



FELIPE JACOBBER WERLANG

**PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: UMA ANÁLISE DA
JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES ACERCA DOS
CRIMES DE FURTO E DESCAMINHO**

**LAVRAS-MG
2017**

FELIPE JACOB WERLANG

**PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DOS
TRIBUNAIS SUPERIORES ACERCA DOS CRIMES DE FURTO E DESCAMINHO**

Monografia apresentada à Universidade Federal de
Lavras, como parte das exigências do Curso de
Direito, para a obtenção do título de Bacharel.

Prof. Me. Leonardo Gomes Penteado Rosa
Orientador

**LAVRAS-MG
2017**

FELIPE JACOBER WERLANG

**PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DOS
TRIBUNAIS SUPERIORES ACERCA DOS CRIMES DE FURTO E DESCAMINHO**

**PRINCIPLE OF INSIGNIFICANCE: AN ANALYSIS OF THE JURISPRUDENCE OF THE
SUPERIOR COURTS ABOUT THE CRIMES OF THEFT AND MISCONDUCT**

Monografia apresentada à Universidade Federal de
Lavras, como parte das exigências do Curso de
Direito, para a obtenção do título de Bacharel.

APROVADO em de agosto de 2017.
Dra. Juraciara Viera Cardoso UFLA
Me. Leonardo Gomes Penteado Rosa UFLA

Prof. Me. Leonardo Gomes Penteado Rosa
Orientador

**LAVRAS-MG
2017**

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus, por tudo que há de bom ao meu redor, bem como pela força e coragem que Ele me confere para superar os diversos obstáculos que aparecem no decorrer da vida.

À minha família, pela criação orientada a diversos valores que hoje me guiam em todas as tomadas de decisões.

Aos meus amigos e colegas do Ministério Público de Lavras pela participação no meu crescimento pessoal.

Aos docentes e demais servidores públicos da Universidade Federal de Lavras, instituição de ensino da qual tenho orgulho em ter feito parte.

RESUMO

Este artigo científico partiu da hipótese de que existe uma incoerência no reconhecimento do princípio da insignificância no que concerne aos crimes de furto e de descaminho. Desta forma, parto de uma análise da teoria do direito proposta por Ronald Dworkin para retomar o significado dos princípios no ordenamento jurídico, bem como sua ideia de interpretação e concepção de direito como integridade para, ao final concluir se a hipótese da incoerência se confirma.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da insignificância; furto; descaminho; teoria do direito.

ABSTRACT

This scientific article started from the hypothesis that there is an inconsistency about the recognition of the principle of insignificance to crimes of theft and misconduct. In this way, I start from an analysis of the theory of law proposed by Ronald Dworkin to retake the meaning of the principles, as well as his idea of interpretation and conception of law as integrity, in order to conclude if the hypothesis of incoherence is confirmed.

KEY-WORDS: Principle of insignificance; theft; misconduct; theory of law.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	08
I - O direito e os princípios.....	08
II - Divergências quanto ao reconhecimento da insignificância.....	11
2. OS PRINCÍPIOS, A INTERPRETAÇÃO E A INTEGRIDADE	16
I - A teoria de Ronald Dworkin acerca dos princípios.....	16
II - A teoria de Ronald Dworkin acerca da interpretação construtiva.....	18
III- A teoria de Ronald Dworkin acerca da integridade no direito.....	22
3. O FURTO, O DESCAMINHO E A COMPREENSÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES	23
I - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	23
II - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.....	25
4. PROPOSTAS PARA UMA NOVA INTERPRETAÇÃO	30
I - Os Tribunais Superiores, a interpretação construtiva e a integridade.....	30
II - O que exige a integridade?.....	34
III - A alteração de uma interpretação, a integridade e o aspecto temporal.....	35
5. CONCLUSÃO	37
REFERÊNCIAS	38

1. INTRODUÇÃO

I - O direito e os princípios

O direito é um fenômeno inerente à nossa sociedade. Entretanto, as noções de direito têm se diversificado cada vez mais, não havendo, ainda hoje, um consenso quanto aos fundamentos e conteúdo do direito, embora nossas vidas estejam sempre permeadas por ele de maneira mais ou menos intensa. No Brasil, mormente após o movimento neoconstitucionalista¹, podemos afirmar que há grande consenso quanto ao fato de que as proposições jurídicas positivadas não encerram o direito, havendo ao lado destas proposições os chamados *princípios*, os quais não estão necessariamente positivados de maneira explícita, mas que também são normas, ou seja, são mandamentos que prescrevem um dever-ser. De uma análise perfunctória em nossa Constituição Federal de 1988 percebe-se a presença deste elemento² enquanto parte do conteúdo do direito. A doutrina e jurisprudência predominantes também convergem no sentido de que existem categorias dogmáticas por eles chamadas de princípios que influenciam os mais diversos ramos do direito.³

¹ Em verdade, há diversas teorias neoconstitucionalistas. No entanto, há diversos pontos de convergência mesmo entre os adeptos de concepções diferentes acerca do neoconstitucionalismo. Neste sentido, o neoconstitucionalismo pode, em alguma medida, ser caracterizado pela força normativa do texto constitucional, bem como pela relação que as normas passam a ter com a moralidade, e não mais exclusivamente com a legalidade. Ver mais em: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional** - 9ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

² Vide Art. 37 da Constituição Federal: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

³ Neste sentido, existem vários casos em que nossos tribunais invocam o princípio da proporcionalidade para decidir diversos tipos de casos, embora tal princípio não esteja positivado expressamente em nossas leis ou mesmo na Constituição Federal. Veja-se: EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ART. 20, LEI 8.212/91. SISTEMÁTICA DE CÁLCULO. EXPRESSÃO DE FORMA NÃO CUMULATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. JUIZADO ESPECIAL. A matéria envolvendo a constitucionalidade da expressão de forma não cumulativa constante no caput do art. 20 da Lei nº 8.212/91, o qual prevê a sistemática de cálculo da contribuição previdenciária devida pelo segurado empregado e pelo trabalhador avulso, possui viés constitucional e repercussão geral, pois concerne a afronta aos princípios da capacidade contributiva, da proporcionalidade e da isonomia. (STF, RE 852796 RG, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 14/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-202 DIVULG 07-10-2015 PUBLIC 08-10-2015). No mesmo sentido, há diversos outros julgados do Supremo Tribunal Federal: HC 141292 / SP;

No chamado ramo criminal do direito, fortemente caracterizado pela restrição da liberdade das pessoas, existem diversos princípios que limitam a pretensão punitiva estatal. Neste sentido, os manuais de direito penal são uníssomos quanto à existência, por exemplo, do princípio da intervenção. Acerca deste princípio, Rogério Greco aduz que:

o princípio da intervenção mínima, ou *ultima ratio*, é o responsável não só pela indicação dos bens de maior relevo que merecem a especial atenção do Direito Penal, mas se presta, também, a fazer com que ocorra a chama descriminalização.⁴

Com base no princípio da intervenção mínima, a escolha dos bens jurídicos tutelados pelo direito penal, por parte do legislador, não pode ser feita sem parcimônia, de modo que a tutela penal deve recair sobre os bens jurídicos mais importantes para o convívio em sociedade. Além do critério de importância, a tutela penal deve ser chamada apenas quando os outros ramos do direito se mostrarem, de alguma forma, insuficientes. Pode-se dizer, a título de exemplo, que a tutela penal que recai sobre a vida se justifica na medida em que se entende que a tutela da indenização por responsabilidade civil não garantiria de maneira adequada a manutenção deste bem. Assim, embora a tutela penal se remeta, em um primeiro momento, a uma escolha política, Rogério Greco, com base em André Copetti, afirma que um dos elementos a ser considerados pelo legislador na escolha dos bens jurídicos tutelados pela norma penal se encontra no texto constitucional:

É nos meandros da Constituição Federal, documento onde estão plasmados os princípios fundamentais de nosso Estado, que deve transitar o legislador penal para definir legislativamente os delitos, se não quer violar a coerência de todo o sistema político-jurídico, pois é inconcebível compreender-se o direito penal, manifestação estatal mais violenta e repressora do Estado, distanciado dos pressupostos éticos, sociais, econômicos e políticos constituintes de nossa sociedade.⁵

No entanto, mesmo considerando os limites impostos ao legislador na definição dos crimes e cominação de suas respectivas penas, a realidade nos mostra que os magistrados, diante de um caso concreto, devem levar em conta o dano efetivamente causado por uma conduta, a fim de que a norma penal não se transforme em uma sanção exacerbada. Assim, mesmo não havendo expressa previsão em nossa legislação ordinária e nem mesmo em nosso texto constitucional, a

⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 97

⁵ COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito**. p -137-138 *Apud*: GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 97

doutrina e a jurisprudência reconhecem a existência do chamado princípio da insignificância, o qual tem atuação específica no ramo do direito penal substantivo. Em suma, este princípio exige que o dano causado a um bem jurídico tutelado pela norma penal deve ser significativo, sob pena de afastamento da tipicidade material de um fato previsto em lei como crime. Vale lembrar que o conceito analítico de crime envolve tem por pressuposto um fato típico. Tal elemento é composto por: i) conduta dolosa ou culposa; ii) resultado; iii) nexos de causalidade; iv) tipicidade formal e material. A tipicidade material, entendida como a efetiva lesão ou ameaça de lesão a um bem jurídica é que se relaciona com o princípio da insignificância, de tal maneira que, em sendo insignificante a lesão ou ameaça de lesão, não há tipicidade e material, e conseqüentemente não há fato típico e muito menos a configuração de um crime. Vejamos o entendimento do penalista Cezar Roberto Bitencourt:

É imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Amíúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado⁶

Nosso Supremo Tribunal Federal já se manifestou diversas vezes acerca deste princípio, asseverando que seu reconhecimento depende de quatro requisitos, a saber:

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO - CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE - "RES FURTIVA" NO VALOR DE R\$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOUTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF - PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a

⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. – **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 17ª. ed. São Paulo : Saraiva, 2012.

