



Da insignificância penal e sua aplicação no delito de descaminho: uma abordagem à luz da Lei nº 10.522/2002

LAIS PEREIRA DOS SANTOS
Advogada

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar a aplicação do princípio da insignificância no delito de descaminho, previsto no art. 334 do Código Penal sob a ótica da lei nº 10.522/2002, atualizada pelas Portarias 75 e 130/2012 do Ministério da Fazenda. Verificou-se que os dois instrumentos normativos apresentam parâmetros divergentes para a insignificância penal e, diante disso, foi examinado qual o valor adotado pelos nossos tribunais e

quais requisitos caracterizam o delito como bagatela. Além disso, desenvolveu-se um estudo acerca da portaria administrativa, com o fito de se verificar se o referido ato administrativo seria meio hábil a alterar a legislação ordinária. Ademais, foi analisada a conduta, sujeito, objeto material e jurídico e classificação do descaminho, incluindo os benefícios penais aplicáveis ao caso. Verificou-se ainda, quais tributos sonegados estão contidos no crime e sua importância para a indústria nacional, bem como para a destinação de melhorias nos serviços públicos. Por fim, concluiu-se que a ausência de atuação do Direito Penal, nesse contexto, aumenta o número de práticas delituosas, além de não tutelar o bem jurídico presente no crime.

Palavras-chaves: princípio da insignificância - descaminho - Lei 10.522/2002.

Abstract: The present work aims to analyze the application of the principle of insignificance in the offense of smuggling, foreseen in art. 334 of the Penal Code under the terms of Act 10,522 / 2002, updated by Ordinance 75 and 130/2012 of the Ministry of Economy. It was found that the two normative instruments present divergent parameters for the criminal insignificance and, on the basis of this, it was examined the value adopted by our courts and what requirements characterize bagatelle crime. In addition, a study was carried out on the administrative order, in order to verify if said administrative act would be able to amend the ordinary legislation. In addition, the conduct, subject, material and legal object and classification of the offense, including the criminal benefits applicable to the case, were analyzed. It was also verified, what tax evasion is contained in the crime and

its importance for the national industry, as well as for the destination of improvements in the public services. Finally, it was concluded that the lack of action of Criminal Law, in this context, increases the number of criminal practices, besides not protecting the legal value present in the crime.

Keywords: principle of insignificance - smuggling - Act 10.522 / 2002

Introdução

É sabido que o Direito Penal deva atuar como *ultima ratio*, isto é, sua atuação deve se restringir ao esgotamento das possibilidades de solução de determinado ilícito perante outros ramos do Direito. Nesse contexto, vislumbra-se a aplicação do princípio da intervenção mínima, segundo o qual o Direito Penal deve atuar

somente na tutela de bens jurídicos indisponíveis, que, segundo Válder Kenji Ishida “constitui-se em um princípio de ordem política, que vincula o legislador antes da elaboração da própria lei”.¹

Partindo-se dessa premissa, importa destacar o desencadeamento de outros dois princípios decorrentes aplicáveis ao objeto deste trabalho, quais sejam, a *fragmentariedade* e a *insignificância*. No princípio da fragmentariedade, o Direito Penal seleciona os temas de maior relevância social para tutelar no ordenamento jurídico. A proteção que esse ramo do Direito dá aos bens jurídicos existentes não é absoluta, visto que, antes de inseri-los no texto normativo, faz um juízo de valor das questões mais significativas que ensejam proteção. É o princípio que impõe limites

¹ ISHIDA, Válder Kenji. *Bem jurídico penal moderno*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 86.

à atuação penal. Por essa razão, não é à toa que o legislador fez inserir no texto penal a proteção à Administração Pública, em face do imposto sonegado a título de importação e/ou exportação. É nítido que a tipificação do crime de descaminho visou evitar fraude na formação do erário e consequente afetação na destinação de melhorias à sociedade.

Assim, uma vez tipificado o delito em comento no Código Penal, é indiscutível que sua inserção na lei possui relevância social significativa, razão pela qual não se admite infringência da norma, sob pena de ensejar a atuação penal. Por outro lado, o princípio da insignificância dispõe que o Direito Penal não deve se preocupar com bagatelas, ninharias, cujo efeito da lesão jurídica causada em desrespeito a algum tipo penal seja insignificante e inexpressivo. Contudo, é contraditória a aplicação desse princípio em relação ao

descaminho, tendo em vista que ao não processar o crime, o Estado abre mão de punir quem viola conduta típica que tem por objetivo garantir captação de recursos que fomentam os benefícios à população, além de dispor daquilo que não o pertence, já que os tributos embutidos no delito são públicos. Há uma lei de 2002 (nº 10.522), que será melhor analisada no capítulo III, que prevê que as execuções fiscais ajuizadas para a cobrança de débitos inscritos em Dívida Ativa da União poderão ser arquivadas se o valor por elas executados for igual ou inferior a R\$ 10.000,00. No entanto, dez anos depois foi editada uma portaria que elevou o valor contido na lei de dez para vinte mil reais.

Diante disso, muitos magistrados passaram a entender que o parâmetro para insignificância penal, no caso de descaminho, passou a ser de R\$ 20.000,00, sem considerar que a edição de uma portaria

não tem o potencial de derrogar disposição contida em lei. O fundamento utilizado pelos juízes para se absterem de levar o processo criminal adiante, consiste no fato de que se a cobrança da dívida não interessa à Administração Pública, com menos rigor interessará ao Direito Penal, tendo em vista que o principal interessado está dispondo de sua prerrogativa de cobrar os débitos provenientes de tributos.

No entanto, importante ressaltar que o juiz não está atrelado à seara fiscal, por isso, ainda que a Fazenda Nacional deixe de executar os débitos decorrentes da fraude constante no descaminho, poderá receber a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal e processar o réu. No nosso entendimento, um dos argumentos que motivam a atuação do Direito Penal no caso em apreço se dá pelo vultoso valor que se está abrindo mão, que pode chegar até R\$ 20.000,00. Este valor de longe

pode ser considerado insignificante. De igual forma, os R\$ 10.000,00 estipulados pela lei n.º 10.522/2002. Ademais, a atuação do Direito Penal representará proteção aos interesses do povo - que foi ignorado por outro ramo do Direito -, de modo a causar uma reprimenda no crime de descaminho. Isso porque, os princípios basilares do Direito Administrativo constituem-se da indisponibilidade do interesse público e supremacia do interesse público sobre o privado, logo a edição de uma lei que autorize a dispensa da cobrança de débitos fiscais representa flagrante violação dos direitos do povo, uma vez que tais valores são revertidos em prestação de serviços a toda população.

É fato que o Direito Penal não recuperará a porção sonegada, no entanto, sua atuação, que gera temor social, evitará que demais práticas ilícitas desse contexto possam ser praticadas. Destaca-se que sua

inércia corroborará para maior impunidade no País, já que diante da conduta típica haverá tão somente o reconhecimento da atipicidade material da conduta, isto é, não haverá crime. Importante ressaltar que não adotamos posição estritamente legalista, no sentido de que aquilo previsto em lei deva ser cumprido a qualquer custo, contudo, no caso peculiar do descaminho, há um bem maior a se proteger, e isso não está sendo levado em consideração e uma vez existente a previsão na legislação penal sobre a ilicitude da conduta de deixar de pagar impostos pela entrada ou saída de produtos, cabe ao direito penal tutelar o interesse social. Se houve inserção do texto penal é porque, de fato, os tributos sonegados ensejam proteção.

