

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DO RIBEIRÃO PRETO

**A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA
IN SIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES TRIBUTÁRIOS
FEDERAIS E A DISPARIDADE RELATIVA AOS
CRIMES PATRIMONIAIS**

Jorge Falcão Marques de Oliveira

Orientador: Prof. Dr. Daniel Pacheco Pontes

Ribeirão Preto

2014

JORGE FALCÃO MARQUES DE OLIVEIRA

**A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA
INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES TRIBUTÁRIOS
FEDERAIS E A DISPARIDADE RELATIVA AOS CRIMES
PATRIMONIAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Pacheco Pontes

Ribeirão Preto

2014

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

de Oliveira, Jorge F. M.

A aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes tributários federais e a disparidade relativa aos crimes patrimoniais, 2014.

p. ; 30 cm.

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/USP. Orientador: Pontes, Daniel Pacheco.

1. Direito penal. 2. Parte geral. 3. Tipicidade. 4. Princípio da insignificância.

Nome: DE OLIVEIRA, Jorge Falcão Marques

Título: A aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes tributários federais e a disparidade relativa aos crimes patrimoniais

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de bacharel em Direito

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

*Para meus pais, Jorge e Helayne,
por todo o carinho, amor
incondicional, dedicação,
ensinamentos e por me fazerem
acreditar que eu sempre posso ir
mais longe.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha avó, Dinorah, bem como a minha tia e madrinha, Heloisa, por toda a atenção e carinho dados a mim. Em todas as minhas conquistas, bem como no indivíduo que me tornei, a colaboração de vocês é essencial.

Agradeço a Nathália Moutinho Chabregas Trombeta, minha namorada e amiga, por todo o companheirismo, lembranças felizes, paciência e por me mostrar o poder e o valor do amor e de um sorriso. Nossa diploma da Universidade de São Paulo é só a primeira, das muitas conquistas que desejo partilhar ao seu lado.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Daniel, pelas palavras de apoio, pela disposição em me auxiliar sempre que precisei e por partilhar comigo sua paixão pelo Direito Penal. Sem a sua ajuda, a presente monografia não existiria.

Agradeço ao Promotor de Justiça Dr. Cyrilo Luciano Gomes Junior, bem como a Procuradora do Estado de São Paulo Dra. Elaine Cristina de Antonio Faria, profissionais com os quais estagiei, pelo exemplo de profissionalismo, humildade e paixão para com o Direito. Aprendi lições para minha carreira e para minha vida. Em qualquer conquista que eu obtenha futuramente, a marca de ambos será indelével.

Agradeço a toda a família e amigos que de alguma forma me ajudaram a concluir este trabalho.

“Todos nossos sonhos tornam-se realidade, se tivermos a coragem de persegui-los”.

Walt Disney

RESUMO

O presente trabalho visa analisar a distinção ocorrida entre a aplicação do princípio da insignificância nos delitos patrimoniais comuns e nos delitos contra a ordem tributária. Ao passo que, no primeiro grupo, indivíduos são presos por violaram o patrimônio da vítima em R\$ 200,00 (duzentos reais), no segundo grupo, somente poderá haver processo penal se o tributo sonegado ultrapassar o valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Procurando entender os motivos desta distinção no tratamento entre crimes tão semelhantes, o presente estudo analisou posições doutrinárias sobre o princípio da insignificância, sobre o princípio da proporcionalidade e posicionamento de diferentes autores sobre a problemática, além de pesquisar e analisar criticamente inúmeros julgados sobre o tema, procurando estabelecer uma forma de melhorar a sistemática legislativa e jurisprudencial para a mencionada disparidade.

Palavras chave: princípio da insignificância, crimes patrimoniais, crimes tributários, incongruência.

ABSTRACT

This thesis analyzes the distinction made between the application of the insignificance offenses principle on the property crimes and on the tax system crimes. While in the first group citizens are arrested for violate the victim's estates at R\$ 200.00 (two hundred reais), in the second group, there may be issued only if the tax withheld exceeds the amount of R\$ 20,000.00 (twenty thousand reais).

Trying to understand the reasons for this distinction in treatment between such similar crimes, the present study examined doctrinal positions about the insignificance offenses principle, the principle of proportionality and the thoughts of different authors about the problem, besides to research and critically analyze numerous sentences related to this thesis object, always aiming to establish a way to improve the legislative and jurisprudential application for the aforementioned disparity.

Keywords: **insignificance offenses principle, property crimes, tax system crimes.**
Disparity.

SUMÁRIO

Introdução	20
1. Princípio da proporcionalidade.....	23
1.1. Introdução.....	23
1.2. Histórico	26
1.2.1. Código de Hammurabi.....	26
1.2.2. Magna Carta	27
1.2.3. Idade Média	28
1.2.4. Iluminismo.....	29
1.2.5. Doutrina Alemã	31
1.3. Requisitos	33
1.4. O Princípio da Proporcionalidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro	34
1.4.1. Introdução	34
1.4.2. Medidas Penais Previstas na Constituição Federal de 1988.....	35
1.4.3. Artigo 273 do Código penal – “Lei dos Remédios”	37
1.5. Garantismo	40
1.5.1. Princípio da Secularização.....	40
1.5.2. Preconceito Doutrinário.....	42
1.5.3. Finalidade	44
1.5.4. Axiomas.....	45
1.5.5. Críticas.....	47
1.5.5.1 O Sistema Garantista já foi Concebido Desatualizado.....	47
1.5.5.2. Visão negativa do Estado	48
2. Do Princípio da Insignificância	49
2.1. Introdução	49
2.2. Histórico	52
2.3. Características.....	55
2.3.1. Tipicidade Formal e Material	55
2.3.2. Reprovabilidade do Resultado, da Conduta e da Culpabilidade	57
2.3.3. Previsão do Princípio da Insignificância no Direito Brasileiro	58
2.4. Princípio da Insignificância no Supremo Tribunal Federal.....	60

2.4.1. Consolidação da Teoria	60
2.4.2. Vetores Propostos pelo Ministro Celso de Melo	64
2.4.3. Opiniões acerca dos vetores	65
2.5. Distinção com o Princípio da Irrelevância Penal do Fato	67
2.6. Natureza Jurídica	70
2.6.1. Corretivo Político Criminal	70
2.6.2. Fundamento do Princípio da Oportunidade.....	72
2.6.3. Causa Excludente de Culpabilidade	74
2.6.4. Causa Excludente de Antijuridicidade	77
2.6.5. Causa Excludente de Tipicidade.....	78
2.7. Questões Polêmicas	80
2.7.1. Aplicação do Princípio da Insignificância no Roubo	80
2.7.2. Princípio da Insignificância e a Lei 9.099, de 1999	82
2.7.3. Princípio da Insignificância e Reiteração Criminosa	85
 3. Da Constituição do Crédito Tributário até sua posterior execução	 88
3.1. Introdução	88
3.2. Conceito de Tributo	88
3.3. Regra Matriz de Incidência e Fato Gerador.....	90
3.3.1. Distinções	91
3.3.2. Requisitos da regra matriz de incidência tributária	91
3.3.2.1. Abordagem Inicial	91
3.3.2.2. Antecedente	92
3.3.2.3 Critério Material	92
3.3.2.4. Critério Espacial	93
3.3.2.5 Critério Temporal	94
3.3.2.6. Consequente	94
3.3.2.7. Critério Pessoal.....	95
3.3.2.8. Critério Quantitativo – Base de Cálculo.....	95
3.3.2.9. Critério Quantitativo – Alíquota.....	96
3.4. Lançamento do Crédito tributário	97
3.4.1. Conceito e Finalidade	97
3.4.2. Modalidades de Lançamento	99
3.4.2.1. Lançamento de Ofício	99

3.4.2.2. Lançamento por Declaração	100
3.4.2.3. Lançamento por Homologação.....	101
3.4.3. Prazo para o Lançamento	102
3.4.3.1. Natureza Jurídica	102
3.4.3.2. Tributos sujeitos ao lançamento de ofício ou por declaração.....	102
3.4.3.3. Tributos sujeitos ao lançamento por homologação	103
3.5. Execução Fiscal	103
3.5.1. Notificação de Lançamento	103
3.5.2. Prazo para Ajuizamento da Execução Fiscal.....	105
3.5.3. Relevância Penal em Relação à Inscrição em Dívida Ativa.....	106
3.5.4. (In)Efetividade da Execução Fiscal	108
4. O Princípio da Insignificância nos Crimes Patrimoniais e Tributários	112
4.1. Generalidades	112
4.2. Crimes Patrimoniais	116
4.2.1. Crimes a serem considerados	116
4.2.2. Aplicação do Princípio da Insignificância.....	118
4.2.2.1. Introdução	118
4.2.2.2. Valor do Bem: Exclusividade do Delito de Furto	119
4.2.2.3. Qualidade do Réu	122
4.2.2.4. Réu Militar.....	124
4.3. Crimes Tributários.....	125
4.3.1. Expansão do Princípio da Insignificância	125
4.3.2. Crimes a serem considerados	127
4.3.3. Aplicação do Princípio da Insignificância.....	131
4.3.4. Extinção da Punibilidade pelo Pagamento	139
4.3.4.1. Comparação com os crimes patrimoniais.....	139
4.3.4.2. Histórico	141
4.3.4.3. Justificativa.....	147
4.3.4.4. Críticas.....	148
4.3.5. Novos Mecanismos Fazendários para a Cobrança dos Tributos Inscritos em Dívida Ativa	151
4.3.5.1. Introdução	151
4.3.5.2. Protesto Extrajudicial da Certidão de Dívida Ativa	152

4.3.5.3. Projetos de Leis Sobre o Tema	156
5. Conclusões	158
5.1. Luiz Flávio Gomes	158
5.2. Pierpaolo Cruz Bottini	159
5.3. Minhas Conclusões.....	160
5.3.1. Pagamento como Causa de Extinção da Punibilidade.....	160
5.3.2. Princípio da Insignificância e Disparidades entre as Modalidades Delitivas	161
5.3.3. Generalidades	164
Referências Bibliográficas	166

INTRODUCÃO

A História do Direito nos fornece inúmeros exemplos sobre a incorreta aplicação do Direito Penal, uma vez que imperava em diversas legislações a possibilidade da violência privada. Ademais, as penas impostas pelos povos eram violentas e, na maioria das vezes, os delitos eram reprimidos por meio da pena de morte.

Tal sistemática infelizmente manteve-se vigente por séculos, apesar de os avanços terem sido paulatinamente conquistados. A mudança decorreu da estruturação dos princípios, verdadeiras aberturas axiológicas que incidem sobre o Direito, com a função de orientar o poder legislativo no momento de criar uma norma, bem como sobre o poder judiciário, como forma de preencher lacunas existentes no ordenamento, além de explicitar o valor buscado pela lei.

Acerca do tema da tipicidade, o presente estudo buscou sua fundamentação no princípio da proporcionalidade, positivado, pela primeira vez, no violento Código de Hammurabi, o qual cominava penas espelhadas e penas de morte para a maioria dos delitos. Entretanto, tal legislação configurou um avanço para o período, uma vez que a violência privada, em total descontrole por parte de uma autoridade central, imperava no período.

Séculos se passaram para que a Humanidade estruturasse a teoria dos bens jurídicos e selecionasse quais deles apresentavam relevância ao ponto de merecer tutela penal, uma vez que, neste ramo jurídico, as sanções impostas são as mais gravosas previstas.

Com a estruturação da teoria do bem jurídico, o princípio da proporcionalidade foi mais facilmente aplicado, uma vez que as ofensas graves aos bens jurídicos mais caros aos indivíduos mereceriam sanções de elevado rigor. Em contrapartida, as lesões leves deveriam ser apenadas com menor rigor e assim sucessivamente.

Já o princípio da proporcionalidade foi estruturado posteriormente. Sua gênese decorre das consequências da Revolução Francesa. Com a queda do Absolutismo, modelo político em que o governante confunde-se com o próprio Estado e nele manda da forma que deseja, a população temia os magistrados do período, já que eles foram usados para dar sustentação ao *status quo* anteriormente

vigente. Logo, surgiu o movimento de codificação na Europa, sendo proibida qualquer atividade interpretativa por parte dos juízes. A aplicação da lei decorreria do que estivesse escrito nos códigos, os quais seriam completos e sem lacunas.

Esta ideologia foi sendo abrandada paulatinamente, até que se tornou insustentável no período após a Segunda Guerra Mundial. A população alemã, novamente derrotada em um conflito de escala global, sofria por não ter o que o comer, em razão do desemprego generalizado e da elevada inflação verificada no período. Assim, sem alternativas, muitos furtavam comida, para não morrem de inanição.

A aplicação fria do Código Penal, neste caso, resultará no aprisionamento destas pessoas, uma vez que subtrair patrimônio alheio é crime. Entretanto, o furto de um pão ou de uma fruta, afeta de modo relevante o bem jurídico da vítima? Em alguns tipos penais, não existira uma escala de lesões possíveis ao bem jurídico tutelado, de modo que o Direito Penal somente seria acionado quando esta lesão se tornasse intolerável?

Atento a tais questões, o jurista alemão Claus Roxin estruturou o princípio da insignificância, baseando-o no fato de que o poder legislativo, ao criar um tipo penal, precisa estrutura-lo de modo geral e abstrato. Entretanto, tal fato, tomando-se o exemplo do crime de furto, acaba por abarcar as condutas de subtrair R\$ 1,00 (um real) ou R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), sendo óbvio que, no primeiro exemplo, não haverá necessidade de se utilizar o Direito Penal.

Todavia, a estruturação de princípios penais, sem a correta positivação nos ordenamentos jurídicos, acaba gerando certas incongruências, as quais, quando analisadas com maior atenção, constituem absurdos que deveriam ser corrigidos de imediato.

A problemática se agrava quando se estuda os crimes tributários federais. De acordo com Portaria nº 75, do Ministério da Fazenda, editada em 22 de março de 2012, apenas são cobrados pela Procuradoria da União, as dívidas fiscais que ultrapassem o valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Assim, criou-se o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal de que, se o próprio credor não cobra valores inferiores a tal quantia, não caberá ao Direito Penal exercer-se sobre o caso, devendo os sonegadores serem absolvidos pelo princípio da insignificância.

Contudo, quando o princípio da insignificância é aplicado nos crimes patrimoniais, verifica-se que o valor máximo em que o Superior Tribunal de Justiça aplica a referida excludente de tipicidade é de R\$ 10,00 (cem reais).

Exposto a problemática, pergunta-se: é juridicamente defensável que R\$ 17.000,00 (dezessete mil reais) sejam considerados irrisórios, ao passo que R\$ 500,00 (quinhentos reais) autorizem a deflagração da persecução penal, com posterior condenação, apenas pelo fato de ter mudado o credor?

O presente trabalhado procurará responder a este questionamento.

1. DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

1.1. Introdução

Um minuto de silêncio, um tartamudeio.

_ Cristo em um cavalo manco! – exclamou o búlgaro.

_ Consegue ver, senhor?

_ Bem o bastante, mesmo à luz da Lua... – Assobiou – Ouro maciço, você disse?

_ Sim.

_ E o que é aquilo... São pérolas? Hum. Mas e aquelas outras? Não consigo ver o que são.

_ São rubis, safiras, uma esmeralda...

_ Um cálice de imperador! E ele o deixa aí para camponeses usarem. – O homem arfou. – Pesada, por Deus. E sem corrente.

_ Beba dela, senhor. A água da fonte é mais doce do que qualquer vinho que bebemos esta noite.

_ Eu beberei.

(...)

A voz veio outra vez, mais baixa, levemente menos borrada.

_ Eu poderia comprar um palácio em Sofia pelo preço disso – resmungou. – Você falou que jamais foi roubado?

_ Falei que nunca foi vigiado. Foi roubado duas vezes. A primeira vez, um dia depois que o voivoda o colocou aí. Uma semana depois, estava de volta ao muro da fonte, e o ladrão e sua família inteira foram espetados em doze estacas ao lado. Da segunda vez, voltou em um dia. O próprio pai entregou o ladrão, portanto só uma estaca foi usada.

A voz caiu para um sussurro.

_ Mas como ele saberia? Eu poderia estar fora daqui amanhã, assim que os portões se abrissem.

_ Sacuda-o, senhor.

_ Hein?

_ Sacuda-o.

O homem sacudiu. Um tinido indistinto soou.

_ O que é isto?

_ Ái. Na base. Um sino de prata, enjaulado no ouro. Dizem que nosso viovoda pode escutá-lo toda vez que é levantado. Que pode seguir seu som aonde quer que vá. E que ele leva uma estaca para onde quer que o sino o conduza¹.

(...)

O excerto acima foi extraído de um livro que narra a vida do conde romeno Vlad Tepes, historicamente famoso pela alcunha “Drácula” até o momento de sua morte, no século XV.

No seu delirante ideal de justiça, o Conde buscou erradicar a ocorrência de qualquer tipo de crime na região da Valáquia. Para tanto, Drácula deixou um cálice, forjado de ouro puro e cravejado com pedras preciosas, em cima da mureta de uma fonte localizada na periferia do território que governava. Tal tesouro ficava

¹ HUMPHREYS, Chris. Vlad: A Última Confissão. Rio de Janeiro: Editora Record, 2010.

livre de quaisquer amarras em relação à fonte, ficando no local, como forma de auxiliar aos transeuntes na dessedentação.

Segundo Vlad Tepes, tamanho tesouro, se permanecesse inviolável à tentação dos indivíduos, comprovaria o grau de desenvolvimento do povo da Valáquia, atestando o preparo do seu governante.

No diálogo acima, um viajante estrangeiro mostra-se tentado a furtar, para si, o tesouro do voivoda, designação valaquiana para governante. Entretanto, o outro personagem, súdito de Vlad Tepes, convence-o do contrário, ao narrar a eficácia e a impetuosidade com que a pena capital seria aplicada.

Atualmente, a disposição de um objeto de tamanho valor, em praça pública e sem a devida vigilância, pode parecer absurda, sendo esperado que a *res* seja subtraída após sua disposição, mesmo em sociedades cujo grau de desigualdades econômicas e sociais beira o risível. Tal preocupação também era intensa no século XVI.

A solução tomada por Drácula, ao tomar o poder, foi muito simples. Qualquer tipo de crime, desde os mais insignificantes furtos, até os mais vis e atrozes homicídios seriam punidas com a pena de morte, utilizando-se o cruel e desumano método do empalamento.

As execuções eram empreendidas com tamanha velocidade e crueldade que a figura do Conde tornou-se temida por toda a população. Como consequência, a criminalidade na Valáquia foi reduzida a zero. O mencionado cálice sequer foi furtado uma única vez, de acordo com a professora emérita da Memorial University of Newfoundland, Elizabeth Muller:

Dracula so hated evil in his land that if someone stole, lied or committed some injustice, he was not likely to stay alive. Whether he was a nobleman, or a priest or a monk or a common man, and even if he had great wealth, he could not escape death if he were dishonest. And he was so feared that the peasants say that in a certain place, near the source of the river, there was a fountain; at this fountain at the source of this river, there came many travelers from many lands and all these people came to drink at the fountain because the water was cool and sweet. Dracula had purposely put this fountain in a deserted place, and set a cup wonderfully wrought in gold and whoever wished to drink it from this gold cup and had to put it back in its place. And so long as this cup was there no one dared steal it²

A cominação de pena de morte para todos os crimes foi uma lei existente, uma vez que era aplicada na Valáquia durante o reinado de Drácula. Ademais, a

² MULLER, Elizabeth. Vlad The Impaler: Brief History. Disponível em: <<http://www.ucs.mun.ca/~emiller/vlad.html>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

norma era legal, haja vista que nenhuma obra histórica questiona sua emanação por autoridade competente.

Entretanto, a referida lei fere, em todos os sentidos, o princípio da proporcionalidade. A função precípua de uma lei penal é cominar penas que elevam sua gravidade na correta evolução dos danos que determinadas condutas afetam aos bens jurídicos mais inerentes à existência humana.

A desproporcionalidade é clara neste exemplo. Dois valaquianos que cometessesem, respectivamente, um furto famélico e um homicídio com requintes de crueldade, receberiam a pena capital, uma vez que seriam empalados. No caso, uma lesão ínfima à esfera patrimonial alheia foi considerada equivalente à lesão máxima ao bem jurídico que merece a tutela máxima do Direito, a vida. Tal modelo é insustentável, apesar de ter sido aplicado em inúmeras oportunidades, ao longo da história humana.

Vale ressaltar que o conteúdo moral da lei editada por Vlad Tepes sequer pode ser considerado. A população, atemorizada, não respeitava as normas valaquianas em razão da consciência política da necessidade de obediência ao ordenamento vigente. A erradicação periódica dos crimes decorreu do temor que a própria figura do governante causava na população. Tanto que este modelo genocida de Direito Penal não mais subiste, para o bem da humanidade.

A mencionada legislação de Drácula, corroborada pelo exemplo do cálice de ouro, demonstra, de forma inequívoca, a importância do desenvolvimento da principiologia no Direito, sobretudo no ramo penal, haja vista que a este incumbe o fardo de atuar quando todos os mecanismos normativos falharam.

Ademais, uma interpretação legalista das normas positivadas, sem a preocupação com os conteúdos valorativos ínsitos aos ordenamentos jurídicos e indivíduos a eles submetidos, tem o condão de gerar injustiças, em razão da incapacidade dos legisladores em criarem a descrição abstrata de conduta capaz de abordar todas as minúcias do comportamento humano.

Neste sentido, o princípio da proporcionalidade adquire importância central na atividade do Estado, em razão da sua capacidade de irradiar valores em respeito aos direitos humanos no momento em que o legislativo debate uma lei ou mesmo para corrigir eventuais imperfeições inerentes às legislações dos Estados. Como bem

observa o filósofo Pascal, *a justiça sem a força é impotente, a força sem justiça é tirana*³.

1.2. Histórico

1.2.1. Código de Hammurabi

De acordo com Plácido e Silva, o princípio da proporcionalidade decorre da própria supremacia da Constituição Federal, apresentando função teleológica ou finalística, uma vez que procura estabelecer uma relação entre o fim almejado pela norma e os meios utilizados por ela, para tanto⁴.

A evolução do conceito de princípio da proporcionalidade como vetor axiológico do ordenamento jurídico, fundamentado, sobretudo, no Direito Constitucional, é recente na construção da ciência do Direito⁵.

Ainda que de forma primitiva e sem a densidade conferida por séculos de aperfeiçoamento, o princípio da insignificância pode ser extraído do princípio da Talião, previsto no Código de Hammurabi, norma editada pelo conquistador homônimo, na Babilônia, por volta de 1750 a.C⁶.

Por se tratar de legislação prévia ao movimento europeu de codificação, em seus 210 (duzentos e dez) artigos, o Código de Hammurabi trata dos mais diversificados temas, dentre eles o Direito Penal e as penas que poderiam ser impostas aos réus⁷.

Interessante ressaltar que, muito embora o princípio da proporcionalidade tenha fundamentação mediata na regra de Talião, a forma como o Código de Hammurabi comina pena aos mais diversos delitos não guarda razoabilidade com a conduta praticada pelos criminosos.

Como exemplo, tem-se que mereciam pena capital as seguintes condutas: a) as subtrações patrimoniais em prejuízo da Corte ou de templos (Artigo 6º); b) a receptação dos itens anteriores (Artigo 6º); c) denunciaçāo caluniosa (Artigo 3º); d)

³ PASCAL, Blaise. Pensamentos. Elibris, 2002. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLiberis/pascal.html>>. Acesso em: 08 maio 2014.

⁴ SILVA, Plácido e. Vocabulário Jurídico. 28. ed. Rio de Janeiro: Editora Gen, 2010.

⁵ A PROPORCIONALIDADE COMO PRÍNCIPIO JURÍDICO PENAL. Intérpretes: GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2004. Color.

⁶ DORIGO, Gianpaolo; MARONE, Gilberto Tibério. **História Geral**. 3^a Ed. São Paulo: Anglo, 2007.

⁷ LOSANO, Mario. Os grandes sistemas jurídicos. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

ingressar em uma taverna, sendo uma mulher religiosa (Artigo 110); e) violação de domicílio (Artigo 21), dentre outros⁸.

Nos tipos penais acima expostos observa-se que violações de gravidade diversa, contra os mais variados bens jurídicos tuteláveis pelo Direito Penal (e.g. patrimônio e honra), recebem o mesmo apenamento, a saber, a morte.

Entretanto, o Código de Hammurabi preocupou-se com o viés da proporcionalidade apenas em artigos específicos. A conjugação dos artigos 196 e 200 exemplifica a expressão “olho por olho, dente por dente”, a qual sintetiza o princípio de Talião, conforme se verifica:

196. Se um homem arrancar o olho de outro homem, o olho do primeiro deverá ser arrancado

200. Se um homem quebrar o dente de um seu igual, o dente deste homem também deverá ser quebrado⁹.

Assim, apesar da brutalidade em que o princípio de Talião de estrutura, dele é possível depreender sua finalidade, qual seja, fazer com que a reprimenda penal por determinados crimes previstos em lei, represente, no máximo, a exata medida do prejuízo causado pela conduta ilícita¹⁰.

Não há como negar que a regra de Talião, ainda que de forma inadequada, confere concretização ao princípio da proporcionalidade, potencializando tal previsão como sendo a primeira a contar em um texto normativo.

1.2.2. Magna Carta

Ao contrário do princípio de Talião, somente identificável por meio do caso concreto, a Magna Carta, editada em 1215 na Inglaterra, conferiu abstração ao princípio da proporcionalidade, expressando, em seara penal, a característica da correta aferição da pena a ser aplicada, como se observa em seu artigo 20¹¹:

Um homem livre será punido por um pequeno crime apenas, conforme a sua medida; para um grande crime ele será punido conforme a sua magnitude, conservando a sua posição; um mercador igualmente conservando o seu comércio, e um vilão conservando a sua cultura, se obtiverem a nossa mercê;

⁸ ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA (Inglaterra). O CÓDIGO DE HAMURABI. Disponível em: <<http://www.angelfire.com/me/babiloniabrasil/hamur.html>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

⁹ Idem.

¹⁰ MARTHA RABELO, Graziele. O princípio da proporcionalidade no Direito Penal. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 71, dez 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6990>. Acesso em maior 2014.

¹¹ BELLO, Warley. Tratado dos Princípios Penais: Volume II: Princípios Constitucionais Implícitos. Florianópolis: Bookess Editora, 2012.

e nenhuma das referidas punições será imposta excepto pelo juramento de homens honestos do distrito¹².

Desta forma, o princípio da proporcionalidade torna-se um vetor axiológico, sobretudo direcionado ao Poder Legislativo, o qual somente poderia cominar as mais leves penas aos delitos de reduzida lesividade, ao passo que os crimes mais graves mereceriam reprimenda penal mais intensa.

1.2.3. Idade Média

Entretanto, apesar do disposto na Magna Carta, o princípio da proporcionalidade manteve-se desprestigiado na doutrina e legislações europeias durante toda a Idade Média. Neste período, eram comuns a realização de julgamentos secretos, baseados em obtenção de provas mediante tortura e aferição do veredicto por meio de ordálias. Ademais, as funções de acusar e sentenciar confundiam-se na mesma pessoa, inviabilizando, por conseguinte, o devido processo legal¹³.

Contrariamente ao disposto na Magna Carta, de 1225, os ordenamentos jurídicos medievos, por força da influência incontestável da Igreja Católica no período, previam, em regra, penas fixas aos delitos, sem um intervalo entre pena mínima ou máxima, por meio do qual o magistrado apresenta a flexibilidade de cominar a pena mais adequada e justa, a depender dos elementos presentes no caso concreto¹⁴.

Corroborando o exposto, Warley Belo salienta que para o teólogo São Tomás de Aquino, a pena serviria como um castigo para as condutas em geral e, desta forma, poderiam ser homogeneizadas, ou seja, aplicadas da mesma forma para os diferentes crimes, como a heresia, a bruxaria e o homicídio. Preferentemente, adotava-se fogueira, como forma de evitar, literalmente, derramamento de sangue.

Apenas para contextualizar o exposto anteriormente, é neste período que a desproporcional lei de Vlad Tepes foi editada.

¹² MAGNA Carta. Disponível em: <http://corvobranco.tripod.com/dwnl/magna_carta.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2014.

¹³ A PROPORCIONALIDADE COMO PRINCÍPIO JURÍDICO PENAL. Intérpretes: GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2004. Color.

¹⁴ BELLO, Warley. Tratado dos Princípios Penais: Volume II: Princípios Constitucionais Implícitos. Florianópolis: Bookess Editora, 2012.

1.2.4. Iluminismo

Na passagem da Idade Média para a Idade Moderna, por volta do século XV, verificou-se a ascensão econômica de uma nova classe social, a burguesia. Tais indivíduos, organizados em corporações de ofício, rapidamente enriqueceram com a organização das cidades e, consequentemente, o estímulo ao comercial entre diversas regiões europeias¹⁵.

Entretanto, o regime feudal inviabilizava que a burguesia expandisse seus negócios, em razão da forte ruralização dos feudos e da fragmentação do continente europeu no período, existindo, assim, inúmeros regimes jurídicos em coexistência, os quais poderiam ser alterados pela simples vontade do senhor feudal¹⁶.

Inconformada com a situação, a burguesia desejava alterar o modelo então vigente. Todavia, percebeu que, apesar de deter poder econômico, faltava-lhe a força política para assumir o governo. Desta forma, aproximou-se da nobreza e das antigas casas reais, transferindo o poder das mãos do senhor feudal para as do rei, iniciando o absolutismo¹⁷.

As mudanças estruturais e políticas ocorridas na Europa proporcionaram importantes atualizações ou mesmo criações de determinadas leis ou institutos jurídicos, sobretudo na seara empresarial. Como exemplo, destaca-se que as sociedades por ações e a letra de câmbio originam-se neste período¹⁸.

Entretanto, os avanços científicos dos ordenamentos jurídicos vigentes não alcançaram, de início, o Direito Penal. Os suspeitos da prática de um crime eram esquecidos em masmorras sem as menores estruturas sanitárias para manter a sanidade mental, física e espiritual dos ali presentes. As penas combinadas aos detentos mantiveram-se cruéis¹⁹.

A violência com a qual os Estados absolutistas tratavam os réus deu ensejo para que os iluministas também buscassem corrigir o Direito Penal vigente. O

¹⁵ DORIGO, Gianpaolo; MARONE, Gilberto Tibério. História Geral. 3^a Ed. São Paulo: Anglo, 2007.

¹⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. O Direito na História. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

¹⁷ MELO, Ricardo Galvão de. A idéia de proporcionalidade penal na transição para o estado liberal burguês. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, n. 40, p.239-252, ago. 2004.

¹⁸ FORGIONI, Paula. A Evolução do Direito Comercial Brasileiro - da Mercancia Ao Mercado. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

¹⁹ MELO, Ricardo Galvão de. A idéia de proporcionalidade penal na transição para o estado liberal burguês. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, n. 40, p.239-252, ago. 2004.

princípio da proporcionalidade, assim, tornou-se ferramenta para que juristas e filósofos influenciassem a atividade legislativa das nações.

Montesquieu e Beccaria temiam a figura dos magistrados da época. Os princípios do devido processo legal, ampla defesa e imparcialidade não eram assegurados, aos réus, durante o julgamento. Por fim, a execução da pena, majoritariamente a capital, tornava-se um espetáculo mórbido, havendo plateia para assisti-la, inclusive²⁰.

Diante deste quadro, os juristas entendiam que a lei seria o instrumento hábil a coibir os referidos abusos. Ambos defendiam a manutenção da cominação de pena fixa aos delitos, visando mitigar o poder da (im)parcialidade dos juízes da época. Caberia aos magistrados tornarem-se, meramente, “bocas-da-lei”, expressão consagrada e vinculada ao governo napoleônico²¹.

Entretanto, diferentemente de modelo feudal, deveriam existir inúmeros tipos de pena, cujos graus de restrição dos direitos individuais dos réus cresceria proporcionalmente à gravidade do delito praticado. Não fazia sentido que crimes patrimoniais tivessem e merecessem a mesma reprimenda penal²².

Entende-se, desta forma, que o princípio da proporcionalidade adquire, durante o iluminismo, característica de fundamento axiológico na promulgação de leis. Caberia, aos legisladores, a incumbência de criar sanções penais condizentes com a gravidade abstrata dos delitos.

Becaria também salientava que o rigor da pena a ser imposta sobre o indivíduo não garantia que a população amoldasse seu comportamento aos preceitos legais, mas sim a certeza de que, em caso de transgressão, a punição será certa, ainda que branda. Ademais, o filósofo iluminista salienta que penas violentas acabam influenciando o agir dos criminosos, os quais, acuados pelo brutal *ius puniendi* estatal e esperançosos pela chance de impunidade, tandem a ser ainda mais violentos para escapar das consequências do seu crime do que realmente o foi ao praticá-lo²³.

Os ideais iluministas em relação ao princípio da proporcionalidade influenciaram, sobremaneira, diversas normas do período, principalmente a

²⁰ BELLO, Warley. Tratado dos Princípios Penais: Volume II: Princípios Constitucionais Implícitos. Florianópolis: Bookess Editora, 2012.

²¹ Idem.

²² BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. 7. ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2013.

²³ Idem.

Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e da Constituição dos Estados Unidos, como se observa, respectivamente:

Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada²⁴.

EMENDA VIII: Não poderão ser exigidas fianças exageradas, nem impostas multas excessivas ou penas cruéis ou incomuns²⁵.

1.2.5. Doutrina Alemã

O primeiro estudo, em língua alemã, acerca do princípio da proporcionalidade e que apresentou relevância jurídica foi conferência ministrada por Carl Gottlieb Svarez, perante o Rei da Prússia, no ano de 1791²⁶.

O autor restringia a aplicação do princípio da proporcionalidade, sem denominá-lo desta forma, ao âmbito do Direito Administrativo, como forma de limitar o direito de agir do Estado em face do direito de liberdade dos cidadãos. Desta forma, Svarez conclui que o exercício dos poderes administrativos apenas será legítimo caso traga, realmente, benefícios duradouros à sociedade²⁷.

Entre os anos de 1791 até a eclosão da II Guerra Mundial, o princípio da proporcionalidade manteve-se ligado ao Direito Administrativo, mais precisamente às formas de intervenção do Estado na regulação do comportamento dos indivíduos²⁸.

Somente em 1955 foi publicada monografia exclusivamente dedicada ao princípio da proporcionalidade, quando, enfim, tal valor axiológico recebeu sua designação em definitivo²⁹.

²⁴ SÃO PAULO. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. . Declaração de direitos do homem e do cidadão - 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 09 ago. 2014.

²⁵ SÃO PAULO. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. . Constituição dos Estados Unidos da América - 1787. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>>. Acesso em: 09 ago. 2014.

²⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). Dos direitos humanos aos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 11-29.

²⁷ Idem.

²⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Dignidade humana, princípio da proporcionalidade e teoria dos direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge. Tratado Luso-brasileiro da Dignidade Humana. 2. ed. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2010. p. 305-319.

²⁹ Idem.

O autor Rupprecht V. Krauss não limitou a aplicação do referido princípio ao âmbito do Direito Administrativo, expandindo sua incidência à própria formação do Estado, bem como ao poder legislativo, o qual deverá observá-lo no momento de editar as leis³⁰.

Já em 1956, o jurista Dürig publica ensaio no periódico *archiv fur öffentliches Recht*, defendendo a tese de que a Constituição alemã apresenta um sistema de valores imanentes a si própria, cujo fundamento é o respeito à dignidade humana³¹.

A obra de Dürig influenciou nossa Assembleia Constituinte, em 1988, como bem observa Guerra Filho, ao dispor que

Essa é a posição aqui adotada, até porque seria por intermédio da dignidade humana, prevista como princípio fundamental da República e do Estado Democrático do Direito no Brasil, no Art. 1º, inciso II, de nossa Constituição Federal que se incluiria o princípio da proporcionalidade no plano constitucional, para ser observado em qualquer medida do Estado, pois é uma degradação da pessoa a objeto, se ela for importunada pelo emprego de meios mais rigorosos do que exigir a consecução do fim de bem-estar da comunidade³².

Posteriormente, em 1961, Peter Lerche publicou a obra *Excesso e Direito Constitucional – sobre a vinculação do legislador pelos princípios da proporcionalidade e da exigibilidade*, na qual afirma que o princípio da proporcionalidade, em conjunto com o princípio da exigibilidade, configuram espécies do princípio da proibição do excesso³³.

Convém ressaltar, ainda, que o expressivo desenvolvimento teórico do princípio da proporcionalidade na doutrina alemã decorreu, em grande parte, da sua rápida aceitação e utilização pelo Tribunal Constitucional da Alemanha Ocidental. A utilização das palavras “excessivo” (*übermassig*), “inadequado” (*unangemessen*), “necessariamente exigível” (*erforderlich, unerlässlich, unbedingt notwendig*) e “proibição do excesso” (*Übermassverbot*), na jurisprudência do tribunal maior

³⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). Dos direitos humanos aos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 11-29.

³¹ Idem.

³² Ibidem.

³³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Dignidade humana, princípio da proporcionalidade e teoria dos direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge. Tratado Luso-brasileiro da Dignidade Humana. 2. ed. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2010. p. 305-319..

alemão, demonstra que o fundamento das decisões foi baseado no princípio da proporcionalidade³⁴.

1.3. Requisitos

O princípio da proporcionalidade não apresenta conceito estanque, sendo complicado analisa-lo de forma dissociada a casos concretos. Desta forma, doutrina brasileira, influenciada por autores alemães e portugueses, estrutura o referido princípio em três elementos, de modo a facilitar sua concreção, seja no plano legislativo ou nas decisões judiciais³⁵.

Tais elementos são: a) adequação; b) necessidade; c) proporcionalidade em sentido estrito.

Por adequação, entende-se a utilidade de determinada medida para a obtenção de um resultado almejado. Trata-se de uma relação entre meio e finalidade ou de causa e consequência³⁶.

Como exemplo, tem-se que a interpretação de um contrato escapa de todos os institutos existentes no Direito Penal, uma vez que a referida problemática não implica na violação de bens jurídicos penalmente relevantes. Assim, as partes litigantes deverão buscar mecanismos existentes no Direito Civil ou no Direito Comercial para resolverem tal pendência.

Já por necessidade, entende-se a imprescindibilidade da medida escolhida pela norma para a resolução de um determinado caso concreto. Havendo dois ou mais instrumentos jurídicos, previstos em vários ramos do Direito, capazes de resolver o problema, a norma deverá eleger o mais efetivo para incidir na questão³⁷.

Melhor exemplo para a necessidade ocorre no incidente processual civil de exibição de documento. Caso o autor queira discutir um contrato bancário e não tenha cópia do mesmo, caberá ao magistrado determinar, via decisão interlocatória,

³⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Dignidade humana, princípio da proporcionalidade e teoria dos direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge. Tratado Luso-brasileiro da Dignidade Humana. 2. ed. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2010. p. 305-319.

³⁵ BELLO, Warley. Tratado dos Princípios Penais: Volume II: Princípios Constitucionais Implícitos. Florianópolis: Bookess Editora, 2012.

³⁶ FIGUEIREDO NETO, Benedicto Arthur de. Consciência constitucional na aplicação da pena-base à luz do princípio da proporcionalidade. Boletim do Instituto Brasileiro de Criminalística, São Paulo, v. 13, n. 160, p.14-15, 2006.

³⁷ BELLO, Warley. Tratado dos Princípios Penais: Volume II: Princípios Constitucionais Implícitos. Florianópolis: Bookess Editora, 2012.

que a instituição financeira anexe-o nos autos. Se o banco descumprir tal medida, presente em uma medida judicial, em tese, configurado estará o crime de desobediência, previsto no artigo 330, do Código Penal. Entretanto, o artigo 359, inciso I, do Código de Processo Civil determina que o magistrado, diante da não apresentação do documento, considere como verdadeiras as alegações aduzidas pelo réu. Assim, entende-se que, diante das duas soluções conferidas pelo ordenamento (crime de desobediência – Direito Penal - ou presunção de veracidade dos fatos – Direito Processual Civil), a segunda é mais imprescindível, sendo aplicada nos casos concretos.

O último elemento, qual seja, a proporcionalidade em sentido estrito, exerce influência em duas etapas do Direito Penal. Previamente à prática do crime, atribui ao legislador a tarefa de corretamente fixar, com prudência e efetividade, os patamares mínimos e máximos da pena a ser cominada aos delitos positivados, sempre proporcionalmente à gravidade da conduta, cotejada ao grau da lesão provocada no bem jurídico. Por outro lado, após a prática do fato criminoso, incumbe ao magistrado sancionar, quando necessário, a ação ou omissão penalmente relevantes dentro dos patamares fixados, em lei, ao crime praticado pelo réu³⁸.

Inúmeros exemplos de respeito ou desrespeito ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito existem na legislação nacional. Entretanto, discorreremos sobre eles no próximo subitem.

1.4. O Princípio da Proporcionalidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro

1.4.1. Introdução

Como já mencionado, o princípio da proporcionalidade é mais facilmente verificado nos casos concretos, uma vez que sua função precípua é funcionar como critério axiológico para que legisladores e magistrados balizem seus comportamentos. De acordo com Warley Belo, a proporcionalidade

É um princípio de significado político porque não existe um critério *inicial, embrionário* a ser utilizado como medida de proporcionalidade. De forma que é possível, teoricamente, averiguar numa legislação penal quais os bens mais valiosos.

³⁸ FIGUEIREDO NETO, Benedicto Arthur de. Consciência constitucional na aplicação da pena-base à luz do princípio da proporcionalidade. Boletim do Instituto Brasileiro de Criminalística, São Paulo, v. 13, n. 160, p.14-15, 2006.

O princípio da proporcionalidade limite o poder do Estado em cominar qualquer pena a qualquer bem jurídico. O Estado deve sopesar a *essencialidade* de proteger o bem jurídico através da tutela pena relacionado com os outros mecanismos de controle social e observando a gravidade da pena. Quer dizer, o princípio da proporcionalidade tem um viés qualitativo e quantitativo, a fim de se proibir excessos. Não obstante limitar, é um princípio que também sofre limitação, mas por outros princípios – como o da legalidade, culpabilidade, intervenção mínima, individualização da pena – em íntima e sofisticada relação.

A pena criminal se mostra, pois desproporcional quando há outros mecanismos extra-jurídicos ou extra-penais mais apropriados para esta espécie de controle social, apoiado na ideia da subsidiariedade do Direito penal. Também é desproporcional quando se conclui desarrazoadas as penas com os bens jurídicos tutelados e sua importância social³⁹.

Assim, focando na atividade legislativa, observa-se que as leis brasileiras são promulgadas e respeitam o princípio da proporcionalidade, mantendo a coesão do sistema penal pátrio. Entretanto, outras normas, votadas às pressas para dar satisfação a determinado clamor público, acabam por enfraquecer as previsões do princípio da proporcionalidade e, ao serem comparadas às demais leis vigentes, acabam se tornando excrescências jurídicas.

Este tópico analisará algumas normas da legislação brasileira e sua relação com o princípio da proporcionalidade.

1.4.2. Medidas Penais Previstas na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 foi promulgada após décadas de ditadura militar, na qual o respeito pelos direitos humanos dos cidadãos não era uma das principais preocupações do governo⁴⁰.

Desta forma, buscou-se garantir extenso rol de garantias e direitos aos cidadãos, sobretudo no tange ao sistema penal, como forma de proteger os indivíduos de eventuais desmandos do Poder Público, tonando a vida em sociedade mais harmoniosa e segura⁴¹.

Vale ressaltar, também, que, em razão de a Constituição Federal vigente ter sido promulgada em 1988, ela sofreu influência dos principais documentos internacionais que versam sobre Direitos Humanos, quais sejam, a Carta das Nações

³⁹ BELLO, Warley. Tratado dos Princípios Penais: Volume II: Princípios Constitucionais Implícitos. Florianópolis: Bookess Editora, 2012.

⁴⁰ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

⁴¹ Idem.

Unidas, de 1945, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 e o Pacto de San José da Costa Rica, 1969⁴².

Desta forma, ciente dos abusos ocorridos durante o regime militar, a Constituição Federal é expressa em determinar quais as modalidades de prisão existentes em nosso ordenamento jurídico, além de prever, em rol taxativo, as modalidades de penas que podem ser aplicadas aos criminosos. O disposto está previsto, respectivamente, no artigo 5º, inciso LXI e artigo 5º, XLVII, *in verbis*:

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis⁴³;

Em relação às modalidades de penas proibidas em nosso ordenamento, o constitucionalista Uadi Bulos assevera que a Carta Magna brasileira limitou o *iustitia puniendi* estatal em cinco modalidades de pena, as quais não podem ser excepcionadas, salvo pelo próprio texto constitucional originário. Assim, cominar pena diversa das supracitadas configuraria retrocesso histórico e ético⁴⁴.

Nossa Carta Fundamental também confere, no artigo 5º, incisos XLII a XLIV, maior rigor aos crimes de racismo, o tráfico de drogas, o terrorismo, os crimes hediondos e o de ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, como se observa:

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático⁴⁵;

A análise de tais dispositivos destaca a influência do princípio da proporcionalidade na positivação de garantias aos cidadãos e na determinação do

⁴² BELLO, Warley. Tratado dos Princípios Penais: Volume II: Princípios Constitucionais Implícitos. Florianópolis: Bookess Editora, 2012.

