

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO E INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE
JUSTIÇA

RONALDO SOARES MENDES

**(IN)APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES CONTRA
A ORDEM TRIBUTÁRIA E AO CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA
PREVIDENCIÁRIA: uma análise jurisprudencial comparada**

São Luís
2022

RONALDO SOARES MENDES

**(IN)APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES CONTRA
A ORDEM TRIBUTÁRIA E AO CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA
PREVIDENCIÁRIA: uma análise jurisprudencial comparada**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça para a obtenção do título de Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça.

Orientador: Prof. Dr. Roberto Carvalho Veloso.

São Luís
2022

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Diretoria Integrada de Bibliotecas/UFMA

Soares Mendes, Ronaldo.

INAPLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES
CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E AO CRIME DE APROPRIAÇÃO
INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA: uma análise jurisprudencial
comparada / Ronaldo Soares Mendes. - 2022.

115 f.

Orientador(a): Roberto Carvalho Veloso.

Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-graduação em
Direito e Instituições do Sistema de Justiça/ccso,
Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2022.

1. Artigo 168-A do CP. 2. Crime de apropriação
indébita previdenciária. 3. Lei 8.137/90. 4. Princípio
da insignificância. I. Carvalho Veloso, Roberto. II.
Título.

RONALDO SOARES MENDES

**(IN)APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES CONTRA
A ORDEM TRIBUTÁRIA E AO CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA
PREVIDENCIÁRIA: uma análise jurisprudencial comparada**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça para a obtenção do título de Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça.

Orientador: Prof. Dr. Roberto Carvalho Veloso.

Aprovado em: ____ / ____ / ____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Roberto Carvalho Veloso (Orientador)
Universidade Federal do Maranhão

Prof. Dr. Cássius Guimarães Chai (Examinador)
Universidade Federal do Maranhão

Prof. Dr. Marco Aurélio Pinto Florêncio Filho (Examinador)
Universidade Presbiteriana Mackenzie

AGRADECIMENTOS

A Deus, primeiramente, pela sua infinita misericórdia por ter me permitido chegar até aqui.

Aos meus pais, Aldezina Soares Mendes e Valdeci Oliveira Mendes que sempre me ensinaram o verdadeiro valor da vida.

Aos meus irmãos Rildo, Rui, Ronildo, Ronivaldo, Dino e Ricardo, e às minhas irmãs Rejane, Regiane, Rosane, Renata, Sara e Rafaela que sempre me incluíram em suas orações.

À minha sobrinha Premma Hary que sempre me incentivou e torceu por mim, estando sempre disponível a me auxiliar em momentos difíceis.

Ao meu orientador Prof. Dr. Roberto Carvalho Veloso pelos ensinamentos durante os dois anos de mestrado.

Aos professores do mestrado Cássius Guimarães Chai, Claudio Alberto Gabriel Guimarães, Edith Maria Barbosa Ramos, Marcia Haydee Porto de Carvalho, Meryl Marylyne Renee Thiel, Monica Fontenelle Carneiro, Paulo de Tarso Brandão e aos demais professores por todo o aprendizado durante o curso.

Aos meus colegas servidores da secretaria e biblioteca do PPGDIR/UFMA pela cortesia em todos os atendimentos.

A todos os amigos do mestrado, Werdeson Mário, Tatiana Veloso, Danielly Campos, Tatiana Amélia, Marco Adriano, Izalete dos Santos, Elder Maia que sempre se disponibilizaram a me dar força nessa jornada tão árdua.

RESUMO

O Direito Penal brasileiro passa por uma crise em razão da pena não cumprir o seu papel de ressocialização, assim como pela existência de uma seletividade penal, tanto no processo de criação da norma penal, quanto na sua interpretação/aplicação pelas Instituições do Sistema de Justiça Penal à revelia de uma dogmática jurídico-penal adequada. Em paralelo, no Brasil aplica-se o princípio da insignificância, descaracterizando como crime as condutas que, embora sejam formalmente típicas, lesionam de forma ínfima o bem jurídico tutelado pela norma penal. Dentro desse cenário há uma incoerência jurisprudencial no que concerne à aplicação desse princípio ao crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do Código Penal). O Supremo Tribunal Federal (STF) tem o entendimento pela não aplicação do citado princípio, afirmando que o crime do artigo 168-A do Código Penal tutela um bem jurídico supraindividual. Não obstante, há na jurisprudência nacional o entendimento consolidado pela aplicação do princípio da insignificância aos crimes contra a ordem tributária (Lei n.º 8.137/90), mesmo que esses crimes tutelem um bem jurídico supraindividual, desde que os valores não ultrapassem o patamar de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). O objetivo geral desta pesquisa consiste em analisar a incoerência na (in)aplicação do princípio da insignificância aos crimes contra a ordem tributária (Lei n.º 8.137/90) e ao crime de apropriação indébita previdenciária na jurisprudência do STF, STJ e TRF1 como um processo de interpretação realizado à revelia de uma dogmática jurídico-penal adequada e que denota uma seletividade penal. Para tanto, foi utilizado o método de abordagem indutivo com viés quantiquantitativo. Quanto ao procedimento metodológico, foi utilizado o método comparativo. Por fim, foram aplicadas as seguintes técnicas de pesquisas: pesquisa bibliográfica, pesquisa documental e a análise de conteúdo temática. Como resultado, esta pesquisa constatou, sob o viés comparativo, a partir da análise dos acórdãos, que a aplicação do princípio da insignificância pelos tribunais em estudo reflete uma incoerência ante a ideia de bem jurídico supraindividual tutelado pelos crimes analisados, assim como uma dogmática jurídico-penal inadequada, na medida em que não respeita as premissas estabelecidas no ordenamento jurídico.

Palavras-chave: princípio da insignificância; crime de apropriação indébita previdenciária; crimes contra a ordem tributária; lei n.º 8.137/90; artigo 168-A do CP.

ABSTRACT

Brazilian Criminal Law is undergoing a crisis, due to the fact that the penalty does not fulfill its role of resocialization, as well as the existence of criminal selectivity, both in the process of creating the criminal law, and in its interpretation/application by the Institutions of the Criminal Justice System in the absence of an adequate legal-criminal dogmatics. In parallel, in Brazil, the principle of insignificance is applied, de-characterizing as a crime those conducts that, although formally typical, injure in a negligible way the legal interest protected by the criminal law. Within this scenario, there is a jurisprudential inconsistency regarding the application of this principle to the crime of social security misappropriation (art. 168-A of the Penal Code). The Federal Supreme Court (STF) has the understanding for the non-application of the aforementioned principle, stating that the crime of art. 168-A of the Penal Code protects a supra-individual legal interest. Nevertheless, in national jurisprudence there is a consolidated understanding by the application of the principle of insignificance to crimes against the tax order (Law 8.137/90), even if these crimes protect a supra-individual legal interest, provided that the amounts do not exceed the level of R\$ 20,000.00 (twenty thousand reais). The general objective of this research is, therefore, to analyze the inconsistency in the (in)application of the principle of insignificance to crimes against the tax order (Law 8.137/90) and to the crime of social security misappropriation in the jurisprudence of the STF, STJ and TRF1 as a process of interpretation carried out in defiance of an adequate juridical-penal dogmatic and that denotes a criminal selectivity. For that, the inductive approach method with a quantitative-qualitative bias was used. As for the methodological procedure, the comparative method was used. Finally, the following research techniques were applied: bibliographic research, document research and thematic content analysis. As a result, this research found, under the comparative bias, from the analysis of the judgments, that the application of the principle of insignificance by the courts under study reflects an inconsistency with the idea of supra-individual legal interest protected by the analyzed crimes, as well as a legal dogmatic-inadequate criminal, insofar as it does not respect the premises established in the legal system.

Keywords: principle of insignificance; crime of social security misappropriation; crimes against the tribuatal order; law 8.137/90; article 168-A of the CP.

LISTA DE SIGLAS

ANPP	Acordo de não Persecução Penal
AP	Apelação Criminal
CAPES	Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior
CONPEDI	Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
CPB	Código Penal Brasileiro
CTN	Código Tributário Nacional
CPP	Código de Processo Penal
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
FBSP	Anuário de Segurança Pública
HC	Habeas Corpus
IOF	Imposto sobre Operações Financeiras
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
MPAS	Ministério da Previdência e Assistência Social
PPGDIR	Programa de Pós-Graduação em Direito
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SURSIS	Suspensão Condicional do Processo
TRF1	Tribunal Regional Federal da Primeira Região
UFMA	Universidade Federal do Maranhão

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS	15
2.1 Método de abordagem	15
2.2 Método de procedimento	16
2.3 Técnicas de pesquisa	17
5.3.1 Pesquisa Bibliográfica	17
2.3.2 Pesquisa Documental	17
2.3.3 Análise de conteúdo	18
2.4 Hipótese e estratégia de pesquisa	20
3 SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL EM CRISE: por uma dogmática jurídico-penal adequada	21
3.1 O controle social formal e a crise do poder punitivo estatal	22
3.2 Seletividade do Sistema de Justiça Penal	27
3.3 Da necessidade de uma dogmática jurídico-penal adequada	33
4 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CONTEXTO BRASILEIRO	39
4.1 A origem e a delimitação	40
4.2 Requisitos de aplicação e efeitos penais	41
4.3 Distinção frente a outros princípios e institutos penais	45
5 OS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E O CRIME DO ARTIGO 168-A DO CÓDIGO PENAL: uma comparação frente ao bem jurídico-penal	51
5.1 O bem jurídico supraindividual	51
5.2 Os crimes contra a ordem tributária (Lei nº 8.137/90)	55
5.2.1 Das condutas previstas no art. 1º da Lei n.º 8.137/90	59
5.2.2 Das condutas previstas no art. 2º da Lei n.º 8.137/90	61
5.2.3 Das condutas previstas no art. 3º da Lei n.º 8.137/90	63
5.3 O crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP)	64
5.4 O bem jurídico supraindividual e o princípio da insignificância: uma problematização necessária	69
6 UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL COMPARADA: apresentação e discussão dos dados	74
6.1 Os acórdãos do STF como ponto de partida	77
6.2 O cenário a partir dos acórdãos do STJ	82
6.3 O cenário a partir dos acórdãos do TRF1	84
6.4 Uma análise comparativa	86

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	98
REFERÊNCIAS	105
APÊNDICE A	114

1 INTRODUÇÃO

O poder punitivo do Estado possui inúmeras razões de justificação, tendo respaldo constitucional. Dentre as várias finalidades do Direito Penal, isto é, do corpo sistemático de normas o qual materializa e dá as diretrizes a tal poder punitivo, há a promoção da harmonia social, proteção de bens jurídicos de relevância social, defesa da ordem jurídica, dentre outros motivos os quais objetivam um controle social formal.

Nesse contexto, apresenta-se o princípio da insignificância o qual tem o intuito de impedir a intervenção punitiva do Direito Penal, a fim de que esse último não aplique sanções para condutas que deveriam estar fora do seu âmbito e que não foram imaginadas pelo legislador ao criar as normas penais, considerando-as atípicas. Assim, atua como um vetor de balizamento de condutas que merecem a incidência das penas previstas nas normas penais, pois impede o Direito Penal de ser aplicado a situações esdrúxulas, como a situação de um indivíduo que é condenado e tem sua liberdade restringida devido ao furto de uma galinha.

Não obstante, a sociedade, suas relações, seus valores e condutas estão em constante transformação. O Direito Penal, por tal razão, também deve evoluir e se transformar, à medida que deve coibir condutas que afetem os bens jurídicos mais caros à sociedade. Foi o que ocorreu com a evolução do chamado Direito Penal Liberal ou Clássico, erigido com a finalidade de proteger os cidadãos das arbitrariedades do Estado, à luz dos princípios basilares do Direito Penal, e muitos deles previstos em norma constitucional, como o princípio da legalidade. O Direito Penal Liberal ou Clássico acabou evoluindo para um Direito Penal Moderno, preocupado em criminalizar condutas que atinjam os chamados bens jurídicos supraindividuais, inserindo no ordenamento jurídico crimes como os de mera conduta, de perigo abstrato, e com viés transnacional, todos inerentes ao contexto proposto da chamada sociedade de risco¹.

Paralelamente a tal cenário, é imperioso destacar a crise de legitimidade pela qual passa o “*jus puniendi*”, isto é, a crise diante do descrédito social do poder punitivo estatal. Isso se deve, essencialmente, ao não cumprimento dos próprios fins do Direito Penal e da pena, bem como às deficiências das instituições do controle social formal, especialmente pela

¹ Sociedade de risco é um termo de viés sociológico o qual abarca as formas pelas quais a sociedade do séc. XX se comporta frente aos riscos de seu tempo e as projeções futuras negativas em relação as escolhas/comportamentos/atitudes tomadas no presente. Essa sociedade engloba vários riscos, como a guerra, epidemias, ecológicos, nucleares, entre outros (BECK, 2011).

tendência da seletividade penal contra os grupos mais vulneráveis e à utilização inadequada da dogmática jurídico-penal, como serão abordados no âmbito desta pesquisa.

Dentro do contexto exposto, o STF aplica o princípio da insignificância aos crimes tributários federais, tais como o de descaminho e aqueles contra a ordem tributária, até o patamar de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)². Contudo, essa corte não aplica o citado princípio ao crime do art. 168-A do CP (apropriação indébita previdenciária), afirmando que o bem jurídico tutelado por tal crime possui natureza supraindividual, razão pela qual não se pode verificar o requisito do reduzido grau de reprovabilidade da conduta³.

Embora em recente decisão tenha fixado em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)⁴ o patamar para a aplicação do princípio da insignificância em processos penais que averiguam a prática de crimes tributários federais e de descaminho, o STJ possui julgados, aplicando o citado princípio no patamar de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ao crime de apropriação indébita previdenciária⁵.

No que concerne ao TRF1, esse tribunal possui julgados no sentido de aplicar o princípio da insignificância a ambos os crimes citados, fixando o patamar de aplicação no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)⁶. Dessa forma, é notória a divergência de entendimentos nas principais cortes do Brasil, bem como uma incoerência do STF quanto ao bem jurídico dos crimes contra a ordem tributária e de apropriação indébita previdenciária, uma vez que só os primeiros seriam suscetíveis de aplicação do princípio da insignificância.

Ante a divergência de aplicação de tal princípio, esta pesquisa parte do seguinte problema: Em que medida a incoerência resultante da comparação da jurisprudência do STF, STJ e TRF1 diante da (in)aplicação do princípio da insignificância aos crimes contra a ordem tributária (Lei n.º 8.137/90) e ao crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP) expõe a aplicação de uma dogmática jurídico-penal inadequada e uma seletividade penal? Quais as consequências dessa incoerência para a atuação das Instituições do Sistema de Justiça Penal e para os cidadãos?

² Nesse sentido: STF- HC: 120617/PR, Relator: Min. Rosa Weber, Data de julgamento: 04/02/2014 Primeira Turma, Data de publicação: 20/02/2014.

³ Nesse sentido: STF – HC: 98021/SC, Relator: Min. Ricardo Lewandoswski, Data de julgamento: 22/06/2010, Primeira Turma, Data de publicação: 13/08/2010.

⁴ Nesse sentido: STJ - REsp:1688878 SP2017/0201621-1, Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, Data de julgamento: 28/02/2018, Terceira Seção, Data de publicação: 04/04/2018.

⁵ Nesse sentido: STJ - AgRg no REsp 1389169/MG, relatora: Maria Thereza de Assis Moura, Data de julgamento: 24/10/2013, Sexta Turma, Data de publicação: 04/11/2013.

⁶ Nesse sentido: TRF1 - Ap Criminal n.2008.38.10.001817-9/MG. Relator. Des. Cândido Ribeiro. Data de julgamento: 28/04/2020.

A hipótese que se pretende constar ou refutar é a seguinte: A partir da análise comparada da jurisprudência do STF, STJ e TRF1 na (in)aplicação do princípio da insignificância aos crimes contra a ordem tributária (Lei n.º 8.137/90) e ao crime de apropriação indébita previdenciária no Brasil, há uma incoerência a qual reflete a utilização de uma dogmática jurídico-penal inadequada, à medida que essa dogmática é efetuada em um processo de interpretação à revelia das premissas dispostas nas normas legais, especialmente nas constitucionais; bem como denota uma seletividade penal em detrimento dos princípios da isonomia e segurança jurídica sob a perspectiva do bem jurídico penal tutelado pelos crimes em estudo. O objetivo geral desta pesquisa consiste em analisar a incoerência na (in)aplicação do princípio da insignificância aos crimes contra a ordem tributária (Lei n.º 8.137/90) e ao crime de apropriação indébita previdenciária na jurisprudência do STF, STJ e TRF1 como um processo de interpretação realizado à revelia de uma dogmática jurídico-penal adequada e que denota uma seletividade penal.

Para tanto, metodologicamente, foi utilizado o método de abordagem indutivo, uma vez que partiu-se de algo específico (jurisprudência do STF, STJ e TRF1) para uma constatação mais geral (aplicação de uma dogmática jurídico-penal inadequada pelo Sistema de Justiça brasileiro). Ademais, trata-se de pesquisa quantiquantitativa, posto que as duas abordagens são complementares, tornando-se, dessa forma, rica no campo da pesquisa social.

Quanto ao procedimento metodológico, foi utilizado o método comparativo, visto que será realizada uma comparação entre as jurisprudências das cortes superiores (STF, STJ e TRF1). Ademais, foram aplicadas as seguintes técnicas de pesquisas: pesquisa bibliográfica, pesquisa documental e a análise de conteúdo temática (BARDIN, 1977).

Inicialmente foi elaborado um capítulo específico, a fim de detalhar os aspectos metodológicos da presente dissertação. Os capítulos seguintes refletem os objetivos específicos deste trabalho.

Foi realizada uma reflexão acerca da crise do Sistema de Justiça Penal brasileiro à luz da seletividade penal denunciada pela Criminologia Crítica de Baratta (2011) e da necessidade de uma dogmática jurídico-penal adequada.

Posteriormente, a pesquisa focou na compreensão do princípio da insignificância e sua aplicação no Brasil, debatendo a sua origem, delimitação, distinção diante dos demais princípios e outros institutos do Direito Penal, assim como requisitos e efeitos no ordenamento jurídico brasileiro.

No capítulo seguinte foi efetuada uma comparação entre os crimes contra a ordem tributária (Lei n.º 8.137/1990) e ao crime de apropriação indébita previdenciária, a partir do

conceito de bem jurídico penal supraindividual e da aplicação do princípio da insignificância, fazendo emergir a problemática delimitada dentro desta pesquisa.

Por fim, o último capítulo expôs o levantamento dos dados e analisou, comparativa e quantiquantitativamente, os acórdãos do STF, do STJ e do TRF1 acerca da (in)aplicação do princípio da insignificância aos crimes contra a ordem tributária (Lei n.º 8.137/90) e ao crime do art. 168-A do CP no lapso temporal de janeiro de 2019 a dezembro de 2021.

Esta pesquisa é de suma importância à Ciência do Direito. Além de refletir teoricamente sobre o Sistema de Justiça Penal brasileiro, trata-se de pesquisa empírica, dando suporte quantitativo e qualitativo para o aprimoramento da atuação das instituições pesquisadas, refletindo o compromisso do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR/UFMA) com a melhoria do Sistema de Justiça à luz da ciência.

Ademais, instiga a comunidade jurídica e acadêmica a debater sobre as incoerências do Sistema de Justiça brasileiro, com ancoragem na reflexão acerca da (in)aplicação do princípio da insignificância aos crimes citados. Logo, possui relevância jurídica na medida em que suscita o debate acerca das cortes nacionais na inaplicação de tal princípio ao crime de apropriação indébita previdenciária, repensando a atuação do Poder Judiciário, a fim de que esse seja equânime e congruente nas suas decisões, beneficiando toda a sociedade que a ele recorre.

2 CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS

O presente trabalho objetiva o desenvolvimento de uma pesquisa na área do Direito, embora possa se valer de contribuições de outras áreas para ampliar o estudo do objeto de pesquisa.

A pesquisa, de um modo geral, pode desenvolver seu objeto de estudo através de dois aspectos principais: o teórico e o prático. O primeiro objetiva debater os fundamentos científicos da ciência jurídica. O segundo almeja o aprimoramento das bases da pesquisa no aspecto material para a sua construção (GUSTIN, 2015).

No campo teórico, esta pesquisa objetiva analisar uma possível aplicação inadequada da dogmática jurídico-penal no Brasil diante da (in)aplicação do princípio da insignificância aos crimes contra a ordem tributária e ao crime de apropriação indébita previdenciária, conforme se depreende dos três capítulos iniciais. Para tanto, discutiu-se teoricamente: a crise do poder punitivo estatal brasileiro; a seletividade penal denunciada pela Criminologia Crítica de Baratta (2011) diante da atuação do controle social formal no Brasil; o princípio da insignificância no contexto jurídico brasileiro; os crimes tributários e o Direito Penal moderno; o bem jurídico-penal supraindividual e as interfaces entre os crimes contra a ordem tributária (Lei n.º 8.137/90) e o crime de apropriação indébita previdenciária.

No que concerne ao aspecto prático, esse se deu através da análise comparativa dos acórdãos do STF, STJ e TRF1 acerca da (in)aplicação do princípio da insignificância aos crimes contra a ordem tributária (Lei n.º 8.137/90) e ao crime de apropriação indébita previdenciária.

Dessa forma, a pesquisa possui como campo de estudo os dois maiores tribunais superiores do país, STF e STJ, bem como o TRF1, o qual possui jurisdição em matéria federal em vários estados brasileiros. Essas instituições são relevantes, posto suas decisões influenciarem outras decisões do Poder Judiciário nacional (STF e STJ) e regionalmente (TRF1), dando subsídios para analisar a atuação do Sistema de Justiça brasileiro.

2.1 Método de abordagem

O método de abordagem selecionado foi o indutivo. Assim, nesse método, o caminho metodológico parte do particular ao geral em três fases: observação dos fatos ou fenômenos, relações entre fatos ou fenômenos e, por fim, a generalização (GUSTIN; DIAS, 2015).

O intuito principal dos argumentos indutivos é alcançar conclusões cujos conteúdos são mais gerais do que os das suas premissas, a partir da observação dos fenômenos (coleta de dados), a fim de que se descubram relações entre os fenômenos e, por fim, a generalização dessas relações (LAKATOS; MARCONI, 2000).

Com isso, em um raciocínio ascendente, a pesquisa objetivou o levantamento de dados suficientes, a partir de uma análise dos acórdãos do STF, do STJ e do TRF1 quanto à (in)aplicação do princípio da insignificância aos crimes contidos na Lei n.º 8.137/90 em comparação ao crime de apropriação indébita previdenciária, a fim de generalizar os possíveis resultados para um panorama a nível nacional.

Ademais, será utilizada uma abordagem quantiquantitativa, uma vez que a conjugação dessas duas abordagens proporciona uma constatação mais próxima da realidade, possibilitando uma análise e interpretação das informações de uma forma mais precisa, gerando melhor visibilidade dos resultados. Nesse sentido, Minayo (2002) afirma que a união de dados quantitativos e qualitativos gera uma relação de complementaridade devido a interação das realidades por eles abrangidas.

Dessa forma, será realizada uma análise quantitativa das decisões e fundamentos do STF, do STJ e do TRF1 acerca da temática da presente pesquisa. Ademais, será analisado qualitativamente o contraponto entre essas decisões com o intuito de que a soma dessas duas abordagens alcance o objetivo geral desta pesquisa.

2.2 Método de procedimento

Segundo Marconi e Lakatos (2019), o método de procedimento pode ser compreendido como a etapa mais concreta para o pesquisador, com finalidades mais específicas na explicação dos fenômenos de maneira geral, em virtude de ser menos especulativa. Esse método compreende uma ação concreta devido ao fenômeno estudado e está adstrito a um domínio particular a atitude concreta em relação ao fenômeno limitado a um domínio particular. Ademais, possibilita a melhor eficiência do método de abordagem escolhido.

Vários são os métodos de procedimentos nas ciências sociais, tais como os métodos: histórico, comparativo, monográfico ou estudo de caso, estatístico, topológico ou o funcionalista. Com isso, optou-se como método de procedimento desta pesquisa a utilização tão somente do método comparativo que, segundo Marconi e Lakatos (2018), ocupa-se em estudar as semelhanças e diferenças existentes no objeto de estudo e explicar suas

divergências. Partindo-se dessa ideia, surge a necessidade de se comparar as decisões do STF, STJ e TRF1, a fim de evidenciar suas semelhanças e diferenças nas decisões proferidas pelos tribunais acima citados acerca da temática discutida no presente trabalho.

2.3. Técnicas de pesquisa

Segundo Marconi e Lakatos (2019) a técnica é um conjunto de processos que a ciência se utiliza para atingir de seus objetivos. Partindo dessa ideia, a presente pesquisa utilizou as técnicas de pesquisa bibliográfica, documental, bem como a análise de conteúdo temática.

2.3.1 Pesquisa Bibliográfica

Foi efetuada a técnica da pesquisa bibliográfica tendo como base o tema e o marco teórico do presente trabalho. Pontua-se, ainda, que o levantamento bibliográfico foi dividido em categorias da mais geral a mais específica, a fim de se atingirem os objetivos pretendidos e auxiliar na interpretação dos dados empíricos coletados em campo. Dessa maneira, foi realizada uma pesquisa em livros, artigos científicos, teses e dissertações, legislação nacional, decisões e jurisprudências atinentes aos temas propostos pela pesquisa.

Como fontes de buscas bibliográficas foram utilizadas as bases de dados VLEX, Portal de Periódicos da CAPES, Banco de Teses da Capes, acervo físico da Biblioteca da Universidade Federal do Maranhão, Biblioteca setorial do Mestrado em Direito da UFMA e produção do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) acerca do objeto de pesquisa em questão.

2.3.2 Pesquisa Documental

Segundo Fonseca (2009), a pesquisa documental se utiliza de fontes diversas e dispersas, podendo ser tanto primárias, quanto secundárias. Os documentos primários são aqueles que ainda não receberam tratamento analítico, tais como: notícias, documentos oficiais, fotografias, filmes, entre outros. Diferentemente, já recebendo um tratamento analítico, há os documentos secundários, como os relatórios, tabelas estatísticas, entre outros.

A pesquisa empírica deste trabalho utilizou fontes primárias⁷, isto é, acórdãos do STF, STJ e TRF1 no lapso temporal de janeiro de 2019 a dezembro de 2021 acerca da (in)aplicação do princípio da insignificância ao crime do artigo 168-A do CP e aos crimes contra a ordem tributária (Lei nº 8.137/90), a fim de constatar a hipótese do trabalho.

Destaca-se que não foram encontrados acórdãos do STF no citado lapso temporal, algo inerente à pesquisa de campo a qual suscitou readequações diante das surpresas que a pesquisa de campo proporciona (MINAYO, 2002). Em razão disso, exclusivamente para o levantamento de acórdãos no STF, não foi delimitado lapso temporal, abarcando a totalidade de acórdãos acerca da (in)aplicação do princípio da insignificância ao crime do artigo 168-A do CP e aos crimes contra a ordem tributária (Lei nº 8.137/90) a partir das já expostas chaves de busca no sítio eletrônico do STF.

2.3.3 Análise de conteúdo

A coleta, tratamento e interpretação dos dados referentes à pesquisa documental foram realizados a partir da análise de conteúdo, que, nas palavras de Bardin (1977, p. 47), comporta:

[...] um conjunto de técnicas de análise das comunicações, visando obter, por procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens, indicadores (quantitativos ou não) que permitam a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção/recepção [...] destas mensagens.

A análise de conteúdo é uma técnica de investigação que prima pela objetividade. A técnica possibilita a análise sistemática e quantitativa do conteúdo extraído das comunicações, permitindo ao pesquisador, a partir do conteúdo extraído, propor inferências válidas e replicáveis, com base em uma lógica explicitada nas mensagens. Assim, objetivo foi utilizar essa técnica na análise dos acórdãos do STF, STJ e TRF1.

O objetivo da técnica é extrair significações por meio de indicadores os quais estão interligados, isto é, analisa o explícito no texto, a fim de obter indicadores que possibilitem a emergência de inferências. Ademais, a análise de conteúdo a ser utilizada será a do tipo temática⁸, que seguirá as seguintes etapas: pré-análise; exploração do material e, por fim, o

⁷ Contudo, há que se pontuar que documentos secundários foram utilizados nos capítulos teóricos da presente pesquisa, tais como, a título de exemplo, o Anuário de Segurança Pública (FBSP, 2021) e o Atlas da violência (CERQUEIRA, 2021).

⁸ Para Minayo (2007, p. 316), “a análise temática consiste em descobrir os núcleos de sentido que compõem uma comunicação cuja presença ou frequência signifique alguma coisa para o objetivo analítico visado”.

tratamento dos resultados com as inferências e possíveis interpretações (CAREGNATO; MUTTI, 2006).

A pré-análise corresponde à organização da pesquisa com a escolha dos documentos, ou seja, foram definidos e aplicados os critérios de seleção das decisões analisadas nas fases posteriores, formando, dessa maneira, o corpus da pesquisa analisado (BARDIN, 1977).

Os critérios de seleção dos documentos que integram o corpus da pesquisa são: 1º) exaustividade, pois será esgotada a totalidade da comunicação, acervo da coleção; 2º) representatividade, uma vez que a amostra representará o universo, dando a possibilidade de atingir resultados generalizáveis; e, por fim, 3º) pertinência, isto é, deverá adaptar-se ao conteúdo e objetivo da pesquisa e a temática do pesquisador (BARDIN, 1977).

Dessa maneira, na fase de pré-análise, a coleta dos dados foi efetuada nos sítios de busca do STF (<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>), do STJ (<https://scon.stj.jus.br/SCON/>) e do TRF1 (<https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/>), dos acórdãos que tivessem pertinência temática na (in)aplicação do princípio da insignificância ao crime de apropriação indébita previdenciária com a utilização das palavras-chave: “apropriação indébita previdenciária e princípio da insignificância”, “apropriação indébita previdenciária e princípio da bagatela”, “artigo 168-A e princípio da insignificância”, “artigo 168-A e princípio da bagatela”, “crimes contra a ordem tributária e princípio da insignificância”, “crimes contra ordem tributária e princípio da bagatela”, “lei 8.137/90 e princípio da insignificância” e por fim “lei 8.137/90 e princípio da bagatela”⁹, respeitando-se os critérios de seleção acima mencionados (exaustividade, representatividade e pertinência), no lapso temporal de 1 de janeiro de 2019 a 31 de dezembro 2021¹⁰.

Concluída a pré-análise, foi realizada a exploração do material. Nessa fase, os dados atinentes ao corpus foram distribuídos em categorias/grupos os quais compartilharam características pertinentes de conteúdo, isto é, foi realizada a categorização. Para auxiliar nesse processo, foi elaborado um formulário com algumas categorias iniciais (apêndice A) as quais puderam ser agregadas a outras no desenvolvimento da exploração do corpus da pesquisa.

⁹ Essas palavras são as chamadas unidades de registro. Para Franco (2008, p. 41) unidade de registro é “[...] A menor parte do conteúdo, cuja ocorrência é registrada de acordo com as categorias levantadas”. De acordo com Franco (2008), os registros podem ser de diferentes tipos que podem estar inter-relacionados: a palavra, o tema, o personagem, o item. Nesta pesquisa as unidades de registro serão: “princípio da insignificância”, “apropriação indébita previdenciária”, “ordem tributária” que serão pesquisadas, como já mencionado neste trabalho, nos sites dos tribunais: STF, STJ e TRF1.

¹⁰ Importante lembrar que aos acórdãos do STF não foi utilizada limitação temporal, apenas as chaves de busca.

Uma vez encerrada a exploração do material, com a organização dos dados em categorias, foi efetuada a última fase da análise de conteúdo temática, ou seja, a inferência e interpretação dos dados. Nesse sentido, a inferência (instrumento de indução) deduz de maneira lógica algo do conteúdo a ser analisado, resultando em interpretações baseadas no marco teórico que foi trabalhado ao longo dos três capítulos iniciais da dissertação. Por fim, constatando-se ou não a hipótese da presente pesquisa (BARDIN, 1977).

2.4 Hipótese e estratégia de pesquisa

A hipótese que se pretende constatar ou refutar na pesquisa é que: A partir da análise comparada da jurisprudência do STF, STJ e TRF1 na (in)aplicação do princípio da insignificância aos crimes contra a ordem tributária (Lei n.º 8.137/90) e ao crime de apropriação indébita previdenciária no Brasil há uma incoerência a qual reflete a utilização de uma dogmática jurídico-penal inadequada, à medida que essa dogmática é efetuada em um processo de interpretação à revelia das premissas dispostas nas normas legais, especialmente nas constitucionais; bem como denota uma seletividade penal em detrimento dos princípios da isonomia e segurança jurídica sob a perspectiva do bem jurídico penal tutelado pelos crimes em estudo.