Feitas tais considerações iniciais, passaremos a análise mais detalhada do presente tema.

1. Da insignificância penal

Etimologicamente, a palavra princípio representa a origem de algo, o começo, o ponto de partida de determinada ação ou coisa. A partir da adoção de um princípio pela sociedade, sua violação importa gravame superior à infringência de lei. Noutras palavras, violar um princípio é mais grave do que violar um ato legal, visto que por detrás daquele há um recheado de direitos fundamentais considerados pela sociedade como algo intangível. Segundo Robert Alexy, “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”.² Complementa conceituando-os como mandamentos de otimização, ou se-

² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

ja, normas que determinam a realização de algo na maior medida possível, conforme possibilidades jurídicas e fáticas. Nesse sentido, falar em princípio da insignificância penal significa dizer que determinada conduta não tem o potencial de incidir na tipicidade material do delito (adequação do fato ao tipo, capaz de lesar o bem jurídico protegido), ainda que haja tipificação formal (previsão legal), pois, a lesão causada é insuficiente e insignificante para gerar a tipificação completa do crime. Afastando-se a lesão ou ameaça de lesão do agente da tipicidade material do crime, o fato torna-se atípico.

A ideia do princípio da insignificância recai na própria existência do crime, tendo em vista que, por considerar que determinadas condutas ou resultados tem baixo potencial ofensivo, não merece a atenção do Direito Penal circunstâncias que não repercutam significativamente na

órbita jurídica. Importante esclarecer que quando há a aplicação desse princípio o ordenamento jurídico não está dizendo que a conduta considerada insignificante está correta e de acordo com os valores éticos da sociedade, pelo contrário, um ilícito foi praticado, deve ser reprovado, mas com cautela.

Para o reconhecimento da insignificância penal devem ser desconsideradas as características pessoais do agente, antecedentes, etc., considerando que o princípio é objetivo.³ E, para melhor compreensão conceitual acerca do princípio da insignificância preferimos defini-lo como sendo o princípio aplicável nos casos em que se constata a ausência de lesão jurídica ao bem tutelado pelo crime, de tão íni-

³ GOMES, Luiz Fávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 21-22.

ma que é a conduta ou o resultado produzido. Assim, estando o Direito Penal habilitado a atuar somente em *ultima ratio*, quando há o esgotamento das possibilidades de solução da demanda perante outros ramos do Direito, não deve se preocupar com bagatelas.

O princípio da insignificância penal não se confunde com o da irrelevância penal do fato. De acordo com Luiz Flávio Gomes, ambos os princípios “servem de base (de suporte) para, em alguns casos, afastar a responsabilidade penal quando se trata de infração bagatelar”.⁴ A grande diferença entre os princípios reside no fato de que o primeiro é causa de exclusão de tipicidade (material) do crime, ou seja, reconhece-se que não há crime, enquanto que o segundo há a tipicidade, mas exclui-se a punição concreta do fato.

⁴ GOMES, Luiz Fávio. *Op. cit.*, p. 34-35.

Hodiernamente, a aplicação do princípio da insignificância tem se tornado cada vez mais proeminente, tendo em vista que o juiz atual não possui aquela visão estreita e legalista do passado. Nesse contexto, Claus Roxin,⁵ idealizador desse princípio, afirma que antes de o julgador aplicar uma pena deve observar o meio menos gravoso. Elenca três alternativas para a substituição da pena criminal: i) aplicação de indenização civil, a fim de reparar o prejuízo causado; ii) aplicação de medidas de direito público (p. ex., sanções advindas do poder de polícia) e iii) tratar um crime como contravenção prevendo sanções pecuniárias em vez de pena.

Impõe-se agora analisar as espécies de infração bagatelar. A respeito do tema,

⁵ ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 52.

Luiz Flávio Gomes⁶ conceitua duas espécies de infração bagatelar, quais sejam: própria e imprópria. A primeira espécie está intimamente ligada ao princípio da insignificância ou bagatela, uma vez que a infração já nasce irrelevante para o Direito Penal. O fato é atípico, resultando na atipicidade material, isto é, afastando-se o crime. Nessa espécie, tanto a ação quanto o resultado (ou ambos) não apresentam valor na seara penal, portanto, o agente não sofre punição, a não ser que seja responsabilizado em outros ramos do Direito (civil, trabalhista, administrativo, etc.).

O exemplo citado pelo renomado jurista,⁷ possibilita uma melhor compreensão acerca da infração bagatelar própria. Numa inundação dolosa (muito grave), quem ajuda o autor do fato (intencional)

⁶ GOMES, Luiz Fávio. *Op. cit.*, p. 19.

⁷ *Ibid.*, p. 20-21.

com o derramamento de um copo d'água não pode ser punido como coautor. Um copo d'água que é agregado a 10 milhões de litros d'água não significa absolutamente nada. O desvalor da ação, nesse caso, é absolutamente indiscutível. Ainda que o delito (inundação) tenha sido devastador (tendo prejudicado dezenas de moradores e de propriedades vizinhas), a ação absolutamente ínfima do agente (copo d'água) afasta a incidência do Direito Penal. Assim, para essa espécie, o fato, não obstante seja um ilícito, não encontra guarda penal (tipicidade penal excluída), logo, resta caracterizada a sua atipicidade (não há crime).

O fundamento que norteia a infração bagatelar própria (insignificância) não está expresso em nenhum texto legal, enquanto que na imprópria (irrelevância penal do fato) o artigo 59 do Código Penal apresenta uma série de requisitos que exercem in-

fluência na aplicação da pena, podendo ser dispensada quando não for hábil a reprovar e prevenir o delito. Já a infração bagatelar imprópria relaciona-se com o princípio da irrelevância penal do fato, cujo ilícito tem importância para o Direito Penal, mas a aplicação da pena torna-se desnecessária (princípio da desnecessidade da pena). A sentença a ser proferida pelo juiz tem a mesma natureza jurídica daquela que concede o perdão judicial⁸ ⁹ (declaratória da extinção da punibilidade).

Embora não haja previsão expressa no ordenamento jurídico a respeito do princípio da insignificância, sua criação é de origem doutrinária e hoje, mais do que nunca, tem forte aplicação jurisprudencial.

⁸ *Ibid.*, p. 49.

⁹ Súmula 18 do STJ: A sentença concessiva do perdão judicial e declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório.

A bem da verdade, a legislação brasileira prevê duas hipóteses mitigadas que são equiparadas ao princípio da insignificância. Estão contidas no Código Penal Militar, que possibilitam ao juiz considerar a conduta típica como infração disciplinar. A primeira diz respeito à lesão corporal levíssima, prevista no art. 209, §6º e a segunda ao furto simples, previsto no art. 240, §1º, do CPM.

Quanto ao aspecto histórico, é inegável que haja controvérsias acerca do surgimento desse princípio, tanto é que Diomar Ackel Filho¹⁰ afirma que sua aplicação data desde o Direito romano por meio da existência do brocardo jurídico *minima non curat praetor* (o pretor não cuida de coisas pequenas). Luiz Flávio

¹⁰ ACKEL FILHO, Diomar. *O princípio da insignificância no Direito Penal*, JTACCrImSP, v. 94. 1988. p. 73.