⁴³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p

⁴⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

⁴⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p

maior rigor penal quando determinados crimes são praticados. Isto demonstra que a Assembleia Constituinte sopesou os bens jurídicos penalmente relevantes e julgou que os delitos previstos no artigo 5º, XLII a XLIV, da Carta Magna brasileira, desestabilizam a própria vida em sociedade e, portanto, merecem maior rigor no exercício do *ius puniendi* estatal⁴⁶.

Entretanto, o próprio princípio da proporcionalidade apresenta o condão de limitar a si próprio. Apesar do maior rigor conferido a determinados crimes, tem-se que as penas cominadas a eles não podem ser diversas do rol previsto no art. 5º, inciso XLVII, da Constituição⁴⁷.

1.4.3. Artigo 273 do Código Penal – “Lei dos Remédios”

A influência da mídia no Direito é intenso. Quando um crime de apelo popular é cometido, a cobertura jornalística acerca das investigações, e do posterior julgamento, interfere garantias constitucionais dos acusados, sobretudo no que toca o princípio da presunção de inocência⁴⁸.

Entretanto, este não é o único aspecto em que tal influência é percebida. Na ocorrência de determinados crimes midiáticos, os meios de comunicação clamam a população, para que esta exerça pressão junto ao poder legislativo, visando a criação de novas leis, as quais teriam o condão de resolver todos os problemas da sociedade, uma vez que criariam novos delitos ou elevariam as penas existentes, na falsa sensação de que o Direito Penal máximo, aliado a penas duras, tornaria pacífica a vida em sociedade.

Corrobora o exposto o fato de inúmeras leis penais brasileiras apresentarem alcunhas. Como exemplo, em 2011, após as fotos íntimas da atriz Carolina Dieckmann terem sido divulgadas na *internet*, por meio de fraude realizada por um *hacker*, o Congresso Nacional mobilizou-se em tempo recorde e promulgou a Lei nº 12.737, na qual se tipificou condutas que violam, perturbam ou interrompem o sigilo de dados e da comunicação dos indivíduos⁴⁹.

⁴⁶ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. Populismo Penal Midiático – Caso Mensalão, Mídia Disruptiva e Direito Penal Crítico. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

⁴⁹ BELLO, Warley. Tratado dos Princípios Penais: Volume II: Princípios Constitucionais Implícitos. Florianópolis: Bookess Editora, 2012.

Um caso grave de desproporção entre a pena cominada e conduta tipificada ocorre no artigo 273, do Código Penal. O crime de falsificação, corrupção, adulteração e alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais teve, por meio da lei nº 9677, de 1998, pena mínima fixada em 10 (dez) anos⁵⁰.

A conduta em si é grave. No caso de falsificação de remédios destinados a combater doenças graves, tais como a AIDS e o câncer, a utilização de medicamentos inócuos, ou com o princípio ativo mitigado, poderia provocar a morte de milhares de pessoas. Mas a falsificação de meros analgésicos ou aspirinas não pode dar ensejo a uma pena mínima de 10 (dez) anos, a qual é superior a do próprio homicídio simples⁵¹.

Entretanto, a problemática consta na previsão do artigo 273, § 1º-A, do Código Penal, que prevê: “Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico⁵²”.

Desta forma, uma vendedora informal de cremes para a pele, considerando apenas o disposto no referido artigo, seria condenada a uma pena mínima de 10 (dez) anos, caso seu produto não apresente as especificações técnicas da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Sobre o assunto, Miguel Reale Junior, em entrevista ao site ConJur, teceu as seguintes considerações:

ConJur — Há um excesso de leis penais?

Miguel Reale Jr. — O trabalho mais difícil é o de consolidação da legislação penal extravagante brasileira. Tem lei penal para todo o lado, com penas absolutamente desproporcionais. Exemplo clássico ocorreu no ano eleitoral de 1998, quando surgiu o caso dos “bebês Shering”, cujas mães tomaram pílula de farinha no lugar de anticoncepcional. Grandes matérias nos jornais televisivos falavam sobre falsificação de remédios. O que fazem? Uma nova lei dos remédios. Mudam o Código Penal e estabelecem pena de 10 a 15 anos para adulteração de remédio. Crime hediondo. Tinha que ser, afinal de contas estávamos às vésperas da eleição.

ConJur — A lei abrange cosméticos também, não é?

Miguel Reale Jr. — Vender um shampoo com fórmula diferente daquela escrita na Anvisa [Agência Nacional de Vigilância Sanitária] virou crime hediondo com pena de 10 a 15 anos. O shampoo pode ser melhor, mas como a fórmula não é a inscrita na Anvisa, é crime hediondo. Lembro-me de tantos deputados que compareciam com suas manifestas inteligências no horário

⁵⁰ DELMANTO, Celso et al. Código Penal Comentado. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

⁵¹ Idem.

⁵² BRASIL. Decreto-lei nº 2.848 (1940). Código Penal. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2014. 300 p

eleitoral dizendo: “Eu participei da elaboração da lei que transforma falsificação de remédio em crime hediondo”⁵³.

Vale ressaltar, por fim, que os Tribunais Regionais Federais da 2^a e 4^a regiões pacificaram entendimento no sentido de que o disposto no artigo 173, § 1º-A do Código Penal é constitucional. Entretanto, declararam tal vício sem redução do texto, ou seja, a pena mínima de 10 (dez) anos fica mantida para as falsificações de remédios essenciais. Por outro lado, na hipótese de contrafação de remédios com reduzido grau de periclitação da saúde alheia, bem como de saneantes e cosméticos, os Tribunais aplicam, por analogia, a pena para o tráfico de drogas, uma vez que este crime também viola o bem jurídico “saúde pública”, como se observa nas seguintes ementas

"PENAL. FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÉUTICOS OU MEDICINAIS. FORMA EQUIPARADA. ART. 273, § 1º-B, I, V E VI, DO CP. INTRODUÇÃO DE ANABOLIZANTES NO TERRITÓRIO NACIONAL. PENA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. REDUÇÃO. PARÂMETRO. DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (LEI 6.368/76).

1. A importação de produto de origem estrangeira destinado a fins medicinais, sem registro na ANVISA, determina a ocorrência do delito insculpido no art. 273, § 1º-B, incisos I, V e VI, do CP.

2. "A pena do delito previsto no art. 273 do CP - com a redação que lhe deu a Lei nº 9.677, de 02 de julho de 1998 - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa deve, por excessivamente severa, ficar reservada para punir apenas aquelas condutas que exponham a sociedade e a economia popular a "enormes danos" (exposição de motivos). Nos casos de fatos que, embora censuráveis, não assumam tamanha gravidade, deve-se recorrer, tanto quanto possível, ao emprego da analogia em favor do réu, recolhendo-se, no corpo do ordenamento jurídico, parâmetros razoáveis que autorizem a aplicação de reprimenda justa, sob pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade. A criação de solução penal que descriminaliza, diminui a pena, ou de qualquer modo beneficia o acusado, não pode encontrar barreira para a sua eficácia no princípio da legalidade, porque isso seria uma ilógica solução de aplicar-se um princípio contra o fundamento que o sustenta" (Fábio Bittencourt da Rosa. In Direito Penal, Parte Geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 04). Hipótese em que ao réu foi aplicada a pena de 03 anos de reclusão, adotado, como parâmetro, o delito de tráfico ilícito de entorpecentes, o qual tem como bem jurídico tutelado também a saúde pública". Precedente desta Corte.

3. Possibilidade de substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos, seja porque o delito de tráfico foi tomado tão-só como substrato para aplicação da pena, seja porque o remédio importado não era "falsificado, corrompido, adulterado ou alterado: (inciso VII-B do art. 1º c/c o parágrafo primeiro do art. 2º da Lei nº 8.072/90)." ⁵⁴.

⁵³ REALE JÚNIOR, Miguel. No país do BBB, Judiciário é instrumento de paz social. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-abr-12/pais-bbb-judiciario-instrumento-harmonia-social>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

⁵⁴ TRF-4º Região, Acr. 2004.70.01.009626-3/PR, Des. Federal Élcio Pinheiro de Castro, 8^a Turma, DJ 13/06/2007. Disponível em <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/2380039>>

"PENAL - COMERCIALIZAÇÃO DE ANABOLIZANTES SEM REGISTRO NO ÓRGÃO DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ART. 273, § 1º-B, I, DO CP - FIXAÇÃO DA PENA - OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORACIONALIDADE - REDUÇÃO - PARÂMETRO - DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (LEI 6.368/76).

I - O recorrente foi apenado por comercializar produtos medicinais sem registro no órgão competente entregando-os aos outros dois denunciados para que internassem a mercadoria proibida em solo norte-americano, visando sua comercialização a partir da cidade de Miami.

II - Há nos autos provas suficientes da autoria e materialidade do delito, afastando a possibilidade de absolvição.

III - Ao discorrer sobre a utilização da analogia em Direito Penal, o eminentíssimo Desembargador Federal Fábio Bittencourt da Rosa, afirmou "a criação de solução penal que desriminaliza, diminui a pena, ou de qualquer modo beneficia o acusado, não pode encontrar barreira para sua eficácia no princípio da legalidade, porque isso seria uma ilógica solução de aplicar-se um princípio contra o fundamento que o sustenta" (in Direito Penal, Parte Geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p.04).

IV - Merece reforma o comando sentencial apenas no que diz respeito à sanção imposta. tão-somente para fins de fixação da pena, aplicando-se analogicamente a pena-base combinada para o crime do artigo 12, caput, c/c o artigo 18, I e III nº 6.368/76, totalizando 05 (cinco) anos de reclusão.

V- Recurso parcialmente provido."⁵⁵.

1.5. Garantismo

1.5.1. Princípio da Secularização

A teoria do garantismo, estruturada pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli, objetiva o uso racional do Direito Penal, reduzindo sua aplicação ao mínimo necessário a possibilitar tolerável vida em sociedade, respeitando-se, ainda, todos os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos que são réus em um processo criminal. Apresenta como alicerce axiológico o princípio da secularização⁵⁶.

A justificativa para a concepção de uma teoria que prioriza a redução do uso do Direito Penal, aliada a uma forma mais humana de se analisar a figura do criminoso, remonta o período da Idade Média, principalmente na forma como a Inquisição, braço administrativo e judicial da Igreja Católica, relacionava-se a determinadas condutas tidas como “pecados” e que davam ensejo às mais cruéis penalidades, em total desrespeito aos direitos dos investigados⁵⁷.

⁵⁵ TRF-2º Região, Acr. 2003.51.01.503442-1, Des. Federal Messoud Azulay Neto, 2ª Turma, DJ 11/11/2008. Disponível em <[TRF-2º Região, Acr. 2003.51.01.503442-1, Des. Federal Messoud Azulay Neto, 2ª Turma, DJ 11/11/2008](#)>

⁵⁶ CARVALHO, Amílton Bueno de. Aplicação da pena e garantismo. 3. ed. A: Editora Lumen Juris, 2004.

⁵⁷ BELLO, Warley. Tratado dos Princípios Penais: Volume II: Princípios Constitucionais Implícitos. Florianópolis: Bookess Editora, 2012.

Durante a Antiguidade Clássica, a humanidade presenciou o primeiro ápice da filosofia, época em que grandes pensadores, como Sócrates, Platão, Pitágoras, Cícero, procuravam explicar, racionalmente, os fenômenos naturais, além de contribuírem com extensa produção, crítica na maioria das vezes, sobre a sociedade e os costumes dos locais em que viviam⁵⁸.

Sucedeu, entretanto, que com a queda do Império Romano do Ocidente, após as invasões bárbaras ocorridas no século V, o continente europeu ruralizou-se, iniciando o período denominado Idade Média. Convém ressaltar que durante o esfacelamento de Roma, a Igreja Católica estruturou-se e dominou o poder econômico e político, uma vez que foi transformada em religião oficial do Império no século IV⁵⁹.

Nem mesmo a divisão da Europa em feudos mitigou a força da Igreja Católica, a qual era proprietária de extensas glebas de terra, fator que lhe angariava poder econômico. Além disso, os papas e padres obtiveram a conversão da maioria maciça dos senhores feudais entre os séculos V a XV, influenciando, sobremaneira, nas decisões políticas⁶⁰.

Desejando manter seu *status quo*, a Igreja Católica sequer admitia a existência de diferentes correntes religiosas ou filosóficas que divergissem de seus dogmas impostos. Pregando um rígido sistema de comportamento pessoal para os servos, a população era instruída a não questionar os acontecimentos da vida e da natureza, uma vez que todos os sucedâneos do mundo decorriam da vontade de Deus, a qual estava sempre correta. A razão, assim, perde espaço para a crença⁶¹.

Para demonstrar força e evitar o surgimento de religões dissidentes, a Igreja Católica criou o Tribunal do Santo Ofício, inaugurando o período da inquisição. Desta forma, o misticismo religioso mesclou direito e moral, justificando a tipificação do pensamento, ou seja, bastava que um indivíduo não acreditasse nos dogmas cristãos para merecer as penas corpóreas como se criminoso fosse⁶².

A secularização do Direito, isto é, sua desvinculação a aspectos morais e religiosos, ocorreu no Iluminismo, fase histórica posterior à Idade Média. Com as

⁵⁸ DORIGO, Gianpaolo; MARONE, Gilberto Tibério. História Geral. 3^a Ed. São Paulo: Anglo, 2007.

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ AZEVEDO, Luiz Carlos de. Introdução à História do Direito. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

⁶¹ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

⁶² Idem.

grandes navegações e o redescobrimento do comércio, a migração entre os indivíduos se intensificou, mitigando a influência da Igreja Católica nos governos.

Ademais, filósofos como Thomas Hobbes e Rousseau criaram a teoria do contratualismo, por meio da qual infere-se que o Estado é a soma da parcela de liberdade cedidas pelos cidadãos, visando a harmonização da vida em sociedade⁶³.

Vale ressaltar, ainda, que o homem tornou-se o centro de preocupação dos cientistas do período, havendo verdadeiro culto à razão. Desta forma, os dogmas religiosos não mais influenciam as explicações dos fenômenos naturais e humanos, cabendo à ciência prescrutar, empiricamente, seus meandros.

O otimismo iluminista também manifestou-se no Direito. O poder legislativo foi proibido de, por meio do uso de normas penais, de tipificar valores ou pensamentos dos indivíduos. Assim, somente seria crime as condutas humanas que acarretassem dano efetivo ou risco potencial a bens jurídicos relevantes⁶⁴.

Haja vista o exposto, verifica-se que o princípio da secularização configura o arcabouço axiológico para o garantismo penal. Para que um réu possa ser considerado sujeito de direitos, a imputação criminal que sobre ele recai deverá pautar-se pela desvinculação entre Direito e dogmas morais ou religiosos. Sua conduta deverá ter infringido bens jurídicos de relevância social, para dar ensejo ao *ius puniendi* estatal. Caso tais premissas sejam respeitadas no caso concreto, a análise passará a recair, então, na expansão das garantias processuais conferidas aos réus⁶⁵.

1.5.2. Preconceito Doutrinário

A preocupação de Ferrajoli com os direitos e garantias fundamentais dos processados alcança tal proporção que muitos críticos consideram-no um abolicionista do Direito Penal⁶⁶.

⁶³ DORIGO, Gianpaolo; MARONE, Gilberto Tibério. História Geral. 3^a Ed. São Paulo: Anglo, 2007.

⁶⁴ ALMEIDA, Débora de Souza de. A Teoria do Garantismo Penal em Questão: o Olhar Anti-Inquisitorial da Axiologia de Luigi Ferrajoli. Revista Síntese: Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 11, n. 64, p.123-137, nov. 2010.

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ TICAMI, Danilo. Breves delineamentos acerca do garantismo penal. In: BRITO, Alexis Couto de; SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo (Org.). Caderno de ciências penais: reflexões sobre as escolas e os movimentos político-criminais. São Paulo: Editora Plêiade, 2012. p. 183-222.

Contudo, uma percepção atenta do abolicionismo, confrontado com as premissas do garantismo penal, possibilita a diferenciação entre ambas as teorias.

A diferença central entre o garantismo penal e o abolicionismo refere-se à forma como ambas as teorias relacionam-se com o Direito Penal.

O garantismo, haja vista sua estruturação posterior à Segunda Guerra Mundial, preocupa-se, sobremaneira, com a forma que o processo penal é conduzido pelas autoridades públicas. O objetivo da teoria de Ferrajoli é buscar a condenação, desde que todos os direitos e garantias do réu processado tenham sido respeitadas e o fato criminoso por ele praticado tenha relevância social⁶⁷.

Desta forma, procura-se cominar penas às condutas que violam o pacto social rousseauiano de forma intensa, quando não possível sequer se cogitar o uso de medidas extra-penais para repararem o prejuízo. Ademais, desde a capura do réu, até o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória e posterior encarceramento, caberá ao Estado enxergá-lo como um cidadão presumidamente inocente, devendo resguardar pela sua integridade física e sanidade mental⁶⁸.

Já o abolicionismo penal, de forma mais radical ou mais ponderada, entende que o Direito Penal é inefetivo e seletivo, haja vista que um determinado segmento marginalizado da sociedade abarrota as penitenciárias do mundo inteiro, ao passo que, quanto maior o poder econômico de determinados criminosos, sobretudo os que praticam crimes financeiros, maior a facilidade com que brechas legislativas ou mecanismos processuais são utilizadas para enfraquecer eventuais processos penais. A inefetividade, por conseguinte, decorre do reduzido número de crimes que são esclarecidos pelas autoridades policiais⁶⁹.

Assim, inúmeros autores, dentre eles Christie, Mathiesen e Hulsman, defender a tese de que o Direito Penal deveria ser revogado do sistema jurídico, cabendo às esferas cíveis ou administrativas a incumbência de solucionar as questões decorrentes da prática de crimes.

⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. Do garantismo negativo ao garantismo positivo: a dupla face do princípio da proporcionalidade. *Juris Poiesis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 7, p.225-256, 2005.

⁶⁸ ALMEIDA, Débora de Souza de. A Teoria do Garantismo Penal em Questão: o Olhar Anti-Inquisitorial da Axiologia de Luigi Ferrajoli. *Revista Síntese: Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 11, n. 64, p.123-137, nov. 2010.

⁶⁹ TICAMI, Danilo. Breves delineamentos acerca do garantismo penal. In: BRITO, Alexis Couto de; SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo (Org.). *Caderno de ciências penais: reflexões sobre as escolas e os movimentos político-criminais*. São Paulo: Editora Plêiade, 2012. p. 183-222.

1.5.3. Finalidade

Ao estruturar a teoria do garantismo penal, Ferrajoli não buscou a criação de uma nova escola de Direito Penal. Seu foco residiu em criar um modelo de Estado de Direito que fizesse jus a esta nomenclatura. Por conseguinte, não basta que o processado vislumbre, na legislação, inúmeras garantias e princípios fundamentais que o resguardem, sem que o Estado dê concretude a elas⁷⁰.

Ferrajoli criou uma espécie de obrigação positiva ao Poder Público. Quando o *ius puniendi* estatal chocar-se com o *ius libertatis* do indivíduo, este deverá ser preservado ao máximo de todos os eventuais abusos que possam ser cometidos ao longo do processo penal⁷¹.

Assim, a imposição de pena, se inevitável, somente será justa e legítima se, desde o inquérito policial, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, o réu não foi humilhado, agredido ou sofrido quaisquer outras formas de violência física ou psicológica⁷².

Além da finalidade da própria teoria do garantismo penal, interessante, também, é a justificativa que Ferrajoli confere à pena, considerando-a como algo benéfico aos criminosos.

Segundo o autor, nos primórdios do Direito Penal, ocorrendo um crime, instaurada estava a possibilidade de vingança por parte da vítima. O uso da violência e de medidas desproporcionais era a regra. Tanto que, conforme explicitado no início do presente capítulo, o princípio de Talião foi um avanço em matéria de proporcionalidade, uma vez que a vingança privada perpetrada pela vítima não poderia exceder os prejuízos por ela sofridos⁷³.

Partindo desta premissa, Ferrajoli entende que o Direito Penal configura uma legislação que protege os mais fracos, pois evita que os criminosos sofram com a

⁷⁰ TICAMI, Danilo. Breves delineamentos acerca do garantismo penal. In: BRITO, Alexis Couto de; SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo (Org.). Caderno de ciências penais: reflexões sobre as escolas e os movimentos político-crimeinais. São Paulo: Editora Plêiade, 2012. p. 183-222.

⁷¹ ALMEIDA, Débora de Souza de. A Teoria do Garantismo Penal em Questão: o Olhar Anti-Inquisitorial da Axiologia de Luigi Ferrajoli. Revista Síntese: Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 11, n. 64, p.123-137, nov. 2010.

⁷² CAROLLO, João Carlos. Garantismo Penal. A: Editora Juruá, 2013.

⁷³ ALMEIDA, Débora de Souza de. A Teoria do Garantismo Penal em Questão: o Olhar Anti-Inquisitorial da Axiologia de Luigi Ferrajoli. Revista Síntese: Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 11, n. 64, p.123-137, nov. 2010.

incerteza sobre eventual proporcionalidade entre o delito praticado e a reação da vítima⁷⁴.

Assim, de acordo com a sistemática penal atual, cometido um crime, a vítima poderá reagir imediatamente, desde que de forma idônea, para rechaçar o perigo, pois configurado estaria o instituto da legítima defesa. Entretanto, uma vez consumado o delito sem que seu autor tenha sido capturado de imediato, caberá à vítima procurar auxílio do Estado, para que este passe a exercer o *ius puniendi*. Tal fato é benéfico ao criminoso, pois a reação do poder público é sempre esperada, uma vez que consta positivada em lei.

1.5.4. Axiomas

A sistematicidade da teoria do garantismo penal decorre de sua estruturação em dez axiomas, cujos conteúdos semânticos exprimem as garantias penais e processuais penais que necessariamente precisam ser observadas para que o sistema jurídico de um país seja justo e possibilite aos réus o direito à ampla defesa. Quanto mais axiomas de Ferrajoli não são observados em uma legislação, inferior e insuficiente é o grau de proteção conferido aos cidadãos⁷⁵.

Os axiomas referentes ao Direito Penal são resumidos em seis brocados latinos, quais sejam: a) *nulla poena sine crimen*; b) *nullum crimen sine lege*; c) *nulla lex poenalis sine necessitate*; d) *nulla necessita sine iniuria*; e) *nulla iniuria sine actione*; f) *nulla actio sine culpa*. Em contrapartida, os axiomas relacionados ao Direito Processual Penal são: g) *nulla culpa sine iudicio*; h) *nullum iudicium sine accusatione*; i) *nulla accusatio sine probatione*; j) *nulla probatio sine defensione*⁷⁶.

Inicialmente, tem-se que o axioma *nulla poena sine crimen* concretiza o princípio da retributividade. Assim, para que o autor do crime possa receber a correspondente reprimenda prevista em lei, além de ter praticado a conduta tipificada, o autor não poderá se beneficiar de nenhuma causa excludente da tipicidade ou causas extintivas da antijuridicidade, culpabilidade ou punibilidade⁷⁷.

⁷⁴ ALMEIDA, Débora de Souza de. A Teoria do Garantismo Penal em Questão: o Olhar Anti-Inquisitorial da Axiologia de Luigi Ferrajoli. Revista Síntese: Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 11, n. 64, p.123-137, nov. 2010.

⁷⁵ Idem.

⁷⁶ Ibidem.

⁷⁷ CAROLLO, João Carlos. Garantismo Penal. A: Editora Juruá, 2013.

O brocardo *nullum crimen sine lege* refere-se ao princípio da legalidade, por meio do qual se infere que o Direito Penal, por se utilizar da mais forte medida sancionatória, somente poderá tipificar condutas por meio de lei, sendo vedada a utilização de outra espécie normativa⁷⁸.

Vale ressaltar que, da união do princípio da retributividade, com o princípio da legalidade, surgem os fundamentos do princípio da proporcionalidade. De acordo com Débora Almeida

Da união dos axiomas da legalidade e da retributividade tem-se o princípio da proporcionalidade, revelado pela máxima *poena debet commensurari delicto*. De acordo com o corolário, a resposta penal deve ser proporcional ao crime cometido, tanto na fase de perdedeterminação quanto nas fases da determinação e pós-determinação da pena.

Na predeterminação, o legislador deve guiar-se por critérios objetivos que propiciem a falseabilidade, como a lesividade e a culpabilidade da ação praticada, para que a pena cominada não seja onerosa ou tão mínima a ponto de não intimidar o indivíduo. Com relação à determinação da pena, cabe ao juiz analisar o caso concreto de acordo com as peculiaridades do ato, como a responsabilidade subjetiva e a extensão do dano, a fim de que a decisão seja fundamentada na sua verificabilidade. No que tange à pós-determinação, esta ocorre na execução da pena, com a autorização de benefícios ou imposição de gravames ao detento⁷⁹.

O axioma *nulla lex poenalis sine necessitate* expressa o princípio da necessidade, exprimindo o caráter de *ultima ratio* do Direito Penal, pois cabe ao legislador transformar em crimes apenas as condutas que afrontem, de maneira acintosa, aos bens jurídicos mais caros à sociedade⁸⁰.

Por *nulla necessita sine iniuria*, infere-se que condutas ínfimas ou nímidas, ou seja, que não afetam de maneira relevante o bem jurídico tutelado pela norma penal, não têm o condão de autorizar a utilização do *ius puniendi* por parte do Estado. Trata-se do fundamento para despenalização quando há incidência do princípio da insignificância⁸¹.

Encerrando os axiomas de direito material, infere-se que *nulla iniuria sine actione* e *nulla actio sine culpa* referem-se às três fases do sistema da

⁷⁸ CAROLLO, João Carlos. Garantismo Penal. A: Editora Juruá, 2013.

⁷⁹ ALMEIDA, Débora de Souza de. A Teoria do Garantismo Penal em Questão: o Olhar Anti-Inquisitorial da Axiologia de Luigi Ferrajoli. Revista Síntese: Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 11, n. 64, p.123-137, nov. 2010.

⁸⁰ TICAMI, Danilo. Breves delineamentos acerca do garantismo penal. In: BRITO, Alexis Couto de; SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo (Org.). Caderno de ciências penais: reflexões sobre as escolas e os movimentos político-criminais. São Paulo: Editora Plêiade, 2012. p. 183-222.

⁸¹ Idem.

responsabilidade criminal, quais sejam, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade⁸².

Em relação aos axiomas de direito processual penal, tem-se que *nulla culpa sine iudicio* caracteriza o monopólio do Estado na cominação de sanções penais, pois estas somente decorrerão de sentença judicial. Já *nullum iudicium sine accusatione* permite o devido processo legal, ao cindir a figura do acusador e do julgador. Ademais, *nulla accusatio sine probatione* incumbe à acusação o ônus da prova sobre a responsabilidade criminal do réu. Por fim, *nulla probatio sine defensione*, explicita os princípios do contraditório e ampla defesa, os quais são ainda mais essenciais no processo penal⁸³.

1.5.5. Críticas

1.5.5.1. O Sistema Garantista já foi Concebido Desatualizado

Alguns autores entendem que Ferrajoli manteve-se muito arraigado nos ideais iluministas no momento de conceber o garantismo penal. Tal fato impossibilita que os axiomas funcionem adequadamente em determinados crimes, cuja criação decorreu dos avanços tecnológicos e na evolução das sociedades.

Como exemplo, os crimes de perigo abstrato não se adequam ao sistema garantista, uma vez que não há prejuízo concreto ao bem jurídico tutelado pela norma.

Danilo Ticami assevera que o legislativo brasileiro promulgou inúmeras leis penais às pressas, com a finalidade de agradar aos anseios populares. Isto propicia que inúmeros delitos novos não guardem fundamentação teórica no garantismo penal estruturado por Ferrajoli⁸⁴.

⁸² TICAMI, Danilo. Breves delineamentos acerca do garantismo penal. In: BRITO, Alexis Couto de; SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo (Org.). Caderno de ciências penais: reflexões sobre as escolas e os movimentos político-criminais. São Paulo: Editora Plêiade, 2012. p. 183-222.

⁸³ ALMEIDA, Débora de Souza de. A Teoria do Garantismo Penal em Questão: o Olhar Anti-Inquisitorial da Axiologia de Luigi Ferrajoli. Revista Síntese: Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 11, n. 64, p.123-137, nov. 2010.

⁸⁴ TICAMI, Danilo. Breves delineamentos acerca do garantismo penal. In: BRITO, Alexis Couto de; SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo (Org.). Caderno de ciências penais: reflexões sobre as escolas e os movimentos político-criminais. São Paulo: Editora Plêiade, 2012. p. 183-222.

1.5.5.2. Visão negativa do Estado

Decorrente direta da inspiração iluminista de Ferrajoli, tem-se que, no momento em que a burguesia europeia desejava extirpar as monarquias absolutistas do poder, durante o século XVIII, o Estado era visto como uma entidade prejudicial à vida da população, uma vez que não conferia assistência aos necessitados e não permitia que os mais ricos enriquecessem ainda mais, em face da elevada carga tributária⁸⁵.

Sendo assim, os escritos dos principais pensadores do iluminismo defendiam que o Estado se afastasse da população, garantindo a esta liberdade, igualdade, propriedade e segurança. Como era esperado, Ferrajoli refere-se sempre ao Estado como um ente causador de violações aos direitos fundamentais dos acusados⁸⁶.

Entretanto, como já julgou o Tribunal Constitucional Alemão, um Estado Democrático de Direito deve pautar sua atuação, sempre, no binômio “proibição do excesso” e “proibição da proteção deficiente”. Na primeira, caberá ao Estado frear sua atuação, evitando a positivação de condutas nímidas. Por outro lado, a segunda refere-se a um agir positivo do Estado, que deverá atuar quando as leis existentes para a tutela de determinado instituto mostram-se insuficientes para tanto⁸⁷.

⁸⁵ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

⁸⁶ TICAMI, Danilo. Breves delineamentos acerca do garantismo penal. In: BRITO, Alexis Couto de; SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo (Org.). Caderno de ciências penais: reflexões sobre as escolas e os movimentos político-criminais. São Paulo: Editora Plêiade, 2012. p. 183-222.

⁸⁷ Ibidem.

2. DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

2.1. Introdução

Durante a madrugada, Jean Valjean acordou.

O ex-condenado pertencia a uma pobre família camponesa. Quando criança, não aprendeu a ler. Ao crescer, tornou-se podador de árvores. Órfão de pai e mãe, foi criado por uma irmã mais velha, casada e com sete filhos. Quando tinha vinte e cinco anos, a irmã enviuvou. O filho mais velho tinha oito anos, o mais novo, um. Jean Valjean tornou-se o arrimo da família. Passou a sustentar a irmã e os sobrinhos com trabalhos grosseiros e mal remunerados. Nunca namorou, nem nunca se soube que estivesse apaixonado. Vivia para a família. Falava pouco, tinha o semblante pensativo. Quando comia, muitas vezes a irmã tirava o melhor pedaço de seu prato para dar a uma das crianças, e ele sempre permitia. Mas seu trabalho e o da irmã eram insuficientes para sustentar uma família tão grande. A miséria aumentou. Certo ano, em um inverno rigoroso, Jean Valjean não encontrou trabalho. A família ficou sem pão. Sem pão. Exatamente como está escrito. Sete crianças.

Em uma noite de domingo, o padeiro da aldeia ouviu uma pancada na vidraça gradeada. Correu. Chegou a tempo de ver um braço passando por uma abertura feita por um murro na vidraça. O braço pegou um pão. O padeiro perseguiu o ladrão, que tentava fugir. Era Jean Valjean.

Isso aconteceu em 1795.

Por este crime, foi condenado a cinco anos nas galés. Explica-se: as galés eram barcos movidos a remo. Os grupos de remadores, acorrentados, eram constituídos por prisioneiros condenados. Havia um soldo miserável para cada um deles, guardado até a libertação. Era um trabalho exaustivo, feito somente por condenados. Jean Valjean recebeu grilhões nos pés. Foi acorrentado. Deixou de ter nome, passou a ser um número: 24 601. E sua irmã? E as crianças? Pergunte a um vendaval onde arremessou as folhas secas. Sem ninguém por eles, partiram ao acaso. Abandonaram a terra onde nasceram. Foram esquecidos. Com o tempo, até Jean Valjean os esqueceu. Uma vez apenas, no quarto ano de sua pena, ouviu notícias de sua irmã por alguém que os conhecera. Vivia em Paris com apenas um dos filhos, o menino mais novo. Dos outros, nada se sabia. A irmã trabalhava todos os dias como operária. Deixava o filho numa escola. Mas, como esta só abria mais tarde, o menino ficava esperando no frio. Essa notícia foi como um relâmpago, como uma janela aberta sobre o destino de quem ele amava, porque Jean Valjean nunca mais os encontrou, nem soube deles, por mais que os procurasse mais tarde.

No final do quarto ano de condenação, Jean Valjean tentou fugir. Ficou livre dois dias, até ser capturado. Foi condenado a mais três anos. Quando cumpriu seis, tentou outra vez, mas não conseguiu fugir. Resistiu aos guardas que o encontraram em seu esconderijo e ganhou mais cinco anos, com castigos. No décimo ano e no décimo terceiro, quis fugir outras vezes, e sua pena aumentou mais ainda. Até cumprir dezenove anos. Por tentar roubar um pão⁸⁸.

O excerto acima foi extraído da imortal obra de Victor Hugo, *Os Miseráveis*.

No livro, é narrada a vida de Jean Valjean, um sujeito que representa, no início do livro, a miséria humana em seu grau mais elevado, além da ineficiência do Direito Penal para reger determinados casos concretos.

⁸⁸ HUGO, Victor. *Os Miseráveis*. São Paulo: Editora Fdt, 2002.

Jean Valjean era um francês, solteiro, que passou a morar com sua irmã após a morte do seu marido. A mudança decorreu da necessidade em alimentar seus cinco sobrinhos, tarefa impossível apenas para a mãe das crianças.

Em razão da pobreza do período, o protagonista apenas conseguiu empregos de baixa qualificação e sazonais, os quais pagavam, por conseguinte, salário ínfimo para garantir uma vida digna. Mesmo assim, a junção dos soldos de Jean Valjean, com o de sua irmã, era suficiente para alimentar e dar moradia, ainda que parcamente, a toda família.

Entretanto, por razões desconhecidas na história, Jean Valjean não conseguiu trabalho em um dado inverno, estação do ano que, por ser rigorosa na França, potencializa ainda mais a miserabilidade da população carente.

O salário da irmã, logicamente, foi incapaz de manter a alimentação e moradia das sete pessoas da família. A falta de esperança corroía a alma e a dignidade do protagonista.

Em um ato de desespero, Jean Valjean quebrou a vidraça de uma padaria, na tentativa de furtar algum pão. Para sua infelicidade, o dono do estabelecimento ouviu o barulho e foi verificar o ocorrido, flagrando o ato do protagonista, o qual, acuado, empreendeu fuga do local. Todavia, perseguido pelo comerciante e por policiais, foi capturado, preso e condenado a uma pena de cinco anos nas galés.

Posteriormente, Jean Valjean, durante o cumprimento de sua pena, tentou fugir quatro vezes, exasperando sua reprimenda penal para dezenove anos, além de ser submetido a castigos físicos.

O caso de Jean Valjean, alegoria para milhares de injustiçados pela justiça penal ao longo da história da humanidade, retrata a importância do desenvolvimento dos princípios na seara penal, em razão da delicadeza dos bens jurídicos tutelados, sejam eles das vítimas (e.g. vida, patrimônio, honra) ou dos criminosos (e.g. liberdade).

A condenação do protagonista de *Os Miseráveis* é fruto do positivismo exacerbado, a marca legislativa e doutrinária de um período que se prolongou desde o Renascimento Cultural europeu até a Revolução Francesa e guerras de Napoleão Bonaparte.

Como visto anteriormente, os indivíduos temiam a figura dos juízes, em razão dos julgamentos secretos, místicos e sem garantias que ocorriam na Inquisição Católica ao longo da Idade Média.

No momento em que os Estados começam a se estruturar e as Monarquias absolutistas assumem o poder, com maciço apoio da burguesia, a segurança jurídica tornou-se uma preocupação de todos. Desta forma, concebeu-se a impossibilidade de a lei ser interpretada pelos magistrados, evitando os riscos de influência do obscurantismo medievo. Assim, a lei deveria ser aplicada conforme o texto positivado e nos estritos limites da *verba*.

Isto explica como uma conduta insignificante como a realizada por Jean Valjean deu ensejo a uma pena elevada, de cinco anos nas galés. Ademais, salienta-se que, conforme o disposto no primeiro capítulo da presente monografia, as penas eram fixas para os delitos, neste período. Qualquer furto, na França renascentista, seria punido com reprimenda quinquenal, de acordo com a narrativa de Victor Hugo.

A evolução do Direito Penal ocorrida desde o século XVIII é notável. Caso Jean Valjean cometesse a mesma conduta no presente ano, as consequências dos seus atos seriam muito mais brandas, quando comparadas ao que, de fato, aconteceu ao personagem.

Inicialmente, tem-se que o protagonista seria absolvido, uma vez que praticou furto famélico. Apesar de este instituto relacionar-se à excludente de ilicitude “estado de necessidade”, seu fundamento é o princípio da insignificância, uma vez que uma conduta que não fere, de modo relevante, o patrimônio da vítima da subtração, aliada à necessidade alimentar do agente, retira a legitimidade do Direito Penal para agir no caso concreto. Desta forma, Jean Valjean sequer seria encarcerado, pois não figuraria como réu em processo algum.

Por outro lado, supondo que um gravíssimo erro judiciário ocorresse e que o protagonista fosse encarcerado, suas fugas não teriam o condão de exasperar sua pena, configurando, apenas, falta de natureza disciplinar grave, de acordo o artigo 50, inciso II, da Lei de Execução Penal.

Desta forma, na remota hipótese de Jean Valjean ter sido condenado na atualidade, suas tentativas de fuga somente atravancariam seus futuros pedidos de progressão de regime, bem como implicariam na perda de um terço dos dias por ele remidos, se existissem, de acordo com jurisprudência firmada nos tribunais superiores.

O Direito Penal, diante da incapacidade do legislativo em positivar condutas criminosas que abarquem todos os meandros do comportamento humano, deve

prever mecanismos para evitar a punição de condutas irrelevantes ou que apresentem resultado nímodo. Tal ferramenta é o princípio da insignificância, pois, como já dizia o filósofo Terêncio, *a justiça inflexível é frequentemente a maior das injustiças*⁸⁹.

2.2. Histórico

A doutrina mundial considera como incontroverso o fato de que o princípio da insignificância foi sistematizado, com caráter científico, pela primeira vez, em 1964, por meio dos ensinamentos de Claus Roxin, baseado no brocado latino *mínima non curat praetor*⁹⁰.

Entretanto, a divergência é intensa no que diz respeito à origem histórica do princípio da insignificância, sobretudo se tal instituto derivou, ou não, diretamente do Direito Romano.

Os autores que defendem a tese da origem romana do princípio da insignificância discorrem sobre a natureza dos delitos, ou seja, infrações às normas vigentes, dividindo-os em privados e públicos⁹¹.

Por delitos privados, entendiam-se aqueles praticados sem violência. Desta forma, o representante estatal romano funcionaria como árbitro para o caso, o qual seria julgado de acordo com as leis civis, uma vez que somente foram violados interesses privados. Nestes casos, cabia às partes a instrução do feito, pois o aparato imperial não investigaria o ocorrido⁹².

Já nos delitos públicos, o representante estatal romano assume as tarefas próprias de um magistrado, podendo ordenar a realização de quaisquer diligências que julgar necessárias para a elucidação do caso. Ademais, o referido representante era titular do *ius puniendi* romano.

Ainda sobre o tema, o juiz federal Élcio Arruda acrescenta que

Na monarquia romana, mesmo antes da época dos pretores (356 a.C.), a Lei das XII Tábuas (451-449 a.C.) reservava a intervenção penal a violações que diretamente atentassem contra o Estado (alta traição, subtração ao serviço militar, incitação ao inimigo etc.). O direito romano distingua entre infrações

⁸⁹ RECORD, Rede. Frases de Terêncio. Disponível em: <<http://kdfrases.com/frase/117372>>. Acesso em: 30 maio 2014.

⁹⁰ SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da Insignificância no Direito Penal. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

⁹¹ Idem.

⁹² BRANDÃO, Cláudio. Ontologia da ação penal. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, ano 35, n. 140. P. 237-243, 1998

penais privadas (*delicta privata*) e públicas (*crimina publica*): aquelas, menos graves, entregues à persecução do próprio ofendido, em tribunais civis; estas, de maior intensidade, cometidas à acusação por parte de qualquer do povo, com a obrigatoriedade de o tribunal criminal emitir o veredito condenatório ou absolutório. Uma diretiva clara informava o sistema: lesões de menor relevância deveriam ser equacionadas entre os próprios envolvidos, sem a ingerência do poder público. *De minimis non curat praetore*⁹³.

Por outro lado, os autores que rechaçam a origem romana do princípio da insignificância, argumentam que o Direito Romano era altamente desenvolvimento em seu aspecto privado, ou seja, no relacionamento dos cidadãos entre si, sobretudo nos temas do Direito de Família, Direito das Sucessões e no Direito Contratual⁹⁴.

Desta forma, o brocardo latino *de minimis non curat praetore* referia-se aos casos privados banais ou frequentes, os quais, em razão da irrelevância do ocorrido, não mereceriam tomar o tempo do pretor. Como se observa, inexiste relação alguma com o Direito Penal da Roma Antiga⁹⁵.

Guzmán Dalbora é ainda mais radical ao defender a inexistência do princípio da insignificância no Direito Romano, chegando mesmo a negar que o brocardo *minimis non curat praetore* sequer foi criado pelos juristas da antiguidade, haja vista que não é possível localizá-lo no texto do *Corpus Juris Civilis* ou na *Magna Glosa*, escrita por Acúrsio⁹⁶.

Vale ressaltar, ainda, que para Ribeiro Lopes, a referida máxima latina foi criada durante o Iluminismo europeu, sendo uma atualização axiológica do princípio da legalidade. Assim, a norma penal deveria sempre ser imposta ao caso concreto, salvo quando a conduta ou resultado desta fossem irrelevantes.⁹⁷

Tornando ainda mais crível a tese acima aventada, o seguinte pensamento do mestre Beccaria define, com precisão, a ideia que, posteriormente, originaria do princípio da insignificância, ao dispor que a exata medida de um crime é aferível pelo dano que ele causa na sociedade⁹⁸.

Encerrada a polêmica acerca da origem do princípio da insignificância, é importante destacar que a primeira legislação a prevê-lo, expressamente, foi a

⁹³ ARRUDA, Élcio. Insignificância: um princípio nada insignificante. Boletim do Instituto Brasileiro de Criminalística, São Paulo, v. 17, n. 202, p.12-13, 2005.

⁹⁴ SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da Insignificância no Direito Penal. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

⁹⁵ Idem.

⁹⁶ DALBORA, José Luis Guzmán. La insignificância: especificación y reducción valorativas em el ámbito de lo injusto típico. Revista brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, ano 4, n. 14, 1996.

⁹⁷ LOPES, Maurício Antonoi Ribeiro. Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da lei 9.099/95. São Paulo: RT, 1997.

⁹⁸ BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. 7. ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2013.

Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada na França em 1789, conforme se observa

Art. 5º. A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene⁹⁹.

Posteriormente, em 1896, o jurista alemão Frank von Liszt propôs a retomada do conceito expresso pela máxima *minimis non curat praetore*, como uma forma de frear o avanço da legislação germânica no período. O autor entendia que o Direito Penal era usado em excesso pelo poder legislativo, sendo necessária a criação de um mecanismo que conteúdo axiológico às condutas praticadas ou aos seus resultados naturalísticos¹⁰⁰.

Entretanto, a referida necessidade tornou-se premente durante o período pós II Guerra, uma vez que milhares de alemães, famintos e sem impossibilitados de gozar da dignidade da pessoa humana, praticavam inúmeros furtos, para poderem ter o que comer ou que vestir¹⁰¹.

A situação social alemã já era precária. Caso o silogismo frio da lei fosse aplicado, as penitenciárias não suportariam a quantidade de reclusos. Atento a este fator, Claus Roxin inaugura, em 1965, o princípio da insignificância como causa excludente de tipicidade, a qual operaria no âmbito da tipicidade material, afastando a incidência da norma penal de condutas nímidas¹⁰².

Deste então, o Poder Judiciário e os ordenamentos jurídicos dos países procuram, primeiramente, entender o princípio da insignificância, para sua posterior concretização, seja no plano legal, seja nas decisões, administrativas ou judiciais, proferidas pelas autoridades competentes.

⁹⁹ SÃO PAULO. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. . Declaração de direitos do homem e do cidadão - 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 09 ago. 2014.

¹⁰⁰ BELLO, Warley. Tratado dos Princípios Penais: Volume II: Princípios Constitucionais Implícitos. Florianópolis: Bookess Editora, 2012.

¹⁰¹ SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da Insignificância no Direito Penal. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

¹⁰² MORAES, Jorge Luiz dos Santos. Princípio da insignificância. In: FAYET JÚNIOR, Ney. A sociedade, a violência e o direito penal. A: Livraria do Advogado, 2000. p. 105-119.