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 Público.⁷

II - Divergências quanto ao reconhecimento da insignificância

Em que pese o esforço argumentativo despendido pela nossa Suprema Corte no sentido de conferir parâmetros para o reconhecimento do princípio da insignificância, certamente há alguma dificuldade em se determinar o grau de ofensividade de uma conduta, o grau de periculosidade social da ação e da reprovabilidade do comportamento do agente, e também ao grau da expressividade da lesão provocada ao bem jurídico tutelado. Em face destas dificuldades, em crimes patrimoniais, como o crime de furto, tipificado no art. 155 do Código Penal como a subtração de coisa alheia móvel, é corriqueira a aferição do grau do dano sofrido pela vítima com base no salário mínimo vigente:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO QUALIFICADO DE CHEQUE PREENCHIDO NO VALOR DE R\$ 400,00. APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: INVIABILIDADE. ALTO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA. ORDEM DENEGADA. 1. 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. 2. O princípio da insignificância reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato na seara penal, apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma penal. 3. 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. **4. Nas circunstâncias do caso, o fato não é penalmente irrelevante do ponto de vista social, pois, além do cheque subtraído ter sido preenchido e sacado no valor de R\$ 400,00, o que se aproxima do valor do salário mínimo da época em que se deram os fatos, a jurisprudência deste Supremo Tribunal é firme no sentido de que o cheque furtado e preenchido com valor superior a um décimo do mais alto salário mínimo do país não enseja**

⁷ STF HC 84412-SP, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 19/10/2004

adoção do princípio da insignificância. Precedentes. 5. Habeas corpus denegado⁸

Impende destacar ainda que existe uma discussão doutrinária acerca dos sujeitos protegidos pela norma penal referente ao furto no que tange à proteção do patrimônio. Tal discussão cinge-se a saber se o bem protegido se remete apenas ao proprietário do bem, ou se esta proteção é estendida àquele que detém apenas a posse. Para Bitencourt, a norma que proíbe o furto tutela tanto o proprietário como o possuidor do bem móvel:

"Não se pode negar que o proprietário sofre dano patrimonial com a subtração ou desaparecimento da coisa sobre a qual tinha a posse, direta ou indireta. Somos obrigados a admitir, contudo, que a posse vem em primeiro lugar, e só secundariamente se tutela a propriedade. Esta é o direito complexo de usar, gozar e dispor de seus bens - *jus utendi, fruendi et abtuenendi*; aquela, a posse, é, na expressão de Ihering, a relação de fato estabelecida entre o indivíduo e a coisa, pelo fim de sua utilização econômica. Enfim, posse é fato, protegida pelo direito como fato, enquanto fato. E é exatamente essa situação de fato que o diploma legal protege imediatamente."⁹

Noutra senda, em nossa legislação penal temos a tipificação de um delito que, embora tenha sua previsão no título referente aos crimes contra a administração pública (Título XI do Código Penal), a proteção se refere exclusivamente ao patrimônio. Tal crime é o descaminho, *in verbis*:

Art. 334. Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria
Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos

Trata-se de um crime praticado por particular contra a administração em geral, mas que se assemelha ao crime de furto na medida em que se enseja uma lesão de cunho patrimonial, ainda que o dano não seja direcionado a um indivíduo específico, mas ao erário. Rogério Greco aduz que o agente, neste crime, auferir vantagem ilícita e acaba por lesar não só a administração pública, como também as demais pessoas, sejam físicas ou jurídicas:

O agente, no entanto, ilude, ou seja, tenta se livrar, enganar, fraudar, total ou parcialmente, do pagamento de direito ou imposto que, normalmente, recairia sobre a mercadoria, devido pela entrada ou saída, ou pelo seu consumo,

⁸ HC 108149, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 15/05/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-193 DIVULG 01-10-2012 PUBLIC 02-10-2012 - grifo acrescentado

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. – Tratado de Direito Penal: parte geral. 17ª. ed. São Paulo : Saraiva, 2012.

almejando, dessa forma, lucrar com seu comportamento que, conseqüentemente, traz prejuízo não somente ao erário público, como também às demais pessoas (físicas ou jurídicas) que importam ou exportam as mercadorias com fins comerciais e que efetuam corretamente o pagamento de direito ou imposto, fazendo com que ocorra uma desigualdade no valor final dessas mercadorias.

Ao menos *prima facie*, não parece haver qualquer argumento para supormos que a incidência do princípio da insignificância no crime de descaminho deva ser tratada de maneira mais aberta que no crime de furto. Noutra lado, parece haver razão para que o tratamento seja o mesmo, haja vista que, não obstante tratem-se de crimes que afetam exclusivamente o patrimônio, possuem até mesmo idênticas penas cominadas. Poder-se-ia cogitar, ainda, que o princípio da insignificância deve ter incidência mais restritiva que no crime de furto, afinal, como acima mencionado, quando muito, o furto atinge dois sujeitos, ao passo que o crime de descaminho afeta toda uma coletividade.

No entanto, com base no art. 20 da Lei nº 10.522/02¹⁰, a maioria dos membros do nosso Supremo Tribunal Federal passou a ter o entendimento no sentido de que o princípio da insignificância exclui a tipicidade material dos crimes tributários nos casos em que a lesão ao erário fosse inferior a R\$ 10.000,00 (10 mil reais):

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. 1. Nos termos da jurisprudência consolidada nesta Suprema Corte, o princípio da insignificância deve ser aplicado no delito de descaminho quando o valor sonegado for inferior ao montante mínimo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) legalmente previsto no art. 20 da Lei nº 10.522/02, com a redação dada pela Lei nº 11.033/04. 2. Ordem concedida.¹¹

Posteriormente, o Ministério da Fazenda publicou, no ano de 2012, a Portaria nº 75¹², a qual determina que, cumpridas algumas exigências, o Procurador da Fazenda Nacional requeira o

¹⁰ 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)

¹¹ STF, HC 102935, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 28/09/2010, DJe-223 DIVULG 19-11-2010 PUBLIC 22-11-2010 EMENT VOL-02435-01 PP-00181

¹² 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\$

arquivamento de execuções fiscais nos casos em que o valor consolidado seja inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). O Supremo Tribunal Federal, desta forma, passou-se a utilizar este critério para aferição da insignificância no crime de descaminho:

PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE DESCAMINHO. VALOR SONEGADO INFERIOR AO FIXADO NO ART. 20 DA LEI 10.522/2002, ATUALIZADO PELAS PORTARIAS 75/2012 E 130/2012 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA.

I - O paciente foi denunciado pela suposta prática do crime de descaminho (art. 334, caput, do Código Penal), por introduzir no território nacional mercadorias de origem estrangeira sem a devida documentação fiscal, deixando de recolher tributos que totalizaram a quantia de R\$ 2.526,35 (dois mil, quinhentos e vinte e seis reais e trinta e cinco centavos), não constando dos autos ações penais contra o paciente, situação que demonstra não se tratar de criminoso habitual.

II - Nos termos da jurisprudência deste Tribunal, o princípio da insignificância deve ser aplicado ao delito de descaminho quando o valor sonegado for inferior ao estabelecido no art. 20 da Lei 10.522/2002, atualizada pelas Portarias 75/2012 e 130/2012 do Ministério da Fazenda.

III – Ordem concedida para restabelecer a sentença de primeiro grau que rejeitou a denúncia, “diante da atipicidade da conduta, com base no artigo 395, inciso III (ausência de justa causa para o exercício da ação penal), do Código de Processo Penal.¹³

Registre-se que o Superior Tribunal de Justiça não tem acompanhado este entendimento, afirmando que a insignificância só é reconhecido nos casos em que o valor elididos não supera o montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), não reconhecendo a norma contida na Portaria acima citada como elemento idôneo à aferição do princípio da insignificância :

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PARÂMETRO. VALOR DE R\$ 10.000,00. NÃO CONSIDERAÇÃO DA PORTARIA DO MINISTÉRIO DA FAZENDA QUE ELEVOU A QUANTIA PARA R\$ 20.000,00. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Esta Corte consolidou o entendimento de que não é possível a aplicação do princípio da insignificância quando o valor do montante do tributo devido for superior a R\$ 10.000,00 (art. 20 da Lei n. 10.522/2002), não se aplicando, portanto, a Portaria MF n. 75/2012.

20.000,00 (vinte mil reais), desde que não ocorrida a citação pessoal do executado ou não conste dos autos garantia útil à satisfação do crédito.