Gomes¹¹ também consente sobre a antiguidade desse princípio quando reconhece a sua repercussão pelo menos desde o século XIX, mas também, junto com outros autores como Cezar Roberto Bitencourt,¹² é enfático ao atribuir a Claus Roxin a responsabilidade por ter cunhado pela primeira vez, no ano de 1964, a insignificância penal em sua obra *Política Criminal y Sistema Del Derecho Penal*. E, não menos importante mencionar, Maurício Antonio Ribeiro Lopes pontua sobre a origem desse princípio relacionado a questões patrimoniais. Aduz que durante o fim da primeira e início da segunda guerra mundial, com a crescente crise econômica que se alastrou pela Europa, começaram a surgir os pequenos delitos de bagatela -

¹¹ GOMES, Luiz Fávio. *Op. cit.*, p. 53- 54.

¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. - Parte Geral*. 23.ed. São Paulo: Saraiva. 2017, v. 1, p. 62.

subtração de bens de pequena monta. O termo princípio ou criminalidade de bagatela surgiu a partir de Klaus Tiedemann, “fundado no princípio da proporcionalidade que deve vigorar entre o delito e a gravidade da intervenção estatal pelo delito”.¹³ Especificamente quanto aos antecedentes históricos do reconhecimento do princípio bagatelar nos crimes de descaminho, o professor Luiz Flávio Gomes faz uma síntese a respeito do tema na obra *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*.

Entre os anos de 1997 a 2001, a jurisprudência utilizava como parâmetro da insignificância o valor estipulado no art. 1º da Lei n.º 9.469/1997 c/c art. 20 da Medida Provisória 1.542-28/1997, que possibilitava o não ajuizamento ou desistência de execução fiscal que visava a co-

¹³ GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.*, p. 54.

brança de impostos que não fossem superiores a R\$ 1.000,00. De 2002 a 2003, o valor foi majorado para R\$ 2.500,00 em virtude do surgimento da Lei n.º 10.522/2002. No ano de 2004, entrou em vigor a Portaria 49, de 01 de abril de 2004, do Ministério da Fazenda, que permitia não inscrever como dívida ativa da União os débitos cujo valor fosse de até R\$ 1.000,00 e não ajuizasse execuções fiscais de débitos de até R\$ 10.000,00. Essa posição foi ratificada com a edição da Lei n.º 11.033/04 que reiterou o valor de R\$ 10.000,00.

Nos anos de 2005 a 2007, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), houve uma insurgência contra o valor de R\$ 10.000,00, especialmente por parte do Min. Felix Fischer. Para ele, o patamar considerado insignificante era de R\$ 100,00, nos termos do art. 18, §1º, da Lei 10.522/2002, que cancelou os créditos até

esse valor. Entendia, ainda, que não era caso de se ajuizar execução fiscal quando o valor fosse superior a R\$ 100,00 mas abaixo de R\$ 10.000,00, pois, de acordo com o seu entendimento, o que importava era o valor do crédito cancelado e não o quantum do ajuizamento. Sua posição, no STJ, perdurou até meados de 2007.

Ainda em 2007, um acórdão da 8ª Turma do Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª Região inovou na quantia considerada insignificante: R\$ 2.500,00. Até esse valor, o fato seria considerado penalmente irrelevante. Em 2008, a Min. Carmen Lúcia, em decisão proferida no HC 92.740, da 1ª Turma do STF, considerou o parâmetro de R\$ 10.000,00 para a caracterização da insignificância penal. Alguns meses após a decisão, o Min. Joaquim Barbosa (HC 92.438-PR) voltou a utilizar o valor de R\$ 10.000,00, com fundamento no art. 21, da Lei

11.033/2004, posteriormente reiterado pela MP 449/2008, convertida na Lei 11.941/2009. Em 2009, o valor de R\$ 10.000,00 foi consolidado e aplicado até 2012, quando houve a edição da Portaria 75 e 130/2012 que elevou o valor fixado no art. 20 da Lei n.º 10.522/2002 para R\$ 20.000,00. Como se vê, a insignificância penal, que começou num patamar de R\$ 1.000,00, tem hoje o parâmetro definido em vinte vezes mais que o seu primeiro reconhecimento.

Sobre os critérios do STF, atualmente, para o delito de descaminho, o Supremo Tribunal Federal tem considerado insignificante a sonegação de imposto que não exceda o valor de R\$ 20.000,00. Os requisitos que se enquadram no conceito de insignificância, na visão da Suprema Corte, são: a) mínima ofensividade da conduta do agente, b) ausência de periculosidade social da ação, c) reduzido grau

de reprovabilidade do comportamento e d) inexpressividade da lesão jurídica causada.¹⁴

Nota-se que dentre os critérios elencados acima nenhum diz respeito a questões subjetivas do agente, mesmo porque esse não é o foco do princípio. Embora

¹⁴ Neste sentido: “Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. FURTO SIMPLES. REINCIDÊNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. A aplicação do Princípio da Insignificância, na linha do que decidido por esta Corte, pressupõe ofensividade mínima da conduta do agente, reduzido grau de reprovabilidade, inexpressividade da lesão jurídica causada e ausência de periculosidade social .” (Precedente). (...) (Grifamos) (STF - RHC 140017, Relator(a): Min. Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 13/06/2017, Processo Eletrônico Dje-140. Divulgado em: 26-06-2017. Publicado em: 27-06-2017).

haja divergência,¹⁵ as quatro condições são cumulativas, portanto, para que se aplique o princípio da insignificância deverá ser observada a ocorrência de todos. Por outro lado, embora o STF tenha considerado insignificante o valor de R\$ 20.000,00, o tribunal não reconhece a aplicação desse princípio quando há a reiteração delitiva do crime de descaminho,

¹⁵ Para Luiz Fávio Gomes, dos quatro requisitos, três versam sobre a conduta e um sobre o resultado. Nesse sentido, deve-se distinguir a insignificância da conduta da do resultado. Ademais, segundo ele, pode acontecer de depararmos com o desvalor da conduta, embora o resultado seja relevante, daí porque não há como aplicar o Direito Penal. Por outro lado, o inverso também é verdadeiro, quando o resultado da ação é irrelevante. Pode haver, ainda, a insignificância de ambos (conduta e resultado), por isso os quatro vetores admitidos pelo STF devem ser compreendidos e aplicados caso a caso. (GOMES, Luiz Fávio. *Op. cit.*, p. 20-21).

ainda que o valor do imposto sonegado se enquadre nos parâmetros adotados pela Corte.¹⁶ Destarte, resta esclarecer que o

¹⁶ Neste sentido: “[...] 1. O delito de descaminho reiterado e figuras assemelhadas impede o reconhecimento do princípio da insignificância, ainda que o valor apurado esteja dentro dos limites fixados pela jurisprudência pacífica desta Corte para fins de reconhecimento da atipicidade. Precedentes: HC 133.566, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia DJe de 12/05/2016, HC 130.489AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Edson Fachin DJe de 09/05/2016, HC 133.736 AgR, Segunda Turma, Relator Min. Gilmar Mendes, DJe 18/05/2016. 2. In casu, o paciente recorrente foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 334, § 1º, alínea c, do Código Penal (descaminho) e no artigo 1º, inciso III, da Lei 8.137/90, em razão de haver ingressado em território nacional com equipamentos eletrônicos de origem estrangeira desacompanhados de regular documentação de regularização, sendo o tributo devido no importe de R\$ 15.960,63 (quinze mil novecentos e sessenta reais e sessenta e três centavos). Ademais, o paciente teria falsificado notas fiscais para vender

STF preferiu adotar, como insignificante, o valor atribuído pelas portarias n.ºs 75 e 130 do Ministério da Fazenda e não o valor fixado pela Lei n.º 10.522/200222,¹⁷ ignorando que o primeiro ato administrativo não é hábil a alterar uma lei, muito menos o valor nela contido.

as mercadorias no estabelecimento comercial do qual é administrador. 3. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, exaustivamente, no artigo 102, inciso I, alíneas d e i, da Constituição da República, sendo certo que o paciente não está arrolado em qualquer das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte. 4. Agravo regimental desprovido. (STF- HC 122348 AgR, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 09/11/2016, Processo Eletrônico Dje-248. Divulgado em: 21-11-2016. Publicado em: 22-11-2016).