2.3. Características

2.3.1. Tipicidade Formal e Material

Os legisladores, ao escolherem determinados bens jurídicos como aptos a merecerem a tutela penal, preocupam-se, logicamente, apenas com as lesões ou ameaças de expressiva relevância. Entretanto, por uma deficiência do léxico, tal ressalva torna-se improvável redação de descrições gerais e abstratas do Código Penal¹⁰³.

Assim, o jurista Luiz Luisi, ao comentar sobre o tipo penal, asseverou que sua composição abarcava um sujeito, cuja conduta omissiva ou comissiva provocava lesão a um bem jurídico tutelado pela norma. Assim, o princípio da insignificância qualifica a referida lesão, de modo a autorizar que a reprimenda penal somente recaia sobre o agente quando houver relevância da conduta ou do seu resultado. Nos demais casos, tem-se que a própria tipicidade não foi vislumbrada, inexistindo, por conseguinte, o binômio “delito” e “criminoso”¹⁰⁴.

Como mencionado no capítulo anterior, a sociedade temia os arbítrios do Estado durante o período iluminista, uma vez que, na ausência de previsibilidade jurídica, cominavam-se penas cruéis e severas aos indivíduos, em desrespeito ao princípio do devido processo legal¹⁰⁵.

Para solucionar o problema da imprevisibilidade, inúmeros sistemas jurídicos codificaram suas leis e, desta forma, o princípio da estrita legalidade tornou-se a matriz axiológica dos magistrados do período¹⁰⁶. Aos magistrados, caberia apenas ler a lei e aplicá-la aos casos concretos, sem que um exercício interpretativo fosse realizado.

Entretanto, a manutenção da estrita legalidade, como vetor axiológico, provocava o encarceramento de pessoas que haviam praticados crimes de escassa

¹⁰³ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. A objetividade do princípio da insignificância. Boletim do Instituto Brasileiro de Criminalística, São Paulo, v. 9, n. 109, p.11-13, 2001.

¹⁰⁴ LUISI, Luiz. O princípio da insignificância e o pretório excelso. Boletim do Instituto Brasileiro de Criminalística, São Paulo, v. 6, n. 63, p.227-227, 1998.

¹⁰⁵ LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: Entre aceitação ampla e aplicação problemática. Revista Direito Gv, São Paulo, v. 8, n. 1, p.203-233, 2012.

¹⁰⁶ LOSANO, Mario. Os grandes sistemas jurídicos. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

lesividade para a vítima ou para a sociedade, sendo exemplo, o furto de uma caixa de fósforos, *res de valoração desprezível*¹⁰⁷.

Desta forma, o princípio da insignificância é erigido como uma forma de interpretação restritiva do tipo penal, de modo a evitar que este alcance condutas ou resultados ínfimos, dividindo-o em dois elementos estruturais, quais sejam, a tipicidade material e a tipicidade formal¹⁰⁸.

A tipicidade formal ocorre quando a conduta praticada pelo agente adequase, com perfeição, à descrição abstrata prevista no ordenamento penal. Ressalta-se, ainda, que a tipicidade formal é composta pela conduta, pelo resultado naturalístico, pelo nexo de causalidade e pela compatível subsunção do fato à lei¹⁰⁹.

Em contrapartida, entende-se por tipicidade material a existência de um caráter danoso aos bens jurídicos tutelados pela norma¹¹⁰. De acordo com Magalhães Noronha, “crime é a conduta humana que lesa ou expõe a perigo um bem jurídico protegido pela lei penal”¹¹¹.

A exigência da lesão ou perigo para os crimes materiais corrobora a conclusão do Professor Víctor Rodriguez de que existem, desta forma, fatos típicos e que não ofendem o conteúdo valorativo das leis penais, caracterizando, meramente, a tipicidade formal da conduta¹¹².

Por fim, entende-se que o princípio da insignificância operacional na tipicidade material dos fatos que, apesar de assemelharem-se aos crimes, são irrelevantes para o Direito Penal, uma vez que sequer ofendem ou expõem a risco os bens jurídicos tutelados¹¹³.

¹⁰⁷ LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: Entre aceitação ampla e aplicação problemática. Revista Direito Gv, São Paulo, v. 8, n. 1, p.203-233, 2012.

¹⁰⁸ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. A objetividade do princípio da insignificância. Boletim do Instituto Brasileiro de Criminalística, São Paulo, v. 9, n. 109, p.11-13, 2001.

¹⁰⁹ GOMES, Luiz Flávio. Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹¹⁰ Idem.

¹¹¹ NORONHA, E. Magalhães. Direito penal. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 1978. v.1.

¹¹² RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

¹¹³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz et al. A Confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: Análise estatística de julgados. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 98, n. , p.117-148, 2012.

2.3.2. Reprovabilidade do Resultado, da Conduta e da Culpabilidade

Carlo Enrico Paliero explica que a aplicação do princípio da insignificância sobre uma conduta típica, fulminando-lhe sua tipicidade material e, por conseguinte, absolvendo criminalmente seu autor, dependerá que os três índices valorativos, quais sejam, “desvalor do evento”, “desvalor da ação” e “desvalor da culpabilidade” mantenham-se, conjuntamente, abaixo de um limite mínimo, definido em lei ou jurisprudencialmente¹¹⁴.

Por outro lado, Lycurgo Santos esboça sua teoria em duas premissas, ao afirmar que o comportamento do agente que objetiva ser beneficiado com o princípio da insignificância deverá ser analisado *ex ante*, ou seja, verificando se é inócuo, em tese, a causar dano a um bem jurídico protegido pelo Direito Penal, bem como *ex post*, analisando se é impróprio para concretizar o referido dano¹¹⁵.

Contrapondo ambas as teorias expostas, verifica-se que a tese de Lycurgo Santos aproxima-se mais da forma como Roxin estruturou o princípio da insignificância, uma vez que advoga pelo afastamento da análise de características subjetivas, preocupando-se, exclusivamente, com o desvalor provocado pela conduta do agente e pelas suas consequências. Luiz Luisi explicita tal entendimento ao dizer que “uma lesão insignificante a um bem jurídico, mesmo que seja de autoria de um celerado, reincidente na prática dos mais graves delitos, não faz com que ao mesmo se possa atribuir a prática de crime”¹¹⁶.

Desta forma, de acordo com a doutrina majoritária, bastará que a conduta ou o seu resultado sejam, alternativamente, nímos, para que o acusado seja absolvido pela atipicidade do seu comportamento¹¹⁷. Ademais, caso tanto a conduta, quanto seu resultado, sejam ínfimos, com maior celeridade ainda deverá o processo crime ser extinto.

A ação realizada pelo indivíduo será insignificante quando ela, por si só, for incapaz de acarretar ou potencializar riscos ou lesões a um ou mais bens jurídicos

¹¹⁴ PALIERO, Carlo Enrico. Note sulla disciplina dei reati bagatellari. Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, ano XXII, fasc. 3. P. 920-991, 1979.

¹¹⁵ SANTOS, Lycurgo de Castri. Princípio da intervenção mínima do direito penal e crimes de menor potencial ofensivo – Lei 9.099/95. Revista Justiça e Democracia. São Paulo: RT, n.1, p. 198-206, 1996.

¹¹⁶ LUISI, Luiz. O princípio da insignificância e o pretório excelsa. Boletim do Instituto Brasileiro de Criminalística, São Paulo, v. 6, n. 63, p.227-227, 1998.

¹¹⁷ GOMES, Luiz Flávio. Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

tutelados pela norma¹¹⁸. Como exemplo, tem-se o sujeito que, durante uma inundação dolosa (artigo 254, do Código Penal), auxilia o autor do crime lançando, na correnteza, um copo de água¹¹⁹.

Por outro lado, o resultado da ação formalmente típica será nímito quando o dano por ela provocado for incapaz de afetar, com relevância, o bem jurídico tutelado pela norma, inviabilizando que o Direito Penal se exerça contra o acusado¹²⁰. O exemplo clássico para esta situação refere-se ao sujeito que subtrai para si, sem violência ou grave ameaça, uma maçã de uma banca de feira.

2.3.3. Previsão do Princípio da Insignificância no Direito Brasileiro

Apesar de não estar previsto, expressamente, no Código Penal¹²¹, fato que provocou, anos atrás, decisões judiciais negando a existência e, por conseguinte, a aplicação do princípio da insignificância¹²², este valor axiológico encontra-se positivado no ordenamento jurídico brasileiro.

O Código Penal Militar é a única legislação brasileira que positiva, de maneira inequívoca, o princípio da insignificância¹²³. Seus artigos 209, § 6º e 240, § 1º, estabelecem, *in verbis*:

No caso de lesões levíssimas, o juiz pode considerar a infração somente como disciplinar.

Se o agente é primário e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou considerar a infração como disciplinar¹²⁴.

Esclarecendo o conteúdo dos artigos, no âmbito do Direito Militar, a infração disciplinar assemelha-se a uma responsabilidade administrativa, apresentando sanção inferior do que as previstas para violação de regras civis e penais¹²⁵.

¹¹⁸ SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da Insignificância no Direito Penal. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

¹¹⁹ GOMES, Luiz Flávio. Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹²⁰ SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da Insignificância no Direito Penal. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

¹²¹ GOMES, Luiz Flávio. Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹²² Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 14.ª Câmara Criminal. Apelação Criminal 990.08.089790-0. Relator: Des. Fernando Torres Garcia. j. 05 de março de 2009.

¹²³ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. O mito da não existência de previsão legal do princípio da insignificância no Brasil. Boletim do Instituto Brasileiro de Criminalística, São Paulo, v. 21, n. 251, p.16-17, 2013.

¹²⁴ BRASIL. Decreto-lei nº 1.101, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/de11001.htm>.

Desta forma, verifica-se a falsidade nas afirmações que o princípio da insignificância não existe no Direito brasileiro. Entretanto, a falta de determinação de critérios fixos no Código Penal, ou na Constituição Federal, acaba por provocar uma gama de decisões judiciais contraditórias acerca da aplicação, ou não, do referido princípio nos casos concretos. Tal fato, por si só, gera insegurança jurídica.

Atento a esta problemática, o Poder Legislativo brasileiro, em projeto de novo Código Penal, acrescentou um artigo à parte geral da futura legislação prevendo o princípio da insignificância, no qual se determina¹²⁶

Princípio da insignificância

Art. 29. Não há crime quando cumulativamente se verificarem, no caso concreto, e sendo possível o seu reconhecimento, as seguintes condições:

- a) mínima ofensividade da conduta do agente;
- b) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento;
- c) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Parágrafo único. É vedado o reconhecimento da insignificância penal quando o agente for reincidente, possuir maus antecedentes ou habitualidade delitiva¹²⁷.

A positivação expressa do princípio da insignificância no vindouro Código Penal brasileiro é louvável do ponto de vista jurisprudencial, garantista e acadêmico, elevando o Brasil a um patamar diferenciado, uma vez que a maioria dos países não positiva o referido princípio, entendendo-o como uma criação doutrinária.

Outro fator positivo, também, é a escolha da natureza jurídica do princípio da insignificância, uma vez que o novo Código Penal é expresso ao elenca-lo como uma causa excludente da tipicidade. Vale ressaltar, ainda, que é interessante a vedação do gozo do princípio da insignificância aos indivíduos que, reiteradamente, praticam crimes, vedando eventual estímulo da criminalidade de reduzida ofensividade aos bens jurídicos.

Entretanto, a referida positivação apresenta um erro crasso, no que tange à doutrina pacificada sobre o tema, pois obsta que o réu reincidente possa ser beneficiado com a referida causa excludente de tipicidade. Como já visto, o

¹²⁵ CONSUL, Julio Cezar Dal Paz. Prescrição administrativo disciplinar militar. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 48, dez 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2441>. Acesso em junho 2014.

¹²⁶ GOMES, Luiz Flávio. Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹²⁷ PENAL, Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código. Parecer sem número de 2013. Brasília: ., 2013. Disponível em <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2013/12/leia-a-integrado-relatorio-final-sobre-a-reforma-do-codigo-penal>>.

princípio da insignificância apresenta viés objetivo e, para sua aplicação aos casos concretos, as circunstâncias pessoais do acusado são irrelevantes.

Resta aguardarmos para o que o Poder Legislativo corrija tal erro teórico ou, ainda, uma o princípio da irrelevância penal do fato, ao mencionado artigo 29, do próximo Código Penal.

2.4. Princípio da Insignificância no Supremo Tribunal Federal

2.4.1. Consolidação da Teoria

Como visto anteriormente, o princípio da proporcionalidade foi utilizado no Brasil, inicialmente, como resposta penal ao problema do encarceramento exagerado ocorrido no país, sobretudo por crimes patrimoniais sem violência ou grave ameaça, os quais respondiam por aproximadamente 30% dos nossos detentos¹²⁸.

Em razão de o Código Penal não apresentar mecanismos que evitassem o excesso de condenações, uma vez que a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos apresenta inúmeros requisitos, a jurisprudência dos tribunais brasileiros utilizou-se do princípio da insignificância como forma de absolver os autores de condutas de inexpressiva lesividade.

De acordo com o professor Pierpaolo Bottini, apesar de o princípio da insignificância ter sido estruturado dogmaticamente por Roxin, em 1965, e consagrado na doutrina deste então, sua aceitação e utilização por parte do Supremo Tribunal Federal demorou décadas até alcançarmos o atual patamar jurisprudencial¹²⁹.

A primeira vez em que o pretório excelso manifestou-se sobre o princípio da insignificância foi no julgamento do *habeas corpus* 66.869/PR, em 1988¹³⁰.

No caso, a paciente Vera Maria Nunes Deutscher, por imperícia, provocou um sinistro automobilístico. Do acidente, restou na vítima, cujo nome não consta dos autos, apenas uma equimose, constatada por meio de laudo pericial.

¹²⁸ GOMES, Luiz Flávio. Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹²⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz et al. A Confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: Análise estatística de julgados. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 98, n. , p.117-148, 2012.

¹³⁰ Ao se pesquisar “princípio da insignificância” junto ao site do Supremo Tribunal Federal, este é o acórdão mais longevo.

Em razão de a vítima da colisão ter sofrido lesão corporal, o Ministério Público paranaense denunciou Vera Maria como incursa no artigo 129, § 6º, do Código Penal, haja vista que o Código de Trânsito Brasileiro somente seria promulgado no ano de 1997.

Inconformada com a exordial acusatória, Vera Maria impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, baseando-se no princípio da insignificância, em razão do caráter ínfimo da lesão sofrida pela vítima.

No acórdão prolatado, os desembargadores fundamentaram a improcedência do *writ* na natureza da lesão sofrida pela vítima do sinistro, utilizando-se uma interpretação literal dos preceitos da medicina legal.

Os desembargadores paranaenses entenderam que uma única equimose, provocada após uma colisão automobilística, teria o condão caracterizar o crime de lesão corporal culposa. No texto do acórdão, consta, ainda, que a paciente somente poderia ser absolvida se a vítima sofresse um eritema.

O renomado autor de Medicinal Legal, Genival Veloso de França, explica que os eritemas caracterizam manchas avermelhadas na epiderme dos indivíduos, em decorrência da vasodilatação. A ocorrência do eritema poderá estar relacionada a exposição ao calor, queimaduras, infecções, inflamações e intoxicações¹³¹. Conclui-se, portanto, que os desembargadores erraram ao escolher o paradigma da lesão, uma vez que o eritema não se relaciona a acidentes automobilísticos. Como exemplo, se um indivíduo de tez alva permanecer ao sol do meio dia desprotegido, provocará em si, eritemas térmicos por todo seu corpo.

No caso, a vítima sofreu uma equimose. De acordo com Odon Ramos Maranhão, tal lesão caracteriza-se pelo rompimento de pequenos capilares do tecido cutâneo humano, havendo extravasamento de sangue interno. A epiderme, vale ressaltar, permanece íntegra¹³². A equimose é frequentemente relacionada ao choque entre um corpo com um objeto, sendo o achado médico esperado em um acidente automobilístico.

¹³¹ FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Gen, 2011.

¹³² MARANHÃO, Odon Ramos. *Curso Básico de Medicina Legal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

Entretanto, no momento em que, havendo colisão entre veículos, a vítima sofre uma equimose de apenas três centímetros em uma das coxas¹³³, verifica-se o quanto leve foi o acidente, uma vez que sequer produziu lesão relevante. Com base neste argumento, o Ministro Aldir Passarinho determinou o trancamento da ação penal, voto que foi seguido pelos colegas¹³⁴.

Curiosamente, apesar de o princípio da insignificância ter sido aplicado magistralmente no caso acima, esta excludente de tipicidade somente foi novamente utilizada pelo Supremo Tribunal Federal em 1998, incríveis dez anos depois, no julgamento do *habeas corpus* 77.003-4.

No caso, Valéria Cardoso Teles de Carvalho foi acusada, enquanto foi prefeita do Município de São José da Coroa Grande, localizado em Pernambuco, de ter contratado servidor público em descumprimento ao preceito do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, conduta tipificada como crime no artigo 1º, inciso XIII, do decreto-lei 201, de 1.967.

Quando se realiza uma análise aprofundada do ocorrido, verifica-se que a paciente precisava, durante seu mandato, suprir a vaga de um único gari para a composição do quadro de servidores desta função. Como o Município não dispunha de grande receita, a prefeitura Valéria optou pela não realização do concurso público. Ademais, vale ressaltar que o gari contratado irregularmente permaneceu no cargo por apenas nove meses¹³⁵.

O Ministro Marco Aurélio, relator do acórdão, determinou o trancamento da ação penal em que Valéria figurava como ré. Em sua motivação, salientou o caráter político-criminal que o princípio da insignificância apresenta no ordenamento jurídico brasileiro, ao afirmar:

Rememora-se a hipótese que veio a movimentar esta máquina judiciária tão sobrecarregada, desprezando-se, até mesmo, a ordem natural das coisas, e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade¹³⁶.

Desta forma, como as sanções penais previstas no decreto-lei 201, de 1.967 tutelam a moralidade e a higidez financeira da Administração Pública e a

¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2º T. Habeas corpus 66.869-1. Relator: Min. Aldir Passarinho. J. 06 de dezembro de 1988. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102215>>

¹³⁴ Idem

¹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2º T. Habeas corpus 77.003-4. Relator: Min. Marco Aurélio. J. 16 de junho de 1998. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=77031>>

¹³⁶ Idem.

contratação realizada pela paciente não violou tais bens jurídicos, o Supremo Tribunal Federal aplicou o princípio da insignificância ao caso.

Novamente houve um hiato, no âmbito do pretório excuso, sobre o tema da insignificância, o qual somente foi analisado novamente em 2002, no julgamento do *habeas corpus* 81.734/PR.

Neste processo, Jorge Hilário Pompermayer, militar, foi flagrado consumindo um cigarro de maconha nas dependências do quartel em que era lotado. O estupefaciente foi submetido a perícia, cujo laudo constatou que a quantidade de droga utilizada pelo militar era inferior a 10% (dez por cento) de um grama.

O Superior Tribunal Militar, apesar das alegações que a quantia de maconha utilizada por Jorge Hilário era ínfima, manteve a condenação proferida em primeira instância, pelo crime previsto no artigo 290, do Código Penal Militar, *in verbis*

Art. 290. Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
Pena - reclusão, até cinco anos¹³⁷.

Curiosamente, o Supremo Tribunal Federal não acolheu o *habeas corpus* impetrado por Jorge Hilário, uma vez que acolheu, integralmente, o parecer exarado, nos autos, pelo Ministério Público Federal, no qual se manifestava-se pela manutenção da condenação¹³⁸.

Os ministros entenderam que o princípio da insignificância não deveria ser considerado no caso concreto, uma vez que inexiste previsão legislativa expressa delimitando seu alcance e conteúdo. Ademais, entenderam que o paciente do *writ*, em razão de sua função de militar, trabalha ou tem acesso diretamente a explosivos e armamentos. Desta forma, qualquer utilização de substâncias psicotrópicas seria potencialmente perigosa e merecedora de sanção penal.

O mencionado retrocesso temporário na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça perdurou por apenas dois anos, uma vez que o *leading case* sobre o princípio da insignificância foi julgado em 2004, nos autos do *habeas corpus*

¹³⁷ BRASIL. Decreto-lei nº 1.101, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/de11001.htm>.

¹³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª T. Habeas corpus 81.734-3. Relator: Min. Sydney Sanches. J. 26 de março de 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78840>>

84.412¹³⁹. A partir deste acórdão, o princípio da insignificância foi plenamente aceito nas decisões do pretório excuso brasileiro, tema que será abordado no próximo capítulo.

2.4.2. Vetores Propostos pelo Ministro Celso de Melo

O fator que torna o julgamento do *habeas corpus* 84.412 tão paradigmático é a sistematização conferida pelo relator do caso, Ministro Celso de Melo, ao princípio da insignificância.

A fundamentação do relator para o caso traçou as linhas gerais para a aplicação do referido princípio, por meio de enunciados de caráter genérico, possibilitando sua aplicação nos demais órgãos jurisdicionais do Brasil.

No caso, Bill Cleiton Cristovão foi acusado por ter furtado uma fita de vídeo-game, avaliada, via laudo pericial, na módica quantia de R\$ 25,00 (vinte e cinco reais).

Em primeira instância, o acusado foi condenado a uma pena não presente nos autos. Inconformado com a decisão, o paciente impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. No acórdão exarado, os desembargadores paulistas julgaram o *writ* improcedente, pois consideraram que a subtração, sem violência ou ameaça, de *res* no valor de R\$ 25,00 configuraria furto privilegiado, ao invés de princípio da insignificância.

Distinguindo o princípio da intervenção mínima do Direito Penal, cujo conteúdo semântico e valorativo destina-se, precipuamente, aos legisladores, do princípio da insignificância, dirigido aos magistrados, o Ministro Celso de Melo assim es manifestou quanto a este último:

O princípio da insignificância – que considera necessária, na aferição o relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do poder público¹⁴⁰.

¹³⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz et al. A Confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: Análise estatística de julgados. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 98, n. , p.117-148, 2012.

¹⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2^a T. Habeas corpus 84.412-0. Relator: Min. Celso de Mello. J. 19 de outubro de 2004. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79595>>

Luiz Flávio Gomes, ao comentar sobre os vetores transcritos, conclui que “mínima ofensividade da conduta do agente”, “nenhuma periculosidade social da ação” e o “reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento” referem-se ao desvalor que a conduta do acusado poderá despertar. Já por “inexpressividade da lesão jurídica provocada”, entende-se a aferição do desvalor do resultado da conduta praticada pelo agente delituoso¹⁴¹.

Analizando-se os critérios propostos por Celso de Melo, destaca-se a ausência de vetores que se relacionem à vida pregressa do acusado, mantendo, por conseguinte, o caráter objetivo do princípio da insignificância. Desta forma, basta que a conduta, ou o seu resultado, afetem de maneira ínfima ao bem jurídico tutelado pela norma para que o princípio da insignificância seja aplicado ao caso¹⁴².

2.4.3. Opiniões acerca dos vetores

Após a prolação, pelo Supremo Tribunal Federal, do acórdão paradigma para o princípio da insignificância, sua aplicação aos casos concretos cresceu rapidamente, sobretudo em nossa corte constitucional, passando de apenas um julgado no ano de 2004, para trinta e oito, em 2009¹⁴³.

A partir de então, inúmeros juristas passaram a escrever artigos comentando os vetores propostos pelo Supremo Tribunal Federal. Diante da repetência de argumentos, destaquei duas posições antagônicas sobre o *leading case*.

O Professor Fernando Alves de Souza enviou mensagem ao grande jurista alemão Claus Roxin, autor que melhor desenvolveu a teoria do princípio da insignificância, informando-o sobre os vetores elencados pelo Ministro Celso de Melo e solicitou a opinião do mestre germânico sobre o tema. A resposta foi publicada na forma de artigo¹⁴⁴.

¹⁴¹ GOMES, Luiz Flávio. Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹⁴² BELLO, Warley. Tratado dos Princípios Penais: Volume II: Princípios Constitucionais Implícitos. Florianópolis: Bookess Editora, 2012.

¹⁴³ BRASIL. SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS. . O princípio da insignificância nos crimes contra o patrimônio e contra a ordem econômica: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: A, 2011.

¹⁴⁴ SOUZA, Fernando Antônio C. Alves de. Princípio da Insignificância: os vetores (critérios) estabelecidos pelo STF para a aplicação na visão de Claus Roxin. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, São Paulo, v. , n. 31, p.23-27, 2009.

Claus Roxin, em resposta, afirmou que a previsão expressa em lei do princípio da insignificância ainda é raridade na Europa, tanto que, na Alemanha, o tema é previsto apenas no Código de Processo Penal, que autoriza o arquivamento do processo, quando tal valor axiológico for vislumbrado no caso concreto. Ademais, o jurista salientou que os critérios utilizados pelo Supremo Tribunal Federal coadunam-se com as teorias mais atuais sobre o princípio da insignificância. Por fim, revelou sua preferência pela positivação do instituto, como forma de possibilitar maior segurança jurídica.

Em contrapartida, o Professor Ângelo Roberto Ilha da Silva rechaça¹⁴⁵ por completo o entendimento aduzido pelo Supremo Tribunal Federal. Sobre o vetor “mínima ofensividade da conduta do agente”, assevera que a expressão “mínima ofensividade” é vaga em demasia e não possibilita um indicativo prático sobre como julgar um caso concreto. A mesma crítica recai sobre o vetor “nenhuma periculosidade social da ação”.

Já em relação ao “reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento”, o professor enxerga, neste vetor, ao contrário do que entende Luiz Flávio Gomes, uma brecha semântica para que analisem aspectos relacionados à culpabilidade do acusado, ao invés de manter a análise formal do princípio da insignificância.

Por fim, afirma que o requisito “inexpressividade da lesão jurídica provocada” é uma mera repetição do primeiro vetor, somente redigido de maneira diversa.

Particularmente, julgo pertinentes as observações do Professor Ângelo Roberto Ilha da Silva, mas as entendo como exageradas. Considero que a vaguedade semântica dos vetores propostos pelo Supremo Tribunal Federal seja proposital, como forma de garantir abertura argumentativa, tanto para a acusação, quanto para a defesa, cabendo ao próprio órgão, auxiliado pelo Superior Tribunal de Justiça, a tarefa de homogeneizar a interpretação, via jurisprudência consolidada, sobre todos os meandros suscitados pelo tema. Somente assim, a segurança jurídica, clamada por Roxin, poderá não depender, exclusivamente, do Poder Legislativo.

¹⁴⁵ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da; MELO, Ana Carolina Carvalho de; FERREIRA, Luíza dos Passos. O princípio da insignificância e os critérios jurisprudenciais de sua aplicação. Boletim do Instituto Brasileiro de Criminalística, São Paulo, v. 22, n. 261, p.7-8, 2014.

2.5. Distinção com o Princípio da Irrelevância Penal do Fato

O princípio da insignificância caracteriza um dos elementos caracterizadores da criminalidade de bagatela, denominada de *bagatelledelike* pela doutrina alemã¹⁴⁶. O outro instituto despenalizante é denominado de princípio da irrelevância penal do fato.

O princípio da insignificância, também denominado de crime de bagatela próprio¹⁴⁷, procura fulminar a tipicidade material nos casos em que a conduta praticada pelo agente é irrelevante ou quando o resultado do delito mostra-se ínfimo ou quando ambas as hipóteses, em simultaneidade, são verificadas¹⁴⁸.

Desta forma, procura-se interpretar tal causa excludente da tipicidade de forma objetiva, sem que as circunstâncias pessoais dos acusados possam interferir no livre convencimento motivado dos magistrados¹⁴⁹.

Em contrapartida, o princípio da irrelevância penal do fato, também denominado de crime de bagatela impróprio¹⁵⁰, procura extinguir a punibilidade de condutas as quais, apesar de apresentarem certa relevância penal, acabam por tornar desnecessária a aplicação de pena¹⁵¹.

O fundamento do princípio da irrelevância penal do fato encontra-se no artigo 59, do Código Penal, uma vez que há o mandamento legal para que o magistrado fixe a pena do acusado, “conforme seja necessário e suficiente para reprevação e prevenção do crime¹⁵²”. Conclui-se, portanto, que, em determinadas circunstâncias, a fixação de pena para um delito será desnecessária¹⁵³.

¹⁴⁶ MORAES, Jorge Luiz dos Santos; MÜLLER, Wolmir. Princípio da insignificância. In: FAYET Júnior, Ney; CORRÊA, Simone Prates Miranda (orgs.). A sociedade, a violência e o direito penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

¹⁴⁷ ACKEL FILHO, Diomar. O princípio da insignificância no direito penal. Revista de Jurisprudências do Tribunal de Alçada de São Paulo. São Paulo: TJSP, v. 94, 1988.

¹⁴⁸ GOMES, Luiz Flávio. Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹⁴⁹ BELLO, Warley. Tratado dos Princípios Penais: Volume II: Princípios Constitucionais Implícitos. Florianópolis: Bookess Editora, 2012.

¹⁵⁰ GOMES, Luiz Flávio. Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹⁵¹ BELLO, Warley. Tratado dos Princípios Penais: Volume II: Princípios Constitucionais Implícitos. Florianópolis: Bookess Editora, 2012.

¹⁵² BRASIL. Decreto-lei nº 2.878, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.

¹⁵³ GOMES, Luiz Flávio. Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Como exemplos, a doutrina elenca o pagamento do tributo como forma de extinção da punibilidade, nos crimes tributários¹⁵⁴; do indivíduo, réu primário, que falsifica um documento com a única finalidade de fraudar as exigências do governo dos Estados Unidos para a concessão do visto, vindo a ser descoberto ainda em solo nacional¹⁵⁵; ou no peculato culposo, se reparados os danos antes do trânsito em julgado do processo¹⁵⁶.

As consequências processuais de ambos os princípios são díspares. No caso do princípio da insignificância, deverá ser instaurado inquérito policial, haja vista que o delegado de polícia não é a autoridade competente para decidir sobre a continuidade, ou não de uma investigação criminal. Quando o caso passasse para a análise do Ministério Público, caberia ao promotor de justiça formular o pedido de arquivamento dos autos, fundamentado na ausência de tipicidade material na conduta praticada ou no seu resultado. Na hipótese de o *parquet* oferecer a denúncia, será esperado que magistrado absolva sumariamente o acusado, com fundamento no artigo 397, inciso III, do Código de Processo Penal (fato não configura crime). Por fim, se o magistrado não absolver o denunciado, caberá à defesa ingressar com *habeas corpus* a cada nova etapa processual, uma vez que o *ius libertatis* do réu continua em perigo¹⁵⁷.

Por outro lado, se um indivíduo for beneficiado pelo princípio da irrelevância penal do fato, este somente poderá ser aplicado ao final do processo criminal, uma vez que todas as circunstâncias envolvidas no delito, sobretudo as de ordem subjetiva, precisam ser analisadas e isto advirá, naturalmente, do exercício constitucional do contraditório e ampla defesa¹⁵⁸.

Conclui-se, portanto, que o princípio da irrelevância penal do fato será verificado no momento em que o magistrado, ao analisar um caso típico, antijurídico e culpável, dispensará a cominação de pena por força de uma circunstância particular e subjetiva do acusado.

¹⁵⁴ PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Econômico. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹⁵⁵ BELLO, Warley. Tratado dos Princípios Penais: Volume II: Princípios Constitucionais Implícitos. Florianópolis: Bookess Editora, 2012.

¹⁵⁶ GOMES, Luiz Flávio. Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹⁵⁷ Idem.

¹⁵⁸ BELLO, Warley. Tratado dos Princípios Penais: Volume II: Princípios Constitucionais Implícitos. Florianópolis: Bookess Editora, 2012.

Vale ressaltar, ainda, que a dispensa de pena não configura perdão judicial extralegal, uma vez que o perdão judicial somente poderá beneficiar aos réus nas estritas hipóteses previstas em lei¹⁵⁹.

Infelizmente, nem sempre o bom senso e a adequada aplicação dos princípios penais são observados no Poder Judiciário brasileiro. Como exemplo, tem-se o caso de Angélica Aparecida Souza Teodoro. No ano de 2006, a jovem, então com 18 (dezito) anos e já mãe de uma criança, encontrava-se desempregada e, no desespero por seu filho chorar de fome, tentou subtrair um pote manteiga, na época orçado em R\$ 3,10 (três reais e dez centavos) de um supermercado¹⁶⁰.

Na saída do estabelecimento, ao ser descoberta, ameaçou um funcionário do local, em razão do estresse da situação. Por conta desta ameaça, foi denunciada por roubo, circunstância que, por si só, obstaria a aplicação do princípio da insignificância ao caso¹⁶¹.

No cárcere, seu advogado interpôs cinco pedidos de liberdade provisória, uma vez que Angélica Aparecida era ré primária e tinha endereço fixo. Todos foram julgados improcedentes pelo magistrado de primeira instância e pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A acusada somente deixou a centro de detenção provisória após cento e vinte e oito dias (cerca de quatro meses), quando seu pedido foi julgado procedente pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁶².

Entretanto, apesar de repercussão do caso na mídia, em dezembro de 2006, um juiz de São Paulo, capital, condenou-a a uma pena de quatro anos de reclusão, a ser cumprida, inicialmente, em regime semi-aberto¹⁶³.

A correta aplicação do princípio da irrelevância penal do fato evitaria todas as arbitrariedades cometidas pelo Estado contra Angélica Aparecida. Em razão da sua primariedade e do valor o ínfimo da *res*, ela poderia ter se beneficiado da dispensa de pena prevista no artigo 59, do Código Penal, evitando que, ao

¹⁵⁹ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: Parte Geral - Volume 1. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011

¹⁶⁰ GOMES, Luiz Flávio. Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹⁶¹ COSTA, Priscyla. Doméstica foi condenada por roubo de manteiga, não furto. 2006. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-dez-09/domestica_foi_condenada_roubo_manteiga_nao_furto>. Acesso em: 10 nov. 2006.

¹⁶² REDAÇÃO DO SITE WWW.TERRA.COM.BR. Mulher que roubou pote de manteiga é condenada. 2006. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI1288126-EI5030,00-SP+mulher+que+roubou+pote+de+manteiga+e+condenada.html>>. Acesso em: 07 dez. 2006.

¹⁶³ REDAÇÃO DO SITE WWW.G1.GLOBO.COM. DOMÉSTICA É CONDENADA A 4 ANOS DE PRISÃO POR FURTO DE MANTEIGA. 2006. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,AA1377229-5598,00.html>>. Acesso em: 06 dez. 2006.

compararmos sua história com a de Jean Valjean, não cheguemos à triste conclusão de que a distinção entre ambas é, apenas, o idioma em que foram narradas originalmente.

2.6. Natureza Jurídica

2.6.1. Corretivo Político Criminal

O princípio da insignificância assume tal natureza jurídica quando o magistrado que sentencia um caso concreto filia-se a uma corrente ideológica mais liberalista, afastada os rigores formais do Direito Penal e do Direito Processual Penal¹⁶⁴.

Apresentando escassa penetração doutrinária, a utilização do princípio da insignificância, como corretivo político criminal, é facilmente observada em decisões judiciais em que os trâmites e imposições legais são afastados de plano, por meio de argumentação sociológica ou filosófica, mas com reduzido teor jurídico¹⁶⁵.

Em regra, tais sentenças e acórdãos são de breve extensão, informais e objetivam a absolvição do réu por mecanismos alheios aos previstos na teoria do crime, ou seja, os magistrados sequer se preocupam em discorrer sobre a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade da conduta criminosa praticada, bem como suas respectivas excludentes.

Sobre o assunto, o Procurador Federal Corrêa da Luz assevera que:

Para evitar que o Direito Penal seja aplicado através da mera subsunção de preceitos abstratos, uma das formas de se conceber o princípio da insignificância seria tomá-lo como *mero corretivo político-criminal*, isto é, com uma forma de, diante de um caso concreto, “fugir” da letra fria da lei, de modo a garantir justiça e equidade no tratamento de uma dada situação. Bastaria que o julgador se visse diante de uma situação em que a aplicação da lei gerasse um resultado injusto para que, então, com base em critérios “extrajurídicos”, se pudesse afastar de plano a incidência da norma penal.

Esse modo de “correção político-criminal”, ainda muito em voga em nosso Judiciário, à primeira vista parece ser motivado por boas intenções. No entanto, quando analisado com maior atenção, ele parece pecar por uma grave falha: a de não reconhecer que, se o que se pretende é construir um Direito Penal mais justo, a noção de sistema não deve ser completamente abandonada em nome de um tratamento mais equitativo para o caso concreto. Isso porque, como será exposto mais adiante, se estamos falando de dogmática e de teoria jurídico-penal, parece necessário que se criem critérios consistentes que orientam o aplicador, de modo que a decisão sobre a

¹⁶⁴ LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: Entre aceitação ampla e aplicação problemática. Revista Direito GV, São Paulo, v. 8, n. 1, p.203-233, 2012.

¹⁶⁵ Idem.

insignificância de determinada conduta não fique sujeita exclusivamente à discretionariedade daquele que avalia o caso concreto. Dito de outra forma: a decisão sobre a insignificância de determinada conduta não deve depender apenas da boa vontade e dos critérios pessoais daquele que julga, sob pena de termos de aceitar decisões extremamente conflitantes entre si e contraditórias com os princípios basilares do nosso próprio Direito Penal¹⁶⁶.

Além disso, tais sentenças e acórdãos despertam grande interesse midiático, sendo reproduzidas em programas televisivos e em *sites* da *internet*, oportunidade em que são discutidos temas sobre a formalização excessiva do Direito e o absurdo do conteúdo das referidas atividades jurisdicionais, uma vez que elas soam como uma brincadeira, apesar de seus prolatores representarem um Poder da República Federativa do Brasil.

Exemplificando todo o exposto, segue um excerto da fundamentação utilizada por um magistrado, da comarca de Palmas, no Tocantins, para relaxar a prisão em flagrante dos réus acusados:

Para conceder a liberdade aos indiciados, eu poderia invocar inúmeros fundamentos: os ensinamentos de Jesus Cristo, Buda e Ghandi, o Direito Natural, o princípio da insignificância ou bagatela, o princípio da intervenção mínima, os princípios do chamado Direito alternativo, o furto famélico, a injustiça da prisão de um lavrador e de um auxiliar de serviços gerais em contraposição à liberdade dos engravatados que sonegam milhões dos cofres públicos, o risco de se colocar os indiciados na Universidade do Crime (o sistema penitenciário nacional).

Poderia sustentar que duas melancias não enriquecem nem empobrecem ninguém.

Poderia aproveitar para fazer um discurso contra a situação econômica brasileira, que mantém 95% da população sobrevivendo com o mínimo necessário.

Poderia brandir minha ira contra os neo-liberais, o consenso de Washington, a cartilha demagógica da esquerda, a utopia do socialismo, a colonização europeia.

Poderia dizer que George Bush joga bilhões de dólares em bombas na cabeça dos iraquianos, enquanto bilhões de seres humanos passam fome pela Terra - e aí, cadê a Justiça nesse mundo?

Poderia mesmo admitir minha mediocridade por não saber argumentar diante de tamanha obviedade.

Tantas são as possibilidades que ousarei agir em total desprezo às normas técnicas: não vou apontar nenhum desses fundamentos como razão de decidir.

Simplesmente mandarei soltar os indiciados.

Quem quiser que escolha o motivo.

Expeçam-se os alvarás. Intimem-se¹⁶⁷.

Como se observa, apesar de informal, tal sentença acarreta consequências jurídicas importantes, uma vez que os réus foram postos em liberdade. Contudo, o magistrado, em desacordo com o princípio da motivação das decisões,

¹⁶⁶ LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: Entre aceitação ampla e aplicação problemática. Revista Direito GV, São Paulo, v. 8, n. 1, p.203-233, 2012.

¹⁶⁷ BRASIL. 3ª Vara Criminal da Comarca de Palmas. Sentença nº 124/2003. Palmas, TO, 06 de setembro de 2003.

previsto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, dificultou, sobremaneira, o prosseguimento do processo. Insurgindo-se contra qual “argumento” do juiz o Ministério Público irá recorrer? Como o Tribunal de Justiça avaliará tal recurso?

Acerca dos óbices das decisões cuja motivação seja extrajurídica, Corrêa da Luz conclui que as críticas sobre a presente natureza jurídica não são de índole meramente formal, fundadas no desejo de se conhecer os fundamentos de uma decisão. Na verdade, as decisões cuja fundamentação não é jurídica acaba por problematizar o trabalho tanto da acusação, quanto da defesa, no momento de os recursos serem apresentados. Ademais, os tribunais também terão dificuldade em verificar a admissibilidade dos recursos, haja vista a informalidade da decisão guerreada¹⁶⁸.

Desta forma, apesar de encontrar eco em decisões judiciais esparsas, o princípio da insignificância não pode ser entendido como mero instrumento de correção político criminal. O uso Direito Penal deve apresentar, sempre, coerência aos seus aspectos legais e axiológicos, sob o risco de o *status libertatis* dos acusados ficar entregue aos arbítrios e opiniões do magistrado que analisa um processo.

2.6.2. Fundamento do Princípio da Oportunidade

O princípio da oportunidade relaciona-se com o Direito Processual Penal, mais precisamente com os institutos da ação penal pública condicionada à representação e com a ação penal privada¹⁶⁹.

Em ambas, caberá à vítima analisar se a conduta criminosa conta ela praticada afetou-lhe de tal forma que a torne disposta a enfrentar todos os meandros e dissabores próprios de um processo judicial, sem que isto lhe acarrete seu esfacelamento psicológico e emocional¹⁷⁰.

Apenas para distinguir, na ação penal pública condicionada à representação, a vítima autoriza que o Ministério Público ofereça a denúncia contra o autor do crime, por meio de uma declaração denominada “representação”. A partir

¹⁶⁸ LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: Entre aceitação ampla e aplicação problemática. Revista Direito Gv, São Paulo, v. 8, n. 1, p.203-233, 2012.

¹⁶⁹ BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012.

¹⁷⁰ Idem

de então, o *parquet* assume a titularidade da demanda, cabendo à vítima comparecer em juízo apenas quando for intimada para tanto¹⁷¹.

Por outro lado, nas ações penais privadas, o Ministério Público apenas participa do processo como *custus legis*, ou seja, verificando se os mandamentos legais foram cumpridos. Nestes crimes, caberá à própria vítima iniciar o processo penal, por meio do oferecimento da queixa-crime¹⁷².

Vale ressaltar que a distinção sobre qual ação regerá a apuração judicial de cada crime é expressa em lei. No silêncio desta, a ação penal será pública e incondicionada, cabendo ao Ministério Público oferecer a denúncia quando julgar presentes a materialidade e indícios de autoria do delito¹⁷³.

Os defensores desta corrente são compostos, majoritariamente, por autores estrangeiros, haja vista que a natureza jurídica relacionada ao princípio da oportunidade somente é possível a depender da legislação processual penal de cada país.

Assim, o princípio da insignificância funcionaria como argumento para que o Ministério Público, ou mesmo o Delegado de Polícia, deixassem de buscar a condenação de um criminoso, quando entenderem inexistente o interesse estatal no processo penal¹⁷⁴.

Como exemplo, as autoridades acusatórias poderiam entender que a movimentação da máquina penal seria excessivamente custosa, financeira e socialmente, para a apuração de um crime de reduzida periculosidade e arquivar o feito.

A vantagem desta teoria, segundo Corrêa da Luz, decorre fato de que não haverá dúvidas de que, caracterizada hipótese de aplicação do princípio da insignificância, o Estado sequer deveria apresentar interesse em promover o processo penal. Não haveria lógica mover todo o aparato estatal para, durante ou ao final do processo, ser o réu absolvido¹⁷⁵.

A maior crítica a este uso do princípio da insignificância preocupa-se com eventuais arbitrariedades que Delegados de Polícia e Promotores de Justiça

¹⁷¹ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: Parte Geral - Volume 1. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011

¹⁷² Idem.

¹⁷³ BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012.

¹⁷⁴ LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: Entre aceitação ampla e aplicação problemática. Revista Direito GV, São Paulo, v. 8, n. 1, p.203-233, 2012.

¹⁷⁵ Idem.

poderiam praticar. A concentração de poderes em instituições nitidamente parciais poderia gerar insegurança jurídica, além de potencializar o uso de subjetivismos no momento em que um caso fosse analisado, uma vez que “insignificante” é um termo juridicamente vago¹⁷⁶.

Além disso, tem-se que discussões desta teoria, no âmbito do Direito brasileiro, são irrelevantes, uma vez que a maioria dos crimes previstos em nosso ordenamento é processada por meio de ação penal pública e incondicionada, modalidade regida pelo princípio da obrigatoriedade.

Desta forma, de acordo com o Código de Processo Penal, constatando-se a materialidade de um crime, bem como indícios de sua autoria, caberá ao Ministério Público oferecer denúncia. Eventuais digressões sobre a reduzida ofensividade do delito, com a posterior absolvição do acusado, serão de competência do magistrado do caso concreto.

2.6.3. Causa Excludente de Culpabilidade

A culpabilidade penal analisa a possibilidade de cominação de pena a um dado comportamento delituoso. De acordo com a teoria do crime dividida em três etapas, adotada em nosso Código Penal, a culpabilidade é analisada por último, após se verificar que o fato ocorrido é típico e antijurídico¹⁷⁷.

