



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Crime de descaminho e os limites para a aplicação do princípio da bagatela no direito penal contemporâneo

Gabriel Nogueira Cammarota

Rio de Janeiro
2015

GABRIEL NOGUEIRA CAMMAROTA

Crime de descaminho e os limites para a aplicação do princípio da bagatela no direito penal contemporâneo

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós- Graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2015

CRIME DE DESCAMINHO E OS LIMITES PARA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BAGATELA NO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO

Gabriel Nogueira Cammarota

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogado. Pós-graduando no Curso de Pós Graduação Lato Sensu da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O exame da tipicidade material do crime de descaminho gera divergência entre os Tribunais Superiores. Enquanto o Superior Tribunal de Justiça continua utilizando a quantia de dez mil reais para estabelecer o limite para a aplicação do princípio da insignificância, o Supremo Tribunal Federal passou a utilizar a monta de vinte mil reais, após a edição da Portaria do Ministério da Fazenda n. 75, de 22 de março de 2012. Essa divergência é prejudicial ao sistema jurídico, pois gera inadmissível insegurança jurídica, atingindo a máquina estatal, os sujeitos do processo, em especial, o acusado. O direito penal contemporâneo é entendido como a *ultima ratio*. Nesse ínterim, a posição do Supremo Tribunal Federal é a que mais se adequa a tal conceito. Esse Tribunal deve pacificar a questão o quanto antes, por meio dos diversos instrumentos que possui à sua disposição, dentre os quais a edição de súmula vinculante, a qual se mostra a mais adequada para tanto.

Palavras-chave: Direito penal. Descaminho. Princípio da bagatela. Portaria n. 75/2012 do Ministério da Fazenda.

Sumário: Introdução. A divergência entre os entendimentos dos tribunais superiores e a intolerável insegurança jurídica dela decorrente. 2. Portaria n. 75/2012 do Ministério da Fazenda: ato administrativo condicionante do exercício da pretensão punitiva estatal. 3. O entendimento do Supremo Tribunal Federal diante do moderno direito penal e a necessidade de pacificação da controvérsia. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute os parâmetros firmados pela legislação e pela jurisprudência dos Tribunais Superiores para a aplicação do princípio da bagatela – ou da insignificância – no âmbito do crime de descaminho, tipificado no art. 334 do Código Penal.

Pretende-se demonstrar que, atualmente, deve ser adotado, como já vem fazendo o Supremo Tribunal Federal, o parâmetro quantitativo trazido pela Portaria n. 75/2012 do

Ministério da Fazenda, que veio a majorar o histórico limite constante da Lei n. 10.522/02, qual seja, dez mil reais. O tema, entretanto, não é pacífico na jurisprudência, sendo certo que o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência consolidada em outro sentido.

O tema envolve questão afeta ao direito penal, que apresenta potencialidade de atingir um dos direitos mais caros: a liberdade individual. Por isso, diante da divergência quanto aos entendimentos dos Tribunais Superiores, é imperativa a pacificação do tema, a fim de extirpar a insegurança jurídica que dela decorre.

Será abordada a questão histórica da aplicação do princípio da bagatela ao crime de descaminho, bem como a evolução da doutrina penal acerca do crescente movimento de descriminalização.

No primeiro capítulo será exposta a divergência de entendimentos entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, abordando até que ponto a insegurança jurídica decorrente desse desentendimento influi no sistema judiciário, considerando-se o acusado e à máquina estatal.

Segue-se, no segundo capítulo, com a discussão acerca da possibilidade de se considerar um ato administrativo como parâmetro determinante para a análise de um instituto de direito material penal a fim de afastar a tipicidade do fato típico.

