

CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Franciely Vaz da Silva Cordeiro
Marlon Cordeiro
Moisés Lima da Trindade
Pedro Barausse Neto

RESUMO

O Estado sofre agressões, na Ordem Tributária, as quais são tipificadas. Em especial destaca-se o crime de descaminho, que consiste em iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria, sendo o bem jurídico tutelado pela norma a administração pública, em seu interesse fiscal. O presente trabalho buscou, em relação a Ordem Tributária, analisar o Direito Penal, em relação a sua de adaptabilidade e adequação com esta conduta lesiva. Alguns princípios, regem o direcionamento para aplicação das leis e dos demais normativos jurídicos, assim citação o conhecido princípio da insignificância, que neste caso possui certos requisitos para sua aplicabilidade. Assim frente ao crime descaminho, com suas características para a incidência há de se considerar aspectos objetivos, referentes à infração praticada, assim, a mínima ofensividade da conduta do agente; a ausência de periculosidade social da ação; o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; a inexpressividade da lesão jurídica causada, para aí sim o Direito Penal agir, em conformidade com os anseios da sociedade.

Palavras-chave: Ordem Tributária, Crime de Descaminho, Direito Penal, Princípio da Insignificância.

ABSTRACT

The state suffers aggression , in the Tax Order, which are typified. In particular we highlight the embezzlement crime , which is to deceive , in whole or in part , payment of duty or tax due for the entry , exit or by the consumption of goods , and the legal interest protected by the standard administration, in its fiscal interest. This study aimed , for Tax Order , analyze the Criminal Law , for their adaptability and suitability to this harmful conduct. Some principles , regram the direction for implementation of laws and other legal regulations , as well quote the well-known principle of insignificance, which in this case has certain requirements for its applicability . Thus front embezzlement crime, with its features for the incidence is necessary to consider objective aspects , regarding the offense committed , as well , the minimum offensiveness of the agent's conduct ; the absence of social action dangerousness ; the low level of disapproval of the behavior ; the meaninglessness of legal injury caused , then yes to the Criminal Law act in accordance with the desires of society .

Keywords: Tax Order , Crime of Embezzlement , Criminal Law, Principle of Bickering .

INTRODUÇÃO

O Direito Penal é o ramo do direito que tem por objetivo a proteção dos bens jurídicos fundamentais, mediante a criminalização de condutas consideradas lesivas a esses bens jurídicos, conforme destaca o doutrinador Fernando Capez (2004). Diante desta questão, destacam-se o art. 334 do Código Penal de 1940 (Decreto-lei nº 2848), na parte correspondente aos crimes contra a Administração Pública, onde prevê uma conduta delituosa em especial “o *descaminho*”. Trata-se de crime alfandegário, ou seja, mediante o desrespeito às normas elaboradas pela Alfândega em decorrência da transposição das fronteiras de determinado Estado que lesam não só o *Fisco*, mas também a saúde e a economia do país.

O crime de descaminho é um ilícito de natureza fiscal-econômica, ofendendo além de o cofre público, o fisco, a economia nacional. Assim, o princípio da insignificância, no caso, vem a ser utilizado como remédio para retirar a tipicidade da conduta, decorrendo da moderna concepção de Direito Penal, ocorre quando a conduta praticada causar ao bem jurídico tutelado uma lesão mínima, insignificante. Deixando, portanto a conduta de ser típica, não cabendo assim ao Direito Penal.

Ainda, há de se entender que a intenção do princípio não é condenar o indivíduo que traz um produto importado, ultrapassando de maneira esporádica a cota estabelecida para entrada de produtos em território nacional, mas aqueles que fazem das condutas tipificadas no art. 334, uma forma de vida, caracterizando quadrilhas que se utilizam de pessoas que se submetem por necessidade financeira, contribuindo assim para lesar o fisco, diminuindo a arrecadação, prejudicando a economia, saúde e segurança pública.

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Para se entender a aplicação do Princípio da Insignificância em sua aplicação, nada mais lógico que iniciar-se a argumentação com uma noção

básica do que seja um *princípio*, bem como uma leitura de sua aplicação sob a óptica constitucional e penal.

O primeiro obstáculo a ser superado é a própria definição de princípio, autores renomados já enfrentaram tal situação. Rocha (2006, p.53) comenta: "Há uma enorme confusão doutrinária sobre o conceito de princípio. O mais grave é que a maioria dos livros brasileiros nada diz sobre tal conceito, como se tratasse de uma noção objetivamente válida para todos".