Considera-se culpável a conduta praticada por agente imputável, o qual apresentava potencial consciência da ilicitude no caso concreto e que, por fim, dele era exigível conduta diversa da realizada¹⁷⁸.

A imputabilidade penal é prevista nos artigos 26 a 28, do Código Penal. Considera-se inimputável e, por conseguinte

isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento¹⁷⁹.

Vale ressaltar que os indivíduos menores de 18 (dezoito) anos, ao tempo da prática do crime, não estão sujeitos às sanções impostas pelo Código Penal, em

¹⁷⁶ LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: Entre aceitação ampla e aplicação problemática. Revista Direito Gv, São Paulo, v. 8, n. 1, p.203-233, 2012.

¹⁷⁷ RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

¹⁷⁸ DELMANTO, Celso et al. Código Penal Comentado. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

¹⁷⁹ BRASIL. Decreto-lei nº 2.878, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.

razão da previsão expressa do seu artigo 27, uma vez que os delitos por eles praticados denominam-se “atos infracionais”, sendo regidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 1990)¹⁸⁰.

A potencial consciência da ilicitude relaciona-se, umbilicalmente, ao instituto do erro de proibição, previsto no artigo 21, do Código Penal. Desta forma, um criminoso jamais poderá alegar o desconhecimento da lei para escapar da responsabilidade pela conduta delituosa por ele praticada. Entretanto, em circunstâncias muito específicas, o ordenamento entende que o indivíduo agiu em erro de proibição, ou seja, desconhecendo o conteúdo de uma norma e, na situação fática, era impossível o mandamento jurídico fosse conhecido.

Como exemplo, a doutrina cita um velho agricultor que cultiva inúmeras leguminosas em seu pequeno sítio para a própria subsistência. Em um dia específico, ele corta uma árvore presente na área de reserva legal de sua propriedade, pois iria plantar uma muda, obtida com um vizinho, no local. Justamente neste dia, a Polícia Ambiental verifica a supressão ilegal de reserva legal e instaura inquérito criminal contra o agricultor¹⁸¹.

No caso exposto, o velho agricultor sempre cortou e plantou árvores em sua propriedade e, jamais desconfiaria que a referida área de seu sítio denominava-se de reserva legal ou que, eventuais podas dispunham do termo técnico “supressão”. Desta forma, ele será absolvido, uma vez que incorreu em erro de proibição, sendo impossível que o agricultor conhecesse o conteúdo do artigo 39, da lei 9.605, de 1998¹⁸².

Tem-se, por fim, que a exigibilidade de conduta diversa ocorre quando a conduta realizada pelo agente criminoso não era a esperada para o caso concreto. Como exemplo, tem-se que, um motorista, para desviar de um cachorro que atravessa a rua, sobe com seu veículo na calçada, atropelando dois pedestres. A sua conduta não era a esperada, uma vez que ele deveria ter freado seu automóvel. Desta forma, tal condutor responderá pelo crime de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor, tipificado no artigo 303, do Código de Trânsito Brasileiro.

¹⁸⁰ BARROS, Guilherme Freire de Melo. Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei nº 8.069/1990. 8. ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2014

¹⁸¹ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. Manual de Direito Penal I: Parte Geral - Arts. 1º a 120 do CP. 25. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

¹⁸² Idem.

Com base no conceito de exigibilidade de conduta diversa, doutrinadores e magistrados buscam fundamento para o denominado “furto famélico”. De acordo com Corrêa da Luz, tal modalidade de subtração o patrimônio alheio não pode ser considerada como crime, uma vez que o indivíduo precisa realizar a conduta tipificada, pois, caso contrário, morrerá de inanição. Desta forma, após ponderar o bem jurídico “vida” e o bem jurídico “patrimônio alheio”, não é possível que o sujeito com fome opte pelo segundo¹⁸³.

A vantagem desta teoria é possibilitar que a vítima do crime possa se manifestar acerca do crime contra ela praticado. A corrente majoritária, sobre a qual se discorrerá por último, concebe o princípio da insignificância como uma excludente de tipicidade. Assim, será frequente que os magistrados rejeitam a denúncia oferecida pelo Ministério Público, em razão da reduzida ofensividade da conduta praticada.

Na hipótese de o princípio da insignificância ser entendido como uma excludente de culpabilidade, haverá maior espaço argumentativo para a vítima se manifestar, possibilitando que o juiz julgue auxiliado por um conjunto de provas mais robusto¹⁸⁴.

Tratando das vantagens em se entender o princípio da insignificância como excludente de culpabilidade, o procurador do Estado Ivan Luiz da Silva, em brilhante tese de mestrado, acrescenta que o doutrinador Abel Cornejo destaca a limitação da ingerência estatal caso tal entendimento prevaleça, uma vez que, diante de todos os argumentos apresentados pelas partes, caberá ao magistrado entender quais condutas são, ou não, penalmente relevantes¹⁸⁵.

Em contrapartida ao exposto, critica-se a presente teoria, uma vez que, ao deslocar a análise da insignificância somente na culpabilidade, haverá forte influência do caso concreto e das circunstâncias pessoais do acusado, maculando o caráter intrínseco do princípio da insignificância, que é a sua objetividade. A conduta em si é ínfima ou não, independentemente daquele que é praticada¹⁸⁶.

¹⁸³ LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: Entre aceitação ampla e aplicação problemática. Revista Direito Gv, São Paulo, v. 8, n. 1, p.203-233, 2012.

¹⁸⁴ Idem.

¹⁸⁵ SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da Insigificância no Direito Penal. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

¹⁸⁶ Idem.

2.6.4. Causa Excludente de Antijuricidade

A antijuridicidade demonstra a contrariedade entre a conduta praticada por alguém em relação ao Direito positivado, qualquer que seja o ramo jurídico analisado¹⁸⁷.

Mais precisamente no âmbito penal, a antijuricidade considera como ilícito, um comportamento, omissivo ou comissivo, realizado pelo agente e que esteja previamente tipificado em uma lei criminal.

Os autores que se filiam a tal corrente entendem que a antijuridicidade, no Direito Penal brasileiro, apresenta dois aspectos estruturantes. Na antijuridicidade formal, demonstra-se, apenas, que uma determinada conduta típica fere alguma norma do ordenamento jurídico penal. Entretanto, esta aparente antinomia somente dará ensejo a reprimenda estatal caso seja relevante, ao afetar de forma contundente o bem jurídico tutelado pela norma. A isto se denomina antijuridicidade material¹⁸⁸.

Nas palavras do Procurador Militar Carlos Frederico Pereira, vincular o princípio da insignificância à antijuridicidade confere maior coerência ao instituto, uma vez que é nela em que se encontra o bem jurídico tutelado pela norma (aspecto material da antijuridicidade)¹⁸⁹.

Vale ressaltar, contudo, que esta construção doutrinaria apresenta erro grave. Na divisão da teoria do crime, as análises subjetivas restringem-se ao juízo de tipicidade (e.g. dolo, culpa, adequação social) ou de culpabilidade (e.g. desenvolvimento mental, capacidade de autodeterminação, potencial consciência da ilicitude).

Assim, o juízo de antijuridicidade deverá ser objetivo, por meio da análise do fato em si, sem questionamentos sobre a ofensividade da conduta perpetrada pelo agente delituoso. Bastará, para o magistrado, verificar se o acusado agiu, ou não, dentro das hipóteses previstas no artigo 23, do Código Penal, a saber, legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal.

¹⁸⁷ RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

¹⁸⁸ SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da Insignificância no Direito Penal. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

¹⁸⁹ PEREIRA, Carlos Frederico de O. O conceito de bem jurídico e o princípio da insignificância. Revista do Ministério Público Militar. Brasília: MPM, ano X, n. 13, p. 45-50, 1991.

Quando os autores filiados a tal corrente discorrem sobre a antijuridicidade material, referem-se, na verdade, ao aspecto material da tipicidade. Identificando o engano e esclarecendo esta distinção, Fernando Capez ensina que

Ilicitude material: contrariedade do fato em relação ao sentimento comum de justiça (injusto). O comportamento afronta o que o homem médio tem por justo, correto. Há uma lesividade social ínsita na conduta, a qual não se limita a afrontar o texto legal, provocando um efetivo dano à coletividade (...). A ilicitude material, apesar de seu nome, nada tem que ver com a antijuridicidade. Trata-se de requisito da tipicidade, daí a impropriedade de ser denominada “ilicitude” material. Com efeito, o juízo de valor quanto ao conteúdo material da conduta, ou seja, se esta é lesiva ou não, socialmente adequada ou inadequada, relevante ou insignificante etc., não pertence ao terreno da antijuridicidade, mas ao tipo penal. Um fato somente será considerado típico se, a despeito de sua subsunção formal ao modelo incriminador, for dotado de efetiva lesividade concreta e material. Se o fato não tiver significância mínima (furto de chiclete), não é inadequado (relações normais entre adolescente virgem e seu marido adulto, na lua-de-mel) e não possui lesividade, a ação será atípica, nem se cogitando de sua antijuridicidade. Atualmente, o tipo penal se encontra carregado de requisitos, formais e materiais, e é nessa fase que se procede a verificação de todo o seu conteúdo axiológico. A ilicitude é meramente formal, consistindo na análise da presença ou não das causas excludentes (legítima defesa, estado de necessidade etc.), sendo totalmente inadequado o termo “ilicitude material” (o que é material é a tipicidade, e não a ilicitude)¹⁹⁰.

Por fim, em razão do caráter objetivo da antijuridicidade de uma conduta típica, tem-se que todas as suas excludentes deverão estar positivadas em lei, uma vez que somente uma norma poderá autorizar um comportamento que, teoricamente, a viola.

Sobre a necessidade de positivação, o Professor Miguel Reale Júnior ensina que as causas justificantes configuram um permissivo legal para que o indivíduo descumpra, em teoria, outra norma válida e, por isso, precisam apresentar todos seus requisitos previstos em lei, como forma de garantir segurança jurídica¹⁹¹.

2.6.5. Causa Excludente de Tipicidade

A concepção do princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade é adotada, majoritariamente, pela doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros¹⁹².

¹⁹⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral - Volume 1*. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011

¹⁹¹ REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

¹⁹² SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da Insignificância no Direito Penal*. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

Seu fundamento, conforme observado anteriormente, reside na distinção entre os aspectos material e formal do juízo de tipicidade, garantindo, assim, a incidência de inúmeros princípios estruturantes do Direito Penal, uma vez que o *status libertatis* dos indivíduos não pode ser condicionado apenas aos institutos previstos em lei, cuja atualização é morosa¹⁹³.

Para a caracterização do fato típico formal, basta que a conduta praticada pelo agente amolde-se à descrição positivada em lei, sem que se analisem as consequências do delito. Como exemplo, um sujeito que subtrai de outrem a quantia de R\$ 2,00 (dois reais) pratica, formalmente, o crime de furto simples, previsto no artigo 155, do Código Penal¹⁹⁴.

Por outro lado, a tipicidade material possibilita a introjeção de conteúdo axiológico na análise do crime. Desta forma, poderão incidir, no caso concreto, os princípios da proporcionalidade, da insignificância, da adequação social, dentre outros¹⁹⁵.

Assim, doutrina e jurisprudência entendem, de forma majoritária, que o princípio da insignificância incidirá quando: a) as condutas praticadas pelos agentes forem irrelevantes; b) ou se as consequências decorrentes do fato formalmente típico não forem capazes de afetar, efetivamente, o bem jurídico tutelado pela norma penal¹⁹⁶.

Sobre o exposto, Abel Cornejo considera incontrovertido que todo crime deva tender a violar um bem jurídico tutelado pela normal. Entretanto, somente serão capazes de deflagrar a persecução penal sobre os indivíduos as lesões relevantes, quais sejam, as que afetam sensivelmente o objeto de proteção do tipo penal¹⁹⁷.

A vantagem principal desta corrente é propiciar uma análise objetiva do fato praticado pelo acusado, como forma de a insignificância ser determinada exclusivamente em relação à conduta ou as consequências do crime, reduzindo-se a importância das condições pessoais do autor do crime.

¹⁹³ ROCHA JÚNIOR, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. Uma análise da aplicação do princípio da insignificância nos crimes de furto: os critérios utilizados pelos tribunais superiores nos anos de 2010 e 2011. *Estudos Críticos Sobre O Sistema Penal*, v. , n. , p.1057-1068, 2012.

¹⁹⁴ Idem

¹⁹⁵ DELMANTO, Celso et al. *Código Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

¹⁹⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹⁹⁷ CORNEJO, Abel. *Teoria da la insignificância*. Buenos Aires: Ad hoc, 1997.

Critica-se, entretanto, a aplicação do próprio princípio da insignificância e, por conseguinte, da natureza de excludente da tipicidade, em razão da insegurança jurídica verificada nos julgados da justiça brasileira. Em razão do seu caráter supralegal, o referido princípio não apresenta bases legais determinadas, fato que provoca a existência de casos iguais julgados de maneira diversa, às vezes no mesmo tribunal analisado¹⁹⁸.

Se a ausência de positivação do princípio da insignificância possibilita maior agilidade na sua evolução jurisprudencial, também acarreta a nefasta sensação de que a liberdade ou encarceramento de um acusado dependerá da sorte ou dos desígnios subjetivos da autoridade judicial competente. Equilibrar ambos os extremos é a necessidade atual.

2.7. Questões Polêmicas

2.7.1. Aplicação do Princípio da Insignificância no Roubo

A inexistência da positivação expressa do princípio da insignificância no ordenamento jurídico brasileiro provoca, consequentemente, uma análise casuística de sua aplicação nos mais diversos crimes previstos em lei, sobretudo naqueles que afetam a esfera patrimonial da vítima.

Diante deste quadro, questão tormentosa na doutrina e jurisprudência ocorre na aplicação do princípio da insignificância no crime de roubo¹⁹⁹, no qual, além de a esfera patrimonial da vítima ser afetada, haverá, ainda, lesão à sua integridade física ou psicológica²⁰⁰.

Como mencionado anteriormente, a análise do princípio da insignificância, no caso concreto, deverá decorrer apenas de critérios objetivos, qual seja, a ofensividade da conduta ou do seu resultado. Desta forma, nenhuma

¹⁹⁸ SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da Insignificância no Direito Penal. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

¹⁹⁹ LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: Entre aceitação ampla e aplicação problemática. Revista Direito Gv, São Paulo, v. 8, n. 1, p.203-233, 2012.

²⁰⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. Manual de Direito Penal II: Parte Especial - Arts. 121 a 234 do CP. 26. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

circunstância de caráter subjetivo deverá ser influenciar a prolação da decisão judicial²⁰¹.

Partindo-se desta premissa, muitos doutrinadores entendem que o roubo, positivado no artigo 157, do Código Penal, configura crime complexo, ou seja, formado pela junção de duas figuras típicas, a saber, o furto e a ameaça ou lesão corporal. Desta forma, sua consumação dependeria da verificação, casuística, de significativa lesão ao patrimônio e à integridade física ou psicológica da vítima²⁰².

Assim, se um agente, mediante violência ou grave ameaça, subtraísse quantia ínfima do sujeito passivo do delito (e.g. trocados presentes em uma carteira), o roubo não estaria consumado, uma vez que inexistiu violação significativa do patrimônio da vítima²⁰³. Por fim, a proposta é de que haja a desclassificação da conduta realizada pelo criminoso, o qual passaria a responder, apenas, por ameaça ou lesão corporal²⁰⁴.

Sobre o caso, o Supremo Tribunal de Justiça firmou jurisprudência clara no sentido da inaplicabilidade do princípio da insignificância no caso do roubo. Segundo os ministros, o roubo é um crime complexo e, desta forma, procura tutelar não apenas o patrimônio da vítima. Assim, no caso de a violência ou grave ameaça, elementos caracterizados do delito, houver violação da integridade física ou moral da vítima, consumado estará o crime de roubo²⁰⁵.

Particularmente, aplaudo o entendimento do Supremo Tribunal Federal e considerado absurda a interpretação da desclassificação acima mencionada. Os autores que a defendem esquecem-se que o princípio da insignificância tem a finalidade de corrigir a incidência da tipicidade nos casos em que ínfima lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma, não para subverter toda a sua teoria construída por séculos.

Ademais, é cediço, em Direito Penal, que a tipificação de uma conduta como um roubo dependerá da intenção do agente em subtrair patrimônio alheio,

²⁰¹ GOMES, Luiz Flávio. Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

²⁰² NOGUEIRA, Carolina Vilela de Faria Alves. A aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes de roubo. Boletim do Instituto Brasileiro de Criminalística, São Paulo, v. 7, n. 96, p.4-6, 2009.

²⁰³ Idem

²⁰⁴ LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: Entre aceitação ampla e aplicação problemática. Revista Direito Gv, São Paulo, v. 8, n. 1, p.203-233, 2012.

²⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª T. Habeas corpus 95.174-1. Relator: Min. Eros Grau. J. 09 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=582706>>

mediante violência ou grave ameaça. De acordo com Victor Rodríguez, o dolo se verifica nas hipóteses em que o criminoso comprehende a realidade fática em que se encontra e, além disso, deseja o resultado decorrente do delito²⁰⁶. Desta forma, não haverá lógica, ou mesmo rigor técnico, que um sujeito, movido pelo dolo do roubo, ao utilizar de violência ou grave ameaça contra uma vítima, em razão de esta ser pobre, subtrai quantia ínfima e, em razão deste fato, sua imputação é magicamente alterada para mera ameaça ou lesão corporal.

Conclui-se, portanto, que o princípio da insignificância é inaplicável ao crime de roubo.

2.7.2. Princípio da Insignificância e a Lei 9.099, de 1999

O ordenamento jurídico penal brasileiro sofreu impacto axiológico e legislativo intenso após a promulgação da Constituição Federal de 1988, uma vez que esta, além de apresentar os direitos e garantias fundamentais, também prevê o tratamento com maior ou menor rigor para determinados crimes, a depender da lesividade infligida aos bens jurídicos tutelados pela norma²⁰⁷.

Um exemplo de tratamento penal mais rigoroso está presente nos incisos XLII, XLIII e XLV do artigo 5º, da Constituição Federal²⁰⁸, uma vez que, nestes dispositivos, são elencados classes de crimes que são inafiançáveis, imprescritíveis ou insuscetíveis de graça ou indulto.

Por outro lado, o artigo 98, inciso I, da Carta Magna pátria determina a criação, por parte da União e Estados, de juizados especiais cíveis, criminais e fazendários, nos quais o procedimento será simplificado, garantindo maior celeridade nos julgamento dos mais diversos litígios.

Especificamente no caso dos juizados especiais criminais, cuja competência abrange o julgamento das infrações de menor potencial ofensivo, são previstas quatro medidas despenalizadoras, a saber, a transação penal, a reparação do dano como causa de renúncia ao direito de queixa ou representação, a suspensão

²⁰⁶ RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

²⁰⁷ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

²⁰⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, DF. 5 de out.. de 1988. Seção 1. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: jun. 2014.

condicional do processo e a exigência de representação para o processamento de lesões corporais leves ou culposas²⁰⁹.

Sistematizando as classes de delitos existentes, Luis Flávio Gomes conceitua que

- (a) infrações bagatelares (que não são puníveis, seja por força do princípio da insignificância – que incide sobre as infrações bagatelares próprias -, sejam em virtude do princípio da irrelevância penal do fato – que recai sobre as infrações bagatelas impróprias);
- (b) infrações de menor potencial ofensivo (todas as contravenções e os delitos cuja pena máxima não excede a dois anos; todas essas infrações admitem as soluções consensuais da lei dos juizados);
- (c) infrações de médio potencial ofensivo (que admitem a suspensão condicional do processo – crimes cuja pena mínima não excede a um ano – ou as penas substitutivas – crimes culposos – todos – e crimes dolosos, salvo se cometidos com violência ou se a pena excede a quatro anos);
- (d) infrações graves (de alto potencial ofensivo; mas que não recebem a etiqueta de crimes hediondos: exemplos: homicídio simples, roubo, etc.); e
- (e) infrações hediondas (que estão regidas por um regime jurídico especial: Lei 8.072/1990, com as modificações posteriores decorrentes de outros diplomas legais²¹⁰.

Analizando as categorias de delito acima expostas, parte da doutrina critica a existência e aplicação do princípio da insignificância, uma vez que a lei 9.099, de 1999, prevê o procedimento processual penal para garantir a punição de crimes de menor potencial ofensivo²¹¹.

O artigo 61 da referida norma conceitua como infrações de menor potencial ofensivo todas as contravenções e os crimes cuja pena mínima não excede dois anos²¹². Desta forma, alguns doutrinadores sustentam que, se condutas cujo apenamento seja tão brando ainda são merecedores de reprimenda penal, o que seria insignificante? Para esta pergunta, concluem que o princípio não existe e que não deveria ser aplicado.

Entretanto, respeitada a divergência, o entendimento aventado não merece prosperar, em razão de uma falha deveras simplória: tanto a lei 9.099, de 1999, quanto o princípio da insignificância, são institutos despenalizadores, mas que apresentam natureza distinta.

²⁰⁹ BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012.

²¹⁰ GOMES, Luiz Flávio. Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

²¹¹ SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio da insignificância. Fascículos de Ciências Penais. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, ano 3, v. 3, b. 1, p. 36-50, 1990.

²¹² BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>.

O princípio da insignificância é, na verdade, instituto de direito penal, impedindo, de acordo com Lycurgo Santos, que a tipicidade seja formada sobre a conduta praticada, descaracterizando, inclusive, a ocorrência do crime²¹³.

Já a lei 9.099, de 1999, configura instituto de direito processual, o qual, de acordo com Paliero, apresenta a finalidade de conferir fluidez no ajuizamento de demandas, possibilitando um julgamento mais célere e eficaz, por meio de um procedimento simplificado. O autor acrescenta que as perdas inerentes das garantias processuais dos réus são compensadas pelas penas irrisórias que a referida norma comina às condutas por ela abarcadas²¹⁴.

Desta forma, respeitadas as opiniões dissonantes, seria absurdo negar a vigência e existência do princípio da insignificância em face da promulgação da lei dos juizados especiais criminais, uma vez que ambos são institutos despenalizadores²¹⁵. O primeiro procura evitar a imposição de pena ao acusado, ao extirpar a tipicidade material de uma conduta. Já o segundo procura cominar sanções penais mais brandas aos casos em que, apesar de relevantes, não ferem, com elevado rigor, os bens jurídicos protegidos pela norma.

Tal posição é corroborada pelo jurista Lycurgo Santos, o qual, em sua obra, estabelece as formas com que o princípio da insignificância será aplicado no âmbito do procedimento previsto pela lei 9.099, de 1.999. Segundo o autor, caso o magistrado, o promotor de justiça ou os advogados de defesa perceberem, no momento da audiência preliminar, que a conduta imputada ao réu caracteriza fato penalmente irrelevante por imposição do princípio da insignificância, deverá o processo ser arquivado, uma vez que inexistente um crime de menor potencial ofensivo. Na hipótese de a composição entre acusação e defesa ter ocorrido e, posteriormente, o *parquet* perceber a imposição do princípio da insignificância, deverá requerer, ao magistrado, o arquivamento do feito. Por fim, se houver a composição entre acusação e defesa, verificando o magistrado se tratar de hipótese

²¹³ SANTOS, Lycurgo de Castro. Princípios da intervenção mínima do direito penal e crimes de menor potencial ofensivo – Lei 9.099/95. Revista Justiça e Democracia. São Paulo: RT, n. 1, p. 198-206, 1996.

²¹⁴ PALIERO, Carlo Enrico. Note sulla disciplina dei reati bagatellari. Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, ano XXII, fasc. 3. P. 920-991, 1979.

²¹⁵ SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da Insignificância no Direito Penal. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

de incidência do princípio da insignificância, deverá rejeitar o acordo e absolver o acusado²¹⁶.

2.7.3. Princípio da Insignificância e Reiteração Criminosa

O princípio da insignificância, conforme mencionado no item 2.3 deste capítulo, foi estruturado, por Roxin, como forma de excluir a tipicidade material de condutas, por meio da análise de apenas critérios objetivos, a saber, a relevância, ou sua irrelevância, da conduta praticada pelo agente ou das suas consequências.

Apear de a definição ser precisa, surgiu a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a possibilidade de o princípio da insignificância ser aplicado aos casos de réus reincidentes ou que realizassem inúmeros crimes irrelevantes.

O Supremo Tribunal Federal, em relação aos réus reincidentes, oscila no momento de julgar um caso concreto. A 2ª Turma Criminal apresenta o entendimento de que a análise sobre a aplicação do princípio da insignificância é objetiva. Desta forma, não haveria lógica que a existência de antecedentes criminais obstasse que o réu usufruísse a referida excludente de tipicidade²¹⁷.

Por outro lado, a 1ª Turma Criminal apresenta entendimento diametralmente oposto, uma vez que considera que a existência de antecedentes criminais impede a aplicação do princípio da insignificância, pois a reprovabilidade ao comportamento do acusado torna-o sempre materialmente típico²¹⁸.

Luiz Luisi, criticando o entendimento jurisprudencial que analisa a reincidência do acusado antes de lhe conceder a absolvição motivada no princípio da insignificância, esclarece que este tem a capacidade de extirpar a tipicidade sobre uma determinada conduta humana. Ademais, inexistente um fato típico, carece de lógica analisar os antecedentes e demais circunstâncias do réu, posto que elas, na teoria geral do crime, são analisadas por fim²¹⁹.

²¹⁶ SANTOS, Lycurgo de Castro. Princípios da intervenção mínima do direito penal e crimes de menor potencial ofensivo – Lei 9.099/95. Revista Justiça e Democracia. São Paulo: RT, n. 1, p. 198-206, 1996.

²¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª T. Recurso Extraordinário 514.531-0. Relator: Min. Joaquim Barbosa. J. 21 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=579711>>

²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª T. Habeas Corpus 97.772. Relatora: Min. Cármel Lúcia. J. 03 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605917>>

²¹⁹ LUISI, Luiz. O princípio da insignificância e o pretório excuso. Boletim do Instituto Brasileiro de Criminalística, São Paulo, v. 6, n. 63, p.227-227, 1998.

Quando se analisa o entendimento do nosso pretório excuso acerca da aplicação do princípio da insignificância aos casos de reiteração criminosa, a jurisprudência é unânime ao vedar tal incidência. No julgamento do *habeas corpus* 110841, os ministros fundamentaram a não aplicabilidade em dois argumentos, quais sejam: a) as condutas realizadas por um acusado podem ser insignificantes quando analisadas isoladamente, mas perdem tal característica quando analisadas em conjunto; b) O Direito Penal e os tribunais não podem estimular que o indivíduo pratique diversos crimes insignificantes como meio de vida, uma vez que o princípio cunhado por Roxin tem a finalidade de incidir sobre comportamentos isolados e não para conferir um salvo conduto para delitos leves²²⁰.

Na doutrina, o jurista que melhor aborda a problemática apresenta é Luiz Flávio Gomes. Para o autor, haverá “multirreincidência por reiteração cumulativa” quando o criminoso pratica diversos crimes insignificantes contra a mesma vítima. Assim, o princípio da insignificância deverá ser afastado no caso concreto, pois o conjunto dos delitos praticados torna-se relevante, apresentando relevância penal. Por outro lado, na “multirreincidência por reiteração não cumulativa”, hipótese em que o réu pratica diversos crimes irrelevantes contra vítimas diferentes, utilizando de variados *modus operandi*, o princípio da insignificância deveria ser aplicado no caso concreto, em razão da análise objetiva do crime praticado. Por fim, na hipótese de “fato único cometido por agente reincidente”, não haverá óbice para a aplicação do princípio da insignificância, uma vez que é vedada, em seu campo axiológico, a utilização de critérios subjetivos²²¹.

Particularmente, considero que o entendimento do Supremo Tribunal Federal, combinado com a teoria de Luiz Flávio Gomes, garante a melhor solução para a problemática exposta. No que tange aos réus reincidentes, tal fato não poderia obstar a aplicação do princípio da insignificância, em razão da objetividade com que tal princípio deve ser aplicado aos casos concretos, de acordo com os ensinamentos de Luiz Flávio Gomes e da 2ª Turma Criminal do pretório excuso. Por outro lado, acerca da reiteração criminosa, entendo como mais adequada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, uma vez que, nas hipóteses em que o acusado praticou

²²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª T. Habeas Corpus 110.841. Relatora: Min. Cármel Lúcia. J. 27 de novembro de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3194923>>

²²¹ GOMES, Luiz Flávio; INFANTE, Christiane de O. Parisi. "Réu reincidente e princípio da insignificância: âmbito de (in)aplicabilidade". Disponível em <http://www.lfg.com.br> Acesso em: 24 de novembro de 2010.

inúmeros crimes insignificantes, ele será beneficiário da continuidade delitiva, prevista no artigo 71, do Código Penal. Desta forma, por meio de ficção legal, todos os seus crimes serão considerados como um único. Assim, o prejuízo patrimonial sofrido pelas vítimas será somado, verificando, por fim, a relevância das condutas praticadas pelo acusado, autorizando o exercício do *ius puniendi* por parte do Estado.

3. DA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO ATÉ SUA POSTERIOR EXECUÇÃO

3.1. Introdução

Analizados os princípios da proporcionalidade e insignificância, os quais constituem importante arcabouço teórico para o tema tratado na presente monografia, inicia-se, de maneira mais aprofundada, a análise da problemática relativa à aplicação do princípio da insignificância nos crimes tributários e nos crimes patrimoniais.

Os crimes patrimoniais, ordinariamente tratados no Título II, da parte especial do Código Penal pátrio, independem de grandes aprofundamentos em relação aos demais ramos do Direito. Em regra, são caracterizados pela transferência penalmente ilícita de parcela do patrimônio da vítima em claro benefício do autor ou de terceiros²²².

Raciocínio análogo não pode ser estendido aos crimes tributários. Positivados nos artigos 1º e 2º da lei federal 8137/1990 e em alguns dispositivos do Código Penal, tais delitos guardam, logicamente, relação indissociável com os institutos inerentes ao Direito Tributário brasileiro²²³.

Assim, para que um sujeito ativo hipotético possa direcionar sua conduta no sentido de praticar um crime tributário, inúmeros institutos que escapam do Direito Penal deverão ser verificados, necessariamente, no caso concreto.

Ante o exposto, este capítulo terá por finalidade apresentar cada um dos institutos tributários necessários para a efetivação do dever de pagar, por parte do contribuinte, além dos meios legais para a exigência desta cobrança, caso inadimplida. Por fim, em situações específicas, esta inadimplência poderá autorizar, sobre si, a incidência do Direito Penal.

3.2. Conceito de Tributo

De acordo com artigo 3º, do Código Tributário Nacional:

²²² MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. Manual de Direito Penal II: Parte Especial - Arts. 121 a 234 do CP. 26. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

²²³ PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Econômico. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada²²⁴

Por **prestação**, entende-se que o tributo será pago a alguém que apresente a competência constitucional para instituí-lo e exigir seu pagamento. Como exemplo, o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza (IR), previsto no artigo 153, inciso III, da Constituição Federal será pago para a União. Já o imposto sobre a propriedade de veículos automotores (IPVA), previsto no artigo 155, inciso III, da Constituição Federal, será pago aos Estados ou ao Distrito Federal, a depender do local em que o veículo for licenciado. Por fim, o valor arrecadado com o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU), previsto no artigo 155, inciso III, da Carta Magna, caberá aos municípios em que os imóveis estejam situados²²⁵.

Já o caráter **pecuniário** do tributo relaciona-se ao fato de que seu pagamento somente poderá ser efetuado em dinheiro, sendo vedada outra forma de recebimento por parte do Fisco. Vale ressaltar, ainda, que a expressão **em moeda ou em cujo valor se possa exprimir** configura mero reforço semântico²²⁶.

Outra característica marcante do tributo é a sua **compulsoriedade**, uma vez que o contribuinte não tem escolha em não pagar o tributo. Caso o fato gerador seja praticado, surgirá a necessidade de pagamento²²⁷.

O CTN é expresso em estipular que os tributos não possam constituir **sanção de ato ilícito**. Esta é a principal distinção entre o tipo penal e o tipo tributário. O contribuinte paga o tributo não porque infringe uma determinada lei, mas, ao contrário, por adequar seu comportamento a determinas hipóteses legalmente previstas²²⁸.

Desta forma, o legislador somente poderá eleger atos lícitos para a caracterização do fato gerador. Diferentemente, no Direito Penal, somente são tipificadas as condutas que, ao serem realizadas, tornam insustentável a vida em sociedade, pois afigem sobremaneira os bens jurídicos mais caros aos indivíduos.

²²⁴ BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm> Acesso em: 202/08/14

²²⁵ NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Curso de Direito Tributário. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

²²⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 23. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

²²⁷ Idem.

²²⁸ ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário Esquematizado. 5. ed. São Paulo: Editora Gen, 2011.

Os tributos obedecem, também, ao princípio da legalidade, em razão da necessidade de os respectivos fatos geradores estarem instituídos em lei. Diante do exposto, um tributo necessariamente será criado por lei, nunca por um ato legislativo de inferior hierarquia (e.g. decreto)²²⁹.

Por fim, o CTN exige que a dívida tributária seja **cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada**. Isto significa que a autoridade administrativa não apresenta discricionariedade, em razão da conveniência e oportunidade, devendo seguir, *ipsis literis*, aos mandamentos legais²³⁰.

Como exemplo, tem-se que o IPVA é cobrado de acordo com uma porcentagem (alíquota) aplicada sobre o valor do veículo (base de cálculo). Sendo cobrado um valor, o fiscal de renda não poderá aceitar menos dinheiro. De natureza diversa é a atividade de fiscalização, sendo, portanto, discricionária. Isto garante sua efetividade, já que o contribuinte não pode saber quando será fiscalizado. Caso soubesse, manteria sua situação regular apenas na fiscalização.

3.3. Regra Matriz de Incidência e Fato Gerador

3.3.1. Distinções

Semelhantemente ao Direito Penal, o Direito Tributário também elenca, dentre seus princípios estruturantes, o princípio da tipicidade ou da taxatividade.

Para o Direito Penal, a finalidade do tipo é a descrição de um comportamento, o qual, se realizado por um indivíduo, caracterizará lesão ou ameaça a bem jurídico de sensível relevância para a sociedade, autorizando que o Estado exerça o *ius puniendi* e a ele comine uma pena²³¹.

Como exemplo tem-se o crime de homicídio simples, previsto no *caput* do artigo 121 do Código Penal. Pela sua leitura, infere-se que os sujeitos que matarem uma pessoa, conduta grave e que aniquila o bem jurídico “vida”, assumem o risco que o Estado, atuando por meio do Poder Judiciário, possa a eles cominar uma sanção, qual seja, pena privativa de liberdade²³².

²²⁹ SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

²³⁰ ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário Esquematizado. 5. ed. São Paulo: Editora Gen, 2011

²³¹ RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

²³² DELMANTO, Celso et al. Código Penal Comentado. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

A mesma premissa estruturada em um comportamento previsto em lei e uma consequência imposta àqueles que o realizarem ou dele usufruírem, em uma data e local específicos, possibilita a cobrança dos tributos. Este enunciado recebe a designação de regra matriz de incidência e positiva o fato gerador dos tributos. Para maior clareza, reitera-se que o fato gerador é o comportamento previsto na regra matriz de incidência e que, caso realizado (imposto) ou usufruído (taxas e contribuições de melhoria) por um particular dá ensejo à cobrança de tributos²³³.

Por regra matriz de incidência tributária entende-se a redução eidética, ou seja, essencial da norma que cria tributos. Caracteriza, desta forma, o teor mínimo necessário que o legislador precisa veicular por lei para criar um tributo²³⁴.

Para o maior idealizador da teoria da regra matriz de incidência tributária, o Professor Paulo de Barros Carvalho entende que a norma tributária em sentido estrito tem a finalidade de definir a própria incidência fiscal. Formada por um antecedente e por uma estatuição, ressaltara-se a necessidade de estudar ambos os requisitos isoladamente, de modo a facilitar a compreensão²³⁵.

3.3.2. Requisitos da regra matriz de incidência tributária

3.3.2.1. Abordagem Inicial

A regra matriz de incidência tributária é composta por cinco critérios essenciais, quais sejam: a) critério material; b) critério espacial; c) critério temporal; d) critério pessoal, a saber, os sujeitos ativo e passivo; e) critério quantitativos (base de cálculo e alíquota)²³⁶.

Tais critérios formam duas partes da regra. Os três primeiros correspondem ao antecedente e os dois últimos, o consequente. Tal formulação teórica permite a interpretação potencializada da legislação.

²³³ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 23. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

²³⁴ Idem.

²³⁵ Ibidem.

²³⁶ CREPALDI, Silvio Aparecido. A regra matriz de incidência tributária. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6619>. Acesso em: 01 ago. 2014.

3.3.2.2. Antecedente

A legislação tributária denomina o antecedente como fato gerador. Esta expressão é ambígua, pois designa dois objetos distintos: o antecedente da norma geral e abstrata e o antecedente da norma individual e concreta. Por isso, a doutrina adota dois nomes distintos. O primeiro é chamado de hipótese de incidência e o segundo de fato imponível, terminologia esta erigida pelo professor Geraldo Ataliba²³⁷.

A hipótese de incidência é escrita em linguagem conotativa. Já o fato imponível assim o é por meio de linguagem denotativa. Para diferenciar ambas as proposições, mister se faz um exemplo²³⁸.

O imposto de importação (II) tributa os indivíduos que internalizam, em território brasileiro, produtos adquiridos no exterior, desde que o ingresso ocorra nos postos alfandegários autorizados. Tal importação de mercadoria é uma hipótese de incidência, uma vez que a norma tributária refere-se a uma situação ideal, ainda não ocorrida concretamente. Entretanto, quando uma concessionária de automóveis de luxo importa uma Ferrari, exemplificado estará um fato imponível, uma vez que, em uma situação concreta, o contribuinte realizou o fato gerador do II, ao internalizar, no Brasil, um automóvel italiano.

Por fim, convém a recordação de que o antecedente da regra matriz de incidência é formado pelos critérios material, espacial e temporal.

3.3.2.3. Critério Material

O critério material é caracterizado por meio de um verbo pessoal mais um complemento. Esta estrutura permite que a Constituição Federal discrimine as competências tributárias, especialmente e de forma mais minuciosa, para os impostos²³⁹.

Esta discriminação tem a finalidade de especificar para cada dimensão econômica (e.g. importar, circular mercadoria, ter a propriedade) um único imposto. Assim, sobre um signo de riqueza, só pode haver incidência de um

²³⁷ ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário Esquematizado. 5. ed. São Paulo: Editora Gen, 2011

²³⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 23. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

²³⁹ NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Curso de Direito Tributário. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

único imposto. Por outras palavras, ressalvadas algumas hipóteses específicas, a Constituição proíbe a bi tributação²⁴⁰.

Esse é um vetor importante para resolver situações de bi tributação e de conflitos de competência, os quais se originam em razão do caráter conotativo da discriminação constitucional da competência. Inúmeras situações se enquadrarão no aspecto material de dois ou mais impostos, mas só um poderá ser exigido²⁴¹.

Haja vista tal problemática, a Constituição Federal prevê que lei complementar poderá dirimir conflitos de competência, por meio de regras gerais. Em último caso, o juiz proferirá sentença, em linguagem denotativa, resolvendo a pendência.

3.3.2.4. Critério Espacial

O critério espacial caracteriza-se pelo lugar da ação do verbo. Entretanto, convém a ressalva de que ele não se confunde, necessariamente, com a vigência espacial da lei que cria o tributo, podendo ser maior, bem como menor²⁴².

Será menor nas situações em que a lei tributária abrange uma área nacional, estadual ou municipal, mas sua exigência só acontece em determinados lugares, obviamente menores e autorizados²⁴³.

Como exemplo, tem-se que o II, é instituído por meio de lei federal de competência da União, a qual apresenta vigência e deve respeitada no país todo. Entretanto, o imposto somente poderá ser cobrado nos locais alfandegários, isto é, autorizados para a entrada e saída de mercadoria do território nacional, como certos portos, aeroportos e pontes em fronteiras (aspecto espacial).

Caso o ingresso da mercadoria ocorra por outros locais do território brasileiro, não autorizados para funcionarem como postos alfandegários, o verbo núcleo do fato gerador, “importar”, não se verifica no caso concreto, inviabilizando a incidência do II. Em suma, o imposto não será exigido. Nessa hipótese, regerá o caso uma norma administrativa punitiva que determina a perda da mercadoria.

²⁴⁰ SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

²⁴¹ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 23. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

²⁴² CREPALDI, Silvio Aparecido. A regra matriz de incidência tributária. Disponível em:

<http://www ambito-juridico com br/site/index php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6619>.

Acesso em: 01 ago. 2014.

²⁴³ ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário Esquematizado. 5. ed. São Paulo: Editora Gen, 2011

Por outro lado, será menor quando a lei tributária abrange uma área nacional, mas sua exigência acontece em todo o globo. Desta forma, no caso do IR, a lei que o institui tem vigência no território nacional, mas o critério espacial é o universo. Desse modo, um residente no Brasil, ao auferir renda no exterior, deverá pagar imposto aqui no país²⁴⁴.

Por defeito na técnica legislativa, poderá ser promulgada lei que institua um tributo sem que seja positivado, de forma inequívoca, seu critério espacial. Havendo esta omissão, considera-se, como critério espacial, o território da pessoa política que criou o tributo²⁴⁵.

3.3.2.5. Critério Temporal

O critério temporal caracteriza-se pelo momento em que se verifica a ocorrência da ação do verbo núcleo da regra matriz de incidência tributária²⁴⁶.

Exemplificando o exposto, no caso do II, o tributo passa a ser devido a partir da declaração de que um produto foi encomendado, constituindo um fato jurídico. Sem a declaração, considera-se que o produto não foi importado, sendo apenas um evento. Assim, a mercadoria fica retida e, passado um tempo, constitui abandono.

3.3.2.6. Consequente

Analizando os critérios constitutivos do antecedente da regra matriz de incidência, verifica-se que eles determinam, basicamente, qual evento jurídico e que apresenta relevância tributária, ocorreu no plano concreto.

Diferentemente, os critérios constitutivos do consequente permite a caracterização dos sujeitos da relação jurídico tributária, ou seja, a quem caberá instituir e cobrar o tributo, além do sujeito passivo, a quem deverá o dever de pagar a quantia. Por fim, é estabelecido, também, o valor a ser pago²⁴⁷.

²⁴⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 23. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

²⁴⁵ Idem.

²⁴⁶ ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquematizado*. 5. ed. São Paulo: Editora Gen, 2011

²⁴⁷ CREPALDI, Silvio Aparecido. A regra matriz de incidência tributária. Disponível em: <http://www ambito-juridico com br/site/index php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6619>. Acesso em: 01 ago. 2014.

3.3.2.7.Critério Pessoal

O sujeito ativo é uma pessoa jurídica de direito público. Em geral, a própria pessoa jurídica competente para criar o tributo. Vale ressaltar que uma parte da doutrina, inclusive o professor Paulo de Barros Carvalho, entende que pessoas de direito privado, inclusive pessoas físicas, podem ser sujeito ativo, desde que haja interesse público envolvido²⁴⁸.

Como exemplos, o sindicato, pessoa jurídica de direito privado, é sujeito ativo de sua respectiva contribuição. Já os tabeliões, pessoas físicas de direito privado, também são assim considerados, pois os emolumentos que recebem apresentam a natureza jurídica de tributo, mas precisamente na espécie taxa.

Em relação ao sujeito passivo, duas subespécies surgem, a depender de sua vinculação ao fato gerador.

Assim, quem apresenta relação pessoal e direta com o fato gerador (aspecto material do tributo) é denominado contribuinte. No caso de imposto, é justamente a pessoa que pratica a ação do verbo, ou seja, será contribuinte o indivíduo que importar mercadoria, no caso do II²⁴⁹.

Já aquele que cuja relação com o tributo seja pessoal e indireta recebe a denominação de responsável. Vale ressaltar que tal condição sempre decorre de lei. Como exemplo, os indivíduos que auferem renda, em um determinado ano, deverão recolher, o IR no ano subsequente. Entretanto, nos casos em que uma empresa apresente funcionários registrados, caberá a ela, por expressa previsão legal, o dever de recolher dos salários a parcela referente ao IR que será futuramente devido pelos empregados²⁵⁰.

3.3.2.8.Critério Quantitativo – Base de Cálculo

A base de cálculo é um dos critérios mais relevantes da regra matriz de incidência tributária, apresentando três funções.

Inicialmente, sua função mensuradora procura delimitar as reais dimensões do fato. Geralmente é um valor, mas pode ser outra grandeza, como

²⁴⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 23. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

²⁴⁹ SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

²⁵⁰ Idem.

peso, volume, comprimento, entre outros. Em alguns casos, pode ser uma dimensão simples, como o preço de uma operação, ou complexa, como a renda de uma atividade²⁵¹.

Quando a base é um valor, necessariamente a alíquota é um porcentual, chamado de *ad valorem*. Quando a base é outra dimensão, a alíquota é um valor dividido por esta dimensão, sendo chamada de alíquota específica (e.g. R\$ 2 por quilo)²⁵².

