ao Poder Judiciário realizar tal deliberação. Ressalta-se, ainda, que, no caso da ocorrência de uma prisão em flagrante, poderá o policial imediatamente submeter o caso ao crivo do judiciário (MASSON, 2014b, p. 72). Esse entendimento, como se verá adiante, é suavizado quando o Poder Judiciário consolida jurisprudência no sentido de eleger critério objetivo e claro para aplicação do princípio. É o que ocorre, justamente, no caso de Crime de Descaminho, no qual as decisões judiciais, para análise da tipicidade, utilizam o valor definido pelo Poder Executivo para alçada de cobrança judicial. Há de se observar, apenas, que a definição de parâmetros suficientemente objetivos e claros que possam ensejar a autonomia da autoridade policial não constitui regra – na verdade, configura caso peculiar.

Segundo Cleber Masson (2014c, p. 63), hoje é pacífico na Doutrina e na Jurisprudência que não há valor máximo a limitar a incidência do Princípio da Insignificância, devendo a análise ser feita num contexto prático que considere as condições pessoais do agente. Nem mesmo o trânsito em julgado da condenação impede o reconhecimento desse princípio, pois o mesmo permanece com força para descaracterizar a tipicidade penal, podendo ser aplicado em qualquer espécie de delito com ele compatível, não se limitando aos crimes contra o patrimônio. Exemplos dessa incidência são vistos nos crimes praticados por prefeitos, nos crimes contra a Administração Pública (apesar de o Superior Tribunal de Justiça possuir julgados entendendo de forma diversa, baseado na moral administrativa) e nos atos infracionais.

Outras variáveis podem interferir negativamente na decisão pela aplicação do princípio, a saber: nos crimes praticados com emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou pela inadmissão do uso do princípio explanado; nos crimes previstos na Lei de Drogas, mesmo nos casos do porte de droga para consumo pessoal, também não é aplicado o Princípio da Insignificância⁶; nos crimes de tráfico internacional de arma de fogo, pois se trata de crime de perigo abstrato atentatório à segurança pública (MASSON, 2014d, p. 65). Especificamente, outras circunstâncias

⁵ Adiante, serão trazidos e analisados precedentes nesse sentido.

⁶ Em alguns julgados, a Corte Suprema já se pronunciou no sentido de aplicar o Princípio da Insignificância para casos concretos em face da diminuta quantidade de droga sob posse para uso pessoal.

utilizadas para justificar a impossibilidade de aplicação da bagatela ocorrem nos casos em que há habitualidade criminosa e nos que atingem os interesses metaindividuais (como a improbidade administrativa), pois, no segundo caso, conforme argumento utilizado nos precedentes, não existe ofensa que seja insignificante, quando atacar concomitantemente o Princípio da Moralidade Pública.

No Habeas Corpus nº 102940, em que foi relator o Min. Ricardo Lewandowski, o Supremo Tribunal Federal demonstrou, na decisão realizada no dia 15/02/2011, um exemplo claro do que foi citado no parágrafo anterior, expressando a não concordância da aplicação do Princípio da Bagatela no caso de porte ilegal de entorpecente:

EMENTA: PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PERICULOSIDADE SOCIAL DA AÇÃO. EXISTÊNCIA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO OU PRESUMIDO. PRECEDENTES. WRIT PREJUDICADO. I - Com o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal, não mais subsiste o alegado constrangimento ilegal suportado pelo paciente. II - A aplicação do Princípio da Insignificância de modo a tornar a conduta atípica exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica. III - No caso sob exame, não há falar em ausência de periculosidade social da ação, uma vez que o delito de porte de entorpecente é crime de perigo presumido. IV - É firme a Jurisprudência desta Corte no sentido de que não se aplica o Princípio da Insignificância aos delitos relacionados a entorpecentes. V - A Lei 11.343/2006, no que se refere ao usuário, optou por abrandar as penas e impor medidas de caráter educativo, tendo em vista os objetivos visados, quais sejam: a prevenção do uso indevido de drogas, a atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. VI - Nesse contexto, mesmo que se trate de porte de quantidade ínfima de droga, convém que se reconheça a tipicidade material do delito para o fim de reeducar o usuário e evitar o incremento do uso indevido de substância entorpecente. VII - Habeas Corpus prejudicado [...] (BRASIL/STF, 2011).

Cada caso concreto possui suas especificidades, ultrapassando o plano abstrato, obrigando ao juiz, como aplicador da lei, a verificar todas as condições relacionadas à vítima, como exemplos, o fato de esta ser idosa e a extensão do dano. Num plano coletivo, também não se pode deixar de dar atenção ou desprezar situações de dano à sociedade, que gerem consequências potencialmente prejudiciais a pessoas carentes, transpondo, assim, o simples dano ao patrimônio público inicialmente notado. Sem contar que, mesmo que o valor econômico do bem seja pequeno, o valor sentimental do bem também deve ser observado,

pois a expressão menor potencial ofensivo não pode afastar-se do mundo fático, quando interpretada.

Levando em conta a existência, portanto, de várias vertentes de argumentação disponíveis para justificar a aplicação do Princípio da Insignificância, as manifestações do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça são, com certa frequência, conflitantes.

De acordo com o Supremo Tribunal Federal, existem alguns requisitos de ordem objetiva, para que seja autorizada a aplicação do princípio em estudo: a mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica. E, segundo precedentes daquela Corte, a aplicação do Princípio da Bagatela funciona como causa de exclusão da tipicidade, desempenhando uma interpretação restritiva do tipo penal, que só funciona com a reunião dos elementos citados.

Exemplo da utilização dos critérios citados no parágrafo anterior é a decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus número 121394, Rio Grande do Sul, julgado no dia 27/05/2014, em que a Primeira Turma da Corte Suprema assim se expressou:

1. O Princípio da Insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.
2. A aplicação do Princípio da Insignificância deve, contudo, ser precedida de criteriosa análise de cada caso, a fim de evitar que sua adoção indiscriminada constitua verdadeiro incentivo à prática de pequenos delitos patrimoniais.
3. O Princípio da Bagatela é afastado quando comprovada a contumácia na prática delitiva. [...] (BRASIL/STF, 2014).

Ainda no que se refere aos critérios objetivos para aplicação do princípio, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que, nos crimes cometidos por militares, em face da elevada reprovabilidade da conduta do responsável pela segurança pública, opera-se exclusivamente segundo a tipicidade formal, levando em conta a especificidade da prática do agente, de encontro à lei penal incriminadora, demonstrando uma objetividade relacionada à carreira militar, pois não é um critério relacionado à pessoa em si, mas sim relacionado ao cargo que a mesma ocupa.