¹⁷ Art. 20. (...) valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). (Grifamos)

2. Da análise do crime de descaminho

Inicialmente, é mister destacar que o delito de descaminho¹⁸ (art. 334, do Códifi-

¹⁸ 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. § 1º Incorre na mesma pena quem: I - pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei; II - pratica fato assimilado, em lei especial, a descaminho; - 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; - 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. §

go Penal) encontra-se tipificado no Título XI – Dos crimes contra a Administração Pública -, Capítulo II - Dos crimes praticados por particular contra a Administração em Geral - do Código Penal. Sua redação foi modificada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014, ocasião em que houve o desmembramento do delito em comento do crime de contrabando (atual art. 334-A do CP). Dito isso, caracteriza-se o crime de descaminho quando o sujeito deixa de pagar, de forma artilosa, no todo ou em parte, direito ou imposto referente à mercadoria importada, exportada ou consumida.

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. § 3º A pena aplica-se em dobro se o crime de descaminho é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial.

Além da conduta descrita no caput do artigo 334 do Código Penal, o §1º elenca algumas situações comparadas ao descaminho com pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, como, por exemplo, quem: I) pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei; II) pratica fato assimilado, em lei especial, a descaminho; 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; e 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.

Quando o caput da norma incriminadora faz menção ao não pagamento de direito, está se referindo à conduta do agente em vender, expor, ou armazenar mercadoria de procedência estrangeira que tenha sido introduzida no país de forma clandestina ou fraudulenta a ser destinada ao exercício de atividade comercial ou industrial (inciso III, §1º, do art. 334/CP).

Qualquer pessoa pode ser o sujeito ativo do delito de descaminho, sendo, portanto, crime comum. Ocorrendo a prática delituosa por mais de um agente, pode ser caracterizada a associação criminosa, tipificada no artigo 288, do Código Penal. Caso um funcionário público auxilie, nessa condição, na sonegação do imposto, não responderá pelo delito em comento, mas sim pela facilitação de contrabando ou descaminho, crime previsto no artigo

318 do CP, tendo em vista ser crime próprio. Para Guilherme de Souza Nucci, o caput do art. 334 do Código Penal caracteriza o crime como comum, porém, quando se analisa o §1º, III, o crime passa a ser próprio, tendo em vista que a conduta descrita no inciso é inerente a atividade de comerciante ou industrial.¹⁹

Considera-se sujeito passivo do crime os entes da Administração Pública direta, “já que a fraude ínsita ao descaminho impede a arrecadação tributária desses entes, pelo que se depreende nos arts. 153, I e II, 155, § 2º, IX, a, e 158, IV, todos da CF”.²⁰ Indiretamente, a sociedade civil torna-se vítima dessa infração, pois a ausência de entrada pecuniária importará na redução dos benefícios a

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Direito Penal Especial: Esquemas & Sistemas*. 3. ed. rev. atual e ampl. v.2. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. s/n.

²⁰ PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 1417-1418.

serem postos à disposição do povo, inclusive em prejuízos para a indústria nacional.

Sobre o objeto, é necessário esclarecer no que consiste o termo “objeto material” do crime de descaminho. Em termos simples, quando se fala em objeto material do crime está se referindo a um bem, corpóreo ou incorpóreo, sobre o qual recai a conduta criminosa.²¹ Assim, o objeto material do descaminho consiste no fato de que o agente, voluntariamente, deixa de pagar o valor do imposto correspondente. Essa conduta caracteriza o crime como comissivo por omissão, pois aquele que tenta ludibriar os postos aduaneiros têm nítido desejo de não efetuar o pagamento devido pela entrada ou saída de mercado-

²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 175.

rias ou direito e age para que isso não ocorra. Portanto, o bem sobre o qual recai a conduta criminosa no delito em comento é o imposto devido da mercadoria importada/exportada.

Por sua vez, o “objeto jurídico” pode ser entendido como aquilo que a norma penal quis proteger, deixando claro que esse objeto é de valiosa importância, caso contrário não seria alvo de proteção penal. Sabe-se que o Direito Penal deve ser aplicado como *ultima ratio*, razão pela qual é evidente que o interesse do legislador era de proteger a Administração Pública da fraude perpetrada por sujeitos intencionados a sonegar impostos e causar prejuízos aos cofres públicos quando fez inserir o delito de descaminho no Código.

Numa simples leitura do artigo 334, do Código Penal, é possível verificar que o dispositivo contempla a proteção da ordem tributária, vez que repudia a prática

de supressão de tributos. Tal objetividade guarda pertinência com o intento da lei n.º 8.127/1990²², estabelecendo em seu art. 1º a caracterização do crime contra a ordem tributária, por meio de supressão ou redução de tributo, a conduta que omite ou frauda informações relativas a operações tributáveis.²³ Os autores Júlio Mirabete e Renato Fabbrini também entendem que o crime em análise visa proteger o interesse da Administração em garantir que a importação ou exportação de mercadorias seja regular “por serem os tributos aduaneiros instrumentos importantes de política econômica e de proteção da indústria nacional”.²⁴ Nesse sentido, a objetividade ju-

²² Lei dos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo.

²³ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Op. cit.*, p.111.

²⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal: parte*

rídica do crime de descaminho contempla a formação do erário, que é afetado pelo ilícito, bem como o interesse do povo na reversão dos tributos na indústria nacional e nos benefícios destinados à sociedade.

Além do mais, outro bem jurídico a ser tutelado pelo ordenamento jurídico, é o controle aduaneiro, que visa proteger a soberania nacional evitando a entrada e saída de mercadoria que ponha em risco a saúde pública, a segurança pública, etc.²⁵ A respeito do controle aduaneiro, as normas que o regem são de cunho administrativo e sua fiscalização está insculpida na Constituição Federal, art. 237. E, pelo simples fato de o controle aduaneiro estar expresso na Lei Maior já é o suficiente para que se compreenda o nível de sua

especial: arts. 235 a 361 do CP. 29.ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 3, p. 365.

²⁵ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Op. cit.*, p.110-111.

importância, mesmo porque esse mecanismo de controle tem como função fiscalizar as fronteiras e monitorar a entrada e saída de mercadorias de origem estrangeira no País, sendo essencial à defesa dos interesses fazendários nacionais (art. 237, da Constituição Federal).