A mesma preocupação é anotada por Caldeira (2005, p.40): "A definição de princípio é trabalho árduo, que exige pesquisa profunda sobre a influência dos elementos da filosofia no comportamento, sobretudo, interpretativo das normas jurídicas".

Em síntese, admitindo-se que o direito tem um fundamento, e que este não é de natureza transcendental, mas social, podemos dizer que os princípios são os valores morais, políticos e jurídicos de determinada sociedade proclamados por normas de direito, que denominamos normas principiológicas.

Com maior contundência, Mello (2007. p.932-933) nos apresenta sua definição:

Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Sendo o princípio um fundamento da norma jurídica, nada mais adequado que sua interpretação seja feita dentro de uma orientação voltada ao princípio que a fundamentou, ou seja, ao interpretamos uma norma devemos orientar esta interpretação pelos princípios que fundamentaram tal normativo.

A preocupação com a não banalização da aplicação do Direito Penal, teve amadurecimento mais definidos com Claus Roxin, que apresentou pela primeira vez em 1964 comentários sobre o Princípio da Insignificância. Bitencourt corrobora a presente afirmação: "O *princípio da insignificância* foi cunhado pela primeira vez por Claus Roxin em 1964, que voltou a repeti-lo em sua obra

Política Criminal y Sistema Del Derecho Penal, partindo do velho adágio latino *mínima non curat praetor*" (Bitencourt, 2011. p.51).

Nas palavras do criador do princípio em questão:

[...] a esto pertenece además el llamado principio de la insignificância, que permite en la mayoría de los tipos excluir desde un principio daños de poca importância: maltrato no es cualquier tipo de daño de la integridad corporal, sino solamente uno relevante; análogamente deshonesto en el sentido del Código Penal es sólo la acción sexual de una cierta importância, injuriosa en una forma delictiva es solo la lesión grave a la pretensión social de respeto. Como "fuerza" debe considerarse únicamente un obstáculo de cierta importância. Igualmente también la amenaza debe ser sensible para pasar el umbral de la criminalidad. Si con estos planteamientos se organizara de nuevo consecuentemente la instrumentación de nuestra interpretación del tipo, se lograría, además de una mejor interpretación, una importante aportación para reducir la criminalidad en nuestro país.

Roxin (1972. p.53), ao apresentar o Princípio da Insignificância, demonstra clara preocupação em como o Direito Penal deve ser aplicado, sendo este um ramo do Direito em que a sanção imposta ao agente é a mais inquietante. A esfera penal deve ter seu foco naqueles bens jurídicos elencados como os mais relevantes para a sociedade, deixando a cargo dos demais ramos do direito a aplicação de outras possíveis sanções. Dessa forma, o Direito Penal deve ser utilizado, em última instância, em razão da sua força punitiva, assim como, por suas características de subsidiariedade, fragmentariedade e intervenção mínima.

Mesmo o delito estando tipificado, há de se verificar todo o contexto em que foi praticado, e somente a partir dessa análise viabilizar ou não a atuação penal. Exatamente neste ponto é que devemos estudar a possibilidade de inserção do Princípio da Insignificância no caso concreto. A esse respeito Toledo apresenta a seguinte argumentação:

Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatela (Toledo, 2011. P.133). Fica evidente o caráter de adaptabilidade a que o Direito Penal é submetido, visto que teorias e princípios, que anteriormente eram somente aventados, passam a ter força real. Nesse sentido, Greco (2010, p.03) afirma:

Conceitos modificam-se durante o passar dos anos. É por isso que o Direito Penal vive, como não poderia deixar de ser, em constante movimento, tentando adaptar-se às novas realidades sociais. Em virtude dessa constante mutação, bens que outrora eram considerados de extrema importância e, por conseguinte, carecedores da especial atenção do Direito Penal já merecem, hoje, ser pó ele protegidos.

O Princípio da Insignificância é a concretização de um paradigma que foi superado, no sentido de desenvolvimento e atualização doutrinária e jurisprudencial referente aos delitos que, mesmo enquadrados na seara penal, não apresentam a relevância necessária e com isso afastam a sua tipicidade. Jesus (2001. P.10) é enfático acerca disso, quando diz:

Ligado aos chamados "crimes de bagatela" (ou "delitos de lesão mínima"), recomenda que o Direito Penal, pela adequação típica, somente intervenha nos casos de lesão jurídica de certa gravidade, reconhecendo a atipicidade do fato nas hipóteses de perturbações jurídicas mais leves (pequeníssima relevância material. Esse princípio tem sido adotado pela nossa jurisprudência nos casos de furto de objeto material insignificante, lesão insignificante ao Fisco, maus-tratos de importância mínima, descaminho e dano de pequena monta, lesão corporal de extrema singeleza etc.