Já no Superior Tribunal de Justiça, é possível verificar, em alguns julgados, a utilização de outros critérios que não sejam objetivos. No Habeas Corpus nº 285.179 MG (2013/0414594-0), julgado em 19/08/2014 (BRASIL/STJ, 2014), foi negada aplicação do Princípio da Insignificância no caso do furto de uma bicicleta de baixo valor, em virtude da

contumácia do autor na mesma prática delitativa, mediante escalada e, adicionalmente, em concurso de agentes, circunstâncias tais que, em conjunto, a juízo do tribunal, não poderiam permitir a exclusão da tipicidade penal. No julgado, é possível notar os distintos valores que podem ser adotados como referencial para aplicação do Princípio da Bagatela, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

No Agravo em Recurso Especial nº 331.827/PR – 05/09/2013, o Tribunal citado decidiu que descabe a aplicação do Princípio da Insignificância nos casos em que o agente pratica habitualmente o delito. E expressou-se da seguinte forma:

O Princípio da Insignificância não foi estruturado para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de condutas ínfimas, isoladas, sejam sancionados pelo Direito Penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido a sua reprovabilidade, perdem a característica de bagatela e devem se submeter ao Direito Penal (BRASIL/STJ, 2013).

A decisão demonstra a preocupação do Judiciário em não desconsiderar essas circunstâncias, pois, se assim se comportasse, estaria incentivando o descumprimento da norma legal, mormente para aqueles que fazem da criminalidade um meio de vida.

De outra banda, fazendo uso de critérios objetivos na aplicação do princípio, mas apontando para o não aprisionamento a esse parâmetro como algo absoluto, tem-se precedente do Superior Tribunal de Justiça, tendo sido confirmada tese de que o valor do bem objeto de furto não deve ser o único critério justificador para declarar a atipicidade da conduta. O tribunal, por meio da Sexta Turma, no Agravo Regimental em Recurso Especial nº 233.924 DF (2012/0202277-3), em 16/05/2013, inviabilizou a aplicação do Princípio da Insignificância num caso em que foram furtados diversos instrumentos de trabalho, identificados como uma cavadeira boca de lobo, quatro desempenadeiras, um martelo, uma trena, um serrote, duas talhadeiras e uma bolsa. Segundo o entendimento da corte:

1. O valor do bem jurídico tutelado não pode ser tido como parâmetro absoluto para aplicabilidade do Princípio da Insignificância, podendo as demais circunstâncias relacionadas com o fato, tais como as condições pessoais da vítima, o valor subjetivo do bem, as circunstâncias e o resultado do crime, serem utilizadas para se aferir a existência de lesividade ao bem jurídico tutelado. Precedentes do STJ. 2. Hipótese em que o Tribunal a quo rechaçou a aplicação do Princípio da Insignificância, levando em conta o alto grau reprovabilidade da conduta da recorrente, que, deslocando viga madeira, invadiu obra construção civil, onde subtraiu diversos instrumentos trabalho do pedreiro que ali empreitava. Incidência da Súmula 83/STJ (Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida) (BRASIL/STJ, 2013).

Ainda no Superior Tribunal de Justiça, há de se ressaltar também a existência de precedentes que adotam peremptoriamente critérios objetivos para a incidência da bagatela. No Recurso Especial nº 1.265.373 (2011/0170521-3), de 07/08/2012, tem-se exemplo onde o valor do bem foi utilizado como fator único na valoração judicial:

A 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu que a aplicação do Princípio da Insignificância deve levar em conta tão somente o valor do bem jurídico tutelado, sem qualquer aferição das circunstâncias pessoais do agente. Em razão desse entendimento, tal princípio pode ser aplicado ainda que o agente seja reincidente ou ostente maus antecedentes (BRASIL/STJ, 2012).

No caso dos autos, o tribunal entendeu pela incidência do princípio no Crime de Descaminho quando o débito tributário não ultrapassar o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), respeitando o artigo 20 da Lei nº 10.522/02. Assim, diferente do que consta nos primeiros precedentes citados, agora as circunstâncias de caráter pessoal, tais como a reincidência ou habitualidade, bem como os maus antecedentes, não deveriam impedir a aplicação do Princípio da Insignificância, pois o fator determinante da questão, nesse caso, seria o bem jurídico tutelado (valor econômico), excluindo o fato do campo de incidência da norma penal incriminadora.

4. ANÁLISE DA APLICAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE DESCAMINHO

4.1 Apresentação do problema

O Princípio da Insignificância, de forma geral, pode ser considerado como uma ferramenta que descongestiona o Poder Judiciário, isentando-o de um demorado julgamento nas causas de menor importância, ao mesmo tempo em que separa do grupo dos crimes potencialmente ofensivos à sociedade as infrações de menor importância social ou consideradas como penalmente toleráveis pelo Estado. Assim, a partir do tópico que se inicia, buscar-se-á entender algumas das controvérsias e entendimentos que vêm sendo debatidos nos últimos anos sobre as posições que se firmaram nos Tribunais Superiores, quanto aos aspectos considerados relevantes para legitimar a aplicação ou não do Princípio da Insignificância, especificamente, no Crime de Descaminho.

O manuseio do princípio estudado não ocorre de forma homogênea no Direito Penal e, mesmo nas questões e crimes de interesse fazendário, existem várias divergências, de forma que, não raras vezes, é difícil harmonizar os interesses em jogo, no sentido de garantir uma conexão entre o interesse fazendário e a relevância penal de cada fato supostamente típico. Entretanto, adotando como foco o Crime de Descaminho, é possível notar, às vezes, o tratamento impróprio que lhe é dispensado, quando comparado com outros delitos do Código Penal e, mais especificamente, da Lei nº 8.137/90. A distinção ocorre, fundamentalmente, quando o Poder Judiciário, para justificar a aplicação do Princípio da Insignificância, faz ponderações entre as características peculiares do referido delito e a intenção de proteger os interesses da Fazenda Pública.

A segurança jurídica é almejada pela sociedade e deve ser garantida pelas instituições, máxime no que se refere ao Poder Judiciário, em face do seu propósito de existência. Dessa forma, sempre houve uma busca por equacionar os interesses em disputa e tentar alcançar, senão uniformidade remansosa, ao menos linhas mestras de decisão. Motivado por esse objetivo, o Poder Judiciário passou a deliberar sobre um valor minimamente relevante, para justificar a tutela penal no Crime de Descaminho.

Inicialmente, o próprio Poder Judiciário não era pacífico quanto ao montante que seria considerado penalmente relevante. O Supremo Tribunal Federal considerava, como critério norteador da aplicação do Princípio da Insignificância, apenas a circunstância genérica de que o valor deveria ser irrelevante para a Administração Pública, tornando difícil saber em que condições a tutela seria ou não penal. Ou seja, ainda que houvesse adequação formal do fato empírico ao tipo penal, o Direito Penal somente seria chamado a atuar, caso o desfalque no patrimônio da Administração Pública fosse considerado **suficientemente relevante**, ao ponto de constatar-se um real prejuízo material. Contudo, esse critério revelava margem de subjetividade muito grande, suscetível de causar incoerências entre diferentes julgados que adotassem o mesmo fundamento jurídico (EUGENIO, 2013b, p. 167).