Quanto à classificação, o descaminho tornar-se-á crime qualificado, com aplicação de pena em dobro, quando for praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial (§3º, do art. 334, do CP). O tipo subjetivo do delito em comento é o dolo, haja vista que o agente tem nítida intenção de não pagar o imposto embutido sobre a mercadoria ou o direito sobre ela correspondente não existindo a forma culposa. Tanto o STJ²⁶ quanto o STF²⁷ admitem ser

²⁶ Nesse sentido: “[...] 4. No julgamento do HC 218.961/SP, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que o crime de descaminho é de natureza formal e

um crime formal, ou seja, basta que o agente sonegue o imposto, independente-

se aperfeiçoa mediante o não pagamento do imposto devido em razão da entrada de mercadoria no país, sendo prescindível o exaurimento da esfera administrativa com o lançamento do débito fiscal como condição para a persecução penal. 5. A exigência da prévia constituição definitiva do crédito tributário para o início da ação penal, conforme preconiza a Súmula Vinculante 24/STF, aplica-se apenas aos crimes tributários de natureza material, previstos no art. 1º, I a IV, da Lei n. 8.137/1990. 6. Recurso desprovido. (STJ - RHC 47.893/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/02/2017, DJe 17/02/2017)

²⁷ Vide acórdão: Ementa: "Recurso ordinário em habeas corpus. 2. Crime de descaminho. Crime formal. Desnecessidade da constituição definitiva do tributo para consumação do delito e o início da persecução penal. Precedentes. 3. Recurso ordinário a que se nega provimento. (STF - RHC 123844, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 04/11/2014, Processo Eletrônico DJe-227 Divulgado em 18-11-2014. Publicado em 19-11-2014).

mente de haver ou não a constituição do crédito tributário na via administrativa. Trata-se de crime comum, embora haja algumas ressalvas. É um crime permanente, tendo em vista que as consequências da execução se perpetuam no tempo, como exemplo, a ilegalidade imposta sobre a mercadoria.

A competência para processar e julgar o delito é da Justiça Federal, em virtude de grande parte dos impostos sonegados pertencerem à União, com ressalva ao ICMS, que é um imposto estadual. Nesse sentido, as súmulas 122 e 151, ambas do STJ. Importante mencionar que, por ter a conduta típica descrita no caput do art. 334 do Código Penal pena mínima igual a um ano, é cabível suspensão condicional do processo. Nos termos do art. 89 da Lei 9.099/95, são requisitos desse benefício: a) que a pena mínima prevista do crime seja igual ou inferior a um ano;

que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime; que estejam presentes os requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77, do CP). O Ministério Público propõe o benefício no oferecimento da denúncia, cuja duração vai de dois a quatro anos. As condições a serem observadas pelo acusado estão expressas nos incisos de I a IV, do §1º, do art. 89, do JECrim, a saber: a) reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; b) proibição de frequentar determinados lugares; proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

A suspensão condicional do processo, se cumprida, extingue a punibilidade do acusado (§5º, art. 89, da Lei 9.099/95), além de ser um meio de efetivar a repara-

ção do dano. Ademais, havendo condenação do réu pela prática de descaminho, é possível aplicar penas alternativas ou o benefício da suspensão condicional da pena. Já, as penas alternativas²⁸ podem ser aplicadas quando o réu for condenado à pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo (inciso I, do art. 44,

²⁸ As penas restritivas de direito consistem em: prestação pecuniária, perda de bens e valores, limitação de fim de semana, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas e interdição temporária de direitos (art. 43, do Código Penal). Havendo condenação à pena privativa de liberdade igual ou inferior a um ano, a substituição poderá ser feita por uma pena restritiva de direitos ou multa; se for acima desse quantum a pena poderá ser substituída por uma restritiva de direitos e multa ou por duas penas restritivas de direitos (§2º, art. 44, CP).

CP). Em regra, não é cabível quando o agente for reincidente em crime doloso, no entanto, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime (art. 44, inciso II, §3º, do Código Penal). Como requisito subjetivo para a conversão da pena, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias devem indicar que essa substituição seja suficiente (inciso III, do art. 44, CP).

Quanto ao benefício da suspensão condicional da pena, previsto no art. 77 do Código Penal, a execução desta poderá ficar suspensa por 2 (dois) a 4 (quatro) anos se a pena aplicada não for superior a 2 (dois) anos e desde que o condenado não seja reincidente a crime doloso, a culpabi-

lidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício e que não seja possível a aplicação das penas restritivas de direitos.

3. Paradigma da Lei 10.522/2002 e Portarias 75 e 130 do Ministério da Fazenda

O cerne deste trabalho gira em torno da Lei 10.522/2002, atualizada pelas Portarias 75 e 130/2012 do Ministério da Fazenda, bem como do princípio da insignificância em paralelo ao Direito Administrativo. A mencionada lei dispõe sobre o cadastro dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais.²⁹ Ocorre que

²⁹ 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

o Ministério da Fazenda editou no ano de 2012 a Portaria nº 75, posteriormente atualizada pela Portaria nº 130 do mesmo ano, estipulando que as execuções fiscais ajuizadas para cobrança de débito poderiam ser arquivadas, a requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, se o valor consolidado fosse igual ou inferior a R\$ 20.000,00. Em linhas gerais, há uma lei ordinária de 2002 que estipula que execuções fiscais poderão ser arquivadas quando o valor do débito (imposto sonegado) for igual ou inferior a R\$ 10.000,00 e uma portaria do ano de 2012 que aumenta esse valor para R\$ 20.000,00. Daí, indaga-se: pode uma portaria alterar uma lei? Antes de responder à pergunta, insta salientar que, de acordo com Hely Lopes

pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Meirelles, os atos administrativos³⁰ são divididos em cinco espécies: atos gerais ou normativos, atos ordinatórios, atos negociais, atos enunciativos e atos punitivos. Por sua vez, a portaria encontra-se inserida nos atos administrativos ordinatórios, tendo em vista que esses atos têm “o objetivo de disciplinar as relações internas da Administração Pública”.³¹

As portarias, como os demais atos administrativos internos, não atingem nem obrigam aos particulares, pela manifesta

³⁰ “Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 152.)

³¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 320.

razão de que os cidadãos não estão sujeitos ao poder hierárquico da Administração Pública Nesse sentido, considerando que o Direito Administrativo é regido pelo princípio da legalidade^{32 33}, segundo o qual a lei é a essência da atuação administrativa, cuja observância é obrigatória, uma portaria jamais poderá alterá-la.³⁴ Ao falar so-

³² É o fruto da submissão do Estado à lei. É em suma: a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei. (Cf ALESSI apud MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.)

³³ Art. 5º, II, CRFB/1988: “II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”

³⁴ “Nos termos do art. 5º, II, ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’. Aí não se diz ‘em virtude de’ decreto, regulamento, resolução, portaria ou

bre os atos administrativos, Celso Antônio Bandeira de Mello expressa que da mesma forma que os regulamentos devem conter dependência e subordinação à lei, o mesmo deve ocorrer em relação às instruções, portarias, resoluções, regimentos, etc. “Se o regulamento não pode criar direitos ou restrições à liberdade, propriedade e atividade dos indivíduos que já não estejam estabelecidos e restringidos na lei, menos ainda poderão fazê-lo instruções,

quejandos. Diz-se ‘em virtude de lei’. Logo, a Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja. Vale dizer, não lhe é possível expedir regulamento, instrução, resolução, portaria ou seja lá que ato for para coatar a liberdade dos administrados, salvo se em lei já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha a minudenciar.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 105-106).

portarias ou resoluções”.³⁵

Sem embargo, nota-se que o princípio constitucional da legalidade (arts. 5º, II, e 37, caput, da CR) deve sobressair-se aos demais atos administrativos, de modo que sejam respeitadas suas competências e os seus limites de atuação, a fim de que se evite eventual inconstitucionalidade no agir da Administração Pública. Contudo, não é isso que podemos observar a respeito da aplicação da Portaria 75/2012 do Ministério da Fazenda, no âmbito criminal, especificamente em relação ao quantum considerado insignificante. Destarte, diferentemente do que entende o STF, o Superior Tribunal de Justiça (STJ)³⁶

³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 374.