Fato interessante, é que houve manifestação do Supremo Tribunal Federal, por meio do *Habeas Corpus* n.º 84.412/SP, tendo como relator o Ministro Celso de Mello, estabelecendo critérios sobre a aplicação do Princípio da Insignificância:

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 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. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR".

A partir desse julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal, o Princípio da Insignificância adquiriu contornos mais sólidos; foram positivados alguns requisitos básicos que norteiam os operadores do Direito em relação a sua aplicabilidade.

O CRIME DE DESCAMINHO

Descaminho é um crime contra a ordem tributária, previsto na segunda parte do art. 334 do Código Penal brasileiro:

Art. 334: "Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria".

Teoricamente, está no pressuposto do ato de importar ou exportar mercadorias permitidas sem o devido respeito à legislação tributária, com o intuito de lesar o fisco.

Para a caracterização do crime de descaminho, faz-se necessário que o agente tente *“iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria”*. O verbo “iludir”, núcleo do tipo do descaminho, remonta ao meio fraudulento, ardil, malicioso, empregado pelo agente a fim de obstar o recolhimento do tributo devido pela entrada ou saída das mercadorias.

O posicionamento de Bitencourt (2004, p. 220) é no sentido de que a simples entrada de mercadorias estrangeiras no país, sem o recolhimento dos impostos alfandegários, já tipifica o crime de descaminho, não havendo a necessidade de prática ardilosa, fraude, por parte do agente visando iludir a fiscalização.

E, ainda, sob a ótica desse autor, observa-se o seguinte entendimento:

Temos certa resistência em admitir a expressão “fraude ou fraudulenta”, na definição do crime, porque o legislador Brasileiro é claro, quando quer, usando literalmente a expressão fraude ou

fraudulenta, ao contrário do que fez na tipificação do descaminho, referindo-se somente em “iludir” o pagamento.

O mesmo jurista defende, também, que a conduta pode ser omissiva ou comissiva. *A contrario sensu*, Rogério Sanches Cunha (2008, p. 411) entende que a simples omissão quando da declaração da quantidade de mercadorias, sem fraude, malícia, ou qualquer outro artifício ardil, não caracterizaria o descaminho, mas apenas uma infração tributária.

Na mesma linha, Fernando Capez (2004) explana:

Entendemos que não basta a entrada ou saída de mercadoria sem o recolhimento do imposto devido, **sendo necessário o emprego de algum meio**, fraudulento ou não, **destinado a iludir, que significa enganar, frustrar, lograr, burlar**, não sendo suficiente a mera omissão no recolhimento do tributo. Tivesse a lei empregado o termo *elidir*, que significa suprimir, aí sim seria suficiente o comportamento omissivo. Não é o caso, contudo, do delito em questão, de modo que o inadimplemento caracteriza o mero débito de natureza fiscal.

Sendo assim, segundo esses autores, não bastaria a conduta omissiva do agente, sendo indispensável um ato comissivo para a caracterização do delito, qual seja, o de iludir, através de fraude ou não, o recolhimento dos direitos alfandegários referentes a entrada e saída de mercadorias lícitas.

O tipo subjetivo do delito é o dolo, que consiste na vontade do agente em praticar a ação nuclear do tipo, no caso do descaminho, *iludir*. O dolo não se presume, antes impõe-se seja comprovado.

Sobre o tema, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. CONFIGURAÇÃO. TIPO SUBJETIVO. ONUS PROBANDI.

I - O delito de descaminho, no tipo subjetivo, exige o dolo de iludir o pagamento do tributo devido, não podendo tal situação ser desprezada, confundindo-a com matéria de interesse extra-penal ou, o que seria pior, aceitando eventual responsabilidade objetiva (Precedentes).

II - Ainda que, na maioria das vezes, conforme dicção da doutrina, o dolo venha a ser demonstrado com o auxílio do raciocínio, tal não se confunde com mera presunção que possa excepcionar o disposto no art. 156 do CPP.