A busca por critérios mais objetivos e, portanto, mais seguros foi encontrando luzes de solução a partir do momento em que a Administração Tributária passou a editar normas que demonstravam o desinteresse do Estado na cobrança executiva de determinados valores.

Em face da aplicação da regra de alçada, a quantidade de execuções fiscais reduziu: por um lado, pelo fato de a Fazenda Pública não mais necessitar executar civilmente muitos casos de inadimplência tributária; por outro lado, pelo poder de solicitar o arquivamento de processos executivos em curso, desde que o valor cobrado não alcançasse a alçada fixada.

Concomitantemente, no Juízo penal, passou-se a cogitar a possibilidade de não condenação com base nesse valor de alçada, sob a alegação de que havia se perdido o objeto material que a justificaria. A Doutrina alegava ser esse um resultado irrefutável, porque, pelo Princípio da Subsidiariedade, a sanção penal é o recurso necessário quando os anteriores falham, de forma que, se não se faz necessário o uso do instrumento processual da execução fiscal, como menor razão ter-se-ia justificativa para uso da tutela penal (BALTAZAR JÚNIOR, 2014k, p. 388).

Ainda segundo o autor supra (BALTAZAR JUNIOR, 2014l, p. 389), o Poder Judiciário passou a rejeitar as denúncias cujo valor não ultrapassasse o limite tolerado pela Administração Pública, fazendo jus ao caminho adotado pelo Poder Executivo. Sem espaçar muito tempo, os magistrados expandiram a aplicação dessa fundamentação jurídica, baseada em posicionamentos benéficos, para os diversos crimes da Ordem Tributária, alcançando, assim, a possibilidade de aplicação do Princípio da Insignificância ao Crime de Descaminho.

Para melhor compreender a questão, é importante recordar o histórico que rege a existência de um limite determinado para aplicação do Princípio da Insignificância, enfatizando, também, que esse limite é dado pelo valor do tributo devido, desconsiderando-se multas e juros, e não pelo valor das mercadorias.

O limite começou a ser considerado na quantia de R\$ 1.000,00 (mil reais), nos termos do artigo 1º da Lei nº 9.469/97 e do artigo 20 da Medida Provisória nº 1.542-28/97, sendo elevado a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), com o advento do artigo 20 da Medida Provisória nº 2176-79/2001, convertida na Lei nº 10.522/02. E, seguindo o mesmo fundamento do artigo 20 da Lei nº 10.522/02, reforçado pela redação dada na Lei nº 11.033/04, conforme orientação do Supremo Tribunal Federal, foi adotado o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), aplicável para débitos vencidos há mais de cinco anos, pelo artigo 14 da Lei nº 11.941/09.

A orientação jurisprudencial é no sentido da aplicação retroativa do valor de R\$10.000,00, em virtude de a regra contemplar tratamento mais benéfico ao acusado, ou seja, o entendimento é no sentido de que o referido patamar deve incidir como o parâmetro da insignificância mesmo a fatos anteriores à Lei nº 11.033/04, vinculando, também, o próprio juiz da execução penal ou a autoridade policial, que deve proceder ao arquivamento do inquérito, sob a alegação de atipicidade da conduta⁷.

⁷ Trata-se, como já mencionado, de situação na qual a definição do critério para aplicação da insignificância é de tal forma objetiva e clara que fica referendada sua utilização pela própria autoridade policial, como exceção ao posicionamento habitual que o reserva, privativamente, para uso do Poder Judiciário.

Por fim, desde o ano de 2012, o parâmetro valorativo que limita a condição de insignificância da conduta passou para o montante de R\$ 20.000,00, o que pode ser notado na citação abaixo:

Por último, com base na Portaria 75 do MF, publicada no DO em 26.3.12, foi aumentado o limite para R\$ 20.000,00, patamar com valor utilizado como limite para o arquivamento das execuções sem baixa na distribuição, devendo esse valor ser observado para o reconhecimento da insignificância jurídico-penal. Com a edição, pelo Ministério da Fazenda, das Portarias 75/2012 e 130/2012- atinentes à inscrição de débitos na Dívida Ativa da União e ao ajuizamento de execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional -, este limite foi alterado para R\$ 20,000,00: “Artigo 2º. O Procurador da Fazenda Nacional requererá o arquivamento, sem baixa na distribuição, das execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), desde que não conste dos autos garantia, integral ou parcial, útil à satisfação do crédito” (artigo 2º da Portaria MF 75/2012, com a redação alterada pela Portaria MF 130/2012). (MASSON, 2014e, p. 618).

4.2 Inconformismo do Poder Judiciário: alegações

Ocorre que essa aplicação objetiva do valor de alçada definido pelo Poder Executivo vem sendo contestada em várias oportunidades no âmbito do Poder Judiciário, principalmente após a edição da Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda. A crítica parte de alguns magistrados, insurgindo-se contra o que designam por interferência indevida no Poder Judiciário, pressupondo a dependência deste ao Poder Executivo na apreciação dos crimes. E, seguindo esse entendimento, pareceria que o próprio Código Penal, criação legislativa, acabaria por ficar à mercê dos interesses do Poder Executivo, que determina os valores e os atualiza sem um literal comprometimento ou, ao menos, sintonia com os critérios do sistema penal. Essa interferência indevida caracterizaria afronta ao Princípio da Separação de Poderes fixado na regra do artigo 2º da Constituição Federal.

A opinião citada no parágrafo anterior é exposta no voto do relatório do Ministro Felix Fischer, no Recurso em Habeas Corpus nº 47.940 - PR (BRASIL/STJ, 2015). No caso discutido, é possível vislumbrar seu inconformismo com a falta de integração entre os Poderes Judiciário e Executivo, pois, apesar da consideração que deva ser dispensada ao disposto na Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda, não parece haver uma aquiescência ou consulta quanto aos critérios utilizados na adoção de valores que limitam oficiosidade do Estado no combate aos crimes e a importância dos valores que deveriam ser protegidos pelo mesmo. Sendo importante ressaltar que a aparente posição do ministro não critica a utilização do

Princípio da Insignificância, mas apenas parece manifestar seu inconformismo com a dependência e submissão valorativa que o Poder Executivo imputaria ao Poder Judiciário.