Já a função objetiva denota que a base de cálculo é um dos elementos indispensáveis para a determinação do *quantum* deverá ser pago a título do tributo. A base, neste caso, é um fator de uma operação de multiplicação, sendo o outro fator a alíquota, a qual será tratada adiante²⁵³.

Por fim, a função comparativa visa identificar, efetivamente, o critério material e, com isso, a espécie tributária e o regime jurídico. Nesta função, a base pode confirmar, afirmar ou infirmar o critério material previsto na lei²⁵⁴.

A base de cálculo confirma, quando está totalmente coerente com o critério material (e.g no IR: critério material é “auferir renda”; a base de cálculo é o valor da renda)²⁵⁵.

A base de cálculo afirma quando há dúvidas sobre o critério material (e.g: o critério material é “importar utilidades”; base de cálculo é o valor da mercadoria, assim, serviços não são abarcados)²⁵⁶.

Quando infirma, verifica-se sua diferenciação em relação ao aspecto material (e.g. o aspecto material é ser proprietário de imóvel e a base de cálculo é o valor da renda do proprietário). Neste caso, tem-se que o tributo criado não é coerente e deverá ser questionado judicialmente²⁵⁷.

3.3.2.9. Critério Quantitativo – Alíquota

Como já mencionado, a alíquota corresponde ao outro fator para a determinação do montante a ser pago ao Fisco, a título de tributação. A

²⁵¹ NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

²⁵² ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquematizado*. 5. ed. São Paulo: Editora Gen, 2011

²⁵³ Idem.

²⁵⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 23. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

²⁵⁵ Idem.

²⁵⁶ SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

²⁵⁷ Idem.

depender do seu valor, poderá ser progressiva, proporcional ou regressiva, em relação à base de cálculo²⁵⁸.

Será proporcional, quando a alíquota se mantém constante, independentemente do valor da base de cálculo. Esta modalidade é verificada na cobrança do IPVA. Independentemente do modelo do automóvel, a alíquota que será sempre a mesma²⁵⁹.

Já a alíquota progressiva é verificada quando seu valor se eleva, conforme a base de cálculo, sobre a qual ele incide, também se eleva. Desta forma, quanto maior os valores, maior a alíquota. Este tipo se verifica no IR, uma vez que, quanto maior a renda auferida, maior a alíquota que irá compor o cálculo do tributo devido²⁶⁰.

Existe, ainda, a alíquota regressiva, ou seja, aquela cujo valor diminui na medida em que aumenta a base de cálculo, isto é, quanto maior os valores, menor a alíquota. Tal modalidade é verificada em certos planos de previdência complementar²⁶¹.

3.4. Lançamento do Crédito Tributário

3.4.1. Conceito e Finalidade

Conforme mencionado no início do presente capítulo, inúmeros institutos e procedimentos inerentes ao Direito Tributário devem ser realizados no caso concreto ante que sequer se cogite a imposição do Direito Penal.

A regra matriz de incidência tributária tem a função primordial de instituir os tributos, possibilitando a imposição de cobrança aos particulares. Desta forma, se um contribuinte realizar o fato gerador, em uma data específica e um local determinado, autorizado estará o Fisco para proceder com a cobrança do quantum devido²⁶².

²⁵⁸ ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário Esquematizado. 5. ed. São Paulo: Editora Gen, 2011

²⁵⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 23. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

²⁶⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

²⁶¹ SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

²⁶² CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 23. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

Entretanto, essa cobrança exige um procedimento administrativo específico. Não basta que o contribuinte realize o fato gerador, para que a cobrança já exista. Para que isto ocorra, realmente, a autoridade tributária deverá confirmar a ocorrência do fato gerador, apurar quem é sujeito passivo da obrigação tributária, determinar o valor devido ou ratificar o valor informado pelo contribuinte e, por fim, notificá-lo para pagar o valor devido²⁶³.

A esta complexa gama de atribuições, doutrina e legislação tributária denominam-na se lançamento. Complementando o exposto, Paulo de Barros Carvalho afirma que o lançamento tributário é um ato administrativo constitutivo e vinculado, trazendo ao plano jurídico nacional uma norma individual e concreta, uma vez que apresenta devedor determinado e a quantia a ser paga, em um tempo pré-fixado²⁶⁴.

Já Ricardo Alexandre, conceitua lançamento da seguinte forma:

Segundo a teoria adotada no Código Tributário Nacional, quando verificada no mundo dos fatos a situação definida em lei como fato gerador do tributo, nasce a obrigação tributária. Tal obrigação consiste num vínculo jurídico transitório entre o sujeito ativo (credor) e o sujeito passivo (devedor) e tem por objeto uma prestação em dinheiro. Para muitos, se já há credor e devedor, já há crédito, de forma que o nascimento do crédito tributário seria concomitante ao surgimento da obrigação tributária.

Ocorrido o fato gerador, é necessário definir, com precisão, o montante do tributo ou penalidade, o devedor e o prazo para pagamento, de forma a conferir certeza (quanto à existência) e liquidez (quanto ao valor) à obrigação. Daí a exigência de um procedimento oficial consistente em declarar formalmente a ocorrência do fato gerador, definir os elementos materiais da obrigação surgida (alíquota e base de cálculo), calcular o montante devido, identificar o respectivo sujeito passivo, com o fito de possibilitar que contra este seja feita a cobrança do tributo ou da penalidade pecuniária. Todo esse procedimento é legalmente denominado de lançamento²⁶⁵.

Desta forma, verifica-se que a finalidade precípua do lançamento é a constituição do crédito tributário, autorizando-se, desta forma, que a respectiva Fazenda Pública inicie os procedimentos administrativos e judiciais, caso este último seja necessário, hábeis para que o sujeito passivo pague o *quantum* devido.

Vale ressaltar, ainda, que o prazo para que o tributo seja objeto de procedimento de lançamento é de 5 (cinco) anos. Entretanto, marco temporal

²⁶³ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

²⁶⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 23. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. fl. 353

²⁶⁵ ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário Esquematizado. 5. ed. São Paulo: Editora Gen, 2011

inicial para que o interregno mencionado passe a correr dependerá da modalidade de lançamento, as quais se diferem pelos papéis desempenhados pela autoridade tributária e o contribuinte, a depender do tributo analisado²⁶⁶.

3.4.2. Modalidades de Lançamento

3.4.2.1. Lançamento de Ofício

A primeira modalidade de lançamento a ser analisada é a de ofício. De acordo com o artigo 149 do Código Tributário Nacional, tal instituto verifica-se:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

I - quando a lei assim o determine;

II - quando a declaração não seja prestada, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária;

III - quando a pessoa legalmente obrigada, embora tenha prestado declaração nos termos do inciso anterior, deixe de atender, no prazo e na forma da legislação tributária, a pedido de esclarecimento formulado pela autoridade administrativa, recuse-se a prestá-lo ou não o preste satisfatoriamente, a juízo daquela autoridade;

IV - quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória;

V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte;

VI - quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária;

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

VIII - quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior;

IX - quando se comprove que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade especial.

Parágrafo único. A revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública²⁶⁷.

Desta forma, pela leitura do dispositivo legal supra transcrito, conclui-se que, havendo lançamento de ofício, a autoridade tributária, por conta própria, verifica a ocorrência do fato gerador, determina a matéria tributável, calcula o tributo devido, identifica o sujeito passivo e determina o pagamento²⁶⁸.

²⁶⁶ SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

²⁶⁷ BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm> Acesso em: 202/08/14

²⁶⁸ NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Curso de Direito Tributário. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

A maneira mais clara para identificar o lançamento de ofício é o recebimento, por parte do contribuinte, de um carnê, enviado pela pessoa política, no qual constará o valor a ser pago²⁶⁹.

Os tributos mais conhecidos e que seguem o regime do lançamento de ofício são o Imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) e o Imposto sobre a propriedade de veículo automotor (IPVA).

3.4.2.2. Lançamento por Declaração

Outra modalidade de lançamento é a por declaração, prevista no artigo 147 do Código Tributário Nacional, que dispõe:

O lançamento é efetuado com base na declaração do sujeito passivo ou de terceiro, quando um ou outro, na forma da legislação tributária, presta à autoridade administrativa informações sobre matéria de fato, indispensáveis à sua efetivação²⁷⁰.

Nas palavras de Eduardo Sabbag, o lançamento por homologação é caracterizado pela atuação conjunta entre as autoridades tributárias e o contribuinte, uma vez que este presta informações necessárias para que o lançamento seja realizado. O Fisco, em determinados casos, não apresenta todas as informações necessárias sobre os possíveis fatos geradores realizados pelo contribuinte. Assim, caberá a este apresentar declaração com tais dados fáticos, permitindo o cálculo do valor devido²⁷¹.

Desta forma, infere-se que a autoridade administrativa não é capaz de poder constituir o crédito tributário, uma vez que não apresenta informações cruciais acerca das ações do contribuinte. Logo, precisará, necessariamente, receber tais informações do sujeito passivo acerca da ocorrência do fato gerador.

Em síntese, tem-se que, havendo lançamento por homologação, o sujeito passivo informa, à autoridade administrativa, a ocorrência do fato gerador, para que esta somente então constituir o crédito tributário. Um exemplo desta modalidade de lançamento ocorre no Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI).

²⁶⁹ ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário Esquematizado. 5. ed. São Paulo: Editora Gen, 2011

²⁷⁰ BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm> Acesso em: 202/08/14

²⁷¹ SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

3.4.2.3. Lançamento por Homologação

Por fim, a última modalidade de lançamento é a por homologação, regulada no artigo 150 e parágrafos, do Código Tributário Nacional, que determina:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

§ 2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação²⁷².

No lançamento por homologação, a lei determina que o contribuinte verifique a ocorrência do fato gerador. Posteriormente, deverá calcular o valor devido a título de tributo e já efetuar o pagamento, sem que haja a participação da autoridade administrativa. Posteriormente, esta apenas confere se o procedimento foi executado corretamente²⁷³.

Vale ressaltar que o lançamento por homologação foi escolhido, pelo legislador, como a modalidade principal para a constituição da maioria dos tributos, dentre os quais o imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços (ICMS), o imposto sobre produtos industrializados (IPI) e o imposto de renda (IR)²⁷⁴.

²⁷² BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm> Acesso em: 20/08/14

²⁷³ SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
²⁷⁴

3.4.3. Prazo para o Lançamento

3.4.3.1. Natureza Jurídica

O lançamento tributário, assim como a maior parte dos institutos jurídicos, relaciona-se de forma intensa em relação ao tempo, o qual, a depender de sua passagem, pode esvaziar por completo o conteúdo normativo de uma lei²⁷⁵.

Procurando evitar abusos por parte do Fisco, o Código Tributário Nacional prevê o prazo máximo de 5 (cinco) anos, para que o lançamento de um hipotético tributo seja realizado. Entretanto, a depender da modalidade de lançamento verificada no caso concreto, será diferente o termo *a quo* da contagem do prazo²⁷⁶.

Por fim, caso o lançamento do tributo não seja realizado pelo Fisco no prazo determinado, fulminado estará o próprio direito da autoridade tributária em praticar tal ato. Logo, o prazo para lançamento sujeita-se a decadência²⁷⁷.

3.4.3.2. Tributos sujeitos ao lançamento de ofício ou por declaração

De acordo com a exegese do artigo 173, inciso, do CTN, verificando-se a ocorrência do fato gerador, o Fisco apresentará o prazo para lançamento de 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado²⁷⁸.

Apesar de confusa esta locução, um exemplo ilustra o disposto acima. Supondo que uma prefeitura deveria que cobrar o IPTU referente ao ano de 2008 dos municíipes. Entretanto, não pôde enviar os carnês no prazo habitual em razão de problemas de informática em seu sistema.

Como já visto, a autoridade tributária terá prazo de 5 (cinco) anos para enviar os referidos carnês, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Desta forma, o início do prazo

²⁷⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 23. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

²⁷⁶ ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquematizado*. 5. ed. São Paulo: Editora Gen, 2011

²⁷⁷ NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

²⁷⁸ BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm> Acesso em: 202/08/14

decadencial para lançamento inicia-se em 1º de janeiro de 2009, extinguindo-se em 1º de janeiro de 2014.

3.4.3.3. Tributos sujeitos ao lançamento por homologação

Diferentemente dos anteriores, o prazo para o lançamento por homologação é de 5 anos a contar da ocorrência do fato gerador, salvo se a lei não fixar prazo a homologação e se não ocorrer fraude, dolo ou coação, de acordo com a previsão do artigo 150, § 4º do CTN²⁷⁹.

Assim, por exemplo, um dado contribuinte circulou mercadoria no dia 1º de janeiro de 2008, realizando o fato gerador do ICMS, no valor de R\$ 2 mil. Entretanto, por erro seu, recolheu apenas R\$ 200. O Fisco terá até o dia 1º de janeiro de 2013 para lançar os R\$ 1800 devidos, haja vista que o prazo decadencial começou a fluir em 1º de janeiro de 2008.

É de destacar, também, que na ocorrência de fraude, dolo, coação ou ausência de pagamento, o lançamento do tributo por homologação será regido pela regra dos tributos cujo lançamento seja de ofício ou por declaração, em razão de seu caráter mais benéfico para o Fisco²⁸⁰.

3.5. Execução Fiscal

3.5.1. Notificação de Lançamento

O procedimento de lançamento apresenta a função de criar a obrigação tributária, imputando ao contribuinte o pagamento do valor devido²⁸¹.

No caso dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, a autoridade tributária aguarda a prestação de informações do contribuinte, acompanhada do pagamento do valor supostamente devido. Se o contribuinte não prestar tais informações ou se o pagamento por ele efetuado é inferior ao

²⁷⁹ BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm> Acesso em: 20/08/14

²⁸⁰ Idem.

²⁸¹ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

entendimento do Fisco, caberá à respectiva Fazenda Pública proceder o lançamento do valor devido²⁸².

Já nos tributos sujeitos ao lançamento de ofício, caberá ao próprio Fisco verificar a ocorrência do fato gerador e promover o procedimento de lançamento, no qual se apurará o valor devido pelo contribuinte²⁸³.

Apesar dos procedimentos acima descritos serem diversos, as respectivas últimas etapas são idênticas. Uma vez lançado o tributo, caberá ao Fisco enviar ao contribuinte a notificação de lançamento, determinando o pagamento do valor devido no prazo de 30 (trinta) dias²⁸⁴.

A notificação de lançamento caracteriza modalidade de cobrança amigável do tributo por parte da Fazenda Pública competente. Somente na hipótese de contribuinte não pagar o valor nela previsto, ficará autorizado ao Fisco ingressar em juízo para forçar o pagamento da dívida, por meio da execução fiscal²⁸⁵.

Como bem explica o professor Guilherme Mendes, a execução fiscal é a última etapa no longo procedimento tributário que abarca desde a ocorrência do fato gerador, a concretização da obrigação tributária, a tentativa da Fazenda Pública em receber o valor devido pela via administrativa. No caso de falha desta última, o Fisco utilizará o processo de execução fiscal²⁸⁶.

Assim, quando o contribuinte recebe a notificação de lançamento, dele serão esperadas apenas três condutas possíveis: a) Pagar o valor devido de imediato; b) Insurgir-se, via recurso administrativo, do valor presente na notificação de lançamento; c) Manter-se silente e aguardar o ajuizamento da execução fiscal peal Fazenda Pública.

Acerca do mencionado recurso administrativo, inquestionável a lição proferida pelo Professor Guilherme Mendes, que assevera:

Há, porém, as situações de conflito, que podem ser divididas em dois grupos: i) aquelas em que o particular e a administração pública concordam com o valor devido, mas o primeiro resiste em pagar; e ii) as em que há discordância, inclusive em relação ao valor devido. As do primeiro tipo são dirigidas diretamente para a fase de cobrança administrativa, uma vez que o

²⁸² ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário Esquematizado. 5. ed. São Paulo: Editora Gen, 2011

²⁸³ Idem.

²⁸⁴ SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. Processo Tributário. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

²⁸⁵ Idem.

²⁸⁶ Gestão e jurisdição : o caso da execução fiscal da União / Organizadores: Alexandre dos Santos Cunha, Paulo Eduardo Alves da Silva. – Brasília : Ipea, 2013. v. 9 (297 p.) : gráfs., tabs. - (Diálogos para o Desenvolvimento ; 9).

próprio particular fez a apuração do tributo devido e entregou a declaração pertinente com a formalização da exigência. O autor tratará desta fase mais adiante. Já as do segundo tipo, que englobam tanto os casos em que o particular não apura o tributo, quanto aqueles em que apura, mas com um valor menor que o considerado correto pelo fisco (o órgão de fiscalização da Receita Federal do Brasil), submetem-se a mais fases administrativas e, portanto, à atuação de outros órgãos estatais. Para essas situações, necessariamente, uma autoridade fiscal (um agente do órgão de fiscalização) deverá formalizar a exigência por meio do, tecnicamente denominado, “lançamento”. Sem o lançamento, a cobrança do tributo não prossegue e, portanto, também não será promovida a execução fiscal. Se o particular não pagar e nem contestar o valor devido no prazo estabelecido pela legislação (trinta dias, nos termos do Artigo 15, do Decreto no 70.235/1972), a exigência seguirá para a já citada fase de cobrança administrativa. Todavia, no caso de contestação, pelo menos dois outros órgãos administrativos poderão atuar. O primeiro será uma das delegacias da Receita Federal de julgamento, órgãos especializados no julgamento em primeiro grau do contencioso fiscal. Nesta etapa, a análise do processo administrativo que formaliza a exigência tributária é realizada por turmas formadas por no mínimo três auditores-fiscais (funcionários do fisco, portanto, e pertencentes à mesma carreira das autoridades que promovem o lançamento tributário). Da decisão desfavorável destas turmas, o particular pode recorrer a outro órgão, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF, antigo Conselho de Contribuintes), que é externo à estrutura da Receita Federal do Brasil e subordinado diretamente ao Ministério da Fazenda. Suas decisões são proferidas por turmas de composição paritária, isto é, metade dos julgadores é formada por representantes da Fazenda (auditores-fiscais, que pertencem à mesma categoria funcional dos julgadores das delegacias de julgamento e, por conseguinte, das autoridades fiscais responsáveis pelo lançamento), e a outra metade é composta por representantes dos particulares (contribuintes), geralmente advogados indicados pelas confederações de classe (Confederação Nacional da Indústria – CNI, Confederação Nacional do Comércio – CNC, Confederação Nacional do Transporte – CNT etc.). Uma vez proferida a decisão pelo CARF em desfavor, integral ou parcial, do contribuinte, a exigência segue para a cobrança administrativa²⁸⁷.

3.5.2. Prazo para Ajuizamento da Execução Fiscal

Após a entrega da notificação de lançamento, caso o contribuinte não ingresse com recurso administrativo e nem pague o valor devido, dentro do prazo de 30 dias, caberá à autoridade fiscal inscrever o valor inadimplido em dívida ativa²⁸⁸.

Tal inscrição é registrada por meio da certidão de dívida ativa, documento que, em razão de previsão expressa do artigo 585, inciso VII, apresenta natureza jurídica de título executivo extrajudicial.

²⁸⁷ Gestão e jurisdição : o caso da execução fiscal da União / Organizadores: Alexandre dos Santos Cunha, Paulo Eduardo Alves da Silva. – Brasília : Ipea, 2013. v. 9 (297 p.) : gráf., tabs. - (Diálogos para o Desenvolvimento ; 9).

²⁸⁸ SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. Processo Tributário. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

Convém ressaltar, todavia, que a promoção da execução fiscal prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva, de acordo com o mandamento do artigo 174, *caput*, do CTN. Se o Fisco não observar este prazo, haverá a prescrição, ou seja, a perda do direito de cobrar o crédito tributário²⁸⁹.

3.5.3. Relevância Penal em Relação à Inscrição em Dívida Ativa

A inscrição em dívida ativa é de suam importância, uma vez que um processo criminal para apurar a prática de crime tributário não pode ter sua denúncia recebida na ausência daquela. Desta forma, doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sustentam que a inscrição em dívida ativa configura justa causa para o início do processo penal²⁹⁰.

Esta conclusão é lógica. Nos crimes tributários, em regra, o contribuinte direcionou, dolosamente, sua conduta, no sentido de fraudar a fiscalização da autoridade fazendária e, desta forma, evitando o recolhimento de um tributo. Em síntese, o prejuízo do Fisco em relação ao tributo não adimplido deve ser incontrovertido, uma vez que tratam-se de crimes materiais, exigindo resultado naturalístico²⁹¹.

No item 1.5.1, discorreu-se sobre a possibilidade de o contribuinte recorrer administrativamente, após receber a notificação de lançamento. A imposição deste recurso suspende o prazo para a inscrição em dívida ativa e a posterior promoção da execução fiscal. Na hipótese de o Ministério Público oferecer a denúncia, antes de o valor devido pelo contribuinte torne-se incontrovertido, poderá, posteriormente, fulminar o processo criminal por falta de materialidade, caso a autoridade recursal tributária entender que a dívida imputada ao réu é inexistente²⁹².

O exposto acima é corroborado por José Sobreira:

Como cediço, o inquérito policial tem por objetivo buscar indícios para subsidiar eventual denuncia do Ministério Publico. Sabe-se ainda que o inquérito policial só pode ser instaurado quando presente a materialidade do delito e deve haver indícios de autoria.

²⁸⁹ ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário Esquematizado. 5. ed. São Paulo: Editora Gen, 2011

²⁹⁰ BREDA, Felippe Alexandre Ramos. Crimes tributários e questões pontuais : o processo fiscal como condição de procedibilidade à ação penal-tributária, o princípio da absorção e a extinção da punibilidade pelo pagamento. Revista Dialética de Direito Tributário, n. 201, p.63-69, 2012

²⁹¹ PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Econômico. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

²⁹² Idem.

Assim, no que tange aos inquéritos policiais que visam a apuração de delitos contra a ordem tributária, é de suma importância que o expediente seja instruído com cópia da certidão de transito em julgado do processo administrativo vinculado sob penal de nulidade cabível por correção pela estreita via do Habeas Corpus.

Com efeito, apesar de ser notório e conhecido o princípio da separação das instâncias, o que, em tese, não vincularia o Ministério Público a aguardar o final do procedimento fiscal para, somente depois, propor eventual denúncia, em se tratando de crimes contra a ordem tributária, vemos como necessária essa “subordinação” do Ministério Público ao final do procedimento administrativo. Caso contrário, estaríamos a afirmar que o Judiciário, ou o próprio Ministério Público, estariam invadindo a seara administrativa pois, com o recebimento da denúncia, estariam reconhecendo a materialidade de uma crime que ainda não foi materializado, visto que não houve lançamento definitivo do crédito tributário pela administração pública competente para realização de tal ato.

Com efeito, o tributo somente é constituído após o lançamento, definitivo, com expedição da certidão da dívida ativa, de modo que qualquer ato atentatório causa constrangimento ilegal e é obstáculo insuperável para o início da persecução penal²⁹³.

A natureza da inscrição em dívida ativa como justa causa para o início do processo penal é jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, como se observa na seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º. DA LEI 8.137/90. DELITO MATERIAL. EXIGIBILIDADE DO TRIBUTO. CONDIÇÃO DE PUNIBILIDADE. COMPROVAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.1. Antes de constituir definitivamente o crédito tributário, não há justa causa para a instauração de inquérito policial com base no art. 1º. da Lei 8.137/90, tendo em vista que os delitos ali tipificados são materiais ou de resultado, isto é, somente se consumam com a ocorrência concreta do resultado previsto abstratamente (redução ou elisão do tributo).2. Devidamente comprovado nos autos a existência de discussão administrativa pendente a respeito da exigibilidade do débito, é de rigor o trancamento do inquérito policial, com a respectiva suspensão do prazo prescricional, haja vista a ausência de materialidade delitiva; aliás, a instauração de inquérito policial, em casos como este, é desnecessária, eis que a conclusão do procedimento fiscal, com o lançamento definitivo do tributo, basta à instrumentação da Ação Penal.3. Parecer do Ministério Público Federal pela concessão da ordem.4. Writ concedido.”[10]“HABEAS CORPUS – CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA – SONEGAÇÃO FISCAL – TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL – INSTAURAÇÃO EM CONCOMITÂNCIA COM O PROCESSO TRIBUTÁRIO ADMINISTRATIVO – INEXISTÊNCIA DE LANÇAMENTO DEFINITIVO DO TRIBUTO DEVIDO – RECENTE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – TRANCAMENTO – SUSPENSÃO DO CURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL – POSSIBILIDADE DE COMETIMENTO DE CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO – PORTARIA QUE MENCIONOU TÃO-SOMENTE O DELITO CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA – ORDEM CONCEDIDA. I. O trancamento de inquérito policial somente é viável ante a cabal e inequívoca demonstração da atipicidade do fato ou da completa inexistência de qualquer indício de autoria

²⁹³ SOBREIRA, José Pinheiro de Souza. Justa causa para início da persecução criminis e a competência penal para apuração e julgamento de crimes tributários. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7757>. Acesso em: 04 ago. 2014.

em relação ao paciente. II. Consoante recente orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, seguida por esta Corte, eventual crime contra a ordem tributária depende, para sua caracterização, do lançamento definitivo do tributo devido pela autoridade administrativa.III. Ordem concedida para trancar o inquérito policial instaura o contra o paciente com o fim de averiguar a ocorrência de possível crime contra a ordem tributária, suspendendo-se, também, o curso do prazo prescricional, facultando à autoridade policial, dentro de sua discricionariedade, a averiguação de eventual crime contra o sistema financeiro²⁹⁴.

3.5.4. (In)Efetividade da Execução Fiscal

O Conselho Nacional de Justiça firmou convênio com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), incumbindo-lhe de realizar inúmeras pesquisas quantitativas e qualitativas da situação das justiça brasileira nas mais diversas searas do conhecimento.

Na presente tese, são grande valia os dados presentes no Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal, publicado pelo Ipea no ano de 2011. No estudo, procurou-se analisar o processo de execução fiscal, em razão do expressivo de número de ações que tramitam na Justiça Federal.

Dois questionamentos foram levantados antes do início da pesquisa empírica foram suscitadas antes da coleta de dados junto ao Poder Judiciário: a) Qual o custo financeiro de uma execução fiscal tramitando em primeira instância, na Justiça Federal? b) A execução fiscal é um mecanismo eficiente para que as dívidas tributárias sejam realmente adimplidas?

A metodologia do estudo do Ipea é sucintamente descrito no próprio relatório, como se observa:

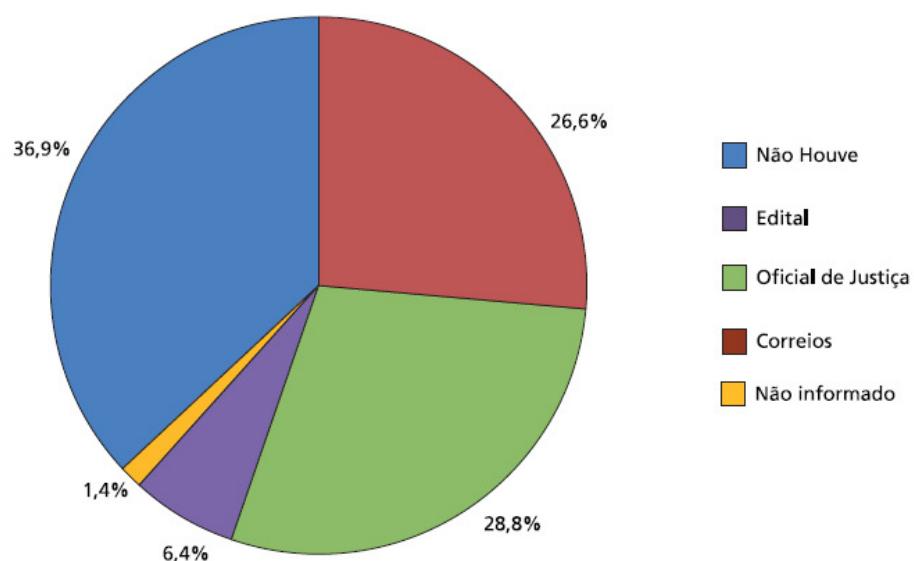
Em linhas gerais, o método ABC calcula o custo com foco na atividade realizada, não no produto final obtido: “as atividades, e não os produtos, consomem os recursos” (NUNES, 1998). Como os serviços públicos geram resultados de difícil quantificação mercantil, as técnicas clássicas, baseadas no custeio pelos produtos, tornam-se imprecisas. O eixo da composição do custo, neste método, são as atividades. É o que se passa no caso da Justiça. A mensuração do custo dos serviços de justiça pelo número de decisões proferidas, número de processos baixados ou outro produto qualquer é funcionalmente limitada, pois não indica claramente como os recursos são consumidos durante o processo, não sendo possível identificar as peculiaridades da prestação jurisdicional em cada tipo de procedimento judicial. Alternativamente, o método ABC, ao exigir a descrição e a mensuração das atividades especificamente realizadas, permite um resultado bem mais sofisticado e detalhado. Consequentemente, sua aplicação é mais complexa e rigorosa, envolvendo: i) elaboração de uma matriz de atividades e dos tempos de cada uma das tarefas que as compõem; ii) definição do nível

²⁹⁴ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. 5ª T. Habeas Corpus 70599/SP. Relatora.: Min. Jane Silva (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG). J. em 25/09/2007, DJ 15/10/2007 p. 311

de complexidade e detalhe a ser considerado no modelo (se macro ou microatividades); iii) eleição dos termos de referência do custo; iv) descrição das atividades por meio de uma “árvore funcional”, com identificação dos custos a serem considerados; e v) escolha dos vetores de custo (NAKAGAWA, 1995)²⁹⁵.

Uma vez ajuizada a execução fiscal, logo de início seu principal gargalo é verificado, uma vez que a citação do réu sequer ocorre e 36,9% das causas. Em uma conta grosseira, de cada mil execuções promovidas pelo Fisco, os cofres públicos deixaram de receber, logo de início, os valores cobrados dm 369 lides. Isto não exclui o fato de que as chances de recebimento do tributo pleiteado nas demais 631 execuções são incertas, para não dizer remotas. Os dados mencionados são corroborados pelo gráfico abaixo, presente no relatório²⁹⁶:

GRÁFICO 3
Distribuição dos processos de execução fiscal segundo o tipo da citação



A ineficácia da citação torna-se ainda mais premente quando se somam os dados referentes à citação por edital e os casos em que sequer o réu foi citado. Ao analisarmos conjuntamente ambas as porcentagens, verifica-se que o Poder Judiciário mostra-se incapaz de localizar mais de 40% dos contribuintes inadimplentes²⁹⁷.

²⁹⁵ (IPEA), Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal. Brasília: 2011.

²⁹⁶ Idem

²⁹⁷ (IPEA), Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal. Brasília: 2011.

Os dados levantados pelo Ipea tornam-se ainda mais preocupantes quando o critério analisado é a satisfatibilidade do direito de crédito do fisco. De 100% das execuções fiscais ajuizadas, 40% já se perdem em razão de o executado não ter sido localizado. Quando o contribuinte é localizado, o pagamento integral do valor devido se verifica em apenas pouco mais de 30% dos casos²⁹⁸.

Na hipótese de o executado citado não adimplir sua dívida, em apenas 15% dos processos houve a nomeação de bens à penhora. Tornando a análise ainda mais estarrecedora, somente 2,5% dos casos resultam em leilão judicial dos bens penhorados. Por fim, para tornar ainda mais clara a ineficácia e inutilidade da execução fiscal, em apenas 0,3% das lides promovidas pelo Fisco conseguem adjudicar bens cujo valor seja suficiente para extinguir a dívida²⁹⁹.

Em síntese, de cada 100 (cem) execuções fiscais promovidas pela Fazenda Pública Nacional, em menos de 35º valor total devido será pago. Nas demais, as expectativas de sucesso são nulas.

Outra barreira intransponível, em que pese a previsão constitucional da duração razoável do processo, é a morosidade judicial. Segundo o Ipea, o tempo médio em que uma execução fiscal tramita na justiça é de 2.989 dias, ou seja, oito anos, dois meses e nove dias.

Ressalta-se que não há condições de manter a estrutura atual, haja vista que uma execução fiscal, após tramitar mais de oito anos em juízo, somente terá menos de 35% de obter êxito. Tal premissa fere a lógica do razoável.

Por fim, para se determinar os custos de uma execução fiscal, o Ipea analisou três elementos essenciais para a liquidação de um valor até então desconhecido, quais sejam: a) o tempo do processo; b) despesas com os servidores públicos e estagiários integrantes do Poder Judiciário; c) organização e funcionamento das mais diversas sessões judiciais.

A conta aritmética foi estruturada com a finalidade de calcular o custo médio por processo por dia. Desta forma, o valor do orçamento global foi convertido em orçamento diário, dividindo-o, posteriormente, pela quantidade de processos tramitando no primeiro grau da Justiça Federal, em 2009. Assim,

²⁹⁸ (IPEA), Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal. Brasília: 2011.

²⁹⁹ Idem.

como o orçamento, naquele ano, foi de 4,9 bilhões de reais e que, entre casos pendentes e arquivados, haviam 8,5 milhões de processos, o resultado final obtido pelos pesquisadores é que cada ação fiscal tem o custo médio de R\$ 4.685,39³⁰⁰.

Vale ressaltar, por fim, que a execução fiscal é um processo moroso, que apresenta um custo elevado, apesar de sua baixa eficiência. Todos os dados aqui reunidos servirão, no próximo capítulo, para demonstrar a total desproporcionalidade com que os tribunais aplicam, com aplausos da doutrina, o princípio da insignificância a tributos cujo valor seja inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), apesar de tais quantias terem sido regularmente inscritas em dívida ativa. Tal aplicação, quando comparada ao tratamento dado aos réus dos demais crimes patrimoniais fere, além de chocar, o princípio da proporcionalidade.

³⁰⁰ (IPEA), Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal. Brasília: 2011.

4. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES PATRIMONIAIS E TRIBUTÁRIOS

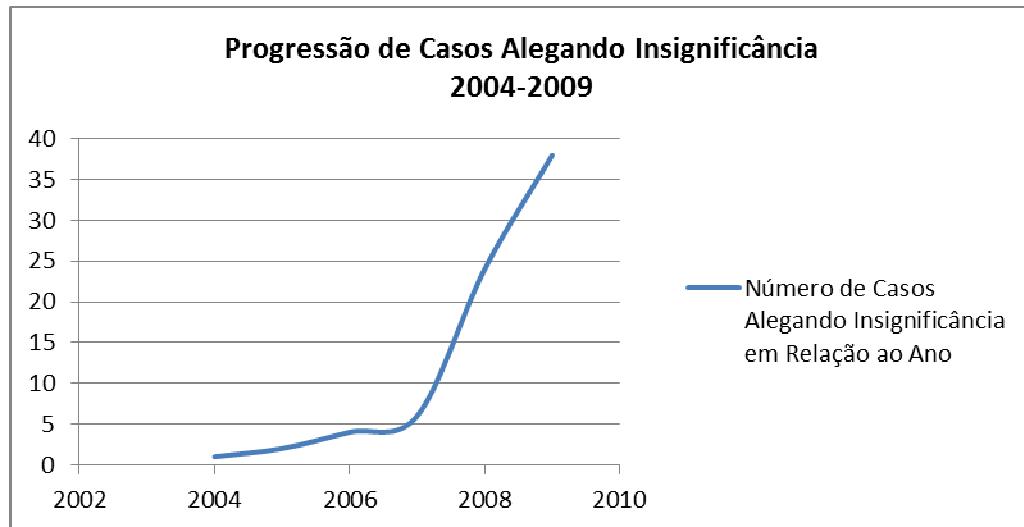
4.1. Generalidades

Como visto no item 2.4 do presente trabalho, a incidência do princípio da insignificância nos casos analisados pelo Supremo Tribunal Federal necessitou de uma evolução, lenta e gradual, até alcançar o atual patamar de ampla aceitação³⁰¹.

Em pesquisa financiada pela Secretaria de Assuntos Legislativos, a equipe coordenada pelo professor da Universidade de São Paulo, Pierpaolo Bottini, obteve um retrato fiel da aplicação do princípio da insignificância no Supremo Tribunal Federal.

A referida pesquisa analisou, minuciosamente, todos os acórdãos prolatados entre os anos de 2004 a 2009 e que se refeririam a aplicação do princípio da insignificância nos delitos patrimoniais e nos delitos fiscais.

O gráfico abaixo demonstra a evolução da aplicação do princípio da insignificância aos crimes tributários e patrimoniais durante o referido período³⁰²:



³⁰¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz et al. A Confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: Análise estatística de julgados. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 98, n. , p.117-148, 2012.

³⁰² BRASIL. SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS. . O princípio da insignificância nos crimes contra o patrimônio e contra a ordem econômica: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: A, 2011.

Como seria esperado, pesquisar tal incidência antes do ano de 2004 seria inócuo, uma vez que o *leading case* sobre o tema foi julgado pela nossa Corte Constitucional apenas neste ano, sendo que, em datas anteriores, o princípio da insignificância era tratado, em apenas um julgado, a cada década³⁰³.

Por outro lado, os pesquisadores também salientam que o marco inicial da busca jurisprudencial decorreu da promulgação da lei 11.033, em 21 de dezembro de 2004, a qual alterou a redação do artigo 20, da lei 10.522, de 2002, o qual passou a ter a seguinte redação³⁰⁴:

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)³⁰⁵.

Com a mudança, a Procuradoria Geral da Fazenda passou a arquivar os débitos fiscais já inscritos em dívida ativa cujo valor não superasse a quantia de R\$ 10.000 (dez mil reais). As consequências desta norma serão analisadas mais adiante. Entretanto, adianta-se que, a partir da promulgação da lei 11.033, os pedidos de absolvição fundados no princípio da insignificância cresceram sobremaneira, como bem se observa no gráfico da página anterior.

O quadro abaixo demonstra que a maioria dos pedidos de absolvição ou trancamento da ação penal, fundados no princípio da insignificância, acaba por ser julgados procedentes pelo Supremo Tribunal Federal. Entretanto, o expressivo número de improcedências demonstra que o referido princípio apresenta particularidades não apenas vinculadas ao valor da coisa subtraída ou do tributo sonegado³⁰⁶.

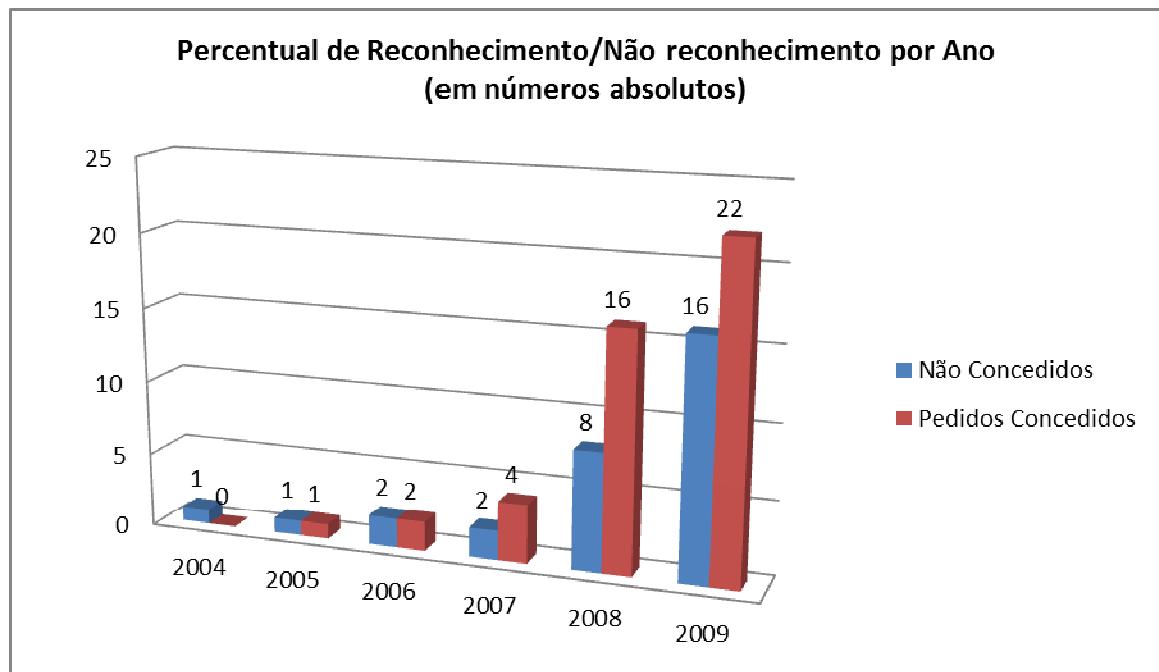
Tais particularidades serão abordadas adiante, para não desvirtuar o quadro geral agora apresentado.

³⁰³ BRASIL. SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS. . O princípio da insignificância nos crimes contra o patrimônio e contra a ordem econômica: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: A, 2011.

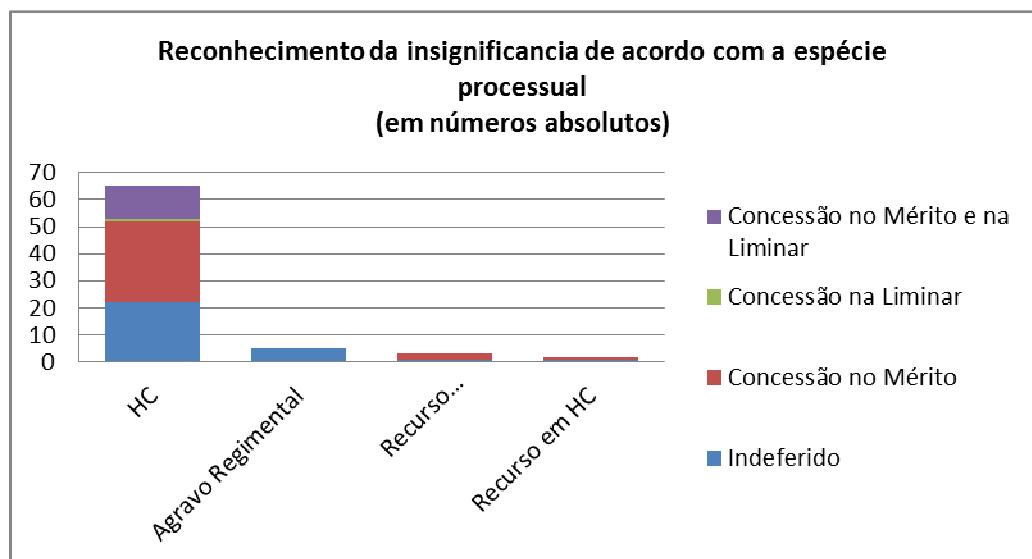
³⁰⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz et al. A Confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: Análise estatística de julgados. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 98, n. , p.117-148, 2012.

³⁰⁵ BRASIL. 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.. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110522.htm>.

³⁰⁶ BRASIL. SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS. . O princípio da insignificância nos crimes contra o patrimônio e contra a ordem econômica: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: A, 2011.



Outro dado interessante refere-se aos instrumentos processuais utilizados pelos advogados de defesa ou a Defensoria Pública para pleitear a absolvição ou o trancamento da ação penal, e os obter, perante o Supremo Tribunal Federal, como se observa³⁰⁷:



Como se observa, quase que a totalidade dos pedidos de absolvição ou trancamento da ação penal julgados procedentes decorreu da impetração de *habeas corpus*.

³⁰⁷ BRASIL. SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS. . O princípio da insignificância nos crimes contra o patrimônio e contra a ordem econômica: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: A, 2011.

Os pesquisadores discorrem sobre a prevalência do *habeas corpus* e concluem que sua utilização preferencial é justificada pelo amplo cabimento deste instrumento, o qual permite a discussão de quaisquer formas de lesão ou ameaça ao *status libertatis* do indivíduo. Ademais, complementam que o recurso extraordinário é um recurso cujos pressupostos processuais apresentam elevada complexidade de manejo³⁰⁸.

Complementando o exposto, Vitor Machado recorda que o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2009, julgou o agravo de instrumento nº 747522/RS, no qual se definiu a inexistência de questão constitucional a ser analisada quando o objeto do processo refere-se à aplicação do princípio da insignificância aos processos criminais, descharacterizando, por conseguinte, o requisito da repercussão geral para justificar o ajuizamento do recurso extraordinário. Os ministros entenderam que o referido princípio configura uma espécie de interpretação do Código Penal, ou seja, legislação infraconstitucional e, portanto, sua análise deveria ser freada no Superior Tribunal de Justiça, salvo quando houvesse impetração de *habeas corpus*³⁰⁹.

O exposto é sintetizado pela ementa do referido julgado:

RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Princípio da insignificância. Atipicidade da conduta. Ofensa ao art. 5º, incs. XXXV, LV e LIV, da Constituição Federal. Inocorrência. Matéria infraconstitucional. Ausência de repercussão geral. Agravo de instrumento não conhecido. Não apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que verse sobre a questão do reconhecimento de aplicação do princípio da insignificância, porque se trata de matéria infraconstitucional³¹⁰.

Encerrada a análise conjunta dos crimes patrimoniais e dos crimes tributários, passaremos a abordar as particularidades de cada grupo de delitos, no que tange a incidência do princípio da insignificância.