A estratégia da pesquisa consiste em analisar comparativa e quantitativa e qualitativa os acórdãos do STF, STJ e TRF1, objetos da análise de conteúdo à luz do conteúdo teórico desenvolvido nos capítulos iniciais, a fim de atingir o desiderato principal do trabalho, isto é, a confirmação da hipótese citada.

3 SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL EM CRISE: por uma dogmática jurídico-penal adequada

A proteção de bens jurídicos de relevância social, a promoção da harmonia social, a defesa da ordem jurídica são apenas algumas das finalidades do Direito Penal discutidas pela doutrina (ROXIN, 2009).

A operacionalização e a aplicação do citado ramo do Direito são realizadas através do Sistema de Justiça Penal. Esse sistema é constituído por órgãos que aplicam as normas penais, bem como as penas nelas instituídas. Nessa seara, a Polícia Civil, a Polícia Federal, a Polícia Penal, o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Advocacia e a Defensoria Pública e seus agentes públicos ou agentes privados, atuando no interesse público, compõem o citado sistema (HOFFMANN, 2018).

Todavia, o Sistema de Justiça Penal tem sido criticado desde tempos pretéritos até hodiernamente por não alcançar seu desiderato, uma vez que não alcança a sua função de ressocialização, mas tão somente retira do seio da sociedade aquele que é visto como o “indesejável”. Frisa-se que até o processo de criminalização vem adotando essa ideia excludente, visto que os novos tipos penais são direcionados àquela parcela da sociedade vista como marginal, configurando o dito Direito Penal do Inimigo (JAKOBS; MELIÁ, 2015).

Foucault (2014) efetua a distinção dos objetivos do sistema penal em: objetivos ideológicos e objetivos reais. Os primeiros almejam à repressão e ao controle da crescente criminalidade, correspondendo ao desiderato primordial desse sistema com a aplicação e a operacionalização do Direito Penal. Em contrapartida, os objetivos reais do sistema penal buscam uma repressão seletiva da criminalidade; em outras palavras, a repressão aos excluídos, resguardando os interesses da classe dominante, atingindo os marginais e demais pessoas que se distanciam dos centros de poder.

Esses objetivos reais são concretizados desde o processo de criação da norma penal à sua interpretação e aplicação pelo sistema de justiça, a partir de uma dogmática jurídico-penal inadequada.

Dessa forma, este capítulo objetiva analisar a crise do poder punitivo estatal a partir da atuação do Sistema de Justiça Penal brasileiro diante da seletividade penal e a necessidade de uma dogmática jurídico-penal adequada.

3.1 O controle social formal e a crise do poder punitivo estatal

O ser humano frequentemente está em contato com seus semelhantes, interagindo em grupos ou não. Às vezes com interesses harmônicos, em outras situações, conflitantes. Os conflitos são solucionados através do controle social, isto é, um conjunto de mecanismos e sanções sociais os quais objetivam sujeitar o indivíduo aos moldes e normas existentes no seio da sociedade civil (SHECAIRA, 2011).

Esse controle social pode ser subdividido em informal e formal. O primeiro está intimamente ligado à instância da sociedade civil, seus grupos e instituições sociais, como é o caso da opinião pública, família, ambiente de trabalho, igreja, escola, entre outros. Por sua vez, o controle social formal corresponde à atuação e competência exercida pelos órgãos de controle oficiais do Estado, isto é, Polícias, Ministério Público, Poder Judiciário e órgãos da Execução Penal (SCHECAIRA, 2011).

Em suma, o controle social informal pode ser compreendido como o conjunto de normas e de valores atinentes ao processo de socialização, pois o comportamento dos indivíduos são aceitáveis, desde que dentro da medida da normalidade estabelecida pelo grupo ao qual pertence. Em sentido diverso, o controle social formal materializa-se através da manifestação do poder estatal, pelas instituições as quais têm competência para tal desiderato por determinação legal. Com isso, a partir dessa necessidade de ingerência no âmbito do controle social formal emerge o Direito Penal (GUIMARÃES, 2019).

Vários são os conceitos e delimitações acerca do Direito Penal. Contudo, pode ser compreendido como um conjunto de normas proibidoras de determinadas condutas, prevendo a aplicação de uma pena ou medida de segurança em caso de sua transgressão, no intuito de tutelar bens jurídicos essenciais à sociedade (GRECO, 2021).

Mais do que disciplinar condutas proibitivas e lhes culminar sanções penais, o Direito Penal corresponde ao sistema de interpretação da própria legislação penal, isto é, na construção de regras e princípios de interpretação (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011).

Assim, a partir de suas vertentes, pode-se afirmar que esse ramo do Direito tem o intuito de defender a sociedade, protegendo bens, valores ou interesses; garantir a segurança jurídica e confirmar a validade das normas e resolver casos concretos (BATISTA, 2011).

Ademais, é imprescindível pontuar o funcionalismo teleológico e o funcionalismo sistêmico. Roxin (2009) definiu o funcionalismo teleológico, defendendo a ideia de que a função do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos indispensáveis para a convivência

harmônica da sociedade¹¹. Em contrapartida, Jakobs (2003), defendendo o funcionalismo sistêmico, delimita que a função do Direito Penal é a proteção da norma, pois o bem a ser protegido só se torna jurídico quando albergado normativamente. A finalidade da pena é resguardar a validade da norma penal.

O bem jurídico penal corresponderia aos bens vitais de uma comunidade tutelados pela norma penal que, caso violados, culminam na aplicação de uma pena, estando, assim, ligados ao princípio da lesividade (WELZEL, 1997). Esse princípio expõe a necessidade de um perigo concreto, real e efetivo de lesão a um bem jurídico tutelado pela norma penal, tendo o condão de que seus efeitos tenham reações em dois aspectos: dar norte à atividade do legislador e servir de critério interpretativo (BITENCOURT, 1996).

Na perspectiva de Roxin (2009, p. 18-19), os bens jurídicos podem ser definidos como “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos”. Dessa forma, a norma penal tutela bens jurídicos e valores essenciais que têm o intuito de garantir os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Embora haja essa divergência doutrinária acerca da função do Direito Penal, para este trabalho compreende-se o Direito Penal como o conjunto de normas penais e seus regramentos de compreensão e aplicação, objetivando a defesa social, proteção de bens jurídicos e garantia dos direitos humanos e segurança jurídica. Assim, o Direito Penal corresponde a um conjunto de condutas incriminadoras que lesam bens jurídicos, razão pela qual estão sujeitas à repressão punitiva por parte do Estado, bem como corresponde a um conjunto de regras e princípios de interpretação adequada, construídos pela dogmática jurídico-penal, a fim de gerar unidade e coerência na aplicação da norma penal.

Não obstante o exposto, para que se possa compreender o poder punitivo do Estado frente ao controle social formal e, conseqüentemente, a atuação do Direito Penal, há que se entender seus fundamentos e legitimidade, assim como a crise de legitimidade pela qual perpassa.

A fundamentação envolve os fins perseguidos pelo direito punitivo estatal, logo, a motivação apresenta-se como o meio de justificação de atitudes de poder que, se procedentes, acabam por conferir legitimidade a tais atitudes. Assim, se a motivação é o bastante e os fins perseguidos por esse direito de punir agradam a toda a sociedade, ou pelo menos a parte dela,

¹¹ Nessa linha, Batista (2017), Prado (2011) e Greco (2021).

encontra-se legitimado ao que foi proposto, uma vez que admitido ou assimilado. No que se refere à legitimidade, desde que demonstrada uma suficiente fundamentação, essa se apresenta pela aceitação social do direito de punir, ou seja, quando os mais variados critérios, como os políticos, morais, jurídicos, dentre outros caracterizam o direito como justo (GUIMARÃES, 2018).

Percebe-se, assim, que a fundamentação encontra sua essência nos fins perseguidos pelo próprio Direito Penal, enquanto a legitimidade é resultado de tal fundamentação, condizente com a aceitabilidade social do direito de punir.

Convém pontuar que o Direito Penal passa por uma crise de legitimidade na sociedade contemporânea. Tal crise perpassa pela pena privativa de liberdade, uma vez que estaria intimamente relacionada à sua ineficiência, não possuindo o poder intimidatório, não ressocializando, assim como seu poder de neutralização acaba por ter pouca significância e, quando atende aos anseios para os quais foi proposto, reflete os interesses das classes dominantes; desse modo, acaba sendo um meio de opressão dos excluídos sociais (GUIMARÃES, 2019).

Em suma, essa crise que assola o sistema penal consiste no fato de que o problema da criminalidade não tem sido combatido de forma eficaz, o que legitimou o surgimento de propostas que sugerem sua reforma ou extinção à luz das teorias de um Direito Penal mínimo ou até mesmo de um completo abolicionismo penal.

Nesse contexto, existem algumas teorias que criticam o controle social formal¹²: a abolicionista, a minimalista e a expansionista. A abolicionista está relacionada à descriminalização, isto é, busca a supressão de determinadas condutas do direito positivado; e a despenalização, extinção da pena relacionada a determinadas condutas. A teoria minimalista, por sua vez, como o próprio nome sugere, defende a diminuição máxima da incidência de atuação do Direito Penal, atuando tão somente naquelas condutas extremamente necessárias. E, por fim, a teoria expansionista, que defende a ideia da expansão do Direito Penal, uma vez que, em razão da sociedade de risco¹³, surgem novos bens jurídicos que merecem ser tutelados pelo Direito Penal (GUIMARÃES, 2019).

É necessário pontuar a origem e o contexto da chamada sociedade de risco. Segundo Beck (2011), criador de tal teoria, em sua obra de 1986, com o intuito de refletir sobre as questões da modernidade, afirmou que a produção de riqueza de uma determinada sociedade

¹² Para maior compreensão sobre a temática consultar Ferrajoli (2006), Andrade (2006) e Guimarães (2019).

¹³ Segundo o sociólogo Ulrich Beck, sociedade de risco é um termo que ele usou para discorrer a forma pela qual a sociedade contemporânea se organiza em resposta ao risco (BECK, 2011).

traz consigo a produção de riscos. Com isso, debateu a forma sistemática de enfrentar os perigos e as inseguranças advindos dessa modernização, em especial no que se atém à globalização, ou seja, à forma como uma sociedade moderna se estrutura em resposta aos riscos do seu tempo, isto é, uma sociedade de risco.

Buergo (2001) assevera que a teoria sociológica de Ulrich Beck foi assimilada pela Ciência do Direito, afirmando que a sociedade de risco possui três características. A primeira delas é que os perigos da atualidade se diferem dos perigos do passado, como exemplo tem-se a utilização da energia nuclear, o debate sobre os problemas ecológicos como o efeito estufa, os buracos na camada de ozônio e o derretimento das geleiras nos polos, ocasionando inúmeros desastres ambientais os quais não eram sentidos em tempos pretéritos.

A segunda característica é que diante de novos riscos, as relações de responsabilidade possuem uma complexidade de organização. Ou seja, diante do surgimento de novos sujeitos e de novas relações, percebe-se a mudança de visão de uma perspectiva de responsabilização das ações individuais para outras coletivas (BUERGO, 2001).

Por fim, a terceira característica é uma consequência das primeiras, visto que o cenário de insegurança gerado por todos os novos riscos demanda uma legislação mais expansiva nas diversas áreas jurídicas como Direito Administrativo, Direito Ambiental, Direito Internacional, Direito Constitucional, Direito Penal, dentre outras. Contudo, frisa-se que, para além da expansão, criaram-se diversas novas áreas do Direito como o Direito Digital, o Direito Econômico, o Direito Ambiental, dentre outros ramos (BUERGO, 2001).

Diante dessas características, é indubitável que a noção de sociedade de risco afetou as mais diversas áreas da vida social e das relações humanas, incluindo-se o Direito, à medida que, partindo-se da teoria tridimensional do Direito, esse é resultado de fatos da vida humana que, ao ganharem valor, despontam em normas jurídicas tutelando esses fatos, sendo o Direito uma relação tríplice de fato/valor/norma (REALE, 2009). Assim, da sociedade de risco resultam novos fatos e novos valores sociais, consequentemente em novas normas de Direito. Com isso, esse contexto abarca uma expansão do Direito Penal, a fim de que este possa contemplar esses novos delitos, ora não contemplados no passado.

O Direito Penal Clássico ou Liberal é voltado para garantir aos cidadãos, limites à atuação estatal no âmbito do seu poder punitivo. Dessa forma, baseia-se em princípios constitucionais como o da legalidade, reserva legal, anterioridade da lei penal, dentre outros os quais limitam a atuação do *jus puniendi* estatal (MASI; MORAES, 2013).

Nesse sentido, dentro do contexto da sociedade de risco, erigiu-se o Direito Penal Moderno¹⁴, a partir dos anos 70, uma vez que bens jurídicos coletivos e supraindividuais estavam sendo atacados por condutas até então não criminalizadas, fazendo com que surgisse o debate acerca da responsabilidade penal objetiva, bem como a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, criação de crimes de perigo abstrato, crimes de caráter transnacionais, normas penais em branco, dentre outras que não condizem com uma grande limitação do *jus puniendi* do Estado (MASI; MORAES, 2013).

Com isso, o presente trabalho filia-se à corrente minimalista, compreendendo que a existência do sistema penal é necessária, no entanto, sua aplicação deve ser adequada, ou seja, somente para a proteção dos bens jurídicos tutelados pela norma penal, em especial quando outras formas de solução social não são mais eficientes, conforme defendido por Roxin (2009).

Não obstante a essa posição, não se exclui a importância e necessidade de tutela dos bens jurídicos impostos pelas transformações da sociedade risco. A tutela de bens jurídicos supraindividuais, como o meio ambiente equilibrado, bem como a luta contra as organizações criminosas e os crimes transnacionais, exigem um novo aparato normativo e de articulação do sistema penal, imprescindíveis para a consecução de seus objetivos.

Outra perspectiva que merece destaque é o reflexo dos riscos da modernidade no âmbito constitucional. Chai (2007), objetivando contribuir e justificar uma prática democratizante e incluyente em sede de jurisdição constitucional como algo determinante na configuração da identidade constitucional de uma sociedade de pessoas livres e iguais, a partir da ideia de democracia participativa, do constitucionalismo, da limitação do exercício do poder, da proteção de direitos fundamentais e da aceitação do princípio do *rule of law*, assevera que a questão do risco também está presente na perspectiva da decisão em sede de jurisdição constitucional.

Trata-se de se evidenciar o *argumento do risco* como um argumento utilizado no exercício do provimento jurídico, tanto judicial quanto legislativo, já que a própria decisão se apresenta como um ato de coação devendo, portanto, recordar as demais possibilidades excluídas. Nesse sentido, a Teoria Discursiva de Aplicação do Direito e a Teoria do Direito como Integridade desnudam as incoerências de *um sistema de controle normativo* que se afirma democrático, mas que realiza uma prática procedimental seletiva quanto aos autorizados-a-participarem-do-jogo comunicativo

¹⁴ Por modernidade, segundo Beck (2011), compreende-se a priorização do futuro a partir do presente e em detrimento do passado. Pautado em uma semântica do risco, o futuro comporta diversas possibilidades as quais devem ser encaradas com as atitudes do presente. A modernidade, para o citado autor, ainda persiste, porém em uma segunda fase. Na primeira fase, a modernidade possuía como foco uma visão positiva da construção do futuro a partir das escolhas humanas. Em contrapartida, na segunda, o foco se dá pela análise das consequências futuras e negativas das escolhas do presente (MOTTA, 2014).

e cujos efeitos são vinculantes a todos e contra qualquer um, resultando em um provimento que desprovê o cidadão de sua própria identidade constitucional(CHAI, 2007, p. 43).

Nesse sentido, o citado autor faz uma relação da decisão e os seus afetados, posto que o princípio da democracia impõe um mecanismo de garantia que assegure a todos uma participação igualitária, não somente dentro de um processo legislativo, mas também no processo de aplicação da norma. Há que se impor um contraditório reflexivo, visto que a aplicação imparcial da norma no contexto de uma teoria do discurso argumentativo tem relação com a obrigatoriedade das normas práticas, tendo em vista que qualquer destinatário da norma possa efetuar, sozinho, uma interpretação da situação, caso contrário não há que se falar em pertencimento (CHAI, 2007).

Em suma, o poder punitivo estatal passa por uma crise de legitimidade ante a descredibilidade social em relação ao não cumprimento da finalidade da pena. Ademais, a existência de uma sociedade de riscos ocasionou uma expansão do poder punitivo do Estado, a partir da criminalização de condutas que afetem bem jurídicos supraindividuais, responsabilização criminal da pessoa jurídica, crimes de mera conduta e crimes de perigo abstrato. Além disso, os riscos podem provir inclusive das decisões em sede de jurisdição constitucional, posto que não apenas o processo legislativo deve respeito ao princípio democrático, mas a aplicação da norma deve ser realizada de tal forma que o seu destinatário possa, sozinho, aplicá-la, a fim de que haja um efetivo pertencimento.

3.2 Seletividade do Sistema de Justiça Penal

Conforme demonstrado em tópico anterior, o controle social formal ou o Sistema de Justiça Penal passa por uma crise de legitimidade, haja vista a não consecução da função socializadora da pena e a utilização desse controle com finalidades escusas ao disposto no sistema penal. Ou seja, a crise desse sistema está relacionada à utilização do poder punitivo estatal para fins excludentes, à medida que há uma seletividade penal atingindo as condutas dos grupos classificados como marginais e distantes dos grupos detentores do poder. Com isso, passa-se a analisar essa seletividade penal, em especial no contexto brasileiro.

Para a melhor compreensão da ideia da seletividade penal, é necessário o conhecimento proposto pela Criminologia. Essa é uma ciência empírica que, segundo Schecaira (2020, p. 51), “ocupa-se do estudo do delito, do delinquente, da vítima e do

controle social do delito”. Difere, assim, do Direito Penal, pois esse só se ocupa do crime quando há uma subsunção da norma ao fato.

A Criminologia, no decorrer da História, analisou o crime sob diversos aspectos. Desde a simbiose entre crime e pecado da Idade Média ao período humanitário inaugurado principalmente pela obra “Dos delitos e das penas” de Cesare Beccaria, em que se repudiou as penas desumanas e degradantes, a observação do crime e do criminoso foi se transformando. Em seguida, o paradigma etiológico da Escola Positivista foi erguido pelas bases da antropologia criminal por Cesare Lombroso, em que a criminalidade parte de uma realidade ontológica, anterior ao próprio Direito Penal, uma verdadeira criminalidade nata/biológica; e na sociologia criminal de Enrico Ferri, em que a etiologia do crime se baseia em características individuais, físicas e sociais, para além das biológicas de Lombroso (ANDRADE, 1996).

O paradigma etiológico só veio a ser superado com o “labelling approach” (teoria do etiquetamento) no século XX, à medida que o crime deixa de ser uma realidade ontológica, ou seja, anterior ao próprio Direito Penal. O crime acaba sendo um produto construído pelos processos de interação da sociedade os quais “etiquetam” como crime alguns desvios de comportamento. Com isso, pode-se afirmar que, com o “labelling approach”, o crime e o desvio não são atinentes à conduta ou pré-existente à norma penal, mas deve ser compreendido como uma qualidade ou etiqueta que os processos de interação de uma sociedade atribuem a alguns indivíduos¹⁵.

A Criminologia Crítica¹⁶ emergiu também no século XX, denunciando o funcionamento do sistema penal, asseverando que a seleção penalizante é efetivada pelos detentores do poder, em prejuízo das classes que não ocupam ou se aproximam desse centro de poder, havendo uma seleção do infrator, assim como da vítima (ZAFFARONI et. al., 2003). É nesse estágio de evolução do pensamento criminológico que a seletividade do sistema de justiça passa a ganhar enfoque como objeto de estudo.

Para Baratta (2011), o Direito Penal se mostra tendencioso ao proteger os anseios das classes mais abastadas, protegendo do processo de criminalização aquelas condutas danosas comuns aos sujeitos pertencentes à citada classe, ao passo que tende a conduzir tal processo às classes subalternas. Em outras palavras, há uma seletividade do sistema penal em detrimento de uma classe em relação à outra.

¹⁵ Nesse sentido: Schecaria (2011), Andrade (1995) e Mendes (2017).

¹⁶ Para um melhor aprofundamento sobre o tema, Baratta (2011).

Tal seletividade acontece tanto na fase de criminalização primária, momento em que o legislador estabelece quais condutas serão criminalizadas e, portanto, suscetíveis de punição, quanto na criminalização secundária, momento no qual as Instituições do Sistema de Justiça de controle social formal¹⁷, leia-se Ministério Público, Poder Judiciário, Polícias e órgãos de Execução Penal, têm sua atuação repressivo-punitiva (ZAFFARONI, 2003).

A título de exemplo, das consequências da seletividade na fase de criminalização primária há os crimes tutelados pela Lei n.º 8.137/90 (que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências). No que concerne aos crimes contra a ordem tributária, o bem jurídico tutelado é a arrecadação do erário, a proteção da ordem tributária, ou seja, a Lei n.º 8.137/90 objetiva proteger o interesse do Estado na arrecadação tributária, imprescindível para atingir outros fins e direitos promovidos pelo Estado, tais como saúde, educação e segurança, razão pela qual tutela um bem jurídico supraindividual (VELOSO, 2008). Assim, praticadas as condutas penalizadas na Lei n.º 8.137/1990¹⁸, o Estado poderá exercer o seu *jus puniendi* a fim de que se proteja a ordem tributária, pois é um bem essencial e constitucionalmente protegido.

¹⁷ Para maior aprofundamento sobre a temática, consultar Guimarães (2019).

¹⁸ Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Ocorre que, sendo ajuizada ação pela prática de alguma das condutas tipificadas no referido diploma, e vindo o agente adimplir com o débito tributário, há a extinção da punibilidade, inclusive se houver o trânsito em julgado da ação penal condenatória¹⁹.

Em paralelo, no crime de furto albergado no artigo 155 do CP²⁰, o bem jurídico tutelado corresponde exclusivamente ao patrimônio, no que se refere à posse e à propriedade do objeto (CAPEZ, 2011). Nesse caso, o artigo 16 do CP abarca uma causa de diminuição de pena, até o oferecimento da denúncia, quando o agente repara o dano ou restitui a *res furtiva*²¹.

Na situação exposta, a pena é reduzida de um a dois terços, configurando o instituto do arrependimento posterior. Esse nada mais é do que uma causa de diminuição de pena que somente se aplica nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa; quando o agente repara o dano ou restitui o objeto, de forma voluntária, até o recebimento da denúncia ou queixa. O objetivo dessa benesse é fazer com que o agente seja estimulado à reparação do dano nos crimes patrimoniais cometidos sem violência ou grave ameaça (CAPEZ, 2011).

Observou-se, então, que os crimes contra a ordem tributária tutelam a arrecadação do erário, isto é, os recursos arrecadados a fim de se promoverem os serviços e políticas públicas atinentes à função do Estado. Assim, ocorrendo qualquer uma das condutas previstas nos artigos 1º e 2º da Lei n.º 8.137/1990, há um evidente dano direto ao Poder Público e indireto a toda a população, pois o Estado sofre diminuição na arrecadação dos seus recursos promotores dos serviços afetos à sociedade. Por fim, no que concerne ao crime de furto, demonstrou-se que a defesa do patrimônio privado é o seu objetivo primordial.

Percebe-se que, na citada situação, a seletividade do poder punitivo estatal está refletida na incoerência e desproporcionalidade da legislação penal correspondente à aplicação da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo aos crimes contra a ordem tributária em comparação à diminuição da pena ao crime de furto em razão da restituição da *res furtiva*, à medida que os primeiros tutelam um bem jurídico supraindividual (erário), enquanto o crime de furto protege um bem jurídico individual (patrimônio). Com isso, é evidente que o crime de furto, que tutela a proteção do patrimônio privado, é punido mais

¹⁹ Nesse sentido: STJ - HC: 362.478/SP. Relator: Min. Jorge Mussi, Quinta turma, Data de publicação: 14/09/2017.

²⁰ Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:
Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

²¹ Art. 16 – Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.

severamente do que os crimes tutelados pela Lei n.º 8.137/90, voltada para a proteção do patrimônio público.

Portanto, há uma nítida seletividade por parte do legislador quando elabora normas penais incriminadoras, posto punir mais severamente condutas praticadas por pessoas menos afortunadas (crime de furto), visando proteger o patrimônio privado, assim como punir de forma mais leve práticas que em grande parte decorrem das condutas daqueles que compõem os centros de poder (crimes contra a ordem tributária).

A presença da seletividade penal no processo de criminalização secundária, isto é, a partir da atuação das instituições e órgãos do controle social formal pode ser constatada à luz de algumas pesquisas nacionais. Contudo, antes de ressaltar os dados acerca da atuação seletiva das Instituições do Sistema de Justiça Penal, é importante destacar o cenário de violência sofrida pelos grupos vulneráveis no Brasil.

Conforme o Atlas da violência (CERQUEIRA, 2021), foram registrados 45.503 homicídios em 2019. O cenário torna-se mais preocupante, especialmente diante dos grupos mais vulneráveis e excluídos da sociedade brasileira. A taxa de mortalidade em decorrência de homicídios de indígenas cresceu 21,6%; 77% das vítimas de homicídio são negras. Foram observados 7.613 casos registrados de violência contra pessoas com deficiência; foram verificados 9.297 casos de violência contra homossexuais, bissexuais, transsexuais e travestis; assim como 67% das mulheres vítimas de homicídio eram mulheres negras. A partir desses números, é possível afirmar que a sociedade brasileira é caracterizada pela violência, principalmente às pessoas com alguma vulnerabilidade social.

Esse contexto se reflete na seletividade do controle social formal do Estado. Conforme o Anuário de Segurança Pública (FBSP, 2021), em 2020, 6.416 pessoas foram mortas em intervenções policiais; 78,9% eram pessoas negras e 76,2% tinham a idade entre 12 e 29 anos. Isso denota a exclusão social da população negra a qual sofreu e ainda sofre um processo histórico de discriminação no Brasil, inclusive sendo selecionada como o “perfil” do criminoso pelo sistema de controle social formal.

Mas não somente as polícias praticam a seletividade, o Poder Judiciário também reflete esse contexto. Em relação ao encarceramento, ainda segundo o Anuário de Segurança Pública (FBSP, 2021), no ano de 2005, os negros representavam um total de 58,4%, já a população não negra representava 39,8%. Em 2019, esse número saltou para 66,7% negros, e não negros teve uma redução para 32,3%. Com isso, percebe-se que embora não se tenha a tipificação dessas condutas, é possível inferir-se uma seletividade do Sistema de Justiça em relação ao encarceramento de negros. Segundo o Anuário de Segurança Pública (2021, p.

307), “as chances diferenciais a que negros estão submetidos socialmente e às condições de pobreza que enfrentam no cotidiano, fazem com que se tornem os alvos preferenciais das políticas de encarceramento do país”.

Wacquant (2007) analisou uma sociologia da punição da realidade do encarceramento dos negros dos Estados Unidos após a década de 1970. O autor observou as veementes relações entre o gueto e o encarceramento, posto analisá-los como formas organizacionais de captura e administração de uma população considerada desprezível e dispensável na era pós-direitos civis, tanto pela mídia, quanto pelas políticas de Estado. Nesse sentido, Wacquant (2007, p. 335) afirma que:

Há muito o que aprender se procedermos uma comparação histórico-analítica entre o gueto e a prisão. Ambos pertencem a um mesmo tipo de organização, a saber, a das *instituições de confinamento forçado*: o gueto é uma forma de “prisão social”, ao passo que a prisão funciona como um “gueto judiciário”. Ambos têm por missão confinar uma população estigmatizada de modo a neutralizar a ameaça material e/ou simbólica que ela faz pesar sobre a sociedade mais ampla da qual ela foi extirpada. E, por essa razão gueto e prisão tendem a desenvolver padrões relacionais e formas culturais que ostentam espantosas semelhanças e intrigantes paralelismos, merecedores de um estudo sistemático em contextos históricos e nacionais diversos.

A realidade histórica e social brasileira reflete o contexto estadunidense denunciado por Wacquant (2007). A população negra brasileira, após o final da escravidão, concentrou-se nas favelas, como se procedeu na cidade do Rio de Janeiro, excluída dos grandes centros urbanos e dos grupos de poder, fazendo com que o encarceramento fosse mais um método eficaz de exclusão, conforme os índices apontados anteriormente.

Tais dados comprovam que o sistema penal brasileiro é seletivo. Tal seleção ocorre tanto na produção da norma penal pelo Poder Legislativo, quanto na sua interpretação e aplicação pelas instituições e órgãos do controle social formal (polícia, juízes, instituições penitenciárias, entre outras). A classe detentora do poder se reafirma na sua posição de dominante, valendo-se do sistema penal como forma de exclusão, definindo quem é o infrator, assim como as atitudes que configuram o crime. Nesse sentido, Baratta (2011, p. 86) afirma que:

[...] o status social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito das atividades das instâncias oficiais de controle social da delinquência, enquanto não adquire esse status aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias

Nesse contexto, como consequência dessa seletividade, aponta-se a estigmatização, que é praticada principalmente pelos agentes de controle social ostensivo, uma vez que selecionam os suspeitos com base nas suas características físicas, cor, condição social,

conforme apontado pelos dados acima do Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Com base nisso, com a operação seletiva do controle social formal, os agentes tendem a internalizar como delinquentes os indivíduos das camadas mais débeis e negros, como as periferias, intensificando a vigilância nesses espaços. Com isso, há uma menor vigilância nas camadas mais abastadas e brancas, consolidando uma estratégia das forças policiais pautada no racismo institucional (SINHORETTO, 2014).

D'Elia Filho (2007) aponta que as classes mais abastadas geralmente ficam boa parte do tempo em locais fechados; já os indivíduos marginalizados vivem “a céu aberto”. Com isso, o autor compreende que há maior probabilidade de os delitos praticados pelas camadas mais débeis serem alcançados pela polícia do que aqueles praticados pelas classes média e alta. Dessa forma, em condutas idênticas, a depender da condição social do indivíduo, surgirão variações quanto a gerar o reconhecimento de ser delinquente ou não.

Ante o exposto, é indiscutível a presença da seletividade penal no contexto brasileiro, tanto no processo de criminalização de condutas pelo legislador penal, quanto no processo de interpretação, aplicação e integração da norma penal pelas Instituições do Sistema de Justiça Penal. Essa seletividade tem como consequências o aumento das desigualdades e a manutenção do *status quo* das relações e instrumentos de poder das classes dominantes.

3.3 Da necessidade de uma dogmática jurídico-penal adequada

Compreendeu-se o Direito Penal como o conjunto de normas penais e seus regramentos de compreensão e aplicação, objetivando a defesa social, a proteção de bens jurídicos e a garantia da segurança jurídica (ROXIN, 2009). Contudo, conforme denunciado pelos estudos da Criminologia Crítica e dados expostos no tópico anterior, o Direito Penal é seletivo desde a sua criação pelo legislador à sua interpretação e aplicação pelo Sistema de Justiça Penal, especificamente em detrimento de grupos vulneráveis no Brasil (BARATTA, 2011).

Tal cenário, além de acentuar as desigualdades, gera o quadro de insegurança na interpretação e aplicação do Direito Penal no Brasil. Dessa maneira, este trabalho defende a aplicação de uma dogmática jurídico-penal adequada à CRFB/88 e normas infraconstitucionais de matéria penal. Porém, para uma melhor delimitação é imprescindível compreender a Dogmática como método de conhecimento.

Inicialmente, é necessário que seja realizada a distinção entre a Dogmática e a Zetética. A primeira tem origem da palavra grega “dokein”, significando ensinar, doutrinar. A

Dogmática reflete o ato de opinar de forma restritiva as suas premissas (possibilidades finitas), uma vez que as questões dogmáticas têm uma função diretiva, focando no dever-ser, preocupando-se em possibilitar uma decisão e orientar a ação sem questionamentos às suas premissas (dogmas). Por sua vez, a Zetética advém do termo “zetein” (perquirir), tendo como enfoque a dúvida das premissas e opiniões, cumprindo uma função especulativa que abarca questões infinitas; seus problemas se desenvolvem no âmbito do ser (FERRAZ JUNIOR, 2019).

Com isso, a Zetética é mais aberta, posto suas premissas serem dispensáveis ou substituíveis, caso os resultados não sejam satisfatórios, havendo a possibilidade de que os seus questionamentos fiquem sem soluções até que as condições de conhecimento sejam favoráveis. Em sentido contrário, a Dogmática é fechada a conceitos fixados, uma vez que respeita o princípio da proibição da negação dos pontos de partida ou inegabilidade dos pontos de partida, devendo haver a conformação do problema às premissas, razão pela qual a orientação dada pelos dogmas impede que essa deixe soluções em suspenso como a Zetética (FERRAZ JUNIOR, 2019).

Ferraz Junior (2019) assevera que o conhecimento jurídico, em um viés acadêmico, tradicionalmente é ensinado sob a perspectiva dogmática, fazendo com que os operadores do Direito compreendam este último e o apliquem sob o marco da ordem vigente. O autor afirma que essa ordem funciona como um dado real o qual não comporta questionamentos. Contudo, ressalta que a Dogmática, embora dependa do princípio da inegabilidade dos pontos de partida, não se reduz a este. Nesse sentido:

O jurista, assim, ao se obrigar aos dogmas, parte deles, mas dando-lhes um sentido, o que lhe permite certa manipulação. Ou seja, a dogmática jurídica não se exaure na afirmação do dogma estabelecido, mas interpreta sua própria vinculação, ao mostrar que o vinculante sempre exige interpretação, o que é a função da dogmática. De um modo paradoxal, podemos dizer, pois, que esta deriva da vinculação a sua própria liberdade. Por exemplo, a Constituição prescreve: ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. O jurista conhece essa norma como o princípio da legalidade. Prende-se a ele. No entanto, que significa aí lei? Como é ele quem vai esclarecer isso, cria-se para o jurista um âmbito de disponibilidade significativa: lei pode ser tomado num sentido restrito, alargado, ilimitado etc. (FERRAZ JUNIOR, 2019, p. 48-49).

Diante disso, a dogmática jurídica parte das premissas estabelecidas pela ordem jurídica vigente, fazendo com que o operador se vincule a elas. Não obstante, tais dogmas dispõem de margens de interpretação por parte do operador, ampliando-lhes ou lhes restringindo o sentido, mas nunca lhe dando sentido contrário.

A dogmática jurídica, assim, é constituída pelas interpretações da realidade as quais, na hipótese de serem questionadas, necessitam seguir os moldes dentro de outras normas jurídicas, objetivando a coerência interna do sistema de normas observado em sua totalidade. Essa totalidade não está interligada a interpretações estáticas, posto que necessita ser constantemente revista para que acompanhe as mudanças constantes dos fenômenos do mundo dos fatos. Nesse sentido, a dogmática jurídica sistematiza as regras garantidoras dos processos de revisão e atualização em harmonia com os parâmetros do sistema jurídico, através de modelos de interpretação e integração, com o intuito de adaptar a norma jurídica ao fato (ADEODATO, 2002).

Há alguns modelos que buscam delimitar de forma mais específica a dogmática jurídica, estando todos inter-relacionados, são eles: o analítico, o hermenêutico e o empírico. O modelo analítico realiza um estudo acerca das possibilidades de decisões para um conflito. Por sua vez, o hermenêutico objetiva examinar o significado entre a hipótese de conflito e a hipótese de decisão, tendo em vista o seu sentido, isto é, uma atividade eminentemente interpretativa. Por fim, o empírico estuda a decidibilidade como a busca das condições de possibilidades de uma decisão hipotética para um conflito hipotético, indo além de uma adequação formal (FERRAZ JUNIOR, 2019).

Para Andrade (1997, p. 125), a dogmática jurídico-penal:

[...] é assim concebida pelos penalistas que protagonizam e compartilham do seu paradigma, como uma ciência normativa (de 'dever ser'), que tem por objeto o Direito penal identificado com a legislação penal e por método o técnico jurídico de natureza lógico abstrata, cuja tarefa é "a construção jurídica" de um sistema de conceitos e princípios direcionado por uma função essencialmente prática.

Essa última tem por objeto o ordenamento jurídico-penal, no intuito de realizar uma aplicação equitativa e justa da lei penal, estabelecendo limites e conceitos para tal (BATISTA, 2017).

Inúmeras são as funções da dogmática jurídico-penal. Burkhardt (2004) assevera que essa dogmática auxilia na produção, fundamentação e elaboração de regras, questões jurídicas e teorias; possui uma função democrática, uma vez que subsidia uma aplicação equânime, previsível e transparente do Direito Penal; efetiva um controle, à medida que elabora um sistema coerente de proposições; busca facilitar a aplicação do direito com critérios já reconhecidos e com propostas dogmáticas de interpretação; função técnica ou didática, visto que elabora a matéria jurídica; cumpre uma função de assessoramento e

melhoria para mudanças na legislação e, por fim, uma função de adaptação, posto que possibilita mudanças no direito em razão das mudanças sociais.

Embora possua todas essas funções, Zaffaroni et al. (2006, p. 155) disciplinam que:

[...] é inevitável que o direito penal se assente sobre uma decisão pré-dogmática (ou pré-sistemática) para construir os conceitos sistemáticos, de acordo com um sentido (objetivo político), não só como resultado de uma dedução, como também porque, empiricamente, a própria história do direito penal demonstra que tanto se pode teorizar para preservar os espaços sociais de liberdade do estado de direito ou reduzi-los – conforme o modelo de estado de polícia – quanto se pode construir conceitos de segurança cujo objeto corresponda aos direitos das pessoas ou à autoridade corporativa do estado, ou seja, para consolidar o estado de direito ou para construí-lo.

Conforme demonstrado, a ciência dogmático-jurídica estuda o direito vigente como um conjunto de normas, instituições e decisões. Essa ciência sistematiza, interpreta e direciona esse conjunto dado para uma tarefa prática de solucionar os conflitos da sociedade de forma coerente com as premissas ou dogmas estabelecidos pelo ordenamento jurídico (FERRAZ JUNIOR, 2019). Assim, a Dogmática parte das premissas sem questionamentos, não se preocupando com os fatores políticos, sociais, religiosos ou morais que se articulam dentro do contexto da aplicação da norma jurídica.

Isso denota que a dogmática jurídico-penal pode partir das premissas ou dogmas que refletem o modelo de Estado que emana a legislação penal, resultando, por vezes, em um Direito Penal seletivo em que as camadas detentoras do poder são imunizadas quanto à punibilidade estatal de práticas atinentes à sua classe, enquanto comportamentos desviantes das classes mais distantes dos centros de poder são, efetivamente, alcançados pelo sistema penal (BARATTA, 2011).

Guimarães (2018) disciplina que o problema está vinculado à desigualdade social oriunda de um modelo capitalista de produção e da própria ideologia do neoliberalismo, expoente de uma violência estrutural. Desse modo, conclui que a Ciência do Direito Penal não possui o condão de solucionar todas as mazelas sociais, porém ainda é o instrumento necessário para a solução do problema da legitimidade do poder punitivo estatal.

Nesse sentido, caberá à dogmática penal funcionar como um filtro de limitação adequada do *jus puniendi* estatal, a fim de que o Direito Penal possa garantir a paz, possibilitar a segurança e a convivência social harmônica, servindo, assim, como um óbice à arbitrariedade e à violência as quais emergiriam na sociedade sem a atuação do *jus puniendi* estatal para a solução de tais conflitos (GUIMARÃES, 2018).

Este trabalho defende que, para além da Ciência do Direito Penal, é necessário que a dogmática jurídico-penal seja adequada, isto é, observe os dogmas e premissas estabelecidos no ordenamento jurídico, em especial do Direito Constitucional, uma vez que a Constituição é norma que abarca todas as garantias e direitos fundamentais, organização e funcionamento do Estado, bem como os limites ao *jus puniendi*, servindo como fundamento de validade para todas as normas do sistema, incluídas as normas penais (KELSEN, 1998).

Roxin (2002) assevera que a dogmática jurídica alemã teve como enorme contribuição a conceituação da atividade jurídica como ciência promotora de uma segurança jurídica, uma vez que impede a aplicação do Direito ao acaso e sob o jugo da arbitrariedade. Essa contribuição da dogmática jurídica também se faz necessária no contexto brasileiro.

Gomes Filho (2019), objetivando demonstrar a imprescindibilidade da dogmática penal como fundamento e limite as decisões penais do STF, sob pena de produção de impactos na política criminal brasileira, observou que as decisões do citado tribunal acerca de princípios específicos do Direito Penal entre 2005 ao primeiro semestre de 2018, não eram pautadas em uma argumentatividade que refletisse a utilização da dogmática jurídico-penal, ensejando em insegurança jurídica e incoerência. Nesse sentido, o referido autor afirma que:

A doutrina nacional silencia sobre algo perigoso, uma vez que a liberdade alcançada para não somente interpretar, mas para construir um novo Direito Penal, por parte do Supremo Tribunal Federal, representa um grande risco ao princípio estruturante da legalidade penal, pois a decisão subjetiva, sem fundamento dogmático, benéfica, de hoje, pode ser maléfica amanhã. Ademais, decidir sobre o Direito Penal sem fundamento dogmático representa uma evidente ranhura à legitimidade do Direito Penal no Estado Democrático de Direito (GOMES FILHO, 2019, p. 31).

Importante frisar que o ônus argumentativo-dogmático²², no que concerne à matéria penal, pressupõe a necessidade de que todos os órgãos do Poder Judiciário fundamentem suas decisões (seja com princípios, seja com regras), demonstrando de maneira argumentativa os enunciados dogmáticos e fundamentados de forma coerente e que produzam credibilidade, em harmonia com o ideal de segurança jurídica, tendo como consequência uma orientação para o futuro (GOMES FILHO, 2019).

Não obstante essas contribuições da dogmática jurídico-penal, Roxin (2002) assevera a necessidade de se observar a função social do Direito Penal, com a aproximação de questões

²² Segundo Gomes Filho (2019, p. 34), “[...] o ônus argumentativo-dogmático corresponde à necessidade defendida na pesquisa de se utilizar, na construção de decisões penais, os fundamentos teóricos que cercam a estrutura analítica do delito e que disciplinam as regras da resposta penal, construídas com forte alicerce doutrinário e legal.”

como o valor, o conteúdo e a norma, sem abandonar o pensamento sistemático, mas aproximando a Dogmática jurídica do contexto exposto pela Criminologia e Política Criminal o qual é convertido em norma.

Nesse cenário, Roxin (2009, p. 16-17) delimita a função social do Direito Penal e com ela, os seus limites:

Eu parto de que as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal. O que está além dessa função não deve ser logicamente objeto do Direito Penal. A função do Direito Penal deve consistir em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos.

Ademais, preleciona o modelo de Direito Penal o qual figura em um Estado Democrático de Direito como sendo aquele em que as normas penais se propõem a perseguir o objetivo de garantir aos indivíduos uma coexistência pacífica e livre sob o prisma de todos os direitos humanos (ROXIN, 2009).

Dessa forma, a utilização da dogmática jurídico-penal adequada como teoria de base a esta pesquisa, visto que contribui para uma aplicação das normas, em especial as constitucionais, desprovida de arbitrariedade, ensejando na segurança jurídica, é imprescindível para a complementação e contribuições de uma teoria crítica do Direito.

Em face disso, além de ser defendida a aplicação de uma dogmática jurídico-penal adequada às normas do sistema jurídico, é importante que se ressalte a função social do Direito Penal (ROXIN, 2002) e a seletividade penal denunciada por Baratta (2011), pois abarcam as influências de aspectos sociais, econômicos e políticos os quais questionam as premissas estabelecidas pelo Direito Penal, auxiliando em uma análise mais aproximada da realidade do objeto de estudo desta pesquisa.

À luz da citada lógica, sustenta-se, nesta pesquisa, que a escolha pela aplicação do princípio da insignificância aos crimes tributários dispostos na Lei n.º 8.137/90 em detrimento de uma inaplicação desse mesmo princípio ao crime de apropriação indébita previdenciária, a partir da comparação da jurisprudência do STF, STJ e TRF1, não corresponde a uma aplicação justa da lei penal, portanto, distante do princípio da igualdade e segurança jurídica. Desse modo, a construção de uma dogmática jurídico-penal adequada, contrária às arbitrariedades e promotora da segurança jurídica, é de grande importância para uma aplicação efetiva e harmoniosa do princípio da insignificância pelas cortes em estudo.

4 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CONTEXTO BRASILEIRO

Segundo Masson (2011, p. 72), os princípios²³ “são os valores fundamentais que inspiram a criação e a manutenção do sistema jurídico”. São mandamentos nucleares de um sistema, vetores que se irradiam para explicar as condutas do legislador no momento da elaboração das leis, bem como, daqueles que devem aplicá-las. Com isso, orientam a interpretação e integração do sistema jurídico, pois funcionam como vetores e transmitem a essência do sistema ao qual estão incluídos.

Os princípios que orientam o Direito Penal encontram-se albergados na CRFB/88 ou na legislação infraconstitucional em matéria penal, assim como, implícitos, isto é, encontram-se subentendidos no ordenamento jurídico brasileiro, servindo de orientação, como já dito anteriormente, à elaboração de leis ou atuando na interpretação e integração de dispositivos do sistema jurídico como um todo.

A título de exemplo, vários são os princípios constitucionais que devem nortear a interpretação e integração do sistema jurídico penal, como o princípio da dignidade de pessoa humana, da legalidade, da reserva legal, da anterioridade, da individualização da pena, da humanidade. Além dos princípios dispostos na constituição, há os dispostos na legislação penal ou de criação doutrinária e jurisprudencial como o da intervenção mínima, da culpabilidade, da insignificância, dentre outros os quais orientam a interpretação, aplicação e integração das normas penais aos casos concretos.

O presente trabalho possui como objeto a (in)aplicação do chamado princípio da insignificância aos crimes contra a ordem tributária e ao crime de apropriação indébita previdenciário. Esse princípio é uma construção doutrinária, que há bastante tempo vem sendo aplicado no ordenamento jurídico brasileiro. Tal princípio orienta que, a fim de que haja a atuação do poder punitivo estatal sobre determinada conduta do agente infrator, a lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal não deve ser pífia, caso contrário, a conduta não será considerada materialmente típica (SILVA, 2011).

Dessa forma, o presente capítulo objetiva compreender o princípio da insignificância, sua origem, delimitação, distinção frente aos demais princípios e outros institutos do Direito Penal, requisitos e efeitos no ordenamento jurídico brasileiro.

²³ Para maior esclarecimento, consultar Mello (2002).

4.1 A origem e a delimitação

A origem histórica do princípio da insignificância advém dos estudos de Claus Roxin que, em 1964, formulou-o como base de validade para a determinação do injusto.

As origens do princípio da insignificância advém da máxima “*mínima non curat praetor*” (GUADANHIN, 2018). Segundo esta, o magistrado deve direcionar sua atenção aos casos relevantes, desprezando os insignificantes. Não obstante, há uma discussão doutrinária acerca da origem e utilização da citada máxima no Direito Romano antigo. A primeira linha assevera que a máxima era utilizada, no intuito de que o pretor, em regra geral, não se ocupasse de causas ou delitos de bagatela (RABÊLO, 2000).

É importante ressaltar que a citada expressão não consta em nenhum dos documentos jurídicos da Idade Média, pois não era condizente com o autoritarismo da necessidade de punir daquela época. Nesse sentido, Guadanhin (2018, p. 22):

[...] a expressão não é encontrada em importantes documentos jurídicos da Idade Média, os quais se remetiam diretamente à compilação de Justiniano, como é o caso da *Siete Partidas*, do Rei Afonso X de Castela; da *Brocarda*, de Azo; ou da *Glosa Magna*, de Accursio. Além disso, era conhecida a falta de sentido histórico na obra dos glosadores e dos comentadores, visto que eles procuraram adequar as normas romanas a uma realidade diferente da época de sua edição. Esse dado, considerado justamente com os elementos autoritários típicos do pensamento medieval e escolástico, resultaria na conclusão de que também esses estudiosos dificilmente teriam elaborado um princípio que, a um só tempo, remetesse a uma figura (o pretor) que já havia desaparecido da administração da justiça, bem como fosse mais ligada ao espírito liberal do Direito Romano da época republicana.

O certo é que a citada expressão foi cunhada pelos juristas humanistas da Idade Moderna com maior força no âmbito do Direito Civil do que no Direito Penal, pois a alusão que se dava era que o mínimo era irrelevante ao Direito como um todo (DALBORA, 1996).

Isso se deve em face de a citada máxima vincular-se mais ao Direito Civil, carecendo uma maior especificidade frente ao Direito Penal, fato que apenas ocorreu com a insurgência do pensamento iluminista e do princípio da legalidade, sendo a “*mínima non curat praetor*” desconhecida dos juristas romanos antigos e a ideia de insignificância estava ausente das compilações dos principais glosadores da época, em sintonia com o pensamento do Renascimento, isto é, o humanista (SILVA, 2011).

A origem do princípio da insignificância como instituto autônomo surgiu da doutrina de Roxin (2002). Analisando o delito de coação do Código Penal alemão, esse autor observou que, uma vez que a descrição da conduta daquele tipo penal não era precisa, a consequência

era o englobamento pelo tipo penal de ações mais extenso de condutas, incluídas aquelas que lesavam intimamente o bem jurídico penal do referido crime.

O certo é que Roxin (2002) disciplina que a seleção das condutas que atingem de forma mais latente o bem jurídico, não deveriam ficar a cargo do magistrado, sob risco de lesão ao princípio da legalidade, razão pela qual assevera que a delimitação do que é proibido deve encontrar resguardo nos fins do Direito Penal a ser implantado, isto é, a partir da influência da política criminal na dogmática penal.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que o princípio da insignificância pode atuar como um mecanismo de interpretação restritiva, pautado na atipicidade material da conduta, pelo qual o Poder Judiciário pode atuar no viés político-criminal de “descriminalização” de condutas tipificadas na norma penal, mas que são incapazes de violar o bem jurídico-penal de uma forma relevante para a sociedade, sem violar a segurança jurídica do sistema (MAÑAS, 1994).

Nesse sentido, Silva (2011) delimita o princípio da insignificância como aquele que faz uma interpretação restritiva do tipo penal, realizando uma aferição qualitativa e quantitativa do nível de lesão da conduta, a fim de que haja a exclusão do tipo penal aos fatos minimamente ofensivos aos bens jurídicos tutelados pela norma penal.

Dessa forma, esse princípio orienta que o Direito Penal deverá perquirir e penalizar condutas que ofendam o bem jurídico penal de forma que não seja socialmente irrelevante, à medida que a punição pela lesão ínfima do bem citado não fora o intuito do legislador ao criar a norma penal, não se coaduna com a função social do Direito Penal (ROXIN, 2009).

4.2 Requisitos de aplicação e efeitos penais

Conforme já exposto, embora não exista uma norma expressa a qual consagre o princípio da insignificância, é notório afirmar que a lei escrita não pode englobar todas as possibilidades ou eventos que a vida em sociedade pode apresentar (CORNEJO, 1997). Assim, tal princípio atua sobre o campo onde se concentram todos aqueles atos que afetam de forma ínfima o bem jurídico ou sem importância social, sendo uma criação da doutrina e da jurisprudência, a fim de solucionar os conflitos inerentes de uma sociedade em constante transformação (CARVALHO, 1992).

Com isso, percebe-se que é admissível uma “criação” do direito pela jurisprudência, desde que controlada, a fim de afastar as injustiças decorrentes da interpretação formal e literal, posto que essa última nem sempre se apresenta como a mais hábil para fazer justiça

diante de um caso concreto (CARVALHO, 1992). Dessa forma, denota-se a importância da atuação judicial para a integração do Direito e efetiva aplicação da justiça.

Frisa-se, que o que se defende no presente trabalho, não são somente decisões judiciais penais as quais “criem” o direito diante de situações específicas dadas pela realidade social, mas que tais decisões estejam pautadas em um ônus argumentativo de uma dogmática jurídico-penal adequada que esteja assentada no ordenamento jurídico brasileiro de forma coerente, consistente e fundamentada, em especial sob as premissas dispostas na CRFB/88.

No que concerne a aplicação do princípio da insignificância no Brasil, Silva (2011) assevera que há tempos a jurisprudência brasileira aplica esse princípio na seara criminal com o condão de excluir condutas sem ofensividade ao bem jurídico penalmente tutelado.

A primeira decisão judicial concretizadora do princípio da insignificância no Brasil foi prolatada pelo STF, a mais alta Corte, reconhecendo sua existência e a possibilidade de sua invocação para o Direito Penal:

Acidente de trânsito. Lesão corporal. Inexpressividade da lesão. Princípio da insignificância. Crime não configurado. Se a lesão corporal (pequena equimose) decorrente de acidente de trânsito é de absoluta insignificância, como resulta dos elementos dos autos – e outra prova não seria possível fazer-se tempos depois – há de impedir-se que se instaure ação penal que a nada chegaria, inutilmente sobrecarregando-se as Varas Criminais, geralmente tão oneradas. (STF – RHC: 66.869-1, Relator: Min. Aldir Passarinho, segunda turma, Data de julgamento 06.12.1988)

O certo é que o Supremo Tribunal Federal, no intuito de determinar a forma de aplicação do princípio da insignificância definiu alguns vetores, conforme a ementa do julgado abaixo:

Princípio da insignificância. Identificação dos vetores cuja presença legitima o reconhecimento desse postulado de política criminal. Consequente descaracterização da tipicidade penal em seu aspecto material. Delito de furto. Condenação imposta a jovem desempregado com apenas 19 anos de idade. “*Res furtiva*” no valor de R\$ 25,00 (equivalente a 9.61% do salário mínimo atualmente em vigor). Doutrina. Considerações em torno da jurisprudência do STF. Pedido Deferido. O Princípio da insignificância qualifica-se como fator de descaracterização material da tipicidade penal. O princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem sentido de excluir ou de afasta a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. **Tal postulado – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação. (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade de lesão jurídica provocada** – apoiou-se em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impões, em função dos próprios objetos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O postulado da insignificância e a função do direito penal: ‘DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR’. O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição do direito do indivíduo

somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja a titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. (STF - HC: 84.412/SP, Relator: Min. Celso de Mello, Data de julgamento: 19/10/2004, Segunda turma, Data de publicação: 19/11/2004) (grifo nosso).

Dessa maneira, observa-se o caráter de política criminal que visa “desafogar” o Poder Judiciário de inúmeras ações penais instauradas no sentido de penalizar condutas bagatelares ou insignificantes para o Direito Penal. Contudo, devem ser verificados os quatro vetores para a aplicação do citado princípio: a mínima ofensividade da conduta da ação; nenhuma periculosidade social da ação; reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade de lesão jurídica provocada.

Exemplificando a aplicação dos requisitos autorizadores do princípio da insignificância, no HC 176.564, com o pedido de liminar impetrado pela Defensoria Pública de São Paulo, a Ministra Rosa Weber acolheu a tese da insignificância ao conceder, de ofício, a ordem em favor do condenado que havia subtraído, sem violência e grave ameaça, um jogo de panelas no valor de R\$ 100,00 (cem reais) que foi condenado à pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado.

No caso concreto, a análise objetiva do fato formalmente delituoso cuja autoria fora atribuída ao ora paciente – furto simples de 01 (um) conjunto de panelas, avaliado em 100 (cem) reais – revela que a conduta em questão atende aos pressupostos reclamados pela jurisprudência desta Corte para efeito de incidência do princípio da insignificância, pois se mostra evidente, na espécie, (a) a mínima ofensividade da conduta do agente; (b) a ausência de periculosidade social da ação; (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada [...] (STF - HC: 176.564/SP, Relatora: Min. Rosa Weber, Data de julgamento: 28.01.2021, Data de publicação: 01/02/2021).

Em seu voto, a Ministra reconheceu que estavam presentes todos os requisitos que autorizavam a aplicação do citado princípio, posto que o valor do bem furtado era pífio (mínima ofensividade da conduta do agente), valendo-se destacar que a conduta foi praticada sem violência ou grave ameaça (ausência de periculosidade social da ação), bem como as duas razões anteriores induzem a um reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do acusado. Por fim, a conduta do acusado gerou uma lesão jurídica inexpressiva, pois o legislador penal ao criar o tipo penal de furto não tinha a intenção de abarcar o furto de uma panela com um valor tão irrisório, razão pela qual a tipicidade material não é verificada.

Há que se ressaltar que os vetores criados pela jurisprudência, por si só, não são suficientes para a devida aplicação do princípio da insignificância, devendo o magistrado embasar-se em outros critérios como: as circunstâncias do caso concreto, tempo e lugar do crime, extensão do perigo, vítima, análise do bem jurídico, entre outros (RIBEIRO, 2011).

Dessa forma, princípio da insignificância insere-se no contexto apresentado por Mañas (1994, p. 25):

Ao realizar o trabalho de redação do tipo penal, o legislador apenas tem os prejuízos relevantes que o comportamento incriminado possa causar à ordem jurídica e social. Todavia, não dispõe de meios para evitar que também sejam alcançados os mais leves. O princípio da insignificância surge justamente para evitar situações dessa espécie, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático político-criminal da expressão regra constitucional do *nullum crimen sine lege*, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal.

O princípio da insignificância surge como meio de expor o caráter fragmentário e de intervenção mínima no Direito Penal, pois determinadas condutas levianas que incorporadas dentro de tipos penais genéricos, não merecessem ser punidas pelo Direito Penal.

Ademais, a tipicidade penal exige um mínimo de lesividade ao bem jurídico, posto ser inconcebível que o legislador, ao criar uma norma penal, tenha inserido nas mesmas condutas inofensivas ou incapazes de prejudicar o bem jurídico (CAPEZ, 2011).

Esses tipos penais podem ser entendidos como crimes bagatelares, sobre os quais o princípio da insignificância atua. O Direito Penal somente deve intervir, assim, quando a conduta do agente venha causar uma lesão grave ao bem jurídico tutelado pela norma, reconhecendo a atipicidade quando a lesão ao bem jurídico se mostrar ínfima (JESUS, 2000). Esse princípio não permite que o Direito Penal se atenha a bagatelas, bem como não pode admitir condutas nos tipos penais que sejam incapazes de atingir de forma mínima o bem jurídico tutelado. Sendo, assim, o princípio da insignificância um vetor de aplicação do Direito Penal, excluindo a tipicidade material (CAPEZ, 2011).

Uma vez que se elimina o viés material da tipicidade penal, a conduta do agente torna-se atípica. Com isso, a consequência é a absolvição, uma vez que a conduta praticada pelo infrator não configurou crime. Para corroborar ao explicitado acima, traz-se a decisão da segunda turma do STF no HC 98.152:

Decisão da Segunda Turma do STF: HABEAS CORPUS'. FURTO TENTADO DE VALOR ÍNFIMO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RECONHECIDA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. CASO DE ATIPICIDADE. ABSOLVIÇÃO DO RÉU. PRECEDENTES DO STF. PELA CONCESSÃO. 1. O reconhecimento da insignificância da conduta praticada pelo réu não conduz à extinção da punibilidade do ato, mas à atipicidade do crime e à consequente absolvição do

acusado. 2. Pela concessão da ordem. Princípio da Insignificância: absolvição é diferente de não-punibilidade (STF- HC: 98.152/MG, Relator: Min. Celso de Mello, Data de julgamento: 19/05/2009, Segunda turma, Data de publicação: 05/06/2009).

O reconhecimento, pelo STF, da insignificância da conduta praticada pelo agente, embora haja lesão ao bem juridicamente protegido pela norma penal, o réu é absolvido por atipicidade do crime. Logo, não poderia o Direito Penal ocupar-se de condutas que não causem prejuízo ao bem tutelado, podendo o princípio da insignificância ser entendido como uma modulação do injusto, permitindo que a conduta seja tirada do meio jurídico por atipicidade material (TOLEDO, 1994). Assim, o efeito jurídico é a aplicação da absolvição sumária prevista no art. 397, inciso III do Código de Processo Penal (CPP):

Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:
 I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;
 II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade;
 III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou
 IV - extinta a punibilidade do agente.

Com isso, presentes os requisitos autorizadores do princípio da insignificância, poderá o juiz, em cada caso concreto, absolver o acusado com base no artigo 397, inciso III do Código Processo Penal brasileiro, visto que a ausência de tipicidade material da conduta, descaracteriza a configuração do crime, desde que verificados os vetores de aplicação do princípio da insignificância: a mínima ofensividade da conduta do agente; a ausência de periculosidade social da ação; o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

4.3 Distinção frente a outros princípios e institutos penais

Os princípios são mandamentos superiores, alicerces que sustentam e compõem a essência de um ordenamento jurídico, pois o moldam, o caracterizam e o orientam no desenvolvimento da sua função. Em virtude disso, são dotados de uma normatividade geral a qual orienta na compreensão do ordenamento jurídico, isto é, atua diretamente para a aplicação, integração e elaboração das normas do próprio ordenamento (REALE, 2013).

Ademais, com a mudança do modelo cruel do Estado Absolutista e com a implementação dos ideais de liberdade e igualdade do movimento iluminista, operaram-se limites a intervenção estatal nas liberdades individuais, conforme a insurgência do Direito

Penal clássico ou liberal. O certo é que esses limites, fixados através de princípios, acabaram integrando o sistema penal dos países democráticos (BITENCOURT, 2021).

Nesse ínterim, a Constituição Federal de 1988 e o Código Penal brasileiro estatuíram vários princípios em matéria penal dentre as suas normas, posto serem informadores e orientadores do Direito Penal, verdadeiras garantias do indivíduo diante do “*jus puniendi*” estatal (BITENCOURT, 1996). Acerca dos princípios informadores do Direito Penal, Núñez (1991, p, 217) assinala que:

Os princípios informadores do Direito Penal são aqueles pressupostos técnico-jurídicos que configuram a natureza, características, fundamentos, aplicação e execução do Direito Penal. Constituem, portanto, os pilares sobre os quais descansam as instituições jurídico-penais: os delitos, as faltas, as penas e as medidas de segurança, assim como os critérios que inspiram as exigências político-criminais. [...] não só respondem a exigências da Ciência Penal e do Direito Judicial, senão que, ademais, expressam as exigências e garantias de um Estado Social e Democrático de Direito.

Com isso, os princípios informadores do Direito Penal tendem a orientar, funcionam como vetores de interpretação e de integração, garantindo as exigências de um Estado Democrático de Direito, nos moldes da CRFB/88. Nessa medida, vários são os princípios que dão sustentação e orientam o Direito Penal, inclusive alguns com base constitucional, tais como: legalidade, anterioridade penal, culpabilidade, humanidade, irretroatividade, adequação social, insignificância, entre outros (BITENCOURT, 2002).

O princípio da legalidade está previsto no art. 5º, inciso XXXIX da CRFB/88 e no artigo 1º do CP, “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Dessa maneira, os tipos penais incriminadores devem possuir previsão legal, em razão de a lei ser a única possibilidade de se delimitar juridicamente uma conduta como crime (GRECO, 2021).

Greco (2021) assevera que o princípio da legalidade possui quatro funções: a proibição da retroatividade da lei penal; a proibição de novos crime e penas criados pelos costumes; a proibição da aplicação da analogia para a criação e fundamentação de crimes e penas mais graves; por fim, a proibição de crimes que tenha como condutas vagas e indeterminadas.

Logo, percebe-se que o princípio da legalidade vai além de apenas estabelecer que o crime deve ser determinado por uma lei, mas proíbe a criação por meio de analogias, costumes e outros métodos de interpretação.

O princípio da intervenção mínima relaciona-se com o que já foi diversas vezes exposto no presente trabalho. O Direito Penal deve sempre estar regido e deve ser limitado por este princípio, isto é, esse deve intervir, apenas, nos casos de ataques gravíssimos aos

bens jurídicos mais importantes, posto que perturbações mais leves são protegidas por outros ramos do Direito (MUNÓZ CONDE, 1975).

Quanto ao princípio da fragmentariedade, Greco (2021) disciplina que está intimamente interligado aos princípios da intervenção mínima, adequação social e lesividade, pois significa que, após a seleção dos bens tutelados e das condutas inadequadas que os atingem, esses bens ocuparão a parcela fragmentária a qual é tutelada pelo Direito Penal. Desse modo, o caráter fragmentário do Direito Penal é a inclusão de determinado bem jurídico tutelado por uma norma penal que passa a integrar o pequeno âmbito do Direito Penal, posto a sua intervenção mínima, lesividade e adequação social.

O princípio da adequação social assevera que todo comportamento que, embora seja tipificado como crime pela norma penal, caso não afronte o sentimento social de justiça (aquilo que a sociedade tem por justo), não pode ser considerado criminoso. A crítica da doutrina a tal princípio pontua que o costume não pode revogar uma lei, muito menos um magistrado pode ditar como revogada uma lei penal em vigência, sob o risco de atingir o princípio da separação de poderes (CAPEZ, 2011).

O princípio da humanidade dispõe, por sua vez, que o legislador não pode criar sanções penais que afetem a integridade física e mental de alguém, também se relaciona com a proibição as penas de morte, banimento e trabalhos forçados, dentre outros direitos assegurados pela própria Constituição Federal de 1988 (BITENCOURT, 2021).

Quanto ao princípio da culpabilidade, Toledo (1994) afirma que corresponde a um juízo de reprovação jurídica que se apoia sobre a ideia (embasada na experiência de vida humana) de que o homem pode agir de outro modo em certas circunstâncias. Isto é, é a reprovabilidade de um sujeito que poderia ter optado por seguir o Direito, mas não o fez.

O princípio da irretroatividade está previsto no art. 2º, parágrafo único do CP²⁴, que afirma que a lei penal nova não retroagirá, em outras palavras, seus efeitos não abarcarão fatos passados, exceto se em benefício do agente/réu.

Esses são alguns princípios norteadores do Direito Penal os quais não se confundem com o princípio da insignificância, muito embora alguns embasem a existência deste último, como o princípio da intervenção mínima e o da fragmentariedade. Contudo, há que se ressaltar que o embasamento do princípio da insignificância, diferentemente dos demais aqui expostos, é a sua base doutrinária e jurisprudencial, conforme apontado no tópico 4.2.

²⁴Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

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

Embora tenha se apontado a importância da jurisprudência como fonte do Direito, é importante refletir sobre o princípio da separação dos poderes, isto é, refletir sob os papéis constitucionalmente impostos ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário. Relevante é a reflexão de Waldron (2003, p. 5) acerca desse contexto:

As pessoas convenceram-se de que há algo *indecoroso* em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direito e princípios. Parece que tal fórum é considerado indigno das questões mais graves e mais sérias dos direitos humanos que uma sociedade moderna enfrenta. O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões de caráter.

Atualmente, muito se reflete acerca dos limites do chamado ativismo judicial e suas consequências frente ao princípio da separação dos poderes e o princípio democrático. Nessa ótica, é importante pontuar que o princípio da insignificância foi criado pela doutrina e jurisprudência em detrimento de um processo legislativo articulado por representantes eleitos pela população, diferentemente do que se procedeu com os demais princípios de assento constitucional, como o da legalidade. Razão pela qual, este trabalho defende a regulamentação legal do princípio da insignificância, a fim de se respeitar o princípio democrático, bem como de segurança jurídica na delimitação do que efetivamente se constituiria em uma lesão ínfima ao bem jurídico penal.

Ademais, há que se pontuar uma distinção do princípio da insignificância frente a outros institutos do Direito Penal, como o *sursis* – suspensão condicional do processo²⁵. Esse instituto é um benefício disposto no artigo 89 da lei n.º 9.099/95 que tem como finalidade a

²⁵Artigo 89 da Lei 9.099/95:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de freqüentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

suspensão do processo, colocando o acusado em um período de “teste” que varia de dois a quatro anos, sendo que ao final desse prazo, o magistrado extingue a punibilidade do agente, isso se o benefício não for revogado em decorrência de alguma infração cometida pelo acusado.

Esse benefício é proposto ao acusado quando a pena cominada ao crime praticado por ele seja inferior ou igual a um ano. Ademais, é essencial que o agente seja réu primário, isto é, esse não pode estar sendo processado penalmente, muito menos ter sido condenado por outro crime. Além disso, não pode ser reincidente em crime doloso. Outros pontos considerados são os seus antecedentes, a personalidade do agente, a conduta social, bem como os motivos e as circunstâncias da prática da conduta criminosa. Por fim, deve ser observado se é possível a substituição prevista no art. 44 do CP²⁶.

Para além do sursis, há que se distinguir a aplicação do princípio da insignificância com o acordo de não persecução penal (ANPP) o qual foi introduzido pela lei n.º 13.964/2019, também conhecida como pacote anticrime.

O artigo 28-A do CPP prevê a possibilidade do ANPP. Esse dispositivo estabelece que não sendo o caso de arquivamento da investigação, se o crime é praticado sem violência ou grave ameaça, se o investigado confessar a prática da infração, se a pena cominada ao crime for inferior a quatro anos, o Ministério Público tem a possibilidade de propor o ANPP, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

- I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;
- II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;
- III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços,

²⁶Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada 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;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

§ 3º Se o condenado for reincidente, 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.

§4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

O conceito de acordo de não persecução penal, nas palavras de Cunha (2021), trata-se de um acordo obrigacional pactuado entre o órgão acusatório e a pessoa investigada (devidamente assistida por um defensor) o qual é homologado em juízo, fazendo com que o investigado assuma a responsabilidade de cumprir as condições menos severas que a sanção penal.

Na perspectiva de Lima (2020), o ANPP é uma alternativa próspera que oferece eficiência diante dos conflitos do processo penal, possibilitando condições alternativas, ocupando-se apenas com a persecução de condutas mais graves

Em linhas gerais, o princípio da insignificância, embora esteja articulado com os princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade, não se confunde com esses, pois objetiva a configuração da atipicidade material de condutas formalmente típicas que atingem de forma ínfima o bem jurídico tutelado pela norma penal, ou seja, não configura como crime tais condutas inexpressivas, desde que observados os requisitos fixados pela jurisprudência do STF (a mínima ofensividade da conduta do agente; a ausência de periculosidade social da ação; o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e a inexpressividade da lesão jurídica provocada).

Ademais, esse princípio não deve ser confundido com outros institutos do Direito Penal como o sursis e o ANPP, especialmente pelo fato de o princípio configurar a atipicidade material, tendo como consequência a não ocorrência do delito. O sursis é um benefício que não descaracteriza o crime cometido pelo agente, mas possibilita a extinção da sua punibilidade, desde que observados todos os requisitos legais. Em seu turno, o ANPP foi introduzido recentemente no ordenamento jurídico penal brasileiro pelo chamado pacote anticrime, suspendendo a continuidade das investigações, desde que o investigado cumpra alguns requisitos legais.

Assim, embora os citados institutos tratem de benefícios penais os quais visem a uma política criminal de desencarceramento e de desafogamento do Poder Judiciário, não se confundem com o princípio da insignificância o qual é vetor de aplicação do Direito Penal e tem como efeito a atipicidade material da conduta praticada pelo agente.

5 OS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E O CRIME DO ARTIGO 168-A DO CÓDIGO PENAL: uma comparação frente ao bem jurídico-penal

Conforme demonstrado no capítulo inicial, o Direito Penal possui diversas finalidades, dentre elas a proteção dos bens jurídicos penais, isto é, aqueles bens de grande valor à sociedade que, a partir de uma escolha do legislador, foram resguardados pela norma penal a qual culminou sanções àqueles que violarem tais bens.

Observou-se também que o Direito Penal moderno, diante dos novos anseios e dinâmicas da sociedade, tem como características a tutela de bens jurídicos coletivos e supraindividuais, a tipificação de crimes de mera conduta, de perigo abstrato e de caráter transnacional, bem como a responsabilização penal da pessoa jurídica.

O foco do presente trabalho não é detalhar os aspectos desse contexto. Não obstante, o presente trabalho possui como foco analisar, comparativamente, os crimes contra a ordem tributária (Lei n.º 8.137/1990) e o crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP) frente a (in)aplicação do princípio da insignificância pelos tribunais nacionais.

Os crimes contra a ordem tributária albergados na Lei n.º 8.137/90 são classificados como crimes tributários. Por sua vez, o crime do art. 168-A do CP é definido como crime previdenciário, embora tal classificação seja objeto de discussão mais adiante. A proteção de um bem jurídico supraindividual é a semelhança latente entre esses delitos, razão pela qual a compreensão desse tipo de bem jurídico é de extrema importância no presente trabalho.

Com isso, neste capítulo, buscou-se comparar esses crimes a partir do conceito de bem jurídico penal supraindividual, com o intuito de apontar a problemática da presente pesquisa. Para tanto, fez-se um breve apanhado sobre o bem jurídico supraindividual, as interfaces entre os crimes contra a ordem tributária e o crime do artigo 168-A do CP, e por fim, uma problematização a partir do bem jurídico supraindividual e o princípio da insignificância.

5.1 O bem jurídico supraindividual

Inicialmente, é necessário traçar, de forma breve, a linha evolutiva do conceito de bem jurídico-penal. Segundo Badaró (2017), esse se entrelaça, grande parte, à concepção moderna de delito²⁷. Nesse contexto, antes de emergirem os primeiros pressupostos para a produção da

²⁷Prado (2021) leciona, sob o aspecto material, que o delito constitui lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico-penal, de caráter individual, coletivo ou difuso.

teoria do bem jurídico no século XVIII, dominou a confusão entre as noções de crime e pecado.

Na antiguidade, o delito era pautado na visão cosmológica de mundo, em outras palavras, compreendia uma transgressão da ordem natural das coisas, cuja imutabilidade decorria do universo. Não obstante, na sociedade feudal da Idade Média, numa visão teológica, o crime, nada mais era, que um atentado contra a divindade, sendo que a pena era uma compensação a infração praticada (castigo), bem como expiação da culpa (CAPEZ, 2020).

Pelo menos até o surgimento do mercantilismo, no século XIII, o conceito de crime sustentou o caráter de conflito privado, do qual a vítima ainda não foi completamente desprovida, conforme se deduz da presença de práticas como a composição do dano e a vingança de sangue, bem como o duelo (BADARÓ, 2017).

Do século XVI ao século XVIII (período do absolutismo), purificou-se o delito desse aspecto remanescente de lesão a outro ser humano. Nesse contexto, agora o crime se constituía como uma desobediência à vontade do soberano, bem como uma violação à lei. Destarte, a pena equivalia-se em uma vingança do rei pelo desprezo de sua autoridade, por meio da transgressão da norma. Assim, as penas eram caracterizadas pela dor, uma vez que, quanto maior o sofrimento imprimido na pena, maior deveria ser o respeito ao monarca (GODOY, 2010). Por outro lado, o reconhecimento entre crime e pecado se fazia presente, visto que o rei, com base em teorias absolutistas como a de Bossuet (1709)²⁸, era tido como o representante terreno de Deus.

Pós absolutismo, surge a doutrina iluminista, no século XVIII, que acontece a mudança para uma noção de crime antropológicamente fundamentada (PELARIN, 2002). O movimento iluminista²⁹, resultado da disputa entre o racionalismo cartesiano e o empirismo inglês, descobriu nas teorias do contrato social de Loke e Rousseau³⁰ a contribuição necessária para defender a secularização do Direito, afastando-o da moral como também da religião

²⁸Envolve política e religião em sua tese. O autor partiu da ideia que o poder soberano era também o poder divino, pois aqueles eram representantes de Deus na Terra. Por esse motivo, os reis tinham que manter controle total da sociedade (BOSSUET, 1709).

²⁹Com a teoria iluminista, o homem passa a ter a liberdade de pensar e de se expressar, com isso, o ordenamento jurídico deixa de ter suas leis pautadas na vontade divina para ser produto da vontade do homem que, através de sua racionalidade, procurava conhecer o seu eu e a satisfazer as suas necessidades à proporção em que elas fossem surgindo (GODOY, 2010).

³⁰Os homens colocavam nas mãos do Estado todo poder através de um acordo contratual com o objetivo de ter suas liberdades e a fruição dos seus direitos subjetivos, sendo que este contrato teria o objetivo de impor garantias à sociedade e limites ao Estado, neste caso quando direitos subjetivos dos cidadãos eram violados (COELHO, 2003).

(PRADO, 2003). Dessa maneira, o pensamento iluminista distancia-se da concepção de delito a de pecado e, com base nisso, deflagra a interminável procura pela construção de um conceito material de crime.

Nesse sentido, Prado (2003) afirma que o problema do punitivismo, na filosofia penal iluminista, estava aquém das preocupações éticas e religiosas. Para o citado autor, o crime tinha como essência o contrato social vilipendiado e a pena compreendia apenas uma função preventiva dessa violação. Assinala ainda que o secularismo e humanização que marcaram esse período visavam ao favorecimento ou garantia dos bens em uma base social, concluindo que o delito possuía um viés de fluxos e refluxos dentro da busca do seu aspecto material.

Posto isso, contrário ao conceito formal de crime, o conceito material, é dado de antemão ao legislador e concebe um padrão crítico tanto do direito corrente como do direito a construir. Segundo Dias (1999), essa autonomia do conceito material em relação ao conceito formal de crime foi uma necessidade da Ciência desde o período humanitário inaugurado pela obra “Dos delitos e das penas” do marquês de Beccaria, não sendo estranha aos penalistas e cultuadores da política criminal, bem como aos estudos da criminologia. Esta concepção de crime foi trazida por Feuerbach como forma de limitar a atuação do direito penal, pois, para esse, o crime era a “violação de um direito subjectivo do cidadão ou do próprio Estado” (PELARIN, 2002).

No centro da filosofia política das luzes, Beccaria (1779), procurou distanciar pecado de crime, prescrevendo que compete aos teólogos a determinação do primeiro, segundo a maldade ou bondade interiores da ação, quanto ao crime, cabe ao legislador, conforme o bem ou mal que a ação cause à sociedade. O autor, em sua obra, “Dos delitos e das penas”, condensou a doutrina iluminista referente aos limites da influência da lei penal na liberdade individual:

As leis são as condições sob as quais homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viverem em contínuo estado de guerra e de gozarem uma liberdade tornada inútil pela incerteza de poderem conservá-la. Eles sacrificaram parte dessa liberdade para gozar-lhe o restante com segurança e tranquilidade. A soma de todas essas porções de liberdades, sacrificadas ao bem de cada um, forma a soberania de uma nação; e o soberano é o legítimo depositário e administrador deles. Porém não bastava formar esse depósito. Era necessário defendê-lo das privadas usurpações de cada homem em particular, que procuravam sempre retirar do depósito não só a própria porção, como ainda usurpar a dos outros. Foi, pois, a necessidade que constrangeu os homens a cederem parte da própria liberdade; é certo, portanto, que cada um queira colocar no depósito público a mínima porção possível da mesma liberdade, aquela que somente seja suficiente a induzir os outros a defendê-lo. O conjunto destas mínimas porções possíveis forma o direito de punir. Todo o direito a mais é abuso, e não justiça; é fato, já não é direito. As penas que ultrapassam a necessidade e conservar o depósito da salvação públicas são injustas por natureza; e tanto mais justa são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a

segurança, e é maior a liberdade que o soberano proporciona aos súditos (BECCARIA, 1979. p. 38-39).

Em vista disso, a origem da noção de bem jurídico-penal coincide com o declínio do antigo regime (em francês, *Ancien Régime*) e a criação do Estado de Direito. Nesta ocasião, a filosofia política emitiu esforços com o objetivo de limitar a atividade do legislador por meio de um conceito pré-jurídico de crime, o que irá refletir nas leis penais modelos de racionalidade (BADARÓ, 2017).

Já Prado (2004) traz o conceito bem jurídico em sentido amplo como sendo aquilo que carrega uma carga valorativa para o indivíduo. Por sua vez, Zaffaroni (2003) afirma que o bem jurídico penal pode ser delimitado como a relação de disponibilidade de um ser humano com um objetivo a qual gozada proteção estatal, através da tipificação penal de condutas que o afetam.

Dito isso, vale a pena trazer a classificação do bem jurídico-penal, que pode ser: individual, coletivo e difuso. O bem jurídico-penal individual refere-se aos indivíduos, podendo haver a sua disponibilidade sem afetar os demais sujeitos de sua coletividade (vida, integridade física, honra, imagem, etc.). Em contrapartida, o bem jurídico-penal coletivo refere-se a uma coletividade, não havendo disponibilidade sem que afete os demais titulares desse bem jurídico (incolumidade pública, paz pública dentre outros). Ademais, o bem jurídico-penal difuso refere-se à sociedade em sua totalidade, não havendo possibilidade de sua disposição sem afetar os indivíduos dessa sociedade em sua totalidade, porém abarcam um conflito social entre alguns grupos da sociedade (proteção do meio ambiente vs. interesses econômicos industriais e etc.) (SMANIO, 2000).

Apesar de haver debate doutrinário no sentido de diferenciar essas denominações, as expressões bens jurídicos supraindividuais, coletivos, suprapessoais, universais e outras são utilizadas, no geral, de maneira indistinta. Isto é, essas terminologias são utilizadas para classificar os bens jurídicos de titularidade não individual a partir de variados critérios, inexistindo uniformidade entre as diversas categorizações (BADARÓ, 2017).

No entendimento de Hassemer e Muñoz Conde (1989), por exemplo, estes utilizam a denominação universal para todos aqueles bens que não sejam individuais. Porém, essa denominação é usada por outros doutrinadores para indicar os bens jurídicos com natureza supranacionais do Direito Penal internacional os quais são atingidos pelos crimes de guerra, genocídio e contra a humanidade.

Badaró (2017) compreende bem jurídico-penal supraindividual como sendo aquele com o qual pessoas indetermináveis ou de difícil determinação estabelecem, ao mesmo

tempo, uma relação de disponibilidade limitada para a satisfação, ainda que indireta, de necessidades humanas essenciais.

Nessa linha, a ideia de bem jurídico perpassa diretamente sob um viés de delimitação frente à Constituição, incluindo-se o bem jurídico penal, haja vista a sustentação e defesa de construção de uma dogmática jurídico-penal adequada e desprovida da seletividade denunciada pela Criminologia Crítica. Nesse sentido, para fins de análise na presente pesquisa, o de bem jurídico supraindividual englobará os bens jurídicos coletivos e difusos, na medida em que busca apenas se contrapor a ideia de bem jurídico-penal individual.

5.2 Os crimes contra a ordem tributária (Lei n.º 8.137/90)

O Estado é caracterizado pela organização de um povo, nação ou a sociedade, organizados politicamente. Desse modo, o objetivo estatal é desenvolver atividades políticas, econômicas, sociais, administrativas, financeiras, educacionais, de segurança pública, de saúde etc. as quais têm o condão de regular a vida humana em sociedade, por isso que sua finalidade essencial, como já dito anteriormente, é a realização do bem comum (CASSONE, 2018).

Para atingir o citado objetivo, o Estado deve se organizar e adquirir “receitas”, através das suas finanças públicas as quais podem ser compreendidas como tudo aquilo que condiz à atividade estatal no intuito de obter, controlar e aplicar a receita necessária para a realização de seus fins perseguidos (NOGUEIRA, 1971).

Assim, as finalidades dos tributos podem ser: fiscal ou extrafiscal. A finalidade fiscal condiz que os tributos funcionam como receitas para a obtenção de recursos pelos entes políticos (PAULSEN, 2017). No que condiz a finalidade extrafiscal, Carvalho e Martins (2012) disciplinam que a extrafiscalidade provém da persecução de objetivos estatais, para além da simples arrecadação, posto serem valiosas social, política e economicamente.

Nesse sentido, enquanto os tributos com finalidade fiscal buscam arrecadar recursos para o Estado (exemplo: impostos), os tributos de natureza extrafiscal objetivam intervir em uma situação social ou econômica (exemplo: Imposto sobre Operações Financeiras – IOF) (ALEXRANDE, 2015).

Amaro (2003, p. 25) define tributo como “a prestação pecuniária não sancionatória de ato ilícito, instituída em lei e devida ao Estado ou a entidades não estatais de fins de interesse público”. Desse modo, inicialmente, percebe-se que o tributo não se trata de uma sanção,

apenas uma obrigação devida ao Estado ou até mesmo entidades não estatais que possuem finalidade de interesse público.

Não obstante a definição doutrinária acima, a lei já definiu o que vem a ser o tributo, nos moldes estabelecidos pelo artigo 3º do CTN (Código Tributário Nacional):

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

Preliminarmente, observa-se que, ao conceber que tributo é uma “prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir” o legislador quis demonstrar que o tributo é pago em dinheiro e não é possível instituir tributos *in natura* (pagamento em bens) ou *in labore* (pagamento em serviços), conforme art. 162 do CTN³¹(ALEXANDRE, 2015).

O tributo é prestação compulsória em virtude da lei, em regime de direito público, sendo o tributo “*ex lege*”³², diferentemente das obrigações que são “*ex voluntate*”, uma vez que essas últimas advêm do direito privado (CASSONE, 2018). Com isso, a compulsoriedade do tributo é proveniente do próprio regime jurídico de direito público, em outras palavras, provém da supremacia do interesse público sobre o privado, na medida de que o Estado necessita do tributo para atingir seus fins, qual seja, proporcionar o bem comum de toda sociedade.

Ademais, o tributo não constitui sanção de ato ilícito, isso se deve em razão de que ele não é uma penalidade. O tributo advém da ocorrência de um fato gerador o qual também pode ser ato ilícito, em virtude da expressão “*non olet*” (o dinheiro não tem cheiro), mas não tem caráter sancionatório³³. Por fim, o tributo é atividade administrativa plenamente vinculada³⁴, posto que a autoridade administrativa possui além do poder estatal, o dever (aqui entendido como o dever funcional) de fiscalizar, autuar e cobrar, nos moldes do artigo 142 do CTN (CASSONE, 2018).

³¹ Art. 162. O pagamento é efetuado:

I - em moeda corrente, cheque ou vale postal;

II - nos casos previstos em lei, em estampilha, em papel selado, ou por processo mecânico.

³² O tributo é uma prestação instituída em lei, posto que só pode ser criado por lei, seja complementar, seja ordinária; ou até mesmo por ato normativo com mesma força, como a Medida Provisória (ALEXANDRE, 2015).

³³ Nesse sentido, STF – HC: 77.530/RS, Relator: Min. Sergio Iveda Pertence, Primeira Turma Julgamento em 25/08/1998, Data de publicação: 18/09/1998.

³⁴ “A autoridade não pode analisar se é conveniente, se é oportuno cobrar o tributo. A cobrança é feita de maneira vinculada, sem concessão de qualquer margem de discricionariedade ao administrador. Mesmo que o fiscal, o auditor ou o procurador se sensibilizem com uma situação concreta, devem cobrar o tributo” (ALEXANDRE, 2015, p. 45)

Compreendida essa definição, passa-se a analisar brevemente as espécies tributárias. No at. 5º do CTN estabelece que, “Os tributos são impostos, taxas e contribuições de melhoria”. Dessa forma, entende-se que o código tributário adotou a teoria tripartida, ou seja, estabelece que os tributos são apenas os impostos, taxas e as contribuições de melhoria. Contudo, o Supremo Tribunal Federal adota a teoria da penta partição, ou seja, considera como espécies de tributos: os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições especiais (esses dois últimos, segundo a teoria tripartida são classificados como taxas ou impostos) (ALEXANDRE, 2015).

Uma forma de coibir as infrações à legislação tributária, em regra, é através de aplicação de sanções administrativas. Normalmente são aplicadas multas moratórias em razão da extrapolação do prazo de vencimento do tributo ou multas de ofício (impostas pela administração quando verificada a ocorrência de alguma irregularidade maior). Ademais, há as chamadas multas isoladas as quais são aplicadas pelo descumprimento de obrigações acessórias de fazer. O certo é que há, na seara administrativa, outras as quais são menos comuns, como o perdimento de bens descaminhados. Esse contexto caracteriza o chamado Direito Tributário Penal (PAULSEN, 2017).

O chamado Direito Penal Tributário, que não deve ser confundido com o Direito Tributário Penal, nasce a partir do momento em que o legislador criminaliza determinadas condutas que apresentam especial caráter ofensivo, necessitando de uma repressão mais significativa. Configurando, dessa forma, crimes os quais necessitam de sanções como, por exemplo, a pena restritiva de liberdade (PAULSEN, 2017).

BALTAZAR JUNIOR (2017) entende que o grupo de condutas que compõem o Direito Penal Tributário pode ser dividida em cinco grupos:

1º) Crime de descaminho, contido no artigo 334 do CP, é um crime tributário aduaneiro o qual tem por objeto tributos externos provenientes da importação e exportação;

2º) Sonegação (condutas fraudulentas) compreendendo a sonegação fiscal (art. 1º da Lei 8.137/90) e correlatos (art. 2º, incisos I, III, IV e V da Lei 8.137/90), bem como o crime de sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A do CP);

3º) Apropriação indébita (quando ocorre omissão no repasse de tributo devido por terceiro, descontado ou cobrado) compreendendo a apropriação indébita tributária (art. 2º, inciso II da Lei 8.137/90) e a apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP);

4º) Crimes funcionais (crime próprio que só pode ser praticados por servidores públicos fazendários ou encarregados da repressão a delitos aduaneiros) abarcando os crimes de extravio, sonegação ou inutilização de documento, concussão, corrupção e advocacia

administrativa (art. 3º da Lei 8.137/90), o crime de excesso de exação (art. 316, §1º do CP) e o crime de facilitação de contrabando ou descaminho (art. 318 do CP).

5º) Falsidades (formas específicas de crimes contra a fé pública) compreendendo o crime de falsificação de papéis públicos (art. 293, I e V)

Com isso, é de fácil constatação que o bem jurídico tutelado pela Lei 8.317/90 é a arrecadação do erário, ou seja, a proteção da ordem tributária, compreendida como o interesse do Estado na arrecadação tributária, a fim de que possa atingir seus fins³⁵. Esse bem jurídico torna-se caro a toda à sociedade, uma vez que é através da tributação que o Estado conseguirá arrecadar o necessário, a fim de conseguir promover, concretizar e assegurar direitos e garantias fundamentais, bem como assegurar o bem-estar social.

A Lei n.º 8.317/90 elenca os seguintes crimes contra a ordem tributária:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa à venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Art. 3º Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (Título XI, Capítulo I):

³⁵Nesse sentido: STJ – CC: 96497/SP, Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima, Data de julgamento: 23/09/2009, Terceira sessão, Data de publicação: 08/10/2009.

I - extraviar livro oficial, processo fiscal ou qualquer documento, de que tenha a guarda em razão da função; sonegá-lo, ou inutilizá-lo, total ou parcialmente, acarretando pagamento indevido ou inexato de tributo ou contribuição social;

II - exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida; ou aceitar promessa de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente.

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

III - patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público. Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Nitidamente, o sujeito ativo dos citados crimes é o contribuinte. Caso o contribuinte seja pessoa jurídica, responde o administrador de fato (ainda que fora do quadro social)³⁶, até mesmo o contador, na medida da sua culpabilidade³⁷. O certo é que o estatuto ou o contrato social da empresa, juntamente com outras provas, ensejarão numa melhor visualização de quem era o diretor, administrador ou quem efetivamente estava no domínio do fato, a fim de ser responsabilizado penalmente.³⁸

No que concerne ao sujeito passivo, segundo o artigo 119 do CTN “o sujeito ativo da obrigação é a pessoa jurídica de direito público titular da competência para exigir o seu cumprimento.” Posto isso, o sujeito passivo é todo indivíduo que tem a competência para exigir o cumprimento da obrigação tributária.

5.2.1 Das condutas previstas no artigo 1º da Lei 8.137/90

Insta frisar, inicialmente, que a conduta de deixar de pagar tributo não constitui crime, mas mero inadimplemento, desde que o contribuinte tenha declarado todos os fatos geradores à Fazenda dentro dos períodos previstos em lei, bem como tenha cumprido todas as obrigações acessórias e de regularidade contábil³⁹. Ademais, a sonegação apenas ocorrerá se o inadimplemento vier conjugado com a fraude advinda de um dos elementos “supressão ou redução no pagamento de tributo”⁴⁰.

Conforme demonstrado, o crime de sonegação (artigo 1º da Lei 8.137/90) ocorre quando há a supressão ou a redução de tributo ou qualquer bem acessório, desde que concorra

³⁶Nesse sentido: STF – HC: 121719/RN, Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de julgamento: 24/11/2015, Segunda Turma, Data de publicação: 11/05/2016.

³⁷Nesse sentido: TRF3 – HC: 20060300003989-5, Relatora: Ramza Tartuce, Data de julgamento: Quinta turma, Data de publicação: 24/4/2006.

³⁸Nesse sentido: TRF4 – HC: 200704000041971-6, Relator: Élcio Pinheiro de Castro, Data de julgamento: Oitava turma, Data de publicação: 16/1/2008.

³⁹Nesse sentido: STJ – Ag. Rg REsp: 1158834/ES, Relator: Maria Thereza de Assis Moura, Data de julgamento: 19/02/2013, Sexta turma, Data de publicação: 19/02/2013.

⁴⁰Nesse sentido: TRF4 - AC: 19980401039324-1, Guilherme Beltrami, Data de julgamento: Primeira turma, Data de publicação: 19/07/2000.

com alguma fraude. Desse modo, suprimir ocorre quando o agente não efetua nenhum tipo de pagamento, por exemplo, uma pessoa que vende doces em grande vulto, sem alvará, sem inscrição e sem emissão de nota fiscal. Por sua vez, reduzir ocorre quando o agente faz apenas o recolhimento parcial (BALTAZAR JUNIOR, 2017).

A primeira fraude unida ao inadimplemento está prevista no art. 1º, inciso I da Lei 8.137/90 “omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;”. A primeira parte “omitir informação” é uma conduta omissiva, enquanto a segunda ‘prestar declaração falsa’ é comissiva, sendo a autoridade fazendária entendida como aquela competente para receber e processar as declarações efetuadas pelos contribuintes (BALTAZAR JUNIOR, 2017).

No artigo 1º, inciso II da Lei 8.137/90 “fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal. Nessa hipótese, diferentemente do inciso I, em que a fraude se dá sobre a declaração a ser entregue a autoridade fazendária, a fraude se dá em relação aos documentos em poder do contribuinte, em que ele os fraudava com elementos inexatos ou omitindo operações que tenha realizado para fraudar a fiscalização (BALTAZAR JUNIOR, 2017).

Já em relação à fraude do inciso III, essa consiste em “falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável”. Percebe-se que falsificar corresponde a criar um documento relativo à operação tributável falso, enquanto alterar significa modificar um documento relativo à operação tributável preexistente (BALTAZAR JUNIOR, 2017).

O inciso IV criminaliza a ação de “elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato”. Note que nesse tipo de fraude, há uma pluralidade de ações desde elaborar (confundindo-se com o tipo anterior), distribuir (no sentido de repassar o documento falso ou inexato), fornecer (arranjar para que outro o use) emitir (preencher o documento e o distribuir) e utilizar (BALTAZAR JUNIOR, 2017).

Por fim, o inciso V estabelece que a conduta de “negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa à venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação”. A primeira conduta negar é comissiva, posto que deixa de fornecer a cliente, enquanto a segunda deixar de fornecer é omissiva, lembrando que ainda prevê o fornecimento dessa nota fiscal ou documento similar em desacordo com a lei⁴¹.

⁴¹Nesse sentido: TRF4 - AC: 20007007000074-0/PR, Relator: Paulo Afonso, Data de julgamento: Oitava turma, Data de publicação: 26/11/2003.

O tipo subjetivo, na sonegação prevista no art. 1º da Lei n.º 8.137/90 é necessário o dolo, inexistindo o tipo culposo. Admitindo-se, inclusive, o dolo eventual.

A consumação dos crimes previstos no art. 1º da Lei 8.137/90 se dá quando todos os elementos do tipo se reúnem, isto é, a efetiva supressão ou redução do tributo.

Vale ressaltar que, embora a sonegação tenha em comum com o estelionato a utilização de meio fraudulento, nesta última o prejuízo se dá sobre outrem, enquanto na sonegação o prejuízo se dá ao erário que deixa de receber os recursos devidos.

Além disso, o crime de descaminho é delito especial previsto no art. 334 do CP⁴², posto que importa em supressão de tributo sobre importação ou exportação⁴³.

O art. 1º, parágrafo único da Lei n.º 8.137/90⁴⁴ traz um tipo especial de desobediência, posto que tem pouca aplicação, pois configura exercício regular de direito de não produzir provas contra si mesmo⁴⁵. O tipo se consuma com a prática de deixar de prestar informação, desde que tenha sido notificado pela autoridade e que tenha transcorrido o prazo (BALTAZAR JUNIOR, 2017).

5.2.2 Das condutas previstas no artigo 2º da Lei n.º 8.137/90

A figura do art. 2º, inciso I da Lei n.º 8.137/90⁴⁶ acaba por ser uma forma genérica do mesmo tipo penal previsto no art. 1º, inciso I da citada lei⁴⁷. Tendo a jurisprudência entendido que acaba sendo uma forma tentada deste último tipo penal. Ademais, exige dolo, posto que tem a finalidade de o agente “eximir-se total ou parcialmente de pagamento de tributo”, momento em que há a consumação⁴⁸.

⁴²Art. 334. Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014).

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

⁴³Nesse sentido: TRF4 - AC: 200071000411264-1, Relator: Luiz Fernando Penteadó, Data de julgamento: Oitava turma, Data de publicação: 25/07/2007.

⁴⁴Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

⁴⁵Nesse sentido: TRF4 - AC: 20000401114723-4, Relatora: Rosa, Data de julgamento: Sétima turma, Data de publicação: 24/04/2002.

⁴⁶Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

⁴⁷ Ibid. p. 840.

⁴⁸ Nesse sentido: TRF2 – HC: 200750010094790, Relator: Mendes, Data de julgamento: Primeira turma, Data de publicação: 01/12/2010.

A apropriação indébita fiscal está disposta no art. 2º, inciso II da Lei 8.137/90⁴⁹, o crime ocorre quando o sujeito ativo tem a obrigação tributária de recolher um tributo descontado ou cobrado que não era devido pelo mesmo. Ademais, o agente deve agir com dolo, sendo desnecessária a vontade de ter a coisa como sua⁵⁰. O crime se torna consumado com o mero vencimento do prazo de recolhimento do tributo descontado ou cobrado⁵¹. Vale ressaltar que o pagamento integral da quantia não recolhida a qualquer tempo (art. 69 da Lei 11.941/09⁵²) extingue a punibilidade e o parcelamento, até o recebimento da denúncia, implica suspensão da punibilidade (art. 83º, § 4º da Lei 9.430/96⁵³).

O delito do art. 2º, inciso III da Lei n.º 8.137/90⁵⁴ é um crime praticado por particular, no entanto, poderá ser praticado pelo contribuinte ou por outrem (COSTA, 2005). Há três modalidades dentro desse tipo penal: exigir, pagar e receber. O primeiro se assemelha bastante a concussão e ou à extorsão (exemplo: beneficiário de algum incentivo que exige do contribuinte uma parcela daquilo que seria dedutível); o segundo tem a intenção de pagar a vantagem a quem tem condições de conceder o documento comprobatório do incentivo fiscal e a terceira modalidade é receber (exemplo: responsável por uma entidade assistencial ou cultural que recebe a vantagem no intuito de fornecer o comprovante da doação ou pagamento que permitirá a dedução no pagamento do tributo). Por fim, ressalta-se que a consumação se dá com a exigência do pagamento ou recebimento, sendo a primeira modalidade formal e as duas últimas materiais (BALTAZAR JUNIOR, 2017).

O delito do art. 2º, inciso IV da Lei 8.137/90⁵⁵, corresponde a uma forma de desvio ao incentivo fiscal, posto que corresponde à conduta, primeiramente uma conduta omissa (deixar de aplicar) e também uma conduta comissiva (aplicar em desacordo) da qual se exige o dolo. A consumação se dá com o vencimento do prazo (deixar de aplicar) ou com a aplicação (aplicar em desacordo) (BALTAZAR JUNIOR, 2017).

⁴⁹II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

⁵⁰Nesse sentido: TRF4 – AC: 20010401063494-4, Relatora: Rosa, Data de julgamento: Sétima turma, Data de publicação: 17/04/2002.

⁵¹Nesse sentido: TRF4 - AC: 20017108005394-1. Relator: Hirose, Data de julgamento, Sétima turma, Data de publicação: 01/10/2003.

⁵²Art. 69. Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no art. 68 quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

⁵³§ 4º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no caput quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

⁵⁴III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

⁵⁵IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

No que concerne ao art. 2º, inciso IV da Lei 8.137/90⁵⁶ consiste em, dolosamente, fazer uso ou dar divulgação de programa de processamento de dados, desde que permita ao sujeito passivo da obrigação possuir informação diversa da Fazenda⁵⁷. A consumação ocorre com o mero uso ou divulgação, cabendo a tentativa apenas na modalidade utilizar⁵⁸.

5.2.3 Das condutas previstas no artigo 3º da Lei n.º 8.137/90

As condutas previstas no art. 3º da Lei n.º 8.137/90 são crimes funcionais, logo seus sujeitos ativos serão servidores fazendários (funcionários públicos envolvidos com os tributos).

Inicialmente o art. 3º, inciso I da Lei n.º 8.137/90⁵⁹ prevê forma parecida com o crime de extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento prevista no artigo 314 do CP⁶⁰, apenas referente a livro ou documento oficial referente aos tributos e que, para que haja a consumação, deve haver o pagamento indevido ou inexato de tributo, em razão de conduta dolosa do servidor que extraviar ou sonegar ou inutilizar documento ou livro fiscal oficial⁶¹.

No art. 3º, inciso II da Lei n.º 8.137/90⁶², há uma forma especial com a reunião do crime de corrupção passiva (art. 317 do CP⁶³) e crime de concussão (art. 316 do CP⁶⁴) em um único tipo penal no intuito de obter vantagem para deixar de lançar ou cobrar tributo, ou quando faz, realiza de forma parcial. Nota-se que há uma consumação com a mera exigência, solicitação ou promessa de vantagem, independentemente da realização da prática do servidor do ato ou do recebimento da vantagem (BALTAZAR JUNIOR, 2017).

⁵⁶V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

⁵⁷ Ibid. p. 848.

⁵⁸ Ibid. p. 849.

⁵⁹I - extraviar livro oficial, processo fiscal ou qualquer documento, de que tenha a guarda em razão da função; sonegá-lo, ou inutilizá-lo, total ou parcialmente, acarretando pagamento indevido ou inexato de tributo ou contribuição social;

⁶⁰Art. 314 - Extraviar livro oficial ou qualquer documento, de que tem a guarda em razão do cargo; sonegá-lo ou inutilizá-lo, total ou parcialmente:

⁶¹ Ibid. 850.

⁶²II – exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida; ou aceitar promessa de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente.

⁶³Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

⁶⁴Art. 316 - Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.

Por fim, da mesma maneira que as anteriores, o art. 3º, inciso II da Lei 8.137/90⁶⁵ prevê forma especial do crime de advocacia administrativa (art. 321 do CP⁶⁶), contudo o agente público se vale de sua posição para buscar interesse privado diante da administração fazendária. A consumação se dá com a mera intermediação por parte do servidor fazendário, mesmo sem que haja sido lograda a vantagem ou interesse privado ante a administração fazendária.

5.3 O crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP)

Kertzman (2017) assinala que há determinadas condutas proibidas em lei que, caso sejam infringidas, podem caracterizar os chamados crimes contra a Seguridade Social. Ou seja, há determinadas ações ou omissões que caso ocorram, acarretaram em sanções àqueles que a cometeram. Ademais, o citado autor preleciona que estas condutas se encontravam tipificadas na Lei nº 8.212/90, sendo incorporadas, no ano de 2000, junto ao Código Penal (CP), através da Lei nº 9.983.

Como os principais tipos criminais contra a Seguridade Social, Kertzman (2017, p. 313) cita:

- a) Apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP);
- b) Sonegação fiscal previdenciária (art. 337-A do CP);
- c) Falsificação de documento público (art. 297 do CP);
- d) Inserção de dados falsos em sistema de informações (art. 313-A do CP);
- e) Modificação ou alteração não autorizada em sistema de informações (art. 313-B do CP);
- f) Divulgação de informações sigilosas ou reservadas (art. 153 do CP);
- g) Estelionato (art. 171 do CP).

Sabe-se que a Seguridade Social é composta pela tríade: Previdência Social, Assistência Social e Saúde, segundo o disposto no *caput* do art. 194 Constituição Federal de 1988. A Seguridade Social, nos moldes da citada norma constitucional, abarca “[...] um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Ademais, sendo a Previdência Social parte integrante da Seguridade Social, há que se destacar os crimes previdenciários clássicos: apropriação indébita previdenciária (art. 168-A

⁶⁵III - patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público. Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

⁶⁶Art. 321 - Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário:
Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.

do CP), falsidade documental contra a previdência (art. 297 do CP) e sonegação (art. 337-A, §3º e § 4º do CP), incluindo-se o estelionato, dentre outros (GOMES; BORSIO, 2014).

Dessa maneira, o tipo penal do crime de apropriação indébita previdenciária é um crime previdenciário. Não obstante essa classificação, por se tratar de apropriação às contribuições sociais (espécie tributária), é compreendido como um crime tributário, estando no âmbito do Direito Penal Tributário, conforme exposto no item 4.2 (BALTAZAR JUNIOR, 2017). O certo é que as condutas tipificadoras desse delito estão previstas no art. 168-A do Código Penal:

Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem deixar de:

I - recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público;

II - recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços;

III - pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social.

§ 2º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

§ 3º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:

I - tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou

II - O valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

§ 4º A faculdade prevista no § 3º deste artigo não se aplica aos casos de parcelamento de contribuições cujo valor, inclusive dos acessórios, seja superior àquele estabelecido, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

Dessa forma, inicialmente, insta frisar que a apropriação indébita previdenciária difere da apropriação indébita comum (art. 168 do CP)⁶⁷, pois essa última importa na inversão da posse, em que há uma necessidade de demonstrar a vontade do agente em se apropriar fisicamente do objeto delitivo, o que não ocorre na apropriação indébita previdenciária, pois essa não se caracteriza pela vontade de se apossar das contribuições previdenciárias descontada (GOMES; BORSIO, 2014).

⁶⁷Art. 168 - Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção:
Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

O citado delito ocorre quando o agente responsável pelo repasse das contribuições previdenciárias não o realizar ou atrasar o recolhimento das contribuições retidas pelos contribuintes, sendo algumas retenções mais comuns (KERTZMAN, 2017, p. 135):

- Retenção das contribuições dos empregados e dos empregadores domésticos;
- Retenção das contribuições devidas pelo contribuinte individual que presta serviços a empresas;
- Retenção das contribuições devidas pelo produtor rural pessoa física ou segurado especial, quando da aquisição de seus produtos rurais;
- Retenção dos 11% incidentes sobre a nota fiscal de prestação de serviço por empreitada ou por cessão de mão de obra, conforme a Lei 9.711/98;
- Retenção das contribuições devida pelas entidades desportivas que mantêm equipe de futebol profissional, quando da contratação de patrocínios ou promoção de eventos.

Ademais, a ausência do recolhimento da parte patronal e de terceiros não constitui o citado delito, muito menos infração sujeita a auto de infração. Nessa hipótese, o que ocorre é a obrigação de recolher o valor do débito, acrescido de multa e juros (KERTZMAN, 2017).

Importa ressaltar que a constitucionalidade do art. 168-A do CP foi bastante debatida. Não obstante esse embate, o certo é que a citada norma é constitucional⁶⁸, não se configurando como prisão por dívida. Além disso, conforme disposto na Súmula 66 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), “a pena decorrida do crime de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias não constitui prisão por dívida”.

Observa-se, com isso, que o bem jurídico tutelado é de natureza patrimonial (MONTEIRO, 2000). Contudo, não é o patrimônio individual daquele segurado que não teve a sua contribuição repassada ao INSS, mas ao patrimônio coletivo, em face do próprio princípio da solidariedade previdenciária.

Amado (2018) afirma se tratar de um crime próprio, posto que poderá ser cometido apenas pelos representantes legais das empresas e entidades equiparadas, bem como pelos agentes das instituições financeiras os quais têm a responsabilidade de efetuar o repasse ao erário das contribuições previdenciárias. Isso se deve em razão de que o delito tutela o regular recolhimento do que é devido a previdência social⁶⁹.

O delito tem sua consumação quando não há o repasse do que foi descontado, recolhido ou reembolsado. Destaca-se que o fato de o agente ter atingido o proveito ilícito o qual visava com a sua conduta é irrelevante para a consumação do delito debatido

⁶⁸Nesse sentido: STF - RE: 391996 AgR, Relatora: Min: Ellen Gracie, Data de julgamento: Segunda turma, Data de publicação: 25/11/2003.

⁶⁹Nesse sentido: TRF4 – AC: 2000.04.01.0057852-1PR, Relatora: Ellen Gracie, Segunda sessão, Data de publicação: 29/11/2000.

(HUNGRIA; GRAGOSO, 1980). Ou seja, não tem relevância se o agente enriqueceu ou não com os valores que deveria ter repassado (GOMES; BORSIO, 2014).

Há grande polêmica jurisprudencial no que condiz a natureza do crime de apropriação indébita previdenciária. O STF⁷⁰ entende que esse é crime omissivo material, isto é, há necessariamente um resultado naturalístico para a sua consumação. Contudo, o STJ⁷¹ entende ser delito omissivo próprio ou puro (independe de realização de resultado naturalístico para que haja a consumação), muito embora a 5ª turma do STJ⁷² tenha seguido o entendimento do STF.

Uma observação interessante a ser feita é que, embora o STF tenha classificado o crime de estelionato previdenciário como crime omissivo material, a citada corte afirma que não é necessária a intenção do agente de se assenhorar dos recursos não repassados para que haja a consumação delitiva, posto que poderia haver prejuízos à Previdência Social sem a configuração do “*animus rem sibi habendi*” (*animus* de assenhoramento) (AMADO, 2018).

No que concerne a possibilidade de tentativa, Gomes e Borsio (2014) lecionam que a essa é incabível, pois há um lapso temporal que não é capaz de confirmar a consumação do delito em virtude de circunstâncias alheias ao interesse do agente, entre o desconto sem repasse e o prejuízo à Previdência Social. Acrescentam ainda que, a omissão advinda do ato de não repassar é instância, não sendo possível sequer imaginar um indivíduo tentando um não agir.

Passa-se a análise das condutas dispostas no art. 168-A, §1º em seus incisos I, II e III. No primeiro inciso, o legislador enfatizou as retenções as quais foram descontadas dos segurados, uma vez que a conduta prevista, na prática, pode ser observada no *caput* do art. 168-A. Em relação ao inciso II, assevera que não tem qualquer aplicabilidade na prática, posto que implicaria (em uma interpretação literal) considerar que qualquer inadimplência constituiria crime (o certo é que em caso de o Auditor-fiscal verificar que as despesas não estão devidamente referidas na contabilidade, deverá expedir um auto de infração por não contabilização de títulos próprios). Por fim, quanto à conduta prevista no inciso III, o referido autor afirma que corresponde à situação dos benefícios da previdência social que são pagos diretamente pelas empresas aos segurados, como o salário-família e o salário-maternidade (KERTZMAN, 2017).

⁷⁰Nesse sentido: STF – Inq-AgR 2537/GO, Relator: Min. Marco Aurélio, Data de julgamento: 10/03/2008, Tribunal pleno, Data de publicação: 12/06/2008.

⁷¹Nesse sentido: STJ - Resp: 1.113.735, Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima, Data de julgamento: 02/03/2010, Quinta turma, Data de publicação: 29/03/2010.

⁷²Nesse sentido: STF - HC: 102.596/SP, Relator: Min. Napoleão Nunes Maia, Data de julgamento: 09/03/2010, Data de publicação: 12/04/2010.

Nesse último caso, a empresa deve efetuar o pagamento dos benefícios em conjunto com a folha de salários dos empregados e proceder ao reembolso no pagamento das contribuições previdenciárias (caso a empresa proceda ao reembolso sem proceder ao pagamento, figura o crime de apropriação indébita) (KERTZMAN, 2017).

Ponto relevante a ser abordado é que, para a procedibilidade da ação penal, dando início ao curso prescricional, faz-se necessário o término do processo administrativo de lançamento em que se debate a questão da legitimidade da cobrança de tributo, conforme o posicionamento do STJ⁷³.

Ademais, é possível que haja a extinção da punibilidade do agente (art. 168-A, §2º do CP). Porém, esse deve, espontaneamente, declarar, confessar e efetuar o pagamento, na maneira definida legalmente ou em regulamento, desde que anteriores ao início da ação fiscal. Embora haja essa via, conforme já expresso na tratativa do crime de sonegação fiscal, o art. 9º, §2º da Lei n.º 10.684/2003⁷⁴ não limita temporalmente a extinção da punibilidade, desde que se efetue o pagamento integral do débito, sendo esse inclusive o entendimento do STJ⁷⁵ (AMADO, 2018).

Outrossim, há que se ressaltar que o prazo prescricional estará suspenso durante o parcelamento do débito, conforme o art. 69 da Lei n.º 11.941/09⁷⁶. Ademais, na hipótese de a apropriação indébita previdenciária ter sido ocasionada em razão de crise financeira da

⁷³Nesse sentido: STJ - HC: 97.789/SP, Relator: Min. Napoleão Nunes Maia, Data de julgamento: 03/12/2009, Data de publicação: 03.12.2009.

⁷⁴Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

⁷⁵Nesse sentido: STJ - HC: 63.168, Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta turma, Data de julgamento: Data de publicação: 18/11/2008.

⁷⁶Art. 68. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, limitada a suspensão aos débitos que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento, enquanto não forem rescindidos os parcelamentos de que tratam os arts. 1º a 3º desta Lei, observado o disposto no art. 69 desta Lei.

Parágrafo único. A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

Art. 69. Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no art. 68 quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

Parágrafo único. Na hipótese de pagamento efetuado pela pessoa física prevista no § 15 do art. 1º desta Lei, a extinção da punibilidade ocorrerá com o pagamento integral dos valores correspondentes à ação penal.

empresa, há a possibilidade de ensejar em causa supralegal de extinção da culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa), nos moldes do entendimento do STJ⁷⁷.

Ainda há a hipótese de o magistrado não aplicar a pena ou aplicar apenas a pena de multa, caso o agente seja primário e de bons antecedentes e preenchidos algum dos requisitos (art. 168-A, §3º do CP):1º) Realizar o pagamento dos valores devidos antes do início da ação fiscal, bem como anteriormente ao oferecimento da denúncia; ou 2º) O débito seja igual ou inferior àquele valor mínimo estabelecido pela previdência administrativamente às ações fiscais. Nesse caso, conforme já apontado anteriormente, o perdão judicial ou aplicação de multa pode ser efetuada, desde que o agente seja primário e tiver bons antecedentes.

Além disso, a Portaria 75/2012 do Ministério da Fazenda determina a não inscrição na Dívida Ativa da União de débito do mesmo devedor frente a Fazenda Nacional de quantia igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), juntamente com o não ajuizamento de execuções fiscais da Fazenda Nacional, desde que o valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) (AMADO, 2018).

Por fim, há o entendimento que o crime de apropriação indébita previdenciária é crime permanente, ou seja, a prescrição começa a correr a partir da cessação da vantagem⁷⁸. Embora haja discordância⁷⁹, afirmando que o citado crime é instantâneo de efeitos permanentes. Bem como há que se destacar a novidade legislativa de 2018⁸⁰, com a inclusão do §4º no art. 168-A do CP, disciplinando que a possibilidade do juiz em não aplicar a pena ou aplicar apenas a de multa (art. 168-A, §3º do CP) não pode ser aplicada nas situações de parcelamento de contribuições com quantias superiores (incluindo os acessórios) ao mínimo estabelecido administrativamente para o ajuizamento das execuções fiscais.

5.4 O bem jurídico supraindividual e o princípio da insignificância: uma problematização necessária

O princípio da insignificância, conforme abordado no capítulo anterior, consolida o princípio da intervenção mínima ante o aspecto fragmentário do Direito Penal, uma vez que determinadas condutas tipificadas nas normas penais de maneira formal, nem sempre, diante de um caso concreto, a tipicidade material estará presente, uma vez que condutas que pouco

⁷⁷Nesse sentido: STJ - Resp: 1.113.735, Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima, Data de julgamento: 02/03/2010, Quinta turma, Data de publicação: 29/03/2010.

⁷⁸Nesse sentido: TRF2 - ACR: 5542, Relator: Data de julgamento, Data de publicação: 11/04/2006.

⁷⁹Nesse sentido: TRF4 - HC: 2006.04.00.003021-3, Relator: Data de julgamento: 21/03/2006.

⁸⁰ Inserido pela Lei 13.606 de 9 de janeiro de 2018.

lesam o bem jurídico tutelado e que não foram imaginadas pelo legislador, não merecem a atenção do Direito Penal (MANÃS, 1994).

A aplicação do princípio da insignificância visa ao não esgotamento da tipicidade com a mera adequação do fato a norma, devendo haver um mínimo de lesão ao bem jurídico protegido. Contudo, há que se seguir os vetores de aplicação do STF: a mínima ofensividade da conduta da ação; nenhuma periculosidade social da ação; reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e, por fim, a inexpressividade de lesão jurídica provocada.

Quanto à aplicação do princípio da insignificância, BALTAZAR JUNIOR (2017) afirma que a dificuldade sempre foi delimitar o patamar de sua aplicação e que essa questão foi facilitada, a partir do momento em que, nos crimes contra a ordem tributária foram editadas normas que determinavam os valores impassíveis de serem inscritos na dívida ativa ou que não seriam executados. O raciocínio provém do próprio princípio da intervenção mínima do Direito Penal, pois se a Fazenda Pública não inicia a execução civil do valor, uma condenação penal em razão desse mesmo valor não poderia ser justificada.

Logo, percebe-se que a jurisprudência se alinhou no sentido de determinar, como patamar de princípio da insignificância aos crimes tributários federais, o valor que a Administração Fazendária se eximisse de iniciar uma ação fiscal. Um grande exemplo dessa aplicação do princípio da insignificância é a tolerância estatal frente aos camelôs os quais, embora tracem uma concorrência desleal com os demais empresários, possuem espaços públicos para as suas atividades como os chamados camelódromos⁸¹.

Assim, inicialmente, em razão da lei 9.469/97, o valor utilizado como patamar do princípio da insignificância nos crimes contra a ordem tributária (Lei n.º 8.137/90) era o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), posto ser esse o valor que a Fazenda se negava a dar início a uma execução fiscal administrativamente. Porém, o patamar foi elevado para a quantia de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), posteriormente, alterou-se para o patamar de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) em virtude do advento da Lei n.º 10.522/02 na antiga redação do seu art. 20⁸², visto que sua redação foi alterada em virtude do advento da Lei n.º 13.874/2019⁸³.

⁸¹Nesse sentido: STJ - Resp: 234623/PR, Relator: Min. Vicente Leal, Data de julgamento: 14/03/2000, Sexta turma, Data de publicação: 03/04/2000.

⁸²Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

⁸³ Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, por meio de requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos em dívida ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior àquele estabelecido em ato do Procurador-Geral da Fazenda Nacional.

Importante salientar que esse último aumento fez com que o STJ, de forma minoritária, deixasse de utilizar o parâmetro de R\$ 2.5000,00 (dois mil e quinhentos reais) e utilizasse o parâmetro de extinção do crédito fiscal, estipulado na quantia de R\$ 100,00 (cem reais), nos moldes do art. 18, §1º da Lei 10.522/02⁸⁴.

Atualmente, em virtude das Portarias 75/2012 e 130/2012 do Ministério da Fazenda, não há como inscrever o devedor com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou superior a R\$ 1.000,00 (mil reais) na Dívida Ativa da União, bem como não haverá o ajuizamento de execuções fiscais cujo valor seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Dessa maneira, o STF elevou o patamar de aplicação do princípio da insignificância para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) aos crimes tributários⁸⁵

Contudo, há algumas críticas a essa elevação de patamar para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), uma vez que o STJ entende que lei infralegal, isto é, a portaria 75/2012 do Ministério da Fazenda não deveria efetuar essa elevação:

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

I – Segundo jurisprudência firmada no âmbito do Pretório Excelso – 1ª e 2ª Turmas – incide o princípio da insignificância aos débitos tributários que não ultrapassem o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a teor do disposto art. 20 da Lei nº 10.522/2002.

II – Muito embora esta não seja a orientação majoritária desta Corte (vide REsp 966077/GO, 3ª Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 20/08/2009), mas em prol da otimização do sistema, e buscando evitar uma sucessiva interposição de recursos ao c. Supremo Tribunal Federal, em sintonia com os objetivos da Lei nº 11.672/08, é de ser seguido, na matéria, o escólio jurisprudencial da Suprema Corte. Recurso especial desprovido. (STJ, 3ª Seção, REsp 1112748/TO, Relator: Min. Felix Fischer, Data de julgamento: 09/09/2009, Data de publicação: 13/10/2009).

Contudo, o STJ evoluiu seu entendimento quanto ao patamar mínimo para aplicação do princípio da insignificância. Dessa forma, a terceira Seção decidiu revisar o Tema 157⁸⁶, elevando tal patamar para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) aos crimes tributários federais e de descaminho, conforme disposto no artigo 20 da Lei 10.522/2002, bem como as atualizações realizadas pelas portarias 75 e 130 do Ministério da Fazenda.

⁸⁴§1º Ficam cancelados os débitos inscritos em Dívida Ativa da União, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 100,00 (cem reais).

⁸⁵Nesse sentido: STF - HC: 120617/PR, Relator: Min. Rosa Weber, Data de julgamento: 04/02/2014, Primeira turma, Data de publicação: 20/02/2014.

⁸⁶ A terceira Seção do STJ, no Tema 157, discutiu a revisão da tese fixada no REsp n. 1.112.748/TO, com o objetivo de igualar ao patamar aplicado pelo STF, para considerar o patamar de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) estabelecido nas Portarias n. 75 e 130 do Ministério da Fazenda para aplicação do princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho.

O certo é que, conforme demonstrado, o STF aplica o patamar de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) aos crimes tributários federais e de descaminho, a fim de aplicar o princípio da insignificância, uma vez ser esse o mínimo que a administração fazendária aplica para dar início a execução fiscal. Desse modo, não caberia ao Direito Penal, ante o seu caráter fragmentário e em razão do princípio da intervenção mínima, atuar em um delito tributário cujo valor discutido esteja abaixo da quantia exigida para a execução fiscal.

Contudo, o STF não tem o mesmo posicionamento frente ao crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP), asseverando que esse delito protege um bem jurídico de natureza supraindividual, não cabendo a aplicação do citado princípio⁸⁷, em virtude da não configuração do requisito do reduzido grau de reprovabilidade da conduta, ante a necessidade das contribuições sociais para o devido funcionamento da previdência social, ou seja, ataca de forma imediata o patrimônio da previdência social e de forma mediata o bem estar social, posto que prejudica o funcionamento de um setor público o qual trabalha em prol da sociedade.

Em relação a aplicação do princípio da insignificância ao crime de apropriação indébita previdenciária, o STJ possui julgados decidindo pela sua aplicação⁸⁸, até a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais):

Em posicionamento em consonância com o STJ, o TRF1, na apelação criminal N. 2009.38.10.001800-4/MG aplicou o citado princípio ao crime de apropriação indébita previdenciária. Contudo, em patamar distinto, sob o argumento de que o valor da apropriação indébita previdenciária não havia ultrapassado o montante de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) nos moldes das portarias 75 /2012 e 130/2012 do Ministério da Fazenda. Ademais, a citada corte alegou que a Lei n.º 11.457/2007 considerou os valores devidos referentes às contribuições previdenciárias como dívida ativa da união, conferindo, dessa forma, tratamento semelhante aos créditos tributários, não havendo razão para tratamento diferenciado entre aquele e este.

Ante os posicionamentos expostos, há uma desarmonia de entendimentos nas cortes do Brasil, bem como uma incoerência do STF quanto à aplicação de tal princípio aos crimes contra à ordem tributária e de apropriação indébita previdenciária, uma vez que só os primeiros seriam passíveis de aplicação do princípio da insignificância.

⁸⁷ Nesse sentido: STF - HC: 102550/PR, Relator: Min. Luiz Fux, Data de julgamento: 20/09/2011 Primeira turma, Data de publicação: 08/11/2011.

⁸⁸ Nesse sentido: STJ - AgRg no REsp: 1247697/PR, Relator: Min. Laurita Vaz, Quinta turma, Data de julgamento: 06/08/2013; e STJ - AgRg no REsp: 1389169/MG, Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, Data de publicação: 07/10/2013.

Há uma incoerência no entendimento pela aplicação do princípio da insignificância aos crimes contra a ordem tributária, em contrapartida, haver a inaplicação do citado princípio ao crime de apropriação indébita previdenciária, uma vez que ambos tutelam um bem jurídico supraindividual.

As contribuições sociais são espécies tributárias e, da mesma forma que os tributos sujeitos aos crimes contra a ordem tributária, ocasionam em prejuízo direto ao erário público e indireto a toda à sociedade. Portanto, não se torna razoável uma maior severidade em relação ao crime de apropriação indébita previdenciária, quando, um crime de sonegação fiscal, por exemplo, tem o condão de prejudicar, mesmo que em segundo plano, toda à sociedade.

Nesse sentido, Guadanhin (2018) afirma que a doutrina critica esse tratamento diferenciado pelo STF, especialmente quando se percebe a aceitação da aplicação do princípio da insignificância aos crimes de sonegação fiscal. Ademais, também critica a espécie de “perdão judicial”, quando o valor devido é inferior ao exigido para execuções fiscais, pois, para aplicação desse instituto, é necessária a condenação criminal, quando é hipótese veemente de reconhecimento da atipicidade material com a aplicação do princípio da insignificância.

Ante a divergência de aplicação do princípio da insignificância, a presente pesquisa vem buscar solucionar a seguinte problemática: Em que medida a incoerência resultante da comparação da jurisprudência do STF, STJ e TRF1 frente a (in)aplicação do princípio da insignificância aos crimes contra a ordem tributária (Lei 8.137/90) e ao crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP) expõe a aplicação de uma dogmática jurídico-penal inadequada e uma seletividade penal? Quais as consequências dessa incoerência para a atuação das Instituições do Sistema de Justiça Penal e para os cidadãos?

6 UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL COMPARADA: apresentação e discussão dos dados

Preliminarmente, serão apresentados os dados referentes à análise documental, mais especificamente, os acórdãos catalogados nos sítios eletrônicos do STF, STJ e TRF1, a partir das palavras-chaves com pertinência temática nesta pesquisa⁸⁹.

Com isso, foi realizada a primeira fase da análise de conteúdo temática, a pré-análise que compreendeu o levantamento dos acórdãos os quais compuseram o “corpus”, objeto de análise das próximas fases (organização e interpretação/inferência). Pontua-se que foram levantados 241 acórdãos somente com as chaves de busca nos citados tribunais.

Contudo, há que se utilizar os demais critérios de seleção dos documentos: 1º) exaustividade, a totalidade da comunicação, acervo, da coleção será esgotada; 2º) representatividade, a amostra representará o universo, dando a possibilidade de atingir resultados generalizáveis; e, por fim, 3º) pertinência, a amostra deverá adaptar-se ao conteúdo e objetivo da pesquisa e a temática do pesquisador (BARDIN, 1977).

Após a aplicação dos critérios exaustividade, representatividade e pertinência, resultou-se em 44 acórdãos os quais compreenderam o “corpus” objeto de análise nas demais fases da análise de conteúdo temática, dispostos por numeração, data do julgamento, divididos em cores de acordo com o tribunal, conforme Tabela 1 abaixo.

Tabela 1 - Total de acórdãos do STF, STJ e TRF1 pertencentes ao “corpus” da pesquisa

Nº	Número do processo	Data de julgamento	Tribunal
1	HABEAS CORPUS 91.704-6 PARANÁ	06/05/2008	STF
2	HABEAS CORPUS 100.004 RIO GRANDE DO SUL	20/10/2009	STF
3	HABEAS CORPUS 98.021 SANTA CATARINA	22/06/2010	STF
4	HABEAS CORPUS 107.041 SANTA CATARINA	13/09/2011	STF
5	HABEAS CORPUS 102.550 PARANÁ	20/09/2011	STF
6	HABEAS CORPUS 110.124 SÃO PAULO	14/02/2012	STF
7	HABEAS CORPUS 107.331 RIO GRANDE DO SUL	28/05/2013	STF
8	RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 117.095	27/08/2013	STF

⁸⁹ Foram utilizadas as seguintes variações referentes “apropriação indébita previdenciária e princípio da insignificância”, “apropriação indébita previdenciária e princípio da bagatela”, “artigo 168-A e princípio da insignificância”, “artigo 168-A e princípio da bagatela”, “crimes contra ordem tributária e princípio da insignificância”, “crimes contra ordem tributária e princípio da bagatela”, “lei 8.137/90 e princípio da insignificância” e por fim “lei 8.137/90 e princípio da bagatela”.

	SÃO PAULO		
9	AG.REG. NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 132.706 SÃO PAULO	21/06/2016	STF
10	AG.REG. NO HABEAS CORPUS 134.982 SÃO PAULO	09/12/2016	STF
11	AG.REG. NO HABEAS CORPUS 183.959 SÃO PAULO	15/12/2020	STF
12	RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 90.109 - MG (2017/0255042-7)	19/03/2019	STJ
13	HABEAS CORPUS Nº 480.916 - SP (2018/0314722-9)	11/06/2019	STJ
14	RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 106.210 - CE (2018/0325915-3)	06/08/2019	STJ
15	HABEAS CORPUS Nº 486.854 - RJ (2018/0346430-5)	22/10/2019	STJ
16	RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 119.172 - PI (2019/0306631-1)	17/12/2019	STJ
17	AgRg no HABEAS CORPUS Nº 361.798 - SP (2016/0177174-0)	06/02/2020	STJ
18	AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.858.230 - SC (2020/0010480-4)	05/05/2020	STJ
19	AgRg no HABEAS CORPUS Nº 549.428 - PA (2019/0361458-1)	19/05/2020	STJ
20	HABEAS CORPUS Nº 535.063 - SP (2019/0284845-7)	10/06/2020	STJ
21	RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 130.853 - SP (2020/0175581-4)	20/10/2020	STJ
22	AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.862.853 - MG (2020/0040917-0)	27/10/2020	STJ
23	AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.877.935 - RS (2020/0110653-9)	23/02/2021	STJ
24	AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 142255 - MG (2021/0033351-3)	13/04/2021	STJ
25	HABEAS CORPUS Nº 564.208 - SP (2020/0050819-2)	03/08/2021	STJ
26	AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.832.011 - MG (2019/0241215-8)	10/08/2021	STJ
27	HABEAS CORPUS CRIMINAL (307) n. 1027622-	29/01/2019	TRF1

	42.2018.4.01.0000		
28	RECURSO EM SENTIDO ESTRITO N. 0045357- 88.2017.4.01.3800/MG	29/01/2019	TRF1
29	APELAÇÃO CRIMINAL N. 2004.38.00.024428-8/MG	10/04/2019	TRF1
30	APELAÇÃO CRIMINAL N. 0052053- 21.2013.4.01.3400/DF	04/12/2019	TRF1
31	APELAÇÃO CRIMINAL N. 0031819- 16.2012.4.01.3800/MG	10/12/2019	TRF1
32	APELAÇÃO CRIMINAL N. 0016135- 77.2014.4.01.3801/MG	11/02/2020	TRF1
33	APELAÇÃO CRIMINAL N. 2009.38.10.001800-4/MG	18/02/2020	TRF1
34	APELAÇÃO CRIMINAL N. 0004739- 32.2016.4.01.3802/MG	03/03/2020	TRF1
35	APELAÇÃO CRIMINAL N. 2008.38.10.001817-9/MG	28/04/2020	TRF1
36	APELAÇÃO CRIMINAL N. 0001057- 72.2012.4.01.3814/MG	08/09/2020	TRF1
37	APELAÇÃO CRIMINAL N. 0052053- 21.2013.4.01.3400/DF	26/01/2021	TRF1
38	APELAÇÃO CRIMINAL N. 0068902- 95.2014.4.01.3800/MG	30/03/2021	TRF1
39	APELAÇÃO CRIMINAL (417) n. 0012821- 02.2013.4.01.3400	13/07/2021	TRF1
40	APELAÇÃO CRIMINAL (417) n. 0002367- 26.2014.4.01.3400	03/08/2021	TRF1
41	HABEAS CORPUS CRIMINAL (307) n. 1013103- 57.2021.4.01.0000	03/08/2021	TRF1
42	APELAÇÃO CRIMINAL N. 0012578- 44.2016.4.01.3500/GO	14/09/2021	TRF1
43	APELAÇÃO CRIMINAL N. 0049547- 38.2014.4.01.3400/DF	14/09/2021	TRF1
44	APELAÇÃO CRIMINAL N. 2009.38.13.006376-2/MG	26/10/2021	TRF1

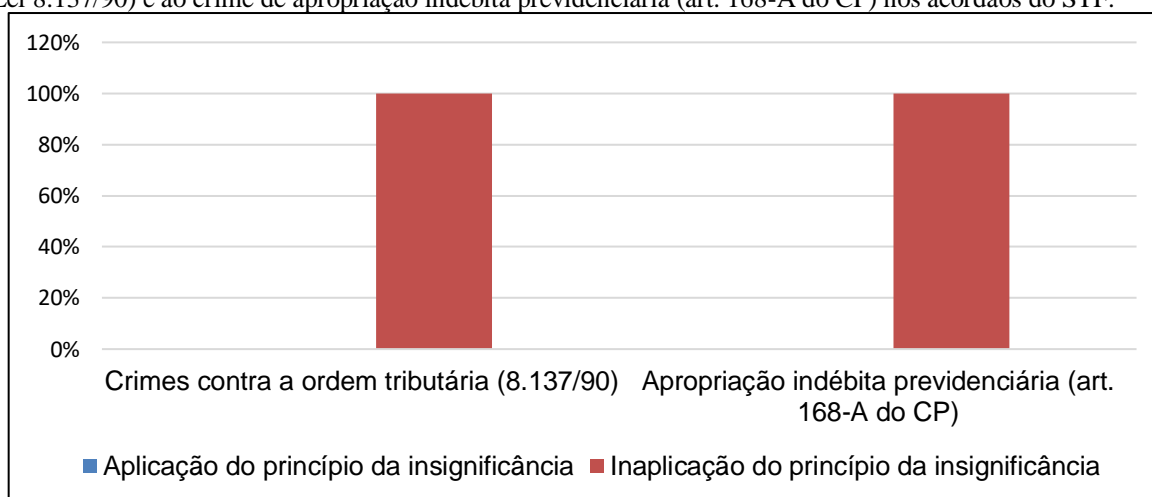
Dessa forma, finalizada a primeira fase da análise de conteúdo temática, realizaram-se as fases seguintes. A fase de organização foi efetuada a partir da categorização delimitada nas tabelas e gráficos desta pesquisa, criadas com o auxílio do formulário de categorização (apêndice A), bem como por outras categorias extraídas da leitura exaustiva de cada acórdão da Tabela 1. Por fim, a organização das informações possibilitou a execução da última fase da análise de conteúdo, isto é, o processo de inferência e interpretação, resultante das análises das categorias à luz do referencial teórico disposto nos capítulos iniciais deste trabalho.

6.1 Os acórdãos do STF como ponto de partida

Levando em consideração as palavras-chave⁹⁰ no campo de busca do sítio eletrônico do STF, conforme a Tabela 1, foram encontrados 11 acórdãos⁹¹.

Do total de acórdãos, dois são relacionados a casos de (in)aplicação do princípio da insignificância aos crimes contra a ordem tributária (Lei 8.137/1990)⁹² e 9 (nove)⁹³, em relação ao crime do art. 168-A do CP, demonstrados no percentual de aplicação e de inaplicação por tipo de crime no Gráfico 1 abaixo:

Gráfico 1—Porcentagem de (in)aplicação do princípio da insignificância aos crimes contra a ordem tributária (Lei 8.137/90) e ao crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP) nos acórdãos do STF.



Fonte: Autor (2022)

⁹⁰ Foram utilizadas as seguintes variações referentes “apropriação indébita previdenciária e princípio da insignificância”, “apropriação indébita previdenciária e princípio da bagatela”, “artigo 168-A e princípio da insignificância”, “artigo 168-A e princípio da bagatela”, “crimes contra ordem tributária e princípio da insignificância”, “crimes contra ordem tributária e princípio da bagatela”, “lei 8.137/90 e princípio da insignificância” e por fim “lei 8.137/90 e princípio da bagatela”.

⁹¹ Vale lembrar que, para o STF, não foi delimitado um lapso temporal de busca, diferentemente do que se procedeu nas buscas nos sítios eletrônicos do STJ e TRF1 (01/01/2019 a 31/12/2021).

⁹² Acórdãos 10 e 11 da Tabela 1.

⁹³ Acórdãos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8 e 9 da Tabela 1.

A partir do Gráfico 1, foi observado que não houve a aplicação do princípio da insignificância, por parte do STF, a nenhum dos tipos penais estudados nesta pesquisa. Contudo, os acórdãos possibilitaram inferir os entendimentos da citada corte acerca da (in)aplicação desse princípio aos referidos crimes no lapso temporal de 2008 a 2020.

Em relação aos crimes contra a ordem tributária (Lei 8.137/90), foi possível inferir que o entendimento do STF é pela aplicação do princípio da insignificância desde que não ultrapassado o patamar de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), nos moldes das Portarias 75/2012 e 130/2012 do Ministério da Fazenda.

Não obstante tal entendimento, na inaplicação do citado princípio nos acórdãos 10 e 11 da Tabela 1, foram identificados alguns pontos que inferiram algumas conclusões, quando analisados comparativamente com os demais tribunais pesquisados.

No primeiro, o valor utilizado como parâmetro para a inaplicação foi o de R\$ 35.788,11 (trinta e cinco mil, setecentos e oitenta e oito reais e onze centavos), sendo incluso juros e correções. Ademais, o Min. Roberto Barroso alegou que não se aplica o patamar das Portarias 75/2012 e 130/2012, quando a sonegação se deu sobre imposto de renda retido na fonte incidente sobre rendimentos de trabalho assalariado, posto que ataca valores ético-jurídicos tutelados pelas normas do sistema penal.

Dessa maneira, é possível inferir que o apontamento de um desvalor ético-jurídico a citada conduta em detrimento de todas as demais que configuram crimes contra a ordem tributária na Lei n.º 8.137/90, sem maiores fundamentações, em especial, sem menção aos demais vetores de aplicação do princípio da insignificância, implica em uma dogmática jurídica aplicada de forma inadequada. Além disso, interessante pontuar que o STJ possui o entendimento de que o valor que deve ser analisado para a aplicação do patamar das citadas portarias é o valor principal consolidado⁹⁴ e não, o valor atualizado como o utilizado no citado acórdão do STF.

No segundo, não foi citada a quantia não transferida ao Poder Público. Contudo, o STF confirmou a decisão do STJ atacada em sede de Agravo Regimental em Habeas Corpus pela defesa, entendendo pela inaplicação em razão da impossibilidade de aplicação das Portarias 75/2012 e 130/2012 nos casos que envolvem tributos estaduais.

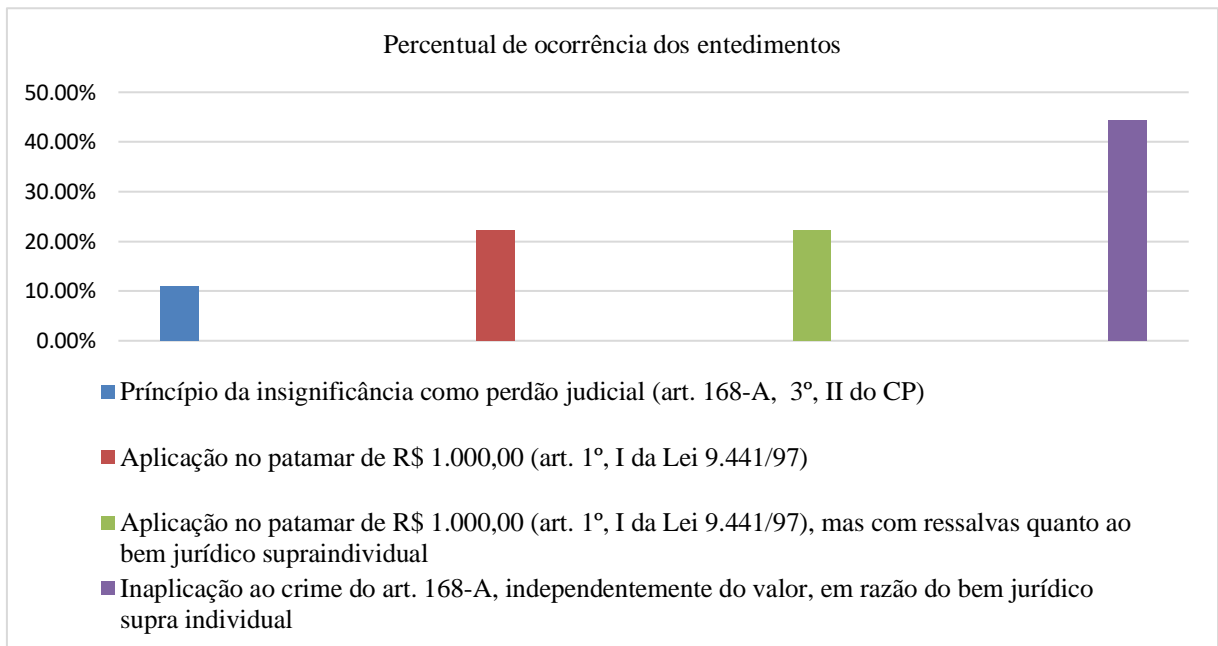
Não obstante, atualmente, há o entendimento consolidado, inclusive do STF, pela aplicação do princípio da insignificância, quando há lei estadual ou municipal estatuinte um

⁹⁴ Acórdãos 13, 14, 15 e 16 da Tabela 1.

patamar para execução fiscal, como é o caso do Estado de São Paulo com a Lei 14.272/2010 a qual tutelaria a aplicação do princípio ao caso em debate⁹⁵.

Observando o Gráfico 1, quanto aos 9 (nove) acórdãos os quais debatem o crime do artigo 168-A do CP⁹⁶, em 100% deles, não houve a aplicação do princípio da insignificância. Após a análise das razões pela inaplicação do referido princípio ao crime de apropriação indébita previdenciária, foram observados alguns entendimentos do STF apontados por percentual de ocorrência no Gráfico abaixo.

Gráfico 2 - entendimentos do STF apontados por percentual de ocorrência



Fonte: Autor (2022)

Inicialmente, pontua-se que a ordem demonstrada na tabela corresponde a evolução cronológica do entendimento quanto a (in)aplicação do princípio insignificância ao crime do art. 168-A do CP.

O primeiro entendimento verificado, conforme acórdão 1 da Tabela 1, é o de aplicação do princípio da insignificância como perdão judicial nos moldes do art. 168-A, § 3º, II do CP⁹⁷, em que a pena pode deixar de ser aplicada ou substituída pela pena de multa, caso o

⁹⁵ Acórdãos 11, 12, 13, 14, 16, 19, 20, 21, 23 e 24.

⁹⁶ Acórdãos 1 ao 9 da Tabela 1.

⁹⁷ Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

[...]

§ 3o É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

agente seja réu primário e possuir bons antecedentes e o valor apropriado não ultrapassar o valor mínimo para a execução fiscal.

No caso analisado no citado acórdão, o STF deixou de aplicar o princípio da insignificância em razão de os valores apropriados – R\$ 88.510,96 (oitenta e oito mil quinhentos e dez reais e noventa e seis centavos) – ultrapassarem o patamar estabelecido no art. 4º da Portaria 4.943/99 do Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS), qual seja, R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

O segundo entendimento, segundo os acórdãos 2 e 4 da Tabela 1, expressa a aplicação do princípio da bagatela ao crime do art. 168-A do CP, desde que o valor apropriado indevidamente pelo agente não ultrapasse a quantia de R\$ 1.000,00 (mil reais) — patamar de extinção do crédito da Dívida Ativa do INSS (art. 1º, I da Lei 9.441/97). A lógica supera o entendimento anterior, uma vez que a hipótese de deixar de executar o valor se difere da situação de extinção do crédito tributário, posto que neste último caso, a Administração Pública estará impedida de exigir o cumprimento da obrigação tributária.

Conforme voto de relatoria da Min. Ellen Gracie, não se pode utilizar o patamar da Portaria MPAS 4.943/99, pois nessa situação não há extinção do crédito tributário, apenas mera autorização para a Administração não efetuar a execução fiscal a qual poderá ser ajuizada, caso supere o patamar estabelecido na citada portaria. Ademais, adotar o patamar da Portaria 4.943/99 negaria a vigência da hipótese de perdão judicial do art. 168-A, § 3º, II do CP – hipótese diversa de aplicação do princípio da insignificância⁹⁸.

Dessa forma, a não aplicação do princípio da insignificância nos casos dos acórdãos 2 e 4 da Tabela 1 deu-se em razão dos valores apropriados ultrapassarem o patamar de extinção da dívida ativa do INSS nos moldes da Lei 9.441/97, qual seja, R\$ 1.000,00 (mil reais).

O terceiro entendimento verificado, assim como o segundo, expõe a aplicação do princípio da insignificância ao crime de apropriação indébita previdenciária no patamar de R\$ 1.000,00 (mil reais), conforme a Lei 9.441/97. No entanto, diverge do entendimento anterior, na medida em que, para a inaplicação do princípio da insignificância (acórdãos 6 e 7 da Tabela 1), para além dos valores apropriados ultrapassarem o patamar de mil reais, há

I – tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórias; ou (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

II – o valor das contribuições devidas, inclusive acessórias, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000).

⁹⁸ Nesse sentido: STF – HC: Nº 100.004, Relator: Min. Ellen Gracie, Segunda turma. Data de julgamento: 20/10/2009.

ressalvas quanto ao bem jurídico supraindividual do crime do art. 168-A do CP, não se verificando o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento.

O último entendimento do STF, com ocorrência de 44,44% nos acórdãos do STF⁹⁹, aponta a não aplicação do princípio da insignificância ao crime de apropriação indébita previdenciária, independentemente do valor apropriado, em virtude da lesão ao bem jurídico supraindividual.

Os argumentos que sustentaram esse entendimento, a partir dos acórdãos do STF, foram vários. Este tribunal sustenta que o bem jurídico tutelado no art. 168-A do CP é o patrimônio e a subsistência financeira da Previdência Social, dessa forma viola o direito de toda a sociedade – a qual tem o dever de assegurar a Seguridade Social (art. 195 da CRFB/88) – gozar de um sistema previdenciário com saúde financeira e apto a garantir a cobertura daqueles que lhe são filiados, razão pela qual a conduta do art. 168-A do CP não preenche o requisito do reduzido grau de reprovabilidade, mesmo em face de uma mínima lesividade econômica.

Ademais, o STF sustenta que não se pode confundir a hipótese de perdão judicial (art. 168-A, § 3º, II do CP) com o princípio da insignificância¹⁰⁰, bem como não se pode aplicar a lógica jurídica de aplicação do citado princípio ao crime de descaminho e demais crimes tributários federais ao crime de apropriação indébita previdenciária, posto que há que se analisar os bens tutelados e de que forma as condutas atingem tais bens.

Dessa forma, a partir da análise dos acórdãos do STF, foi possível inferir que o seu atual entendimento quanto a aplicação do princípio da insignificância aos crimes contra a ordem tributária (Lei 8.137/90) e ao crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP).

Em relação aos crimes tributários da Lei 8.137, a corte suprema aplica o princípio da insignificância no patamar de R\$ 20.000 (vinte mil reais), conforme as Portarias 75/2012 e 130/2012 do Ministério da Fazenda.

Quanto ao crime do art. 168-A do CP, o STF posiciona-se pela inaplicação do citado princípio, independentemente do valor apropriado, em razão da reprovabilidade da conduta, posto atingir um bem jurídico supraindividual (patrimônio e subsistência financeira da Previdência Social).

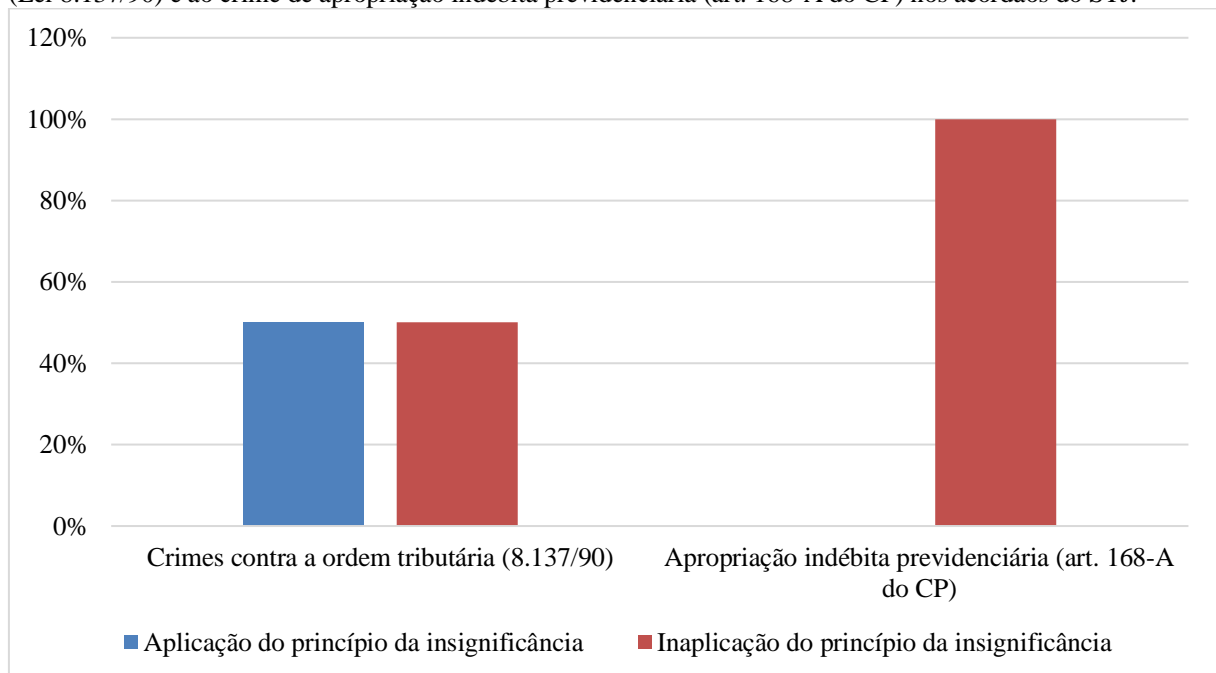
⁹⁹ Acórdãos 3, 5, 8 e 9 da Tabela 1.

¹⁰⁰ Contrapondo-se ao primeiro entendimento apresentado o qual confundia a hipótese de perdão judicial (art. 168-A, § 3º, II do CP) com a aplicação do princípio da insignificância.

6.2 O cenário a partir dos acórdãos do STJ

Conforme a Tabela 1, foram encontrados 15 acórdãos do STJ, a partir dos critérios de seleção expostos no tópico 5.3.3. Desses acórdãos, 12 (doze) são relacionados a casos de (in)aplicação do princípio da insignificância aos crimes contra a ordem tributária (Lei 8.137/1990)¹⁰¹ e 3 (três)¹⁰², em relação ao crime do art. 168-A do CP, demonstrados no percentual de aplicação e de inaplicação por tipo de crime no Gráfico 3.

Gráfico 3 – Percentagem de (in)aplicação do princípio da insignificância aos crimes contra a ordem tributária (Lei 8.137/90) e ao crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP) nos acórdãos do STJ.



Fonte: Autor (2022)

A partir da análise dos acórdãos, foi observado que o entendimento, em harmonia com o posicionamento do STF, é pela aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho e crimes tributários federais (incluindo-se as condutas da Lei 8.137/90) os quais não ultrapassam o patamar estabelecido nas Portarias 75/2012 e 130/2012 do Ministério da fazenda – R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), isto é, o patamar mínimo para ajuizamento de execução fiscal.

Não obstante esse entendimento harmônico entre as citadas cortes, pontua-se que o STJ, no que concerne aos crimes praticados em sede de tributos estaduais ou municipais, diferentemente no que se observou do entendimento do STF no acórdão 11 da Tabela 1

¹⁰¹ Acórdãos 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 23, 24 e 25 da Tabela 1.

¹⁰² Acórdãos 18, 22 e 26 da Tabela 1.

(conforme debatido no item 6.2), entende pela aplicação do princípio da insignificância desde que no respectivo ente federado do tributo haja lei específica análoga às portarias 75/2012 e 130/2012¹⁰³.

As situações de inaplicação do princípio da insignificância aos crimes tributários (Lei 8.137/90) nos acórdãos do STJ¹⁰⁴ deram-se em virtude de ultrapassar o patamar estabelecido nas portarias 75/2012 e 130/2012 ou, em caso de tributos estaduais, por ausência de lei análoga às portarias ou por ultrapassar o patamar estabelecido pelas normas do ente estadual.

Insta ressaltar que o STJ entende que a habitualidade delitiva, isto é, a reiteração delitiva, observada na existência de outras ações e investigações ou procedimentos administrativos fiscais, enseja em uma conduta com alto grau de reprovabilidade do comportamento, razão pela qual também foi utilizada como fundamento para a inaplicação do citado princípio¹⁰⁵.

Conforme o Gráfico 3, em 100% das ocorrências em relação ao crime do art. 168-A do CP, não houve a aplicação do princípio da insignificância por parte do STJ¹⁰⁶ em razão do bem jurídico supraindividual, independentemente do valor apropriado de forma indevida. Nesse sentido, as fundamentações alinham-se ao entendimento mais recente do STF pela inaplicação do referido princípio ao crime de apropriação indébita previdenciária, em virtude desse delito tutelar o patrimônio e subsistência financeira da Previdência Social, não se verificando o vetor do reduzido grau de reprovabilidade da conduta.

Em suma, a partir dos acórdãos do STJ, foi observado que essa corte, atualmente, aplica o princípio da insignificância aos crimes tributários federais (patamar das Portarias 75/2012 e 130/2012) e estaduais (patamar na lei estadual análoga as citadas portarias) com as condutas previstas na Lei 8.137/90. Ademais, segue o entendimento do STF pela não aplicação do citado princípio ao crime do art. 168-A do CP, independentemente do valor apropriado, em virtude desse último proteger um bem jurídico supraindividual.

¹⁰³ Insta ressaltar que todos os acórdãos do STJ referentes a situações de aplicação do princípio da insignificância aos crimes tributários da Lei 8.137/90 enquadraram-se nessa situação de tributo estadual, isto é, existência de lei estadual apontando patamar mínimo para a execução fiscal, de forma análoga às portarias 75/2012 e 130/2012 as quais são direcionadas aos tributos federais (acórdãos 13, 14, 15, 20, 21 e 25 da Tabela 1).

¹⁰⁴ Acórdãos 12, 16, 17, 19, 23 e 24 da Tabela 1.

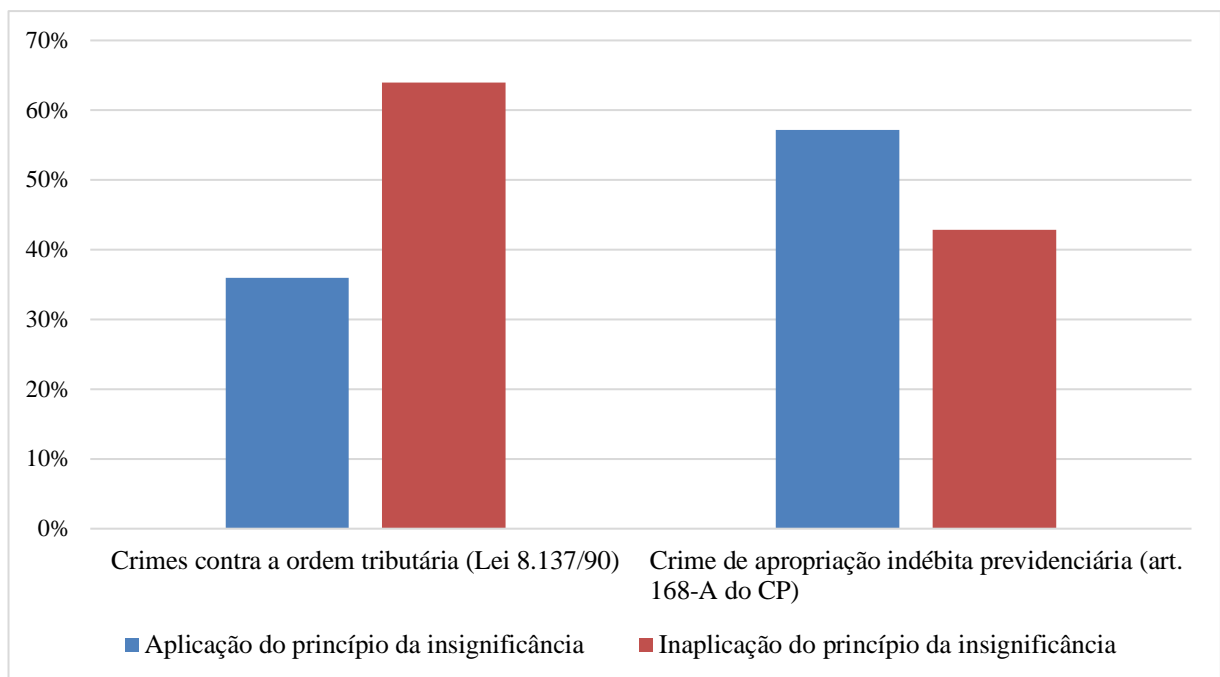
¹⁰⁵ Nesse sentido: STJ - AgRg no HC Nº 142255/MG, Relator: Min. Felix Fischer. Quinta turma, Data de julgamento: 13/04/2021.

¹⁰⁶ Acórdãos 18, 22 e 26 da Tabela 1.

6.3 O cenário a partir dos acórdãos do TRF1

Conforme a Tabela 1, foram encontrados 18 acórdãos do TRF1, a partir dos critérios de seleção expostos no tópico 5.3.3. Desses acórdãos, 11 (onze) são relacionados a casos de (in)aplicação do princípio da insignificância aos crimes contra a ordem tributária (Lei 8.137/1990)¹⁰⁷ e 7 (sete)¹⁰⁸, em relação ao crime do art. 168-A do CP, demonstrados no percentual de aplicação e de inaplicação por tipo de crime no Gráfico 4.

Gráfico 4 – Percentagem de (in)aplicação do princípio da insignificância aos crimes contra a ordem tributária (Lei 8.137/90) e ao crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP) nos acórdãos do TRF1.



Fonte: Autor (2022)

A partir da análise dos acórdãos do TRF1, foi observado que o entendimento desse tribunal, também em harmonia com o posicionamento do STF, é pela aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho e crimes tributários federais (incluindo-se as condutas da Lei 8.137/90) os quais não ultrapassam o patamar estabelecido nas Portarias 75/2012 e 130/2012 do Ministério da Fazenda – R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), isto é, o patamar mínimo para ajuizamento de execução fiscal¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Acórdãos 30, 32, 34, 36, 37, 39, 40, 41, 42, 43 e 44 da Tabela 1.

¹⁰⁸ Acórdãos 27, 28, 29, 31, 33, 35 e 38 da Tabela 1.

¹⁰⁹ Acórdãos 36, 39, 43 e 44 da Tabela 1.

Atinente as ocorrências de inaplicação do princípio da insignificância aos crimes tributários da Lei 8.137/90 nos acórdãos do TRF1¹¹⁰, foi possível inferir duas fundamentações. Em alguns casos¹¹¹, a não aplicação decorreu de o valor ultrapassar o patamar de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) estabelecido pelas portarias 75/2012 e 130/2012 como o mínimo para a execução fiscal. Ademais, no acórdão 37 da Tabela 1, pode-se inferir, para além de o valor ultrapassar o patamar, o entendimento de que a habitualidade delitiva do agente impediu a aplicação do citado princípio por violar o vetor do reduzido grau de reprovabilidade da conduta do agente.

Com relação a análise da (in)aplicação do princípio da bagatela ao crime de apropriação indébita previdência a partir dos acórdãos do TRF1, foi possível inferir dois entendimentos conflitantes.

O primeiro assegura a aplicação do referido princípio ao crime do art. 168-A do CP, desde que o valor apropriado indevidamente não supere o patamar de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) estabelecido nas portarias 75/2012 e 130/2012 do Ministério da Fazenda¹¹². Nesse caso, o raciocínio jurídico pela aplicação se deu em virtude de que assevera que a Lei 11.457/2007 incluiu os débitos advindos das contribuições previdenciárias como dívida ativa da União, provendo tratamento semelhante aos créditos tributários, razão pela qual, na esfera penal, não se deve fazer distinção entre os crimes de descaminho, de apropriação indébita ou de sonegação de contribuição previdenciária.

O segundo entendimento¹¹³ inaplica o princípio da bagatela ao crime de apropriação indébita previdenciária nos moldes do entendimento atual do STF, ou seja, independentemente da quantia apropriada, não se aplica o princípio em razão do crime do art. 168-A do CP tutelar um bem jurídico supraindividual.

Conforme o Gráfico 4, em aproximadamente 43% dos casos de apropriação indébita previdenciária nos acórdãos do TRF1, não houve a aplicação do princípio da insignificância ao crime de apropriação indébita previdenciária. No acórdão 38 da Tabela 1, nos moldes do exposto acima, a não aplicação foi em decorrência da violação do bem jurídico supraindividual. Não obstante, nos demais casos¹¹⁴, deram-se em virtude de o valor apropriado ultrapassar o patamar de R\$ 20.000,00 e ou em razão da configuração da habitualidade delitiva.

¹¹⁰ Acórdãos 30, 32, 34, 37, 40, 41, 42 da Tabela 1.

¹¹¹ Acórdãos 30, 32, 34, 37, 40, 42 da Tabela 1.

¹¹² Inferido dos acórdãos 27 ao 44, excetuando-se o acórdão 38 da Tabela 1.

¹¹³ Conforme disposto no acórdão 38 da Tabela 1.

¹¹⁴ Acórdãos 27 e 31 da Tabela 1.

Diante do exposto, há uma visível incoerência por parte do TRF1 em relação a aplicação do princípio da insignificância ao crime do art. 168-A do CP, geradora de insegurança jurídica para aqueles que recorrem a esse tribunal. Situação a qual foi examinada em comparado aos demais tribunais pesquisados no tópico a seguir.

6.4 Uma análise comparativa

A partir da análise dos acórdãos da Tabela 1, atualmente, há um alinhamento entre o STF, STJ e TRF1 pela aplicação do princípio da insignificância aos crimes tributários da Lei 8.137/90, desde que não ultrapassado o patamar de execução fiscal de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), estabelecido pelas Portarias 75/2012 e 130/2012 do Ministério da Fazenda.

Foi verificada uma divergência em relação a aplicação do citado princípio ao crime de apropriação indébita previdenciária. O STF e STJ entendem pela inaplicação do referido princípio ao crime do art. 168-A do CP, independentemente do valor, em virtude de violação ao bem jurídico supraindividual. Em sentido contrário, o entendimento majoritário do TRF1 é pela aplicação do princípio da bagatela a esse delito no patamar de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), estabelecido pelas Portarias 75/2012 e 130/2012 do Ministério da Fazenda. Não obstante, foi observado um acórdão deste último tribunal que não aplicou o princípio em consonância com a fundamentação do STF e STJ¹¹⁵.

Os principais fundamentos do STF e STJ pela não aplicação do princípio da bagatela ao delito do art. 168-A, conforme expostos nos subtópicos anteriores, são:

- a) bem jurídico de natureza supraindividual (patrimônio e subsistência financeira da Previdência Social);
- b) dever da sociedade em assegurar a Seguridade Social (art. 195 da CRFB/88);
- c) a conduta do art. 168-A do CP não preenche o requisito do reduzido grau de reprovabilidade, mesmo em face de uma mínima lesividade econômica;
- d) não se pode confundir a hipótese de perdão judicial (art. 168-A, § 3º, II do CP) com o princípio da insignificância¹¹⁶;
- e) não se pode aplicar a lógica jurídica de aplicação do citado princípio ao crime de descaminho e demais crimes tributários federais ao crime de apropriação indébita

¹¹⁵ Acórdão 38 da Tabela 1.

¹¹⁶ Contrapondo-se ao primeiro entendimento apresentado o qual confundia a hipótese de perdão judicial (art. 168-A, § 3º, II do CP) com a aplicação do princípio da insignificância.

previdenciária, posto que há que se analisar os bens tutelados e de que forma as condutas atingem tais bens.

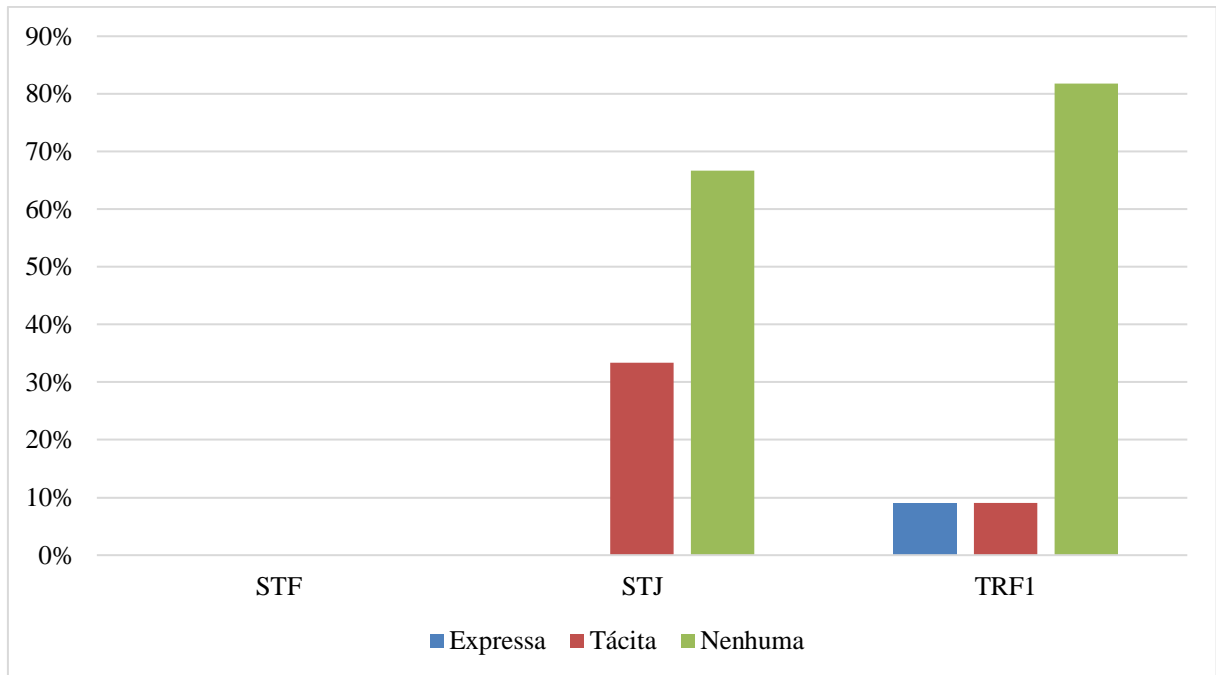
Contudo, importante pontuar, conforme já exposto nesta pesquisa, que o STF¹¹⁷ entendia pela aplicação do princípio, quando o valor apropriado indevidamente não ultrapassava o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), patamar de extinção do crédito da Dívida Ativa do INSS (art. 1º, I da Lei 9.441/97), posto que o patamar para execução fiscal ensejaria hipótese de perdão judicial (art. 168-A, § 3º, II do CP) nas situações em que o acusado é primário e de bons antecedentes.

Dessa forma, é nítida a incoerência na escolha pela inaplicação do princípio ao crime de apropriação indébita previdenciária, independentemente do valor apropriado, quando para os crimes tributários da Lei 8.137/90, aplica-se esse princípio no patamar altíssimo de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), como se passará a analisar.

Para analisar a possível ocorrência de uma seletividade e aplicação de uma dogmática jurídica inadequada, as análises foram feitas a partir de algumas categorias: utilização do bem jurídico supraindividual como fundamento para a (in)aplicação do princípio da insignificância; forma em que as condutas dos tipos penais atingem os bens jurídicos tutelados; debate sobre o delito de apropriação indébita previdenciária como crime tributário e, por fim, a menção e fundamentação dos requisitos do princípio da insignificância.

A primeira categoria de análise é a do bem jurídico supraindividual como fundamentação para a (in)aplicação do princípio da insignificância. Conforme, exposto no capítulo 5 desta pesquisa, ambos os delitos tutelam bens jurídicos supraindividuais, posto que, de forma geral, podem atingir a arrecadação tributária do Poder Público. Diante disso, o Gráfico 5 abaixo denota a porcentagem de menção ao bem jurídico supraindividual nos casos de aplicação do princípio da insignificância aos crimes tributários da Lei 8.137/90 por tribunal.

¹¹⁷ Acórdãos 2 e 4 da Tabela 1.

Gráfico 5 - porcentagem de menção ao bem jurídico supraindividual

Fonte: Autor (2022)

Conforme exposto no tópico 6.2, em nenhum dos casos analisados pelo STF acerca dos crimes tributários da Lei 8.137/90, houve a aplicação do princípio da insignificância, pois os valores estavam acima do patamar de R\$ 20.0000,00 (vinte mil reais)¹¹⁸. Ressalta-se que não houve menção ao bem jurídico supraindividual nesses casos.

No STJ, nos seis casos de aplicação do princípio aos crimes tributários da referida lei, em aproximadamente 30%¹¹⁹, houve menção tácita ao bem jurídico supraindividual, uma vez que apontam, mesmo que indiretamente, que o bem jurídico tutelado é o erário público e que o sujeito passivo eventual é o Estado ou ainda a coletividade. Por sua vez, o TRF1 fez menção ao bem jurídico supraindividual expressamente em aproximadamente 10% dos casos de aplicação e menção tácita também nessa mesma faixa de porcentagem.

Ademais, em um aspecto geral, denotou-se que o bem jurídico supraindividual quase não foi mencionando na hipótese de aplicação do princípio em estudo aos crimes tributários (Lei 8.137/90), conforme Gráfico 5 acima.

Dessa forma, a partir desses resultados, é possível inferir que o bem jurídico supraindividual tutelado pela Lei 8.137/90 é irrelevante para aplicação do princípio da insignificância. Isto é, o fato de a citada lei tutelar um bem supraindividual cuja lesão afeta indiretamente toda a sociedade não é fundamento suficiente para impedir a aplicação do

¹¹⁸ Acórdãos 10 e 11 da Tabela 1.

¹¹⁹ Acórdãos 15 e 20 da Tabela 1.

princípio da insignificância, desde que a quantia dos tributos que não chegaram aos cofres do Poder Público não ultrapasse valor, frisa-se altíssimo, de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Além disso, essa escolha é nitidamente incoerente quando se observa que em aproximadamente 23%¹²⁰ dos 44 acórdãos desta pesquisa, os tribunais não aplicaram o princípio da insignificância ao crime do art. 168-A do CP, independentemente do valor apropriado, exatamente por ser um crime que tutela um bem jurídico supraindividual.

Soma-se a isso, o fundamento utilizado pelas cortes de que não se pode utilizar a lógica jurídica de aplicação do citado princípio ao crime de descaminho e demais crimes tributários federais ao crime do art. 168-A do CP, posto que há que se analisar os bens tutelados e de que forma as condutas atingem tais bens.

Dessa forma, há incoerência, quando se analisa esse fundamento sob a perspectiva comparada proposta por esta pesquisa, pois, segundo o entendimento majoritário dos acórdãos, as condutas do art. 168-A do CP atingem de tal forma o bem jurídico supraindividual que, independentemente do valor, merecem as sanções dispostas pelo Direito Penal. Contudo, constatou-se que as condutas da Lei n.º 8.137/90 que causam um prejuízo ao erário de até R\$ 20.000,00 não são o suficiente para que haja a intervenção do Direito Penal em razão do princípio da insignificância.

É certo que o bem jurídico tutelado pelo crime de apropriação indébita é o patrimônio e a subsistência da Previdência Social, sendo mais específico que o erário público tutelado pela Lei 8.137/90 (BALTAZAR JUNIOR, 2017). Contudo, os bens jurídicos tutelados pelos dois crimes afetam indiretamente a coletividade em uma mesma proporção.

Os tributos são direcionados para as ações típicas do Estado, incluídas as garantias dos direitos fundamentais através da prestação dos serviços públicos à população, conforme exposto no tópico 5.2. Ademais, não há hierarquia entre os direitos e garantias fundamentais, sendo todos igualmente relevantes¹²¹. Nesse sentido, firmar o entendimento de que as condutas que atingem o bem jurídico tutelado pelo crime do art. 168-A do CP são mais reprováveis que as condutas da Lei 8.137/90 contra o erário público, é compreender que a Previdência Social é mais importante do que os outros direitos e garantias fundamentais prestadas pelo Estado a partir do recolhimento dos tributos.

Essa observação é pertinente, devendo ser analisada frente a outra categoria levantada nesta pesquisa, qual seja, a classificação do crime de apropriação indébita previdenciária como crime tributário, posto esse delito tutelar as contribuições previdenciárias, espécie de

¹²⁰ Acórdãos 3, 4, 5, 6, 7, 9, 18, 22, 26 e 38 da Tabela 1.

¹²¹ Para maior aprofundamento sobre o tema, consultar Brandão (2020).

tributo, nos moldes expostos no capítulo 5. Tal compreensão foi exposta pelo Ministro Gilmar Mendes do STF¹²², quando reconheceu a classificação do crime do art. 168-A do CP como crime tributário. No entanto, reiterou que o citado crime tutela bem jurídico divergente do de descaminho, razão pela qual sua reprovabilidade é mais intensa.

O TRF1, em diversos acórdãos¹²³, compreendeu o crime de apropriação indébita previdenciária como crime tributário, ante as contribuições previdenciárias fazerem parte dos tributos que podem acarretar dívida ativa à União, conforme a Lei 11.457/2007. Em virtude desse raciocínio, esse tribunal regional se valeu das Portarias 75/2012 e 130/2012 do Ministério da Fazenda como patamar de aplicação do princípio da insignificância ao crime do art. 168-A do CP.

Essa categoria, assim, também denotou a incoerência da não aplicação do princípio da insignificância ao crime de apropriação indébita previdenciária sob o fundamento do bem jurídico supraindividual tutelado, especialmente sob a perspectiva comparada deste estudo.

A partir das análises apresentadas até este ponto, sob um viés crítico da teoria do Direito, defende-se a função social do Direito Penal. Ou seja, a intervenção do Direito Penal compreende os limites da sua função social, consistindo na garantia de uma existência pacífica, segura e livre da sociedade e, desde que outras medidas político-sociais (que atingem em um grau menor a liberdade dos cidadãos) não consigam atingir essas metas (ROXIN, 2009).

A incoerência da escolha do STF, STJ e em certa medida o TRF1 pela inaplicação do princípio da insignificância sob o fundamento do bem jurídico supraindividual, sob uma comparação dos seus posicionamentos em relação aos crimes tributários da Lei 8.137/90, vai de encontro a essa função social do Direito Penal. Isso se deve, pois conforme se demonstrou, esses crimes tutelam um bem jurídico supraindividual e, sendo o princípio da insignificância uma medida que limita a intervenção do Direito Penal, a fim de que se garanta a existência pacífica, livre e segura da sociedade, esse princípio deveria ser aplicado ao crime do art. 168-A do CP.

Há uma seletividade penal, na medida em que os tribunais selecionam o delito de apropriação indébita previdenciária como objeto do *jus puniendi* (BARATTA, 2011). Os tribunais em estudo, a partir da utilização de um princípio de origem doutrinária e jurisprudencial, escolheram que o *jus puniendi* deve recair sobre aqueles que praticam o crime

¹²² Acórdão 9 da Tabela 1.

¹²³ Acórdão 27, 28, 29, 31, 33, 35 da Tabela.

de apropriação indébita previdenciária uma vez que tutela um bem jurídico supraindividual, independentemente do valor. Em contrapartida, incoerentemente, impedem que esse poder punitivo alcance as condutas da Lei 8.137/90, até o altíssimo patamar de R\$ 20.000,00, mesmo que essa norma tutele um bem jurídico supraindividual.

Essa escolha por parte dos tribunais enseja em uma aplicação não isonômica do Direito Penal, especialmente em se tratando de um princípio criado e regulamentado pela doutrina e jurisprudência, denotando a seletividade penal, indo em sentido contrário a função social do Direito Penal (ROXIN, 2009) e a ideia do princípio democrático nas decisões (CHAI, 2007).

Ao cidadão que está sendo processado pelo crime de apropriação indébita previdenciária, essa escolha denota insegurança jurídica e descredibilidade do Sistema de Justiça frente à ideia de igualdade, quando em comparação a atuação desse sistema ante aos crimes tributários da Lei 8.137/90, acentuando a crise de legitimidade pela qual passa o poder punitivo do Estado (GUIMARÃES, 2018).

Questiona-se a escolha do STF e STJ pela inaplicação em um crime em detrimento da aplicação a outro delito, uma vez que tutelam bens jurídicos supraindividuais em detrimento do princípio democrático. Pois, além de aplicarem um princípio emanado pela própria jurisprudência, isto é, com a ausência dos debates políticos que permeiam o processo legislativo de pessoas democraticamente escolhidas para tanto, a aplicação é envolta pela seletividade não isonômica que não possibilita uma participação efetiva pelo destinatário da norma, não há pertencimento (CHAI, 2007).

Em relação às consequências para o Sistema de Justiça, essa escolha sobrecarrega o Poder Judiciário com um acúmulo de processos visando ao julgamento e processamento de agentes que supostamente praticaram o crime do art. 168-A do CP, independentemente se o valor apropriado é irrisório.

Isso demonstra que essa escolha não reflete o princípio da celeridade e economia processual, pois direciona a aplicação do Direito Penal para situações que outras medidas político-sociais poderiam solucionar adequadamente, como a via administrativa (ROXIN, 2009). Isso gera uma sobrecarga desnecessária ao Poder Judiciário, bem como mais gastos tanto em recursos materiais, quanto de pessoas do referido poder, quando os índices

demonstram que as taxas de congestionamento¹²⁴ é de 79,5% processos de conhecimento criminal.

Além disso, caso esses processos culminem em sentenças penais condenatórias e transitadas em julgado, impondo penas restritivas de liberdade, haverá um conseqüente acréscimo ao já lotado sistema carcerário brasileiro. Segundo o FBSP (2020) “Os dados referentes ao primeiro semestre de 2020 indicam um novo aumento no total de pessoas privadas de liberdade que passou de 755.274, em 2019, para 759.518.

Dessa forma, este trabalho defende a aplicação isonômica do Direito Penal, em especial frente a aplicação do princípio da insignificância, na medida em que aquele deve cumprir a sua função social, garantindo a convivência harmônica e a restrição mínima às liberdades, principalmente com a existência de políticas sociais mais eficientes. Com isso, sob um viés crítico e acadêmico, discorda da escolha majoritária dos tribunais em estudo pela inaplicação do princípio da insignificância ao crime do art. 168-A do CP, em virtude das análises expostas.

Este trabalho defende a aplicação do princípio da insignificância ao crime de apropriação indébita previdenciária, desde que o agente não possua habitualidade delitiva, bem como verificados os vetores do princípio da insignificância delimitados pelo STF, quando o valor apropriado não ultrapassar o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), posto ser patamar de extinção do crédito, conforme já aplicado em julgados do STF, pois o patamar de execução fiscal poderá ensejar hipótese de perdão judicial, desde que presentes todos os requisitos do art. 168-A, § 3º do CP.

Muito embora, conforme exposto, esta pesquisa discorde da escolha dos tribunais pela inaplicação do princípio da bagatela ao crime do art., 168-A do CP, há que se resguardar a ordem jurídica vigente e o papel institucional disposto na CRFB/88 das instituições aqui estudadas. Além da ideia de seletividade penal apresentada (BARATTA, 2011), este trabalho ressaltou a importância das contribuições da Dogmática jurídica para a compreensão do Direito como Ciência, razão pela qual esta também atua como teoria de base para as análises desta pesquisa (FERRAZ JUNIOR, 2018; ROXIN, 2009).

Nesse sentido, ressaltou-se nos capítulos anteriores que a dogmática jurídico-penal adequada seria aquela que observa os dogmas/premissas estabelecidos no ordenamento

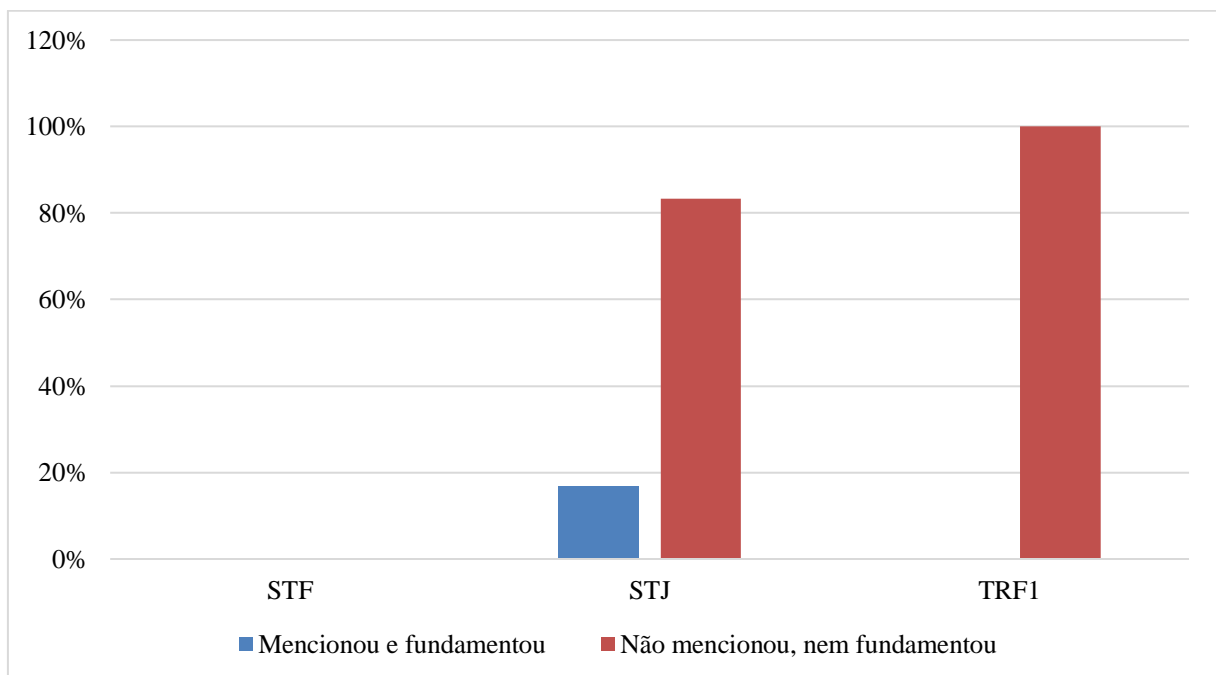
¹²⁴Segundo o CNJ (Conselho Nacional de Justiça) em números, taxa de congestionamento é “indicador que mede o percentual de casos que permaneceram pendentes de solução ao final do ano-base, em relação ao que tramitou (soma dos pendentes e dos baixados) (CNJ, 2021, p. 101).

jurídico, especialmente na CRFB/88, uma vez que esta atua como fundamento de validade para todas as normas do sistema, incluídas as normas penais (KELSEN, 1989).

O princípio da insignificância possui origem doutrinária e jurisprudencial no sistema penal brasileiro, tendo o STF determinado alguns vetores/requisitos para a sua aplicação: mínima ofensividade da conduta, inexpressividade da lesão jurídica provocada, reduzido grau de reprovabilidade da conduta e nenhuma periculosidade social da ação. Dessa forma, para a aplicação do referido princípio, os requisitos devem ser aplicados de forma cumulativa e fundamentada. Porém, para a inaplicação, é suficiente a ausência de um dos citados vetores¹²⁵.

Dos 44 (quarenta e quatro) acórdãos da Tabela 1, apenas em 13 (treze)¹²⁶, houve a aplicação do princípio da insignificância. O Gráfico 6, abaixo, demonstra a porcentagem de menção e fundamentação de todos os vetores nos casos de aplicação do princípio da insignificância por tribunal pesquisado.

Gráfico 6 - porcentagem de menção ao bem jurídico supraindividual



Fonte: Autor (2022)

Inicialmente, ressalta-se que, em nenhum acórdão do STF, houve a aplicação do princípio da insignificância, razão pela qual não há índice de porcentagem para essa corte no Gráfico 6.

¹²⁵ STF – RHC: 66.869-1, Relator: Min. Aldir Passarinho, segunda turma, Data de julgamento 06.12.1988).

¹²⁶ Acórdãos 13, 14, 15, 20, 21, 25, 29, 33, 35, 36, 39, 43 e 44 da Tabela 1.

Dos seis acórdãos do STJ¹²⁷ que aplicaram o princípio da insignificância, em apenas um¹²⁸, houve a menção e fundamentação a todos os requisitos do citado princípio. Em relação ao TRF1, em 100% dos acórdãos desse tribunal regional que aplicaram o princípio, não houve a menção, muito menos a fundamentação de todos os requisitos/vetores.

A partir da análise dos acórdãos, infere-se uma aplicação dogmática jurídico-penal inadequada ao que preceitua o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o princípio da insignificância está sendo aplicado sem a menção e fundamentação de todos os requisitos estabelecidos pela jurisprudência do STF.

Os casos de aplicação desse princípio aos crimes tributários (8.137/90) e ao crime de apropriação indébita previdenciária se reduzem à análise do valor em debate haver ou não ultrapassado o patamar fixado na jurisprudência desses tribunais. Com isso, há um desvirtuamento da aplicação do princípio da bagatela por essas cortes, posto que não efetuam uma análise mais apurada da realidade dos casos concretos, para a configuração ou não de uma conduta praticada pelo agente que merece ser objeto do *jus puniendi* estatal.

A partir da análise exaustiva dos acórdãos, foi observado um exemplo que retrata a constatação exposta. No acórdão 39¹²⁹ da Tabela 1, o TRF1 aplicou o princípio da insignificância, em virtude apenas do valor não ultrapassar o patamar de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), não mencionando ou fundamentando os demais requisitos. Contudo, não levou em consideração a habitualidade do paciente, conforme observado em outro acórdão (37 da Tabela 1)¹³⁰. Dessa forma, sem a análise das circunstâncias do caso concreto, muito menos a menção e fundamentação dos requisitos estabelecidos por uma fonte do Direito Penal (jurisprudência), há uma dogmática jurídico-penal aplicada de forma inadequada, através da aplicação do citado princípio.

Frisa-se que para além da jurisprudência do STF a qual requer a presença cumulativa dos vetores/requisitos de aplicação do princípio da insignificância, há a necessidade de fundamentação. O princípio da fundamentação das decisões está previsto no art. 93, IX da CRFB/88 “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentada todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”. Tratando-se de princípio aplicado

¹²⁷ Acórdãos 13, 14, 15, 20, 21 e 25 da Tabela 1.

¹²⁸ Acórdão 15 da Tabela 1.

¹²⁹ TRF1 – APC: n. 0012821-02.2013.4.01.3400/DF, Relator: Juiz federal José Alexandre Franco. Terceira turma. Data julgamento: 13/07/2021.

¹³⁰ TRF1 – APC: n. 0052053-21.2013.4.01.3400/DF, Relator: Juiz federal Marllon Sousa. Quarta turma. Data julgamento: 19/12/2019.

dentro do processo penal, em que a pena restringe direitos do condenado, tal princípio merece maior atenção (CANOTILHO, 2003). Ademais, haja vista o papel do princípio da insignificância de afastar a atuação do Direito Penal em face da constatação da atipicidade da conduta, a fundamentação para a não persecução penal, deve ser bem justificada, sob risco de desvirtuar o tipo penal estabelecido pelo legislador o qual não elaborou o princípio da insignificância.

Dessa forma, a partir do contexto de aplicação do princípio da bagatela aos crimes em estudo nesta pesquisa, é possível generalizar, haja vista o método indutivo, que as cortes nacionais aplicam o princípio da insignificância a partir de uma dogmática jurídico-penal inadequada frente as premissas/dogmas estabelecidos no ordenamento jurídico, especialmente na CRFB/88, na medida em que não fundamentam a aplicação com base nos vetores/requisitos delimitados na jurisprudência.

Outro ponto que merece destaque é a estrutura e organização em instâncias do Poder Judiciário estabelecida pela CRFB/88. Os papéis institucionais dos órgãos em estudo estão expressamente previstos no texto constitucional. Ao STF, cabe a função de controle de constitucionalidade das leis ou atos normativos, atuando como última instância do Poder Judiciário, dentre várias outras competências dispostas no art. 102 da CRFB/88. Logo abaixo, como penúltima instância, está o STJ, com suas competências estabelecidas no art. 105 da CRFB/88. Essas duas cortes possuem jurisdição nacional, fazendo com que suas decisões vinculem e orientem as decisões dos tribunais regionais e magistrados, com o intuito de dar unidade e segurança jurídica ao Poder Judiciário.

A partir da análise dos acórdãos, foi observado que o STF e STJ compartilham o entendimento pela inaplicação do princípio da insignificância ao crime de apropriação indébita previdenciária. Com isso, sob uma perspectiva dogmática, essa jurisprudência deveria vincular os tribunais regionais e juízes de todo o país. Contudo, o TRF1, majoritariamente, não segue esse entendimento.

O TRF1 assegura a aplicação do referido princípio ao crime do art. 168-A do CP, desde que o valor apropriado indevidamente não supere o patamar de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) estabelecido nas portarias 75/2012 e 130/2012 do Ministério da Fazenda¹³¹. Neste caso, o raciocínio jurídico pela aplicação se deu em virtude de que assevera que a Lei 11.457/2007 incluiu os débitos advindos das contribuições previdenciárias como dívida ativa da União, provendo tratamento semelhante aos créditos tributários, razão pela qual, na esfera penal, não

¹³¹ Inferido dos acórdãos 27 ao 44, excetuando-se o acórdão 38 da Tabela 1.

se deve fazer distinção entre os crimes de descaminho, de apropriação indébita ou de sonegação de contribuição previdenciária.

Não obstante, este fundamento para aplicação do princípio da bagatela ao crime do art. 168-A do CP não está em harmonia com o que estabelece o art. 168-A, § 3º, II do Código Penal. Este último é expresso em facultar ao magistrado a não aplicação da pena ou apenas a pena de multa, desde que o agente seja réu primário e com bons antecedentes e sob a condição de que o valor apropriado indevidamente não ultrapasse ao patamar estabelecido administrativamente para as execuções fiscais. Dessa forma, a lei prevê hipótese de perdão judicial.

Essa divergência de entendimentos tem como consequência a insegurança jurídica aos cidadãos, refletindo a aplicação de uma dogmática jurídica inadequada por parte do TRF1, haja vista que esse tribunal contraria o próprio modelo de Poder Judiciário estabelecido pela CRFB/88, bem como dispositivo legal do Código Penal (art. 168-A, § 3º, II). Contudo, pontua-se que, a partir dos acórdãos do TRF1, há uma tendência para a convergência de entendimentos com as cortes superiores, conforme observado no acórdão 38 da Tabela 1.

A partir da análise comparada dos acórdãos do STF, STJ e TRF1, ante a (in)aplicação do princípio da insignificância aos crimes em estudo, foi possível constatar a hipótese da presente pesquisa.

A seletividade penal está refletida na incoerência na escolha dos tribunais em inaplicar o citado princípio ao crime do art. 168-A do CP sob a justificativa da tutela de bem jurídico supraindividual, quando essas cortes não utilizam o bem jurídico como critério para aplicar o referido princípio aos crimes contra a ordem tributária (Lei 8.137/90). Resulta-se, assim, em uma aplicação não isonômica do Direito Penal, em especial a partir de um princípio que limita o *jus puniendi* estatal, não fazendo cumprir a função social do Direito Penal. Razão pela qual, este trabalho discorda dessa escolha por parte dos tribunais em estudo.

As consequências dessa seletividade afetam tanto os cidadãos, quanto o Sistema de Justiça Penal. Os primeiros atribuem descrédito ao Sistema de Justiça Penal, acentuando a crise de legitimidade do poder punitivo estatal, ante a sua aplicação não isonômica e que contraria a ideia de participação democrática. Em relação ao Sistema de Justiça, essa escolha não preza os princípios da economia e celeridade processual, pois sobrecarregam o Poder Judiciário no processamento e julgamento de crimes com caráter lesivo mínimo ao bem jurídico penal, bem como sobrecarregam o sistema carcerário, no caso de condenações impondo de penas privativas de liberdade.

Não obstante isso, também foi observada a aplicação de uma dogmática jurídico-penal inadequada por parte dos tribunais nos crimes em estudo, na medida em que o princípio da insignificância é aplicado à revelia da menção e fundamentação de todos os vetores/requisitos estabelecidos na jurisprudência nacional, reduzindo a sua aplicação a mera averiguação se o valor ultrapassa ou não o patamar estabelecido pela jurisprudência.

Ademais, há que se destacar a gravidade dessa aplicação inadequada, pois o princípio da insignificância é de criação doutrinária e jurisprudencial, tendo o condão de limitar o *jus puniendi* do Estado, atribuindo atipicidade material a uma conduta formalmente tipificada pelo legislador. A ausência de menção e fundamentação de todos os requisitos para a aplicação do citado princípio representa uma limitação inadequada do poder punitivo estatal, em sentido contrário às premissas/dogmas estabelecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, demonstrou-se que o posicionamento do TRF1 em desarmonia com as duas últimas instâncias do Poder Judiciário reflete a aplicação de uma dogmática jurídica inadequada, pois vai de encontro a estrutura e organização do Poder Judiciário estabelecidos na CRFB/88, em que as instâncias superiores, a partir de suas decisões, orientam e vinculam as inferiores. Além disso, a aplicação por parte do TRF1 do princípio da insignificância ao crime de apropriação indébita previdenciária no patamar da execução fiscal contraria o art. 168-A, § 3º, II do CP, pois este prevê hipótese de perdão judicial, quando o valor apropriado indevidamente está abaixo do patamar administrativo para a execução fiscal.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Penal almeja a harmonia e pacificação social, na medida em que tutela bens jurídicos os quais, caso atingidos pelas condutas dispostas na norma penal, ensejam a aplicação de sanções penais. Esse compreende, dessa maneira, o sistema normativo o qual irá propiciar a atuação do controle social formal, compreendendo os órgãos e agentes que operacionalizam o Direito Penal, tais como a Polícia Civil, Polícia Federal, Poder Judiciário, Ministério Público, Advocacia, dentre outros órgãos e seus agentes públicos ou privados que atuem no interesse público.

Este trabalho destacou que o poder punitivo estatal passa por uma crise de legitimidade. Enquanto a fundamentação desse *jus puniendi* encontra respaldo nos fins perseguidos pelo Direito Penal, a legitimidade estatal para o citado poder é refletida na aceitabilidade social desse direito/dever de punir. Não obstante, essa legitimidade enfraquece ante a fragilidade e ineficiência da aplicação da pena, uma vez que ela não atinge qualquer de suas funções, seja a intimidatória, de ressocialização ou de neutralização.

Atrelada a essa crise de legitimidade, foi demonstrada a constituição de um Direito Penal Moderno atrelada a teoria da sociedade de risco. Inicialmente, abordou-se o Direito Penal Clássico ou Liberal como aquele que resguarda a sociedade dos arbítrios do poder Estatal, como o princípio da legalidade, anterioridade penal, dentre outros. Não obstante, a partir dos riscos inerentes a uma sociedade moderna, isto é, aquela à qual observa os aspectos negativos futuros a partir das ações tomadas no presente, houve uma ampliação do Direito Penal, em face dos riscos inerentes a esse contexto (globalização, ecológicos, epidemias, organizações criminosas, entre outros).

Diante das novas complexidades da sociedade, o Direito Penal Moderno caracteriza-se pela expansão na criminalização, através da tipificação e crimes de caráter transnacional, crimes de mera conduta ou de perigo abstrato, tipificação de crimes os quais tutelam bens coletivos como, por exemplo, os crimes ambientais, crimes contra a ordem econômica e ordem tributária. Nesse sentido, o Direito Penal Moderno ampliou o *jus puniendi* estatal, contudo não solucionou a crise de legitimidade pela qual esse último se encontra.

Em razão desses aspectos, embora tenha sido pontuada a relevância de tutela penal dos bens jurídicos coletivos, a presente pesquisa defendeu um viés minimalista de atuação do Direito Penal. Como limite a essa intervenção penal, foi defendido que o Estado deve atuar somente para a proteção dos bens jurídicos tutelados pela norma penal, especialmente quando

outras formas de solução não são mais eficientes, resguardando-se ao máximo a liberdade e demais direitos dos cidadãos. Ou seja, o limite é a própria função social do Direito Penal.

Além do aspecto expansionista do Direito Penal, foi demonstrado que o sistema penal é seletivo, na medida em que é tendencioso a resguardar os interesses das classes as quais dominam ou estão mais próximas dos centros de poder, posto conduzirem o processo de criminalização às classes mais distantes do poder. Ressaltou-se, inclusive, que essa seletividade ocorre tanto no processo de criação da norma penal (criminalização primária), quanto no de interpretação e aplicação pelos órgãos de controle social formal (criminalização secundária). Como consequência, há a estigmatização e o não cumprimento dos anseios constitucionais, muito menos da função social do Direito Penal.

A Dogmática jurídica, em linhas gerais é método de conhecimento o qual estuda o direito vigente como um conjunto de normas, instituições e decisões. Essa sistematiza, interpreta e direciona esse conjunto dado para uma tarefa prática de solucionar os conflitos da sociedade de forma coerente com as premissas/dogmas estabelecidas pelo ordenamento jurídico, isto é, constitui-se de um “dever ser”. Conforme defendido neste trabalho, a Dogmática jurídico penal orientou e a ainda orienta uma compreensão do Direito de forma sistemática e que promove uma maior segurança jurídica.

Contudo, destacou-se que é inerente a Dogmática jurídica a utilização dos dogmas/premissas sem questionamentos e sem interferências de fatores externos como políticos, morais, religiosos, entre outros na aplicação da norma jurídica. Isso possibilita que a dogmática jurídico-penal aplique sem questionamentos as premissas ou dogmas estabelecidos de uma forma seletiva no processo de criminalização primária ou secundária.

Em razão dessas questões, este trabalho destacou a necessidade de uma dogmática jurídico-penal seja adequada, isto é, aquela caracterizada pela observância dos dogmas/premissas dispostos no ordenamento jurídico, em especial na CRFB/88, uma vez que esta última abarca todas as garantias e direitos fundamentais, organização e funcionamento do Estado, bem como os limites ao *jus puniendi*, servindo como fundamento de validade para todas as normas do sistema, incluídas as normas penais.

Somada a essa ideia que atuou como teoria de base ao presente trabalho, ressaltou-se a utilização de uma teoria crítica do Direito, pois a complementação dessas duas perspectivas auxiliou em uma análise mais aprofundada do objeto de estudo. Dessa forma, foi dada grande valia a função social do Direito Penal (ROXIN, 2002) e a seletividade penal denunciada por Baratta (2011), pois abarcam as influências de aspectos sociais, econômicos e políticos os quais questionam as premissas estabelecidas pelo Direito Penal.

Em seguida, compreendeu-se o princípio da insignificância como um princípio de origem doutrinária e jurisprudencial do STF. Esse visa à configuração da atipicidade material da conduta do agente diante da mínima lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal, razão pela qual tem como consequência a absolvição sumária, posto o fato não configurar crime (art. 397, III do CPP).

Porém, é importante pontuar que, uma vez que limita a aplicação do Direito Penal, o STF definiu requisitos/vetores de interpretação os quais devem ser verificados cumulativamente, bem como analisadas as circunstâncias do caso concreto. Nesse sentido, para além das circunstâncias específicas analisadas como o réu ser primário, não haver habitualidade delitiva, o julgador deve verificar de forma cumulativa a: mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Importa asseverar que o processo de limitação do *jus puniendi* foi realizado a partir da doutrina e jurisprudência, tendo como produto princípio da insignificância. Ou seja, esse princípio foi instituído no ordenamento jurídico brasileiro em detrimento de um processo legislativo articulado por representantes eleitos pela população. Isso ocorreu de forma distinta do que se procedeu com os demais princípios que limitam o poder punitivo, como o da legalidade o qual, inclusive, é tutelado em norma constitucional. Razão pela qual, este trabalho defende a regulamentação legislativa do princípio da insignificância, a fim de se respeitar o princípio democrático, bem como de segurança jurídica na delimitação do que efetivamente se constituiria em uma lesão ínfima ao bem jurídico penal.

Ademais, foram analisados os crimes contra a ordem tributária (Lei 8.137/90) e o crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP). Esses delitos emergiram dentro da visão de expansionismo do Direito Penal, sendo caracterizados como crimes tributários, pois tutelam tributos os quais financiam o Estado na consecução das suas finalidades, dentre elas, a prestação de políticas positivas, a fim de garantir os direitos fundamentais da população. Em face disso, foi constatado que ambos os delitos tutelam um bem jurídico supraindividual, posto que, mesmo que indiretamente, a sua lesão afeta toda a sociedade.

Não obstante, conforme os acórdãos analisados nesta pesquisa, foi observado que o STF e STJ não aplicam o princípio da insignificância ao crime indébita previdenciária, em razão deste tutelar bem jurídico supraindividual, independentemente do *quantum* apropriado. Contudo, aplicam o referido princípio aos crimes tributários da Lei 8.137/90 até o patamar de R\$ 20.000,00, limite para a execução fiscal dos tributos, nos moldes das

Portarias 75/2012 e 130/2012 do Ministério da Fazenda, sendo irrelevante para a aplicação do princípio, se a Lei 8.137/90 tutela um bem jurídico supraindividual. Em sentido contrário, o TRF1 aplica o princípio aos dois delitos até o mencionado patamar, muito embora tenha sido verificado um acórdão deste tribunal regional acompanhando o entendimento do STF e STJ.

Esta pesquisa identificou os argumentos das citadas cortes na inaplicação do princípio da insignificância ao crime do art. 168-A do CP. São eles:

- a) bem jurídico de natureza supraindividual (patrimônio e subsistência financeira da Previdência Social);
- b) dever da sociedade em assegurar a Seguridade Social (art. 195 da CRFB/88);
- c) a conduta do art. 168-A do CP não preenche o requisito do reduzido grau de reprovabilidade, mesmo em face de uma mínima lesividade econômica;
- d) não se pode confundir a hipótese de perdão judicial (art. 168-A, § 3º, II do CP) com o princípio da insignificância¹³²;
- e) não se pode aplicar a lógica jurídica de aplicação do citado princípio ao crime de descaminho e demais crimes tributários federais ao crime de apropriação indébita previdenciária, posto que há que se analisar os bens tutelados e de que forma as condutas atingem tais bens.

Em uma perspectiva comparada, este trabalho constatou que o bem jurídico supraindividual é irrelevante para a aplicação do princípio em estudo aos crimes tributários da Lei n.º 8.137/90, em detrimento de ser fundamento principal para a inaplicação ao crime de apropriação indébita previdenciária.

Ou seja, a circunstância de a Lei n.º 8.137/90 tutelar um bem jurídico cuja lesão afeta indiretamente toda a sociedade não impede que haja uma limitação ao poder de punir do Estado com a aplicação do princípio da insignificância, pois a persecução penal só poderá ocorrer, caso o valor do tributo não ultrapasse R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Além disso, ressaltou-se que a inaplicação ao crime do art. 168-A do CP é nitidamente incoerente, pois assim como os crimes da Lei n.º 8.137/90, também é classificado como um crime tributário. As condutas previstas em ambos os tipos penais atingem bens jurídicos na mesma proporção, posto poderem afetar indiretamente toda a sociedade. A partir dessa fundamentação, inferiu-se que há uma valorização do direito social a previdência social como aquele que merece maior proteção do Direito Penal, em detrimento de outros direitos os quais

¹³² Contraindo-se ao primeiro entendimento apresentado o qual confundia a hipótese de perdão judicial (art. 168-A, § 3º, II do CP) com a aplicação do princípio da insignificância.

são subsidiados e concretizados pelo erário público. Nessa linha, a subsistência financeira e o patrimônio da Previdência Social requerem a tutela do Direito Penal, independentemente da extensão da lesão econômica. Em contrapartida, este estudo revelou que a lesão econômica ao erário público (bem jurídico tutelado pela lei 8.137/90) abaixo do patamar de R\$ 20.000,00 não se caracteriza como crime, ante a atipicidade material da conduta através da aplicação do princípio da insignificância.

Os limites de intervenção do citado ramo do direito se estabelecem quando outras medidas ou políticas sociais (menos limitadoras das liberdades dos indivíduos) não conseguirem alcançar o próprio desiderato do Direito Penal, ou seja, a garantia da existência pacífica, segura e livre da sociedade. Isto é, a função social do Direito Penal.

A incoerência da escolha do STF, STJ e em certo grau do TRF1 pela inaplicação do princípio da insignificância sob o fundamento do bem jurídico supraindividual, não está em harmonia com a delimitada função social do Direito Penal. O princípio da insignificância atua como mecanismo de limitação do poder punitivo do Estado. Dentro do contexto dos crimes tributários em estudo nesta pesquisa, o patamar de insignificância depende de como os valores dos tributos são abordados no âmbito administrativo, havendo a compreensão de que o patamar de limitação para as execuções fiscais impede a intervenção do Direito Penal, uma vez que esse patamar não é suficiente para a execução pela Administração Pública. Não obstante, impossibilitar a aplicação ao crime do art. 168-A do CP independentemente do valor apropriado é medida desproporcional e incoerente, diante do tratamento dado aos crimes tributários da Lei 8.137/90, não correspondendo a função social do Direito Penal.

Em verdade, para além de não cumprir a função social do Direito Penal, esse contexto reflete uma seletividade penal dos tribunais em estudo, uma vez que direcionam o poder punitivo do estado ao crime de apropriação indébita previdenciária, mesmo que a lesão seja ínfima, em detrimento de não o incidir aos crimes tributários da Lei n.º 8.137/90 em um patamar de R\$ 20.000,00.

Essa escolha por parte dos tribunais enseja em uma aplicação não isonômica do Direito Penal, especialmente em se tratando de um princípio criado e regulamentado pela doutrina e jurisprudência, isto é, não é produto de um processo legislativo, não foi delimitado por representantes do povo, como prenuncia uma democracia.

Ao cidadão que está sendo processado pelo crime de apropriação indébita previdenciária, essa escolha denota insegurança jurídica e descredibilidade do Sistema de Justiça, quando em comparação a atuação desse sistema ante aos crimes tributários da Lei 8.137/90, acentuando a crise de legitimidade pela qual passa o poder punitivo do Estado.

Ademais, essa escolha sobrecarrega o Sistema de Justiça com ações penais, independentemente se o valor apropriado indevidamente é irrisório, ensejando, por vezes, em sentenças penais condenatórias e, por consequência, sobrecarregando um sistema de execução penal também deficiente.

Além de uma teoria crítica do Direito, esta pesquisa analisou os acórdãos a partir da perspectiva de uma dogmática jurídico-penal adequada, isto é, aquela em que parte dos dogmas/premissas estabelecidos pelo ordenamento jurídico, com especial atenção a norma fundamental, isto é, a CRFB/88, para a análise dos conflitos e aplicação do Direito Penal.

A partir da análise dos acórdãos que aplicaram o princípio da insignificância, observou-se que esse princípio é aplicado sem a menção e fundamentação de todos os requisitos estabelecidos pela jurisprudência do STF. Foi verificado que, por se tratarem de crimes tributários, a análise para a aplicação do princípio da insignificância se resume a verificação se o valor que não chegou ao erário público ultrapassou o patamar fixado na jurisprudência.

A aplicação de uma dogmática jurídico-penal inadequada foi constatada, na medida em que essas cortes limitam o poder punitivo do Estado através da aplicação do princípio da insignificância à revelia da constatação cumulativa dos requisitos dispostos pela jurisprudência, fonte do Direito Penal.

Ademais, há que se ressaltar que, embora esta pesquisa discorde da escolha dos tribunais superiores pela inaplicação do princípio da insignificância ao crime do art. 168-A do CP, a estrutura e hierarquia do Poder Judiciário estabelecida pela CRFB/88 deve ser respeitada, bem como as normas infraconstitucionais.

Nesse sentido, pontuou-se que o entendimento do TRF1 refletiu uma dogmática jurídico-penal inadequada, uma vez que não aplicou o entendimento firmado nas instâncias superiores (STF e STJ), bem como não foi atento ao que prescreve o art. 168-A, § 3º, II do CP o qual prevê a possibilidade de perdão judicial ao crime de apropriação indébita previdenciária quando o valor não ultrapassar o patamar fixado administrativamente para a execução fiscal, razão pela qual esta pesquisa discorda do posicionamento do TRF1 ao aplicar o mesmo patamar de insignificância aos crimes tributários da Lei 8.137/90 e ao crime de apropriação indébita previdenciária.

Esse contexto de aplicação inadequada acarreta em insegurança jurídica ao Sistema de Justiça. Com isso, a fim de alinhamento de entendimentos, esta pesquisa afirma a importância do papel do Ministério Público e dos órgãos correicionais a fim de suscitem e articularem uma uniformização de entendimentos, como medida que respalda as competências e funções

institucionais desses órgãos, resguardando a CRFB/88 e a segurança jurídica do Sistema de Justiça.

Dessa forma, a hipótese da pesquisa foi constatada, pois a perspectiva comparada da (in)aplicação do princípio da insignificância aos crimes em estudo pelo STF, STJ e TRF1 denotou a aplicação de uma dogmática jurídico-penal inadequada frente as premissas/dogmas do ordenamento jurídico e a seletividade penal pela limitação do poder punitivo estatal aos crimes tributários (Lei 8.137/90) até o patamar de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), em detrimento de um tratamento não isonômico e contrário ao princípio democrático com a inaplicação ao crime do art. 168-A do CP, independentemente da lesão ser pífia, mesmo ambos os delitos tutelarem bem jurídico supraindividual.

Esta pesquisa conclui pela aplicação isonômica do Direito Penal frente ao princípio da insignificância, a fim de que aquele cumpra a sua função social, em detrimento da seletividade penal exposta. Discordando da escolha majoritária dos tribunais pesquisados, este trabalho defende a aplicação do princípio da insignificância ao crime de apropriação indébita previdenciário, desde que constatados e fundamentados os requisitos/vetores para aplicação de tal princípio estabelecidos na jurisprudência nacional, bem como não seja verificada a habitualidade delitiva e, por fim, que o valor apropriado indevidamente não ultrapasse o patamar de RS 1.000,00 (mil reais), isto é, o patamar de extinção dos créditos tributários o qual já foi utilizado como se observou nos acórdãos do STF, uma vez que o patamar de limitação para a execução fiscal possibilitaria a hipótese de perdão judicial, desde que verificados os requisitos do art. 168-A, § 3º do CP.

Contudo, ante a perspectiva de uma dogmática jurídico-penal adequada, reitera-se a importância de alinhamento das instâncias inferiores frente à jurisprudência do STF e STJ, a fim de articular a segurança jurídica do Sistema de Justiça nos moldes da sua estrutura e organização à luz da CRFB/88, bem como o respeito ao que determina as normas infraconstitucionais, especialmente aquelas de matéria penal.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, 1996.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 12. ed. Editora Revan. 2011.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a outra modernidade**/Ulrich Beck; tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. Editora 34, 2011. 384p.

BITENCOURT, Cezar Roberto; PRADO, Luiz. Princípios fundamentais do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, v.15, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. v. 1. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

BOSSUET, Jaques-Bénigne. Politique tirée des propres Proles de l'Escriture Sainte.(1709, oeuvre posthume) In: HACUQARD, Georges (org.). **L'oeuvre de Bossuet: extraits**. Paris: Hachette, 1953.

BURKHARDT, Björn. Dogmática penal afortunada y sin consecuencias. In: MUÑOZ CONDE, Francisco (coord.). **La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Normas de direitos fundamentais: um estudo sobre o nível das regras**. 1. ed. Editora Habitus, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 132.706. Agravante: Fernando Jacomin. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes. **Diário Oficial da União**. Brasília, 21 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 91.704-6 Paraná. Paciente: Lademir Vidor. Impetrante: César Vidro; Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Joaquim Barbosa. **Diário Oficial da União**. Brasília, 06 mai. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 98.021. Santa Catarina. Paciente: Rubens Kannenberg. Impetrante: Luciano Oliveira: Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. **Diário Oficial da União**. Brasília, 22 jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 100.004. Rio Grande do Sul. Paciente: Valdemar Pereira dos Santos. Impetrante: Defensoria Pública da União: Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ellen Gracie. **Diário Oficial da União**. Brasília, 20 out. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 102.550. Paraná. Paciente: Ademar Antonio Scaliza e outros. Impetrante: Defensoria Pública da União: Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Luiz Fux. **Diário Oficial da União**. Brasília, 20 set. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 107.041. Santa Catarina Paciente: Rainilda de Melo Mafra. Impetrante: Defensoria Pública da União: Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Dias Toffoli. **Diário Oficial da União**. Brasília, 13 set. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 107.331. Rio Grande do Sul. Paciente: Alvori Bevenhu. Impetrante: Defensoria Pública da União: Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. **Diário Oficial da União**. Brasília, 28 mai. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 110.124. São Paulo. Paciente: Herminio de Lima. Impetrante: Defensoria Pública da União. Luciano Oliveira: Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Cármen Lúcia. **Diário Oficial da União**. Brasília, 14 fev. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 117.095. São Paulo. Recorrente: Luís Antonio Tessari e outros. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. **Diário Oficial da União**. Brasília, 27 ago. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. no Habeas Corpus 134.982 São Paulo. Agravante: Soneide Lamego Vieira Barretto De Araújo e outros. Agravado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Roberto Barroso. **Diário Oficial da União**. Brasília, 09 dez. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 183.959. Agravante: Viviane Boffi Emílio. Agravado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Rosa Weber. **Diário Oficial da União**. Brasília, 15 dez. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. Ag. Int no Habeas Corpus nº 331.387 – Santa Catarina. Agravante: Marcelo Cardoso. Agravado: Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Relator: Min. Antonio Saldanha Palheiro. **Diário Oficial da União**. Brasília, 14 fev. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. Ag. Rg. no Habeas Corpus Nº 361.798 – São Paulo. Agravante: Heraida Pedroso Pimentel Lima. Agravado: Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Relator: Min. Ribeiro Dantas. **Diário Oficial da União**. Brasília, 06 fev. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. Ag. Rg no Habeas Corpus nº 549.428 Pará. Agravante: Simone Abitbol. Agravado: Ministério Público Federal. Impetrado: Tribunal de Justiça do Pará. Relator: Min. Jorge Mussi. **Diário Oficial da União**. Brasília, 19 mai. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. Ag. Int no Habeas Corpus nº 1877935 – Rio Grande do Sul. Agravante: Luiz Carlos de Pellegrini. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. **Diário Oficial da União**. Brasília, 23 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. Habeas Corpus nº 480.916 – São Paulo. Impetrante: Bruna Assef Queiroz e Souza e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Min. Antonio Saldanha Palheiro. **Diário Oficial da União**. Brasília, 11 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. Habeas Corpus nº 486.854 – Rio de Janeiro. Impetrante: Marcio Pinho Maghamez e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Relator: Min. Laurita Vaz. **Diário Oficial da União**. Brasília, 22 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. Habeas Corpus nº 535.063 – São Paulo. Paciente: Jorge Alberto Compagnoni. Impetrante: Renato Losinskas Hachul e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. **Diário Oficial da União**. Brasília, 10 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. Habeas Corpus nº 564.208 – São Paulo. Paciente: Giovanni Picolli. Impetrante: Thadeu Gopfert Weselowski e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Min. Laurita Vaz. **Diário Oficial da União**. Brasília, 03 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. Ag.Rg no Habeas Corpus nº 142255 – Minas Gerais. Agravante: Raul Adriano Alamino. Agravado: Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Relator: Min. Felix Fischer. **Diário Oficial da União**. Brasília, 13 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. Recurso em Habeas Corpus n.º 106.210 – Ceará. Recorrente: José Flávio Oliveira Gomes. Recorrido: Ministério Público do Estado do Ceará. Relator: Min. Ribeiro Dantas. **Diário Oficial da União**. Brasília, 06 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. Recurso em Habeas Corpus Nº 90.109 – Minas Gerais. Recorrente: Augusto da Cunha Campos Gonçalves. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Ribeiro Dantas. **Diário Oficial da União**. Brasília, 19 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. Recurso em Habeas Corpus Nº 119.172 – Piauí. Recorrente: João Saraiva da Silva. Recorrido: Ministério Público do Estado do Piauí. Relator: Min. Leopoldo de Arruda Raposo. **Diário Oficial da União**. Brasília, 17 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. Recurso em Habeas Corpus Nº 130.853 – São Paulo. Recorrente: Emerson Fernandes da Silva. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Nefi Cordeiro. **Diário Oficial da União**. Brasília, 20 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. Ag. Rg no Recurso Especial nº 1.832.011 – Minas Gerais. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Adilmar Gonçalves dos Santos. Relator: Min. Antonio Saldanha Palheiro. **Diário Oficial da União**. Brasília, 10 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. Ag. Rg no Recurso Especial nº 1.858.230 – Santa Catarina. Agravante: Luciano da Silva e outros. Agravado: Defensoria Pública da União. Relator: Min. Felix Fischer. **Diário Oficial da União**. Brasília, 05 mai. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. Ag. Rg no Recurso Especial nº 1.862.853 – Minas Gerais. Agravante: Pedro de Viveiros Ferreira. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. **Diário Oficial da União**. Brasília, 27 out. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Apelação Criminal n. 0002367-26.2014.4.01.3400. Apelante: Luis Joubert dos Santos Lima. Apelado: Ministério Público Federal. Relator: Juiz Federal Alexandre Franco. **Diário Oficial da União**. Brasília, 03 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Apelação Criminal n. 0001057-72.2012.4.01.3814/MG. Apelante: Arlindo Marcos Pereira. Apelado: Ministério Público Federal. Relator: Des. Federal Olindo Menezes. **Diário Oficial da União**. Minas Gerais, 16 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Apelação Criminal n.2004.38.00.024428-8/MG. Apelante: Ministério Público Federal. Agravado: Francisco Sérgio Rodrigues de Oliveira. Relatora Des. Mônica Sifuentes. **Diário Oficial da União**. Minas Gerais, 26 abr. 2019

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Apelação Criminal n.2008.38.10.001817-9/MG. Apelante: Ministério Público Federal. Agravado: Tarcísio Noronha Mendonça. Relator Des. Cândido Ribeiro. **Diário Oficial da União**. Minas Gerais, 28 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Apelação Criminal n.2009.38.10.001800-4 /MG. Apelante: Ministério Público Federal. Agravado: João Batista Rabello. Relatora Des. Mônica Sifuentes. **Diário Oficial da União**. Minas Gerais, 06 jun. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Apelação Criminal n.0031819-16.2012.4.01.3800 /MG. Apelante: Alfred Gondor Lansdowne. Agravado: Ministério Público Federal. Relator Juiz Federal Roberto Carlos de Oliveira. **Diário Oficial da União**. Minas Gerais, 19 dez 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Habeas Corpus Criminal (307) n. 1013103-57.2021.4.01.0000. Impetrante: Paulo Roberto Jacinto de Moraes Pinho. Paciente: Augusto César da Silva Teixeira. Impetrado: Ministério Público Federal. Relator. Juiz Federal Roberto Carlos de Oliveira. **Diário Oficial da União**. Brasília, 03 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Recurso em Sentido Estrito n. 0045357-88.2017.4.01.3800/MG. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Elizete Fernandes de Souza. Relator. Des. Federal Néviton Guedes. **Diário Oficial da União**. Brasília, 19 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Apelação Criminal n. 0012821-02.2013.4.01.3400. Apelante: Luis Joubert dos Santos Lima. Apelado: Ministério Público Federal. Relator. Des. Federal José Alexandre Franco. **Diário Oficial da União**. Brasília, 13 jul. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Apelação Criminal n. 2009.38.13.006376-2/MG. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: Wesley de Moura

e Hudson de Moura. Relator. Des. Federal Néviton Guedes. **Diário Oficial da União**. Brasília, 16 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Apelação Criminal n. 0004739-32.2016.4.01.3802/MG. Apelante: Carlos Pinheiro. Apelado: Ministério Público Federal. Relator. Juiz Federal Marllon Sousa. **Diário Oficial da União**. Brasília, 07 dez 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Apelação Criminal n. 0012578-44.2016.4.01.3500/GO. Apelante: Jânio Rodrigues de Oliveira. Apelante: Ministério Público Federal. Relator. Juiz Federal Saulo Casali Bahia. **Diário Oficial da União**. Brasília, 20 out. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Apelação Criminal n. 0016135-77.2014.4.01.3801/MG. Apelante: Denise Maria Barbosa Barra. Apelado: Ministério Público Federal. Relatora Des. Mônica Sifuentes. **Diário Oficial da União**. Brasília, 29 out. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Apelação Criminal n. 0052023-83.2013.4.01.3400/DF. Apelante: Anderson Rodrigues Melo da Silva. Apelado: Ministério Público Federal. Relator. Juiz Federal Pablo Zuniga Dourado. **Diário Oficial da União**. Brasília, 26 jan. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Apelação Criminal n. 0052053-21.2013.4.01.3400/DF. Apelante: Luis Joubert dos Santos Lima. Apelado: Ministério Público Federal. Relator: Juiz Federal Marllon Sousa. **Diário Oficial da União**. Brasília, 19 dez. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Apelação Criminal n. 0068902-95.2014.4.01.3800/MG. Apelante: Leide Nalva Carneiro de Castro. Apelante: Ministério Público Federal. Relator: Des. Federal Cândido Ribeiro. **Diário Oficial da União**. Brasília, 30 mar 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Apelação Criminal n. 0049547-38.2014.4.01.3400/DF. Apelante: Wanderley Vital da Silva. Apelante: Ministério Público Federal. Relator: Juiz Federal Saulo Casali Bahia. **Diário Oficial da União**. Brasília, 20 out. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Habeas corpus criminal n. 1027622-42.2018.4.01.0000. Impetrante: Estevão Ferreira de Melo e outros. Paciente: Ramon Hollerbach Cardoso. Impetrado: Ministério Público Federal. Relator: Juiz Federal Saulo Casali Bahia. **Diário Oficial da União**. Brasília, 29 jan. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal** – Parte Geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. vol. 1, 357p.

CARVALHO, Márcia Domitila de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1992.

CASSONE, Vittorio. **Direito Tributário**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

Cerqueira, Daniel **Atlas da Violência 2021** / Daniel Cerqueira et al. São Paulo: FBSP, 2021.

COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte, Mandamentos, 2003.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2021**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2022.

CORNEJO, Abel. **Teoría de La insignificancia**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1997.

COSTA, Cláudio. **Crimes de sonegação fiscal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CHAI, Cassius Guimarães. **Jurisdição Constitucional Concreta em uma Democracia de Riscos**. São Luís: Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão, 2007.

DALBORA, José Luiz Guzmán. La insignificancia: especificación y reducción valorativa em El ámbito de lo injusto típico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.4, n.14. abr/jun. 1996.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada: Quem são os traficantes de drogas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA - FBSP. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2021**. São Paulo: FBSP, 2021. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/>. Acesso em: 28 dez. 2021.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 42. ed. Imprensa: Petrópolis, Vozes 2014.

GAMBA, Cristian de Oliveira. A eficácia das audiências de custódia como mecanismo de redução do encarceramento provisório: um estudo de caso sobre a atuação da Central de Inquéritos de São Luís/MA à luz da Criminologia Crítica. 2021. 127 f. **Dissertação** (Programa de Pós-Graduação em Direito/CCSO) – Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2021.

GODOY, Regina Maria Bueno de. **A proteção de bens jurídicos como fundamento do direito penal**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP. 2018.

GOMES FILHO, Dermeval Farias. **Dogmática Penal: Fundamento e limite à construção da jurisprudência penal no Supremo Tribunal Federal**. Salvador: Editora JusPodvm, 2019.

GOMES, Luiz Flávio; BORSIO, Marcelo Fernando. **Crimes previdenciários**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. Violência e controle social formal: reflexões sobre o sistema penal no estado democrático de direito. **Revista do Direito**. Santa Cruz do Sul, v. 1, n. 57, p. 138-159, jan/abr. 2019.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. A dogmática jurídico-penal em questão possibilidades e limites no século XXI. **Teorias críticas e direito criminal**: sobre os fundamentos e a legitimação do direito de punir. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

GUADANHIN, Gustavo de Carvalho. **Princípio da insignificância**: uma análise dogmática e sua aplicação nos delitos contra a Administração pública. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2018.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. v. 1, 23. ed. Editora Impetus: Niterói, 2021.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ COND, Francisco. **Introducción a la criminalología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HOFFMANN, Henrique; FONTES, Eduardo. Sistema Único de Segurança Pública é avanço, mas precisa sair do papel. **Revista Consultor Jurídico**, set. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-25/academia-policia-sistema-unico-seguranca-publica-avanco-sair-papel>. Acesso em: 28 dez. 2021.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao código penal**. 4. ed. v. VII. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo**. Noções e Críticas. 6. ed. Editora Livraria do Advogado Editora, 2015.

JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional; tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes; Barueri, SP: Manole, 2003. (Estudos de direito penal; v. 6).

KELSEN, Hans, 1881-1973. **Teoria pura do direito** / Hans Kelsen; [tradução João Baptista Machado]. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de Direito Previdenciário**. 15. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2000.

MANÃS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente de tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos da metodologia científica**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do trabalho científico**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2018

MARTINS, Ives Gandra da Silva; CARVALHO, Paulo de Barros. **Guerra fiscal: reflexões sobre a concessão de benefícios no âmbito do ICMS**. São Paulo: Noeses, 2012.

MASI, Carlo Velho. MORAES, Voltaire de Lima. O “moderno” direito penal e a política criminal expansionista. *Sistema penal & violência*. v. 5. n. 1. Porto Alegre, jan/jun, 2013. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/index.php/sistemapenaleviolencia/issue/view/643>. Acesso em: 14 set. 2021.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. **Pesquisa social: teoria, método e criatividade**. 21. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes contra a previdência social**. São Paulo: Saraiva, 2000.

MOTTA, Renata. Risco e modernidade: uma nova teoria social. **Revista brasileira de ciências sociais**. v. 29, nº 86. 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/cQxFNZt5nWxwQ7mBtSztm7z/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 17/02/2022.

MUNÓZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Direito financeiro**. 3. ed. São Paulo: Bushatsky, 1971.

NÚÑEZ, Juan Antonio Martos. Princípios penales em El Estado social y democrático de derecho. **Revista de Derecho Penal y Criminología**. Madrid, n. 1.1991.

PAULSEN, Leandro. **Direito tributário**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PELARIN, Evandro. **Bem jurídico-penal: um debate sobre a criminalização**. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal**. 19. ed. Revistas dos Tribunais. 2021.

PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico penal e constituição**. 8. ed. São Paulo: Ed. Forense, 2018.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIBEIRO, Karla Danielle Moraes. A aplicação do princípio da insignificância. **Âmbito Jurídico**. Rio grande, XIV, n. 95. dez. 2011. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10823&revista_caderno=3. Acesso em: 14 set. 2021.

- ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**, 2. ed. 1. reimpr. Buenos Aires, Hammurabi, 2002
- SILVA, Igor Luis Pereira e. **Princípios penais**. Salvador: Jus Podivm, 2012.
- SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011.
- SINHORETTO, Jacqueline et al. **A filtragem racial na seleção policial de suspeitos: Segurança Pública e Relações Raciais**. In: Segurança Pública e Direitos. 2014.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia** [livro eletrônico] / Sérgio Salomão Shecaira. 8. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- VELOSO, Roberto Carvalho. **Crimes tributários**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- VELOSO, Roberto Carvalho. **A inexigibilidade de conduta diversa e a sua aplicação nos crimes contra a ordem tributária**. Tese (doutorado em Direito). Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2008. 226p.
- WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl et. al. **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal**. v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro - I: Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

APÊNDICE A



FORMULÁRIO PARA CATEGORIZAÇÃO

Órgão julgador: _____

Nº do processo: _____

Nome do relator: _____

Data do ementário: _____

1 – Tipo de crime

() 168-Ado CP

() 8.137/90

OBS: _____

2 – Aplicação do Princípio da Insignificância

() Sim() Não

Caso negativo, qual justificativa? _____

3 – Valor para incidência da aplicação do Princípio da Insignificância

R\$ _____

4 – Menção ao bem jurídico supraindividual

() Expressa () Tácita () Nenhuma

5 – Perfil dos recorrentes

() Defesa () Ministério Público

Pedido: _____ -

6 – Natureza das decisões

() Provimento () Parcial Provimento () Improvimento

Observação: _____

7 – Reconhece o crime 168-A como tributário?

() Sim() Não