¹³ STF, HC 136958, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 04/04/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-087 DIVULG 26-04-2017 PUBLIC 27-04-2017

2. No caso, sendo o valor dos tributos elididos de R\$ 15.011,25 (quinze mil, onze reais e vinte e cinco centavos), não é cabível a aplicação do referido princípio.
3. Agravo regimental desprovido.¹⁴

Tendo isto em vista, o presente estudo parte da hipótese de que há uma forte incoerência quanto ao reconhecimento do princípio da insignificância por parte de nossos tribunais. Afinal, tanto o crime de furto como o crime de descaminho resultam em lesão patrimonial, não havendo, *prima facie*, nenhum motivo para que o reconhecimento do princípio da insignificância nos crimes de furto se restrinja a um décimo do valor do valor do salário mínimo, ao passo que os crimes contra o erário, segundo o Supremo Tribunal Federal, são reconhecidos como insignificantes nas elisões de valor até R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), e segundo o Superior Tribunal de Justiça, nas elisões de valor até R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Registre-se que o Professor Pierpaolo Cruz Bottini coordenou uma extensa pesquisa sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, entre os anos de 2005 a 2009, no que se refere ao princípio da insignificância em crimes patrimoniais e crimes contra a ordem econômica, tendo sido concluído, entre outras coisas, que não houve reconhecimento do aludido princípio nos casos do crime de furto com valor do objeto subtraído superior a R\$ 700,00 (setecentos reais):

Nos crimes patrimoniais, em 60% dos casos em que os bens estiveram na faixa entre 0 a 100 reais a insignificância foi reconhecida, sendo que a proporção praticamente se inverte na faixa de 201 a 700. O instituto da insignificância para crimes patrimoniais não é reconhecido a partir desse último patamar nos casos estudados.¹⁵

Todavia, antes de chegar a qualquer conclusão é salutar compreender, sob a ótica da teoria do direito, a função e a estrutura dos princípios no ordenamento jurídico. Posteriormente, devemos interpretar o princípio da insignificância e sua função no ordenamento jurídico, para só então aferir se as razões invocadas pelos tribunais são coerentes entre si a ponto de justificar a diferença de tratamento nos casos supracitados.

¹⁴ STJ, AgRg no REsp 1492408/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 27/04/2017, DJe 05/05/2017

¹⁵ O Princípio da Insignificância nos crimes contra o patrimônio e contra a ordem econômica: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal - Disponível em <<https://blogdovladimir.files.wordpress.com/2011/08/pesquisa-sobre-o-princc3adpio-da-insignificc3a2ncia.pdf>> - Acessado em 31/07/2017

2. OS PRINCÍPIOS, A INTERPRETAÇÃO E A INTEGRIDADE

I - A teoria de Ronald Dworkin acerca dos princípios

Como já demonstrado acima, os princípios costumam ser invocados para resolver questões judiciais tanto nos casos em que são possíveis extrair com clareza o comando normativo inserto em um texto legislativo diante de um caso concreto, como também nos casos em que não há esta clareza. Neste sentido podemos citar como exemplo o próprio ponto de partida deste trabalho: não há dúvida quanto a subsunção entre a conduta de um indivíduo que subtrai, para si, coisa alheia móvel, e a norma contida no art. 155 do Código Penal. Diante deste caso, considerando a inexistência de qualquer causa excludente de ilicitude e culpabilidade, deveria o magistrado condenar este indivíduo e estabelecer uma pena dentro dos limites previstos no referido tipo penal. Todavia, frequentemente acabam por não aplicar a norma que determina o decreto condenatório a pretexto do princípio da insignificância. Noutra lado há quem defenda que, nos casos em que não há clareza quanto a norma que regula um caso concreto, ou seja, diante daquilo que o teórico do direito H. L. A Hart chama "textura aberta do direito"¹⁶, os juízes detêm discricionariedade para aplicar o direito, ou seja, um leque de liberdade para determinar a aplicação da norma que entender que melhor se adéqua ao caso.

Ronald Dworkin, por sua vez, critica esta hipótese de que é possível a função jurisdicional seja detentora de discricionariedade. No entanto, antes de analisar a crítica feita por este autor, é necessário explicitar seu entendimento acerca dos princípios. Para ele, princípios são um conjunto de padrões que decorrem de uma exigência da moralidade ou de um objetivo a ser alcançado. Desta forma, regras e princípios são espécies de normas, cuja diferença reside em seu caráter lógico. As regras são aplicáveis de maneira tudo-ou-nada, de modo que ou uma regra é válida, e conseqüentemente contribui de maneira decisiva para determinar o conteúdo de uma obrigação jurídica, ou então é inválida, e em nada contribui. Ademais, regras contrárias entre si não podem coexistir, sendo necessário reconhecer a invalidade de ao menos uma delas. Os princípios não atuam desta forma. Em primeiro lugar, nem sempre prescrevem de maneira exata as obrigações que deles se seguem. Seria impossível, por exemplo, enumerar todos os deveres que decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, da

¹⁶ HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. 3ª ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes

Constituição Federal¹⁷. Ademais, princípios podem colidir, entre si, sem que um invalide o outro, eis que princípios têm dimensão de peso ou de importância, de tal maneira que um princípio inclina a decisão que determina a existência de uma obrigação jurídica, podendo perfeitamente coexistir com outro dentro de um mesmo ordenamento jurídico. Mas o que ocorre quando uma regra colide com um princípio? Em outras palavras, como um princípio pode servir de argumento para que uma regra positiva em um texto legislativo seja ignorada? Esta pergunta se reveste de fundamental importância, pois se não fosse possível respondê-la, qualquer regra poderia facilmente ser abandonada pelos juízes. Dworkin sugere que as decisões devem levar em consideração os argumentos que se opõem à tentativa de abandono da regra, como os argumentos a favor da supremacia do Poder Legislativo e dos precedentes, os quais formam um conjunto de princípios conservadores que inclinam a decisão para a manutenção do comando normativo previsto em lei. Retomando o exemplo do crime de furto, e agora preenchendo o elemento "coisa alheia móvel" como consistente em um lápis de escrever, podemos concluir que, a despeito do argumento que se inclina para a condenação do indivíduo, haja vista que o legislador brasileiro determinou que aquele que subtrai, para si, coisa alheia móvel deve ser condenado, e que tal regra é afirmada pela supremacia do Poder Legislativo, deve ele ser absolvido se, e somente se, considerarmos que existe um princípio forte o suficiente que inclina a decisão para a absolvição.

Retornando à crítica, Dworkin afirma que a discricionariedade só pode ser compreendida como um conceito que só faz sentido quando presentes padrões estabelecidos por alguma autoridade que limitam a esfera de liberdade de decisão. Dworkin afirma, ainda, que a discricionariedade pode ser compreendida em três diferentes sentidos: *i*) primeiro sentido fraco, no qual os padrões estabelecidos exigem uma capacidade de valoração ou julgamento; *ii*) segundo sentido fraco, no qual alguém detém poder para tomar uma decisão que não poderá ser reformada; *iii*) sentido forte, no qual não há padrões obrigatórios formulados por uma autoridade para serem seguidos. Com base nestes sentidos de discricionariedade, Dworkin analisa a teoria de Hart e conclui que os sentidos de discricionariedade por ele defendidos se referem ao primeiro sentido fraco e ao sentido forte. O primeiro sentido fraco parece estar presente na teoria de Hart

¹⁷ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;

na medida em que defende-se que, em alguns casos, o magistrado deve realizar seu próprio juízo de valoração diante da textura aberta do direito. O sentido forte, por sua vez, parece também estar presente em sua teoria na medida em que defende-se que diante da ausência de uma regra, os padrões invocados para definir uma decisão não são obrigatórios.

Para Dworkin, o primeiro sentido fraco de discricionariedade não passa de uma obviedade. Afinal, diante de um caso em que não há regra clara a ser aplicada, é perfeitamente consistente afirmar que o juiz deve usar o poder um juízo de valor para decidi-lo. Importante ressaltar, todavia, que Dworkin entende que a discricionariedade deve ser compreendida como um espaço vazio cercado por restrições impostas por princípios. Noutro norte, o autor faz forte crítica com relação à possibilidade de discricionariedade em sentido forte. Ressalta que não há argumento no caráter lógico de um princípio, tal como acima descrito, que o torne incapaz de ter observância obrigatória. Segue afirmando que, caso não fossem observados, os críticos não se contentariam em afirmar que inobservância seria um erro meramente moral, mas afirmariam que os juízes têm este dever de levá-los em conta em suas decisões. Mas não é só isso. Dworkin nos mostra que a própria linguagem jurídica parece instituir o sistema de princípios ao proteger interesses abertos, tais como a liberdade e a igualdade¹⁸. Em nosso atual sistema jurídico brasileiro, a defesa dos princípios enquanto elementos integrantes do direito e portanto balizadores das decisões judiciais não parece ser algo discutível, pois embora sequer fosse necessário, eles estão previstos em diversos dispositivos do texto constitucional. Contudo, a interpretação que os tribunais dão aos princípios parecem nem sempre serem corretas. Neste sentido, é importante termos ao menos um esboço de uma teoria da interpretação para melhor compreender o fenômeno jurídico.

II - A teoria de Ronald Dworkin acerca da interpretação construtiva

Dworkin apresenta em seu livro intitulado como "O Império do Direito"¹⁹ uma poderosa teoria da interpretação, e com base nela é que pretendo avaliar o suposto problema jurisprudencial apresentado na introdução do trabalho. Como devemos interpretar os princípios, e como devemos interpretar o princípio da insignificância nos crimes citados? Dworkin inicia seu

¹⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

¹⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

argumento criticando a interpretação de princípios que se restringem à recuperação da intenção do autor de instituto. Podemos afirmar, com base em sua teoria, que as intenções dos membros da assembleia constituinte brasileira acerca do princípio da dignidade da pessoa humana podem ser importantes, não suficientes à sua verdadeira compreensão.