(RECURSO ESPECIAL Nº 259.504 - RN (2000/0049066-0); Relator: Ministro Felix Fischer)

O delito, via aduana, consumar-se-á quando o agente iludir o fisco, liberando a mercadoria sem pagar o imposto devido. Porém, se a entrada ou saída de mercadoria se der em local diverso da aduana, o crime se consumará no momento da saída ou entrada dos produtos no território nacional.

Cunha (2008, p. 412) aduz que “a tentativa ocorre quando o agente, embora tenha empregado os meios necessários, não logra êxito em iludir as autoridades”.

SUJEITOS DO DELITO

O descaminho é considerado crime comum, formal, de forma livre, instantâneo, unissubjetivo e plurissubsistente. Por se tratar de crime comum, o sujeito ativo poderá ser qualquer pessoa, incluindo o funcionário público, desde que não esteja na função fiscalizadora aduaneira. Se assim estiver, incorrerá no crime definido pelo artigo 318, do Código Penal, “*facilitação do contrabando ou descaminho*”. (Bitencourt, 2007. p. 219)

Seguindo o raciocínio, Noronha (1972. p.348) explana:

Difícilmente este é executado por única pessoa. Não que seja plurissubjetivo, mas, dada sua feição, é empresa para várias pessoas. Ainda: comumente há auxílio indispensável de funcionário, que não são co-autores, por praticarem o crime do artigo 318, logo adiante a ser encarado. Entenda-se, entretanto: cometerão tal crime, quando facilitarem o contrabando ou descaminho, infringindo dever funcional; fora disso, se intervierem na prática delituosa serão co-autores, como quaisquer outras pessoas.

O sujeito passivo é logicamente o ESTADO, titular do interesse penalmente protegido, e o prejudicado pela falta do recolhimento tributário. Bitencourt (2007, p.219) vai mais além afirmando que o Estado é representado pela União, Estados-membros, Distrito Federal ou Municípios, e principalmente o erário público e a Receita Federal, na medida em que estes são fraudados no seu orçamento-fiscal.

NATUREZA JURÍDICA DO CRIME DE DESCAMINHO

Conceituar bem jurídico tornou-se um desafio complexo, não só para os grandes doutrinadores do mundo, como também aos pátrios, a exemplo de Aníbal Bruno, Francisco de Assis Toledo, Fragoso, Noronha dentre outros.

Pode-se definir bem jurídico, baseado em Francisco de Assis Toledo (1986, p. 136), como sendo: *“valores ético-sociais que o Direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas”*.

Assim, nota-se que o bem jurídico nada mais é do que valores sociais, éticos, morais e culturais presentes tanto nos indivíduos de forma particular, como em toda sociedade. Esses valores são tão relevantes para a convivência em comum, que obriga o Estado a protegê-los, visando o bem da coletividade.

Entretanto, cabe a indagação - todo bem jurídico necessita da proteção penal? - A resposta é negativa. O bem jurídico vai ser penalmente tutelado quando os outros meios de proteção não forem suficientes ao ponto de resguardá-los de maneira eficaz. Dessa forma, os bens penalmente protegidos serão aqueles que têm maior importância para o indivíduo, e, conseqüentemente para a coletividade.

Manifesta-se Prado (2011) no sentido de que:

Do exposto ressaí que a ingerência penal deve ficar adstrita aos bens de maior relevo, sendo as infrações de menor teor ofensivo sancionadas, por exemplo, administrativamente. A lei penal advirta-se, atua não como *limite* da liberdade pessoal, mas sim como seu *garante*.

Consoante explanado, o Direito penal garantirá a proteção de certo bem jurídico, desde que ele seja demasiadamente relevante para o indivíduo e para a sociedade. Cabe agora compreender qual o bem jurídico tutelado no crime de descaminho e se ele tão ofensivo ao ponto de necessitar

da intervenção direta do Direito Penal, sem, primeiramente, transpor a esfera administrativa.

BEM JURÍDICO TUTELADO NO CRIME DE DESCAMINHO

Segundo Durval Carneiro Neto, há divergências jurisprudenciais no que tange à natureza jurídica do descaminho, haja vista estar tipificado no Código Penal como crime contra a administração pública, e, assim sendo, não seria propriamente um *crime contra ordem tributária* de que trata a Lei n. 8137/90.