³⁶ “PENAL. PROCESSO PENAL. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. VALOR DO TRIBUTO SUPERIOR A R\$10.000,00 (DEZ MIL REAIS).

PRECEDENTES. EXPOR À VENDA MERCADÓRIA SEM SELO. ART.293, §1º, III, 'B'. ABSORÇÃO. CONTRARRAZÕES. DEFENSOR AD HOC. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A demonstração de prejuízo, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal, é essencial à alegação de nulidade - pas de nullité sans grief - sendo que, na espécie, a Defensoria Pública da União não indicou a existência de qualquer prejuízo à defesa do Recorrido, bem assim de como ou em que medida o decreto de nulidade da nomeação de defensor ad hoc para apresentação das contrarrazões e a nomeação do referido órgão para a prática de tal ato beneficiaria o Réu. 2. No delito de descaminho, firmou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que o valor considerado para fins de aplicação do princípio da insignificância é aquele fixado na Lei n. 10.522/2002, art. 20, ou seja, R\$ 10.000,00 (dez mil reais). 3. Inaplicabilidade do parâmetro de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), constante da Portaria n. 75/2012 do Ministério da Fazenda, para reconhecer a insignificância nos delitos de descaminho, haja vista a impossibilidade de se alterar lei em

entende que não é possível aplicar a dita Portaria no crime de descaminho, como respaldo à aplicação do princípio da insignificância, dada a impossibilidade desse ato administrativo alterar lei. Assim, sen-

sentido estrito por meio de portaria, a instabilidade de se vincular a incidência do direito penal aos critérios de conveniência e oportunidade que prevalecem no âmbito administrativo, a inadequação de se criar critério absoluto de incidência do princípio da insignificância e a irretroatividade do referido patamar. 4. Caso em que, conforme a denúncia, não houve falsificação de selo, mas a ausência dele nos relógios apreendidos, razão pela qual não há falar em crime contra a fé pública e sim em conduta lesiva à ordem tributária, caracterizando, em tese, delito tributário pela não comprovação do pagamento do IPI - Imposto sobre Produtos Industrializados. Incidência do princípio da absorção/consunção. 5. Recurso parcialmente provido.” (STJ - ACR 0018023-46.2011.4.01.3200/ AM, Rel. Desembargador Federal Mário César Ribeiro, Terceira Turma, e-DJF1 p.1579 de 29/10/2015)

do evidente que portaria não é o meio hábil a criar ou alterar direitos previstos em lei, nota-se a flagrante inconstitucionalidade na utilização da Portaria 75, atualizada pela de nº 130, ambas de 2012, como fundamento da rejeição de peça acusatória pela atipicidade material da conduta acerca da imputação do delito de descaminho.

Para a Suprema Corte,³⁷ é irrelevan-

³⁷ “Penal. Habeas Corpus originário. Descaminho. Valor do tributo inferior a vinte mil reais. Princípio da Insignificância. Concessão da ordem. 1. Em matéria de aplicação do princípio da insignificância às condutas, em tese, caracterizadoras de descaminho (art. 334, caput, segunda parte do Código Penal), o fundamento que orienta a avaliação da tipicidade é aquele objetivamente estipulado como parâmetro para a atuação do Estado em matéria de execução fiscal: o valor do tributo devido. 2. A atualização, por meio de Portaria do Ministério da Fazenda, do valor a ser considerado nas execuções fiscais repercute, portanto, na na análise da tipicidade de condutas

te o fato de uma portaria “alterar” uma lei em sentido estrito, tratando-se, na verdade, de mero desconforto na via eleita pelo Estado-Administração, sem o condão de impedir a sua aplicação como parâmetro de caracterização do princípio da insignificância. Nota-se, com isso, que apesar de ao Supremo Tribunal Federal competir, precipuamente, a guarda da Constituição (art. 102, caput, da CRFB/1988), o órgão age contra o princípio constitucional da le-

que envolvem a importação irregular de mercadorias. 3. Eventual desconforto com a via utilizada pelo Estado-Administração para regular a sua atuação fiscal não é razão para a exacerbação do poder punitivo. 4. Habeas corpus deferido para restabelecer a decisão de primeiro grau que não recebeu a denúncia” (HC 127173, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 21/03/2017, Processo Eletrônico DJe-089 Divulgado em: 28-04-2017. Publicado em: 02-05-2017) (Destaquei).

galidade, consagrado no rol dos direitos fundamentais (art. 5º, inciso II), de modo a admitir a atualização de uma lei por simples ato administrativo, *in casu*, uma portaria.

Quando se fala na ocorrência do crime de descaminho, quatro impostos³⁸ são sonogados, quais sejam, imposto sobre produtos industrializados (IPI), imposto sobre importação de produtos estrangeiros (II), imposto sobre exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados (IE) e imposto sobre operações

³⁸ “[...] 3. O caput do artigo 334 do Código Penal alcança não apenas o imposto de importação e de exportação, como também o IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados) e o ICMS (Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços). (TRF 3ª Região, Segunda Turma, HC - Habeas Corpus - 31008 - 0004202-20.2008.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal Nelton dos Santos, julgado em 25/08/2009, e-DJF3 Judicial 1. Data: 24/09/2009).

relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS). De acordo com o Código Tributário Nacional, o imposto tem como fato gerador situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte (art. 16). Isto é, o sujeito passivo (contribuinte) realiza qualquer atividade prevista em lei que dá origem à obrigação tributária, mas não impõe ao sujeito ativo (Fazenda Pública) uma contraprestação. Segundo Kiyoshi Harada, “[o] imposto sempre representa uma retirada da parcela de riqueza do particular, respeitada a capacidade contributiva deste”.³⁹ Por ser um tributo que não está ligado a nenhuma atividade específica prestada pelo Estado, mas ligado exclusi-

³⁹ HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 319.

vamente a atuação do contribuinte, tem como característica o fato de ser não vinculado. De acordo com Hugo de Brito Machado Segundo,⁴⁰ não é porque o imposto tenha como característica a “não vinculação” que o produto de sua arrecadação não possa ser vinculado a uma finalidade específica ou a uma despesa específica.

Embora a Constituição vede a vinculação de imposto a órgão, fundo ou despesa (art. 167, IV, CR/88), o mesmo inciso prevê ressalvas sobre a sua destinação, dispondo que o produto da arrecadação será direcionado às ações e serviços públicos de saúde, para manutenção do ensino e para realização de atividades da administração tributária e a prestação de

⁴⁰ MACHADO SEGUNDO; Hugo de Brito. *Primeiras linhas de direito financeiro e tributário: material e processual*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 29.

garantias às operações de crédito por antecipação de receita. A despeito dos impostos de importação, exportação e sobre produtos industrializados, a competência para instituí-los e cobrá-los é da União, conforme redação dada pelo art. 153, incisos I, II e IV, respectivamente, da Constituição, enquanto que o ICMS é um imposto estadual (art. 155, II, da Carta).

O fato gerador do imposto de importação é a entrada de produtos estrangeiros no território nacional (art. 19, CTN). Destaca-se, que somente a entrada do produto no País, por si só não autoriza a cobrança do imposto, necessitando, para isso, que a mercadoria seja destinada ao comércio interno.⁴¹ Por contribuinte, tem-se o importador, ou pessoa a ele equipara-

⁴¹ PEREIRA, Luciano de Almeida. *Direito Tributário Simplificado*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 96.

da por lei, o arrematante de produtos apreendidos ou abandonados, o destinatário de remessa postal internacional indicado pelo respectivo remetente e o adquirente de mercadoria entrepostada (art. 22, CTN c/c art. 31, DL 37/1966). Trata-se de um imposto regulador da economia, cuja função é a proteção da indústria nacional. O lançamento é feito por declaração,⁴² quando o importador informa à autoridade administrativa da existência do produto, havendo uma participação tanto do particular quanto do agente tributário, por essa razão também pode ser chamado de lançamento misto.