³⁰⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz et al. A Confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: Análise estatística de julgados. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 98, n. , p.117-148, 2012.

³⁰⁹ MACHADO, Vitor Gonçalves. Análise atual sobre a aplicação do princípio da insignificância nos tribunais superiores brasileiros : o que é e o que não é atualmente insignificante para o superior tribunal de justiça e o supremo tribunal federal. , 2011. Disponível em: <<http://http://201.23.85.222/biblioteca/>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

³¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Repercussão geral em agravo de instrumento 745.522-0. Relator: Min. Cezar Peluso. J. 27 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603256>>

4.2. Crimes Patrimoniais

4.2.1. Crimes a serem considerados

A aplicação do princípio da insignificância é mais facilmente visualizável nos crimes patrimoniais que não envolvam violência ou grave ameaça, pois o bem jurídico violado pela conduta formalmente típica pode ser expresso em dinheiro³¹¹.

Assim, dentre os crimes positivados no título II, do Código Penal, apresentam amparo lógico para a discussão da incidência, ou não, do princípio da insignificância os delitos de furto, apropriação indébita e estelionato³¹².

Como visto no item 2.7.1, o Supremo Tribunal Federal apresenta jurisprudência pacífica pela não aplicação do princípio da insignificância ao crime de roubo, haja vista que este também tutela a integridade física e moral da vítima, bens jurídicos que não podem ser considerados nímos.

O crime de furto é previsto nos artigos 155 e 156, do Código Penal, tipificando a conduta de assenhorar-se, para gozo próprio ou de outrem, de bem alheio. Vale ressaltar que a lei penal protege tanto a posse da *res*, quanto a propriedade da mesma, pouco importando a qualidade do título da vítima da subtração³¹³.

O furto será qualificado nas hipóteses previstas no artigo 155, §§ 4º e 5º do Código Penal. Ademais, será privilegiado na hipótese do artigo 155, § 2º, do Código Penal. Já no § 1º, do referido artigo, consta uma causa especial de aumento de pena. Por fim, o artigo 156 do Código Penal prevê a tipificação do furto de coisa comum³¹⁴.

O exposto é confirmado pela análise dos referidos artigos, *in verbis*:

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:
Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

³¹¹ AMORIN, Pierre Souto Maior Coutinho de. Seletividade da norma penal e o uso indevido do princípio da insignificância. In: BASTOS, Marcelo Lessa. Tributo a afonso silva jardim: escritos e estudos. São Paulo: Lumen Juris, 2011.

³¹² BRASIL. SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS. . O princípio da insignificância nos crimes contra o patrimônio e contra a ordem econômica: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: A, 2011.

³¹³ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. Manual de Direito Penal II: Parte Especial - Arts. 121 a 234 do CP. 26. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

³¹⁴ BRASIL. Decreto-lei nº 2.878, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.

§ 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

§ 3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

Furto qualificado

§ 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;

III - com emprego de chave falsa;

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.

§ 5º - A pena é de reclusão de três a oito anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior.

Furto de coisa comum

Art. 156 - Subtrair o condômino, co-herdeiro ou sócio, para si ou para outrem, a quem legitimamente a detém, a coisa comum:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

§ 1º - Somente se procede mediante representação.

§ 2º - Não é punível a subtração de coisa comum fungível, cujo valor não excede a quota a que tem direito o agente³¹⁵.

Já o crime de apropriação indébita, previsto nos artigos 168 a 170 do Código Penal, criminaliza a conduta de um agente que, obtendo a posse de um bem alheio por meios lícitos, passa a agir como se proprietário da coisa fosse, em total discordância com a expectativa do real proprietário da *res*³¹⁶.

O artigo 168, §1º, do Código Penal, prevê causas especiais de aumento de pena para o delito de apropriação indébita. Já o artigo 169, do Código Penal, tipifica as raras condutas de se apropriar de coisas havidas por erro, caso fortuito ou força da natureza, tesouros ou bens achados³¹⁷, como se verifica:

Apropriação indébita

Art. 168 - Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Aumento de pena

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, quando o agente recebeu a coisa:

I - em depósito necessário;

II - na qualidade de tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamenteiro ou depositário judicial;

III - em razão de ofício, emprego ou profissão.

Apropriação de coisa havida por erro, caso fortuito ou força da natureza

Art. 169 - Apropriar-se alguém de coisa alheia vinda ao seu poder por erro, caso fortuito ou força da natureza:

Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa.

Parágrafo único - Na mesma pena incorre:

Apropriação de tesouro

³¹⁵ BRASIL. Decreto-lei nº 2.878, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.

³¹⁶ DELMANTO, Celso et al. Código Penal Comentado. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

³¹⁷ BRASIL. Decreto-lei nº 2.878, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.

I - quem acha tesouro em prédio alheio e se apropria, no todo ou em parte, da quota a que tem direito o proprietário do prédio;
Apropriação de coisa achada

II - quem acha coisa alheia perdida e dela se apropria, total ou parcialmente, deixando de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor ou de entregá-la à autoridade competente, dentro no prazo de quinze dias.

Art. 170 - Nos crimes previstos neste Capítulo, aplica-se o disposto no art. 155, § 2º³¹⁸.

Por fim, o artigo 171, do Código Penal, criminaliza a conduta de empregar qualquer meio fraudulento, com a finalidade de ludibriar outrem ou mantê-lo neste estado, obtendo, desta forma, vantagem indevida³¹⁹.

O artigo 171, § 1º, do Código Penal prevê a modalidade privilegiada do estelionato. Já o § 3º, da referida norma, estipula causa especial de aumento de pena para tal modalidade delitiva³²⁰.

4.2.2. Aplicação do Princípio da Insignificância

4.2.2.1. Introdução

Apesar de toda a formulação teórica do princípio da insignificância abordada no presente trabalho, a qual evoluiu, desde Claus Roxin, até o *leading case* julgado pelo Supremo Tribunal Federal, em 2004, nos autos do *habeas corpus* 84.412, tem-se que a jurisprudência da Corte Magna ilustra que os ministros desrespeitam seus próprios vetores e julgam os casos concretos com base em requisitos próprios, os quais somente podem ser depreendidos quando os acórdãos são analisados conjuntamente³²¹.

Tal desrespeito aos vetores propostos pelo Ministro Celso de Melo também se verifica no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, conforme se discorrerá a seguir.

³¹⁸ BRASIL. Decreto-lei nº 2.878, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.

³¹⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. Manual de Direito Penal I: Parte Geral - Arts. 1º a 120 do CP. 25. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

³²⁰ BRASIL. Decreto-lei nº 2.878, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.

³²¹ JÚNIOR, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro Rocha. Uma análise da aplicação do princípio da insignificância nos crimes de furto: os critérios utilizados pelos tribunais superiores nos anos de 2010 e 2011. In: SANTOS, Juarez Cirino Dos. Estudos críticos sobre o sistema penal. São Paulo: Ledze, 2012.

4.2.2.2. Valor do Bem: Exclusividade do Delito de Furto

O valor do objeto subtraído constitui fator preponderante para que os ministros do Superior Tribunal de Justiça avaliem a aplicação do princípio da insignificância no caso concreto, não sendo possível a mesma análise do âmbito da Corte Constitucional, a qual oscila ao discorrer sobre os valores, inviabilizando uma relação precisa entre o valor do bem e o resultado do pedido do acusado³²².

Nos casos de furto simples, em que o acusado não apresenta reiteração delituosa e o objeto subtraído não supera a quantia de R\$ 100,00, o Superior Tribunal de Justiça sempre admitiu a aplicação do princípio da insignificância ao fundamentar a absolvição³²³.

Como exemplo, tem-se Recurso Especial 984.519/RS, no qual o Ministério Público Estadual pleiteia a condenação de Luis Fernando, réu primário, uma vez que este subtraiu peças de roupas de um varal. As vestimentas, avaliadas em R\$ 94,00 (noventa e quatro reais), foram recuperadas pela vítima logo após a ocorrência do delito. Os ministros do Superior Tribunal de Justiça absolveram o recorrido com base no princípio da insignificância, como é observável na ementa do caso:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APlicabilidade.

I - No caso de furto, para efeito da aplicação do princípio da insignificância, é imprescindível a distinção entre ínfimo (ninharia) e pequeno valor. Este, ex vi legis, implica eventualmente, em furto privilegiado; aquele, na atipia conglobante (dada a mínima gravidade).

II - A interpretação deve considerar o bem jurídico tutelado e o tipo de injusto.

III - In casu, imputa-se ao recorrente o furto de 01 camiseta, 01 moletom e 01 calça jeans, avaliados, conjuntamente, em R\$ 94,00 (noventa e quatro reais), devendo ser aplicado, na espécie, o princípio da insignificância.

Recurso especial desprovido³²⁴.

Outro exemplo se verifica nos autos do *habeas corpus* 119.817/SP, no qual o paciente, Thiago André, pleiteava o trancamento da ação penal em que

³²² JÚNIOR, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro Rocha. Uma análise da aplicação do princípio da insignificância nos crimes de furto: os critérios utilizados pelos tribunais superiores nos anos de 2010 e 2011. In: SANTOS, Juarez Cirino Dos. Estudos críticos sobre o sistema penal. São Paulo: Ledze, 2012.

³²³ Idem.

³²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Pleno. Recurso especial 984.519. Relator: Min. Félix Fischer. J. 06 de setembro de 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6883705&num_registro=200702104866&data=20100426&tipo=91&formato=PDF>

era denunciado pelo furto de R\$ 60,00 (sessenta reais) pertencentes a um estabelecimento comercial. Os ministros do Superior Tribunal de Justiça julgaram procedente o pedido:

PENAL. HABEAS CORPUS . FURTO DE SESSENTA REAIS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. CONCEDIDA A ORDEM PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL AJUIZADA CONTRA O PACIENTE.

1. O Direito Penal não deve importar-se com bagatelas, que não causam a menor tensão à sociedade. O princípio da insignificância vem sendo largamente aplicado, em especial por ser o Direito Penal fragmentário.
2. Coação ilegal caracterizada. Ordem concedida para trancar a ação penal registrada sob nº 401/2006, da Primeira Vara da comarca de Ituverava/SP³²⁵.

Se todos os furtos cujos acusados sejam réus primários e o valor do bem subtraído não exceda R\$ 100 (cem reais) implicam na absolvição ou trancamento da ação penal pelo princípio da insignificância, mesmo destino não é reservado aos acusados que, independentemente da primariedade, subtraem objetos avaliados em mais de R\$ 100,00 (duzentos reais)³²⁶.

Nos autos do *habeas corpus* 139.874/MG, o paciente, Herson, teve seu pedido de absolvição julgado improcedente, uma vez que havia subtraído bens avaliados em R\$ 220,00 (duzentos e vinte reais):

HABEAS CORPUS . PENAL. TENTATIVA DE FURTO. RES FURTIVAE AVALIADAS EM R\$ 220,00. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. A conduta perpetrada pelo agente não pode ser considerada irrelevante para o direito penal. Segundo entendimento desta Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, a tentativa de furto de objetos cujo valor total é maior que R\$ 100,00 (cem reais) não se insere na concepção doutrinária e jurisprudencial de crime de bagatela.
2. "A tipicidade penal não pode ser percebida como o trivial exercício de adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade, é necessária uma análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, no sentido de se verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado" (STF, HC nº 97.772/RS, 1.^a Turma, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, DJE de 19/11/2009).
3. No caso do furto, não se pode confundir bem de pequeno valor com o de valor insignificante. Apenas o segundo, necessariamente, exclui o crime em face da ausência de ofensa ao bem jurídico tutelado, aplicando-se-lhe o princípio da insignificância.
4. Ordem denegada³²⁷.

³²⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6^a T. Habeas corpus 119.817. Relator: Des. Celso Limongi. J. 23 de outubro de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=200802442760&aplicacao=processos.ea>

³²⁶JÚNIOR, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro Rocha. Uma análise da aplicação do princípio da insignificância nos crimes de furto: os critérios utilizados pelos tribunais superiores nos anos de 2010 e 2011. In: SANTOS, Juarez Cirino Dos. Estudos críticos sobre o sistema penal. São Paulo: Ledze, 2012.

³²⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5^a T. Habeas corpus 139.874. Relator: Min. Laurita Vaz. J. 31 de março de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=200901204941&aplicacao=processos.ea>.

O mesmo resultado foi percebido no julgamento do Recurso Especial 1.167.681/RS, no qual o Ministério Público recorreu ao Superior Tribunal de Justiça para que sua denúncia contra Elisandro Camargo fosse recebida, uma vez que o indivíduo furtou uma bicicleta no valor de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais). O recurso ministerial foi julgado procedente, em razão da reprovabilidade da conduta do recorrido, uma vez que o bem subtraído apresenta relevante valor de mercado:

AVALIADO EM R\$ 250,00. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO PELA PENA EM PERSPECTIVA. AUSÊNCIA DE NORMA LEGAL. RECURSO PROVIDO.

1. O princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, consagrando os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima.
2. O furto de uma bicicleta, no valor de R\$ 250,00, se subsume à definição jurídica do crime de furto e se amolda à tipicidade subjetiva, uma vez presente o dolo, ultrapassada a análise da tipicidade material, mostrando-se proporcional a imposição de pena privativa de liberdade, tendo em vista a existência do desvalor da ação – por ter praticado uma conduta relevante –, e o resultado jurídico, ou seja, a lesão, é absolutamente relevante.
3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não admite o reconhecimento da prescrição pela pena em perspectiva (prescrição antecipada), tendo em vista que não existe norma legal que a autorize.
4. Recurso especial provido para determinar o processamento da ação penal³²⁸.

Interessante, também, verificar quando ocorrerá a aplicação do furto privilegiado, previsto no artigo 155, § 2º, do Código Penal, que dispõe:

Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa³²⁹.

Assim, qual seria a diferença entre o furto insignificante e o furto de pequeno valor? Para o Superior Tribunal de Justiça, tem-se que haverá a aplicação do princípio da insignificância nas hipóteses em que o bem subtraído não exceder a quantia de R\$ 100 (cem reais). Por outro lado, haverá a tipificação da conduta delitiva como furto privilegiado quando o valor da *res* for superior a R\$ 100,00 (cem reais) e inferior ao salário mínimo vigente na data da

³²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª T. Recurso especial 1.167.681. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. J. 23 de novembro de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=200902250005&aplicacao=processos.ea>

³²⁹ BRASIL. Decreto-lei nº 2.878, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.

consumação do crime. Esta tese é confirmada pelo seguinte acórdão do Tribunal da Cidadania:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. **FURTO** QUALIFICADO TENTADO. RES FURTIVA. VALOR SUPERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO. RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO DO ARTIGO 155, § 2º, DO CP. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. O Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do(a) paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus.
2. Para o reconhecimento do crime de **furto privilegiado** – direito subjetivo do réu - a norma penal exige a conjugação de dois requisitos objetivos, consubstanciados na primariedade e no pequeno valor da coisa furtada que, na linha do entendimento pacificado neste Superior Tribunal de Justiça, não deve ultrapassar o valor do salário mínimo vigente à época dos fatos.
3. É indiferente que o bem furtado tenha sido restituído à vítima, pois o critério legal para o reconhecimento do privilégio é somente o pequeno valor da coisa furtada.
4. Na hipótese, em que houve tentativa de **furto** qualificado pelo arrombamento, o valor da res furtiva era superior ao salário mínimo então vigente, circunstância que impede o reconhecimento do privilégio legal.
5. Habeas corpus não conhecido³³⁰.

4.2.2.3. Qualidade do Réu

Por qualidade do réu, entendem-se os casos em que, apesar da conduta praticada pelo acusado ser insignificante, os tribunais superiores oscilam em rechaçar a aplicação do princípio da insignificância quando se vislumbra, no caso concreto, a reincidência, os maus antecedentes ou a reiteração criminosa em condutas semelhantes, apesar de os vetores propostos pelo Ministro Celso de Melo serem de índole exclusivamente objetiva³³¹.

As críticas e propostas contra tais idiossincrasias encontram-se no item 2.7.3 do presente trabalho. Nesta etapa da dissertação, centraremos em demonstrar a falta de critério com que nossa Corte Constitucional lida com o tema.

³³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª T. Habeas Corpus 132.42. Relator: Min. Rogerio Schieti Cruz. J. 18 de junho de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=36150704&sReg=200900571512&sData=20140804&sTipo=41&formato=PDF>

³³¹ MACHADO, Vitor Gonçalves. Análise atual sobre a aplicação do princípio da insignificância nos tribunais superiores brasileiros : o que é e o que não é atualmente insignificante para o superior tribunal de justiça e o supremo tribunal federal. , 2011. Disponível em: <<http://http://201.23.85.222/biblioteca/>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

No julgamento do recurso ordinário em *habeas corpus* 115.226/MG, o condenado André Henrique pleiteava sua absolvição, fundamentando seu pedido no princípio da insignificância, uma vez que, mediante ardil, causara prejuízo de apenas R\$ 80,00 (oitenta reais) à vítima do crime. Os ministros, todavia, julgaram seu recurso improcedente, uma vez que o condenado havia praticado inúmeros outros crimes contra o patrimônio.

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. ESTELIONATO. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PROCESSOS EM CURSO POR OUTROS DELITOS PRATICADOS PELO RECORRENTE. PROPENSÃO À PRÁTICA DELITIVA.

1. Para a incidência do princípio da insignificância, devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato, tais como, a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada.
2. Nas circunstâncias do caso, não se pode aplicar ao Recorrente o princípio em razão de outras práticas de crimes por ele, de roubo inclusive.
3. Recurso ao qual se nega provimento³³².

Nos autos do recurso ordinário em *habeas corpus* 117.807/RS, o paciente, Daniel Rodrigues, visava o trancamento da ação penal em que fora denunciado por ter se apropriado, ilegalmente, de uma garrafa térmica de propriedade de um estabelecimento comercial.

Novamente os Ministros do Supremo Tribunal Federal rejeitaram o pedido, uma vez que o acusado era reincidente e praticava, de modo contumaz, crimes contra o patrimônio:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REINCIDÊNCIA. REPROVABILIDADE DA CONDUTA.

1. A pertinência do princípio da insignificância deve ser avaliada considerando os aspectos relevantes da conduta imputada.
2. A habitualidade e a reincidência delitiva revelam reprovabilidade suficiente a afastar a aplicação do princípio da insignificância.
3. Recurso ordinário em *habeas corpus* a que se nega provimento³³³.

Por fim, tem-se que no julgamento do *habeas corpus* 108.872/RS, o Supremo Tribunal Federal determinou o trancamento da ação penal cujo réu reincidente, Jesus André, fora denunciado pela prática de furto qualificado

³³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª T. Recurso ordinário em Habeas Corpus 115.226. Relatora: Min. Cármem Lúcia. J. 14 de maio de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4893880>>

³³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª T. Recurso ordinário em Habeas Corpus 117.807. Relatora: Min. Rosa Weber. J. 25 de junho de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4317326>>

tentado, uma vez que não obteve êxito ao tentar subtrair, para si, um pedaço de fio de cobre, avaliado em R\$ 100,00 (cem reais), que compunha a estrutura de um para-raios:

1. *Habeas Corpus.*
2. Tentativa de furto. Bem de pequeno valor (R\$ 100,00). Mínimo grau de lesividade da conduta.
3. Aplicação do princípio da insignificância. Possibilidade. Precedentes. 4. Reincidência. Irrelevância de considerações de ordem subjetiva . 5.Ordem concedida³³⁴.

4.2.2.4. Réu Militar

Curioso é o critério adotado pelo Supremo Tribunal Federal, ao negar a aplicação do princípio da insignificância a um réu que, utilizando-se de documento falso, passou por policial militar da ativa, quando, na verdade, era policial militar da reserva, deixando de pagar, desta forma, uma passagem de ônibus orçada em R\$ 48,00 (quarenta e oito reais).

Os Ministros entenderam que um policial militar deve resguardar a moral e boa convivência social. Desta forma, qualquer crime por ele praticado não pode ser considerado insignificante:

HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. POLICIAL MILITAR RODOVIÁRIO NA RESERVA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. ELEVADAREPROVABILIDADE DA CONDUTA. ORDEM DENEGADA.

1. A pertinência do princípio da insignificância deve ser avaliada considerando não só o valor do dano decorrente do crime, mas igualmente outros aspectos relevantes da conduta imputada.
2. O pequeno valor da vantagem auferida é insuficiente para aplicação do princípio da insignificância ante a elevada reprovabilidade da conduta do militar da reserva que usa documento falso para não pagar passagem de ônibus.
3. Aos militares cabe a guarda da lei e da ordem, competindo-lhes o papel de guardiões da estabilidade, a serviço do direito e da paz social, razão pela qual deles se espera, ainda que na reserva, conduta exemplar para o restante da sociedade, o que não se verificou na espécie.
4. Ordem denegada³³⁵.

³³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2^a T. Habeas Corpus 108.872. Relator: Min. Gilmar Mendes. J. 06 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1467205>>

³³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1^a T. Habeas Corpus 108.884. Relatora: Min. Rosa Weber. J. 12 de junho de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2226333>>

4.3. Crimes Tributários

4.3.1. Expansão do Princípio da Insignificância

O princípio da insignificância surgiu, no Brasil, como mecanismo de política criminal, funcionando como uma resposta do Poder Judiciário frente a situação caótica com que se encontra o sistema penitenciário nacional. Procurando evitar que os indivíduos que praticavam crimes patrimoniais de pequena monta fossem encarcerados, cuja consequência, em regra, gera marginalização e cometimento de delitos mais graves, os magistrados, desembargadores e ministros passaram a absolver tais acusados, em razão da falta de tipicidade material nas condutas praticadas³³⁶.

Entretanto, nas últimas décadas, o Brasil viveu e ainda vive um momento histórico no qual se acredita que o rigor penal e, consequentemente, a elevação das penas fixadas aos crimes, sejam as melhores alternativas para frear a criminalidade. Assim, além do endurecimento no tratamento dos crimes com maior incidência em sociedade (e.g. furto, roubo, estelionato, tráfico de drogas), o Direito Penal acabou por alcançar os denominados crimes econômicos, os quais são praticados por indivíduos de elevado poder aquisitivo³³⁷.

Alguns exemplos desta nova criminalidade são as lesões ao Fisco (lei 8137, de 1990), os delitos contra a ordem econômica (lei 8.176, de 1991) e os crimes praticados no comando de instituições financeiras (lei 9.613, de 1998)³³⁸.

Apesar do aparente rigor penal direcionado às classes mais abastadas, a jurisprudência brasileira acabou por utilizar o princípio da insignificância, distorcendo-o de maneira vergonhosa (conforme se verá a seguir), como fundamentação para absolver os réus de processos que envolviam os chamados “crimes de colarinho branco”³³⁹.

Muñoz Conde, ao discorrer sobre o tema, afirma que os grupos sociais de maior poder aquisitivo dispõem de “estratégias de contenção ou neutralização”

³³⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz et al. A Confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: Análise estatística de julgados. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 98, n. , p.117-148, 2012.

³³⁷ Idem.

³³⁸ PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Econômico. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

³³⁹ AMORIN, Pierre Souto Maior Coutinho de. Seletividade da norma penal e o uso indevido do princípio da insignificância. In: BASTOS, Marcelo Lessa. Tributo a afrânio silva jardim: escritos e estudos. São Paulo: Lumen Juris, 2011.

do Direito Penal, sobretudo quando as leis podem interferir em seus negócios ou nos interesses da própria classe social à qual pertencem³⁴⁰.

Também discorrendo sobre o tema, Ingo Wolfgang Sarlet assevera que a doutrina do garantismo penal possibilita um tratamento privilegiado às classes dominantes, uma vez que os delitos econômicos sequer são positivados ou, quando estão, a própria legislação ou a jurisprudência criam travas para a imposição de pena a tais criminosos³⁴¹.

O autor acrescenta que tais travas não apresentam amparo constitucional, sobretudo quando se analisa os deveres do Estado em proteger seus cidadãos, pois os crimes econômicos afetam os interesses de toda a população, ao passo que os crimes patrimoniais comuns apresentam lesividade restrita às vítimas diretas do delito. Destarte o exposto, os crimes patrimoniais comuns são punidos com maior rigor do que os crimes econômicos³⁴².

Verifica-se, ainda, que o rigor na aplicação do princípio da insignificância é díspar, quando se comparam ambos os referidos tipos de criminalidade. Quando a absolvição é pleiteada em um crime patrimonial, por exemplo, os tribunais superiores nacionais irão verificar o valor do bem subtraído, apropriado indebitamente ou mediante fraude. Em alguns casos, a depender do Ministro relator do processo, os critérios subjetivos do réu serão esmiuçados antes que a absolvição seja prolatada. Por outro lado, quando o indivíduo pratica um crime tributário, especificamente, os tribunais superiores analisarão, apenas, o valor do tributo suprimido, sem se importar se o réu é um sonegador contumaz³⁴³.

Como se observa, tal disparidade no tratamento de crimes que afetam o mesmo bem jurídico, qual seja, o patrimônio, não pode subsistir no sistema jurídico brasileiro. Esmiuçar o problema e propor uma solução juridicamente sustentável é o objetivo do final da presente tese.

³⁴⁰ AMORIN, Pierre Souto Maior Coutinho de. Seletividade da norma penal e o uso indevido do princípio da insignificância. In: BASTOS, Marcelo Lessa. Tributo a afrâncio silva jardim: escritos e estudos. São Paulo: Lumen Juris, 2011.

³⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais. o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiênciia. Boletim da faculdade de direito. 2005.

³⁴² Idem.

³⁴³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz et al. A Confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: Análise estatística de julgados. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 98, n. , p.117-148, 2012.

4.3.2. Crimes a serem considerados

Mesclando as classificações de Luiz Régis Prado e de Pierpaolo Bottini, entende-se por crimes tributários aqueles previstos nos artigos 1º a 3º, da lei 8137, de 1990, bem como as condutas tipificadas nos artigos 334 e 334-A, do Código Penal³⁴⁴.

A lei 8137, de 1990, tipifica, dentre outras condutas, os crimes contra a ordem tributária, bem jurídico de natureza supraindividual, uma vez que o montante arrecadado pelas Fazendas Públicas confere o respaldo financeiro necessário para que o Estado concretize suas políticas públicas. O interesse social no correto desenvolvimento da ordem tributária é inquestionável³⁴⁵.

Assim, o artigo 1º, da referida norma, dispõe:

Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:
 I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;
 II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;
 III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;
 IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;
 V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.
 Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa³⁴⁶.

As particularidades acerca do contribuinte e do responsável tributário foram abordadas no item 3.3.2.7 do presente trabalho. Vale ressaltar que as Fazendas Públicas de todos os entes federativos podem ser sujeito passivo do referido delito³⁴⁷. Convém relembrar que o presente trabalho lidará, apenas, com a problemática afeita aos tributos federais, quais sejam, Imposto de Renda, Imposto de Importação, Imposto de Exportação, Imposto sobre as Operações Financeiras, Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural, Imposto sobre os Produtos Industrializados, Imposto sobre Grandes Fortunas, contribuições

³⁴⁴ PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Econômico. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013 e BRASIL. SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS. . O princípio da insignificância nos crimes contra o patrimônio e contra a ordem econômica: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: A, 2011.

³⁴⁵ PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Econômico. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

³⁴⁶ BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm>.

³⁴⁷ PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Econômico. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

previdenciárias dos próprios servidores, maioria das contribuições especiais, empréstimos compulsórios e contribuições de melhoria³⁴⁸.

Na consumação do crime de sonegação fiscal, os agentes delituosos utilizam-se de esquemas sofisticados, frequentemente auxiliados por terceiros, denominados “laranjas”, ou por pessoas jurídicas de fachadas, conhecidas como “empresas fantasma”. Desta forma, incorre no artigo 1º, da lei 8137, de 1990, aquele que, por ação própria, pratica quaisquer das condutas previstas no tipo, bem como aqueles que ordenam a terceiros a prática daquelas³⁴⁹.

Vale a pena destacar, ainda, que a sonegação fiscal é crime de ação múltipla. Desta forma, também são tipificadas as condutas de suprimir apenas parte do tributo devido. Assim, havendo uma operação tributável, caso o sujeito passivo da relação tributária deixar de pagar, total ou parcialmente, o valor devido ao Fisco, incorrerá no crime do artigo 1º, da lei 8137, de 1990.

Já o artigo 2º, da referida norma, assim dispõe:

Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa³⁵⁰.

As condutas tipificadas no artigo 2º, da lei 8137, de 1990 correspondem a figuras equiparadas àquelas previstas no artigo 1º, da referida norma, apesar de apresentarem pena mais branda.

Vale destacar a semelhança entre o disposto no artigo 2º, inciso, I e do artigo 1º, inciso I, ambos da lei 8137, de 1990. Apesar de ambas as normas objetivarem a tipificação da fraude ou omissão de eventos tributáveis, o previsto

³⁴⁸ SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

³⁴⁹ PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Econômico. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

³⁵⁰ BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm>.

no artigo 1º, inciso I, corresponde a crime material, uma vez que exige a supressão ou redução do tributo para sua tipificação. Por outro lado, no artigo 2º, inciso I, configura crime formal, bastando a falsidade ou omissão no dever tributário secundário de enviar a declaração ao Fisco. Trata-se, ainda, de aplicação do princípio da subsidiariedade, pois, quando não for possível tipificar o indivíduo no artigo 1º, inciso I, uma vez que não houve redução ou supressão do tributo, sua conduta estará abarcada pelo disposto no artigo 2º, inciso I³⁵¹.

Encerrando as disposições da lei 8137, de 1990, tem-se que seu artigo 3º assim determina, *in verbis*:

Art. 3º Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (Título XI, Capítulo I):

I - extraviar livro oficial, processo fiscal ou qualquer documento, de que tenha a guarda em razão da função; sonegá-lo, ou inutilizá-lo, total ou parcialmente, acarretando pagamento indevido ou inexato de tributo ou contribuição social;

II - exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida; ou aceitar promessa de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente. Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

III - patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público. Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa³⁵².

A referida norma prevê uma modalidade de crime funcional, uma vez que somente poderá ser praticado por funcionário público, profissão definida no artigo 237 do Código Penal, que, pelas ações expressas nos verbos núcleos do tipo, provoca redução, total ou parcial, nos tributos a serem pagos por um único ou um grupo de contribuintes³⁵³.

Em recente alteração legislativa (lei 13008, de 2014), o artigo 334, do Código Penal foi fracionado, surgindo, assim, o artigo 334-A. Desta forma, os crimes de contrabando e descaminho encontram-se, atualmente, previstos cada qual em seu artigo específico. Isto propicia que cada crime tenha suas próprias figuras equiparadas e causas especiais de aumento de pena.

O crime de descaminho estará tipificado quando o indivíduo procura iludir ou burlar a fiscalização da autoridade tributária, com a finalidade de evitar

³⁵¹ PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Econômico. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

³⁵² BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm>.

³⁵³ PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Econômico. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

o pagamento, total ou parcial, dos tributos incidentes sobre a entrada no Brasil, saída de nosso território ou mesmo no consumo interno³⁵⁴.

Por outro lado, o delito de contrabando consuma-se quando o indivíduo importa ou exporta, seja via terrestre, marítima ou aérea, mercadorias cuja venda ou circulação sejam proibidas, no Brasil, de forma absoluta ou relativa³⁵⁵.

Convém ressaltar que os tipos penais do contrabando e do descaminho são normais penais em branco e, portanto, carecem de complementação sobre quais seriam as mercadorias proibidas, bem como quais seriam as operações comerciais sujeitas à cobrança dos impostos de importação ou exportação³⁵⁶.

Apesar de o delito de contrabando constar nas classificações de Luiz Régis Prado e de Pierpaolo Bottini, os tribunais superiores, semelhantemente ao que ocorre com o delito de roubo, não admitem a aplicação do princípio da insignificância, independentemente do valor de Imposto de Importação sonegado, uma vez que, em tal crime, são tutelados os valores éticos e morais que regem as definições de mercadorias autorizadas para a venda em território brasileiro, os quais jamais poderão ser considerados insignificantes³⁵⁷. O exposto é corroborado pela seguinte ementa, da Corte Constitucional:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CONTRABANDO DE CIGARROS (ART. 334, § 1º, “D”, DO CP). DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE DESCAMINHO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. O cigarro posto mercadoria importada com elisão de impostos, incorre em lesão não só ao erário e à atividade arrecadatória do Estado, mas a outros interesses públicos como a saúde e a atividade industrial internas, configurando-se contrabando, e não descaminho. Precedente: HC 100.367, Primeira Turma, DJ de 08.09.11. 2. O crime de contrabando incide na proibição relativa sobre a importação da mercadoria, presentes as conhecidas restrições dos órgãos de saúde nacionais incidentes sobre o cigarro. 3. In casu, a) o paciente foi condenado a 1 (um) ano de reclusão, em regime inicial aberto, pela prática do crime previsto no artigo 334, § 1º, alínea d, do Código Penal (contrabando), por ter adquirido, para fins de revenda, mercadorias de procedência estrangeira – 10 (dez) maços, com 20 (vinte) cigarros cada – desacompanhadas da documentação fiscal comprobatória do recolhimento dos respectivos tributos; b) o valor total do tributo, em tese, não recolhido aos cofres públicos é de R\$ 3.850,00 (três mil oitocentos e cinquenta reais); c) a pena privativa de liberdade foi substituída por outra restritiva de direitos. 4. O princípio da insignificância não incide na hipótese de contrabando de cigarros, tendo em vista que “não é o valor material que se considera na

³⁵⁴ DELMANTO, Celso et al. Código Penal Comentado. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

³⁵⁵ PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Econômico. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

³⁵⁶ DELMANTO, Celso et al. Código Penal Comentado. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

³⁵⁷ CONSULTOR JURÍDICO. Insignificância não vale para contrabando de cigarro. , 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-30/princípio-insignificância-nao-vale-contrabando-cigarro-stf>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

espécie, mas os valores ético-jurídicos que o sistema normativo-penal resguarda” (HC 118.359, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármem Lúcia, DJ de 11.11.13). No mesmo sentido: HC 119.171, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJ de 04.11.13; HC 117.915, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 12.11.13; HC 110.841, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármem Lúcia, DJ de 14.12.12. 5. Ordem denegada³⁵⁸.

Saliento, por fim, que os delitos previstos nos artigos 168-A (apropriação indébita previdenciária) e 337-A (sonegação de contribuição previdenciária), do Código Penal, haja vista que ambos tutelam o bem jurídico “ordem previdenciária”, ao passo que o presente trabalho limitou-se a comparar os crimes patrimoniais comuns com os crimes contra a “ordem tributária”.

4.3.3. Aplicação do Princípio da Insignificância

Semelhante ao que ocorre na aplicação do princípio da insignificância aos crimes patrimoniais comuns, os tribunais superiores subvertem tal excludente de tipicidade, ao utilizá-la como fundamento para absolvições ou trancamentos de ações penais.

Entretanto, o rigor excessivo verificado nos crimes patrimoniais comuns, exemplificado pela análise eventual reincidência do réu, não se repete nos crimes contra a ordem tributária³⁵⁹.

Assim, ao se analisar a jurisprudência dos tribunais superiores, verifica-se que, na prática de crimes contra a ordem tributária, apenas um único fator é levado em consideração para se aferir a insignificância da conduta praticada, qual seja, o valor do tributo sonegado, pouco importando se o réu é reincidente ou mesmo se apresenta reiteração criminosa³⁶⁰.

Serão beneficiados pelo princípio da insignificância os réus cujos tributos sonegados, ao serem somados às respectivas multas ou juros, não ultrapassarem o valor mínimo, previsto em norma jurídica, para que se promova a execução

³⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1^a T. Habeas Corpus 118.858. Relator: Min. Luis Fux. J. 03 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5059281>>.

³⁵⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz et al. A Confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: Análise estatística de julgados. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 98, n. , p.117-148, 2012.

³⁶⁰ MAGRO, Carlos Eduardo Pellegrini. Aplicação do princípio da bagatela nos crimes econômicos. Revista criminal. São Paulo, 20 ago. 2008.

fiscal. Os defensores desta tese entendem que, se até determinado valor o Fisco não considera viável sua cobrança judicial, não haveria sentido aplicar sobre o contribuinte uma sanção ainda mais rigorosa, que é a penal³⁶¹.

Considerando que o valor mínimo do tributo inadimplido capaz de autorizar o início da execução fiscal encontra-se em legislação extravagante em relação ao Direito Penal, tem-se a necessidade de verificar, ao longo do tempo, quais patamares foram estabelecidos pelo poder legislativo federal ou pelas autoridades tributárias, bem como seus reflexos na jurisprudência criminal brasileira.

Inicialmente, tem-se que a lei 9.469, promulgada em 10 de julho de 1997 e que regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária, vigeu, até o ano 2001, com seu artigo 1º, *caput*, apresentando redação original, no qual se previa³⁶²:

Art. 1º O Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, das fundações e das empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), a não-propositura de ações e a não-interposição de recursos, assim como requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos, atualizados, de valor igual ou inferior a R\$1.000,00 (mil reais), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, réis, assistentes ou oponentes, nas condições aqui estabelecidas³⁶³.

Desta forma, os tribunais superiores acolheram a tese de que os réus denunciados por crimes tributários cuja quantia sonegada não superasse o limite de R\$ 1.000,00 (mil reais) deveriam ser absolvidos ou terem as respectivas ações penais trancadas, em razão da incidência do princípio da insignificância.

O exposto é comprovado pela ementa do seguinte acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça:

CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO PARA TRANCAR AÇÃO PENAL. LEGALIDADE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Não é ilegal a decisão que concede habeas corpus de ofício para trancar ação penal em crime de descaminho de bens cujos impostos incidentes e devidos sejam iguais ou inferiores a R\$ 1.000,0 (mil reais) –valor de crédito dispensado pela Fazenda Pública.

³⁶¹ GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. Populismo Penal Midiático – Caso Mensalão, Mídia Disruptiva e Direito Penal Crítico. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

³⁶² MAGRO, Carlos Eduardo Pellegrini. Aplicação do princípio da bagatela nos crimes econômicos. Revista criminal. São Paulo, 20 ago. 2008.

³⁶³ BRASIL. Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. (...)regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária (...). Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9469.htm>.

Hipótese que caracteriza o delito de bagatela, ensejando, consequentemente, aplicação do princípio da insignificância.
Recurso conhecido e desprovido³⁶⁴.

Posteriormente, foi promulgada, em 19 de julho de 2002, a lei 10.522, a qual dispõe sobre o cadastro informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais. Majorou-se, ainda, a dívida tributária mínima capaz de dar ensejo ao início da execução fiscal de R\$ 1.000,00 (mil reais) para R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais)³⁶⁵, conforme se verifica em seu artigo 20:

Serão arquivados, sem baixa na distribuição, 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\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais)³⁶⁶.

Novamente a jurisprudência dos tribunais superiores acolheu tal valor como referência para a aplicação do princípio da insignificância aos casos concretos, uma vez que se entendia que eventuais crimes tributários em que o prejuízo do erário fosse inferior a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) careciam de tipicidade material, haja vista que a própria Administração Fazendária carecia de interesse em cobrar judicialmente o valor devido³⁶⁷. O exposto é confirmado pela ementa do seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. DESCAMINHO. VALOR INFERIOR AO PREVISTO NO ART. 20 DA LEI N.º 10.52/02. DESINTERESSE PENAL. PRECEDENTES.

1. Se a própria União, na esfera cível, a teor do art. 20 da Lei n.º 10.53/2002, entendeu por perdoar as dívidas inferiores a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), não faz sentido apena os recorridos pelo crime de descaminho, pelo fato de terem introduzido no país mercadoria estrangeira sem o recolhimento de tributo inferior ao mencionado valor.
2. Caracterizado desinteresse penal, em virtude da irrelevância jurídica do bem para tutela penal. Precedentes do STJ.
3. Recurso não conhecido³⁶⁸.

³⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 246.602. Relator: Min. Gilson Dipp. J. 29 de outubro de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=151573&num_registro=200000076228&data=20011029&formato=PDF>

³⁶⁵ GOMES, Luiz Flávio. Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

³⁶⁶ BRASIL. 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. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110522.htm>.

³⁶⁷ MAGRO, Carlos Eduardo Pellegrini. Aplicação do princípio da bagatela nos crimes econômicos. Revista criminal. São Paulo, 20 ago. 2008.

³⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 617.049. Relatora: Min. Laurita Vaz. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1364626&num_registro=200302296670&data=20050404&tipo=51&formato=PDF>

No ano de 2004, o Ministério da Fazenda editou a Portaria nº 49, elevando o limite da dívida tributária capaz de dar ensejo à execução fiscal para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), bem como criou um patamar, de R\$ 1.000,00 (mil reais) em que a própria inscrição em dívida ativa era dispensada, conforme se depreende de seu artigo 1º³⁶⁹:

Art. 1º Autorizar:

- I - a não inscrição, como Dívida Ativa da União, de débitos com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais); e
- II - o não ajuizamento das execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais)³⁷⁰.

Meses após a edição da referida portaria, foi promulgada a lei 11.033, ainda em 2004, a qual alterou o artigo 20, da lei 10.522, estabelecendo o valor disposto na Portaria nº 49, do Ministério da Fazenda, como novo patamar mínimo para que as dívidas tributárias gerassem execuções fiscais. Vale ressaltar ainda, que o limite de R\$ 1.000,00 (mil reais) para o cancelamento da inscrição em dívida ativa foi modificado pela lei, restringindo-o para ações em que se versassem exclusivamente sobre honorários devidos à Fazenda Nacional, conforme se verifica abaixo³⁷¹:

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).

[Art. 20.] § 2º Serão extintas, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, as execuções que versem exclusivamente sobre honorários devidos à Fazenda Nacional de valor igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais)³⁷² [complemento nosso].

³⁶⁹ GOMES, Luiz Flávio. Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

³⁷⁰ BRASIL. Portaria nº 49, Ministério da Fazenda, de 01 de abril de 2004. Estabelece limites de valor para a inscrição de débitos fiscais na Dívida Ativa da União e para o ajuizamento das execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Portarias/2004/MinisteriodaFazenda/portmf049.htm>>.

³⁷¹ MAGRO, Carlos Eduardo Pellegrini. Aplicação do princípio da bagatela nos crimes econômicos. Revista criminal. São Paulo, 20 ago. 2008.

³⁷² BRASIL. Lei nº 11.033, de 11 de dezembro de 2004. Altera a tributação do mercado financeiro e de capitais; institui o Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/leis/2004/lei11033.htm>>.

Entretanto, apesar do novo patamar estabelecido em leis tributárias, prevaleceu no âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, entre os anos de 2005 a 2007, o entendimento firmado pelo Ministro Felix Fischer³⁷³.

Segundo o Ministro, insignificante, para os crimes tributários, seria o valor de R\$ 100,00 (cem reais), uma vez que, de acordo com o artigo 18, § 1º, da lei 10.522, tais débitos seriam cancelados pelo Fisco. Desta forma, quaisquer dívidas que superassem tal quantia permitiram o exercício do *ius puniendi* estatal, uma vez que os débitos tributários inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) não implicavam na extinção da obrigação de pagar por parte do contribuinte, mas somente o não ajuizamento da execução fiscal³⁷⁴.

O julgamento paradigma para tal entendimento ocorreu no Recurso Especial 685.135/PR, no qual foi vedado o trancamento de ação penal cujo denunciado havia praticado crime de descaminho, causando prejuízo, ao erário, de R\$ R\$ 1.249,67 (um mil e duzentos e quarenta e nove reais e sessenta e sete centavos), uma que fora superado o teto de cancelamento do crédito tributário:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. DÉBITO FISCAL. ARTIGO 20, CAPUT, DA LEI Nº 10.52/02. PATAMAR ESTABELECIDO PARA O AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE EXECUÇÃO DA DÍVIDA ATIVA OU ARQUIVAMENTO SEM BAIXA NA DISTRIBUIÇÃO. ART. 18, §1º, DA LEI Nº 10.52/02. CANCELAMENTO DO CRÉDITO FISCAL. MATÉRIA PENALMENTE IRRELVENTE.

I - A lesividade da conduta, no delito de descaminho, deve ser tomado em relação ao valor do tributo incidente sobre as mercadorias apreendidas.

II - O art. 20, caput, da Lei nº 10.52/02 se refere ao ajuizamento da ação de execução ou arquivamento sem baixa na distribuição, não ocorrendo, pois, a extinção do crédito, daí não se poder invocar tal dispositivo normativo para regular o valor do débito caracterizador de matéria penalmente irrelevante.

III – In casu, o valor do tributo incidente sobre as mercadorias aprendidas é superior ao patamar estabelecido no dispositivo legal que determina a extinção dos créditos fiscais (art. 18, §1º, da Lei nº 10.52/02), logo, não se trata de hipóteses de desinteresse penal específico.

Recurso provido³⁷⁵.

Em que pese o notório saber jurídico do Ministro Felix Fischer, seu entendimento foi amplamente criticado pela doutrina. A utilização do valor de cancelamento do crédito tributário de R\$ 100,00 (cem reais), previsto no artigo

³⁷³ MAGRO, Carlos Eduardo Pellegrini. Aplicação do princípio da bagatela nos crimes econômicos. Revista criminal. São Paulo, 20 ago. 2008.

