



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA APLICADO AOS TRIBUTOS FEDERAIS ATÉ 20
MIL REAIS À LUZ DA DECISÃO DO STJ: UMA NECESSIDADE DE REANÁLISE
CONFORME O GARANTISMO PENAL INTEGRAL

Tamíres de Moraes Tinoco

Rio de Janeiro

2018

TAMÍRES DE MORAIS TINOCO

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA APLICADO AOS TRIBUTOS FEDERAIS ATÉ 20
MIL REAIS À LUZ DA DECISÃO DO STJ: UMA NECESSIDADE DE REANÁLISE
CONFORME O GARANTISMO PENAL INTEGRAL

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

Rio de Janeiro

2018

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA APLICADO AOS TRIBUTOS FEDERAIS ATÉ 20 MIL REAIS À LUZ DA DECISÃO DO STJ: UMA NECESSIDADE DE REANÁLISE CONFORME O GARANTISMO PENAL INTEGRAL

Tamíres de Morais Tinoco

Graduada pela Universidade Cândido Mendes. Advogada.

Resumo – O princípio da insignificância, forma de atipicidade material da conduta, tem sido aplicado aos casos de sonegação de tributos federais até o patamar de 20 mil reais, ferindo a igualdade, solidariedade e justiça à luz da Constituição da República, impedindo que se realize justiça social e aplicando uma visão parcial do garantismo. Esse quadro gera uma violação do bem jurídico, principalmente por ser um bem transindividual, de modo que implicitamente a sociedade ficará desprotegida ante a latente necessidade de coibição de tais condutas, para que não sejam incentivadas e que gerem um quadro de proteção deficiente. A essência do trabalho é verificar tais pontos, bem como a importância de cada conceito perante a dogmática penal.

Palavras-chave – Direito Penal. Princípio da insignificância. Tributo federal. Garantismo penal integral. Teoria social do bem jurídico.

Sumário – Introdução. 1. O patamar do princípio da insignificância para tributos federais: até que ponto a opção de não movimentação da máquina judiciária em âmbito cível condiciona a esfera penal? 2. O princípio da insignificância fere a teoria social que tutela o bem jurídico tributário. 3. A aplicação do princípio da insignificância atenta contra o garantismo penal integral. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o tema do princípio da insignificância aplicado para tributos federais até o patamar de 20 mil reais como uma forma de tornar deficiente a proteção de bem jurídico penal, principalmente em razão de a insignificância penal não estar unicamente atrelada ao valor do prejuízo.

O princípio da insignificância, aplicado ao tema ora em comento, como uma forma de atipicidade material da conduta, foi analisado apenas sob o prisma do valor. Sendo que o critério estabelecido para a análise da insignificância envolve alguns requisitos como: ofensividade mínima da conduta; ausência de periculosidade social; reduzido grau de reprovabilidade, inexpressividade da lesão ao bem jurídico. É relevante destacar que o STF e

o STJ não analisam da mesma maneira os crimes contra o patrimônio, por exemplo, o furto, caso em que nem sempre aplicam o princípio da insignificância.

O tributo é um bem público, sendo revertido para as necessidades da própria sociedade, e a aplicação da insignificância, até 20 mil reais, poderia estimular a sonegação e em última análise, ferir a própria isonomia, afinal, o sujeito passivo é aquele que se qualifica como contribuinte ou responsável no âmbito tributário.

No caso, o dano em razão da sonegação fiscal continua latente, e a não propositura da mesma até o referido patamar, objetiva que não haja um dispêndio maior. O que se quer é que não haja a proteção deficiente na contenção de condutas indesejadas em prol da coletividade.

O garantismo penal do autor Luigi Ferrajoli, fortemente inspirado pelos ideais iluministas do século XVIII, tem como fundamentos garantias primárias – o respeito aos direitos fundamentais do indivíduo – e garantias secundárias ou jurisdicionais – consistentes no dever, por parte do Estado-juiz de aplicar com efetividade a sanção quando praticada uma infração penal. O garantismo nasce do constitucionalismo e se faz necessário coadunar suas duas garantias, de modo a aplicarmos o garantismo de uma forma integral e harmônica, não apenas em sua vertente parcial, como uma forma de proteção unicamente dos direitos fundamentais do indivíduo.