O imposto de exportação está pre-

⁴² Art. 147 do CTN: O lançamento é efetuado com base na declaração do sujeito passivo ou de terceiro, quando um ou outro, na forma da legislação tributária, presta à autoridade administrativa informações sobre matéria de fato, indispensáveis à sua efetivação.

visto no CTN e é regido pelo Decreto-Lei 1.578/77. Tem como origem a saída dos produtos nacionais ou nacionalizados do território nacional (art. 23, CTN). Por produto nacional, entende-se como aquele fabricado no Brasil, enquanto que o nacionalizado é aquele produto estrangeiro que sofre alguma alteração no País. O contribuinte desse imposto é o exportador ou quem a lei a ele equiparar (art. 27, CTN). Apresenta função regulatória do comércio exterior (extrafiscal). No entanto, apresenta uma situação peculiar, tendo em vista que a exigência da cobrança desse imposto encarece os produtos nacionais, o que os tornam menos competitivos no estrangeiro.⁴³ O lançamento desse imposto se dá por declaração.

⁴³ COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 358.

Quanto ao Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, com previsão tanto na Constituição quanto no Código Tributário Nacional, possui função arrecadatória e extrafiscal (regulador da economia), pois o valor do imposto é embutido no preço do produto. Tem sua regulamentação insculpida no Decreto n.º 7.212/2010, o qual prevê que sua incidência recairá sobre produtos industrializados, nacionais e estrangeiros (art. 2º). Estabelece o art. 153, §3º, I, da Lei Maior que a cobrança do IPI se dará de acordo com o grau de essencialidade do produto, isto é, quanto mais precioso for a coisa menor será a alíquota do imposto e quanto menos necessário, maior será a cobrança. Outra característica, é o fato de o IPI ser não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores, ou seja, abate-se o imposto pago na operação anterior de

modo que não haja cumulação nas operações subseqüentes, evitando uma maior onerosidade.

Esse imposto tem como fato gerador o desembaraço aduaneiro do produto, quando for de procedência estrangeira; a importação de produto industrializado e a sua arrematação, quando apreendido ou abandonado e levado a leilão (art. 46, do CTN). O contribuinte é o importador ou o industrial, ou quem a lei a eles equiparar; o comerciante de produtos sujeitos ao imposto, que os forneça ao importador ou industrial e o arrematante de produtos apreendidos ou abandonados, levados a leilão, conforme dispõe o art. 51 do Código Tributário Nacional. O lançamento é feito por homologação⁴⁴ (ou autolan-

⁴⁴ Art. 150 do CTN: O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade

çamento), quando o contribuinte registra, calcula e paga cabendo ao Fisco apenas a função de homologar.

No que se refere ao ICMS, a competência para sua cobrança é dos Estados e do Distrito Federal. Exerce função predominantemente fiscal (arrecadatória) e possui característica semelhante ao do IPI, no que pertine a seletividade e a não-cumulação (art. 155, §2º, I e III, CR/1988). Embora tenha competência estadual/distrital, “o ICMS reveste feição nacional, dada a uniformidade normativa que lhe impõe a Constituição, secundada pela extensão temática conferida à disciplina veiculada por meio de lei complementar”.⁴⁵ Nos termos do art. 4º da Lei

administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

⁴⁵ COSTA, Regina Helena. *Op. cit.*, p. 395.

Complementar 87/96, o contribuinte desse imposto é toda pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior. Incide sobre operações relativas a circulação de mercadorias; prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal; prestação de serviços de comunicação; produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos e de energia elétrica e extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais.

Feita essa análise superficial a respeito de cada um dos impostos atinentes ao caso - mesmo porque o presente trabalho não tem a pretensão de esgotar o tema

na seara tributária -, é inegável que parte dos impostos arrecadados, ainda que não haja vinculação específica, é revertida em prol da sociedade. A exemplo disso, cita-se o art. 212, da Constituição da República, segundo o qual a União aplicará o mínimo de 18% da receita de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino, bem como os Estados, o Distrito Federal e Municípios o importe de 25% e o §2º, do art. 198, do mesmo diploma legal, no qual a Fazenda Pública aplicará o produto arrecadado pelos impostos nos serviços públicos de saúde. Ao analisar o quantum considerado insignificante para a aplicação do princípio que resulta no reconhecimento da atipicidade material da conduta, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) considerou que a sonegação de R\$ 10.000,00⁴⁶

⁴⁶ PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. PRIN-

de imposto é valor ínfimo, sendo incapaz de provocar a máquina judiciária para condenar o agente pelo descaminho. O tribunal superior utiliza como parâmetro o valor que foi estabelecido pelo art. 20, da Lei 10.522/2002 para o arquivamento das execuções fiscais ajuizadas para a cobran-

CÍPIO 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. 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. (AgRg no REsp 1492408/PR, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 27/04/2017, DJe 05/05/2017)

ça dos débitos inscritos na Dívida Ativa da União.

Já o STF majora esse valor, aplicando como insignificante a sonegação de imposto de até R\$ 20.000,00,⁴⁷ com fun-

⁴⁷ 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. APLICAÇÃO. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. I - 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, com as atualizações feitas pelas Portarias 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda. Precedentes. II – Mesmo que o suposto delito tenha sido praticado antes das referidas Portarias, conforme assenta a doutrina e jurisprudência, norma posterior mais benéfica retroage em favor do acusado. III – Ordem concedida para trancar a ação penal. (HC 139393, Relator(a): Min.

damento na portaria 75/2012 que “atualizou” o valor estabelecido na lei. Embora, num primeiro momento, os valores utilizados pelos tribunais superiores como parâmetro de incidência do princípio da insignificância no crime do artigo 334 do Código Penal possam conquistar a aquiescência do operador do direito e/ou do lei-go em relação a sua aplicabilidade, imperioso denotar que, frente a indiscutível crise econômica vivenciada pelo País, cada centavo que sai ou deixa de entrar nos cofres públicos afeta várias famílias brasileiras.

Não obstante a esfera criminal não consiga resgatar os valores sonegados, há de se convir que a postura adotada pelo Judiciário em não levar adiante o processo

Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 18/04/2017, Processo Eletrônico Dje-089. Divulgado em: 28-04-2017. Publicado em: 02-05-2017).

penal, quando a denúncia revela que a conduta criminosa deixou de pagar impôsto (de até R\$ 20.000,00), cria a possibilidade de reiteração da conduta delitiva, retira a característica da coerção da norma penal incriminadora, desconstrói a proteção dada ao bem jurídico contido no art. 334, do Código Penal e, indiretamente, incentiva a prática do descaminho, já que não haverá punição, nem na esfera administrativa e nem na esfera criminal. Ademais, eventual argumento de que a aplicação do princípio da insignificância no descaminho serve para desafogar o assoberbado Poder Judiciário, que por consequência não pode se preocupar com dano de “pouca monta”, deve ser refutado, haja vista que a sociedade não pode ser prejudicada pela escassez de servidores públicos, falta de equipamentos adequados de trabalho, excesso de formalismo e burocracia nos trâmites processuais, que, estes

sim, corroboram para a lentidão da Justiça e não o fato de pessoas/órgãos estarem buscando a reparação perante a Justiça. Impedir o processamento de crime, sob o argumento de que não tem repercussão ou lesão social, acaba por estigmatizar o que será levado ao conhecimento e o que não será conhecido pelo Judiciário, o que não pode ocorrer, tendo em vista que se a conduta é típica (prevista em lei como crime) e foi violada deve haver a devida apreciação/punição. Além disso, tanto o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) como o de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) não pode ser considerado insignificante, haja vista que esses valores são destinados a prestação de serviços públicos e pertencem ao povo.