³⁷⁴ GOMES, Luiz Flávio. Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

³⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 685.135. Relator: Min. Felix Fischer. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1674532&num_registro=200400635817&data=20050502&tipo=51&formato=PDF>

18, § 1º, da lei 10.522, como critério de aferição da insignificância fere a própria teoria da pena. Os tipos penais da sonegação fiscal e do descaminho são estruturados como crimes materiais e, desta forma, exigem prejuízo consumado ou tentado ao bem jurídico tutelado pela norma. Se os débitos fiscais inferiores a R\$ 100,00 (cem reais) são cancelados, o resultado naturalístico também desaparece, inexistindo, portanto, crime tributário a ser analisado. Desta forma, como seria possível aplicar uma causa excludente de tipicidade, qual seja, o princípio da insignificância, se nem mesmo ocorreu um crime no caso concreto³⁷⁶?

A jurisprudência sobre a aplicação do princípio da insignificância aos crimes tributários foi novamente modificada em 2008, no âmbito do Supremo Tribunal de Justiça. A Corte Constitucional reformou a decisão do Superior Tribunal de Justiça e restabeleceu o entendimento original sobre a matéria, uma vez que o limite fixado, em normas tributárias, para o ajuizamento da execução fiscal tornou-se, novamente, o critério para a aplicação do princípio da insignificância. Assim, o referido patamar passou a ser R\$ 10.000,00 (dez mil reais), conforme dispõe o artigo 21, da lei 11.033, como se verifica no seguinte acórdão:

HABEAS CORPUS. DESCAMINHO. MONTANTE DOS IMPOSTOS NÃO PAGOS. DISPENSA LEGAL DE COBRANÇA EM AUTOS DE EXECUÇÃO FISCAL. LEI Nº 10.522/02, ART. 20. IRRELEVÂNCIA ADMINISTRATIVA DA CONDUTA. INOBSEERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS QUE REGEM O DIREITO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ORDEM CONCEDIDA.

1. De acordo com o artigo 20 da Lei nº 10.522/02, na redação dada pela Lei nº 11.033/04, os autos das execuções fiscais de débitos inferiores a dez mil reais serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, em ato administrativo vinculado, regido pelo princípio da legalidade.
2. O montante de impostos supostamente devido pelo paciente é inferior ao mínimo legalmente estabelecido para a execução fiscal, não constando da denúncia a referência a outros débitos em seu desfavor, em possível continuidade delitiva.
3. Ausência, na hipótese, de justa causa para a ação penal, pois uma conduta administrativamente irrelevante não pode ter relevância criminal. Princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade, da necessidade e da intervenção mínima que regem o Direito Penal. Inexistência de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado.
4. O afastamento, pelo órgão fracionário do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, da incidência de norma prevista em lei federal aplicável à hipótese concreta, com base no art. 37 da Constituição da República, viola a cláusula de reserva de plenário. Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal.

³⁷⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, 4ª edição. São Paulo: RT, 2009.

5. Ordem concedida, para determinar o trancamento da ação penal³⁷⁷.

Por fim, a edição da Portaria nº 75, do Ministério da Fazenda, em 22 de março de 2012, provocou uma reviravolta na jurisprudência dos tribunais superiores brasileiro, haja vista que as decisões do Superior Tribunal de Justiça divergem das prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal³⁷⁸.

A referida portaria foi editada após estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), mencionado no capítulo 3 da presente monografia, concluir a ineficiência da execução fiscal em reaver dívidas tributárias inferiores a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Desta forma, o Ministério da Fazenda determinou aos procuradores a ele vinculados a não mais promover a execução fiscal para cobrar quantias inferiores a tal valor, concentrando os esforços estatais nos grandes devedores de tributos, como se verifica em seu artigo 2º, *in verbis*³⁷⁹:

Art. 2º O Procurador da Fazenda Nacional requererá o arquivamento, sem baixa na distribuição, das execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), desde que não conste dos autos garantia, integral ou parcial, útil à satisfação do crédito³⁸⁰.

Dante da majoração prevista na portaria nº 75, do Ministério da Fazenda, os advogados de acusados por crimes tributários cujo valor sonegado fosse inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) passaram a pleitear absolvição ou trancamento das ações penais envolvendo seus clientes. Contrariando as expectativas, os tribunais superiores adotaram posicionamentos diametralmente opostos³⁸¹.

O Superior Tribunal de Justiça entende que o valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) não serve de patamar para a aplicação do princípio da

³⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª T. Habeas Corpus 92.438-7. Relator: Min. Joaquim Barbosa. J. 19 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570165>>

³⁷⁸ DIZER O DIREITO. Qual é o valor máximo considerado insignificante no caso de crimes tributários?. , 2014. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2014/03/qual-e-o-valor-maximo-considerado.html>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

³⁷⁹ GOMES, Luiz Flávio. Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

³⁸⁰ BRASIL. Portaria nº 75, Ministério da Fazenda, de 29 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. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Portarias/2012/MinisteriodaFazenda/portmf075.htm>>.

³⁸¹ DIZER O DIREITO. Qual é o valor máximo considerado insignificante no caso de crimes tributários?. , 2014. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2014/03/qual-e-o-valor-maximo-considerado.html>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

insignificância, haja vista que se encontra previsto em uma portaria ministerial, editada pelo poder executivo, a qual não apresenta o poder de alterar uma lei federal editada pelo Congresso Nacional. Ademais, a portaria vincula, apenas, os procuradores da Fazenda Nacional, sem obrigar o Poder Judiciário³⁸².

O exposto é corroborado pela ementa do agravo regimental no agravo em recurso especial 331.852, julgado em 11 de fevereiro corrente pelo Superior Tribunal de Justiça, oportunidade em que os ministros assim se manifestaram:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.
PENAL. DESCAMINHO. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA
REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. VALOR DO TRIBUTO
ILUDIDO PAR FINS DE INSIGNIFICÂNCIA. MANUTENÇÃO DO
PARÂMETRO DE R\$ 10.000 (DEZ MIL REAIS). INAPLICABILIDADE DA
PORTARIA N. 75/2012 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. VIOLAÇÃO A
DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE.
COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REGIMENTAL
IMPROVIDO.

1. O agravante não apresentou argumentos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçam a decisão agravada, razão que enseja negativa de provimento ao agravo regimental.
2. A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial n. 1.409.73/SP, firmou entendimento no sentido de não ser possível aplicação do parâmetro de R\$ 20.000 (vinte mil reais) trazido na Portaria n.75/2012 do Ministério da Fazenda para reconhecer a insignificância nos delitos de descaminho, haja vista, num primeiro momento, a impossibilidade de se alterar lei em sentido estrito por meio de portaria.
3. Não foi a lei que definiu ser insignificante, na seara penal, o descaminho de valores até dez 10.00, (dez mil reais), foram os julgados dos Tribunais Superiores que definiram a utilização do referido parâmetro, que, por acaso, está expresso em lei, não sendo correto, portanto, fazer a referida vinculação de forma absoluta, ou seja, toda vez que for modificado o patamar para ajuizamento de execução fiscal estaria alterado valor considerado bagatilar.
4. A alteração dos valores que justificam a instauração de execução fiscal é definida dentro dos critérios da conveniência e oportunidade da administração pública, o que inviabiliza a aplicação do mesmo entendimento no âmbito penal.
5. A apreciação de suposta violação de preceitos constitucionais não é possível em recurso especial, porquanto a matéria é reservada pela Carta Magna ao Supremo Tribunal Federal.
6. Agravo regimental em que se nega provimento³⁸³.

Por outro lado, ao enfrentar a matéria, a Corte Constitucional brasileira entende que a edição da Portaria nº 75, do Ministério da Fazenda, produz efeitos penais, alterando para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) o patamar máximo para a aplicação do princípio da insignificância nos crimes tributários, por se tratar de

³⁸² DIZER O DIREITO. Qual é o valor máximo considerado insignificante no caso de crimes tributários?. , 2014. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2014/03/qual-e-o-valor-maximo-considerado.html>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

³⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental em agravo em recurso especial 331.852. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. J. 18 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33577224&num_registro=201301457946&data=20140218&tipo=5&formato=PDF>

norma mais benéfica aos réus, conforme se verifica na ementa do *habeas corpus* 120617³⁸⁴:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. DESCAMINHO. VALOR INFERIOR AO ESTIPULADO PELO ART. 20 DA LEI 10.522/2002. PORTARIAS 75 E 130/2012 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. A pertinência do princípio da insignificância deve ser avaliada considerando-se todos os aspectos relevantes da conduta imputada.
2. Para crimes de descaminho, considera-se, para a avaliação da insignificância, o patamar de R\$ 20.000,00, previsto no art 20 da Lei nº 10.522/2002, atualizado pelas Portarias 75 e 130/2012 do Ministério da Fazenda. Precedentes.
3. Na espécie, aplica-se o princípio da insignificância, pois o descaminho envolveu elisão de tributos federais que perfazem quantia inferior ao previsto no referido diploma legal.
4. Ordem concedida³⁸⁵.

Vale ressaltar, por fim, que após consultas aos *sites* de ambos os tribunais superiores, no mês de agosto corrente, concluí que a divergência exposta ainda se mantém.

4.3.4. Extinção da Punibilidade pelo Pagamento

4.3.4.1. Comparação com os crimes patrimoniais

Os indivíduos que praticam crimes tributários enxergam no princípio da insignificância um forte aliado na obtenção de absolvições ou mesmo do trancamento de ações penais, haja vista o largo patamar de valores adotado pelo Supremo Tribunal de Justiça³⁸⁶.

Curiosamente, caso o crime tributário praticado acarrete prejuízos superiores ao limite estabelecido na Portaria nº 75, do Ministério da Fazenda, seu agente ainda não precisará temer a incidência do *ius puniendi* estatal sobre si, uma vez que ele apresenta um último benefício legal, qual seja, a extinção da punibilidade pelo pagamento integral do tributo sonegado³⁸⁷.

³⁸⁴ DIZER O DIREITO. Qual é o valor máximo considerado insignificante no caso de crimes tributários?, 2014. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2014/03/qual-e-o-valor-maximo-considerado.html>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

³⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª T. Habeas Corpus 120.617. Relator: Min. Rosa Weber. J. 04 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5305993>>

³⁸⁶ SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da Insignificância no Direito Penal. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

³⁸⁷ MACHADO, Vitor Gonçalves. Análise atual sobre a aplicação do princípio da insignificância nos tribunais superiores brasileiros : o que é e o que não é atualmente insignificante para o superior tribunal

Desta forma, apenas exemplificando o exposto, caso um indivíduo sonegue a quantia de R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais), independentemente de ser reincidente ou de ser um sonegador contumaz, será absolvido criminalmente pela incidência do princípio da insignificância. Por outro lado, caso outro sujeito pratique crime de descaminho, causando prejuízo de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) em tributos inadimplidos, poderá, a qualquer tempo do processo penal, (confirmar), pagar tal quantia, acrescida de multa e juros, e não mais responder criminalmente pela sua conduta, haja vista que sua punibilidade terá sido extinta. Enquanto isso, caso um terceiro sujeito furte, para si, o relógio de qualquer um dos sonegadores, bem supostamente avaliado em R\$ 300,00 (trezentos reais), receberá uma pena de reclusão de um a quatro anos, além de multa, mesmo que seja réu primário e tenha bons antecedentes. Ao analisar os três casos, o Poder Judiciário enxerga a normalidade em todas as decisões, apesar de o Direito estar sendo aplicado de maneira tão díspar.

Vale ressaltar, por fim, que os indivíduos que praticam crimes patrimoniais comuns somente podem se beneficiar do instituto do arrependimento posterior, previsto no artigo 16, do Código Penal³⁸⁸, o qual reduz a pena dos criminosos, de um a dois terços, quando, “nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente³⁸⁹”.

Em síntese, os indivíduos que praticam crimes patrimoniais, causando prejuízos de mais de R\$ 100 (cem reais) às vítimas, mesmo que devolvam o objeto ou a quantia obtidos criminalmente, por ato voluntário, antes da denúncia ou queixa-crime, receberão a reprimenda penal, somente se beneficiando da pena diminuída.

de justiça e o supremo tribunal federal. , 2011. Disponível em: <<http://http://201.23.85.222/biblioteca/>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

³⁸⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. Manual de Direito Penal I: Parte Geral - Arts. 1º a 120 do CP. 25. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

³⁸⁹ BRASIL. Decreto-lei nº 2.878, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.

4.3.4.2. Histórico

Os indivíduos que praticam crimes tributários sempre apresentaram tratamento favorecido no ordenamento jurídico brasileiro. Quando se analisa a evolução histórica de tal modalidade delituosa, verifica-se que a possibilidade de extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo devido sempre foi possível. Entretanto, por questões de política criminal, as condicionantes para a utilização deste benefício tornam-se mais ou menos rigorosas³⁹⁰.

Inicialmente, o crime de sonegação foi tipificado no Brasil, pela primeira vez, no ano de 1965, com a promulgação da lei 4729. Já na pioneira norma sobre o tema, a possibilidade de excluir a punibilidade do delito em razão do pagamento mostrava-se presente, conforme se verifica em seu artigo 2º, *in verbis*³⁹¹:

Art 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes previstos nesta Lei quando o agente promover o recolhimento do tributo devido, antes de ter início, na esfera administrativa, a ação fiscal própria³⁹².

Verifica-se, desta forma, o exíguo lapso temporal para que os sonegadores pagassem o tributo omitido, uma vez que se a autoridade fiscal desconfiasse de qualquer fraude e instaurasse procedimento administrativo para apura-la, posterior pagamento do valor devido não mais livraria o contribuinte de pena, podendo somente reduzi-la, em face do arrependimento posterior. Ademais, o benefício legal somente abarcava os crimes previstos exclusivamente na lei 4729.³⁹³.

O disposto no artigo 2º, da lei 4729 guardava coerência com o mandamento contido no artigo 138, do Código Tributário Nacional, o qual regula, até o hoje, o instituto da denúncia espontânea, caracterizada pela procura da autoridade fiscal, pelo contribuinte, para que ele próprio comunique sua fraude. Haja vista que o Código Tributário Nacional isenta de quaisquer responsabilidades os indivíduos que se utilizam da denúncia espontânea, o poder

³⁹⁰ OLIVEIRA, Rodrigo Szuecs de. A cronologia da extinção da punibilidade nos crimes tributários e previdenciários.

³⁹¹ BUONICORE, Bruno Tadeu. Crimes tributários e criminologia : uma análise da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo. Revista síntese de direito penal e processual penal. 2012.

³⁹² BRASIL. Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965. Define o crime de sonegação fiscal e dá outras providências.. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4729.htm>.

³⁹³ OLIVEIRA, Rodrigo Szuecs de. A cronologia da extinção da punibilidade nos crimes tributários e previdenciários.

legislativo interpretou este comando legal de forma ampla, ao redigir a lei 4729, em 1965³⁹⁴. Atualmente, tal condicionante seria motivo de ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal de Justiça, uma vez que viola a garantia constitucional do *nemo tenetur se detegere* (não produzir provas contra si).

No ano de 1967, foi promulgado o Decreto-lei 157, espécie normativa que, dentre outros assuntos, regulava mecanismos para quitar dívidas tributárias. O tema da extinção da punibilidade pelo pagamento dos tributos foi regulado em seu artigo 18, conforme se observa³⁹⁵:

Art 18. Nos casos de que trata a Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, também se extinguirá a punibilidade dos crimes nela previstos se, mesmo iniciada a ação fiscal, o agente promover o recolhimento dos tributos e multas devidos, de acordo com as disposições do Decreto-lei nº 62, de 21 de novembro de 1966, ou dêste Decreto-lei, ou, não estando julgado o respectivo processo depositar, nos prazos fixados, na repartição competente, em dinheiro ou em Obrigações Reajustáveis do Tesouro, as importâncias nele consideradas devidas, para liquidação do débito após o julgamento da autoridade da primeira instância³⁹⁶.

O novo regime jurídico introduzido pelo referido decreto-lei apresentou três importantes mudanças: a) A extinção da punibilidade passou a se estender aos crimes de contrabando e descaminho, previstos no Código Penal; b) A denúncia espontânea deixou de ser exigida, pois a extinção da punibilidade poderia ser verificada mesmo que já iniciado o respectivo processo fiscal; c) O pagamento do tributo não era mais exigido com rigor, uma vez que a reprimenda penal desaparecia caso houvesse o depósito integral do valor devido (tributo e multas somados) antes da decisão administrativa em primeira instância e tal montante fosse convertido em pagamento após julgado o processo administrativo³⁹⁷.

Posteriormente, foi elaborado o decreto-lei 1060, em 1969, cuja finalidade era o conferir regime jurídico mais gravoso à extinção da punibilidade pelo pagamento, uma vez que o adimplemento da dívida teria reflexos penais

³⁹⁴ MACHADO, Hugo de Brito. A extinção da punibilidade pelo pagamento nos crimes tributários e a lei nº 12.382/2011. Revista dialética de direito tributário. 2012.

³⁹⁵ VILARDI, Celso Sanchez. A extinção da punibilidade nos crimes tributários. Revista do advogado. 2007.

³⁹⁶ BRASIL. Decreto-lei nº 157, de 10 de fevereiro de 1967. Concede estímulos fiscais à capitalização das empresas; reforça os incentivos à compra de ações; facilita o pagamento de débitos fiscais. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0157.htm>.

³⁹⁷ MACHADO, Hugo de Brito. A extinção da punibilidade pelo pagamento nos crimes tributários e a lei nº 12.382/2011. Revista dialética de direito tributário. A, 01 jan. 2012.

apenas se fosse realizado até a decisão de primeira instância no processo administrativo, conforme comprova o artigo 5º³⁹⁸:

Art. 5º Aplicam-se ao crime de sonegação fiscal, definido no artigo 1º da Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, as normas que regulam a extinção da punibilidade dos crimes de apropriação idébita previstos no artigo 11, da Lei nº 4.357, de 16 de julho de 1964 e no artigo 2º do Decreto-lei nº 326, de 8 de maio de 1967.

Parágrafo único. O resarcimento do dano não extingue a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando o infrator fôr reincidente, segundo definido na lei tributária³⁹⁹.

A próxima modificação na matéria demorou onze anos e, neste ínterim, o Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento de que os indivíduos que praticassem os crimes de contrabando e descaminho também poderiam se beneficiar da extinção de punibilidade, de acordo com o mandamento do decreto-lei de 157. O exposto é corroborado pela transcrição da revogada súmula 560, editada em 15 de dezembro de 1976⁴⁰⁰:

Extinção de Punibilidade - Pagamento do Tributo - Contrabando ou Descaminho. A extinção de punibilidade, pelo pagamento do tributo devido, estende-se ao crime de contrabando ou descaminho, por força do Art. 18, parágrafo 2, do Decreto-Lei 157-67⁴⁰¹.

Apesar do entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, o poder legislativo promulgou, em 1981, a lei 6910, com a única finalidade de potencializar o rigor acerca da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, uma vez que o benefício foi expressamente vedado para os crimes de contrabando e descaminho, logo em seu artigo 1º. Assim, a súmula 560, do Supremo Tribunal Federal não mais foi aplicada⁴⁰².

Como visto no item 4.3.2, do presente capítulo, os crimes contra a ordem tributária, à exceção do contrabando e do descaminho, foram reunidos e atualizados na lei 8137, de 1990, a qual regulou, ainda, a extinção da punibilidade pelo pagamento da dívida tributária em seu artigo 14, in verbis:

³⁹⁸ BUONICORE, Bruno Tadeu. Crimes tributários e criminologia : uma análise da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo. Revista síntese de direito penal e processual penal. 2012.

³⁹⁹ BRASIL. Decreto-lei nº 1.060, de 21 de outubro de 1969. Dispõe sobre a declaração de bens, dinheiros ou valôres, existentes no estrangeiro, a prisão administrativa e o seqüestro de bens por infrações fiscais e dá outras providências.. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De11060.htm >.

⁴⁰⁰ OLIVEIRA, Rodrigo Szuecs de. A cronologia da extinção da punibilidade nos crimes tributários e previdenciários.

⁴⁰¹ Idem.

⁴⁰² MACHADO, Hugo de Brito. A extinção da punibilidade pelo pagamento nos crimes tributários e a lei nº 12.382/2011. Revista dialética de direito tributário. A, 01 jan. 2012.

Art. 14. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos nos arts. 1º a 3º quando o agente promover o pagamento de tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia⁴⁰³.

O novo regime jurídico previa que o pagamento deveria totalizar o valor do tributo sonegado, bem como seus acessórios (juros e multas). Estipulou-se, também, marco temporal judicial para o que o pagamento fosse realizado, uma vez que punibilidade somente estaria extinta se ele ocorresse até o recebimento da denúncia⁴⁰⁴.

Todavia, o legislador brasileiro, destruindo o conceito de segurança jurídica e perenidade das normas, alterou substancialmente o mencionado regime jurídico já no ano seguinte, por meio da promulgação da lei 8383, a qual, em seu artigo 98, vedou expressamente a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo devido⁴⁰⁵.

O chamado “terrorismo fiscal” vigeu até o ano de 1995, quando a lei 9249 foi promulgada e restabeleceu, em seu artigo 34, que o pagamento do tributo devido, bem como de seus acessórios, até o recebimento da denúncia, implicaria em causa de extinção da punibilidade⁴⁰⁶.

Entretanto, surgiu um problema: os réus que praticaram crimes tributários a partir da vigência da lei 9249, em 1995, poderiam se beneficiar da extinção da punibilidade pelo pagamento. Entretanto, e os condenados ou réus por crimes tributários praticados entre os anos de 1991 a 1995, período em que a referida possibilidade era vedada?

O Supremo Tribunal Federal entendeu que tais réus e acusados poderiam se beneficiar da causa de extinção da punibilidade prevista na lei 9249, a qual, por se tratar de norma mais benéfica, retroagiria, alcançando fatos ocorridos antes de sua vigência. Tal conclusão decorre do elucidativo voto do Ministro Marco Aurélio no julgamento do *habeas corpus* 85.661⁴⁰⁷:

Em 1995, veio à baila a lei 9.249, prevendo no artigo 34, o que se tinha no artigo 14 da lei 8.137/90, revogado, ou seja, a extinção da punibilidade dos

⁴⁰³ BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm>.

⁴⁰⁴ VILARDI, Celso Sanchez. A extinção da punibilidade nos crimes tributários. Revista do advogado. 2007.

⁴⁰⁵ BUONICORE, Bruno Tadeu. Crimes tributários e criminologia : uma análise da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo. Revista síntese de direito penal e processual penal. 2012.

⁴⁰⁶ OLIVEIRA, Rodrigo Szuecs de. A cronologia da extinção da punibilidade nos crimes tributários e previdenciários.

⁴⁰⁷ Idem.

crimes previstos na lei nº 8.137/90 pelo pagamento do tributo ou contribuição antes do recebimento da denúncia. Deu-se aplicação retroativa para beneficiar réus que haviam cometido crimes entre o período da lei nº 8.383/91 até a vinda desse diploma⁴⁰⁸.

Apesar de o referido benefício estar novamente vigente no Brasil, nova celeuma jurisprudencial surgiu: como ficaria a situação judicial dos indivíduos que aderiram ao parcelamento de suas dívidas tributárias, uma vez que a lei 9249 era silente sobre o tema?

O parcelamento tributário configura um programa instituído por lei, como forma a incentivar a quitação de dívidas para com o Fisco, concedendo a possibilidade de pagamento em parcelas⁴⁰⁹.

O Supremo Tribunal Federal, por meio de interpretação restrita do artigo 34, da lei 9249, entendeu que o parcelamento não apresenta qualquer efeito sobre a esfera penal da dívida tributária, pois o referido dispositivo legal exigia o pagamento integral da dívida. Desta forma, a mera adesão do réu a um programa de parcelamento fiscal não traria consequências ao seu processo crime, como se observa no seguinte julgado:⁴¹⁰

Crime contra a ordem tributária. Leis nºs 8.137/1990 e 9.245/1995.2. Alegação de constrangimento ilegal, por não ter a sentença condenatória, nem o acórdão que a confirmou reconhecido a extinção de punibilidade, na forma do art. 34, da Lei nº 9.249/1995.3. O Plenário do STF, a 4.10.1995, ao julgar a Questão de Ordem no Inquérito nº 1028-6/RS, assentou que o simples parcelamento do débito não significava o pagamento do tributo, para efeito de extinção da punibilidade⁴¹¹.

Já o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que o parcelamento configuraria uma espécie de novação da dívida e, desta forma, caracterizada estaria a causa de extinção da punibilidade dos criminosos, já que o débito tributário inicial desapareceu, conforme se depreende da ementa do *habeas corpus* 29.421⁴¹²:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PARCELAMENTO DO DÉBITO ANTERIOR À

⁴⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª T. Habeas Corpus 85.661. Relator: Min. Marco Aurélio. J. 03 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=502968>>

⁴⁰⁹ PORTAL TRIBUTÁRIO. Refis - programas de parcelamentos de débitos tributários federais. , 2014. Disponível em: <<http://www.portaltributario.com.br/guia/refis.html>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

⁴¹⁰ OLIVEIRA, Rodrigo Szuecs de. A cronologia da extinção da punibilidade nos crimes tributários e previdenciários.

⁴¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª T. Habeas Corpus 74.754. Relator: Min. Néri da Silveira. J. 04 de março de 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75472>>

⁴¹² BUONICORE, Bruno Tadeu. Crimes tributários e criminologia : uma análise da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo. Revista síntese de direito penal e processual penal. 2012.

DENÚNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. DESNECESSIDADE DO PAGAMENTO INTEGRAL. NOVAÇÃO DA DÍVIDA. NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA ALTERADA. ILÍCITO CIVL LATO SENSU. MECANISMOS ESTATAIS PARA A SATISFAÇÃO DOS SEUS CRÉDITOS. SOLUÇÃO NO JUÍZO APROPRIADO. ORDEM CONCEDIDA.

I . Uma vez deferido o parcelamento, em momento anterior ao recebimento da denúncia, verifica-se a extinção da punibilidade prevista no art. 34 da Lei n.º 9249/5, sendo desnecessário pagamento integral do débito para tanto.

II. O parcelamento cria uma nova obrigação, extinguindo a anterior, pois se verifica uma novação da dívida.

III.O instituto envolve a transação entre as partes credora e devedora, alterando a natureza da relação jurídica.

IV.O Estado credor dispõe de mecanismos próprios e rigorosos para satisfazer devidamente os seus créditos, pois a própria negociação realizada envolve previsões de sanção para a inadimplência.

V. Eventual inadimplência ainda poderá ser resolvida no Juízo apropriado, pois na esfera criminal só restará a declaração da extinção da punibilidade.

VI. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal movida contra o paciente.⁴¹³.

Temendo as consequências práticas das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, as autoridades tributárias pressionaram o Congresso Nacional, que editou a lei 9964, no ano 2000, na qual se regulava o primeiro Programa de Recuperação Fiscal (REFIS) e, acerca da extinção da punibilidade, previu-se, no artigo 15, que a adesão ao programa de refinanciamento, desde que realizada antes do oferecimento da denúncia, implicava na suspensão da pretensão punitiva estatal, não correndo, desta forma, a prescrição penal. No que tange ao pagamento, a sistemática vigente foi mantida inalterada⁴¹⁴.

Percebendo a falta de sucesso do REFIS, o Congresso Nacional criou o REFIS II, por meio da promulgação da lei 10.684, em 2003. Com o objetivo claro de garantir maior arrecadação, o limite temporal previsto na lei 9964 foi revogado. Logo, bastava que o indivíduo aderisse ao refinanciamento tributário, em qualquer etapa processual, para que a pretensão punitiva estatal fosse suspensa. Vale ressaltar, também, que, em relação ao pagamento, os réus de crimes tributários poderiam realiza-lo em qualquer etapa processual, extinguindo a punibilidade de suas condutas⁴¹⁵.

⁴¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 7ª T. Habeas Corpus 29.421. Relator: Min. Gilson Dipp. J. 01 de abril de 2004. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1176136&num_registro=200301295526&data=20040517&tipo=5&formato=PDF>

⁴¹⁴ OLIVEIRA, Rodrigo Szuecs de. A cronologia da extinção da punibilidade nos crimes tributários e previdenciários.

⁴¹⁵ MACHADO, Hugo de Brito. A extinção da punibilidade pelo pagamento nos crimes tributários e a lei nº 12.382/2011. Revista dialética de direito tributário. A, 01 jan. 2012.

Por fim, no ano de 2011, foi promulgada a lei 12.382, a qual regula inúmeros temas. Mais precisamente em seu artigo 6º, § 4º, consta novo regime jurídico para a adesão a programas de parcelamento de dívidas tributárias, uma vez que a suspensão da pretensão punitiva estatal somente ocorrerá se a inclusão do contribuinte for realizada antes do recebimento da denúncia. Sobre o pagamento dos tributos, inexiste qualquer ressalva⁴¹⁶.

Desta forma, têm-se três regimes jurídicos vigentes atualmente: a) Para as adesões a programas de parcelamento ocorridas antes de 2011, a pretensão punitiva estatal será suspensa independentemente de quando o contribuinte ingressar nos referidos programas; b) Para os parcelamentos obtidos a partir de 2011, haverá a suspensão da pretensão punitiva estatal somente quando a adesão ocorrer antes do recebimento da denúncia; c) O pagamento extinguirá a punibilidade do crime tributário, independentemente de quando for realizado.

4.3.4.3. Justificativa

Doutrina adepta à extinção da punibilidade nos delitos tributários, pelo pagamento dos valores sonegados, sustenta que tal instituto demonstra a finalidade arrecadatória desta modalidade criminosa⁴¹⁷.

O Fisco não tem o interesse em punir os indivíduos que praticam crimes tributários, bastando que os tributos sonegados sejam pagos, devidamente corrigidos e acrescidos da multa. Tanto que, desde a promulgação da lei 4729, em 1965, o ordenamento jurídico brasileiro sempre previu, em regra, a referida causa especial de extinção da punibilidade⁴¹⁸.

Luiz Regis Prado acrescenta que a legislação tributária, ao prever o pagamento como causa de extinção da punibilidade, estimula que os contribuintes promovam a autodenúncia, introjetando valores naqueles que se beneficiam do instituto, estimulando-os à honestidade fiscal⁴¹⁹.

⁴¹⁶BUONICORE, Bruno Tadeu. Crimes tributários e criminologia : uma análise da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo. Revista síntese de direito penal e processual penal. 2012.

⁴¹⁷ SOSA, Alexandra Carolina Pérez. A extinção da punibilidade nos delitos tributários: uma proteção deficiente da ordem tributária. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10786>. Acesso em set 2014.

⁴¹⁸ OLIVEIRA, Rodrigo Szuecs de. A cronologia da extinção da punibilidade nos crimes tributários e previdenciários.

⁴¹⁹ PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Econômico. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Para o autor, o benefício penal estimula o pagamento e eleva a arrecadação do Estado, uma vez que o Fisco recebe o valor sonegado referente a tributos que as autoridades fiscais sequer conheciam do inadimplemento. Desta forma, as Fazendas Públicas economizam tempo e recursos financeiros, poupando-se de investigações custosas e, não raras vezes, inócuas⁴²⁰.

4.3.4.4. Críticas

O juiz federal Chaves de Oliveira salienta que que não faz sentido a existência da extinção da punibilidade pelo pagamento do valor devido como tributo, ainda mais quando se compara as consequências da recomposição dos danos nos delitos patrimoniais comuns⁴²¹.

Para o jurista, se o indivíduo que pratica um crime tributário recompõe o dano causado ao Fisco, a qualquer tempo do processo, será merecedor da extinção de sua punibilidade, em razão do disposto na lei 10.684⁴²².

Por outro lado, se um indivíduo praticar um crime patrimonial e decidir recompor o dano, deverá ter apenas duas expectativas: a) Se o fizer antes do recebimento da denúncia, terá sua pena reduzida em um a dois terços, por força do arrependimento posterior, previsto no artigo 16, do Código Penal; b) Se o fizer após o recebimento da denúncia, tal ato apenas caracterizará circunstância atenuante, de acordo com o artigo 65, inciso III, alínea “b”, do Código Penal.

Potencializando a problemática, tem-se o fato de que, periodicamente, o Congresso Nacional promulga leis que estipulam programas especiais para facilitar o pagamento de dívidas tributárias por parte de grandes inadimplentes ou sonegadores. Isto possibilita que grandes advogados tributaristas consigam tecer estratégias comerciais, baseadas na sonegação, em face da expectativa real de se beneficiarem com os referidos programas, ainda mais que a adesão garante, em regra, o perdão da multa e dos juros, bem como o pagamento em parcelas. Além de configurar desequilíbrio na livre concorrência, tal instituto

⁴²⁰ PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Econômico. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁴²¹ OLIVEIRA, Luiz Renato Pacheco Chaves de. Reflexões sobre os crimes tributários. Revista brasileira de ciências criminais. A, 01 jan. 2010.

⁴²² Idem.

força a conclusão de que o Congresso Nacional tem a capacidade de editar uma lei tributária que estimule a sonegação e a fraude⁴²³.

O autor ainda afirma que, apresentando o Direito Penal a característica da fragmentariedade, a escolha dos bens jurídicos a serem tutelados pela reprimenda legal mais gravosa deverá ser criteriosa. Não faz sentido conceber que a ordem tributária mereça guarida penal quando o tributo sonegado não é pago, mas que tal bem jurídico perca sua relevância por completo quando “o vil metal pinga nos cofres públicos”⁴²⁴.

Por fim, o jurista sustenta que, para que os crimes tributários adquiram relevância e moral em nossa sociedade, a extinção da punibilidade pelo pagamento deveria ser extirpada do ordenamento jurídico⁴²⁵.

O Professor da Universidade de São Paulo Guilherme Mendes apresentou, na reunião do mês de agosto do Laboratório de Ciências Criminais, promovido pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, em Ribeirão Preto/SP, um dos temas por ele pesquisados, qual seja, a busca pelo sentido oculto das palavras contidas na norma.

Coincidemente, um dos temas abordados foi a extinção da punibilidade pelo pagamento nos delitos tributários. O Professor julga que a posição da doutrinária que defende que a referida norma apresenta finalidade arrecadatória é falaciosa. Desta forma, tal instituto serviria como instrumento para manter disfarçada a dominação de uma classe social, seja no plano econômico, seja no plano legislativo⁴²⁶.

Os réus e acusados por crimes tributários, haja vista que, segundo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sonegações e crimes de descaminhos avaliados em menos de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) implicam em absolvição pela incidência do princípio da insignificância, são grandes empresários e integrantes da elite econômica. Desta forma, para mascarar os privilégios da classe mais abastada, justifica-se que o Estado-Leviatã hobbesiano crava seus tentáculos na iniciativa privada, fulminando a livre iniciativa do

⁴²³ OLIVEIRA, Luiz Renato Pacheco Chaves de. Reflexões sobre os crimes tributários. Revista brasileira de ciências criminais. A, 01 jan. 2010.

⁴²⁴ Idem.

⁴²⁵ Ibidem.

⁴²⁶ LABORATÓRIO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - RIBEIRÃO PRETO, 2014, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - Universidade de São Paulo. Palestra ministrada pelo Prof. Dr. Guilherme Adolfo dos Santos Mendes. 2014.

empresariado, grupo que, acusado pela ameaça do processo criminal, fica sem alternativas, a não ser pagar o valor da dívida, como forma de evitar o cárcere⁴²⁷.

A argumentação é perigosa, uma vez que os criminosos de colarinho branco aproximam-se das camadas mais baixas, por meio do medo do cárcere, elegendo o Estado como inimigo comum. Enquanto os menos favorecidos focam na ganância estatal, as cadeias permanecem lotadas de negros, profissionais do sexo e pessoas pobres, segundo a adaptação do ditado popular⁴²⁸.

Lanço, ainda, uma terceira crítica: se a extinção da punibilidade fosse um mecanismo tão eficiente para reaver os valores sonegados do Fisco, por que houve a necessidade de serem criados sete programas de refinanciamento desde o ano 2000? Os programas foram instituídos pelas seguintes normas: 1) Lei 9964, de 2000, criou o REFIS I; 2) Lei 10.684, de 2003, criou o REFIS II; 3) Medida provisória 303, de 2006, criou o REFIS III; 4) Lei 11.941, de 2009, criou o REFIS IV; 5) Lei 12.249, de 2010, criou o REFIS das autarquias e fundações públicas; 6) Lei 12.865, de 2003, criou o REFIS dos bancos e o REFIS dos lucros no exterior⁴²⁹.

Como se observa, a união do patamar elástico de aplicação do princípio da insignificância sobre os crimes tributários, aliado à morosidade em se deflagrar sonegações, acaba por tornar a extinção de punibilidade pelo pagamento da dívida uma espécie de cartada final dos sonegadores. Caso tudo dê errado, sua fraude tenha sido descoberta e o processo judicial não tenha sido trancado, o réu aguardará ao máximo as manifestações do Poder Judiciário. Quando ficar claro que a condenação é iminente, o pagamento funcionará como uma forma de escapar do cárcere. Neste ínterim, entretanto, o Estado gastou vultosos recursos para manter a estrutura administrativa e judicial para a apuração deste e de inúmeros casos semelhantes. Este quadro, por si, fulmina o argumento da finalidade arrecadatória, uma vez que potencializa o dispêndio financeiro por parte do Estado.

⁴²⁷ LABORATÓRIO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - RIBEIRÃO PRETO, 2014, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - Universidade de São Paulo. Palestra ministrada pelo Prof. Dr. Guilherme Adolfo dos Santos Mendes. 2014.

⁴²⁸ Idem.

⁴²⁹ PORTAL TRIBUTÁRIO. Refis - programas de parcelamentos de débitos tributários federais. , 2014. Disponível em: <<http://www.portaltributario.com.br/guia/refis.html>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

4.3.5. Novos Mecanismos Fazendários para a Cobrança dos Tributos Inscritos em Dívida Ativa

4.3.5.1. Introdução

Os tribunais superiores entendem que, pelo princípio da fragmentariedade, o Direito Penal somente apresentaria legitimidade para exercer seus efeitos quando os mecanismos previstos em outros ramos do Direito mostrarem-se insuficientes a proteger determinado bem jurídico⁴³⁰.

Desta forma, parte da doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores entendem que, se determinado valor de sonegação não se mostra capaz de dar ensejo ao processo de execução fiscal, não caberia ao Direito Penal atuar no caso concreto, pois nem mesmo o mecanismo especialmente previsto no Direito Tributário estava exercendo seus efeitos. Por fim, discorre-se que a ausência do ajuizamento da execução fiscal torna determinada quantia insignificante para o Fisco, uma vez que o débito não foi cobrado judicialmente⁴³¹.

Entretanto, *data vénia* em relação aos defensores da tese mencionada, adotar tal posicionamento, sem maiores aprofundamentos teóricos, apenas demonstra o desconhecimento de institutos do Direito Tributário. Este desconhecimento é perigoso e inadmissível, uma vez que, nos crimes tributários, não bastará que advogados, juízes e promotores dominem apenas o Direito Penal.

Segundo a jurisprudência e doutrina nacionais, a execução fiscal constitui mecanismo de elevada eficácia, pois, caso não seja utilizada na cobrança do tributo, o valor devido torna-se insignificante e não permite a deflagração do processo penal⁴³².

Conforme visto no item 3.5.4 da presente monografia, a execução fiscal é um mecanismo de reduzida eficiência, uma vez que menos de 30% das ações

⁴³⁰ MAGNO, Alexandre Magno Fernandes. A subsidiariedade como baliza para a insignificância. Boletim do instituto de ciências penais. São Paulo, 2005.

⁴³¹ GOMES, Luiz Flávio. Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁴³² SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da Insignificância no Direito Penal. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

ajuizadas resultam na quitação do valor devido⁴³³. Tanto que o Ministério da Fazenda, verificando os dados da pesquisa do IPEA, editou a Portaria nº 75, majorando o valor de dispensa da execução fiscal para débitos de até R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Vale ressaltar, contudo, que, contrariando o entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência brasileiras, o Fisco não considera insignificante os débitos tributários inferiores a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). As autoridades fiscais somente perceberam que não era plausível a utilização da execução fiscal, procedimento de cobrança mais caro previsto no ordenamento tributário, quando já existem dados concretos sobre sua ineficiência. Desta forma, as Fazendas Públicas passaram a adotar um novo procedimento para forçar o pagamento dos tributos sonegados ou inadimplidos, qual seja, o protesto extrajudicial das certidões de dívida ativa.

4.3.5.2. Protesto Extrajudicial da Certidão de Dívida Ativa

O protesto extrajudicial, regulado pela lei 9492, de 1997, corresponde a um ato formal e solene, realizado em um cartório de protesto de letras e títulos, com o objetivo de comprovar o inadimplemento de cláusula contratual ou a falta de pagamento de uma dívida⁴³⁴.

Além de provar o débito de alguém, o protesto também constitui um mecanismo de coerção sobre o devedor, estimulando-a adimplir com sua obrigação descumprida. No momento em que o título é protestado, o nome do devedor é inserido nos diversos cadastros de proteção ao crédito existentes, até que a dívida seja paga ou se passem cinco anos. A negativação impede que o indivíduo realize inúmeras operações creditícias, restringindo sua vida comercial⁴³⁵.

O procedimento do protesto é simples. Inicialmente, o credor, ou o portador do documento que comprove o inadimplemento, deve se dirigir a um

⁴³³ BRASIL. SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS. . O princípio da insignificância nos crimes contra o patrimônio e contra a ordem econômica: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: A, 2011.

⁴³⁴ ALMEIDA, Amador Paes de. Teoria e prática dos títulos de crédito. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁴³⁵ DIZER O DIREITO. Para o stj, é possível o protesto da certidão de dívida ativa (cda)?. , 2014. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2014/01/para-o-stj-e-possivel-o-protesto-da.html>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

cartório de protesto de letras e títulos, solicitando a realização do referido ato, bem como informado os dados pessoais e endereço do devedor. O tabelião analisará as características formais do título a ele apresentado. Inexistindo vícios formais, o tabelião realizará a intimação do devedor, no endereço fornecido, determinando que ele pague o débito dentro de 3 (três) dias ou que obtenha a sustação do protesto antes de sua lavratura. Se o devedor pagar ou obter a sustação do protesto, bem como se o apresentante do título desistir do ato, o protesto não será realizado. Por fim, se o devedor não realizar quaisquer destes atos, o título será protestado⁴³⁶.

Originalmente, podiam ser protestados, de acordo com o artigo 1º, da lei 9492, “títulos e outros documentos de dívida⁴³⁷”. Com base na redação ampla do dispositivo, a Fazenda Pública Nacional passou a protestar certidões de dívida ativa com valores inferiores ao mínimo necessário para a propositura da execução fiscal, dinamizando a cobrança, tornando-a barata e ágil, uma vez que o moroso Poder Judiciário não era mais acionado⁴³⁸.

Sucedeu, entretanto, que inúmeros devedores passaram a questionar judicialmente tal modalidade de cobrança, uma vez que entendiam que certidões de dívida ativa não poderiam ser protestadas, haja vista que a União já apresentava mecanismo próprio para a cobrança de tributos inadimplidos (execução fiscal)⁴³⁹. O Superior Tribunal de Justiça acolheu esta argumentação e, sempre que o tema era julgado pelos ministros, os protestos eram cancelados, como se verifica na seguinte ementa:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA - CDA. PROTESTO. DESNECESSIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem afirmado a ausência de interesse em levar a protesto a Certidão da Dívida Ativa, título que já goza de presunção de certeza e liquidez e confere publicidade à inscrição do débito na dívida ativa.

⁴³⁶ UZANELLO, Graziele Mariete. [O protesto extrajudicial da certidão de dívida ativa da União e a mudança de entendimento do STJ. \(atualizado até 12/2013\)](#). Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3871, 5 fev. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26641>>. Acesso em: 6 set. 2014.

⁴³⁷ BRASIL. Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997. Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9492.htm>.

⁴³⁸ UZANELLO, Graziele Mariete. [O protesto extrajudicial da certidão de dívida ativa da União e a mudança de entendimento do STJ. \(atualizado até 12/2013\)](#). Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3871, 5 fev. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26641>>. Acesso em: 6 set. 2014.

⁴³⁹ DIZER O DIREITO. Para o stj, é possível o protesto da certidão de dívida ativa (cda)?., 2014. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2014/01/para-o-stj-e-possivel-o-protesto-da.html>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

2. Agravo regimental não provido⁴⁴⁰.

Este posicionamento não subsistiu por muito tempo, uma vez que, inconformadas com a vedação jurisprudencial na utilização do protesto extrajudicial para fins tributários, as Fazendas Públicas de todo o país pressionaram o Congresso Nacional em busca de mudanças, as quais ocorreram com a edição da lei 12.767, de 2012, a qual alterou a redação do artigo 1º, da lei 9492, acrescentando a ele seu parágrafo único, com a seguinte redação:

Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas⁴⁴¹.