Inicialmente, Dworkin identifica três maneiras distintas de interpretar alguma coisa: *i*) interpretação conversacional; *ii*) interpretação científica; *iii*) interpretação artística. A interpretação conversacional se consubstancia na atribuição de significado de algo com base exclusivamente em sua intenção. Assim, se alguém me diz que está me esperando em um banco localizado em uma região qualquer, é importante que eu saiba se esta pessoa está se referindo a um assento ou a uma instituição financeira, ou seja, é importante que eu saiba o que a pessoa tem em mente ao dizer que está a minha espera. A interpretação científica, noutro lado, parte de uma coleta de dados para que depois estes dados sejam compreendidos. Não há, aqui, qualquer tipo de referência à intenção, pois dados, por definição, não possuem capacidade cognitiva. Por fim, a interpretação artística se realiza na atribuição de um significado a alguma entidade distinta da pessoa por ela criada. Dworkin afirma que a interpretação do direito, enquanto prática social, se assemelha a esta interpretação artística, denominando ambas de interpretação criativa.

Como acima citado, a teoria da interpretação construtiva é profundamente explanada no livro "O Império do Direito", sendo que a hipótese de que a interpretação deva se restringir intenção do autor é nele rechaçada. Todavia, utilizarei os argumentos que rechaçam esta ideia que estão contidos no livro "O Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais"²⁰, escrito pelo mesmo autor, pois entendo que nele a ideia está mais clara, além de conter um exemplo elucidativo que ora tomo a liberdade de reproduzir a fim de alvejar a intenção dos autor como critério único de interpretação. Dworkin aduz que na Suprema Corte americana alguns magistrados asseveravam que as decisões judiciais deviam ser pautadas de acordo com o que os autores da Constituição estadunidense tinham como intenção ao promulgá-la. Como exemplo, cita uma passagem do juiz Robert Bork, o qual certa feita afirmou que:

(...) o juiz é obrigado a aplicar o direito do modo como quiseram aqueles que o criaram. Este é o ponto de vista corrente sobre a natureza do direito. Enfatizo esse aspecto porque esse ponto de vista de senso comum é veemente, irrestrita e

²⁰ DWORKIN, Ronald. **Life's dominion - An argument about abortion, euthanasia, and individual freedom**. 1st Vintage Books. New York: Knopf, 1993.

doutamente negado por sofisticados constitucionalistas, em particular por aqueles que ensinam essa teoria nas escolas de direito.²¹

Uma das primeiras críticas que se pode fazer se refere à dificuldade de se determinar o que de fato pensavam os autores dos textos legislativos no momento em que o redigiam. Uma segunda crítica se refere à possibilidade de que, eventualmente, ao termos uma intenção, o resultado de nossa ação seja diverso. A terceira crítica é ilustrada por um exemplo de Dworkin que ora passo a aqui adaptar. Imaginemos que uma mãe diga a um filho para que ele seja nunca tenha atitudes desonestas, e que ela mesma praticava uma conduta que em sua época não era, mas que hoje é considerada um exemplo autêntico de desonestidade. Deste cenário pode-se extrair duas ideias importantes - a de que a mãe tinha o desejo de seu filho não agisse de maneira desonesta, e de que tinha a consciência de que sua prática não se consubstanciava em desonestidade. Segue-se daí que não é mais possível que o filho siga o desejo de sua mãe e, ao mesmo tempo, aceite sua prática como se honesta ainda fosse. Sua conduta outrora honesta tinha uma intenção genuína mas que agora está obsoleta, não havendo razão para que o filho a internalize.

Estando afastada a hipótese de que a intenção do autor é o único elemento a ser utilizado na interpretação, cabe trazer a teoria da construtiva trazida por Dworkin. O autor afirma que, tal como obras de arte e as práticas sociais, a interpretação do direito deve se adequar a seu propósito ou valor, sendo que "os propósitos que estão em jogo não são (fundamentalmente) os de algum autor, mas os do intérprete."²² Desta forma, a teoria da interpretação construtiva de Dworkin se baseia em três etapas: "pré-interpretativa", interpretativa e pós-interpretativa. A etapa "pré-interpretativa" consiste na identificação de padrões ou regras que fornecem os dados ou o conteúdo do objeto a ser interpretado. Assim, se quisermos interpretar o direito, devemos identificar quais dados fornecem o seu conteúdo. Insta ressaltar que o próprio autor faz a ressalva de que a primeira etapa é colocada entre aspas, pois mesmo nela há a necessidade de algum nível de interpretação. A etapa interpretativa, por sua vez, consiste na atribuição de justificativa para os principais elementos identificados na etapa anterior. Por fim, a etapa pós-interpretativa, também

²¹ DWORKIN, Ronald. **Life's dominion - An argument about abortion, euthanasia, and individual freedom**. 1st Vintage Books. New York: Knopf, 1993. p 100

²² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

chamada de reformuladora, consiste no ajuste que se faz de uma prática às justificativas encontradas, a fim de que esta prática seja vista como o melhor exemplo possível daquilo que ela tem como propósito.

Feitas tais considerações, podemos afirmar que, ao menos atualmente, há um nível razoável de consenso quanto ao fato de que os princípios jurídicos fornecem, em alguma medida, o conteúdo do direito. Assim sendo, podemos afirmar não só que o princípio da insignificância é um elemento que fornece parâmetros e conteúdo ao direito, mas também que a razão de sua existência reside no fato de que entendemos que a aplicação da lei penal não deve ser desmedida, sob pena de gerar uma sanção desproporcional a um indivíduo que tenha cometido uma conduta formalmente considerada como crime, mas que em essência não traz grande abalo a um bem juridicamente tutelado. A grande dificuldade está na etapa pós-interpretativa quando se quer compreender o princípio da insignificância. Quais são os tipos de ajustes necessários à justificação do princípio da insignificância? Ajustar a compreensão do princípio da insignificância nos crimes de descaminho com base em resoluções emanadas pelo Poder Executivo é correto? É possível que resoluções como as mencionadas no Capítulo I se reportem apenas a tais crimes, ensejando a discrepância no tratamento da insignificância com os crimes de furto? Foi apresentado um argumento no sentido de que a insignificância deve ser tratada de maneira semelhante entre os crimes de furto e de descaminho, haja vista que os dois crimes se reportam a uma lesão exclusiva ao patrimônio. Em seguida, foi apresentado um argumento no sentido de que o princípio da insignificância poderia ser tratado com mais rigor no crime de descaminho, pois, ainda que indiretamente, lesa um conjunto indeterminado de indivíduos, ao passo de que o crime de furto lesa apenas um ou dois. Conforme mencionado anteriormente, os tribunais, todavia, parecem entender que as resoluções que determinam o arquivamento de execuções fiscais até o montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ou R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) são a prova de que o Estado entende que tais valores são desprezíveis. No entanto, mormente em tempos de crise financeira estatal, não parece que tal argumento seja razoável. Sendo assim, cabe a indagação acerca da coerência da aplicação do direito, e novamente valho-me de uma teoria de Ronald Dworkin para enfrentar essa questão: a teoria da integridade.

III- A teoria de Ronald Dworkin acerca da integridade no direito

Diante das várias interpretações acerca do direito, alguns críticos - os céticos - afirmam que, a rigor, não há uma resposta correta quando algo é interpretado. De fato, nem mesmo a teoria da interpretação construtiva garante que os intérpretes cheguem a um consenso. No entanto, logo no Prefácio do livro "O Império do Direito", Dworkin já assinala que "a questão de se podemos ou não ter razão ao considerarmos certa uma resposta é diferente da questão de se poder ou não demonstrar que tal resposta é certa"²³. A hipótese dos céticos, embora atraente, contém uma incoerência interna. Afinal, a própria proposição segundo a qual não há resposta correta deriva de uma interpretação acerca da (im)possibilidade de se julgar, e portanto interpretar, alguma coisa como correta incorreta.

Dworkin afirma que a interpretação de algo pode ser sustentada por bons ou maus argumentos, e sugere que uma das maneiras pelas quais podemos nos aproximar dos bons argumentos, visando à resposta correta, é a ideia de integridade. Embora o autor trate da integridade também no ramo da política, o presente estudo se restringirá à abordagem da integridade no direito, pois o foco reside na aplicação das normas penais pelos tribunais, e não por alguma falha legislativa propriamente dita, máxime porque o princípio da insignificância, como já dito, sequer encontra previsão legal em nosso ordenamento jurídico. Neste sentido, a integridade no direito é o resultado da interpretação de Dworkin acerca do próprio direito. Trata-se de um princípio - o que implica dizer que, tal como o direito, também está sujeita à interpretação - que, entre outras consequências, limita as possibilidades de decisões judiciais baseadas em maus argumentos, exigindo uma coerência entre os padrões aplicados:

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um **conjunto coerente** de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas.²⁴

Em "O Domínio da Vida", Dworkin esclarece ainda que a integridade no direito tem três exigências: i) as decisões judiciais devem ser baseadas em princípios, e não em argumentos de

²³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

²⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Grifo acrescentado.

conveniência política; ii) as decisões judiciais devem observar a jurisprudência das cortes constitucionais; iii) um juiz que adote um princípio em um caso deve aplicá-lo com mesma intensidade em casos semelhantes²⁵. É importante notar que, neste estudo, é a terceira exigência da integridade que, por hipótese, está sendo violada. Contudo, uma primeira observação deve ser feita - a de que a integridade não tem a finalidade de manutenção de interpretações erradas. Afinal, Dworkin se preocupa com a interpretação a todo instante, e a etapa pós-interpretativa permite que uma prática seja modificada em razão de um argumento que sugira a mudança de uma prática.