No último capítulo, então, será demonstrado que a tese do Supremo Tribunal Federal é a que melhor se adequa ao moderno direito penal. Abordar-se-á, também, a necessidade daquele Tribunal pacificar a questão para solucionar o problema da insegurança jurídica, havendo, para tanto, diversos mecanismos jurídicos.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, trazendo-se julgados dos Tribunais Superiores e doutrina reconhecida nacional, parcialmente exploratória, pretendendo-se demonstrar o motivo da tese do STF ser a mais adequada, bem como a necessidade de pacificação da controvérsia, e qualitativa.

1. A DIVERGÊNCIA ENTRE OS ENTENDIMENTOS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E A INTOLERÁVEL INSEGURANÇA JURÍDICA DELA DECORRENTE.

Segundo o artigo 334, caput, do Código Penal, com a redação dada pela recente Lei n. 13.008/14¹, a conduta de iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria tipifica o crime de descaminho. A referida lei, diga-se, veio em boa hora, uma vez que distingue, em tipos diversos, as condutas previstas pelos crimes de descaminho e de contrabando, até então tidas pelo Código Penal como sinônimas.

Não obstante, não é qualquer conduta de iludir pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria que merece tutela penal. Dentro do estudo do conceito analítico de crime, destaca-se a teoria tripartite, que, hoje, é majoritária², segundo a qual crime é todo fato típico, ilícito e culpável. Como cediço, o fato típico, a partir do finalismo desenvolvido por Hans Welzel, é composto de quatro elementos, quais sejam: conduta, resultado naturalístico, relação de causalidade e tipicidade³. Essa, por sua vez, deve ser analisada sob os prismas formal e material.

Nesse íterim, somente merecerá proteção penal a conduta que, a despeito de se enquadrar formalmente no modelo descrito no artigo 334 do Código Penal⁴, tipicidade formal, também for capaz de lesionar o bem jurídico tutelado pela prática da conduta legalmente descrita, tipicidade material.

O fundamento utilizado pela jurisprudência para constatar a tipicidade material da conduta é aquele objetivamente estipulado como parâmetro para a atuação do Estado em

¹ BRASIL. Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>

² Por todos: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal: parte especial: dos crimes contra a administração* [ebook]. v. 5. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

³ MASSON, Cleber. *Direito penal Esquematizado: parte geral* [ebook]. v. 1. 8. ed. São Paulo: Método, 2014.

⁴ BRASIL. Código Penal. op. cit.

matéria de execução fiscal, qual seja, o valor do tributo devido⁵. Portanto, se o valor do tributo devido não superar esse marco, tal conduta será tida como irrelevante para o Direito, porque desprovida de tipicidade material.

O art. 20 da Lei n. 10.522/02, com a redação dada pela Lei n. 11.033/04⁶, determina o arquivamento das execuções fiscais, sem cancelamento da distribuição, quando os débitos inscritos como dívida ativa da União não excederem o montante de dez mil reais.

Tal montante foi utilizado tanto pela Primeira Turma⁷, quanto pela Segunda Turma⁸ do Supremo Tribunal Federal como parâmetro para aplicação do princípio da insignificância ao delito de descaminho. O Superior Tribunal de Justiça⁹, em julgamento de recurso representativo de controvérsia, acompanhou o entendimento sufragado pelo Pretório Excelso, pacificando, assim, a questão em um primeiro momento.

Não obstante, a divergência entre os Tribunais Superiores se instaurou com a edição da Portaria n. 75 do Ministério da Fazenda¹⁰, que alterou esse parâmetro para vinte mil reais. O Supremo Tribunal Federal, então, passou a entender que esse é o novo limite para a aplicação do princípio da bagatela¹¹. O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, continuou

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 120096/PR. Relator Ministro Luiz Roberto Barroso. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5594767>>. Acesso em: 21 jul. 2015. No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 96852/PR. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620469>>. Acesso em: 22 jul. 2015.

⁶ BRASIL. Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10522.htm>

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 96309/RS. Relatora Ministra Carmem Lúcia. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=589365>>. Acesso em: 07 abr. 2015.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 96976/PR. Relator Ministro Cezar Peluso. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=591355>>. Acesso em: 07 abr. 2015.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1112748/TO. Relator Felix Fischer. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6217630&num_registro=200900566326&data=20091013&tipo=91&formato=HTML>. Acesso em: 07 abr. 2015.