Nessa linha, a conservadora jurisprudência e doutrina entendem que o bem jurídico tutelado no crime de descaminho, de forma genérica, seria a Administração Pública, enquanto que o bem jurídico específico, seria representado pelo interesse da Fazenda em ver pago o seu Tributo, pela segurança da importação e exportação, pelo bem estar econômico, pela moralidade pública e também pela proteção dos interesses da indústria nacional. Segundo Bitencourt (2007, p.219), a tendência atual é de criminalizar a fraude contra o fisco, dessa forma, seria pouco provável que a legislação contemporânea deixasse de criminalizar o contrabando e o descaminho, em razão de entenderem que esses delitos ofendem mais do que apenas a Administração Pública e o erário público, mas também atingem a soberania nacional.

Nesse prisma, infere-se que, embora os doutrinadores citados reconheçam o interesse fiscal no crime de descaminho, o Estado não visa proteger tão somente a arrecadação de tributos, mas também a soberania estatal e a segurança nacional. Na prática, todavia, com o crime de descaminho ficam essencialmente comprometidos os recolhimentos tributários do II e IE (imposto de importação e exportação); do IPI (Imposto de produtos industrializados) e do ICMS (imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços), o que, a bem da verdade, reflete apenas uma “sonegação fiscal”.

Nesse passo, em sentido contrário às teses acima expostas, e ainda em minoria, alguns juristas e doutrinadores enxergam que o Descaminho

seria meramente um crime tributário, haja vista abranger exclusivamente o interesse da Fazenda em ver seu tributo recolhido, razão pela qual mereceria o mesmo tratamento dos crimes abarcados pela Lei 8137/90, já que os bens jurídicos protegidos são idênticos. Pagliaro e Costa Jr (2009, p.237), asseveram que o descaminho afeta unicamente os cofres públicos, tendo essencialmente natureza fiscal, sendo um “contrabando contra o fisco”.

LEGISLAÇÃO

O crime de descaminho vem tipificado no Código Penal Brasileiro no art. 334:

Art. 334. Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

§ 1º Incorre na mesma pena quem: (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

I - pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei; (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

II - pratica fato assimilado, em lei especial, a descaminho; (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

III - vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem; (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

IV - adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos. (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

§ 2º Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências. (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

§ 3º - A pena aplica-se em dobro, se o crime de contrabando ou descaminho é praticado em transporte aéreo. (Incluído pela Lei nº 4.729, de 14.7.1965)

§ 3º A pena aplica-se em dobro se o crime de descaminho é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial. (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

O crime de descaminho, Fuhrer e Fuhrer (2010. p.333-334) fazem o seguinte apontamento sobre o crime de descaminho:

Descaminho (ou Contrabando Impróprio). É uma fraude aduaneira consistente na frustração, no todo ou em parte, do pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou consumo de mercadoria não proibida. A fraude embora o núcleo do tipo de descaminho seja *iludir*, que tem a conotação de fraude, a corrente jurisprudencial predominante tem dispensado a demonstração do engodo e da vontade de burlar o Fisco, contentando-se apenas com a omissão consciente do pagamento do tributo devido.

O crime de descaminho está diretamente ligado à frustração no recolhimento do tributo devido ao fisco, é essencialmente uma sonegação fiscal que atinge a ordem tributária. Nucci (2011, p.1063-1064) corrobora este entendimento quando diz:

[...] *iludir* (enganar ou frustrar), no todo ou em parte, o pagamento de imposto (é uma espécie de tributo, isto é, prestação monetária compulsória devida ao Estado em virtude de lei) ou direito (outros pagamento necessários para a importação ou exportação de mercadorias, como a tarifa de armazenagem ou a taxa para liberação da guia de importação) ou devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo (ICMS, por exemplo) de mercadoria, aperfeiçoando o *contrabando impróprio*.

Ratificando posicionamento doutrinário em relação ao verbo nuclear do delito de descaminho, Prado (2011, p.314.) faz o seguinte apontamento:

O descaminho, a seu turno, está expresso pelo verbo *iludir* (núcleo do tipo), que denota a ideia de enganar, de burlar, de fraudar. Verifica-se, assim, no tipo de injusto, que a conduta incriminada consiste em fraudar, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devidos pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria.