Apresentei de maneira superficial, no Capítulo I, as razões pelas quais o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça entendem que o princípio da insignificância nos crime de descaminho deve ser aplicado de maneira diferente quando comparado com os crimes de furto. Feitas as considerações que julguei pertinentes acerca da teoria da interpretação construtiva e da teoria da integridade no direito, passo agora a explicitar de forma um pouco mais detalhada os principais argumentos invocados por estes tribunais para posteriormente fazer um paralelo com as teorias que acabo de abordar.

3. O FURTO, O DESCAMINHO E A COMPREENSÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

I - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Conforme mencionado, a Lei nº 10.522 de 2002, ainda em vigência, determina, em seu art. 20, que o Procurador da Fazenda Nacional requeira o arquivamento dos autos de execuções fiscais cujo débito tenha valor igual ou inferior ao montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Tão logo sobreveio esta norma, a maioria dos integrantes do Supremo Tribunal Federal passou a considerar este valor como um critério objetivo à aferição do dano causado pela prática do crime de descaminho. Na realidade, os únicos dissidentes eram o Ministro Marco Aurélio Mendes de Faria Mello e a Ministra Cármen Antunes Rocha, para os quais o fato de que sendo a esfera civil diferente da esfera penal, não haveria possibilidade de se utilizar o valor informado por uma

²⁵ DWORKIN, Ronald. **Life's dominion - An argument about abortion, euthanasia, and individual freedom**. 1st Vintage Books. New York: Knopf, 1993.

norma de natureza tributário-administrativa com a finalidade de afastar a tutela penal. Ademais, para eles, o fato de que a norma preveja a possibilidade de arquivamento dos autos - e não exclusão do débito - não conduz à conclusão de que a lesão seja insignificante.²⁶ Para os demais membros da suprema corte, o princípio da insignificância deve incidir em tais casos pelo fato de que sequer a máquina pública será movimentada para reaver o crédito tributário, sendo desmedida a chamada do direito penal em tais casos.²⁷

No ano de 2012, sobreveio a Portaria nº 75 do Ministério da Fazenda, a qual elevou o valor limite para requerimento de arquivamento dos autos de execução de crédito tributário com a Fazenda Nacional para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Os Ministros Marco Aurélio e Cármen Lúcia mantiveram seus entendimentos acima mencionados. A novidade veio com o voto do Ministro Luiz Fux, o qual aduziu que "uma portaria do Ministério, ou da Procuradoria, ou da AGU não teria o condão de conduzir à *abolitio criminis*."²⁸

Com efeito, o Ministro Luiz Fux está correto ao afirmar que portarias não têm o condão de descriminalizar condutas, máxime porque o art. 22, I, da Constituição Federal²⁹, determina que é competência privativa da União legislar sobre matéria penal. No entanto, o argumento de que não a referida Portaria não descriminalizou o crime de descaminho nos casos em que o valor elidido é igual ou superior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) não significa, por si só, que ele não sirva de referência para o princípio da insignificância, o qual, de fato, não descriminaliza a conduta, mas, em outra via, apenas afasta a tipicidade material do delito em algumas circunstâncias.

Os Ministros Marco Aurélio e Cármen Lúcia também estão corretos ao afirmarem que as esferas de responsabilidade de que tratam a Portaria nº 75 do Ministério da Fazenda e o Código Penal são diferentes. No entanto, considerando que a tutela penal é regida pelo princípio da intervenção mínima, de fato não há sentido em chamá-la quando sequer a esfera tributária se

²⁶ STF, HC 100986, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 31/05/2011, DJe-146 DIVULG 29-07-2011 PUBLIC 01-08-2011 EMENT VOL-02556-02 PP-00205 RMDPPP v. 8, n. 43, 2011, p. 84-88

²⁷ STF, HC 95570, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 01/06/2010, DJe-159 DIVULG 26-08-2010 PUBLIC 27-08-2010 EMENT VOL-02412-01 PP-00185. Neste julgado são citados diversos outros precedentes que demonstram que os demais Ministros concordam com esta tese, com a exceção já mencionada dos Ministros Marco Aurélio e Cármen Lúcia.

²⁸ STF, HC 95570, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 01/06/2010, DJe-159 DIVULG 26-08-2010 PUBLIC 27-08-2010 EMENT VOL-02412-01 PP-00185

²⁹ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

presta a se mobilizar. Ademais, a proposição segundo a qual o Procurador da Fazenda Nacional requerirá o arquivamento dos autos de execução fiscal não conduz à conclusão de que a lesão é insignificante também não conduz à conclusão de que a lesão é significativa. Desta forma, a conclusão que se tem é a de que os argumentos expostos pouco ou nada contribuem para solucionar o problema - é ou não correto utilizar o valor estipulado pela portaria como critério para aferição da insignificância e conseqüente afastamento da norma penal? Antes de adentrar neste mérito, vejamos os argumentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça.

II - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça não ficou alheio a toda esta discussão. Em primeiro lugar, após a edição do art. 20 da Lei nº 10.522 de 2002, os Ministros discordaram entre eles acerca da aplicação do princípio da insignificância com o valor tão alto. Tal fato culminou em um Recurso Repetitivo no qual há expressa menção de que o valor exigido para a incidência da insignificância foi aceito para evitar a interposição massiva de recursos ao Supremo Tribunal Federal:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 105, III, A E C DA CF/88. PENAL. ART. 334, § 1º, ALÍNEAS C E D, DO CÓDIGO PENAL. DESCAMINHO. TIPICIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

I - Segundo jurisprudência firmada no âmbito do Pretório Excelso - 1ª e 2ª Turmas - incide o princípio da insignificância aos débitos tributários que não ultrapassem o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei nº 10.522/02.

II - Muito embora esta não seja a orientação majoritária desta Corte (vide EREsp 966077/GO, 3ª Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 20/08/2009), mas em prol da otimização do sistema, e buscando evitar uma sucessiva interposição de recursos ao c. Supremo Tribunal Federal, em sintonia com os objetivos da Lei nº 11.672/08, é de ser seguido, na matéria, o escólio jurisprudencial da Suprema Corte.

Recurso especial desprovido.³⁰

O Ministro Felix Fischer, relator do Recurso Repetitivo que deu provimento ao pedido de reconhecimento do princípio da insignificância no crime de descaminho com valor de débito fiscal até R\$ 10.000,00 (dez mil reais), asseverou em seu voto que a utilização deste valor é

³⁰ REsp 1112748/TO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 09/09/2009, DJe 13/10/2009

inviável, pois o arquivamento dos autos referentes a débitos fazendários até este montante se consubstancia em mera estratégia de cobrança, máxime porque se trata de arquivamento sem baixa nos autos:

Ocorre que o dispositivo legal utilizado como supedâneo para tal orientação (art. 20 da Lei nº 10.522/02), não permite, quero crer, alcançar a conclusão proposta, na medida em que o comando normativo trata de arquivamento sem baixa na distribuição do débito a evidenciar a ausência de desinteresse permanente como se dá, ao contrário, na hipótese tratada no art. 18, § 1º do mesmo diploma legal. O que há, portanto, é uma mera estratégia de cobrança dos débitos por parte da Administração que, sopesando os custos de uma demanda judicial, de um lado, com o proveito que ela poderá obter, de outro, estipula um montante mínimo para que se de início à cobrança

Cabe ressaltar que o §1º do art. 20 da Lei nº 10.522/02 estabelece que os autos arquivados "serão reativados quando os valores dos débitos ultrapassarem os limites indicados". Ademais, o Ministro Felix Fischer, em seu voto, traz à baila a questão concernente à possibilidade de se aferir o princípio da insignificância com base na expectativa de reparação do dano por parte da vítima:

A invocação da insignificância como excludente da tipicidade penal somente teria lugar quando constatado que o débito tributário não ultrapassasse a quantia de R\$ 100,00 (cem reais). Isso porque, conforme precedentemente já sustentado, somente aqui haverá extinção do crédito tributário e, por conseguinte, desinteresse definitivo na cobrança da dívida pela Administração Fazendária. Neste contexto, e somente neste, entendo invocável referido princípio. (...)A circunstância de não haver a cobrança imediata do crédito, não pode significar, automaticamente, a insignificância do fato. Ora, se assim o fosse, indago: supondo-se ocorrido um furto, cujo autor é conhecido da vítima, e imaginando esta de antemão, por pessimismo ou descrédito, que não obteria êxito, em prazo razoável, se intentasse uma ação judicial buscando a reparação do prejuízo sofrido, poderia se classificar a conduta como insignificante, ainda que de grande monta os valores subtraídos? Creio que não. É que, nos crimes contra o patrimônio - seja ele o privado, seja o erário -, a tipificação penal não pode estar vinculada tão somente à forma como será, e se de fato será, buscada a reparação do prejuízo, pois o que move o legislador ao definir uma figura típica não é a mesma razão por ele utilizada quando define formas de cobrança de um débito gerado pela prática de um injusto.