Sentimento semelhante serve de móvel para prolação do acórdão nos autos do Recurso Especial nº 1.425.012 - PR (BRASIL/STJ, 2014), em que o Ministro Rogério Schietti Cruz, na síntese de seu voto, expressa o quanto é imponderável e contrário ao senso comum subordinar o exercício da jurisdição penal à iniciativa de uma autoridade fazendária, para satisfazer tese que parte de opção de política administrativa e fiscal, ou seja, movida por interesses estatais conectados à conveniência, economicidade e eficácia. Por tal ótica, a política criminal do Estado e o exercício da soberana função jurisdicional, inerentes ao Poder Judiciário, colocam-se em plano inferior em relação às conveniências administrativas e fiscais do Procurador da Fazenda Nacional, que, ao promover o arquivamento dos autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União, desde que o valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), acabaria por determinar o que a Polícia pode investigar, o que o Ministério Público pode acusar e, o que é mais grave, o que o Poder Judiciário pode julgar, retirando, assim, a legitimidade de interpretação elástica reconhecida à Jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Exemplo das consequências dessa interferência direta do Poder Executivo na determinação de valores penalmente relevantes verificar-se-ia no tratamento desigual e desproporcional aos autores de crimes contra o patrimônio, quando comparados ao crime aqui analisado. Os critérios de aplicação do Princípio da Insignificância no Descaminho, considerados impróprios por alguns magistrados, representam uma impunidade aos autores de fatos graves, decorrentes de burla ao pagamento de tributo devido, em virtude de importação clandestina de mercadorias, sem contar com as possíveis associações a outras ilicitudes também graves, como corrupção ativa, corrupção passiva e prevaricação, que importam em considerável prejuízo ao erário e, por via de consequência, à coletividade.

Novamente, para ilustrar a controvérsia, servir-se-á do precedente do Ministro Felix Fischer, no Recurso em Habeas Corpus nº 47.940 - PR (BRASIL/STJ, 2015). Segundo seu entendimento, mesmo considerando legítima a Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda, ainda não estaria demonstrada uma total concordância por parte do judiciário em aplicá-la como fundamento para o Princípio da Insignificância. O ministro explica que esse novo valor aprofundou a diferença que já existia quanto aos critérios usualmente invocados pela Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça para regular a aplicação do mesmo princípio nas hipóteses de crimes contra o patrimônio, de maneira a reforçar o respaldo dos infratores

nos casos de Descaminho, que contariam com um reforço do próprio Estado na manutenção das condutas delituosas.

Ainda no contexto das interferências consideradas indevidas, outro ponto bastante criticado em relação à Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda consiste no entendimento de que a mesma não possui força normativa apta a revogar/alterar lei em sentido estrito, não tendo o condão de modificar o patamar para aplicação do Princípio da Insignificância. As críticas procuram justificar o posicionamento afirmando que a portaria é apenas recurso utilizado para regulamentar o artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/77 e, por isso, não teria força para influenciar a aplicação do Princípio da Insignificância.

Ainda se servindo do Recurso em Habeas Corpus nº 47.940-PR (BRASIL/STJ, 2015), o Ministro Félix Fischer reconhece ser pacífico no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que 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 artigo 20 da Lei nº 10.522/02, porém aduz que foram motivações outras a dar ensejo à edição do valor de R\$ 20.000,00, previsto na Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda. Essa norma, pois, não seria regulamentadora da Lei nº 10.522/02, mas sim do Decreto-Lei nº 1.569/77, não podendo alterar, em benefício do devedor, o limite legal de aplicação do Princípio da Insignificância. Para além disso, mas por decorrência dessa concepção, o ministro conclui pela impossibilidade de aplicação retroativa do novo limite de alçada previsto na portaria, a saber:

[...] o parâmetro observado pela portaria não pode sobrepor a fragmentariedade e subsidiariedade do Direito Penal, por que não se trata de inovação ou alteração legislativa *stricto sensu*, definindo-se a insignificância de acordo com os princípios que regem a aplicabilidade da lei de efeitos excepcionais ou temporários, pois a alteração do parâmetro utilizado para determinar a execução ou o arquivamento do débito fiscal, eleito pela conveniência da Administração ou decorrente da correção monetária do valor, aplica-se somente aos fatos praticados a partir dessa modificação, preservando-se a aplicabilidade do critério anterior, aos fatos ocorridos na sua vigência.

Com a Lei n. 10.522/2002, tornou-se proibida a autorização para, por meio de simples portaria, alterar o valor definido como teto para o arquivamento de execução fiscal sem baixa na distribuição. E a Portaria MF n. 75/2012, que fixa, para aquele fim, o novo valor de R\$ 20.000,00 não retroage para alcançar delitos de descaminho praticados em data anterior à vigência da referida portaria, porquanto não é esta equiparada a lei penal, em sentido estrito, que pudesse, sob tal natureza, reclamar a retroatividade benéfica (BRASIL/STJ, 2015).

Corroborando o entendimento, o Ministro Rogério Schietti Cruz, novamente no Recurso Especial nº 1.425.012 - PR (2013/0051543-5), assim se expressou em relação à Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda:

Não se trata aqui de norma penal mais benéfica, dotada de retroatividade. A norma penal está descrita no artigo 334 do Código Penal, que, em momento algum, foi modificado. O que sofreu alteração foi tão somente o critério utilizado pela Fazenda Nacional para o arquivamento, sem baixa na distribuição, das execuções fiscais de débitos de qualquer natureza, que, por se tratar de critério financeiro, está intrinsecamente ligado ao valor quantitativo que representa no momento de sua apuração. A Portaria n. 75/2012 apenas traz uma atualização do valor que, por critérios de eficiência, economicidade e praticidade, seja do interesse da Fazenda Nacional efetuar a cobrança (BRASIL/STJ, 2014).

Ainda sem deixar o contexto de inconformismo ou de críticas aos valores de alçada estabelecidos pelo Poder Executivo, a Doutrina, no que é muitas vezes acompanhada pela Jurisprudência, faz ponderações acerca de provável estímulo à habitualidade criminosa decorrente da aplicação direta do valor de alçada previsto na Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda.

Ainda que o objetivo do Princípio da Insignificância, como causa suprallegal de exclusão da tipicidade, seja desocupar o Direito Penal da apuração de condutas que resultem em lesão insignificante aos bens jurídicos tutelados, é importante enfatizar que uma eventual aplicação ampliada daquele princípio legitimaria o comércio clandestino de produtos estrangeiros, pois, com a exclusão de tipicidade alcançada pelos sonegadores de valores consideráveis, seria incoerente negar aos pequenos comerciantes informais os mesmos favores legais.