Algumas conclusões podem ser deduzidas a partir dos conceitos anteriormente expostos sobre o crime de descaminho, cada doutrinador adota uma sequência e relação das características mais marcantes do delito em pauta, entretanto, em razão da não unanimidade e uniformidade, é salutar a exposição da classificação apresentada por Nucci (2011, p.1065):

Comum (próprio nas formas previstas no parágrafo 1.º, c e d), formal (material, quando se concretizar as condutas "vender" ou "utilizar, em

proveito próprio, do parágrafo 1.º, c, ou os modos "adquirir", "receber" e "ocultar" do parágrafo 1.º, d), de forma livre, comissivo (pode ser omissivo na modalidade "iludir o pagamento"), instantâneo (permanente nas formas "expor à venda", "manter em depósito" e "ocultar"), unissubjetivo, unissubsistente ou plurissubsistente, conforme o caso.

A seguir, faz-se menção apenas a algumas dessas características básicas:

- o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, uma vez que se trata de um delito comum, não há qualquer especificidade em relação ao agente para a prática do delito;

- o sujeito passivo será o Estado, tendo em vista o interesse público no recolhimento do tributo incidente sobre a mercadoria que está entrando ou saindo do país;

- objeto material, nas palavras de Damásio de Jesus "Trata-se de mercadoria cuja entrada ou saída de nosso território é permitida. O sujeito, contudo, fraudar o pagamento do tributo exigido. Assim, na importação é obrigatório o pagamento de direito e do ICM, se exigido por lei. Na saída da mercadoria é devido o imposto de exportação. Cometendo o delito, o sujeito ilude, engana o Poder Público, deixando de efetuar o pagamento devido mediante expediente fraudulento; (Jesus, 2001. p.987)

- elemento subjetivo do tipo será sempre o dolo, uma vez que existe a vontade livre e consciente do agente em *iludir*, fraudar o pagamento do tributo devido incidente sobre a mercadoria, tal assertiva é ratificada por Mirabete (2001, p.387) quando explica "[...] já se decidiu, também, que, sem o ânimo de lesar o fisco, não se tem como configurado o crime de descaminho, tanto mais quando cobrados pelo menos em parte os direitos relativos às mercadorias trazidas do estrangeiro".

Diante de tais apontamentos, o delito de descaminho em sua forma pura será de fácil identificação, não restando senão pequenas nuances que deverão ser analisadas no caso concreto. Tais considerações dizem respeito ao *caput* do art. 334 do Código Penal.

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE DESCAMINHO RELEVÂNCIA ECONÔMICO CRIMINAL E SOCIAL DO FATO

Os capítulos anteriores abrangeram de forma separada o Princípio da Insignificância e o crime de Descaminho, isso se fez necessário para dar maior fundamento e clareza no entendimento, quando aplicamos tal princípio no referido delito, afastando a tipicidade material do fato, como já explicamos anteriormente.

Apenas a título de reforço, uma vez que já foi explorado o assunto no presente trabalho, o princípio da insignificância terá sua aplicação quando estiverem presentes as seguintes condições: (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

O crime de descaminha estará configurado pelo ato de fraudar, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devidos pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria.

Neste ponto é obrigatória a leitura do artigo 20 da Lei n.º 10.522/02, de 19 de julho de 2002, que até pouco tempo servia de parâmetro sobre a aplicabilidade do princípio da insignificância no crime de descaminha, o retromencionado artigo diz:

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). (Redação dada pela Lei n.º 11.033, de 2004)

Em outros termos, não existe interesse da União em movimentar toda a máquina administrativa e possivelmente judicial, nos casos em que as execuções fiscais de débitos inscritos na dívida ativa sejam de valor igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Este valor era considerado o

limite legal, para afastar tipicidade material do delito de descaminho quando praticado, com fundamento no Princípio da Insignificância.

Recentemente, mais precisamente no dia 26 de março de 2012, foi publicada a Portaria n.º 75/2012 do Ministério da Fazenda, que ampliou o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) afastando o ajuizamento da execução fiscal dos débitos com a Fazenda Nacional cujo montante seja igual ou inferior ao novo valor estipulado pela União. O artigo 1.º inciso I, da respectiva Portaria, delimita um novo parâmetro fiscal para o não ajuizamento da execução, caso os valores envolvidos sejam iguais ou inferiores a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais); tal entendimento é transportado para o crime de descaminho, desde que os valores fraudados estejam adequados dentro destes parâmetros. Como dissemos, é extremamente recente este novo posicionamento da Fazenda Nacional.