Assim, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho questionando a opção de não movimentação da máquina Judiciária no âmbito penal em razão da não propositura da respectiva ação na esfera cível.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, até que ponto o princípio da insignificância aplicado aos tributos federais, que não ultrapassam 20 mil reais, não ferem a tutela penal que se pretende conceder ao bem jurídico tributário.

O terceiro capítulo da pesquisa pretende demonstrar que o princípio da insignificância atenta contra o garantismo penal integral, gerando uma proteção deficiente do bem jurídico e estímulo à sonegação, refletindo diretamente na justiça social.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, vez que serão analisadas proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto de pesquisa com o objetivo de comprová-las e rejeitá-las argumentativamente.

Portanto, o objeto de pesquisa será necessariamente qualitativo, pois a pesquisadora pretende se valer de bibliografia relacionado à temática foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. O PATAMAR DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PARA TRIBUTOS FEDERAIS: ATÉ QUE PONTO A OPÇÃO DE NÃO MOVIMENTAÇÃO DA MÁQUINA JUDICIÁRIA EM ÂMBITO CÍVEL CONDICIONA A ESFERA PENAL?

A tributação nasce como uma necessidade do Estado de Direito, pois a sociedade se organizou de tal forma que o cidadão teve de entregar ao Poder Público, uma parcela de poder, parcela de sua autonomia. Por sua vez, o Poder Público passou a exercer em monopólio algumas atividades tipicamente estatais.

Portanto, fruto da dinâmica social, da própria organização das pessoas em sociedade, surge a atividade financeira do Estado. Para a consecução de seus objetivos calcados na Constituição da República Federativa do Brasil, o Estado necessita de valores e assim, necessitará angariar, organizar e gastar recursos com o fim de prover as necessidades da sociedade.

Se o cidadão, por meio do Poder Constituinte Originário outorgou poderes autônomos e exclusivos ao Poder Oficial, esse passou a exigir também um numerário, para o desempenho de atividades em prol da sociedade.

Portanto, as receitas se dividem em originárias e derivadas. Originárias são aquelas que o Poder Público não utiliza seu poder de império e sim, encontra-se em posição de igualdade com o particular, auferindo fundos conforme relações de direito privado. Nada mais é do que o Poder Público explorando seu próprio patrimônio. Por sua vez, a obtenção de receita pública derivada, o Poder Público se utiliza de seu poder de império e para tanto, edita leis obrigando o particular a realizar certos atos e que entregue aos cofres públicos valores, de forma heterônoma¹.

O tributo é uma receita pública derivada que consiste em uma obrigação de dar coisa certa em razão de um ato de império do Estado no exercício de sua soberania, sendo um bem público e, portanto, indisponível.

Em razão de ter natureza de bem público, sendo indisponível, gera uma atividade plenamente vinculada do Administrador. Assim, há uma obrigação de promover a realização de ofício. A atividade de cobrança se mostra indisponível e vinculada como regra.

O Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão², equiparou o seu entendimento ao do Supremo Tribunal Federal, que já se posicionava no sentido de ser aplicável o princípio

¹ ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário*. 11 ed. rev. ampl. Salvador: JusPodivm, 2017.

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: *REsp nº 1.709.029/MG*, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, j. 28/02/2018, 3ª Seção. Acesso em: 16 de abr. de 2018.

da insignificância para crimes tributários de valor até 20 mil reais³, mudando sua posição que já era consolidada e aceitando que as portarias 75 e 130 do Ministério da Fazenda, majorassem o patamar para 20 mil reais, alterando o patamar do princípio da insignificância.