Nesta senda, cabe ressaltar que a Portaria nº 75 do Ministério da Fazenda adveio como consequência de um estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada sobre o custo e o tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda

Nacional, o qual concluiu que a execução fiscal só é economicamente viável quando o débito for superior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).³¹

Conforme os resultados apresentados, pode-se afirmar que o custo unitário médio total de uma ação de execução fiscal promovida pela PGFN junto à Justiça Federal é de R\$ 5.606,67. O tempo médio total de tramitação é de 9 anos, 9 meses e 16 dias, e a probabilidade de obter-se a recuperação integral do crédito é de 25,8%. Considerando-se o custo total da ação de execução fiscal e a probabilidade de obter-se êxito na recuperação do crédito, pode-se afirmar que o breaking even point, o ponto a partir do qual é economicamente justificável promover-se judicialmente o executivo fiscal, é de R\$ 21.731,45. Ou seja, nas ações de execução fiscal de valor inferior a este, é improvável que a União consiga recuperar um valor igual ou superior ao custo do processamento judicial. (...) Por essas razões, seria razoável reajustar, a partir de 1º de janeiro de 2012, o piso mínimo para o ajuizamento de ações de execução fiscal da PGFN 17 dos atuais R\$ 10.000,00 para R\$ 20.000,00. Porém, a fixação desse novo piso mínimo deveria ser cercada de alguns cuidados.

No entanto, a referida Portaria faz uma ressalva, conferindo possibilidade ao Procurador da Fazenda Nacional de executar tais dívidas, desde que haja indício de que a execução seja frutífera:

O MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA, (...) resolve:

Art. 1º Determinar:

I - a não inscrição na Dívida Ativa da União de débito de um mesmo devedor com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais); e II - o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

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

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

³¹ Estudo publicado em novembro de 2011, dirigido por Alexandre dos Santos Cunha, Isabela do Valle Klin e Olívia Alves Gomes Pessoa com o título: **Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/nota_tecnica/111230_notatecnicadiest1.pdf>. Acessado em 30/07/2017

Entretanto, após a Portaria nº 75 do Ministério da Fazenda, o Superior Tribunal de Justiça decidiu expressamente não adotar o novo parâmetro, de tal modo que hoje, curiosamente, a liberdade de um indivíduo que, desamparado de qualquer causa excludente de ilicitude ou de culpabilidade, pratique a conduta prevista no art. 334 do Código Penal, tendo o montante do valor elidido entre R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), está a depender do tipo de recurso interposto: o recurso extraordinário, dirigido ao Supremo Tribunal Federal, implica absolvição; o recurso especial, dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, implica condenação:

RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. VALOR DO TRIBUTO ILUDIDO. PARÂMETRO DE R\$ 10.000,00. ELEVAÇÃO DO TETO, POR MEIO DE PORTARIA DO MINISTÉRIO DA FAZENDA, PARA R\$ 20.000,00. INSTRUMENTO NORMATIVO INDEVIDO. FRAGMENTARIEDADE E SUBSIDIARIEDADE DO DIREITO PENAL. INAPLICABILIDADE. LEI PENAL MAIS BENIGNA. NÃO INCIDÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

1. Soa imponderável, contrária à razão e avessa ao senso comum tese jurídica que, apoiada em mera opção de política administrativo-fiscal, movida por interesses estatais conectados à conveniência, à economicidade e à eficiência administrativas, acaba por subordinar o exercício da jurisdição penal à iniciativa da autoridade fazendária. Sobrelevam, assim, as conveniências administrativo-fiscais do Procurador da Fazenda Nacional, que, ao promover o arquivamento, sem baixa na distribuição, dos autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00, impõe, mercê da elástica interpretação dada pela jurisprudência dos tribunais superiores, o que a Polícia deve investigar, o que o Ministério Público deve acusar e, o que é mais grave, o que – e como – o Judiciário deve julgar.

2. Semelhante esforço interpretativo, a par de materializar, entre os jurisdicionados, tratamento penal desigual e desproporcional, se considerada a jurisprudência usualmente aplicável aos autores de crimes contra o patrimônio, consubstancia, na prática, sistemática impunidade de autores de crimes graves, decorrentes de burla ao pagamento de tributos devidos em virtude de importação clandestina de mercadorias, amiúde associada a outras ilicitudes graves (como corrupção, ativa e passiva, e prevaricação) e que importam em considerável prejuízo ao erário e, indiretamente, à coletividade.

3. Sem embargo, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.112.748/TO, rendeu-se ao entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal no sentido de que incide o princípio da insignificância no crime de descaminho quando o valor dos tributos iludidos não ultrapassar o montante de R\$ 10.000,00, de acordo com o disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002. Ressalva pessoal do relator.

4. A partir da Lei n. 10.522/2002, o Ministro da Fazenda não tem mais autorização para, por meio de simples portaria, alterar o valor definido como teto para o arquivamento de execução fiscal sem baixa na distribuição. E a Portaria MF n. 75/2012, que fixa, para aquele fim, o novo valor de R\$ 20.000,00 – o qual

acentua ainda mais a absurdidade da incidência do princípio da insignificância penal, mormente se considerados os critérios usualmente invocados pela jurisprudência do STF para regular hipóteses de crimes contra o patrimônio – não retroage para alcançar delitos de descaminho praticados em data anterior à vigência da referida portaria, porquanto não é esta equiparada a lei penal, em sentido estrito, que pudesse, sob tal natureza, reclamar a retroatividade benéfica, conforme disposto no art. 2º, parágrafo único, do CPP.

5. Recurso especial provido, para, configurada a contrariedade do acórdão impugnado aos arts. 2º, parágrafo único, e 334, ambos do Código Penal, cassar o acórdão e a sentença absolutória prolatados na origem e, por conseguinte, determinar o prosseguimento da ação penal movida contra o recorrido.³²

Neste julgado não unânime, a principal tese sustentada pelos Ministros se refere à impossibilidade de utilização de um ato normativo emanado pelo Ministro da Fazenda para aferição do princípio da insignificância, máxime porque se trata de norma hierarquicamente inferior às leis ordinárias. Segue breve trecho do Ministro Relator Rogério Schietti Cruz:

Afigura-me, assim, inusitada a compreensão de que o Ministro da Fazenda, por meio de portaria, ao alterar o patamar de arquivamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Pública, determine o rumo da jurisdição criminal de outro Poder da República; e, mais ainda, que tal orientação administrativa possa interferir em situações já consolidadas sob a regência de norma anterior. Dito isso, pontuo a obviedade de que o sistema jurídico, para sustentar-se como uma unidade lógica, deve ser interpretado, à luz da teoria kelseniana, como uma estrutura escalonada, em que as normas de escalão superior regulam as normas de escalão inferior.

Os Ministros Nefi Cordeiro e Sebastião Reis Júnior, todavia, votaram de maneira contrária, ou seja, votaram pelo reconhecimento do princípio da insignificância nos termos em que tem se manifestado o Supremo Tribunal Federal. Dois argumentos fundamentaram estes votos, a saber, o argumento de que a insignificância deve ser baseada de acordo com a Portaria nº 75 do Ministério da Fazenda, e o argumento de que as decisões do Superior Tribunal de Justiça devem, por questão de segurança jurídica, seguir a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Estamos discutindo princípio da insignificância. Então, não me parece relevante discutir se o critério da insignificância é trazido por lei, portaria ou ofício. O que importa é definir se o valor, se o bem jurídico é relevante ao ponto de merecer a atuação do Direito Penal na persecução contra um agente que deixe de recolher

³² AgRg no REsp 1492408/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 27/04/2017, DJe 05/05/2017. Grifo acrescentado

tributos. (...) Ora, se o próprio Estado não tem interesse, não tem interesse inclusive por norma, regulação expressa, na execução fiscal de tributos, não serve o Direito Penal para intervir nessa situação. Seria, em termos simples, prender, por sonegar tributo, quem sequer será executado. Isso me parece um contrassenso, uma violação ao princípio da fragmentariedade e uma ideia clara de insignificância. Se, daqui a algum tempo, como imaginou o Sr. Ministro Rogério Schietti Cruz, a Fazenda Pública decidir não cobrar R\$ 100.000,00 (cem mil reais), será insignificante para a Fazenda Pública e será insignificante, sim, para o Direito Penal. (...) E nesse segundo fundamento, já alertei, estamos tendo, sucessivamente, decisões monocráticas, da Suprema Corte, com esse critério, reformando decisões nossas que sejam ainda em sentido contrário.

De fato, conforme mencionado no Capítulo II, não há óbice para que um princípio tenha como uma de suas balizas uma norma de hierarquia infra-legal, mormente porque podem decorrer de uma exigência relacionada à moralidade, ou seja, nem mesmo é necessário que a baliza esteja positiva em um enunciado normativo. O voto dissidente, contudo, incorre em erro afirmar que a lesão é insignificante. Afinal, sequer o Estado trata o valor R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) como insignificante, haja vista que permite a execução fiscal na hipótese contemplada no §6º do art. 1 da Portaria nº 75 do Ministério da Fazenda. O argumento acerca da adoção dos critérios utilizados pelo Supremo Tribunal Federal, a seu turno, é forte. Conforme visto, em um primeiro momento, o Superior Tribunal de Justiça fustigou em seu acórdão a adoção do valor estabelecido na Lei nº 10.522/02, mas acabou hostilizando-o, ao cabo do julgamento, aduzindo que a decisão se baseia "em prol da otimização do sistema, e buscando evitar uma sucessiva interposição de recursos ao c. Supremo Tribunal Federal". Num segundo momento, deixaram de lado este argumento. Se se diz que a jurisprudência da Suprema Corte está mal fundamentada, mas mesmo assim a segue, qual a razão para não segui-la quando supostamente erra uma vez mais?