Da mesma forma, como já foi dito, é farta a jurisprudência nos Tribunais Superiores sobre este assunto, ratificando posição majoritária da doutrina. Como exemplo deve ser mencionado o *Habeas Corpus* 104407/DF - DISTRITO FEDERAL:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE DESCAMINHO (ART. 334 DO CP). TIPICIDADE. INSIGNIFICÂNCIA PENAL DA CONDUTA. TRIBUTO DEVIDO QUE NÃO ULTRAPASSA A SOMA DE R\$ 3.339,00 (TRÊS MIL, TREZENTOS E TRINTA E NOVE REAIS). ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. ÓBICE DA SÚMULA 691/STF. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

O excepcional jurista Nucci (2011, p.1065), quando comenta sobre o crime de descaminho em conjunto com o Princípio da Insignificância no seu manual de Direito Penal, faz as seguintes considerações sobre o tema:

[...] pode-se aplicar, nesse contexto, o princípio da insignificância. A introdução, no território nacional de mercadoria proibida, mas em quantidade ínfima, ou o não pagamento de pequena parcela do imposto devido configuram típicas infrações de bagatela, passíveis, conforme o caso, de punição fiscal, mas não penal. A competência é da Justiça Federal, pois o imposto ou direito a ser recolhido, como regra, destina-se à União, além de que, na maioria dos casos, ocorrer o delito em região alfandegária, cuja jurisdição é federal.

O Superior Tribunal de Justiça, em consonância com a doutrina, e analisando as particularidades do princípio da insignificância concomitante com o delito de descaminho, apresenta posicionamento

semelhante ao adotado no Supremo Tribunal Federal, e o agravo regimental no recurso especial 1284291/PR confirma esta afirmação:

Ementa. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. CRIMINAL. DESCAMINHO. QUANTUM INFERIOR A R\$ 10.000,00. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. POSSIBILIDADE. ART. 20 DA LEI N.º 10.522/2002. SÚMULA 83/STJ.

Prado (2011, p.321) é enfático no seu posicionamento, quando apresenta seus argumentos sobre a aplicação do Princípio da Insignificância no crime de descaminho. Assim comenta o ilustre jurista:

Convém salientar, por oportuno, que, tratando-se do denominado "descaminho de bagatela", exclusivamente no caso em que a lesão ao fisco seja considerada de pequeno valor, não há obstáculos teóricos para propugnar a extensão por analogia a este tipo penal, da normativa atual que regula a Extinção da Punibilidade. Esse Posicionamento tem como resultado imediato, direcionar o sistema penal aos crimes que verdadeiramente ocasionem um sério prejuízo ao erário público e conseqüentemente à sociedade, refletindo diretamente sobre a máquina judiciária que dispensaria a instauração de centenas de ações penais.

Novamente demonstramos que existe coerência sobre o assunto entre os Tribunais, conforme se depreende de um julgamento do Tribunal Regional Federal da 1.^a Região referente a interposição de uma apelação criminal:

Processo: ACR 0003165-14.2001.4.01.3700/MA; APELAÇÃO CRIMINAL Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO Revisor: JUIZ FEDERAL MURILO FERNANDES DE ALMEIDA (CONV.) Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA Publicação: e-DJF1 p.890 de 11/11/2011 Data da Decisão: 24/10/2011 Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Juiz Federal Murilo Fernandes de Almeida, negou provimento à apelação para manteve a absolvição da acusada. Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONTRABANDO/DESCAMINHO. ART. 334 DO CP. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. MERCADORIA APREENHIDA DE VALOR INEXPRESSIVO. R\$ 5.601,96. LEI 10.522/02. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. 1. Não indicando o Ministério Público o quantum do imposto cujo pagamento o réu tentou frustrar e não havendo nos autos qualquer documento indicativo do valor do tributo devido pelo acusado, deve-se adotar o valor das mercadorias como critério de aplicabilidade do princípio da insignificância, pois não cabe ao juiz buscar provas fora dos autos. 2. A Lei nº 10.522/02, alterada pela Lei nº 11.033/2004, estabeleceu, em seu art. 20, que somente serão executados os débitos inscritos na 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). 3. Aplica-se o princípio da insignificância quando o crime de descaminho ou de contrabando, ou seja, a importação ou exportação de mercadoria proibida e a ilusão, no todo ou em parte, do pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria, abranja bem cujo valor seja inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil). 4. Apelação não provida.

Os argumentos apresentados neste capítulo, tanto doutrinários como jurisprudenciais, buscaram demonstrar a aceitação da aplicação do princípio da insignificância no delito de descaminho.