Rogério Greco, citando precedente do Superior Tribunal de Justiça, chama a atenção para a necessidade de vedar referendo à aplicação da bagatela quando presente a habitualidade criminosa, como forma de desestimulá-la. Para tal intento, advoga-se o uso de lapso temporal na análise da incidência do princípio, no lugar de visualizar cada conduta isoladamente:

Nos casos de “reiteração delitiva”, não há como excluir a tipicidade material à vista do valor da evasão fiscal de cada apreensão, representação fiscal ou auto de infração, considerados isoladamente, devendo ser considerada, para os fins do parâmetro legal, a soma dos débitos consolidados nos últimos cinco anos, nos termos do parágrafo 4º da norma. Em restando devidamente comprovada a existência de outros processos administrativo-fiscais contra o mesmo devedor, não há de se afirmar, *ab initio*, a atipicidade material da conduta com base no princípio da insignificância se, em virtude da reiteração, houver efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, a ordem tributária, considerada a soma dos débitos consolidados nos últimos cinco anos, superior a dez mil reais⁸ (GRECO, 2015b, p. 571).

⁸ Segundo o autor citado, trata-se do precedente do STJ, AgRg. no REsp. 1340066/RS Agravo Regimental no Recurso Especial 2012/0177270-6; 6ª T., Reiª M i nª Maria Thereza de Assis Moura, DJ 9/6/2014.

Se o uso do valor atual de alçada constituir-se no único argumento fundante da aplicação do Princípio da Insignificância, esse instrumento de análise qualificada da tipicidade poderia vir a fomentar a habitualidade delitiva nos casos de crimes de pequeno porte, conhecidos, na linguagem coloquial, como “contrabando” ou “comércio formiga”. A referida conduta tornou-se uma forma praticamente despenalizada, de modo que os efeitos da impunidade refletem na sociedade, levando-a a não discernir que valores são importantes na aferição de necessidade de tutela penal. À dificuldade de discernimento, segue-se a instalação de uma insegurança jurídica.

Nos grandes centros e, mesmo nos de médio porte, é frequente constatar a atividade de “camelôs” e “sacoleiros”, representando concorrência desleal ao comércio formal. O segmento, como é sabido, vem sendo não apenas admitido, mas também estimulado pelo Poder Público, que permite e instala espaços para tais atividades, conhecidos como “camelódromo” ou “feira do Paraguai”.

Se é certo que a permissão e o estímulo são motivados por questões sociais prementes, também é forçoso observar que esse fomento, apesar de necessário, deva ser visto como temporário. Não se deve projetar o futuro com base numa decisão institucional que considere tal permissão e estímulo no longo prazo. A construção de um ambiente negocial saudável e equilibrado, que promova os valores da Ordem Econômica e os Valores Sociais do Trabalho, nos termos da Constituição Federal, certamente não contaria com a participação **oficialmente estimulada** do comércio clandestino, porquanto esse tende a representar não apenas afronta à concorrência leal, mas também risco aos consumidores e risco à noção de uma “efetividade qualificada” do Princípio da Dignidade Humana.

4.3 Contraponto ao discurso inconformista

Do exposto, percebe-se tom inconformista no discurso do Poder Judiciário que, principalmente após a edição da Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda, alega uma interferência indevida do Poder Executivo naquele poder, violando o Princípio da Separação de Poderes. Em síntese, para resgatar o tema, é possível sintetizar a intromissão do Poder Executivo nos seguintes tópicos, segundo os argumentos do Poder Judiciário: descompasso entre o Crime de Descaminho e os Crimes Contra o Patrimônio, no que tange aos critérios de aplicação do Princípio da Insignificância; desqualificação da mencionada portaria ministerial como parâmetro de aplicação da insignificância, do que decorre a não aceitação de sua

incidência retroativa, e, ainda, o estímulo à habitualidade criminosa, se considerado, unicamente, o valor de alçada para incidência do princípio.

Entendemos não ser correto o tom inconformista, pois os argumentos declinados nas decisões judiciais comprovam, justamente, a inexistência dessa interferência inconstitucional. A Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda não constitui, em nosso sentir, ato de violação ao Princípio da Separação dos Poderes, conforme disposto no artigo 2º da Constituição Federal. Além dos argumentos levantados pelos próprios ministros, podemos adicionar outros que farão descortinar a questão sob debate. Passemos, então, a reforçar os argumentos dos ministros, bem como a propor novos.

O primeiro argumento a ser reforçado é a impossibilidade de vinculação do Poder Judiciário à norma infralegal do Ministério da Fazenda. É importante notar que o posicionamento do Poder Executivo, por meio da edição de ato de sua lavra, só é vinculante no âmbito administrativo. Não há vinculação do Poder Judiciário, já que, acima de qualquer regulamentação ministerial, existem, por óbvio, princípios fundamentais como o da Separação dos Poderes, que declara a independência e harmonia destes órgãos como cláusula pétrea, imune a emendas, reformas ou revisões.

O Poder Judiciário apenas está vinculado à Constituição e às leis, em sentido estrito, ou seja, apenas às regras e princípios decorrentes da norma genérica e abstrata deve ele render obediência, incluindo-se, nesse âmbito, as súmulas vinculantes, por terem força tipicamente normativa, nos termos atuais da Constituição Federal. A vinculação administrativa da portaria ministerial decorre do poder hierárquico, ou seja, se é editada pelo Ministro da Fazenda, todos os que lhe estejam subordinados ficam, por esse fundamento, vinculados às suas disposições. Contudo, o Poder Judiciário, evidentemente, não está sob o julgo hierárquico do Ministério da Fazenda, pois não compõe sua estrutura organizacional. Logo, descabe cogitar acerca de suposta vinculação.

Apesar de ser evidente essa constatação, o discurso dos ministros coloca o Poder Judiciário numa posição de suposta subordinação, contra a qual caberia insurgir-se. Como haveria necessidade de lutar contra uma subordinação, se a mesma não existe? Ocorre que os julgadores argumentam como se, de fato, houvesse tal vinculação ou, ao menos, como se houvesse intenção de vinculação por parte do Poder Executivo. Entretanto, como se verá mais adiante, entendemos inexistir esse intento.

Outro argumento dos ministros que deve ser reforçado refere-se às motivações do Poder Executivo ao estabelecer os valores de alçada. Todavia, é importante fazer uma

observação: tentar-se-á demonstrar que a motivação do executivo, seja na origem, quando o valor de alçada foi veiculado por meio de lei em sentido estrito, seja quando o atualizou por meio de regulamentação infralegal, foi sempre a mesma, entretanto, a situação apenas passou a ser considerada ofensiva à atividade do Poder Judiciário, quando o patamar foi fixado por meio da portaria ministerial. O detalhamento dessas motivações tende a deixar claro que, não importando o veículo normativo, o Poder Judiciário esteve e está sempre livre para definir os critérios de aplicação do Princípio da Insignificância no Crime de Descaminho.

Embora os objetivos dos Poderes do Estado sejam sempre o interesse público, o Executivo, o Judiciário e o Legislativo, para atingirem a eficiência erigida a princípio constitucional da Administração Pública, adotam caminhos diferentes, por terem funções típicas distintas. Mas, seguindo a interpretação do Princípio da Eficiência, descrito por Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, 2010, p.122), é preciso entendê-lo como um dever de excelência administrativa, que se baseia na boa administração e procura, por meio da legalidade, modos mais adequados, mais oportunos e menos onerosos para atingir os fins a serem alcançados.