4. PROPOSTAS PARA UMA NOVA INTERPRETAÇÃO

I - Os Tribunais Superiores, a interpretação construtiva e a integridade

De saída, é imperioso destacar que os Tribunais Superiores têm, entre si, uma divergência teórica³³ quanto ao princípio da insignificância. Ambos concordam que princípios são normas e que o princípio da insignificância tem a finalidade precípua de inviabilizar a configuração da

³³ Acerca da divergência teórica no Direito, ver DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007

tipicidade penal e assim obstaculizar a configuração de um crime. Concordam também que a Lei nº 10.522/02 e a Portaria nº 75 do Ministério da Fazenda estão vigentes e fazem parte do nosso ordenamento jurídico. Evidentemente, há aqui uma divergência que recai sobre os fundamentos e as exigências do princípio da insignificância.

Neste sentido, alguns aspectos fundamentais precisam ser esclarecidos, e as primeiras considerações que faço decorrem da interpretação construtiva, sobretudo da etapa pós-interpretativa. Em primeiro lugar, não há nada no caráter lógico de um princípio que impeça que sua interpretação se baseie em um ato normativo, seja lá qual for sua hierarquia ou esfera de atuação. Disso não decorre, porém, que qualquer conteúdo de um ato normativo informe o padrão de um princípio. Em outras palavras, não é impossível que o princípio da insignificância se ajuste a uma lei de caráter administrativo, assim como não é impossível que o mencionado princípio se ajuste a um ato normativo de *status* infra-legal. O conteúdo destas disposições, todavia, deve se adequar à razão de ser do princípio da insignificância, qual seja, a de evitar uma pena injusta àqueles que, embora tenham praticado uma conduta penalmente típica, não tenham causado lesão que se justifique à pena corporal. Todavia, nenhum razão foi apresentada no sentido de afirmar que a lesão causada ao erário no montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e muito menos de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) seja, em si, insignificante. A tese de que o Estado não tem interesse neste valor é frágil. Considera que o sujeito passivo do crime de descaminho, por um ato de vontade, pode afastar a norma penal. Nem mesmo a vítima de um crime de furto tem esse poder, haja vista tratar-se de crime de ação penal pública que não se condiciona à representação daquele que foi ofendido. Assim, se nem mesmo um particular pode afastar a pretensão do poder punitivo estatal, muito menos poderia o Estado, o qual não age em nome próprio, mas em nome de terceiros. Ademais, não é razoável considerar como insignificante a lesão que corresponde a dez ou vinte vezes mais com relação ao salário mínimo vigente³⁴. São números expressivos. Neste sentido, não há razão para que o princípio da insignificância não seja tratado no crime de descaminho da mesma forma como vem sendo tratado nos crimes de furto. Além das razões já oferecidas para que o tratamento seja mais rigoroso no crime de descaminho, é de bom alvitre consignar que o Brasil celebrou convenção internacional com o Paraguai estabelecendo normas

³⁴ Decreto nº 8.948 de dezembro de 2016: Art. 1º A partir de 1º de janeiro de 2017, o salário mínimo será de R\$ 937,00 (novecentos e trinta e sete reais).

aduaneiras nas quais as partes firmam o compromisso de prevenir e reprimir a prática do crime de descaminho:

OBJETO DA CONVENÇÃO: Constituir um regime para evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda e para prevenir e combater a evasão fiscal; conceder reciprocamente o regime aduaneiro de Depósito Franco e desenvolver esforços para a **prevenção** e **repressão** ao contrabando, ao descaminho e à falsificação de produtos fumageiros, doravante denominado "Convenção Tributário-Aduaneira". (...)

ARTIGO 38

As autoridades aduaneiras e aquelas consideradas pelos Estados Contratantes como competentes empreenderão ações conjuntas de fiscalização e o intercâmbio de informações tendentes à prevenção, investigação e repressão do contrabando, do descaminho e da falsificação de cigarros e outros derivados de fumo, materiais e insumos utilizados para sua fabricação, em consonância com o Artigo 11 do Convênio de Cooperação e Assistência Recíproca entre as Administrações de Aduanas do MERCOSUL relativo à Prevenção e Luta contra Ilícitos Aduaneiros, aprovado pela Decisão Nº 1/97 do Conselho do Mercado Comum.³⁵

Ao firmar expressamente o compromisso de reprimir a prática do crime de descaminho, é incoerente que o Estado, por meio da função jurisdicional, confira tamanha elasticidade ao princípio da insignificância, tratando como insignificante aquilo que supera dez vezes o valor que diversos indivíduos recebem por mês com seu trabalho. Desta forma, da falha na interpretação do princípio da insignificância decorre a ofensa à integridade no direito.

Conforme mencionado no Capítulo III, a concepção do direito como integridade exige que certos padrões sejam seguidos. À primeira vista, temos que a integridade resta ferida pelos Tribunais Superiores na medida em que, no mínimo, tratam casos semelhantes de maneira diferente. Aliás, se os casos tivessem que ser tratados de maneira diferente, chegaríamos à conclusão de que, em crimes de descaminho, o tratamento deveria ser mais rigoroso e portanto a insignificância deveria ser entendida de maneira um pouco mais restrita. Uma objeção poderia ser feita acerca desta conclusão - a de que o fato de que o ordenamento jurídico prevê a hipótese de extinção da punibilidade do agente que cometa o crime de descaminho, mesmo após o trânsito em julgado, significa que tal crime deva ser tratado de maneira mais benéfica. De fato, com a Lei nº 9.249 de 1995, em seu art. 34, previa a hipótese de extinção da punibilidade do agente que,

³⁵ Decreto legislativo nº 972/2003 - convenção para evitar a dupla tributação em matéria de impostos de renda, prevenir e combater a evasão fiscal e sobre matérias aduaneiras entre o governo da República Federativa do Brasil e o governo da República do Paraguai - grifo acrescentado

embora tenha cometido qualquer dos crimes tributários previstos na Lei nº 8.137/90 ou na Lei nº 4.729/65, viesse a realizar o pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia³⁶. Posteriormente, sobreveio a Lei nº 12.382 de 2011, a qual passou a prever a extinção da punibilidade do agente a qualquer tempo:

Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.

(...) § 2º É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no caput, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal.

§ 3º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva

§ 4º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no caput quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento

Conforme se vê, o aludido dispositivo não faz menção ao crime de descaminho, mas apenas aos previstos na Lei nº 8.137/90 e nos arts. 168-A e 337-A, ambos do Código Penal. No entanto, acertadamente o Supremo Tribunal Federal, afirmou que embora o crime de descaminho não tenha sido expressamente contemplado, trata-se de crime de tributário, não havendo razão para afastar a hipótese de extinção da punibilidade quando o pagamento do tributo tiver sido pago:

PENAL. HABEAS CORPUS. DESCAMINHO (ART. 334, § 1º, ALÍNEAS “C” E “D”, DO CÓDIGO PENAL). PAGAMENTO DO TRIBUTO. CAUSA EXTINTIVA DA PUNIBILIDADE. ABRANGÊNCIA PELA LEI Nº 9.249/95. NORMA PENAL FAVORÁVEL AO RÉU. APLICAÇÃO RETROATIVA. CRIME DE NATUREZA TRIBUTÁRIA. 1. Os tipos de descaminho previstos no art. 334, § 1º, alíneas “c” e “d”, do Código Penal têm redação definida pela Lei nº 4.729/65. 2. A revogação do art. 2º da Lei nº 4.729/65 pela Lei nº 8.383/91 é irrelevante para o deslinde da controvérsia, porquanto, na parte em que definidas as figuras delitivas do art. 334, § 1º, do Código Penal, a Lei nº 4.729/65 continua em pleno vigor. 3. Deveras, a Lei nº 9.249/95, ao dispor que o

³⁶ Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.

pagamento dos tributos antes do recebimento da denúncia extingue a punibilidade dos crimes previstos na Lei nº 4.729/65, acabou por abranger os tipos penais descritos no art. 334, § 1º, do Código Penal, dentre eles aquelas figuras imputadas ao paciente – alíneas “c” e “d” do § 1º. 4. A Lei nº 9.249/95 se aplica aos crimes descritos na Lei nº 4.729/65 e, a fortiori, ao descaminho previsto no art. 334, § 1º, alíneas “c” e “d”, do Código Penal, figura típica cuja redação é definida, justamente, pela Lei nº 4.729/65. 5. Com efeito, in casu, quando do pagamento efetuado a causa de extinção da punibilidade prevista no art. 2º da Lei nº 4.729/65 não estava em vigor, por ter sido revogada pela Lei nº 6.910/80, sendo certo que, com o advento da Lei nº 9.249/95, a hipótese extintiva da punibilidade foi novamente positivada. 6. A norma penal mais favorável aplica-se retroativamente, na forma do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal. 7. **O crime de descaminho, mercê de tutelar o erário público e a atividade arrecadatória do Estado, tem nítida natureza tributária.** 8. O caso sub judice enseja a mera aplicação da legislação em vigor das regras de direito intertemporal, por isso que dispensável incursionar na seara da analogia in bonam partem. 9. Ordem CONCEDIDA.³⁷

No entanto, em que pese a hipótese de extinção da punibilidade, mesmo após condenação criminal transitada em julgado, não se pode concluir que o crime de descaminho deva ser tratado de maneira mais benéfica. Pelo contrário, a conclusão que se tem é que a arrecadação de tributo é algo tão fundamental que Estado, na finalidade de incentivar os sujeitos a efetuarem o pagamento dos tributos, deixa de aplicar a sanção penal. Com isto, reforça-se uma vez mais a tese de que o princípio da insignificância no crime de descaminho não deve ser tratado de maneira mais benéfica que o tratamento dado no crime de furto, sob pena de ofensa à integridade no direito.