Desta forma, havendo autorização expressa em lei para a realização do protesto extrajudicial de dívidas tributárias, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a possibilidade, não mais cancelando os atos notariais realizados, conforme se depreende na ementa do seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PROTESTO DE CDA. LEI 9.492/1997. INTERPRETAÇÃO CONTEXTUAL COM A DINÂMICA MODERNA DAS RELAÇÕES SOCIAIS E O "II PACTO REPUBLICANO DE ESTADO POR UM SISTEMA DE JUSTIÇA MAIS ACESSÍVEL, ÁGIL E EFETIVO". SUPERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

1. Trata-se de Recurso Especial que discute, à luz do art. 1º da Lei 9.492/1997, a possibilidade de protesto da Certidão de Dívida Ativa (CDA), título executivo extrajudicial (art. 586, VIII, do CPC) que aparelha a Execução Fiscal, regida pela Lei 6.830/1980.

2. Merece destaque a publicação da Lei 12.767/2012, que promoveu a inclusão do parágrafo único no art. 1º da Lei 9.492/1997, para expressamente consignar que estão incluídas "entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas".

3. Não bastasse isso, mostra-se imperiosa a superação da orientação jurisprudencial do STJ a respeito da questão.

4. No regime instituído pelo art. 1º da Lei 9.492/1997, o protesto, instituto bifronte que representa, de um lado, instrumento para constituir o devedor em mora e provar a inadimplência, e, de outro, modalidade alternativa para cobrança de dívida, foi ampliado, desvinculando-se dos títulos estritamente cambiariformes para abranger todos e quaisquer "títulos ou documentos de dívida". Ao contrário do afirmado pelo Tribunal de origem, portanto, o atual regime jurídico do protesto não é vinculado exclusivamente aos títulos cambiais.

5. Nesse sentido, tanto o STJ (RESP 750805/RS) como a Justiça do Trabalho possuem precedentes que autorizam o protesto, por exemplo, de decisões judiciais condenatórias, líquidas e certas, transitadas em julgado.

⁴⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª T. Agravo regimental em agravo de instrumento 1.316.190. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. J. 17 de maio de 2011. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=15599867&num_registro=201001019175&data=20110525&tipo=5&formato=PDF>

⁴⁴¹ BRASIL. Lei nº 12.767, de 27 de setembro de 2012. Dispõe sobre a extinção das concessões de serviço público de energia elétrica (...). Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Lei/L12767.htm>.

6. Dada a natureza bifronte do protesto, não é dado ao Poder Judiciário substituir-se à Administração para eleger, sob o enfoque da necessidade (utilidade ou conveniência), as políticas públicas para recuperação, no âmbito extrajudicial, da dívida ativa da Fazenda Pública.

7. Cabe ao Judiciário, isto sim, examinar o tema controvertido sob espectro jurídico, ou seja, quanto à sua constitucionalidade e legalidade, nada mais. A manifestação sobre essa relevante matéria, com base na valoração da necessidade e pertinência desse instrumento extrajudicial de cobrança de dívida, carece de legitimidade, por romper com os princípios da independência dos poderes (art. 2º da CF/1988) e da imparcialidade.

8. São falaciosos os argumentos de que o ordenamento jurídico (Lei 6.830/1980) já instituiu mecanismo para a recuperação do crédito fiscal e de que o sujeito passivo não participou da constituição do crédito.

9. A Lei das Execuções Fiscais disciplina exclusivamente a cobrança judicial da dívida ativa, e não autoriza, por si, a insustentável conclusão de que veda, em caráter permanente, a instituição, ou utilização, de mecanismos de cobrança extrajudicial.

10. A defesa da tese de impossibilidade do protesto seria razoável apenas se versasse sobre o "Auto de Lançamento", esse sim procedimento unilateral dotado de eficácia para imputar débito ao sujeito passivo.

11. A inscrição em dívida ativa, de onde se origina a posterior extração da Certidão que poderá ser levada a protesto, decorre ou do exaurimento da instância administrativa (onde foi possível impugnar o lançamento e interpor recursos administrativos) ou de documento de confissão de dívida, apresentado pelo próprio devedor (e.g., DCTF, GIA, Termo de Confissão para adesão ao parcelamento, etc.).

12. O sujeito passivo, portanto, não pode alegar que houve "surpresa" ou "abuso de poder" na extração da CDA, uma vez que esta pressupõe sua participação na apuração do débito. Note-se, aliás, que o preenchimento e entrega da DCTF ou GIA (documentos de confissão de dívida) corresponde integralmente ao ato do emitente de cheque, nota promissória ou letra de câmbio.

13. A possibilidade do protesto da CDA não implica ofensa aos princípios do contraditório e do devido processo legal, pois subsiste, para todo e qualquer efeito, o controle jurisdicional, mediante provocação da parte interessada, em relação à higidez do título levado a protesto.

14. A Lei 9.492/1997 deve ser interpretada em conjunto com o contexto histórico e social. De acordo com o "II Pacto Republicano de Estado por um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo", definiu-se como meta específica para dar agilidade e efetividade à prestação jurisdicional a "revisão da legislação referente à cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, com vistas à racionalização dos procedimentos em âmbito judicial e administrativo".

15. Nesse sentido, o CNJ considerou que estão conformes com o princípio da legalidade normas expedidas pelas Corregedorias de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro e de Goiás que, respectivamente, orientam seus órgãos a providenciar e admitir o protesto de CDA e de sentenças condenatórias transitadas em julgado, relacionadas às obrigações alimentares.

16. A interpretação contextualizada da Lei 9.492/1997 representa medida que corrobora a tendência moderna de intersecção dos regimes jurídicos próprios do Direito Público e Privado. A todo instante vem crescendo a publicização do Direito Privado (iniciada, exemplificativamente, com a limitação do direito de propriedade, outrora valor absoluto, ao cumprimento de sua função social) e, por outro lado, a privatização do Direito Público (por exemplo, com a incorporação - naturalmente adaptada às peculiaridades existentes - de conceitos e institutos jurídicos e extrajurídicos aplicados outrora apenas aos sujeitos de Direito Privado, como, e.g., a utilização de sistemas de gerenciamento e controle de eficiência na prestação de serviços).

17. Recurso Especial provido, com superação da jurisprudência do STJ⁴⁴².

Encerro o tópico com uma provocação: Se os tributos inadimplidos cujos valores não superem a quantia de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) são insignificantes para o Fisco, as Fazendas Públicas iram protestar extrajudicialmente as certidões de dívida ativa e, diante da negativa inicial do Superior Tribunal de Justiça, pressionar o Congresso Nacional em busca de um permissivo legal? Conclui-se, portanto, que conceber a execução fiscal como modalidade única de atuação das autoridades fiscais corresponde em severo desconhecimento do Direito Tributário.

4.3.5.3. Projetos de Lei sobre o Tema

Apenas ressaltando o interesse do Fisco em cobrar os créditos abaixo do patamar de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), convém ressaltar que existem projetos de lei estabelecendo outros mecanismos para facilitar a arrecadação tributária.

Uma das críticas acerca da execução fiscal é que os juízes, uma vez que são formados exclusivamente em Direito, apresentam dificuldade para entender as consequências econômicas e administrativas de suas sentenças, haja vista que sua formação capacitou-os a decidir casos concretos com base em espécies normativas, analogia, costumes e nos princípios gerais do Direito⁴⁴³.

Desta forma, o projeto de lei 2412, de 2007, procura criar a execução fiscal administrativa, por meio da outorga, à Procuradoria da Fazenda Nacional, das competências para citar o devedor, proceder ao arresto ou sequestro, avaliação, adjudicação e arrematação de seus bens, além de poder solicitar o registro de tais atos expropriatórios⁴⁴⁴.

Vale ressaltar que o projeto de lei 2412, de 2007, mantém o procedimento de execução fiscal semelhante ao processado perante o Poder Judiciário. A intenção é a de agilizar seu trâmite, por meio da sua realização pela via administrativa.

⁴⁴² REsp 1126515/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03/12/2013

⁴⁴³ Gestão e jurisdição : o caso da execução fiscal da União / Organizadores: Alexandre dos Santos Cunha, Paulo Eduardo Alves da Silva. – Brasília : Ipea, 2013. v. 9 (297 p.) : gráfs., tabs. - (Diálogos para o Desenvolvimento ; 9).

⁴⁴⁴ Idem.

Já o projeto de lei 5082, de 2009, cria dois novos institutos tributários interessantes: a) Transação; b) Programa de recuperação tributária. No primeiro, seria criada a Câmara Geral de Transação e Conciliação da Fazenda, a qual teria a incumbência de analisar a possibilidade de o contribuinte transigir com o Fisco, desde que respeitados os princípios da veracidade, lealdade, boa-fé, confiança e celeridade. Já o referido programa serviria para abrandar o rigor fiscal nos casos em que a empresa passa por uma transitória crise econômico-financeira⁴⁴⁵.

Por fim, também foi apresentado o projeto de lei 5081, de 2009, cujo intuito é conferir celeridade às cobranças tributárias. De acordo com a norma, uma vez inscrito em dívida ativa, o contribuinte poderá oferecer bens imóveis capazes de satisfazer o crédito tributário pendente de pagamento⁴⁴⁶.

Infelizmente, após consultar os três projetos de lei nas páginas do Poder Legislativo Federal, identifiquei que todos encontram-se estagnados na Câmara dos Deputados, aguardando pareceres das comissões temáticas⁴⁴⁷.

Desta forma, forçosa a conclusão que o Fisco tem o interesse em receber seus créditos tributários, pouco importando o valor devido. O que se busca é conciliar a satisfação do crédito com a eficiência e redução de custos do mecanismo de cobrança adotado.

⁴⁴⁵ Gestão e jurisdição : o caso da execução fiscal da União / Organizadores: Alexandre dos Santos Cunha, Paulo Eduardo Alves da Silva. – Brasília : Ipea, 2013. v. 9 (297 p.) : gráfs., tabs. - (Diálogos para o Desenvolvimento ; 9).

⁴⁴⁶ Idem.

⁴⁴⁷ Pesquisa realizada no dia 02 de setembro de 2014.

5. CONCLUSÕES

5.1. Luiz Flávio Gomes

O jurista Luiz Flávio Gomes, apesar de ter escrito uma obra inteira sobre o princípio da insignificância e sua irradiação sobre os demais ramos jurídicos e modalidades criminosas, não enfrenta a tormentosa questão da distinção do tratamento jurídico dos crimes tributários e dos crimes patrimoniais⁴⁴⁸.

O autor limita-se a descrever as disparidades perpetradas pelos tribunais superiores, na aplicação do princípio da insignificância aos crimes tributários e aos crimes patrimoniais comuns, sem discorrer, entretanto, sobre a justiça e a sustentação jurídica do referido tratamento díspar⁴⁴⁹.

Por outro lado, o autor, esquecendo-se, dos réus que praticam crimes patrimoniais comuns, critica, veementemente, o fato de os tribunais superiores não adotarem o patamar de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para aplicar o princípio da insignificância aos crimes tributários que lesem as Fazendas Públicas Estaduais e Municipais⁴⁵⁰.

O Superior Tribunal de Justiça, baseando-se na inexistência de lei do Estado de São Paulo dispensando o ajuizamento de execução fiscal, manteve a condenação de um réu que sonegou apenas tributos estaduais, na quantia de R\$ 344,66 (trezentos e quarenta e quatro reais e sessenta e seis centavos), como se verifica na seguinte ementa:

SONEGAÇÃO FISCAL. ICMS. TRIBUTO DE COMPETÊNCIA ESTADUAL. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. INAPLICABILIDADE DO PATAMAR DISPOSTO NO ARTIGO 20 DA LEI N. 10.522/02. LEGISLAÇÃO APPLICÁVEL APENAS AOS TRIBUTOS DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO.

1. Não obstante esta Corte Superior de Justiça tenha entendimento pacificado no sentido de aplicar o princípio da insignificância aos crimes contra a ordem tributária nos quais o valor da exação suprimido ou reduzido não ultrapasse a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), é certo que a referida construção jurisprudencial encontra arrimo no disposto no artigo 20 da Lei n. 10.522/02, que trata do Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais.

⁴⁴⁸ GOMES, Luiz Flávio. Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁴⁴⁹ Idem.

⁴⁵⁰ GOMES, Luiz Flávio. Princípio da insignificância. crimes tributários. limite válido para todos os tributos (federal, estadual ou municipal) (?). , 2013. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121930379/principio-da-insignificancia-crimes-tributarios-limite-valido-para-todos-os-tributos-federal-estadual-ou-municipal>>. Acesso em: 02 jun. 2013.

2. O fato da União, por razões políticas ou administrativas, optar por autorizar o pedido de arquivamento das execuções fiscais que não ultrapassam o referido patamar não permite, por si só, que a mesma liberalidade seja estendida aos demais entes federados, o que somente poderia ocorrer caso estes também legislassem no mesmo sentido, tendo em vista que são dotados de autonomia.

3. Dentre os critérios elencados pela jurisprudência dominante para a incidência do princípio da insignificância encontra-se a inexpressividade da lesão jurídica ocasionada pela conduta, parâmetro que pode variar a depender do sujeito passivo do crime.

4. Não havendo nos autos nenhuma comprovação de que o Estado de São Paulo tenha editado lei semelhante àquela que, com relação aos tributos de competência da União, deu origem ao entendimento jurisprudencial que se pretende ver aplicado ao caso em tela, afasta-se a alegada atipicidade material da conduta⁴⁵¹.

Para o autor, por fim, o limite máximo de tributo sonegado que dá ensejo ao benefício da absolvição ou trancamento da ação penal adotado para a União deveria valer para as demais unidades federativas⁴⁵².

5.2. Pierpaolo Cruz Bottini

O professor Pierpaolo Cruz Bottini aborda a problemática da dualidade de tratamento entre os indivíduos que praticam crimes patrimoniais e aqueles que praticaram crimes tributários ao encerrar seu brilhante artigo derivada da pesquisa empírica, por ele liderada, acerca do tema.

Para o autor, não há como negar a falta de substrato jurídico capaz de justificar a diferença entre os patamares de insignificância, a depender do tipo de crime praticado⁴⁵³.

Ademais, a problemática residira na errônea aplicação do princípio da insignificância, pelos tribunais superiores, uma vez que a jurisprudência brasileira mescla critérios subjetivos à mencionada causa excludente de tipicidade, alicerçada em premissas objetivas⁴⁵⁴.

⁴⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 180.993. Relator: Min. Jorge Mussi. Disponível em: <https://www2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=19242036&num_registro=201001421095&data=20111219&tipo=51&formato=PDF>

⁴⁵² GOMES, Luiz Flávio. Princípio da insignificância. crimes tributários. limite válido para todos os tributos (federal, estadual ou municipal) (?). , 2013. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121930379/principio-da-insignificancia-crimes-tributarios-limite-valido-para-todos-os-tributos-federal-estadual-ou-municipal>>. Acesso em: 02 jun. 2013.

⁴⁵³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz et al. A Confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: Análise estatística de julgados. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 98, n. , p.117-148, 2012.

⁴⁵⁴ Idem.

Por fim, sugere que todo o entendimento jurisprudencial seja reformado, para garantir maior científicidade à aplicação do Direito, como forma de potencializar a segurança jurídica nos casos concretos. Desta forma, o princípio da insignificância ficaria restrito aos delitos que acarretassem prejuízos ínfimos aos bens jurídicos tutelados pela norma. Por outro lado, o princípio da subsidiariedade garantiria a absolvição dos réus quando eventual processo administrativo ou mesmo judicial fosse afastado (crimes tributários) ou mesmo quando houvesse a reparação do dano, retornando a vítima ao *status quo ante* (crimes patrimoniais)⁴⁵⁵.

5.3. Minhas Conclusões

5.3.1. Pagamento como Causa de Extinção da Punibilidade

Sobre o tema da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, considero que este instituto é uma aberração jurídica e, portanto, deveria ser extirpada do ordenamento penal e tributário brasileiro.

O Direito Penal, pelo princípio da fragmentariedade, somente deve proteger os bens jurídicos mais relevantes existentes, sobretudo nas hipóteses em que a proteção conferida pelos demais ramos jurídicos seja insuficiente⁴⁵⁶.

Desta forma, se o legislador entende que a ordem tributária se estrutura como bem jurídico que merece a tutela penal, esta característica deverá apresentar perenidade. Carece de lógica que tutela à ordem tributária oscile, ficando condicionada ao pagamento do valor sonegado. Na hipótese de o réu não adimplir sua obrigação para com o Fisco, a ordem tributária mostra-se merecedora de tutela penal, exigindo-se que haja punição no caso concreto. Por outro lado, se o mesmo indivíduo, meses após o oferecimento da denúncia, decide-se pelo pagamento do tributo sonegado, a ordem tributária perde seu valor como bem jurídico penalmente tutelável, extinguindo-se a punibilidade do agente.

⁴⁵⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz et al. A Confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: Análise estatística de julgados. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 98, n. , p.117-148, 2012.

⁴⁵⁶ BELLO, Warley. Tratado dos Princípios Penais: Volume II: Princípios Constitucionais Implícitos. Florianópolis: Bookess Editora, 2012.

Esta mudança, ante a inexistência de justificativa plausível científicamente, mitiga o instituto do pagamento como causa de extinção da punibilidade, além de enfraquecer a necessidade de tutela penal da ordem tributária.

Se a Fazenda Nacional assumir que a única finalidade em se tipificar as condutas mais lesivas à organização tributária do Estado seja meramente arrecadatória, tal instituição que aprimore, via pressão legislativa, os instrumentos judiciais e extrajudiciais aptos para forçar o pagamento dos tributos inadimplidos.

Convém ressaltar, também, que a criminologia preceitua que o Direito Penal mostra-se mais eficiente como ameaça, ou seja, inibindo, por meio do temor da pena, a realização de determinadas condutas⁴⁵⁷.

Entretanto, a forma como poder legislativo estruturou o instituto do pagamento como causa extintiva de punibilidade elimina a atemorização causada pelo Direito Penal, haja vista que ele poderá ser efetuado a qualquer momento do processo. Assim, o indivíduo que sonega um tributo, se descoberto for, não precisará temer o inquérito policial, a denúncia oferecida pelo Procurador Federal, eventual sentença condenatória do juiz federal ou mesmo acórdãos condenatórios prolatados pelo Tribunal Regional Federal ou mesmo pelos tribunais superiores. Ao menor indício de que o réu será condenado de forma definitiva, bastará que ele pague o tributo, caso sua pena não esteja prescrita, para que todos os esforços das referidas autoridades mostrem-se desnecessários.

Nesta hipótese, o Direito Penal não atemoriza o sonegador e, além disso, acaba por estimulá-lo a reiterar nesta modalidade criminosa.

5.3.2. Princípio da Insignificância e Disparidades entre as Modalidades Delitivas Tratadas

Conforme mencionado no item 4.2.2.2, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu o valor máximo do bem subtraído, nos casos de furto, em R\$ 100,00 (cem reais), para que haja a aplicação do princípio da insignificância. Ademais, quando a *res* ultrapassa tal valor, sem superar a quantia correspondente a um

⁴⁵⁷ SHECAIRA, Sergio Salomão. Criminologia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

salário mínimo, e o réu seja primário, ele fará jus à causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 155, § 2º, do Código Penal.

Já nos crimes tributários, o artigo 18, § 1º, da lei 10.522, determina que os créditos tributários que apresentem valor inferior a R\$ 100,00 (cem reais) não sejam inscritos em dívida ativa. Na prática, tais dívidas são perdoadas. Este valor mínimo equivale ao patamar estabelecido pelo Superior Tribunal de Justiça para a aplicação do princípio da insignificância nos delitos patrimoniais. Assim, esta quantia também deveria balizar a aplicação da referida causa excludente de tipicidade nos crimes tributários.

Entendo que o legislador tributário, ao editar o artigo 18, § 1º, da lei 10.522, positivou, ainda que indiretamente, o princípio da insignificância nos delitos tributários, uma vez que uma sonegação de R\$ 80,00 (oitenta reais), apesar de formalmente caracterizar uma conduta típica, não apresenta o aspecto material da tipicidade, em razão do mandamento legal de não se inscrever o débito em dívida ativa.

Considero, também, que em razão da analogia em *bonam partem* do artigo 155, § 2º, do Código Penal, os indivíduos que praticassem crimes tributários, desde que fossem primários e que causassem prejuízo aos cofres públicos compreendido entre R\$ 100 (cem reais) e um salário mínimo poderiam se beneficiar da substituição da pena de reclusão por detenção, diminui-la de um a dois terços ou ter pena substituída por multa.

Havendo a devida persecução penal para os crimes tributários, quando o valor desviado da Fazenda Nacional for superior a R\$ 100,00 (cem reais) torna equivalente o regime jurídico penal entre os crimes tributários que lesem o Fisco Federal, aqueles que lesam as Fazendas Estaduais e Municipais, bem como aqueles que cometem crimes patrimoniais comuns.

Outro aspecto dos crimes tributários que me provoca estranheza é condicionar, ao ajuizamento da execução fiscal, o próprio interesse da Fazenda Nacional em reaver seu crédito, além da legitimidade para a persecução penal aos indivíduos.

Para mim, isto ocorre em razão da falta de atualização dos juízes e da doutrina com os institutos do Direito Tributário. A execução fiscal não é a única forma de que o Fisco dispõe para cobrar uma dívida. Como visto no item 4.3.5.2, desta monografia, as Fazendas Públicas passaram a protestar extrajudicialmente

as certidões de dívida ativa de pequeno valor, instrumento barato e que pressiona o contribuinte inadimplente a quitar seu saldo devedor.

Desta forma, se o Fisco protestou a certidão de dívida ativa extrajudicialmente, qual a necessidade de se promover o a execução fiscal? Corroborando o exposto, mencionamos, no item 3.5.4, que esta ação é custosa e apresenta efetividade na ordem de 30%, ou seja, de cada dez dívidas cobradas judicialmente, apenas três tem o condão reaver o valor pretendido originalmente. Assim, havendo o protesto extrajudicial da certidão de dívida ativa, permitida estará o exercício do *ius puniendi estatal*.

Vale ressaltar, também, que o condicionamento do Direito Penal à cobrança judicial, cível ou fiscal, por parte da vítima, do valor do dano provocado pelo crime não encontra precedentes nos crimes patrimoniais comuns. Jamais um magistrado, ao julgar um furto ou um estelionato, questionou se a vítima estava processando civilmente o autor do delito, pleiteando reaver a quantia ou bem por ela perdidos. O ajuizamento da execução fiscal ou o protesto extrajudicial das certidões de dívidas ativas caracterizam, meramente, os reflexos cíveis da conduta de sonegar tributos ou cometer crime de descaminho. Os reflexos penais das referidas condutas deveriam ser independentes, uma vez que, sendo os crimes patrimoniais e os crimes tributários semelhantes, não faz sentido que os regimes jurídicos atuais para ambos seja tão distinto.

A jurisprudência pátria considera que a Fazenda Nacional não apresenta interesse no crédito fiscal caso não promova a execução fiscal. Entretanto, novamente há um problema relativo ao Direito Tributário. O interesse do Fisco para com o crédito tributário é verificado com o ato de inscrição em dívida ativa, por meio do qual será possível tanto o protesto extrajudicial, quanto o ajuizamento da própria execução fiscal. Tanto que, nas dívidas inferiores a R\$ 100,00 (cem reais), a própria inscrição em dívida ativa é dispensada. Destaco, ainda, que a execução fiscal ou o protesto extrajudicial da certidão de dívida ativa configuram mero encerramento do procedimento administrativo que se iniciou com a inscrição do crédito tributário em dívida ativa. A partir da inscrição, o Fisco promoverá a cobrança da forma que julgar melhor, não cabendo ao juízo criminal imiscuir-se neste assunto.

5.3.3. Generalidades

Ressalto, ainda, que o objetivo central da minha tese não é a aplicação da pena privativa de liberdade aos criminosos que cometem crimes tributários ou que praticam pequenos crimes patrimoniais e são primários e gozam de bons antecedentes.

Novamente a criminologia alerta dos males que cárcere traz para os indivíduos, haja vista que as penitenciárias brasileiras estão funcionando como verdadeiras escolas da criminalidade, na qual pequenos furtadores deixam o presídio e passam a praticar delitos mais graves, como o roubo ou sequestros⁴⁵⁸.

O objetivo central da presente monografia é que haja a aplicação de uma pena que, além de atemorizar tais criminosos, também incutam o comportamento neles próprios e em toda a sociedade, de modo a coibir a prática de delitos semelhantes.

Considero, para tanto, que a aplicação de pena restritiva de direitos, corretamente fiscalizada em sua execução, a melhor maneira para frear os crimes contra a ordem tributária. Penas como multas elevadas (artigo 49, do Código Penal), prestação pecuniária em favor do Fisco (artigo 43, inciso I, do Código Penal) ou mesmo perda de bens e valores (artigo 43, inciso II, do Código Penal), combinadas com pena de prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas (artigo 43, inciso IV, do Código Penal), interdição temporária de direitos (artigo 43, inciso V, do Código Penal) ou limitação de final de semana (artigo 43, inciso VI, do Código Penal) incomodariam os réus a elas submetidas, além de demonstrar, para eles, o poder do Estado e o temor que o Direito Penal deve causar neles próprios, bem como em outros que desejam praticar tais delitos, reduzindo a atual sensação de impunidade existente nos crimes tributários.

Entretanto, um alerta se faz necessário: os crimes tributários previstos no artigo 1º, da lei 8137, de 1990, apresentam pena máxima de cinco anos, fato que inviabiliza a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Desta forma, seria necessário inserir um parágrafo neste dispositivo permitindo tal substituição. Tal previsão, sendo mais benéfica para réu e prevista

⁴⁵⁸ FARIAS JÚNIOR, João. Manual de Criminologia. Curitiba: Juruá, 1996.

em legislação especial, prevaleceria quando confrontada com o Código Penal. Já para os crimes contra a ordem tributária previstos nos artigos 2º e 3º, da lei 8137, bem como no delito de descaminho, a referida substituição é perfeitamente cabível, pois a pena máxima de tais delitos é de quatro anos.

Por fim, gostaria de reforçar que a atual sistemática dos crimes tributários faz com que indivíduos que soneguem ou pratiquem descaminho de valores até R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) sequer recebam pena, de acordo com o Supremo Tribunal Federal. Ademais, quando este valor é superado, havendo início da ação penal, o réu, no exercício do seu direito de defesa, poderá recorrer até que seu processo seja analisado pela Corte Constitucional. Caso perceba a existência de risco real de ser condenado, caso a pena ainda não tenha prescrevido, bastará o pagamento para que todos os esforços até então despendidos desapareça. O objetivo da presente tese é reunir arcabouço teórico sobre o tema, de modo a tentar mudar o quadro atual, no qual o Estado, auxiliado pelo Poder Judiciário, simplesmente avisa aos indivíduos: “soneguem, pois o risco vale a pena”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A PROPORCIONALIDADE COMO PRINCÍPIO JURÍDICO PENAL. Intérpretes: GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2004. Color.

ACKEL FILHO, Diomar. O princípio da insignificância no direito penal. Revista de Jurisprudências do Tribunal de Alçada de São Paulo. São Paulo: TJSP, v. 94, 1988.

ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário Esquematizado. 5. ed. São Paulo: Editora Gen, 2011

ALMEIDA, Amador Paes de. Teoria e prática dos títulos de crédito. São Paulo: Saraiva, 2011.

ALMEIDA, Débora de Souza de. A Teoria do Garantismo Penal em Questão: o Olhar Anti-Inquisitorial da Axiologia de Luigi Ferrajoli. Revista Síntese: Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 11, n. 64, p.123-137, nov. 2010.

AMORIN, Pierre Souto Maior Coutinho de. Seletividade da norma penal e o uso indevido do princípio da insignificância. In: BASTOS, Marcelo Lessa. Tributo a afrânio silva jardim: escritos e estudos. São Paulo: Lumen Juris, 2011.

ARRUDA, Élcio. Insignificância: um princípio nada insignificante. Boletim do Instituto Brasileiro de Criminalística, São Paulo, v. 17, n. 202, p.12-13, 2005.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. Introdução à História do Direito. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei nº 8.069/1990. 8. ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2014

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. 7. ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2013.

BELLO, Warley. Tratado dos Princípios Penais: Volume II: Princípios Constitucionais Implícitos. Florianópolis: Bookess Editora, 2012.

BRANDÃO, Cláudio. Ontologia da ação penal. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, ano 35, n. 140. P. 237-243, 1998

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, DF. 5 de out.. de 1988. Seção 1. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucional/constitucional.htm>. Acesso em: jun. 2014.

BRASIL. Decreto-lei nº 157, de 10 de fevereiro de 1967. Concede estímulos fiscais à capitalização das empresas; reforça os incentivos à compra de ações; facilita o pagamento de débitos fiscais. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0157.htm>.

BRASIL. Decreto-lei nº 1.101, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm>.

BRASIL. Decreto-lei nº 1.060, de 21 de outubro de 1969. Dispõe sobre a declaração de bens, dinheiros ou valões, existentes no estrangeiro, a prisão administrativa e o seqüestro de bens por infrações fiscais e dá outras providências.. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del1060.htm>.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.878, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União.** Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.

BRASIL. Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965. Define o crime de sonegação fiscal e dá outras providências.. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4729.htm>.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm> Acesso em: 20/08/14

BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm>.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>

BRASIL. Lei nº 11.033, de 11 de dezembro de 2004. Altera a tributação do mercado financeiro e de capitais; institui o Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/leis/2004/lei11033.htm>>.

BRASIL. Portaria nº 49, Ministério da Fazenda, de 01 de abril de 2004. Estabelece limites de valor para a inscrição de débitos fiscais na Dívida Ativa da União e para o ajuizamento das execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Portarias/2004/MinisteriodaFazenda/portmf049.htm>>.

BRASIL. SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS. . O princípio da insignificância nos crimes contra o patrimônio e contra a ordem econômica: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: A, 2011.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. 5^a T. Habeas Corpus 70.599/SP. Relatora: Min. Jane Silva (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG). J. em 25/09/2007, DJ 15/10/2007 p. 311

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5^a T. Habeas corpus 139.874. Relator: Min. Laurita Vaz. J. 31 de março de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=200901204941&aplicacao=processos.ea>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6^a T. Habeas corpus 119.817. Relator: Des. Celso Limongi. J. 23 de outubro de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=200802442760&aplicacao=processos.ea>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6^a T. Habeas Corpus 132.42. Relator: Min. Rogerio Schieti Cruz. J. 18 de junho de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=36150704&sReg=200900571512&sData=20140804&sTipo=41&formato=PDF>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 7^a T. Habeas Corpus 29.421. Relator: Min. Gilson Dipp. J. 01 de abril de 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1176136&num_registro=200301295526&data=20040517&tipo=5&formato=PDF>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental em agravo em recurso especial 331.852. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. J. 18 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33577224&num_registro=201301457946&data=20140218&tipo=5&formato=PDF>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 180.993. Relator: Min. Jorge Mussi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=19242036&num_registro=201001421095&data=20111219&tipo=51&formato=PDF>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 246.602. Relator: Min. Gilson DiPp. J. 29 de outubro de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=151573&num_registro=200000076228&data=20011029&formato=PDF>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 685.135. Relator: Min. Felix Fischer. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=151573&num_registro=200000076228&data=20011029&formato=PDF>

[>](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequecial=1674532&num_registro=200400635817&data=20050502&tipo=51&formato=PDF)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Pleno. Recurso especial 984.519. Relator: Min. Félix Fischer. J. 06 de setembro de 2007. Disponível em: <[>](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequecial=6883705&num_registro=200702104866&data=20100426&tipo=91&formato=PDF)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1^a T. Habeas corpus 81.734-3. Relator: Min. Sydney Sanches. J. 26 de março de 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78840>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1^a T. Habeas Corpus 85.661. Relator: Min. Marco Aurélio. J. 03 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=502968>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1^a T. Habeas Corpus 108.884. Relatoria: Min. Rosa Weber. J. 12 de junho de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2226333>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1^a T. Habeas Corpus 118.858. Relator: Min. Luis Fux. J. 03 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5059281>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1^a T. Habeas Corpus 120.617. Relator: Min. Rosa Weber. J. 04 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5305993>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1^a T. Recurso ordinário em Habeas Corpus 117.807. Relatoria: Min. Rosa Weber. J. 25 de junho de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4317326>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2^º T. Habeas corpus 66.869-1. Relator: Min. Aldir Passarinho. J. 06 de dezembro de 1988. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102215>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2^a T. Habeas Corpus 74.754. Relator: Min. Néri da Silveira. J. 04 de março de 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75472>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2^º T. Habeas corpus 77.003-4. Relator: Min. Marco Aurélio. J. 16 de junho de 1998. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=77031>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2^a T. Habeas corpus 84.412-0. Relator: Min. Celso de Mello. J. 19 de outubro de 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79595>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2^a T. Habeas Corpus 92.438-7. Relator: Min. Joaquim Barbosa. J. 19 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570165>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2^a T. Habeas corpus 95.174-1. Relator: Min. Eros Grau. J. 09 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=582706>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2^a T. Habeas Corpus 108.872. Relator: Min. Gilmar Mendes. J. 06 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1467205>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2^a T. Recurso Extraordinário 514.531-0. Relator: Min. Joaquim Barbosa. J. 21 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=579711>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2^a T. Recurso ordinário em Habeas Corpus 115.226. Relatora: Min. Cármem Lúcia. J. 14 de maio de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4893880>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Repercussão geral em agravo de instrumento 745.522-0. Relator: Min. Cezar Peluso. J. 27 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603256>>

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 14.^a Câmara Criminal. Apelação Criminal 990.08.089790-0. Relator: Des. Fernando Torres Garcia. J. 05 de março de 2009.

BREDA, Felippe Alexandre Ramos. Crimes tributários e questões pontuais : o processo fiscal como condição de procedibilidade à ação penal-tributária, o princípio da absorção e a extinção da punibilidade pelo pagamento. Revista Dialética de Direito Tributário, n. 201, p.63-69, 2012

BUONICORE, Bruno Tadeu. Crimes tributários e criminologia : uma análise da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo. Revista síntese de direito penal e processual penal. 2012.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. O mito da não existência de previsão legal do princípio da insignificância no Brasil. Boletim do Instituto Brasileiro de Criminalística, São Paulo, v. 21, n. 251, p.16-17, 2013.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: Parte Geral - Volume 1. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011

CAROLLO, João Carlos. Garantismo Penal. A: Editora Juruá, 2013.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. Aplicação da Pena e Garantismo. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 23. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

CONSUL, Julio Cesar Dal Paz. Prescrição administrativo disciplinar militar. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 48, dez 2007. Disponível em: <http://www.ambitodireito.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2441>. acesso em junho 2014.

CONSULTOR JURÍDICO. Insignificância não vale para contrabando de cigarro. , 2014. Disponível em: <<http://http://www.conjur.com.br/2014-abr-30/princípio-insignificancia-nao-vale-contrabando-cigarro-stf>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

COSTA, Priscyla. Doméstica foi condenada por roubo de manteiga, não furto. 2006. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-dez-09/domestica_foi_condenada_roubo_manteiga_nao_furto>. Acesso em: 10 nov. 2006.

CREPALDI, Silvio Aparecido. A regra matriz de incidência tributária. Disponível em: <http://www.ambitodireito.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6619>. Acesso em: 01 ago. 2014.

DALBORA, José Luis Guzmán. La insignificância: especificación y reducción valorativas em el ámbito de lo injusto típico. Revista brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, ano 4, n. 14, 1996.

DELMANTO, Celso et al. Código Penal Comentado. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

DIZER O DIREITO. Para o stj, é possível o protesto da certidão de dívida ativa (cda)?., 2014. Disponível em: <<http://http://www.dizerodireito.com.br/2014/01/para-o-stj-e-possivel-o-protesto-da.html>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

DIZER O DIREITO. Qual é o valor máximo considerado insignificante no caso de crimes tributários?. , 2014. Disponível em: <<http://http://www.dizerodireito.com.br/2014/03/qual-e-o-valor-maximo-considerado.html>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

DORIGO, Gianpaolo; MARONE, Gilberto Tibério. **História Geral**. 3ª Ed. São Paulo: Anglo, 2007.

ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA (Inglaterra). O CÓDIGO DE HAMURABI. Disponível em: <<http://www.angelfire.com/me/babiloniabrasil/hamur.html>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

FARIAS JÚNIOR, João. Manual de Criminologia. Curitiba: Juruá, 1996.

FRANÇA, Genival Veloso de. Medicina Legal. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Gen, 2011.

FORGIONI, Paula. A Evolução do Direito Comercial Brasileiro - da Mercancia Ao Mercado. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

Gestão e jurisdição : o caso da execução fiscal da União / Organizadores: Alexandre dos Santos Cunha, Paulo Eduardo Alves da Silva. – Brasília : Ipea, 2013. v. 9 (297 p.) : gráfs., tabs. - (Diálogos para o Desenvolvimento ; 9).

GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. Populismo Penal Midiático – Caso Mensalão, Mídia Disruptiva e Direito Penal Crítico. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

GOMES, Luiz Flávio; INFANTE, Christiane de O. Parisi. "Réu reincidente e princípio da insignificância: âmbito de (in)aplicabilidade". Disponível em <http://www.lfg.com.br> Acesso em: 24 de novembro de 2010.

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da insignificância. crimes tributários. limite válido para todos os tributos (federal, estadual ou municipal) (?). , 2013. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121930379/principio-da-insignificancia-crimes-tributarios-limite-valido-para-todos-os-tributos-federal-estadual-ou-municipal>>. Acesso em: 02 jun. 2013.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Dignidade humana, princípio da proporcionalidade e teoria dos direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge. Tratado Luso-brasileiro da Dignidade Humana. 2. ed. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2010. p. 305-319.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). Dos direitos humanos aos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 11-29.

HUGO, Victor. Os Miseráveis. São Paulo: Editora Fdt, 2002.

HUMPHREYS, Chris. Vlad: A Última Confissão. Rio de Janeiro: Editora Record, 2010.

(IPEA), Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal. Brasília: 2011.

JÚNIOR, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro Rocha. Uma análise da aplicação do princípio da insignificância nos crimes de furto: os critérios utilizados pelos tribunais superiores nos anos de 2010 e 2011. In: SANTOS, Juarez Cirino Dos. Estudos críticos sobre o sistema penal. São Paulo: Ledze, 2012.

LABORATÓRIO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - RIBEIRÃO PRETO, 2014, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - Universidade de São Paulo. Palestra ministrada pelo Prof. Dr. Guilherme Adolfo dos Santos Mendes. 2014.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O Direito na História. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da lei 9.099/95. São Paulo: RT, 1997.

LOSANO, Mario. Os grandes sistemas jurídicos. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

LUISI, Luiz. O princípio da insignificância e o pretório excuso. Boletim do Instituto Brasileiro de Criminalística, São Paulo, v. 6, n. 63, p.227-227, 1998.

LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: Entre aceitação ampla e aplicação problemática. Revista Direito Gv, São Paulo, v. 8, n. 1, p.203-233, 2012.

MACHADO, Hugo de Brito. A extinção da punibilidade pelo pagamento nos crimes tributários e a lei nº 12.382/2011. Revista dialética de direito tributário. A, 01 jan. 2012.

MACHADO, Vitor Gonçalves. Análise atual sobre a aplicação do princípio da insignificância nos tribunais superiores brasileiros : o que é e o que não é atualmente insignificante para o superior tribunal de justiça e o supremo tribunal federal. , 2011. Disponível em: <<http://http://201.23.85.222/biblioteca/>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

MAGNO, Alexandre Fernandes. A subsidiariedade como baliza para a insignificância. Boletim do instituto de ciências penais. São Paulo, 2005.

MAGRO, Carlos Eduardo Pellegrini. Aplicação do princípio da bagatela nos crimes econômicos. Revista criminal. São Paulo, 20 ago. 2008.

MARANHÃO, Odon Ramos. Curso Básico de Medicina Legal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MARTHA RABELO, Graziele. O princípio da proporcionalidade no Direito Penal. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 71, dez 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6990>. Acesso em maio, 2014.

MELO, Ricardo Galvão de. A idéia de proporcionalidade penal na transição para o estado liberal burguês. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, n. 40, p.239-252, ago. 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. Manual de Direito Penal I: Parte Geral - Arts. 1º a 120 do CP. 25. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. Manual de Direito Penal II: Parte Especial - Arts. 121 a 234 do CP. 26. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

MORAES, Jorge Luiz dos Santos. Princípio da insignificância. In: FAYET JÚNIOR, Ney. A sociedade, a violência e o direito penal. A: Livraria do Advogado, 2000. p. 105-119.

MULLER, Elizabeth. Vlad The Impaler: Brief History. Disponível em: <<http://www.ucs.mun.ca/~emiller/vlad.html>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

NOGUEIRA, Carolina Vilela de Faria Alves. A aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes de roubo. Boletim do Instituto Brasileiro de Criminalística, São Paulo, v. 7, n. 96, p.4-6, 2009.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Curso de Direito Tributário. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

NORONHA, E. Magalhães. Direito penal. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 1978. v.1.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, 4^a edição. São Paulo: RT, 2009.

OLIVEIRA, Luiz Renato Pacheco Chaves de. Reflexões sobre os crimes tributários. Revista brasileira de ciências criminais. A, 01 jan. 2010.

OLIVEIRA, Rodrigo Szuecs de. A cronologia da extinção da punibilidade nos crimes tributários e previdenciários.

PALIERO, Carlo Enrico. Note sulla disciplina dei reati bagatellari. Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Milão: Dott. A. Giuffré Editore, ano XXII, fasc. 3. P. 920-991, 1979.

PASCAL, Blaise. Pensamentos: Elibris, 2002. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLiberis/pascal.html>>. Acesso em: 08 maio 2014.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. A objetividade do princípio da insignificância. Boletim do Instituto Brasileiro de Criminalística, São Paulo, v. 9, n. 109, p.11-13, 2001.

PORTAL TRIBUTÁRIO. Refis - programas de parcelamentos de débitos tributários federais. , 2014. Disponível em: <<http://www.portaltributario.com.br/guia/refis.html>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Econômico. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

RECORD, Rede. Frases de Terêncio. Disponível em: <<http://kdfrases.com/frase/117372>>. Acesso em: 30 maio 2014.

REDAÇÃO DO SITE WWW.G1.GLOBO.COM. DOMÉSTICA É CONDENADA A 4 ANOS DE PRISÃO POR FURTO DE MANTEIGA. 2006. Disponível em:

<<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,AA1377229-5598,00.html>>. Acesso em: 06 dez. 2006.

REDAÇÃO DO SITE WWW.TERRA.COM.BR. Mulher que roubou pote de manteiga é condenada. 2006. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI1288126-EI5030,00-SP+mulher+que+roubou+pote+de+manteiga+e+condenada.html>>. Acesso em: 07 dez. 2006.

REALE JÚNIOR, Miguel. Teoria do delito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ROCHA JÚNIOR, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. Uma análise da aplicação do princípio da insignificância nos crimes de furto: os critérios utilizados pelos tribunais superiores nos anos de 2010 e 2011. Estudos Críticos Sobre O Sistema Penal, v. , n. , p.1057-1068, 2012.

RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio da insignificância. Fascículos de Ciências Penais. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, ano 3, v. 3, b. 1, p. 36-50, 1990.

SANTOS, Lycurgo de Castro. Princípio da intervenção mínima do direito penal e crimes de menor potencial ofensivo – Lei 9.099/95. Revista Justiça e Democracia. São Paulo: RT, n.1, p. 198-206, 1996.

SÃO PAULO. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. . Constituição dos Estados Unidos da América - 1787. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>>. Acesso em: 09 ago. 2014.

SÃO PAULO. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. . Declaração de direitos do homem e do cidadão - 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 09 ago. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais. o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. Boletim da faculdade de direito. 2005.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. Processo Tributário. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

SHECAIRA, Sergio Salomão. Criminologia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da; MELO, Ana Carolina Carvalho de; FERREIRA, Luíza dos Passos. O princípio da insignificância e os critérios jurisprudenciais de sua aplicação. Boletim do Instituto Brasileiro de Criminalística, São Paulo, v. 22, n. 261, p.7-8, 2014.

SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da Insignificância no Direito Penal. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

SILVA, Plácido e. Vocabulário Jurídico. 28. ed. Rio de Janeiro: Editora Gen, 2010.

SOUZA, Alexandra Carolina Pérez. A extinção da punibilidade nos delitos tributários: uma proteção deficiente da ordem tributária. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10786>. Acesso em set 2014.

SOUZA, Fernando Antônio C. Alves de. Princípio da Insignificância: os vetores (critérios) estabelecidos pelo STF para a aplicação na visão de Claus Roxin. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, São Paulo, v. , n. 31, p.23-27, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. Do garantismo negativo ao garantismo positivo: a dupla face do princípio da proporcionalidade. Juris Poiesis, Rio de Janeiro, v. 8, n. 7, p.225-256, 2005.

TICAMI, Danilo. Breves delineamentos acerca do garantismo penal. In: BRITO, Alexis Couto de; SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo (Org.). Caderno de ciências penais: reflexões sobre as escolas e os movimentos político-criminais. São Paulo: Editora Plêiade, 2012. p. 183-222.

UZANELLO, Graziele Mariete. O protesto extrajudicial da certidão de dívida ativa da União e a mudança de entendimento do STJ. (atualizado até 12/2013). Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3871, 5 fev. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26641>>. Acesso em: 6 set. 2014.

VILARDI, Celso Sanchez. A extinção da punibilidade nos crimes tributários. Revista do advogado. 2007.