Em síntese, entendia que a Fazenda não teria atribuição de vincular, em razão do não oferecimento de execução fiscal em âmbito cível, a esfera penal; ademais, o art. 20 da lei nº 10.522/2002⁴, não poderia ser alterado por portaria do Ministro da Fazenda, pois em última análise, uma portaria não teria força de alterar lei, e muito menos, em razão de critério político-fiscal, determinar como a jurisdição penal e todos os seus agentes devam atuar.⁵

O autor e professor Douglas Fischer⁶, entende que a aplicação do princípio da insignificância para delitos que tutelam bens jurídicos de natureza tributária seria uma verdadeira interpretação isolada do instituto em razão de uma suposta segurança jurídica em razão apenas de uma visão voltada apenas à proteção dos interesses individuais.

Ou seja, há que se analisar quando da aplicação de um instituto penal, o garantismo em sua versão integral, não apenas em prol dos direitos individuais do indivíduo, mas também, a contenção de condutas indesejadas em meio social.

Os julgados, em geral, condicionam o interesse da fazenda em propor execução fiscal ao âmbito penal, principalmente, justificando com base no princípio da intervenção mínima do Direito Penal e assim, a sonegação de tributos até 20 mil reais seria um irrelevante penal em razão da atipicidade material⁷.

Contudo, conforme regra da hermenêutica do direito, a ordem jurídica deve ser analisada como um todo harmônico, não se podendo interpretar um dispositivo de forma isolada das demais normas jurídicas⁸ e nesse sentido, o parágrafo primeiro do art. 20 da lei nº 10.522 informa que ultrapassando o valor, a execução será reativada.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: HC nº 120620/RS e HC 121322/PR, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 18/02/2014. Acesso em 16 de abril de 2018.

⁴ Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: *REsp nº 1.393.317/PR*, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, j. 12/11/2014. Acesso em: 16 de abr. de 2018.

⁶ FISCHER Douglas; CALABRICH, Bruno; PELELLA, Eduardo. *Garantismo Penal Integral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 55

⁷ *Ibid.* p. 56.

⁸ GRAU apud FISCHER, Douglas; CALABRICH, Bruno; PELELLA, Eduardo. *Garantismo Penal Integral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 56

Ao realizar o lançamento e constituir o crédito tributário, conforme o art. 142 do Código Tributário Nacional⁹ (sem entrar no mérito sobre a divergência doutrinária no que tange a natureza jurídica do lançamento) há um lapso temporal para que o contribuinte efetue o adimplemento do tributo devido ou a Fazenda, em caso de não haver a suspensão da exigibilidade do crédito tributário nos moldes do art. 151 do CTN, poderá executar o valor do tributo. Contudo, por razões puramente econômicas, em tributos federais sonegados cujo valor seja de até 20 mil reais o contribuinte não terá uma execução fiscal contra si e muito menos a repercussão penal pela violação de bem jurídico, em razão do princípio da insignificância.

Há que se ressaltar que, quando requerido pela Fazenda, o arquivamento, a dívida não é cancelada e sim, permanece inscrita como uma dívida ativa. Podendo, inclusive, cobrar tais valores pelo protesto extrajudicial, demonstrando, portanto que os valores poderão ser cobrados de formas diversas.

Desta forma, a não propositura da execução fiscal pela Fazenda não quer dizer que seja um indiferente em razão da infração penal de sonegação dos tributos e sim, que apenas por questão operacional e econômica, não será acionado o Estado-juiz. Assim, a Fazenda deixa de cobrar os valores até 20 mil por ser mais custoso movimentar toda a máquina estatal.

Portanto, o parâmetro da não execução fiscal é um valor que não torna viável a propositura da demanda, pois tornaria mais custoso ao erário buscar tais valores¹⁰.

Todavia, a violação ao bem jurídico penal continua latente. Quando a lei nº 10.522 e posteriormente, as portarias 75 e 130 trataram do não oferecimento da execução fiscal foi para não penalizar duplamente a sociedade. Afinal, ao propor uma demanda com base no valor até 20 mil reais, haveria um gasto maior do que o dano ao erário¹¹. Contudo, ainda há interesse em coibir tal prática em âmbito penal.

Ademais, a aplicação imoderada do princípio da insignificância, ao vincular a atuação da esfera penal limitando ao valor de 20 mil reais, incentiva o cometimento de novas infrações penais.