Outrossim, se os impostos de até R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ou R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) são insignificantes para o Estado, por que o cidadão precisa ingres-

sar na Justiça para obter decisão favorável que determine ao poder público a compra de medicamentos indispensáveis a sua sobrevivência? Muitas vezes, o Estado alega que não possui meios para adquirir tais medicamentos, cujo valor é elevado, no entanto, abre mão de receber quantia que podia integrar a aquisição desses produtos. Esta postura é, no mínimo, contraditória. A redação do art. 20 da Lei n 10.522/2002 prevê que as ações de execução fiscal serão arquivadas, sem baixa na distribuição, a requerimento do procurador da Fazenda Nacional, quando o valor dos débitos possuírem o valor igual ou inferior a R\$ 10.000,00.

Observa-se que a disposição do artigo é utilizada para fundamentar as decisões que rejeitam o recebimento da denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal, com base no tipo legal do art. 334 do CP, uma vez que se a cobrança da

Dívida Ativa não interessa à União, não há razões para que o juízo criminal processe o réu, porquanto depreende-se que na esfera fiscal a conduta ilícita do réu não é capaz de causar gravame que enseje reparação. Dessa forma, fica o juízo criminal “liberado” de aplicar uma sanção ao agente que desvia imposto pela entrada, saída ou consumo de mercadoria.

Ocorre que o artigo 20 da Lei contradiz aos princípios norteadores do Direito Administrativo, quais sejam: indisponibilidade do interesse público e supremacia do interesse público sobre o privado. Verifica-se que a Lei n. 10.522/2002 lança mão de um direito que não lhe pertence. Ao permitir o arquivamento de ações fiscais a Administração Pública impede que os agentes que iludiram o pagamento de direito ou imposto restitua a quantia sonegada. Contudo, o direito de receber não é do Estado e sim do povo, razão pela

qual vê-se claramente a infringência da lei sobre o princípio da indisponibilidade do interesse público. O que acontece, na verdade, é que o Estado renuncia um direito que sequer é seu.

Por princípio da indisponibilidade do interesse público, considera-se que o Estado é mero gestor da coisa pública, encarregado tão somente de cuidar e zelar pelo interesse social, por isso não pode, a livre arbítrio, dispor de bens, direitos, interesses e serviços públicos.⁴⁸ Considerando tal conceito, é manifesta a ofensa do Estado em deixar de proceder à cobrança de impostos contidos no descaminho. E, em relação a supremacia do interesse público sobre o privado, Diógenes Gasparini⁴⁹ pontua que, havendo conflito de

⁴⁸ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 72.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 74.

interesses entre o público e privado, o primeiro deve prevalecer. No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro pontua que sua aplicação está na base de praticamente todas as funções do Estado, visto ser inerente ao próprio conceito de serviço público.⁵⁰ Assim, a violação desse princípio, *in casu*, ocorre quando o Estado deixa de lado o interesse público, consistente no investimento em serviços como saúde, educação, etc, impedindo que os impostos iludidos pelo crime sejam revertidos em prol da sociedade.

Conclusão

É fato notório que a esfera penal tem atuação independente da seara trabalhista,

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 47.

administrativa, fiscal, etc., razão pela qual, na análise do descaminho à luz da Lei n.º 10.522/2002, nada impede que esse ramo atue e previna novas condutas delitivas que atacam o erário e diminuem o valor a ser revertido em benefícios à sociedade. O objetivo deste trabalho não é, de modo algum, incentivar que o agente que pratica o descaminho tenha a sua liberdade restrita, considerando que a pena prevista para tal crime é de reclusão, mas que haja uma atuação efetiva do Direito Penal para inibir a prática da infração levada ao seu conhecimento. Ademais, por ser a pena cominada de 1 a 4 anos, a legislação prevê outros meios de penalização do agente (benefícios penais).

Por essa razão, entendemos que é muito mais viável que haja o processamento do crime de descaminho, independentemente do valor dos impostos sonegados, e se aplicar a suspensão condi-

cional do processo (ou outro benefício), uma vez que pelo simples fato de ser processado criminalmente já causa uma intimidação no agente, do que aplicar o princípio da insignificância, que por consequência reconhecerá a inexistência de crime, e concorrer para o aumento da criminalidade no País.

A aplicação do princípio da insignificância deve ser muito bem observada, na medida em que está em jogo a repulsa do crime, a ofensa ao bem jurídico protegido pela lei e, no caso em apreço, a indignação social pela ausência de destinação de impostos para melhorias na prestação de serviços públicos, como saúde, educação, etc. A bem da verdade, entendemos que o parâmetro caracterizador da insignificância não está restrito ao cunho patrimonial, mesmo porque bens materiais são entendi-

dos, em sua maioria, como fungíveis,⁵¹ logo poderão ser repostos a qualquer tempo, mas principalmente à gravidade do bem jurídico ofendido, que, *in casu*, além de haver ofensa ao erário e ao interesse público pela destinação dos impostos em benefícios à coletividade, há a ofensa ao controle aduaneiro, instrumento importante na fiscalização de produtos que entram e saem do País, com vistas a proteger a segurança nacional.

Bibliografia

ACKEL FILHO, Diomar. *O princípio da insignificância no Direito Penal*. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada de São Paulo. São Paulo, v. 94, p. 72-77,

⁵¹ Bens fungíveis são considerados aqueles bens móveis que podem ser substituídos por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade, nos termos do art. 85 do Código Civil.

1988.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Direito Penal Tributário: Crimes Contra a Ordem Tributária e contra a Previdência Social*. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal - Parte Geral*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1.

COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro:

Atlas, 2017.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ISHIDA, Válter Kenji. *Curso de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Bem Jurídico Penal Moderno*. Salvador: Jus Podivm, 2017.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da lei 9099/95: juizados*

especiais criminais, lei 9503/97, Código de Trânsito Brasileiro e da jurisprudência atual. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Primeiras linhas de direito financeiro e tributário: material e processual.* 8. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Princípio da Insignificância: propostas para uma nova política criminal racional.* In: GREGO, Luís.; LOBATO, Danilo (Coords). *Temas de Direito Penal - Parte Geral.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* 35. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso*

de Direito Administrativo. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MIRABETE, Júlio Fabbrini.; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal: parte especial: Arts. 235 a 361 do CP*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 3.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Direito Penal Parte Especial - Esquemas & Sistema*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 2.

_____. *Código Penal Comentado*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed.

São Paulo: Método, 2017.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, Criminalização, e Direito Penal Mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PEREIRA, Luciano de Almeida. *Direito Tributário Simplificado*. São Paulo: Saraiva, 2011.

PRADO, Luiz Regis.; CARVALHO, Érika Mendez.; CARVALHO, Gisele Mendes. *Curso de direito penal brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SABBAG, Eduardo. *Código Tributário Nacional comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Data de recebimento: 18/01/2018

Data de aprovação: 01/12/2018