¹⁰ BRASIL. Portaria n. 75 de 22 de março de 2012. Disponível em: < <http://www.fazenda.gov.br/institucional/legislacao/2012/portaria75>>

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 118000/PR. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4530826>>. Acesso em: 07 abr. 2015.

aplicando o valor anterior, rechaçando, por diversas vezes, a tese adotada pelo Supremo Tribunal Federal¹².

Como facilmente se percebe, essa divergência de entendimentos entre os Tribunais Superiores gera uma enorme insegurança jurídica, dela decorrendo efeitos gravosos sob diversas óticas. Com efeito, a segurança jurídica é reflexo da necessidade que o ser humano possui de conduzir e planejar as suas relações jurídicas, sendo, inclusive, concebida por parte da doutrina como um sobreprincípio do ordenamento¹³. Ela é elemento componente do Estado de Direito, que inspira o cidadão a praticar atos jurídicos de natureza pública ou privada embasado na confiança que deposita no ordenamento, a qual decorre da previsibilidade dos efeitos jurídicos da regulação da sua conduta¹⁴.

Nesse ínterim, a necessidade de convergência de entendimentos dos Tribunais Superiores mostra-se fundamental para combater a insegurança jurídica, fortalecendo, dessa forma, o Estado de Direito. Na esfera criminal, cabe salientar, pela importância dos bens jurídicos que nela se busca tutelar, a uniformização jurisprudencial mostra-se ainda mais imprescindível.

Como mencionado, a insegurança jurídica produz efeitos negativos que podem ser visualizados em diferentes âmbitos. Em primeiro lugar, ela atinge prioritariamente o cidadão, porque tem o potencial de violentar indevidamente seu direito de liberdade (art. 5º, caput, CRFB/88), submetendo-o a um processo criminal fadado ao insucesso e, conseqüentemente, a todas as mazelas dele decorrentes.

¹² Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1393317/PR. Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=41463126&num_registro=201302576451&data=20141202&tipo=91&formato=HTML>. Acesso em: 07 abr. 2015.

¹³ Nesse sentido: DELGADO, José Augusto. *A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001105/A%20IMPREVISIBILIDADE%20DAS%20DECIS%20ES%20JUDICI%20RIAS%20E%20SEUS%20REFLEXOS%20NA%20SEGURAN%20C%2087A%20JUR%20C%20DDICA.doc>. Acesso em 07 abr. 2015.

¹⁴ *Ibidem*.

Com efeito, verifica-se facilmente tal situação na hipótese em que se instaura um processo criminal imputando a alguém o crime de descaminho e o débito tributário não ultrapassa vinte mil reais. Ora, tendo em visto que esse é o novel parâmetro utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para a aplicação da bagatela ao delito em comento, e que, no mais das vezes, a discussão chega até ele, seja pela via recursal extraordinária, seja pela via do *Habeas Corpus*, funcionando o Pretório Excelso, portanto, como última instância, é forçoso concluir que à ação faltarão interesse, na vertente interesse-utilidade, uma vez que o insucesso na demanda é previsível.

Ademais, essa insegurança jurídica acarreta consequências gravosas também para o Estado. Na linha do que foi exposto no parágrafo anterior, constata-se que a máquina estatal movimentará muitos recursos a um processo que, de antemão, já se sabe estar fadado ao fracasso.

Nessa linha, pense-se que magistrados, membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, e auxiliares do juízo poderiam estar trabalhando em processos úteis. Isso, a toda evidência, diminuiria a morosidade do Poder Judiciário, e viria ao encontro da eficiência, princípio regente da Administração Pública consoante o artigo 37 da Constituição da República. Não fosse o bastante, há também as despesas com a manutenção do serviço judiciário, nas quais se incluem, por exemplo, os gastos com eletricidade e água.

Enfim, a divergência de entendimentos entre Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal não é saudável para um Estado de Direito. Como visto, a instabilidade que disso decorre, além de impactar negativamente no Estado, é prejudicial sobremaneira ao acusado em processo criminal, podendo violar indevidamente um de seus direitos mais caros, qual seja, o direito à liberdade. Urge, portanto, unificar o entendimento pretoriano a fim de garantir esse sobreprincípio de importância indubitável, que é a segurança jurídica, garantindo-se, dessa forma, tal princípio implicitamente adotado na Carta Magna de 1988.

2. PORTARIA N. 75/2012 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA: ATO ADMINISTRATIVO CONDICIONANTE DO EXERCÍCIO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL.

A Portaria n. 75 / 2012¹⁵, editada pelo Ministro de Estado da Fazenda, determina o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a vinte mil reais (artigo 1º, inc. II). Ademais, o Procurador da Fazenda Nacional deverá requerer o arquivamento, sem baixa na distribuição, das execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a vinte mil reais, desde que não ocorrida a citação pessoal do executado e não conste dos autos garantia útil à satisfação do crédito (artigo 2º).

Esses são os dispositivos em que se baseiam os Ministros do Supremo Tribunal Federal para entender que o limite da aplicação do princípio da bagatela foi majorado para vinte mil reais. Entretanto, uma dúvida pode surgir: é possível que um ato administrativo seja condicionante da pretensão punitiva estatal? A questão é pertinente, uma vez que o novo parâmetro utilizado tem previsão em um ato administrativo e que, diferentemente, o antigo patamar, sobre o qual não divergiam os Tribunais Superiores, fora estabelecido em uma lei em sentido estrito.

A mesma indagação foi feita pelo Ministro Marco Aurélio no julgamento do Habeas Corpus n. 120.096 / PR¹⁶ submetido a julgamento perante a Corte Máxima. Embora vencido, sustentou o magistrado que o fato de a União suspender, por meio do aludido ato administrativo, a cobrança imediata do executivo fiscal, não obstaculizaria a persecução criminal, uma vez que a prática criminosa estaria configurada. Não obstante, restou vencedora

¹⁵ BRASIL. Portaria n. 75 de 22 de março de 2012. op. cit.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 120096/PR. Relator Ministro Luiz Roberto Barroso. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5594767>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

a tese do Ministro Relator, que consagrava o princípio da insignificância, alinhando-se à posição adotada pelas Turmas do Supremo Tribunal Federal.

A resposta para essa indagação passa, em um primeiro plano, pela compreensão acerca da independência das instâncias administrativa e judicial¹⁷. Nesse ínterim, é lugar comum em doutrina¹⁸ a afirmação de que as instâncias administrativa e judicial são independentes. Isso ocorre em função da separação dos Poderes, teoria que ganhou assento na Constituição da República vigente (artigo 2º).

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência no sentido de que essa independência é relativa¹⁹. Daí infere-se que as decisões administrativas podem, sim, influenciar a esfera judicial, e vice-versa. Nesse sentido, é bom salientar que esse Tribunal editou a Súmula Vinculante n. 24, segundo a qual “não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº. 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”.

Como se observa do enunciado acima referido, ao Estado não é permitida a *persecutio criminis* contra aquele que praticou a conduta prevista na lei penal antes da constituição definitiva do crédito tributário, a qual se perfaz após rejeitada ou não apresentada impugnação contra o lançamento, o qual, este, como cediço, tem a natureza jurídica de ato administrativo (artigo 142 do CTN). Portanto, é possível, no ordenamento jurídico pátrio, condicionar a instância judicial à prévia atividade administrativa, não obstante a conduta praticada pelo agente tenha enquadramento típico em lei *stricto sensu*.

¹⁷ Nesse sentido: MOREIRA, Rômulo de Andrade. *O descaminho, a insignificância e as posições divergentes do STF e do STJ*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/34159/o-descaminho-a-insignificancia-e-as-posicoes-divergentes-do-stf-e-do-stj>. Acesso em: 07 abr. 2015.

¹⁸ Por todos: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. [ebook]. 24 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 691306 RG/MS. Relator Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2709841>>. Acesso em: 07 abr. 2015.

Posto isso, é forçoso concluir que a Portaria Ministerial é, em tese, ato administrativo dotado de aptidão para produzir efeitos no âmbito judicial, impedindo o exercício da atividade persecutória contra o contribuinte, até que sobrevenha a constituição definitiva do crédito tributário.

Não fosse o bastante, há um outro argumento – esse, sim, frequentemente utilizado pelo Supremo Tribunal Federal – para defender a eficácia da Portaria n. 75/2012 do Ministério da Fazenda na esfera penal: o princípio da insignificância. Calcado em valores de política criminal, esse princípio funciona como causa de exclusão da tipicidade, desempenhando uma interpretação restritiva do tipo penal²⁰.

Hodiernamente, a posição da doutrina majoritária, que encontra respaldo no Supremo Tribunal Federal²¹, é no sentido de que a tipicidade penal não pode ser percebida como a simples adequação do fato concreto à norma abstrata. A configuração da tipicidade exige, além da correspondência formal, a análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, a fim de se verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado²².

Portanto, “a tipicidade penal exige um mínimo de lesividade ao bem jurídico protegido, pois é inconcebível que o legislador tenha imaginado inserir em um tipo penal condutas totalmente inofensivas ou incapazes de lesar o interesse protegido”²³. É nessa perspectiva que entra em cena o princípio da insignificância.

Por se tratar de tema dotado de alta carga de subjetividade, a jurisprudência tratou de consagrar certos parâmetros, a fim de, em certa medida, objetivar essa análise. Assim, no

²⁰ Nesse sentido: MASSON, op. cit.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 107638/PE. Relatora Ministra Carmen Lúcia. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1480979>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

²² Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 109739/SP. Relatora Ministra Carmen Lúcia. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5305993>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

²³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral* [ebook]. v. 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

histórico Habeas Corpus n. 84.412/SP, da relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado em 19 de outubro de 2004, firmou o Supremo Tribunal Federal e, posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça o acompanhou, o entendimento no sentido de que a aplicação do princípio da insignificância demanda a existência dos seguintes vetores: a) mínima ofensividade da conduta; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Apesar dessas condicionantes, não há, ainda, um enunciado claro a respeito do que se considera suficiente para afastar a aplicação da norma penal, o que acaba gerando, inevitavelmente, julgamentos diferentes para hipóteses semelhantes. Essa inconsistência, entretanto, não é observada nos casos que tratam do delito de descaminho. Isso porque, como visto, o fundamento que conduz a análise da tipicidade da conduta é aquele objetivamente assentado como parâmetro para a atuação do Estado em matéria de execução fiscal: o valor do tributo devido²⁴.

Nesse ínterim, é fundamental ressaltar que o bem jurídico tutelado pela norma do artigo 334 do Código Penal, com a redação dada pela Lei n. 13.008/14²⁵ – tipo legal do crime de descaminho –, é o interesse patrimonial do Estado, em face do prejuízo na arrecadação dos tributos devidos²⁶.

À vista disso, chega-se ao seguinte quadro: o legislador ordinário criminalizou a conduta de iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria, tutelando, assim, o interesse patrimonial do Estado ao buscar reduzir o prejuízo na arrecadação dos tributos. Ocorre que o titular desse

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 120096/PR. Relator Ministro Luiz Roberto Barroso. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5594767>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

²⁵ BRASIL. Lei n. 13.008, de 26 de junho 2014. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13008.htm#art1>

²⁶ MASSON, Cleber. *Direito penal Esquematizado*: parte especial [ebook]. v. 3. 4. ed. São Paulo: Método, 2014.

bem jurídico, qual seja, o Estado, demonstra que não tem interesse nos créditos fiscais cujo valor consolidado seja inferior a um determinado montante.

Esse montante fora, inicialmente, como já exposto, estabelecido em dez mil reais, consoante o artigo 20 da Lei n. 10.522/02²⁷ e, posteriormente, majorado para vinte mil reais, por força da Portaria n. 75/2012 do Ministério da Fazenda. Portanto, é forçoso concluir que, se o Estado, titular do bem jurídico tutelado pela norma penal, escolheu não perseguir o seu crédito fiscal até esse limite, não cabe ao mesmo Estado perseguir o contribuinte na esfera criminal, sob pena de violar o sobreprincípio da proporcionalidade²⁸.

3. O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DIANTE DO MODERNO DIREITO PENAL E A NECESSIDADE DE PACIFICAÇÃO DA CONTROVÉRSIA.

A aplicação do princípio da insignificância na seara penal é algo relativamente recente. Advém do velho adágio latino *minima non curat praetor*, cunhado originariamente para as relações cíveis, e apenas no século passado – meados da década de sessenta – passou a ser imaginado também na esfera criminal, por Claus Roxin²⁹.

Isso somente passou a ser possível dada a atual fase de evolução do Direito penal. Com efeito, um dos atributos mais caros do Direito penal moderno é o seu caráter fragmentário, no sentido de que representa a *ultima ratio* do sistema para a proteção daqueles bens e interesses de maior relevância para o indivíduo e a sociedade³⁰.

A “fragmentariedade significa que nem todas as lesões a bens jurídicos protegidos devem ser tuteladas e punidas pelo direito penal que, por sua vez, constitui somente parcela

²⁷ BRASIL. Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002. op. cit.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 120617/PR. Relatora Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5305993>>. Acesso em: 07 abr. 2015.

²⁹ Nesse sentido: MASSON, op. cit.

³⁰ Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal: parte especial: dos crimes contra a administração* [ebook]. v. 5. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

do ordenamento jurídico”³¹. Trata-se de corolário do que a doutrina convencionou chamar de princípio da intervenção mínima.

Tal princípio norteia e limita o poder incriminador do Estado, prescrevendo que apenas será legítima a criminalização de uma conduta se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes³². Em suma, tendo em vista o seu caráter subsidiário, funcionando como último instrumento de punição, o direito penal não se deve ocupar de bagatelas”³³.

É mister também ressaltar que o princípio da intervenção mínima, ou *ultima ratio*, também tem por consectário o princípio da ofensividade, ou lesividade, segundo o qual, no plano jurisdicional, o juiz tem o dever de excluir o crime quando o fato concretamente é inofensivo ao bem jurídico específico tutelado pela norma, malgrado se apresente em conformidade com o tipo penal³⁴.

Posto isso, chega-se à seguinte conclusão: na medida que o Estado escolhe não perseguir judicialmente o seu crédito fiscal até determinada monta, ele indica que esse valor é bagatela, desimportante, desprovido de ofensividade suficiente para lesar o bem jurídico tutelado pela norma penal, que, no caso, é o interesse patrimonial do Estado na arrecadação do tributo devido, como já visto.

Portanto, não se justifica a intervenção do Direito penal para punir o contribuinte que pratica a conduta de iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito penal* [ebook]. 10. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

³² Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal: parte especial: dos crimes contra a administração* [ebook]. v. 5. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

³³ Nesse sentido: NUCCI, op. cit.

³⁴ Nesse sentido: PALAZZO, Francesco C. Valores constitucionais e direito penal. Tradução Gérson Pereira dos Santos. In: MASSON, Cleber. *Direito penal Esquematizado: parte geral* [ebook]. v. 1. 8. ed. São Paulo: Método, 2014.

pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria (artigo 334 do Código Penal)³⁵, até o limite tido como insignificante para o Estado.

Nesse ínterim, o Estado, por meio do Ministério da Fazenda, em 2012, ao editar a Portaria n. 75, determinando o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos cujo valor consolidado seja igual ou inferior a vinte mil reais, indicou que esse valor é tido, agora, como insignificante, isso é, insuficientemente para lesar o seu interesse patrimonial na arrecadação dos tributos. Não fosse essa a intenção, a aludida portaria não teria sido editada, uma vez que já havia, no ordenamento jurídico, previsão semelhante, embora em patamar menor, qual seja, dez mil reais (artigo 20 da Lei n. 10.522/02)³⁶.

É de se ressaltar que pouco importa a forma com que esse ato ingressou no mundo jurídico, se via lei *stricto sensu* ou se portaria, uma vez que, quer numa, quer noutra, o que importa para fins de enquadramento da conduta na análise do fato típico é que o Estado está manifestando que a conduta é inexpressiva na lesão ao bem jurídico tutelado, o que afasta, por conseguinte, a tipicidade material da conduta.

Assim sendo, não resta mais espaço para dúvidas quanto o entendimento do Supremo Tribunal Federal ser o mais concordante com o moderno direito penal. Nessa toada, a uniformização da jurisprudência é medida necessária para extirpar a insegurança jurídica que paira sobre a matéria.

Para tanto, existem diversos mecanismos que podem fulminar a controvérsia. No âmbito do Poder Judiciário, entretanto, o instrumento judicial mais eficaz é, a toda evidência, a edição de súmula vinculante, na forma dos artigos 2º da Lei n. 11.417/06 e 103-A da Constituição da República.

³⁵ BRASIL. Código Penal. op. cit.

³⁶ ³⁶ BRASIL. Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002. op. cit.

Introduzida no ordenamento jurídico em 2004, por meio da Emenda Constitucional n. 45³⁷ e, posteriormente, regulamentada pela Lei n. 11.417/06³⁸, esse poderoso instrumento de pacificação de controvérsias permite que o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, edite enunciado que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional.

Passados três anos da edição da portaria, já foi formada jurisprudência no Supremo Tribunal Federal no sentido de reconhecer a eficácia do aludido ato administrativo perante a esfera criminal, com a aplicação do princípio da insignificância aos casos em que o débito tributário consolidado não ultrapassa vinte mil reais. Repise-se que, em sentido contrário, isso é, reconhecendo o patamar de dez mil reais, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Uma vez que já há reiteradas decisões sobre a matéria³⁹, que é divergente nos Tribunais Superiores e tem natureza evidentemente constitucional, e há quase unanimidade de entendimentos no Supremo Tribunal Federal (a divergência fica a cargo do Ministro Marco Aurelio⁴⁰), não há óbices a que esse Sodalício, no exercício do poder normativo que a lei lhe confere, edite, pelo quórum de 2/3 dos seus membros, enunciado de súmula com força vinculante, a fim de impedir que a questão continue sendo decidida, em outras esferas, de forma diferente.

³⁷ BRASIL. Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>

³⁸ BRASIL. Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11417.htm>

³⁹ Nesse sentido: 1) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 126746 AgR/PR. Relator Ministro Luiz Roberto Barroso. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8367531>>. Acesso em: 21 jul. 2015; 2) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 126191/PR. Relator Ministro Dias Toffoli. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8164504>>. Acesso em: 21 jul. 2015; 3) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 123861/PR. Relatora Rosa Weber. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7045101>>. Acesso em: 21 jul. 2015;

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 120096/PR. Relator Ministro Luiz Roberto Barroso. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5594767>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

CONCLUSÃO.

Conforme demonstrado, de acordo com a moderna ideia de direito penal residual, deve ser adotado, como já vem fazendo o Supremo Tribunal Federal, o parâmetro quantitativo trazido pela Portaria n. 75/2012 do Ministério da Fazenda, que veio a majorar o histórico limite constante da Lei n. 10.522/02, de dez mil reais para vinte mil reais.

É de se ressaltar que não importa ter esse parâmetro sido estabelecido em portaria, a qual tem a natureza de ato administrativo infralegal. No exame da tipicidade da conduta, verifica-se que o Fisco não executa créditos até esse valor de vinte mil reais, o que traz consequências relevantes para a seara penal. Por ser a última medida, ela não pode ser acionada quando na seara administrativa não se tem uma lesão juridicamente relevante ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

Como visto, a instabilidade dessa divergência entre os Tribunais Superiores, além de movimentar desnecessariamente a máquina estatal, é sobremaneira prejudicial ao acusado em processo criminal, e potencialmente violadora de um de seus direitos mais caros, qual seja, o direito à liberdade. Urge, portanto, unificar o entendimento pretoriano a fim de garantir a segurança jurídica, princípio de importância indubitável no ordenamento jurídico.

Para tanto, cabe ao Supremo Tribunal Federal dispor dos diversos instrumentos jurídicos que o ordenamento oferece. Dentre esses, a edição de súmula vinculante mostra-se o meio mais adequado para tanto, uma vez que possui eficácia erga omnes e efeito vinculante, garantindo a previsibilidade que se espera do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal: parte especial: dos crimes contra a administração* [ebook]. v. 5. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>

_____. Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>

_____. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>

_____. Lei n. 13.008, de 26 de junho 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13008.htm#art1>

_____. Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10522.htm>

_____. Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11417.htm>

_____. Portaria n. 75 de 22 de março de 2012. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/institucional/legislacao/2012/portaria75>>

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 120096/PR. Relator Ministro Luiz Roberto Barroso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5594767>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 96852/PR. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620469>>. Acesso em: 22 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 96309/RS. Relatora Ministra Carmem Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=589365>>. Acesso em: 07 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 96976/PR. Relator Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=591355>>. Acesso em: 07 abr. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1112748/TO. Relator Felix Fischer. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6217630&num_registro=200900566326&data=20091013&tipo=91&formato=HTML>. Acesso em: 07 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 118000/PR. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4530826>>. Acesso em: 07 abr. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1393317/PR. Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequecial=41463126&num_registro=201302576451&data=20141202&tipo=91&formato=HTML>. Acesso em: 07 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. ARE 691306 RG/MS. Relator Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2709841>>. Acesso em: 07 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 107638/PE. Relatora Ministra Carmen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1480979>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 109739/SP. Relatora Ministra Carmen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5305993>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 120617/PR. Relatora Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5305993>>. Acesso em: 07 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 126746 AgR/PR. Relator Ministro Luiz Roberto Barroso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8367531>>. Acesso em: 21 jul. 2015;

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 126191/PR. Relator Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8164504>>. Acesso em: 21 jul. 2015;

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 123861/PR. Relatora Rosa Weber. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7045101>>. Acesso em: 21 jul. 2015;

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral* [ebook]. v. 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. [ebook]. 24 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DELGADO, José Augusto. *A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001105/A%20IMPREVISIBILIDADE%20DAS%20DECIS%C3%95ES%20JUDICIA%20RIAS%20E%20SEUS%20REFLEXOS%20NA%20SEGURAN%C3%87A%20JUR%C3%8DDICA.doc>> Acesso em 07 abr. 2015.

MASSON, Cleber. *Direito penal Esquematizado: parte geral* [ebook]. v. 1. 8. ed. São Paulo: Método, 2014.

MASSON, Cleber. *Direito penal Esquematizado: parte especial* [ebook]. v. 3. 4. ed. São Paulo: Método, 2014.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *O descaminho, a insignificância e as posições divergentes do STF e do STJ*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/34159/o-descaminho-a-insignificancia-e-as-posicoes-divergentes-do-stf-e-do-stj>. Acesso em: 07 abr. 2015.

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

PALAZZO, Francesco C. Valores constitucionais e direito penal. Tradução Gérson Pereira dos Santos. In: MASSON, Cleber. *Direito penal Esquematizado: parte geral* [ebook]. v. 1. 8. ed. São Paulo: Método, 2014.