Fator que adquire extrema relevância é o novo posicionamento adotado na Portaria n.º 75/2012 MF, que aumentou consideravelmente o *quantum* a ser considerado para os casos de execução fiscal, afastando a atuação da Fazenda Nacional para 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).

Como existe uma ligação muito íntima neste caso entre a legislação tributária e o crime de descaminho, certamente serão construídas decisões jurisprudências com fundamento no art. 2.º Parágrafo único do Código Penal, ou seja, os condenados anteriormente por este delito, em que os valores fraudados se encontram entre R\$ 10.000,00 (dez mil reais), e igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) terão a benesse deste novo posicionamento.

Deixando mais nítida esta linha de pensamento, o artigo retromencionado, em especial o seu parágrafo único, diz:

Art. 2.º Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

As fundamentações apresentadas devem ser transportadas do âmbito tributário, com a fixação desses novos parâmetros, e assimiladas dentro da seara penal, de modo a ratificar os princípios que regem o Direito Penal, como o de subsidiariedade, fragmentariedade, *ultima ratio*, já explorados anteriormente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho em primeiro plano buscou, de forma extremamente sucinta, demonstrar o desenvolvimento do Direito Penal num contexto com seu grau de adaptabilidade e adequação em paralelo com o próprio crescimento da sociedade, junto com as transformações a que está submetida. Esse seu caráter flexível possibilita a assimilação de novas tendências e ideias que refletem os anseios sociais, e a aplicação do princípio da insignificância no delito de descaminho é prova real desta afirmação.

Em primeiro lugar, fez uma contextualização do conceito de princípio de modo genérico, bem como a interpretação que deve ser dada dentro de uma leitura sob a égide constitucional. Por meio dos princípios é que será dado o direcionamento para aplicação das leis e dos demais normativos jurídicos. Neste mesmo capítulo foi apresentado o princípio da insignificância ou bagatela, um breve relato sobre o seu surgimento, bem como os requisitos necessários para sua aplicabilidade.

Basicamente no último capítulo foram apresentadas posições doutrinárias e jurisprudenciais que corroboram o nosso entendimento, que sim, é extremamente possível a aplicação do princípio da insignificância no delito de descaminho, desde que estejam presentes os requisitos necessários para sua configuração.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** - Parte Especial. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. (2011) **Tratado de direito penal**. 16.ed. São Paulo: Saraiva.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 2.^a Região. **Apelação Criminal n.º 2004.51.01.490289-0/RJ**. Segunda Turma, Relator: Desembargadora federal Liliane Roriz, 09/03/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nr. 100942/PR**. Primeira Turma, Relator: Ministro Luiz Fux, 09/08/2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. 1.^a Região. **Apelação Criminal n.º 0003165-14.2001.4.01.3700/MA**. Terceira Turma, Relator: Desembargador federal Tourinho Neto, 24/10/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 104407/DF**. Segunda Turma, Relator: Ministro Ayres Britto, 05/12/2011.

CALDEIRA, Adriano. (2005) **Direito processual civil**. 2.ed. São Paulo: Barros, Fischer & Associados.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – parte especial**. Saraiva, 2004.

CUNHA. R. S. (2008) **Direito Penal: parte especial**. v. 3. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais.

Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

FUHRER, Maximiliano Roberto Ernesto; FUHRER, Maximilianus Cláudio Américo. **Código penal**: comentado. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRECO, Rogério. (2010) **Curso de direito penal: parte geral**. 12.ed. Rio de Janeiro: Impetus.

JESUS, Damásio E. de. **Código penal anotado**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

JESUS, Damásio E. de. (2001) **Direito penal**: parte geral. 24.ed. São Paulo: Saraiva.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. (2007) **Curso de direito administrativo**. 24.ed. São Paulo: Malheiros.

NORONHA, E. M. **Código Penal Brasileiro Comentado**. v. 4. São Paulo. Saraiva.

NUCCI, Guilherme de Souza. (2011) **Manual de direito penal**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

PRADO, Luiz Regis. (2011) **Direito penal econômico**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

ROXIN, Claus. (1972) **Política criminal y sistema del derecho penal**. Tradução de Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch.

ROCHA, José de Albuquerque. (2006) **Teoria geral do processo**. 8.ed. São Paulo: Atlas.

TOLEDO, Francisco de Assis. (2011) **Princípios básicos de direito penal**. 5.ed. 16. tiragem. São Paulo: Saraiva.

TOLEDO, F. de A. **Princípios básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva.