

## O DESCAMINHO, A INSIGNIFICÂNCIA E AS POSIÇÕES DIVERGENTES DO STF E DO STJ - QUEM ESTÁ COM A RAZÃO? CLAUS ROXIN<sup>1</sup>

No julgamento do Recurso Especial nº. 1.393.317/PR, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, responsável pela fixação da jurisprudência penal da corte, decidiu que o princípio da insignificância só se aplica em casos de crime de descaminho se o valor questionado for igual ou inferior a R\$ 10 mil. Assim definiu, ao julgar que o Judiciário deve seguir os parâmetros descritos em lei federal, e não em portaria administrativa da Fazenda Federal. A decisão não foi unânime, mas tomada por seis votos a quatro, seguindo o voto do relator, o Ministro Rogério Schietti Cruz.

*Com esta decisão, "encerra-se um capítulo importante em uma das maiores discussões a respeito do princípio da insignificância do país. Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal têm entendimentos distintos quanto à aplicação da bagatela para o crime de descaminho. As turmas penais do Superior Tribunal de Justiça costumavam decidir em sentidos opostos, e com votações apertadas. Entretanto, as duas turmas do Superior Tribunal de Justiça entendem que a insignificância deve ser aplicada a casos em que o valor devido seja menor que R\$ 20 mil."*

Conforme se sabe, o valor mínimo para a execução fiscal está descrito no art. 20 da Lei nº. 10.522/2002, no qual se estabelece que a Fazenda Pública não ajuizará execução fiscal para cobrar menos de R\$ 10 mil: *"era com base nesse artigo que o Judiciário aplicava a bagatela para casos de crime de descaminho."*

---

<sup>1</sup> **Rômulo de Andrade Moreira** é Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e Membro fundador do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (atualmente exercendo a função de Secretário). Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), FUFBA e Faculdade Baiana. Autor das obras "Curso Temático de Direito Processual Penal" e "Comentários à Lei Maria da Penha" (este em coautoria com Issac Guimarães), ambas editadas pela Editora Juruá, 2010 e 2014, respectivamente (Curitiba); "A Prisão Processual, a Fiança, a Liberdade Provisória e as demais Medidas Cautelares" (2011), "Juizados Especiais Criminais – O Procedimento Sumaríssimo" (2013), "Uma Crítica à Teoria Geral do Processo" e "A Nova Lei de Organização Criminosa", publicadas pela Editora LexMagister, (Porto Alegre), além de coordenador do livro "Leituras Complementares de Direito Processual Penal" (Editora JusPodivm, 2008). Participante em várias obras coletivas. Palestrante em diversos eventos realizados no Brasil.

Ocorre que a Portaria nº. 75/2012 do Ministério da Fazenda atualizou aquele valor e estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada calculou *"que o custo de uma execução fiscal é de R\$ 5,6 mil, mas a chance de a Fazenda reaver a quantia devida é de 25%."*, concluindo *"que só seria economicamente viável cobranças a partir de R\$ 21,7 mil. Por isso a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional recalculou o valor mínimo para o ajuizamento de execução fiscal para R\$ 20 mil. E foi com base nessa atualização que o Supremo passou a aplicar o teto de R\$ 20 mil para recebimento de denúncias de crime de descaminho."*

Assim, por exemplo, no julgamento do Habeas Corpus nº. 119.849, a 1ª. Turma do Supremo Tribunal Federal, tendo como relator o Ministro Dias Toffoli, afirmou-se categoricamente: *"no crime de descaminho, o Supremo Tribunal Federal tem considerado, para a avaliação da insignificância, o patamar de R\$ 20 mil, previsto no artigo 20 da Lei 10.522/02, atualizado pelas portarias 75/12 e 130/12 do Ministério da Fazenda"*.

Agora, em sentido oposto, o órgão fracionário do Superior Tribunal de Justiça, nas palavras do Ministro Rogério Schietti, entendeu que *"a atualização do valor é uma adequação da conveniência administrativa da Fazenda para o ajuizamento de execução fiscal e adaptar essa conta à jurisdição criminal sem lei para tanto seria subordinar o Judiciário à conveniência fazendária, que se baseia em questões como economicidade e eficiência administrativas. Aplicar a insignificância ao valor descrito nas portarias seria permitir que a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional diga o que a polícia deve investigar, o que o Ministério Público deve acusar e, o que é mais grave, o que — e como — o Judiciário deve julgar."*

Segundo, ainda, o voto do relator, *"o fato de a Fazenda deixar de ajuizar execução fiscal não significa que ela desistiu do imposto devido. O que a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional passa a fazer é usar de meios administrativos de cobrança, como a inscrição do valor (e do devedor) na Dívida Ativa da União, o que tem se mostrado bastante eficiente, principalmente para pequenos valores. Como, então, aceitar como insignificante, para fins penais, um valor estabelecido para orientar a ação em sede executivo-fiscal, com base apenas no custo benefício da operação, se não houve, de fato, a renúncia do tributo pelo Estado?"*

O Ministro Rogério Schietti Machado aproveitou o seu voto para citar estudo realizado pelo Professor Pierpaolo Cruz Bottini e pela socióloga Maria Thereza Sadek sobre a aplicação do princípio da insignificância pelo Supremo. Segundo eles, *"em 86% dos casos de crime contra o patrimônio julgados entre 2005 e 2009, o valor esteve na faixa dos R\$ 200. Em até 70% dos casos, a discussão envolvia bens de até R\$ 100."* Neste estudo, conclui-se *"que a insignificância não é reconhecida pelas turmas do Supremo Tribunal Federal quando o valor dos bens roubados ou furtados chega a R\$ 700. Esses dados bem evidenciam que os crimes patrimoniais 'de rua' têm recebido tratamento jurídico completamente diverso e bem mais rigoroso se comparado ao que se dispensa aos crimes contra a ordem tributária e, em particular, ao crime de descaminho"*, criticou o Ministro Schietti, para quem *"não há, por conseguinte, razão plausível em se restringir o âmbito de proteção da norma proibitiva do descaminho (cuja amplitude de tutela alberga outros valores, além da arrecadação fiscal, tão importantes no cenário brasileiro atual), equiparando-o, de*

*forma simples e impositiva, aos crimes tributários.*” (Com informações da assessoria de imprensa do Superior Tribunal de Justiça).

**Nesta discussão, entendemos que razão assiste à Suprema Corte (e não se trata de um mero argumento de autoridade, por óbvio).**

**O problema é que esta matéria jamais foi levada a Plenário, seja em uma Corte, seja em outra.**

**Em primeiro lugar, é importante deixar claro e fora de qualquer dúvida, que a aplicação do Princípio Bagatelar independe do crime supostamente praticado (e sim de sua lesividade), não importando se foi um furto ou um crime de sonegação fiscal.**

**Pelo menos, assim não pensou Claus Roxin quando, diante do velho adágio latino *minima non curat praetor*, estabeleceu as bases teóricas de tal Princípio de Direito Penal, ainda na década de 60. Aliás, este Princípio da Bagatela deriva, de certo modo, do Princípio da Adequação Social, muito antes cunhado pelo também alemão Hans Welzel.**

Francisco de Assis Toledo ensina que Welzel considerava que “*o princípio da adequação social bastaria para excluir certas lesões insignificantes. É discutível que assim seja. Por isso, Claus Roxin propôs a introdução, no sistema penal, de outro princípio geral para a determinação do injusto, o qual atuaria igualmente como regra auxiliar de interpretação. Trata-se do denominado princípio da insignificância, que permite, na maioria dos tipos, excluir os danos de pouca importância. Não vemos incompatibilidade na aceitação de ambos os princípios que, evidentemente, se completam e se ajustam à concepção material do tipo que estamos defendendo. 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 bagatelas.*”<sup>2</sup>

**Outra coisa: é preciso atentar-se, ao contrário do que ocorreu no julgamento da Corte Superior, que decisões administrativas têm sim o condão, nada obstante a autonomia das instâncias, de estabelecer balizas para o julgamento de casos criminais: se assim não o fosse, não faria qualquer sentido os termos da Súmula Vinculante nº. 24, segundo a qual “não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº. 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”.**

Aliás, esta Súmula Vinculante, por óbvio, surgiu após inúmeros julgados do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça, como, por exemplo:

Por unanimidade, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu Habeas Corpus (HC 86281 e 86489) para anular ação penal contra três empresários paulistas acusados de sonegação fiscal de cerca de R\$ 60

---

<sup>2</sup> Princípios Básicos de Direito Penal - Ed. Saraiva - 4a ed. - 1991 - p. 132.

milhões. Segundo o relator dos habeas corpus, Ministro Cezar Peluso, o STF tem jurisprudência pacífica no sentido de que não se pode alegar a existência de crime contra a ordem tributária (sonegação fiscal) quando a apuração do crédito tributário está pendente na instância administrativa.

*“SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - 06/03/2007  
PRIMEIRA TURMA - HABEAS CORPUS 89.983-8 PARANÁ - RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA - Denúncia carente de justa causa quanto ao crime tributário, pois não precedeu da investigação fiscal administrativa definitiva a apurar a efetiva sonegação fiscal. Nesses crimes, por serem materiais, é necessária a comprovação do efetivo dano ao bem jurídico tutelado. A existência do crédito tributário é pressuposto para a caracterização do crime contra a ordem tributária, não se podendo admitir denúncia penal enquanto pendente o efeito preclusivo da decisão definitiva em processo administrativo. Precedentes.2. Habeas corpus concedido.”*

Vejamos um trecho do voto: *“(...) Ao julgar o Habeas Corpus n. 81.611, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, publicado no DJ de 13.5.2005, o Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou que “... falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da L. 8137/90 -que é material ou de resultado -, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo.” (No mesmo sentido: HC 84.223, Rel. Min. Eros Grau, DJ 27.8.2004; HC 84.453, Redator para o acórdão Min. Sepúlveda Pertence, DJ 4.2.2005; HC 83.414, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 23.04.2004).6. Como plenamente conhecido, a administração fiscal tem competência privativa para a constituição do crédito tributário, que, de acordo com o Código Tributário Nacional, tem a sua gênese no lançamento, passível de impugnação retificadora da existência e do conteúdo da relação tributária. Conforme os precedentes apontados, a existência do crédito tributário é pressuposto para a caracterização do crime contra a ordem tributária, não se podendo admitir denúncia penal enquanto pendente o efeito preclusivo da decisão definitiva em processo administrativo de revisão do lançamento, e, muito menos, como se dá na espécie em exame, sem o devido lançamento constitutivo. Cumpre ressaltar que raciocínio diverso configuraria, no mínimo, abuso do poder de aforamento da ação penal, pois as garantias constitucionais - consubstanciadas no devido processo legal - e a legislação infraconstitucional asseguram ao cidadão mecanismos que impedem a instauração do processo criminal, tais como a extinção da punibilidade pela promoção do pagamento do tributo devido e a já mencionada decisão final na impugnação administrativa.7. Há de se ter por demonstrada, portanto, a plausibilidade do direito legalmente estatuído como fundamento para a concessão da ordem pleiteada.8. Pelo exposto, concedo a ordem de habeas corpus para anular a decisão do Superior Tribunal de Justiça proferida no Recurso Especial n. 757.887, relativamente à parte que determinou o prosseguimento da Ação Penal n. 2002.70.03.014100-9, quanto ao Paciente. É como voto.”*

*“SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - RECURSO EM HABEAS CORPUS N.º 19.755-SP - Rel.: Min. Gilson Dipp/5.ª Turma - EMENTA - Criminal. RHC. Crime contra a ordem tributária. Trancamento do inquérito policial. Pendência de processo administrativo. Discussão sobre a exigibilidade do crédito tributário devidamente comprovada. Recurso provido. I. Hipótese na qual se sustenta a ausência de justa causa para o inquérito policial instaurado contra o*

*paciente, em razão da pendência de processo administrativo fiscal. II. Devidamente comprovada por elementos constantes dos presentes autos a discussão sobre a exigibilidade do crédito tributário, a situação do paciente encontra guarida na nova orientação jurisprudencial da Suprema Corte, no sentido de que o processo criminal encontra obstáculos na esfera administrativa tão-somente quando se discute a existência do débito ou o quanto é devido. III. Sendo o lançamento definitivo do crédito tributário condição objetiva de punibilidade em casos de crimes contra a ordem tributária, a pendência do procedimento administrativo fiscal instaurado com o fim de apuração de tal crédito é óbice não só à instauração da ação penal, mas também do inquérito policial. IV. Deve ser determinado o trancamento do inquérito policial instaurado contra o acusado, suspendendo-se o prazo prescricional, até o julgamento final do processo administrativo. V. Recurso provido, nos termos do voto do Relator.” (STJ/DJU de 20/11/06, pág. 343).*

*“Direito Penal e Direito Processual Penal - Crimes contra a ordem tributária - Exaurimento da instância administrativa – Recurso provido. 1 - A falta de decisão final no processo administrativo, em tema de crimes contra a ordem tributária, impede a propositura da ação penal, com suspensão do prazo prescricional (Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal). 2 – Recurso provido.” (STJ - 6ª T.; RHC nº 13.569-SP; Rel. Min. Hamilton Carvalhido; j. 22/2/2005).*

*“RECURSO EM HABEAS CORPUS N.º 17.051-SP - Rel.: Min. Nilson Naves/6.ª Turma - EMENTA - Crimes contra a ordem tributária (Lei n.º 8.137/90). Crédito tributário (exigência). Esfera administrativa (Lei n.º 9.430/96). Condição (objetiva de punibilidade). 1. A propósito da natureza e do conteúdo da norma inscrita no art. 83 da Lei n.º 9.430, o prevalente entendimento é o de que a condição ali existente é condição objetiva de punibilidade. 2. Conseqüentemente, a ação penal pressupõe haja decisão final sobre a exigência do crédito tributário correspondente. 3. Precedentes da 6.ª Turma do Superior Tribunal. 4. Recurso ordinário provido, ressalvada, porém, outra ação penal (se for o caso).” (STJ/DJU de 19/12/05, pág. 471).*

*“RECURSO EM HABEAS CORPUS N.º 17.993 - SP (2005/0105592-5) RELATOR: MINISTRO GILSON DIPP - Devidamente comprovada por elementos constantes dos presentes autos a discussão sobre a exigibilidade do crédito tributário, a situação do paciente encontra guarida na nova orientação jurisprudencial da Suprema Corte, no sentido de que o processo criminal encontra obstáculos na esfera administrativa tão-somente quando se discute a existência do débito ou o quanto é devido. III. Deve ser determinado o trancamento do inquérito policial instaurado contra o paciente, suspendendo-se o prazo prescricional, até o julgamento final do processo administrativo. IV. Recurso provido, nos termos do voto do Relator.”*

*“Resulta do descumprimento de condição objetiva de punibilidade a impossibilidade de instauração da ação penal por prática do crime de sonegação fiscal (crime contra a ordem tributária) e, conseqüentemente, do próprio inquérito policial enquanto não houver decisão final sobre a exigência do crédito tributário (lançamento definitivo do tributo), tal como determinado pelo art. 83 da Lei n. 9.430/1996. No caso, não houve sequer auto de infração, como demonstrado por certidão, a comprovar inexistir ainda crédito exigível. Precedentes citados do STF:*

ADI 1.571-1-DF, DJ 30/4/2004; do STJ: RHC 16.994-RS, DJ 28/11/2005. HC 53.033-BA, Rel. Min. Paulo Medina, julgado em 28/3/2006.” (RMS 18.832-RJ, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, julgado em 28/3/2006).

“Crime contra a ordem tributária - Lei nº 8.137/90, art. 1º - Lançamento fiscal: constituição do crédito fiscal. 1 - Falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da Lei nº 8.137/90, enquanto não constituído, em definitivo, o crédito fiscal pelo lançamento. É dizer, a consumação do crime tipificado no art. 1º da Lei nº 8.137/90 somente se verifica com a constituição do crédito fiscal, começando a correr, a partir daí, a prescrição. (HC nº 81.611/DF, Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, 10/12/2003). 2 - Habeas Corpus deferido.” (STF - HC nº. 85.051-1-MG; Rel. Min. Carlos Veloso; j. 7/6/2005).

“RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 16.685 - AM (2004/0140966-8). RELATORA: MINISTRA LAURITA VAZ. Muito embora só se faça menção ao crime fiscal, de fato, foram os Recorrentes denunciados por outros crimes, razão pela qual não se cogita de trancar a ação penal em relação a estes. 2. Sem embargo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inaugurada com o julgamento do HC n.º 81.611/DF, a qual, inclusive, tem-se filiado este Superior Tribunal de Justiça, ao caso dos autos não se lhe aplica. 3. Malgrado o esforço de desenvolver a tese esposada, não se logrou demonstrar a existência, de fato, de processo administrativo-fiscal. Aliás, conforme esclarece o próprio causídico, ele não existe. 4. Nesse contexto, restando indemonstrado sequer a existência de processo administrativo, mostra-se insubsistente o argumento tendente a trancar a ação penal. Precedentes do STJ. 5. Recurso ordinário desprovido. VOTO: EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA): Em diligências levadas a efeito pela Polícia Federal na nomeada "Operação Zaqueu", foram apurados fatos que apontavam para o envolvimento de empresários e auditores fiscais do trabalho em vários crimes, dentre os quais, corrupção passiva e ativa, formação de quadrilha, concussão, advocacia administrativa, lavagem de dinheiro e crimes contra o fisco. O Ministério Público Federal ofertou denúncia contra onze pessoas, dentre elas os ora Recorrentes, todos fiscais do trabalho, estes como incursos nos arts. 288, 316, caput, 317, § 1º, todos do Código Penal; art. 1º, caput, c.c. o § 4º, do mesmo artigo, da Lei n.º 9.613/98; e art. 1º, inciso I, da Lei n.º 8.137/90, c.c. os arts. 29 e 69 do Código Penal. E o réu RAIMUNDO, além desses, também como incurso no art. 321 do Código Penal. No presente recurso ordinário, pretendem o trancamento da ação penal sob o argumento de inexistência de condição objetiva de punibilidade, consoante precedentes da Suprema Corte. Muito embora os Recorrentes só façam menção ao crime fiscal, de fato, conforme acima referido, foram eles denunciados por outros crimes, razão pela qual não se cogita de trancar a ação penal em relação a estes. Quanto ao crime contra o Fisco, também não prospera a pretensão. Sem embargo da aludida jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inaugurada com o julgamento do HC n.º 81.611/DF, a qual, inclusive, tem-se filiado este Superior Tribunal de Justiça, ao caso dos autos não se lhe aplica. Compulsando os autos, verifica-se que, malgrado o esforço de desenvolver a tese esposada, o Impetrante não logrou demonstrar a existência, de fato, de processo administrativo-fiscal. Aliás, como bem destacou o acórdão recorrido: "[...] o que a jurisprudência têm rechaçado, é o oferecimento de denúncia enquanto o débito tributário estiver sendo impugnado na esfera administrativa, isto é, enquanto houver recurso da defesa pendente de julgamento, o que não é o caso pois que, como o próprio impetrante informa, 'sequer foi instaurado processo administrativo'." (fl. 298). Nesse

contexto, em que sequer existe processo administrativo, mostra-se insubsistente o argumento. Em hipóteses similares, os seguintes acórdãos unânimes, prolatados por esta Eg. Quinta Turma: "CRIMINAL. HC. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO OBJETO DO PROCEDIMENTO TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA QUE NÃO SE VERIFICA. LEI 10.684/2003. PAGAMENTO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. LIMINAR CASSADA. I. Hipótese em que se sustenta a ausência de justa causa para a instauração da ação penal, eis que pendente de apreciação processo administrativo fiscal. II. O impetrante não logrou demonstrar o objeto do procedimento administrativo fiscal, eis que os autos não revelam a existência de recurso ou, sequer, de impugnação, limitando-se a explicitar a tese de que a simples existência de processo administrativo fiscal impediria a instauração de processo-crime pelo eventual cometimento de crime contra a ordem tributária. III. Argumentação que não é hábil a obstar a persecução penal, pois na situação em exame não se pode auferir a apontada ausência de justa causa para a ação penal instaurada em desfavor do paciente, já que a única hipótese em que o processo criminal encontra obstáculos na esfera administrativa tributária é quando se discute o quantum debeatur, o que não se pode verificar in casu. IV. Não merece acolhida o argumento de que a instauração do processo criminal antes do esgotamento da esfera administrativa significaria a supressão do direito do paciente de obter a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, nos termos do art. 34 da Lei n.º 9.249/95, eis que o montante do débito tributário não estaria definido, pois, com o advento da Lei n.º 10.684/2003, o pagamento pode ser efetuado mesmo após a instauração da ação penal, ensejando, da mesma forma, a extinção da punibilidade. V. Ordem denegada, cassando-se a liminar anteriormente deferida." (HC 33.234/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJ de 06/12/2004.) "HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E ECONÔMICA. COMERCIALIZAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS ADULTERADOS E SONEGAÇÃO FISCAL. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO SUPERVENIÊNCIA. QUESTÃO PREJUDICADA. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. ATUAÇÃO DO MP NA FASE INVESTIGATÓRIA. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL A QUO. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO. SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL. ART. 83 DA LEI N.º 9.430/96. PROCESSO ADMINISTRATIVO. CONDIÇÃO OBJETIVA DE PROCEDIBILIDADE. PRECEDENTE DO STF. NECESSIDADE DE ANÁLISE PARTICULARIZADA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. TESE SEM LASTRO CONCRETO. [...] 3. É cediço que a jurisprudência reiterada deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a decisão final na esfera administrativa, a teor do art. 83, da Lei n.º 9.430/1996, não se constitui em condição objetiva de procedibilidade para a propositura da ação penal para apurar eventual cometimento de crime contra a ordem tributária. Tem-se sobrelevado, portanto, a independência das esferas penal e administrativa. 4. Não se desconhece, todavia, o pronunciamento recente do Supremo Tribunal Federal que, nos autos do HC n.º 81.611/DF, com sua composição renovada, por decisão plenária majoritária, reformou o entendimento até então prevalecente sobre o tema. 5. Sem embargo do precedente emanado do Excelso Pretório, a questão posta em debate merece apreciação particularizada, considerando as peculiaridades concretas de cada caso, de modo a afastar a generalização que pode acarretar conclusões distorcidas. 6. Na hipótese vertente, malgrado o esforço de desenvolver a tese esposada, o Impetrante não logrou demonstrar a existência, de fato, de processo administrativo-fiscal, em que, eventualmente, estariam sendo discutidos os diversos débitos indicados nos autos de

*infração aludidos na peça acusatória. Nesse contexto, restando indemonstrado sequer a existência de processo administrativo, mostra-se insubsistente o argumento que nele se lastreia. 7. Habeas corpus parcialmente conhecido, mas denegada a ordem." (HC 27.759/GO, 5ª Turma, de minha relatoria, DJ de 28/03/2005.) "RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. SONEGAÇÃO FISCAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL EM CURSO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO-OCORRÊNCIA. EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. IMPUGNAÇÃO NÃO DEMONSTRADA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O trancamento da ação penal por esta via justifica-se somente quando verificadas, de plano, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria e prova da materialidade, o que não se vislumbra na hipótese dos autos. Precedentes. 2. Não há que se falar em inépcia da denúncia se esta satisfaz todos os requisitos do art. 41 do CPP, sendo mister a elucidação dos fatos em tese delituosos descritos na vestibular acusatória à luz do contraditório e da ampla defesa, durante o regular curso da instrução criminal. 3. Por não se prestar à valoração de matéria fático-probatória, deve o remédio heróico ser instruído previamente das provas suficientes à demonstração inequívoca da ilegalidade apontada. Precedentes. 4. Recurso a que se nega provimento." (RHC 17.267/RS, 5ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ de 01/07/2005.) Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso. É o voto. MINISTRA LAURITA VAZ Relatora. Brasília, 06 de setembro de 2005."*

A 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso de R. C. C. para trancar a ação penal contra ela por crime de sonegação fiscal, sem prejuízo de futura ação penal com o término do procedimento administrativo. No caso, trata-se de recurso interposto contra decisão do TRF da 3ª Região (São Paulo) que denegou habeas-corpus impetrado com o mesmo propósito de trancamento da ação penal a que responde R.C.C. Para isso, sustentou que falta à ação justa causa, por não se poder cogitar de crime de sonegação fiscal antes do encerramento do processo administrativo, momento em que se define se o tributo é devido e qual é o respectivo quantum. Ao votar, o relator, ministro José Arnaldo da Fonseca, destacou que, na linha do que vem delineando o Supremo, somente é possível o início da ação penal em relação a crime de sonegação quando o procedimento administrativo em curso for definitivamente concluído, já que discutível, ainda, o lançamento tributário. (RHC nº 16784).

*"STF. HC 83.414-1/RS, Primeira Turma, Relator Ministro Joaquim Barbosa, pub. in DJ de 23/04/2004. Na linha do julgamento do HC 81.611 (rel. min. Sepúlveda Pertence, Plenário), os crimes definidos no art. 1º da Lei 8.137/1990 são materiais, somente se consumando com o lançamento definitivo. 2. Se está pendente recurso administrativo que discute o débito tributário perante as autoridades fazendárias, ainda não há crime, porquanto "tributo" é elemento normativo do tipo. 3. Em conseqüência, não há falar-se em início do lapso prescricional, que somente se iniciará com a consumação do delito nos termos do art. 111, I, do Código Penal."*

*"HC 81.611-8/DF. RELATOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE. Crime material contra a ordem tributária (L 8.137/90, ART 1º): lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para a ação penal, suspenso, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo. 1. Embora não*

*condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADInMC 1571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da L. 8137/90 — que é material ou de resultado —, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo. 2. Por outro lado, admitida por lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (L. 9249/95, art. 34), princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem que, pela antecipada propositura da ação penal se subtraia do Cidadão os meios que a lei mesma lhe propicia para questionar, perante o fisco, a exatidão do lançamento provisório, ao qual se devesse submeter para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal. 3. No entanto, enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo.”*

O Ministro Cezar Peluso deferiu liminar em Habeas Corpus (HC 86281) em que suspende ação penal contra o empresário Ibraim Borges Filho. Ele foi condenado a quatro anos e 288 dias de reclusão por crime contra a ordem tributária. De acordo com o Ministro Cezar Peluso, apesar de não ter havido auto de infração nem a apuração de débitos tributários da empresa IBF, isso não impediria uma eventual condenação. Ocorre, afirma o ministro, que a existência de simulação e conluio contra a empresa Split não foi reconhecida pelo “conselho de contribuintes”. Assim, conclui o ministro, se não há crime tributário enquanto não constituído definitivamente o crédito, “não pode havê-lo quando o crédito tributário tenha sido desconstituído pela autoridade competente”.

Por unanimidade, o plenário do Supremo Tribunal Federal determinou, de ofício, o trancamento de ação penal instaurada contra um publicitário acusado de suposta prática de crime de sonegação fiscal. A decisão ocorreu em sessão realizada no dia 10 de agosto de 2005 no julgamento do habeas corpus impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça que havia indeferido liminar em outro HC. Inicialmente, o ministro Cezar Peluso, relator do HC, sugeriu o cancelamento da súmula 691 do STF, que estabelece não caber ao Supremo analisar habeas corpus impetrado contra decisão liminar de relator de tribunal superior. Entretanto, a maioria dos ministros entendeu que a súmula deveria ser mantida, uma vez que o seu cancelamento aumentaria os pedidos no Supremo. “A Corte é humana e com determinada capacidade de jurisdição”, afirmou Pertence, ressaltando que se o enunciado fosse cancelado, o STF teria de apreciar uma a uma as liminares indeferidas por relatores de tribunais superiores. Ao analisar o mérito, Peluso citou precedentes da Corte, entre eles, o HC 81611 de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, quando firmou o entendimento sobre a necessidade do exaurimento prévio da via administrativa como condição de procedimento de ação penal para apuração de crimes contra a ordem tributária. Assim, o relator votou pela extinção da ação penal contra Roberto Justus por falta de tipicidade e foi acompanhado pelos demais ministros. Na ação, a defesa afirmava que o suposto débito tributário do publicitário está em discussão no Conselho de Contribuintes da Receita Federal. Alegava, também, que o plenário do STF já definiu que só se pode falar em delito contra a ordem tributária quando o crédito tributário está definitivamente constituído. Dessa forma, segundo a jurisprudência do Supremo, não se permite a instauração da instância penal enquanto a instância administrativa não for esgotada. A defesa sustentava, ainda, falta de justa causa para a ação penal por não estar configurado o tipo penal da sonegação fiscal.

“HABEAS CORPUS 85.428-1 MARANHÃO -

*RELATOR : MIN. GILMAR MENDES - A jurisprudência desta Corte já se firmou no sentido de que, quando se trata de crime contra a ordem tributária, não há causa que justifique a ação penal antes do exaurimento da esfera administrativa (HC no 81.611-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 13.05.2005). 2. Também é entendimento pacífico deste Tribunal que, enquanto durar o processo administrativo, não há cogitar do início do curso do lapso prescricional, visto que ainda não se consumou o delito (HC no 83.414-RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 23.04.2004; AI no 419.578-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 27.08.2004; e HC no 84.092-CE, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 03.12.2004). A C Ó R D Ã O: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do Senhor Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, deferir o pedido de habeas corpus, nos termos do voto do Relator. Brasília, 17 de maio de 2005. V O T O: O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator): Anota o parecer da Procuradoria-Geral da República (fls. 381-385), da lavra do Subprocurador-Geral, Dr. Edson de Oliveira Almeida: “O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 81.611/DF, entendeu que para o oferecimento da denúncia, por crime contra a ordem tributária, capitulado no art. 1º da Lei nº 8.137/97, é imprescindível o exaurimento da esfera administrativa. Os extratos juntados às fls. 320-323 comprovam a existência de recursos ainda pendentes de julgamento perante o Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, referentes à empresa Assunção Indústria e Comércio S.A. Assim sendo, não pode ter curso a ação penal nº 95.00.03427-1, 2ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado do Maranhão, sem prejuízo do oferecimento de nova denúncia, após o exaurimento da via administrativa, ficando, em consequência, suspenso também o curso da prescrição.” (fl. 385) Destarte, em conformidade com o parecer da PGR, entendo que, na espécie, o crime de sonegação fiscal (art. 1º, II e III da Lei nº 8.137/1990) somente se consuma com o lançamento definitivo. Em razão da pendência de recurso administrativo perante as autoridades fazendárias, não se pode falar em crime, e nem tampouco em justa causa para persecução penal. Uma vez que essa atividade persecutória se funda tão somente na existência de suposto débito tributário, não é legítimo ao Estado instaurar processo penal cujo objeto coincida com o de apuração tributária que ainda não foi finalizada na esfera administrativa. Consequentemente, não se pode sequer cogitar do curso de lapso prescricional, o qual somente terá termo inicial com a consumação do delito, nos termos do art. 111, I, do Código Penal. Nesse mesmo sentido, veja-se a recente jurisprudência firmada pelo Tribunal Pleno (HC no 81.611-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 10.12.2003, acórdão ainda não publicado, noticiado no Informativo no 333), pela Primeira Turma (HC no 83.414- RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 23.04.2004 e AI no 419.578-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 27.08.2004) e por esta Segunda Turma (HC no 84.092-CE, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 03.12.2004). No caso concreto, portanto, não existe lançamento definitivo a ensejar justa causa para o recebimento da ação penal instaurada. Destarte, reitero os fundamentos expendidos na decisão liminar, cujo teor foi integralmente apresentado no relatório do presente caso. Quanto ao mérito, meu voto é pela concessão da ordem para que se anule, desde a denúncia, inclusive, o processo criminal a que estão submetidos os pacientes (Ação Penal no 95.00.03427-1, em tramitação na 2ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado do Maranhão).”*

O então Presidente do Supremo, Ministro Nelson Jobim, concedeu liminar em Habeas corpus (HC 86321) a um empresário paulista para suspender ação penal por crime de sonegação fiscal. A defesa alegava a existência de procedimento administrativo ainda não julgado, o que resultaria em falta de justa causa para a instauração da ação penal. O mesmo pedido foi negado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). O Ministro Jobim sustentou, ao conceder a liminar, que a jurisprudência do Supremo é no sentido de que os crimes definidos no artigo 1º da Lei nº 8.137/90 (que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo), são materiais, somente se consumando com o lançamento definitivo do tributo. "Assim, se está pendente o processo administrativo que discute o débito tributário perante as autoridades fazendárias, ainda não há crime, porquanto 'tributo suprimido ou reduzido' é elemento normativo do tipo", ressaltou o presidente na decisão. A liminar foi concedida para suspender o andamento da ação penal nº 615/03, que tramita perante a 2ª Vara Criminal de São Carlos (SP), até decisão definitiva do habeas corpus.

O Ministro Gilmar Mendes determinou o arquivamento do inquérito requerido pelo Ministério Público Federal contra um parlamentar federal pela suposta prática de crime contra a ordem tributária. Segundo a assessoria de comunicação do Supremo, a Procuradoria Geral da República, em parecer, pediu o sobrestamento do inquérito, pois, o procedimento administrativo a que o parlamentar responde ainda não teria sido julgado em definitivo. O ministro Gilmar Mendes ressaltou que a jurisprudência do tribunal já se firmou no sentido de que, quando se trata de crime contra a ordem tributária, não há causa que justifique a ação penal antes do término do processo administrativo. Ele salientou, ainda, que sem o fim do procedimento administrativo não haveria o início do curso do lapso prescricional do crime tributário, visto que ainda não se consumou o delito. "Com efeito, não cabe dar prosseguimento a inquérito policial, quando não há justa causa para a ação penal, visto que a ausência de conclusão do procedimento administrativo tributário legitima o trancamento de ação penal", afirmou o relator. O ministro salientou, no caso, o aspecto do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição, que proíbe a utilização ou transformação do homem em objeto dos processos e ações estatais. "Não é difícil perceber os danos que a mera existência de um inquérito criminal impõe ao indivíduo, especialmente quando se cuida de procedimento desproporcional ou indevido", ressaltou Mendes. O ministro ponderou, por fim, sobre a necessidade de prudência por parte daqueles que têm o poder de iniciativa nas ações penais e daqueles que podem decidir sobre o seu curso, para evitar os riscos que as ações ilícitas ou abusivas por parte de órgãos ou agentes do Estado podem trazer para os cofres públicos, na medida em que podem dar ensejo a pedidos de indenização fundados no princípio da responsabilidade civil do Estado (CF, artigo 37, parágrafo 6º).

**Ora, então, as instâncias não são assim tão independentes!**

De toda maneira, voltando a tratar do Princípio da Insignificância, observa-se, como ensina Cezar Roberto Bitencourt, que *“a tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem*

*sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico.”*<sup>3</sup>

Segundo Carlos Vico Manãs, “o princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção da fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, o que consagra o postulado da fragmentariedade do direito penal.” Para ele, tal princípio funda-se “na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma socialmente relevante os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal.”<sup>4</sup>

Para Maurício Antônio Ribeiro Lopes (a esta altura já perdoado pelo plágio cometido em relação à obra de Paulo de Souza Queiroz, pois, afinal de contas, no Brasil, ao menos em tese, não temos a pena de punição perpétua; aliás, o único que a sofreu foi o cantor, compositor e intérprete maravilhoso Wilson Simonal de Castro, de muito sucesso nas décadas de 1960 e 1970, chegando a comandar um programa na TV Tupi, Spotlight, e dois programas na TV Record, Show em Si... Monal e Vamos S'imbora, e a assinar o que foi considerado na época o maior contrato de publicidade de um artista brasileiro, com a empresa anglo-holandesa Shell. Cantor detentor de esmerada técnica e qualidade vocal, Simonal viu sua carreira entrar em declínio após o episódio no qual teve seu nome associado ao DOPS, envolvendo a tortura de seu contador Raphael Viviani. O cantor acabaria sendo processado e condenado por extorsão mediante sequestro, sendo que, no curso deste processo, redigiu um documento dizendo-se delator, o que acabou levando-o ao ostracismo e a condição de pária da música popular brasileira<sup>5</sup>):

*"O juízo de tipicidade, para que tenha efetiva significância e não atinja fatos que devam ser estranhos ao Direito Penal, por sua aceitação pela sociedade ou dano social irrelevante, deve entender o tipo, na sua concepção material, como algo dotado de conteúdo valorativo, e não apenas sob seu aspecto formal, de cunho eminentemente diretivo. Para dar validade sistemática à irrefutável conclusão político-criminal de que o Direito penal só deve ir até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico, não se ocupando de bagatelas, é preciso considerar materialmente atípicas as condutas lesivas de inequívoca insignificância para a vida em sociedade. É notável a síntese apresentada por Sanguiné sobre o conteúdo da tipicidade material ao dispor que a tipicidade não se esgota na concordância lógico-formal (subsunção) do fato no tipo. A ação descrita tipicamente há de ser geralmente ofensiva ou perigosa a um bem jurídico. O legislador toma em consideração modelos de vida que deseja castigar. Com essa finalidade, tenta compreender, conceitualmente, de maneira mais precisa, a situação vital típica. Embora visando alcançar um círculo limitado de situações, a tipificação falha ante a impossibilidade de regulação do caso concreto em face da infinita gama de*

<sup>3</sup> Manual de Direito Penal - Parte Geral - Ed. Revistas dos Tribunais - 4a ed., p. 45.

<sup>4</sup> O Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade no Direito Penal, 1ª. ed., São Paulo: Saraiva, pp. 56 e 81.

<sup>5</sup> [http://pt.wikipedia.org/wiki/Wilson\\_Simonial](http://pt.wikipedia.org/wiki/Wilson_Simonial).

*possibilidades do acontecer humano. Por isso, a tipificação ocorre conceitualmente de forma absoluta para não restringir demasiadamente o âmbito da proibição, razão porque alcança também casos anormais. A imperfeição do trabalho legislativo não evita que sejam subsumíveis também nos casos que, em realidade, deveriam permanecer fora do âmbito de proibição estabelecido pelo tipo penal. A redação do tipo penal pretende, por certo, somente incluir prejuízos graves da ordem jurídica e social, porém não pode impedir que entrem em seu âmbito os casos leves. Para corrigir essa discrepância entre o abstrato e o concreto e para dirimir a divergência entre o conceito formal e o conceito material de delito, parece importante utilizar-se o princípio da insignificância".<sup>6</sup>*

Aliás, atentemos que *“em tempo de pensar a gestão e a estrutura do Poder Judiciário, notadamente após a Emenda Constitucional 45, e face ao acúmulo de processo que gera insuportável morosidade aos jurisdicionados, o princípio da insignificância representa sofisticado mecanismo obstaculizador de demandas cujo custo é injustificável.”<sup>7</sup>*

Ademais, é sabido desde há muito que a norma penal *“existe para a tutela de alguns bens ou interesses (de especial relevância) consubstanciados em relações sociais valoradas positivamente pelo legislador para constituir o objeto de uma especial e qualificada proteção, como é a penal.”<sup>8</sup>* Logo, alguém só *“pode ser responsabilizado pelo fato cometido quando tenha causado uma concreta ofensa, ou seja, uma lesão ou ao menos um efetivo perigo de lesão para o bem jurídico que constitui o centro de interesse da norma penal.”<sup>9</sup>* É a aplicação do princípio da ofensividade<sup>10</sup>, segundo o qual **nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis sine iniuria**.

É de Luigi Ferrajoli a seguinte lição: *“La necesaria lesividad del resultado, cualquiera que sea la concepción que de ella tengamos, condiciona toda justificación utilitarista del derecho penal como instrumento de tutela y constituye su principal límite axiológico externo. Palabras como ‘lesión’, ‘daño’ y ‘bien jurídico’ son claramente valorativas.”<sup>11</sup>*

Ora, se a conduta do agente não lesa (ofende) o bem jurídico tutelado, não causando nenhum dano, ou, no máximo, um dano absolutamente insignificante, não há fato a punir por absoluta inexistência de tipicidade,

---

<sup>6</sup> Princípio da Insignificância no Direito Penal, 2ª. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, págs. 117/118.

<sup>7</sup> Artigo escrito coletivamente por Salo de Carvalho, Alexandre Wunderlich, Rogério Maia Garcia e Antônio Carlos Tovo Loureiro intitulado *Breves Considerações sobre a Tipicidade Material e as Infrações de Menor Potencial* in AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de e CARVALHO Salo de (organizadores). *A Crise do Processo Penal e as Novas Formas de administração da Justiça Criminal*. Sapucaia do Sul – RS: Notadez, 2006, p. 144.

<sup>8</sup> Luiz Flávio Gomes, *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 18.

<sup>9</sup> Idem, p. 15.

<sup>10</sup> Sobre o assunto, conferir a recente obra de Luiz Flávio Gomes, “Princípio da Ofensividade no Direito Penal”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>11</sup> *Derecho y Razón*, Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 467.

pois “*la conducta que se incrimine ha de ser inequívocamente lesiva para aquellos valores e intereses expresivos de genuínos ‘bienes jurídicos’.*”<sup>12</sup>

Relembre-se que o Direito Penal deve ser a **última ratio**, ou seja, a sua intervenção só será aceitável em casos de ataques relevantes a bens jurídicos tutelados pelo Estado. Paulo Queiroz, por exemplo, explica o inexpressivo sentido jurídico penal de determinadas condutas, nada obstante típicas abstratamente:

*“É que não tem o legislador, em face das limitações naturais da técnica legislativa e da multiplicidade de situações que podem ocorrer, o poder de previsão, casuística, das hipóteses efetivamente merecedoras de repressão. Noutros termos, falta-lhe o poder de prever em que grau e em que intensidade devem tais ações merecer, **in concreto**, castigo. Não lhe é possível, enfim, ao prever tipos abstratos, ainda que se atendo àquelas lesões mais significativas, fixar, segundo o caso concreto, em que intensidade a lesão deve assumir relevância penal efetiva. Com bem assinala Maurach, nenhuma técnica legislativa é tão acabada a ponto de excluir a possibilidade de que, em alguns casos particulares, possam ficar fora da ameaça penal certas condutas que não apareçam como merecedoras de pena. Vale dizer, a redação do tipo legal pretende certamente só incluir prejuízos graves à ordem jurídica e social, porém não impede que entrem também em seu âmbito os casos mais leves, de ínfima significação social. Enfim, o que in abstrato é penalmente relevante pode não o ser verdadeiramente, isto é, podem não assumir, in concreto, suficiente dignidade e significado jurídico-penal.”*<sup>13</sup>

Assim, impõe-se a aplicação do princípio da insignificância, pois somente as condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens jurídicos efetivamente relevantes carecem dos rigores do Direito Penal. Seu aparecimento “*recomenda a aplicação do Direito Penal apenas nos casos de ofensa grave aos bens jurídicos mais importantes (principio bagatelar próprio).*”<sup>14</sup> Já o seu fundamento “*está, também, na idéia de proporcionalidade que a pena deve guardar em relação à gravidade do crime. Nos casos de ínfima afetação ao bem jurídico o conteúdo do injusto é tão pequeno que não subsiste nenhuma razão para o pathos ético da pena, de sorte que a mínima pena aplicada seria desproporcional à significação social do fato.*”<sup>15</sup>

Aliás, como dissemos acima, “*el origen del estudio de la insignificancia se remonta al año 1964, cuando Claus Roxin formuló una primigenia enunciación, la que fuera reforzada – desde que se contemplaba idéntico objeto – por Claus Tiedemann, con el apelativo de delitos de bagatela.*”<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup> Antonio Garcia-Pablos, Derecho Penal – Introducción, Madrid: Servicio Publicaciones Facultad Derecho Universidad Complutense Madrid, 1995, 265.

<sup>13</sup> Paulo de Souza Queiroz - Do caráter subsidiário do direito penal – Lineamentos para um direito penal mínimo, Editora Del Rey, Belo Horizonte – 1998, p.122

<sup>14</sup> Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira, O princípio da insignificância ou bagatela - conceito, classificação hodierna e limites, Revista Jurídica Consulex – Ano VIII – N. 186 – 15 de outubro/2004, p. 62.

<sup>15</sup> José Henrique Guaracy Rebelo, Princípio da Insignificância, Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 38.

<sup>16</sup> Enrique Ulises García Vitor, La Insignificancia en el Derecho Penal, Buenos Aires: Hammurabi, 2000, p. 20.

Como ensina Luiz Flávio, “pequenas ofensas ao bem jurídico não justificam a incidência do direito penal, que se mostra desproporcionado quando castiga fatos de mínima importância (furto de uma folha de papel, de uma cebola, de duas melancias etc.). Dogmaticamente falando, já não se discute que o princípio da insignificância (ou da bagatela, como lhe denominam os italianos, assim como Tiedemann) exclui a tipicidade, mais precisamente a tipicidade material.” Para ele, hoje, “já praticamente ninguém nega a relevância do princípio da insignificância (ou da bagatela) no direito penal. Não há dúvida que é um princípio de política criminal, mas adotado e aplicado diariamente pelos juízes e tribunais.”<sup>17</sup>

Este princípio também é aplicado por juízes de outros países. Para ilustrar, vejamos esta decisão da Justiça Argentina:

“No toda lesión al bien jurídico propiedad configura la afectación típica requerida. En este sentido, debemos recordar que el patrimonio no es un elemento abstracto, sino un atributo de la personalidad, como tal no debe juzgarse en forma aislada, sino en relación con su titular. Lo que para uno es una afectación nimia e insignificante, para otro puede ser una afectación trascendente. Por ello el análisis de la afectación al bien jurídico no puede hacerse en forma abstracta o meramente formal. Desde el punto de vista de la teoría del delito, la afectación del bien jurídico cumple una función limitante de la tipicidad, no integrándola, de modo tal que una lesión insignificante, resultaría, por ende atípica al no revestir entidad suficiente para demandar la intervención del Estado. En este punto debemos necesariamente recordar el carácter de ultima ratio del derecho penal. El recordado Profesor Dr. Enrique García Vitor enseñaba que: el principio de insignificancia representa un criterio de índole interpretativa, restrictivo de la tipicidad de la conducta, partiendo de la consideración del bien jurídico -conceptualizado sobre la base de los principios de lesividad social y fragmentariedad-, y en la medida de su lesión o puesta en peligro concreto. No podemos descuidar aquí el aspecto político-criminal que representa la aplicación de una pena a una afectación insignificante del bien jurídico; Zaffaroni, Alagia y Slokar ponen precisamente énfasis en este punto al decir que se trata de “casos en los que la afectación es mínima y el poder punitivo revelaría una irracionalidad tan manifiesta como indignante.” (C. 28348 - “Gómez, Justo Ceferino s/ proces. y monto del emb.” – CNCRIM Y CORREC DE LA CAPITAL FEDERAL - Sala VI – 15/03/2006 - Voto do Dr. Bunge Campos).

Idem, nos Estados Unidos. Com efeito, começaram no dia 05 de novembro deste ano de 2014, na Suprema Corte dos EUA, as sustentações orais do caso de um pescador que jogou no mar três peixes com menos de 20 polegadas (pouco mais de 50 centímetros), cuja pesca é proibida, para se livrar das provas, depois que o tamanho dos peixes fora medido por um agente federal que abordou seu barco. Alguns ministros da corte ironizaram os procuradores do Departamento de Justiça por enquadrar o pescador em uma lei federal que poderia lhe render até 20 anos de prisão, por um crime tão insignificante.

O Departamento de Justiça processou o pescador John Yates, que era o capitão de barco, com base na Lei Sarbanes-Oxley, de 2002. Essa lei tipificou como crime “destruir, alterar ou esconder qualquer registro, documento ou

---

<sup>17</sup> Site: [ultimainstancia.com.br](http://ultimainstancia.com.br) – terça-feira, 9 de novembro de 2004.

*objeto tangível, com o intento de obstruir a investigação de qualquer matéria dentro da jurisdição federal*”. A lei foi criada pelo Congresso Nacional nos rastros do escândalo da empresa de energia Enron. Funcionários da empresa de auditoria Arthur Andersen foram processados criminalmente por destruir documentos que poderiam complicar a Enron na Justiça. O Defensor Público John Badalamenti, que representa Yates, alega que a lei não cobre nada mais que a destruição de provas relacionados a crimes financeiros. E que o Departamento de Justiça está “*esticando demais*” a lei.

Para o Departamento de Justiça, isso não é novidade. Por mais de uma década, os Procuradores Federais vêm usando essa lei para processar acusados de todos os tipos de crime: de terrorismo a violação da segurança ambiental. Os procuradores alegam que é preciso tomar o sentido pleno do texto da lei. Assim, eles dizem que um “*objeto tangível*” pode ser “um corpo, mancha de sangue, arma, droga, dinheiro e automóvel” — e, agora, até mesmo três peixes pequenos, de acordo a *National Public Radio* (NPR), a *NBC News* e o *Washington Times*.

A pergunta perante os Ministros da Suprema Corte é: “*O descarte dos três peixes pequenos no mar pode ser enquadrado na Lei Sarbanes-Oxley de 2002, que proíbe a destruição de qualquer registro, documento ou objeto tangível?*” Em primeiro grau, Yates foi condenado e sentenciado a 30 dias de prisão. Um tribunal de recursos manteve a condenação e o caso chegou à Suprema Corte, que aceitou julgá-lo provavelmente para discutir — em termos americanos — o princípio da insignificância.

O presidente da Corte, Ministro John Roberts, perguntou ao Procurador Roman Martinez se ele teria coragem de parar alguém na rua e perguntar se um peixe é um “*objeto tangível*” ou um “*documento de registro*”, para efeito da Lei Sarbanes-Oxley. Enquanto Martinez buscava uma resposta, o Ministro Antonin Scalia interveio, para dizer que ele não obteria uma resposta educada, informou a revista *Forbes*. “*Que tipo de Procurador insensato processa um pescador por jogar três peixes pequenos fora do barco?*”, Scalia perguntou. Quando o Procurador respondeu que a política do Departamento de Justiça é processar pessoas por crimes sérios, ele retrucou: “*Nesse caso, temos de nos preocupar mais com nossas leis*”. A Ministra Elena Kagan acrescentou: “*Isso faz parecer que o Congresso quis estabelecer penas rígidas para qualquer pequena infração*”.

John Yates pescava em “*águas federais*” no Golfo do México, quando o agente John Jones, que fiscaliza a pesca e a vida selvagem na Flórida, abordou seu barco. Yates havia pescado 72 badejos, três dos quais foram medidos por Jones. Como esses peixes não atingiam a medida mínima, ele ordenou a Jones que o seguisse até o porto, onde os peixes seriam apreendidos e ele seria multado — um caso semelhante a uma multa de trânsito. Em rota para o porto, Yates mandou outro pescador jogar os três peixes no mar. Quando, no porto, o agente recontou os peixes e só encontrou 69, ele percebeu a falta dos três peixes medidos. Interrogou o outro pescador e obteve a confissão de que os havia jogado no mar. Três anos depois, Yates estava em casa, quando chegaram os policiais em diversas viaturas, com coletes à prova de balas, fortemente armados, o algemaram e o colocaram em um camburão, para levá-lo para a cadeia. Depois dessa cena — e dos 30 dias na prisão —, Yates não conseguiu mais emprego, porque nenhuma empresa de pesca quer contratar alguém “*com problemas com os agentes federais*”. Fonte: (João Ozorio de Melo é

correspondente da revista Consultor Jurídico nos Estados Unidos - Revista Consultor Jurídico, 6 de novembro de 2014, 10h58). Grifamos.

**Apesar de fazermos todas as ressalvas do mundo à cultura (inclusive jurídico-policialesca) dos Estados Unidos da América, devemos louvar, pelo menos neste caso, a sua Suprema Corte.**

É importante não confundir o princípio da insignificância com o princípio da irrelevância penal do fato: este, “*está estreitamente coligado com o princípio da desnecessidade da pena*”, como ensina Luiz Flávio Gomes.

Para ele, “*os princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato, a propósito, não ocupam a mesma posição topográfica dentro do Direito penal: o primeiro é causa de exclusão da tipicidade material do fato (ou porque não há resultado jurídico grave ou relevante ou porque não há imputação objetiva da conduta); o princípio da irrelevância penal do fato é causa excludente da punição concreta do fato, ou seja, de dispensa da pena (em razão da sua desnecessidade no caso concreto). Um afeta a tipicidade penal (mais precisamente, a tipicidade material); o outro diz respeito à (desnecessidade de) punição concreta do fato. O princípio da insignificância tem incidência na teoria do delito (aliás, afasta a tipicidade material e, em consequência, o próprio crime). O outro pertence à teoria da pena (tem pertinência no momento da aplicação concreta da pena). O primeiro tem como critério fundante o desvalor do resultado ou da conduta (ou seja: circunstâncias do próprio fato); o segundo exige sobretudo desvalor ínfimo da culpabilidade (da reprovação: primário, bons antecedentes etc.), assim como o concurso de uma série de requisitos post-factum que conduzem ao reconhecimento da desnecessidade da pena no caso concreto (pouco ou nenhum prejuízo, eventual prisão do autor, permanência na prisão por um fato sem grande relevância etc.). Para que se reconheça esse último princípio (assim como a desnecessidade ou dispensa da pena), múltiplos fatores, portanto, devem concorrer: ínfimo desvalor da culpabilidade, ausência de antecedentes criminais, reparação dos danos ou devolução do objeto, reconhecimento da culpa, colaboração com a justiça, o fato de o agente ter sido processado, o fato de ter sido preso ou ter ficado preso por um período etc. Tudo deve ser analisado pelo juiz em cada caso concreto. Lógico que todos esses fatores não precisam concorrer (todos) conjugadamente. Cada caso é um caso. Fundamental é o juiz analisar detidamente as circunstâncias do fato concreto (concomitantes e posteriores) assim como seu autor. O fundamento jurídico para o reconhecimento do princípio da irrelevância penal do fato reside no art. 59 do CP (visto que o juiz, no momento da aplicação da pena, deve aferir sua suficiência e, antes de tudo, sua necessidade). Mas quando o juiz reconhece o princípio da irrelevância penal do fato não está concedendo um perdão judicial extra-legal. Não é o caso. Referido princípio não é extra-legal, ao contrário, tem amparo legal expresso (no art. 59 do CP). O juiz reconhece a dispensa da pena (ele deixa de aplicar a pena) no caso concreto e isso é feito com base no art. 59 do CP (que diz que o juiz só aplica a pena quando for necessária para reprovação e prevenção do delito). A sentença do juiz, nesse caso, tem a mesma natureza jurídica da sentença que concede perdão judicial: é declaratória de extinção da punibilidade (Súmula 18 do STJ).”<sup>18</sup>*

---

<sup>18</sup> www.ultimainstancia.com.br - 11 de abril de 2006.

**Para concluir: sabem como esta divergência vai acabar? Com uma Súmula Vinculante, ou seja, no pau! Vide Súmula Vinculante nº. 35 (já comentada por nós).**