⁹ Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/157112469/stj-reve-distorcao-na-aplicacao-do-principio-da-insignificancia-em-descaminho>>. Acesso em: 16:46h, 16 de abr. de 2018.

¹¹ FISCHER; CALABRICH; PELELLA, op.cit. p. 57.

2. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA FERE A TEORIA SOCIAL QUE TUTELA O BEM JURÍDICO TRIBUTÁRIO

O direito penal tem como missão tutelar bem jurídico, que são os bens essenciais para que se possa conviver em sociedade e assim, o funcionalismo é um movimento que surge para buscar a real missão do direito penal. Dentro dessa visão, podemos destacar como majoritário, no Brasil, o funcionalismo teleológico de Claus Roxin, que diz ser a função do Direito penal a exclusiva proteção de bens jurídicos. Sendo, portanto, um norte tanto para criminalização de condutas em sede de Política Criminal, como de efetivação da punição.

O direito penal moderno tem sua origem no período do Iluminismo e há a racionalização da punição, a partir desse momento, constatou-se que só pode proibir comportamentos de quem possa sobre eles refletir. Assim, o bem jurídico é um eixo da norma penal, bem como uma forma de proteção dos indivíduos.

Quando da análise de crimes tributários, ganha relevo o estudo da teoria social do bem jurídico que informa que o Direito Penal deve ser coerente com a ordem social a que se encontra vinculado. Não se deve analisar o bem jurídico de uma forma pessoal principalmente em razão dos valores em jogo, há um interesse social na realização de normas tributárias. A teoria social afirma que há ideais que permeiam o Direito Penal, dentre os quais, o de solidariedade, igualdade e justiça à luz do Estado democrático e social de direito, bem como do direito penal econômico, ao qual está intimamente ligado¹².

A sonegação fiscal coincide com a parte passiva dos direitos fundamentais, como manifestação da feição social. Desta forma, a aplicação do princípio da insignificância sobrecarregaria outros contribuintes¹³.

Ademais, há forte ligação entre a teoria social que tutela o bem jurídico e a Constituição, esta, figurando como limite no qual o patamar de proteção penal não poderá ser reduzido. Afinal, em uma visão lastreada no garantismo integral, proíbe-se não só o excesso como a proteção deficiente. A Constituição figura como mandado de criminalização em se tratando de política criminal.

A Constituição, desde Konrad Hesse, possui força normativa capaz de imprimir conformação à realidade política e social, sendo força ativa, e assim, possui força suficiente para que seus objetivos de justiça social sejam cumpridos. Dessa forma, há um dever

¹² PANOEIRO, José Maria de Castro. *Política criminal e direito penal econômico: um estudo interdisciplinar dos crimes econômicos e tributários*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p. 196.

¹³ Ibid. p. 189

fundamental de pagar tributos, por ser uma das formas de realizar a justiça social, ou seja, haverá o remanejamento dos valores para as necessidades do Ente com atribuição¹⁴.

Há que se destacar que o bem jurídico em questão tem natureza transindividual, sendo conexo à teoria social do bem jurídico, figura transversal entre o Direito Penal e o Direito Tributário. É um bem jurídico que se violado, ultrapassa a noção de infração penal de desobediência, principalmente em razão do forte caráter social, ferindo o bem jurídico quando há sonegação do tributo¹⁵.

O Brasil se filiou à teoria patrimonialista do bem jurídico, pois está vinculada à limites unicamente referenciais de valor, o próprio princípio da insignificância é aplicado como um suposto interesse fiscal na execução, confundindo o interesse público com o privado e deixando a violação do bem jurídico latente. Esse raciocínio acaba sendo utilizado pela jurisprudência, o que em última análise, gera um incentivo à sonegação, ferindo princípios como da capacidade contributiva e igualdade, impedindo que se realize a justiça social¹⁶.

A sonegação é conhecida como delito de luva branca ou crime de colarinho branco¹⁷ e tem como característica a manifestação de forma silenciosa que se reveste de vitimização difusa e uma forma aparente de licitude¹⁸.

A expressão “colarinho branco” foi apresentada por Edwin Sutherland, em 27 de dezembro de 1939, rompendo com a criminologia que até então existia naquele momento, e o seu objeto de pesquisa, questionava a razão pela qual a justiça criminal não alcançava criminosos ricos, com a mesma eficácia que atingia os indivíduos que se encontravam em classes mais baixas. Portanto, havia um caráter seletivo do direito penal, sendo que em verdade, a infração penal se preocupa com fatos definidos em lei, e assim, não haveria uma discussão entre ricos e pobres¹⁹. Constatou que tais delitos são de alta complexidade, em razão de aparentarem suposta licitude, o que dificultaria a visibilidade pela sociedade. Portanto, o *modus operandi*, por vezes, se dá por meio de uma criminalidade organizada.

O Direito Penal Tributário se insere dentro do contexto do Direito Penal Econômico, sendo esse, um conjunto de regras e princípios penais, relacionados tanto de forma direta como indireta, com a intervenção do Estado na economia e que envolvem a

¹⁴ Ibid. p. 196.

¹⁵ Ibid. p. 201.

¹⁶ Ibid. p. 204.

¹⁷ Ibid. p. 187.

¹⁸ Ibid. p. 187.

¹⁹ Ibid. p. 91.

transindividualidade do bem jurídico, o exercício da empresa como fonte desse bem, bem como a própria aplicação do princípio da insignificância.

É preciso destacar que o princípio da insignificância, tendo o seu critério de aplicação sido desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal, não está exclusivamente ligado ao valor, em verdade, há uma série de vetores que devem ser analisados.

O critério objetivo exige que em cada caso concreto, de forma cumulativa, estejam presentes: a ofensividade mínima da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada²⁰.

Em que pese o norte dado para que o princípio da insignificância seja aplicado, os Tribunais Superiores tem usado apenas o aspecto quantitativo, qual seja, o da insignificância para tributos federais sonegados até o patamar de 20 mil reais, deixando de lado os demais vetores, principalmente em razão de o tributo ser um bem público, que será empregado em justiça social, para que assim, sejam cumpridos os valores contemplados na Constituição, que possui força normativa.

Portanto, o bem jurídico tributário tem um aspecto eminentemente social, ultrapassando a mera relação indivíduo e Fisco, para em última análise refletir na própria sociedade. Tendo esta o interesse que os tributos sejam arrecadados e que seus direitos fundamentais possam ser devidamente respeitados nos ditames constitucionais.

A análise restrita apenas ao critério quantitativo seria mais adequada à dogmática clássica do Direito Penal. Contudo, quando se entrelaça a direitos supraindividuais, a questão se torna mais complexa.

Um bom exemplo para auxiliar na compreensão seriam os delitos de acumulação, aplicado na Alemanha para os casos de poluição. Temos com os delitos de acumulação um olhar diferente para os bens jurídicos supraindividuais, pois as condutas devem ser levadas em conta em razão do acúmulo de outras, e não, de forma isolada.

A não observância dos reflexos de condutas em uma análise meramente isolada, ou abrir mão da tutela penal em razão de atipicidade material da conduta pode ocasionar crises econômicas.

Dessa forma, será que apenas o acúmulo de juros, ou a prática de várias sonegações, ultrapassando o valor de 20 mil reais levaria ao interesse da esfera penal? Seria apenas o critério quantitativo?

²⁰ FISCHER; CALABRICH; PELELLA, op. cit. p. 57.

Parece que pensar assim seria relegar a Constituição a uma mera folha de papel, como dizia Ferdinand Lassalle, afinal, estaria deixando, além de arrecadar o tributo, e não perseguir a sanção penal como desestímulo à sonegação, também, de se reafirmar que todos os cidadãos devem contribuir para o coletivo.

3. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA ATENTA CONTRA O GARANTISMO PENAL INTEGRAL

O ideal garantista surge como uma reação ao período totalitário da Itália (anos 70) por um grupo de juízes que formavam a Magistratura Democrática, sendo um dos integrantes o autor Luigi Ferrajoli, que desenvolveu uma doutrina de garantias que estaria fundamentada em uma Constituição²¹. Assim, pode ser dito que a teoria surge em meio à evolução do processo penal, quando o acusado passa a ser visto não mais como um mero objeto do processo, e sim como sujeito de direitos. O autor Douglas Fischer diz que essa era a ideia central e inicial²².

A própria atividade dos juízes deveria ter como norte a Constituição e todo seu arcabouço principiológico, portanto, o juiz não estaria mais submetido apenas à lei, como outrora, desenvolvendo uma interpretação meramente literal de adequação, mas sim, deveria pautar sua atuação em postulados constitucionais.

Nesse primeiro momento havia uma preocupação com os direitos individuais protegidos pela Constituição, contudo, com a evolução da humanidade, temos outros direitos (transindividuais) de igual relevância e que merecem tutela, bem como deveres que não devem ser esquecidos. Há que se fazer uma interpretação sistemática da Constituição²³.

A ideia do garantismo, difundido no Brasil, parte da aplicação de apenas uma vertente, qual seja, a de proteção do indivíduo em face do Estado, a qual é denominada pelo autor Douglas Fischer²⁴ como garantismo hiperbólico monocular. É importante informar que essa é apenas uma das versões do garantismo proposto pelo autor Luigi Ferrajoli e por vezes distorcida em sua aplicação.

²¹ FISCHER Douglas. *Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade*: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 18 de setembro. 2018.

²² FISCHER; CALABRICH; PELELLA, op.cit. p. 31.

²³ Ibid. p. 32.

²⁴ FISCHER, Douglas. *Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade*: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 18 de set. 2018.

A teoria garantista de Luigi Ferrajoli²⁵ tem como base os direitos fundamentais que são protegidos pela Constituição e isso vai influenciar na atividade hermenêutica, ou seja, o intérprete terá como norte os valores consagrados para que possa extrair a norma e seus limites. Portanto, o intérprete da norma penal deve buscar os limites da matéria tendo como fim a constituição e seus valores essenciais.

Nesse aspecto, o ponto central é que há que se proteger também bens jurídicos e a própria sociedade, a proteção deve ser integral e não, monocular²⁶ e hiperbólico²⁷. A interpretação que se faz do Direito Penal e do Processo Penal à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que é garantista, deve ser equilibrada. Contudo, por vezes vemos a aplicação monocular, parcial, ensejando a ausência de efetividade dos institutos penais, gerando uma proteção deficiente, como o debate trazido ao trabalho.

Há uma aplicação desvirtuada da teoria, maximizando os direitos de primeira geração, tendo o Estado como um inimigo, ou Leviatã, e o esquecimento dos outros direitos fundamentais também contemplados na própria Constituição²⁸.

Portanto, a aplicação do garantismo deve ser integral de modo a contemplar todos os postulados constitucionais, resultado do próprio constitucionalismo e não, uma visão apenas em prol do acusado. Assim, o garantismo vai abranger tanto os direitos individuais como os transindividuais, bem como deveres fundamentais sejam do cidadão, sejam do Estado.

O garantismo não sugere a adoção do abolicionismo penal, mas sim, propõe um utilitarismo penal. Desta forma, não há um afastamento do Estado, em verdade, o seu poder punitivo passa a ser delimitado²⁹. Nesse sentido, surgem alguns vetores estruturais: o enfoque não apenas no direito individual, mas também no transindividual; o Estado, por sua vez, possui deveres não apenas de abstenção, mas acima de tudo, de prestação³⁰.

O exagero em proteger o direito individual, com aplicação despreocupada de institutos jurídico-penais leva à sensação de impunidade, assim, relegam-se os interesses sociais a uma proteção insuficiente ou deficiente. No Brasil há o predomínio da visão desvirtuada da Teoria do autor Luigi Ferrajoli.

²⁵ FISCHER, Douglas. *Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade*: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 18 de set. 2018.

²⁶ Monocular: Utilização da uma única vertente, uma ideia parcial da teoria do garantismo de Luigi Ferrajoli.

²⁷ Hiperbólico: maximização de uma vertente a ponto de gerar uma desproporção na aplicação do Direito Penal.

²⁸ FISCHER; CALABRICH; PELELLA, op.cit. 33.

²⁹ PINHO, Ana Cláudia; NETO, Alfredo Copetti. *Garantismo Integral*: a “teoria” que só existe no Brasil. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/07/19/garantismo-integral-teoria-que-so-existe-no-brasil/>. Acesso em: 24 de setembro. 2018.

³⁰ Ibid.

A aplicação do princípio da insignificância gera um incentivo à sonegação, pois parte de uma premissa equivocada, meramente patrimonial do fato, e em consequência, estabelece um tratamento desigual entre contribuintes.

Além disso, a maior gravidade é que quando o Poder Público não arrecada, ele não investe em justiça social, ferindo em última análise a Constituição e prejudicando a própria sociedade, pois faltará recursos para serem implementados em políticas públicas.

O garantismo deve ser uma teoria de proteção dos indivíduos em face do arbítrio do Estado, tendo como norte o princípio da dignidade da pessoa humana, contudo, não pode ser usado como forma de impunidade³¹ ou uma visão desequilibrada apenas *pro reo*.

Reduzir a tutela penal no que tange aos crimes federais até 20 mil reais é, em última análise, desproteger o bem jurídico tendo como critério único o valor, desconsiderando os fins Constitucionais. Esse minimalismo na proteção fere a Constituição.

Assim, temos de um lado a vedação de uma atuação excessiva do Estado e portanto, há um primado de proteção dos indivíduos, contudo, por outro lado, temos também a necessidade de uma atuação eficiente, no sentido de um ideal de proteção de outros direitos fundamentais, sendo vedada a proteção deficiente de tais direitos, afinal, ambos estão consagrados no texto Constitucional, ambos tendo importância.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou como problemática essencial, a existência de um conflito em razão da aplicabilidade do princípio da insignificância aos tributos federais até 20 mil reais e o garantismo em sua análise total, integral, de modo a vedar a proteção deficiente. O embate se deu em razão do Superior Tribunal de Justiça ter se posicionado como já entendia o Supremo Tribunal Federal.

Entendeu o Superior Tribunal de Justiça que em relação aos tributos federais com valor estipulado até 20 mil reais, seria viável, em razão do princípio da insignificância, e tendo como norte o critério quantitativo, ser a conduta considerada atípica materialmente.

Por outro lado, a tutela do bem em tela deve ser analisada à luz do garantismo não em sua versão individual, um garantismo monocular que só leva em conta uma versão dos direitos fundamentais e nem de maneira hiperbólica, estendendo ao máximo essa proteção

³¹ FISCHER Douglas. *Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade*: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 18 de set. 2018.

parcial. A análise deve ser feita a partir do texto constitucional de forma integral, levando em conta o postulado da vedação da proteção deficiente.

Uma forma de realizar justiça social se dá com a arrecadação, atividade plenamente vinculada em razão de o tributo ser um bem público e, portanto, em regra indisponível, sendo revertido para as necessidades sociais após serem carregados aos cofres públicos.

Nesse sentido, os postulados constitucionais serão guias para a proteção dos direitos fundamentais em suas mais variadas dimensões. Trata-se de um sistema que abrange direitos e deveres que devem ser ponderados no caso concreto. Portanto, não existe apenas o dever de proteger os direitos fundamentais, sendo a tutela relegada aos direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão.

O estudo da teoria em sua análise integral propõe o contrário, a análise deve ser feita de forma a conferir máxima efetividade à Constituição. Dessa forma, também temos um dever Estatal de agir em prol da sociedade.

Fruto das reflexões fundamentadas, que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que aplicar o princípio da insignificância aos tributos federais até 20 mil reais, tendo como norte o critério unicamente quantitativo, seria esvaziar o texto constitucional em sua proteção que deve ser integral. A aplicação pura e simples do critério quantitativo em prol do sujeito ativo do crime desvirtua os postulados constitucionais e em última análise, aplica a teoria garantista de forma parcial, desprotegendo a sociedade ao não arrecadar aos cofres valores que serão repassados para investimento em políticas públicas.

Conforme a teoria social do bem jurídico, quanto ao tema, o bem jurídico penal deve ser analisado sob o prisma da ordem social a que se encontra vinculado, principalmente em razão da natureza jurídica transindividual do bem jurídico em questão, atingindo em última análise, a própria sociedade.

Uma crítica que se pode fazer é que a não movimentação da máquina judiciária em âmbito cível não deveria condicionar a esfera penal, pois em que pese ser custoso ao Fisco movimentar a máquina pública em razão de tal valor, a violação do bem jurídico penal continua latente, devendo ser coibida a prática da sonegação. Tanto o é, que a execução fiscal fica suspensa. Portanto, por questões operacionais não pode ser a tutela penal deslegitimada, de modo a incentivar implicitamente tais condutas.

O entendimento a que chegou esta pesquisadora consubstancia-se na ideia de que o Brasil tem se utilizado de forma assídua de uma visão minimalista da proteção social e maximalista dos direitos individuais indiscriminadamente e uma das formas de tal constatação

foi averiguada no presente artigo, ao aplicar o princípio da insignificância restringindo ao critério meramente patrimonial. Assim, há utilização do garantismo do autor Luigi Ferrajoli em uma versão parcial, de forma a desproteger direitos transindividuais, que igualmente são tratados pela própria Constituição e que merecem igual proteção pelo Estado.

Nesse aspecto, a teoria social do bem jurídico está em consonância com a Carta Magna, propondo uma relevância social aos bens em jogo, tendo por fundamento ideais de solidariedade, igualdade e justiça. A conduta de sonegar tributo fere o erário público gerando uma lesão que ultrapassa a visão meramente individual, atingindo toda a coletividade, afinal, por meio dela, estará privando em última análise, a distribuição em justiça social.

Não se pode permitir que em delitos que tenham como sujeito passivo eventual o Estado, predomine um desamparo no sistema, gerando diferença de tratamento para várias infrações patrimoniais, cada qual utilizando um patamar diverso.

Os casos de sonegação de tributos até o patamar quantitativo de 20 mil reais impõe uma atuação do Estado, como dito, por envolver bem jurídico transindividual, de modo a incentivar, por meio da aplicação do tipo penal, solidariedade social.

A aplicação do princípio da insignificância vai de encontro à Constituição, impedindo que se distribua em justiça social; estimula práticas de sonegação, afetando toda a coletividade de forma reflexa e em última análise, fere a igualdade, pois os demais contribuintes terão que arcar com valores não pagos.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário*. 11 ed. rev. ampl. Salvador: JusPodivm, 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: *REsp nº 1.709.029/MG*, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, j. 28/02/2018, 3ª Seção. Acesso em 16 de abril de 2018.

FISCHER Douglas; CALABRICH, Bruno; PELELLA, Eduardo. *Garantismo Penal Integral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FISCHER Douglas. *Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais*. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm? http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html)>. Acesso em: 18 de setembro. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: *HC nº 120620/RS e HC 121322/PR*, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 18/02/2014. Acesso em 16 de abril de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: *REsp nº 1.393.317/PR*, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, j. 12/11/2014. Acesso em 16 de abril de 2018.

Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/157112469/stj-reve-distorca-na-aplicacao-do-principio-da-insignificancia-em-descaminho>. Acesso em: 16:46h, 16 de abril de 2018.

PANOEIRO, José Maria de Castro. *Política criminal e direito penal econômico: um estudo interdisciplinar dos crimes econômicos e tributários*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014.

PINHO, Ana Cláudia; NETO, Alfredo Copetti. *Garantismo Integral: a “teoria” que só existe no Brasil*. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/07/19/garantismo-integral-teoria-que-so-existe-no-brasil/>. Acesso em: 24 de setembro. 2018.