Assim, ainda que haja um desconforto por parte do Poder Judiciário em aceitar os meios utilizados pelo Poder Executivo para buscar a eficiência na Administração Pública, é interessante notar que, quando este define o valor de alçada para declarar se ingressa ou não com a ação de execução fiscal, não passa por suas cogitações a aplicação do Princípio da Insignificância no âmbito penal. Trata-se de um juízo de valor que se refere à economicidade, ou seja, à realização do Princípio da Eficiência na Administração Pública. Ocorre que, se o Poder Executivo for processar alguém, ele sabe que esse processo custará ao Estado dispêndios vários, a saber: a remuneração dos juízes, oficiais de justiça, analistas, técnicos, o gasto com energia, sistemas de informática, manutenção dos prédios, entre outros. Ou seja, em meados de 2012, os custos atualizados de uma execução fiscal, segundo os cálculos elaborados pelo Poder Executivo, giravam por volta de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Como o Princípio da Eficiência está estreitamente ligado ao Princípio da Legalidade, o Poder Executivo pode justificar seus atos de controle, ao alegar que não poderia causar prejuízo ao erário público, cobrando valor menor que o custo necessário à movimentação da estrutura administrativa. O Poder Executivo está aplicando o Princípio da Eficiência, evitando que o Estado tenha prejuízo ao cobrar uma dívida, cujo gasto para cobrança é superior ou muito próximo à própria dívida cobrada.

Ao buscar uma administração mais eficiente, em nenhum momento existe a intenção da Administração Fazendária de modificar os critérios judiciais que definem a aplicabilidade do Princípio da Insignificância no Crime de Descaminho. Contudo, o Poder Judiciário, em algum ponto dos seus julgados, passou a entender que o valor estipulado como alçada deveria ser utilizado como base para a aplicação daquele princípio.

É verdade, como já dito, que o Poder Judiciário buscou a utilização do valor de alçada como forma de padronizar seus julgados, evitando deixar ao talante de cada magistrado a valoração da alçada no caso concreto. Certamente, é louvável a intenção de uniformização, pois fica evidente o risco de disparidade entre as decisões, mas essa utilização da alçada fazendária para fins de aplicação do Princípio da Insignificância constitui construção pretoriana, isto é, não configura imposição do Poder Executivo.

Ao editar a portaria ministerial, a motivação do Poder Executivo não mudou, ou seja, ainda está impelido pelo desejo de concretizar do Princípio da Eficiência, e não poderia ser diferente, pois os custos da cobrança não permanecem os mesmos ao longo do tempo, daí porque se faz necessária sua atualização. O fato de o novo valor não vir definido por lei em sentido estrito decorre de simples observação: não se trata de novo patamar de alçada, apenas se atualizou o referido valor, pois o mesmo havia sido fixado 8 (oito) anos antes, por meio da Lei nº 11.033/2004, que deu nova redação ao artigo 20 da Lei nº 10.522/2002. Como não há, propriamente, novo patamar, mas sim o mesmo patamar atualizado monetariamente para a manutenção do poder aquisitivo, foi possível editar ato infralegal, ou seja, portaria ministerial. Caso se desejasse elevar o valor acima dos índices de inflação acumulados no período, ter-se-ia incremento real no patamar, a exigir edição de lei em sentido estrito, dando, dessa forma, cumprimento ao Princípio da Legalidade. Contudo, tratando-se de mero resgate das perdas inflacionárias, circunscrito está o ato dentro do Poder Regulamentador, atividade legítima do Poder Executivo.

Sendo assim, da mesma forma que não se encontra adstrito ao valor de alçada expressado no ato infralegal, o Poder Judiciário também não está vinculado ao valor de alçada definido em normas que constituem lei em sentido, sejam leis ordinárias ou medidas provisórias. Não está obrigado a acatá-lo como único justificador da aplicação do Princípio da Bagatela, na verdade, não está, inclusive, obrigado a acatá-lo como fundamento em sua decisão, que dirá como fundamento único. Contrariamente a essa afirmação pode-se opor: tendo ocorrido a defesa de que o Poder Judiciário está vinculado apenas à Constituição e à lei

em sentido estrito, como se pode propor que não está vinculado aos valores de alçada fixados por leis ordinárias ou medidas provisórias?

Nesse ponto, é preciso esclarecer que, de forma genérica, o Poder Judiciário está, por óbvio, vinculado às prescrições da lei em sentido estrito, porém, cada norma tem seu âmbito de aplicação e, como já foi exposto, a motivação e o propósito dos limites de alçada fixados nas leis ordinárias e nas medidas provisórias encontram-se vinculados à concretização do Princípio da Eficiência na Administração Pública. Tais prescrições não estão, portanto, destinadas à regular a aplicação do Princípio da Insignificância no âmbito penal.

Querer atribuir efeito vinculante aos valores de alçada estipulados nos instrumentos legais, mesmo aos que correspondam à lei em sentido estrito, equivale a admitir que o Crime de Descaminho, na sua definição típica, comporta norma penal em branco. A inexistência dessa técnica legislativa constitui outro argumento a contribuir pela conclusão de que não ocorre interferência indevida no Poder Judiciário pelo Poder Executivo, quando se definem os valores de alçada.

Como é sabido, ocorre norma penal em branco quando o dispositivo legal remete, obrigatoriamente, a complementação da descrição da conduta proibida para outras normas legais, regulamentares ou administrativas. Conforme Francisco de Assis Toledo (1994, p.42), a complementação não configura discricionariedade do aplicador da lei, encontrando-se ele vinculado no sentido de que somente pode fazer incidir a norma penal incriminadora, se buscar por seu complemento na legislação indicada. Nesses casos, o enunciado legal não esgota a definição típica.

Todavia, o Código Penal, ao definir o Crime de Descaminho, descreve-o por meio de norma de eficácia plena, que não necessita de complementação. O Poder Judiciário aprisiona-se a si mesmo, ao crer que os valores de alçada definidos por leis ordinárias ou medidas provisórias vinculam o julgador no momento da aplicação do Princípio da Insignificância. Não é conciliável a incidência conjunta de ambos os conceitos. Das duas, uma: ou há norma penal em branco e conclui-se que o fato não é formalmente típico, porque não está subsumido na lista de condutas descritas na norma de complementação ou, por outro lado, constatando que o fato está previsto na descrição típica da norma penal⁹, mas não é suficientemente ofensivo, decide-se pela atipicidade material, em observância à aplicação do Princípio da Bagatela. Forçoso é perceber que, no primeiro caso, não há tipicidade formal, mas há no

⁹ Seja na norma penal de eficácia plena, seja na norma de complementação, decorrente da norma penal em branco.

segundo. Logo, não seria possível aplicá-los conjuntamente, pois, para fazer juízo acerca da insignificância penal, tem-se de estar previamente reconhecida a tipicidade formal.

Outro argumento relevante para contribuir com a discussão refere-se à circunstância de que os valores iguais ou inferiores aos R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) não são insignificantes para a Fazenda Nacional, por isso, não deveriam, por si só, justificar a aplicação da bagatela pelo Poder Judiciário. Mesmo quando a definição do valor de alçada encontrava-se veiculada, originariamente, por lei ordinária ou medida provisória, não seria correto concluir que tais valores eram insignificantes ao Estado.

A alçada, como já explicitado, visa a concretizar o princípio da eficiência. A Administração Pública reconhece que há custos na cobrança, por isso efetua cálculos que estimam gasto decorrente da movimentação da estrutura. Porém, a cobrança não se dá exclusivamente por meio da ação de execução fiscal, há outros instrumentos de cobrança administrativa, tais como: envio de correspondências, envio de mensagens de texto via celular, utilização de serviços de *Call Center*, entre outros. Além disso, com a inscrição do débito no registro da dívida ativa, o devedor fica sujeito a meio indireto de cobrança, pois, por não lhe ser concedida certidão negativa de débitos, fica impedido de participar de licitações, de contratar com a Administração Pública, de receber benefícios ou incentivos fiscais, de pleitear linha de crédito/financiamento subsidiada pelo Poder Público. Não bastassem as circunstâncias declinadas, é necessário ressaltar, ainda, que a certidão de dívida ativa é documento passível de ser levado a protesto extrajudicial¹⁰, e, tendo em vista que a SERASA utiliza os protestos para alimentação de seu banco de dados, o devedor protestado passa a encontrar-se negativado, também, perante o mercado de crédito privado.

O propósito desta explanação é destacar que os valores inferiores aos de alçada não serão, de pronto, perdoados ou cancelados, não sendo ajuizada apenas ação de execução fiscal, ou será solicitado o seu arquivamento, sem baixa na distribuição, caso a mesma já tenha sido ajuizada¹¹. Tal é o que decorre, respectivamente, do artigo 1º, inciso II, e do artigo 2º, *caput*, da Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda. O fato de não ser ajuizada a ação não induz ao perdão ou cancelamento, tampouco impede a utilização dos demais meios de cobrança citados acima.

¹⁰ A certidão de dívida ativa, nos termos do artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.492/1997 é documento de dívida passível de ser levada a protesto.

¹¹ A portaria, inclusive, institui requisitos adicionais, pois apenas permite o arquivamento “[...] desde que não ocorrida a citação pessoal do executado e não conste dos autos garantia útil à satisfação do crédito.”

Por outro lado, o arquivamento **sem baixa na distribuição** está a indicar duas conclusões: a primeira que os outros meios de cobrança podem, conforme a peculiaridade do caso, vir a ser utilizados; a segunda que, por não ter havido baixa na distribuição, pode-se dar curso à execução, caso o valor venha, posteriormente, a superar a alçada, devido à futura atualização. Quanto a essa última afirmação, o §1º do artigo 20 da Lei nº 10.522/02 é expresso ao determinar que os “[...] autos de execução a que se refere este artigo serão reativados quando os valores dos débitos ultrapassarem os limites indicados” (BRASIL, 2002).

Na verdade, a mencionada portaria, no seu artigo 1º, inciso I, institui um segundo valor de alçada, neste caso, para decidir pela inscrição, ou não, do débito na dívida ativa. Segundo seus termos, valores iguais ou inferiores a R\$ 1.000,00 (mil reais) não serão encaminhados para a Procuradoria da Fazenda Nacional para inscrição em dívida ativa. Analisando-se, portanto, a questão de forma mais ampla, percebe-se que:

a) valores superiores ao primeiro limite (R\$ 1.000,00), mas iguais ou inferiores ao segundo patamar (R\$ 20.000,00), não serão, em regra, ajuizados, mas serão cobrados administrativamente, com todas as repercussões mencionadas acima; e

b) por outro lado, valores iguais ou inferiores ao primeiro limite (R\$ 1.000,00) não serão ajuizados, nem inscritos em dívida ativa, mas podem ser cobrados administrativamente, pelos meios já mencionados. Apenas é necessário ressaltar que não se aplicam, nesse caso, os meios indiretos de cobrança que decorreriam da inscrição em dívida ativa.

As estratégias de cobrança variam, porque os custos de cobrança também variam, conforme a estrutura que será utilizada. Ora é viável a cobrança judicial, ora é viável a cobrança administrativa em sua plenitude, ora há viabilidade apenas para uma cobrança administrativa mitigada, mas, mesmo assim, a norma infralegal deixa evidente que todos os valores têm o potencial de serem relevantes à Fazenda Pública, pois os limites podem não ser observados, mediante juízo de valor:

Art. 1º Determinar:

I - a não inscrição na Dívida Ativa da União de débito de um mesmo devedor com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais); e

II - o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

[...]

§6º O Procurador da Fazenda Nacional poderá, após despacho motivado nos autos do processo administrativo, promover o ajuizamento de execução fiscal de débito cujo valor consolidado seja igual ou inferior ao previsto no inciso II do caput, desde que exista elemento objetivo que, no caso específico, ateste elevado potencial de recuperabilidade do crédito.

§7º O Procurador-Geral da Fazenda Nacional, observados os critérios de eficiência, economicidade, praticidade e as peculiaridades regionais e/ou do débito, poderá autorizar, mediante ato normativo, as unidades por ele indicadas a promoverem a inscrição e o ajuizamento de débitos de valores consolidados inferiores aos estabelecidos nos incisos I e II do caput. (BRASIL, MF, 2012, grifo nosso).

Há, ainda, no artigo 18, §1º, da Lei nº 10.522/2002, a determinação de cancelamento dos débitos “[...] inscritos em Dívida Ativa da União, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 100,00 (cem reais)” (BRASIL, 2002). Nessas hipóteses, pode-se, com inegável conforto, utilizar a alçada como parâmetro objetivo de aplicação do Princípio da Insignificância no âmbito penal. Se o Estado, na feição Fazendária, perdoa débitos de determinado valor, é porque não os considera relevantes, ou seja, definitivamente não considera que a remissão dos mesmos provoca prejuízo patrimonial digno de nota. Porém, quanto aos demais limites fixados na portaria ministerial, repita-se, nenhum deles é considerado, sob o aspecto fiscal, insignificante, daí porque não estão sujeitos a cancelamento ou perdão.