II - O que exige a integridade?

Na seção anterior defendi a tese de que os Tribunais Superiores se equivocam ao reconhecerem o princípio da insignificância nos casos em que o valor elidido no crime de descaminho se equipara às hipóteses de arquivamento da execução fiscal. Afirmo que a integridade exige consistência no reconhecimento de princípios por parte dos tribunais, e isto significa que, em sendo o crime de descaminho semelhante ao crime de furto, tal princípio deve ter o mesmo tratamento dado a este crime. Sugeri, ainda, que o tratamento diferenciado seria plausível de maneira inversa, ou seja, de que o crime de descaminho deva ter tratamento mais

³⁷ STF, HC 85942, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 24/05/2011, DJe-146 DIVULG 29-07-2011 PUBLIC 01-08-2011 EMENT VOL-02556-01 PP-00078

rigoroso, embora eu não esteja ainda inteiramente convencido acerca desta hipótese. De qualquer forma, a conclusão é de que, em um aspecto, a integridade não está sendo observada e isto é um erro. No entanto, é imprescindível ter em mente que a integridade no direito também exige que os tribunais decidam na mesma trilha de entendimento da Corte Constitucional. Afinal, no Brasil, ao Supremo Tribunal Federal incumbe a interpretação última acerca das normas emanadas pela Constituição Federal³⁸, e o próprio Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a possibilidade de reconhecimento do princípio da insignificância com base no valor outrora reconhecido pelo Supremo, a saber, de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), aduziu que somente seguiria tal orientação por se tratar de interpretação da Corte Constitucional. Neste sentido, segundo a conclusão de que não há que se falar em insignificância em tal valor, a ofensa à integridade decorreria exclusivamente do Supremo Tribunal Federal, estando correta a decisão do Superior Tribunal de Justiça em acompanhar tal orientação. No entanto, ao não seguirem a nova orientação, a integridade resta ferida por duas vias: numa pela falta de consistência no reconhecimento de princípios por parte do Supremo Tribunal Federal, e noutra pela não acatamento, por parte do Superior Tribunal de Justiça, da interpretação da Suprema Corte. Nesta senda, temos que o Superior Tribunal de Justiça, no desiderato de corrigir uma interpretação equivocada, acaba por também errar. A sugestão que faço é de que, embora o Supremo Tribunal Federal cometa erros em suas decisões, os demais tribunais têm o dever de segui-las, haja vista sua soberania decisória constitucionalmente outorgada, sob pena de vivermos em uma jurisdição instável. Desta forma, até que a Suprema Corte reveja seu posicionamento, todos os tribunais, sem exceção, devem reconhecer o princípio da insignificância nos crimes de descaminho nos casos em que o valor elidido seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), embora esta orientação esteja, conforme visto, errada, não havendo espaço para correção de erros com base em outros erros.

III - A alteração de uma interpretação, a integridade e o aspecto temporal

Defendida a tese de que a mudança da interpretação deve partir do Supremo Tribunal Federal, quero lançar uma sugestão talvez inovadora, mas que se compatibiliza com a integridade no direito. Aduzi, com base em Dworkin, que a integridade exige que as decisões judiciais devem ser baseadas em princípios, bem como que as decisões judiciais devem observar a jurisprudência

³⁸ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição.

das cortes constitucionais e que as decisões que adotam um princípio em um caso deve aplicá-lo com mesma intensidade em casos semelhantes. Com base nisso, concluí que, no atual cenário, as duas últimas exigências são descumpridas, e sugeri que, em primeiro lugar, os tribunais devem obedecer a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, e em segundo lugar que este mude sua interpretação, pois está equivocada. Contudo, tenho a impressão de que a mudança radical de uma interpretação deve ser feita com certa parcimônia, máxime quando esta mudança na interpretação traz consequências prejudiciais aos réus em processos penais. Com efeito, afirmo que a primeira exigência da integridade é a de que as decisões devem ser baseadas em princípios, e não em argumentos de conveniência política, e o que defenderei é que a mudança que propus acerca da interpretação do princípio da insignificância no crime de descaminho pode ferir o princípio da legalidade, consagrado tanto na Constituição Federal em seu art. 5º, XXXIX, dispondo que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal." O doutrinador Rogério Sanches Cunha afirma que a legalidade é um dos maiores pilares de um Estado Democrático de Direito:

Conhecido em latim como *nulūmz crimen, nulla poena sine lege*, é mandamento revestido de maior importância num Estado Democrático de Direito, servindo como determinante à subordinação de todos à imperatividade da lei, limitando inclusive o exercício do poder pelo governante³⁹

De fato, o princípio da legalidade, da forma como textualmente está disposto, condiciona a existência de um crime à sua prévia definição em lei *stricto sensu*. Entretanto, trata-se de princípio, passível, portanto, de interpretação construtiva. Desta forma, é lícito concluir que o princípio da legalidade tem como justificativa, ou razão de ser, evitar que as pessoas sejam punidas sem que saibam que sua conduta é penalmente proibida. Desta interpretação, concluo que a melhor interpretação do princípio da legalidade leva em conta não só a lei escrita, mas também as decisões judiciais, pois elas enunciam os casos em que há ou não a configuração de crime, sobretudo as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, se em um viés o princípio da legalidade impede a retroatividade de norma penal que prejudica o réu em processo penal, em outro viés também deve impedir que uma mudança prejudicial de interpretação, tal como propus, também não pode retroagir para trazer efeitos prejudiciais. Assim, se minha proposta de mudança da interpretação estiver correta, e hoje o Supremo Tribunal Federal se

³⁹ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral**. 4ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

deparasse com um julgamento de um crime de descaminho cometido ano passado, cujo valor elidido fosse, por exemplo, de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), a conclusão é de que deveria ser reconhecido o princípio da insignificância.

Não há, nesta sugestão, um apelo a qualquer elemento de conveniência política. Trata-se de uma exigência da integridade que as decisões sejam baseadas em princípios, e uma mudança interpretativa em matéria penal exige que o princípio da legalidade seja observado, pois tal princípio, interpretado em sua melhor luz, compreende não só as leis, mas também, salvo melhor juízo, as decisões proferidas pelos tribunais. O ajuste da integridade, por conseguinte, não deve ser feito a qualquer custo, pois a falta de observância do princípio da legalidade geraria um defeito no próprio ajuste da legalidade. Neste sentido, em que pese seja necessária uma mudança na interpretação do princípio da insignificância nos crimes descaminho, esta mudança deve, primeiramente, ser enunciada, e somente passar a valer para as práticas de descaminho cometidas após a expressa menção da mudança de interpretação pelo Supremo Tribunal Federal.

5 - CONCLUSÃO

Este trabalho partiu da hipótese de que havia uma inconsistência no reconhecimento do princípio da insignificância, por parte dos Tribunais Superiores, no que tange aos crimes de furto e descaminho. Concluiu-se, com base nas ideias de Ronald Dworkin, que os argumentos invocados pelos tanto pelo Supremo Tribunal Federal como pelo Superior Tribunal de Justiça são frágeis na medida em que desconsideram a estrutura lógica dos princípios, sendo que a má interpretação deste princípio acaba por ferir a integridade no direito. Desta forma, foi proposta uma mudança de interpretação no sentido de que a insignificância tenha tratamento igual nos casos de crime de furto e de descaminho. Ao final, foi proposta uma nova interpretação do princípio da legalidade, atrelando-a, também, à jurisprudência, com a finalidade de que a mudança de interpretação proposta não sirva de elemento hábil para retroagir negativamente nos crimes de descaminho cometidos antes da publicação da nova orientação.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. – **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 17^a. ed. São Paulo : Saraiva, 2012.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **O Princípio da Insignificância nos crimes contra o patrimônio e contra a ordem econômica: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal** - Disponível em < <https://blogdovladimir.files.wordpress.com/2011/08/pesquisa-sobre-o-princc3adpio-da-insignificc3a2ncia.pdf>) - Acessado em 31/07/2017
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral**. 4^a ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.
- DWORKIN, Ronald. **Life's dominion - An argument about abortion, euthanasia, and individual freedom**. 1st Vintage Books. New York: Knopf, 1993
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional** - 9^a ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17^a ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015
- HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 3^a ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes
- CUNHA, Alexandre dos Santos; KLIN, Isabela do Valle; PESSOA, Olívia Alves: **Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional**. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/nota_tecnica/111230_notatecnicadiest1.pdf >. Acessado em 30/07/2017