Sendo assim, o Poder Judiciário pode utilizar o valor de alçada, na medida em que for útil para o juízo de valor sobre a relevância penal da conduta. Apesar de o Poder Executivo afirmar, por meio da portaria ministerial, que irá declarar, por exemplo, um determinado valor como antieconômico para cobrança pela via de execução fiscal, os requisitos e critérios utilizados pelo Poder Executivo não precisam ser os únicos considerados na decisão judicial, pois o olhar do administrador não alcança a órbita penal e limita-se a buscar a eficiência e economicidade da Administração Pública, sem atentar às inúmeras violações e pretensões que rodeiam a ação ou omissão do cidadão que não pagou o tributo. Ou seja, o foco do administrador está muito mais voltado ao proveito da cobrança, via execução fiscal ou via administrativa, do que aos males causados à Ordem Pública em geral e à Ordem Tributária em particular.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, entendemos que o tom inconformista exarado nas decisões do Poder Judiciário, alegando possível subordinação à norma veiculada pelo Poder Executivo, não se justifica. Não há necessidade de insurgência, porque não há qualquer interferência indevida. O Poder Executivo não visa a intervir no Poder Judiciário, pois a norma que define a alçada,

mesmo quando disciplinada em lei ou medida provisória, vincula fundamentalmente a Fazenda Nacional e destina-se a realizar o Princípio da Eficiência.

Além disso, não percebem os ministros que o Crime de Descaminho não foi tipificado a partir da técnica da norma penal em branco, única via que os vincularia à complementação vinda, por exemplo, de normas regulamentares do Poder Executivo. Também não percebem ou, ao menos, não levam em consideração, que a utilização pura e simples do valor de alçada parece presumir que os valores abaixo são insignificantes para o Estado, todavia, essa ideia não é verdadeira. Os valores menores, até certo limite, serão cobrados pelo Poder Executivo, mediante vários meios administrativos, diretos e indiretos, o que denota sua relevância para o Estado.

Não se está a defender que o Poder Judiciário passe a desconsiderar, por completo, os patamares de alçada existentes. Diz-se patamares, pois não há apenas um único valor de alçada, tal como visto acima. Apenas é necessário reconhecer que os valores de alçada não são vinculantes ao Poder Judiciário, tal como se se tratasse de complementação de norma penal em branco, e que o Poder Judiciário pode e deve construir os critérios pelos quais deseja padronizar os julgados, no que tange à aplicação do Princípio da Insignificância ao Crime de Descaminho. Em sendo útil a utilização dos valores de alçada, deve o Poder Judiciário servir-se deles, porém, não sendo útil ou, mais adequadamente, não sendo útil utilizá-los como único parâmetro, cabe à sabedoria pretoriana manuseá-los na medida em que for conveniente, a bem do esforço de padronização de suas decisões.

Se é relevante para realização da Justiça que não haja decisões conflitantes e, por isso, tente-se buscar parâmetros objetivos para aplicação da bagatela, também forçoso é reconhecer que o apego à necessidade de uniformização das decisões a partir de valor único e absoluto pode conduzir o Poder Judiciário a desproteger a sociedade, produzindo injustiça no caso concreto.

REFERÊNCIAS

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto e MONTEIRO, Luciana de Oliveira. *Crimes contra a Ordem Tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*, 1. 17. ed. rev., ampl. e atual. De acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código penal. Brasília, DF: Palácio do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____. *Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002*. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Brasília, DF: Palácio do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10522.htm> Acesso em: 20 jun. 2015.

_____. MINISTÉRIO DA FAZENDA (MF). *Portaria nº 75, de 22 de março de 2012*. Dispõe sobre a inscrição de débitos na Dívida Ativa da União e o ajuizamento de execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Brasília, DF: Palácio do Planalto. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/legislacao/2012/portaria75>> Acesso em: 20 jun. 2015.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Agravo regimental no agravo em recurso especial nº 233.924 DF(2012/0202277-3)*. RELATOR: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR. Sessão em 16 de maio de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=28739556&sReg=201202022773&sData=20130529&sTipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 12 fev. 2016.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Agravo regimental no agravo em recurso especial Nº 331.827 PR (2013/0145582-5)*. RELATORA: Ministra LAURITA VAZ. Sessão em 05 de setembro de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=30309120&sReg=201301455825&sData=20130911&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 12 fev. 2016.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Habeas Corpus nº 285.179 MG(2013/0414594-0)*. RELATOR: Ministro NEFI CORDEIRO. Sessão em 19 de agosto de

2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=37593722&sReg=201304145940&sData=20140902&sTipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 12 fev. 2016.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Recurso em Habeas Corpus nº 47.940*. Relator: Ministro Felix Fischer. Sessão em 31 mar. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1391649&sReg=201401177516&sData=20150331&formato=PDF>. Acesso em: 21 jun. 2015.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Recurso especial nº 1.265.373 PR (2011/0170521-3)*. RELATOR: Ministro GILSON DIPP. Sessão em 07 de agosto de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=22822798&sReg=201101705213&sData=20120814&sTipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 12 fev. 2016.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Recurso especial nº 1.425.012*. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Sessão em 27 jun. 2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?numero=1425012>>. Acesso em: 02 set. 2015.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Recurso ordinário em Habeas Corpus nº 47.940 PR (2014/0117751-6)*. RELATOR: Ministro FELIX FISCHER. Sessão em 17 de março de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=44696055&sReg=201401177516&sData=20150331&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 12 fev. 2016.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Súmula 151*. Terceira Seção. Sessão em 14 de fevereiro de 1996. DJ 26 de fevereiro de 1996. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='151'>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *Agravo regimental no recurso extraordinário nº 849.776*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Sessão em 10 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=7993761&tipo=TP&descricao=Inteiro%20Teor%20ARE%20/%20849776>>. Acesso em: 05 set. 2015.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *Habeas Corpus* Nº 102940.

RELATOR: Ministro RICARDO LEWANDOWSKI. Sessão em 15 de fevereiro de 2011.

Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621470>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *Habeas Corpus* Nº 121394.

RELATOR: Ministro LUIZ FUX. Sessão em 27 de maio de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6173158>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*, volume 1, parte geral: (artigos 1º a 120). 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal*. 3.ed. revista, ampliada e atualizada. Bahia: Juspodivm, 2013.

EUGENIO, Edgar Marques. *O Princípio da Insignificância e a habitualidade delitiva do Crime de Descaminho sob a perspectiva do STF e STJ*. Revista Brasileira de Ciências Criminais - vol.73. Coordenador: Juliana Garcia Belloque, 2013.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. Volume IV. 1. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

MASSON, Cleber. *Direito Penal esquematizado: parte geral*, vol. 1. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MONTEIRO, Samuel. *Dos crimes fazendários: compêndio teórico e prático*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Iglu, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. *Código penal comentado: estudo integrado com processo e execução penal: apresentação esquemática da matéria: Jurisprudência atualizada*, 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

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