



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

FABIANO PONCIANO DA SILVA

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CONTRABANDO DE CIGARROS

Recife, 2019

FABIANO PONCIANO DA SILVA

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CONTRABANDO DE CIGARROS

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito do Recife como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito pelo aluno Fabiano Ponciano da Silva, sob a orientação do Professor Doutor Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas.

Área de conhecimento: Direito Penal

Orientador: Prof. Dr. Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas

Recife, 2019

FABIANO PONCIANO DA SILVA

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CONTRABANDO DE CIGARROS

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito do Recife como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito pelo aluno Fabiano Ponciano da Silva, sob a orientação do Professor Doutor Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas.

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas (orientador)

Professor (a)

Professora (a)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por me conceder saúde para alcançar os meus objetivos.

Agradeço aos meus amigos e a minha família que me apoiaram em todos os momentos de minha trajetória acadêmica.

Agradeço a todos os meus professores da Faculdade de Direito do Recife, em especial ao Prof. Dr. Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas, que sempre esteve disposto a me ajudar e a me orientar nesse trabalho com muita dedicação e paciência.

Dedico à minha família, em especial ao meu filho Emanuel, que sempre me apoiou em compreender a minha ausência e cujos momentos de presença física ou imaginária me inspira e me relembra, insistentemente, que Deus é conosco.

RESUMO

O objetivo deste trabalho é analisar a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância no crime de contrabando de cigarros após a vigência lei 13.008/2014. Abordaremos os posicionamentos contrários existentes entre o MPF, que editou orientação no sentido ser possível a aplicação do princípio da insignificância no referido tipo penal, e os tribunais superiores que entendem ser inaplicável o princípio da insignificância no crime de contrabando de cigarros. Estudaremos essas controvérsias do ponto de vista doutrinário e jurisprudencial.

Palavras-chaves: Princípio da insignificância; Contrabando de cigarros; aplicação.

SUMÁRIO

1 Introdução	8
2. Breve histórico do crime de contrabando no brasil.....	10
3 O crime de contrabando na atualidade.	13
4 Os efeitos na persecução criminal no crime de contrabando após a alteração da lei 13.008/14	16
5 O princípio da insignificância: conceito, fundamentos doutrinários e jurisprudenciais.....	19
6 O princípio da insignificância no ordenamento jurídico brasileiro.....	22
7 Entendimento majoritária da não aplicação do princípio da insignificância no crime de contrabando de cigarros.....	26
8 Entendimento quanto à possibilidade de aplicação do princípio da insignificância no crime de contrabando de cigarros.....	30
Considerações.....	39
Referências	40

1 Introdução

No ordenamento jurídico brasileiro sempre existiram controvérsias sobre a aplicação do princípio da insignificância em determinados tipos penais como, por exemplo, nos crimes ambientais, crimes contra a administração pública e nos crimes militares.

Essa controvérsia embora presente, no crime de contrabando, era diminuta, uma vez que o tipo penal por se tratar, antes da vigência da lei 13.008/14, de um crime de menor potencial ofensivo, comportava outras medidas despenalizadoras pela incidência das leis 9.099/95 e 10.259/01.

Desse modo, as Leis dos Juizados Especiais serviam como uma espécie de filtro que separava os casos de arquivamento dos casos em que o MPF propunha a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta conforme art.º 76 da Lei Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Apesar de ser possível o arquivamento do inquérito policial quando a quantidade de contrabandeada de cigarros fosse inferior a 40 maços, consoante entendimento da 2ª câmara de coordenação e revisão do MPF, o arquivamento nessa hipótese era exceção.

Não obstante, existia um universo muito menor de casos que pudessem suscitar a aplicação do princípio da insignificância ainda que fosse possível ser argüida pela defesa ou pelo órgão acusador, esbarrava no posicionamento dos tribunais superiores quanto à impossibilidade de sua aplicação, entendimento este, consolidado pelo STF.

PENAL. HABEAS CORPUS. CONTRABANDO (ART. 334, CAPUT, DO CP). PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO-INCIDÊNCIA: AUSÊNCIA DE CUMULATIVIDADE DE SEUS REQUISITOS. PACIENTE REINCIDENTE. EXPRESSIVIDADE DO COMPORTAMENTO LESIVO. DELITO NÃO PURAMENTE FISCAL. TIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. ORDEM DENEGADA. 1. O princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. [...] 4. **Em se tratando de cigarro a mercadoria importada com elisão de impostos, há não apenas uma lesão ao erário e à atividade arrecadatória do Estado, mas a outros interesses públicos como a saúde e a atividade industrial internas**, configurando-se contrabando, e não descaminho. [...] (STF - HC: 100367 RS, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 09/08/2011, Primeira Turma, Data de Pú-

blicação: DJe-172 DIVULG 06-09-2011 PUBLIC 08-09-2011 EMENT VOL-02582-01 PP-00189) (*grifou-se*)

Assim, até 2014, antes da vigência da Lei 13.008/2014 a regra era aplicar a transação penal para réu primário cujo valor contrabandeado de cigarros não ultrapassasse o valor elidido de R\$ 20.000,00.

Esse valor é estipulado com base no art. 20 da lei 10.522/2002 e as posteriores atualizações feitas pelas portarias 75 e 130 do MF para o ajuizamento execuções fiscais de débito.

Quando o réu era reincidente e/ou o valor elidido era maior ao estipulado pela portaria do MF, ocorria a denúncia pelo MPF e a consequente ação penal.

Nos casos em que a quantidade de maços de cigarros fosse inferior a 40, havia a possibilidade de arquivamento do inquérito pelo MPF, consoante entendimento da 2ª câmara de coordenação e revisão do MPF.

Ocorre que a partir da vigência da Lei 13.008/14, o crime de contrabando passou a ser considerado um crime de maior potencial ofensivo, porquanto a política criminal projetou uma maior reprovabilidade social da conduta do crime de contrabando.

Desse modo, afasta-se a incidência das Leis dos juizados especiais do art. 334-A do CPB, por esse motivo há um aumento de ações penais que antes eram transacionadas e suspensas e que agora precisam ser promovidas pelo MPF face ao princípio da obrigatoriedade.

É necessário pontuar que a Lei 13.008/14 foi uma resposta legislativa ao aumento exponencial da incidência do crime de contrabando e os consequentes prejuízos aos cofres públicos, a saúde pública, a economia e ao consumidor.

Segundo Instituto de Desenvolvimento Econômico e Social de Fronteiras, apenas no que tange ao contrabando de cigarros, as perdas chegam a R\$ 6,4 bilhões por ano, essa monta compreende o valor que as indústrias deixam de lucrar por não produzir, e o valor da não tributação. (IDESF, 2015, p.10)

O aumento da demanda de ação penal imposta pela lei 13.008/14 se potencializa ainda mais pelo fato de que o contrabando, em especial o contrabando de cigarros, vem aumentando muito nos últimos anos, conforme balanço aduaneiro de 2017 da Receita Federal¹, e pode ser considerado hoje como um crime de massa.

¹ Disponível em: <<https://www.receita.fazenda.gov.br>> acesso em 15 de abr.2019.

A relação existente entre o número elevado de incidência do crime de contrabando, a limitada capacidade institucional do órgão acusador, bem como a necessidade de dar uma maior efetividade ao contrabando de vulto fez com que o MPF editasse a orientação 25/2016.

O entendimento dessa orientação estabelece a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância no crime de contrabando de cigarros, contudo vai de contra ao entendimento consolidado dos tribunais superiores.

Destarte a aplicação do princípio da insignificância, nesse tipo de delito, passa a ser única possibilidade de despenalização da conduta do contrabando, cujo resultado seria a não dilação da ação penal e a conseqüente desoneração dos recursos humanos do órgão acusador frente a sua capacidade institucional.

Nessa perspectiva a proposta do presente trabalho é analisar o princípio da insignificância no contrabando de cigarros após o advento da lei 13.008/2014 e o conflito de entendimento estabelecido pelo MPF e os tribunais superiores, para isso abordaremos temas que possam contribuir para a correta aplicação do referido princípio frente ao ordenamento jurídico brasileiro.

Inicialmente faremos uma contextualização histórica do crime de contrabando no Brasil a partir do ano de 1808 com a abertura dos portos a nação amiga até o advento da Lei 13.008/2014.

Em seguida conceituaremos o princípio da insignificância do ponto de vista doutrinário e jurisprudencial bem como a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

Ao final analisaremos a aplicação do princípio da insignificância no contrabando de cigarros, ressaltando alguns pontos divergentes entre a jurisprudência e a doutrina da qual levantaremos uma importante discussão se posicionando quanto a sua aplicabilidade.

2 Breve histórica do crime de contrabando no Brasil

O crime de contrabando não é recente no direito, conforme lição de Heleno Cláudio Fragoso (1962, p.473) “a incriminação do contrabando remonta à Antiguidade, coincidindo com o surgimento das alfândegas e o estabelecimento de privilégios e regalias para o comércio de determinados gêneros, no interesse do Estado”.

“A palavra “contrabando” tem origem latina *contra* e *banddum* definido como atravessamento dos limites territoriais com mercadorias sem o pagamento das devidas taxas estipuladas” (PRADO, 2004, p. 259).

O ideário de contrabando existe no Brasil desde os primórdios da colonização com a cobrança de Portugal do “quinto” para a exploração de produtos extraídos das terras portuguesas, (BALTHAZAR, 2005, p. 31-37).

No Brasil colônia o contrabando era tipificado nas ordenações do reino (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas) cujas penas eram extremamente duras, admitia-se, por exemplo, penas cruéis, corporais e também contra o patrimônio dos herdeiros (FRAGOSO, 2003, p.70)

A construção legislativa do crime de contrabando, no Brasil, com a conotação que se tem hoje se deu por volta do ano de 1808 quando da abertura dos portos ao comércio exterior, foi a partir dessa abertura, que surgiu a necessidade de se criar uma “lei brasileira”, no sentido de atender a demanda e as características da colônia, que reprimisse o contrabando.

Conforme resumo de Horácio S. Forte *apud* Vicente Pinto de Albuquerque nascimento (1960, p.135) o decreto 11 de junho de 1808 é a primeira lei a tratar do contrabando no Brasil de acordo com esse decreto se deveria multa igual ao valor da mercadoria apreendida em benefício dos denunciante e apreensores.

Posteriormente foi criada através do decreto de 13 de maio de 1809 a divisão Militar da Guarda Real da Polícia com o objetivo de manutenção da ordem pública² e atribuição especial reprimir o contrabando. Para tomar conhecimento dos respectivos processos, instituiu o alvará de 14 de agosto de 1809 o juízo dos contrabandos, exercido por superintendentes.

Em 16 de dezembro de 1830 tipo penal de contrabando é considerado crime contra o tesouro público e se constitui pelo ingresso ou saída de produtos proibidos, ou pelo não pagamento dos tributos³.

Esse aspecto do código criminal de 1830 demonstra que não há distinção entre as condutas de não pagar os tributos ou ingressar, ou sair do país com produtos pro-

² ALMEIDA, Felipe. Divisão Militar da Guarda Real da Polícia do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://mapa.an.gov.br/index.php/menu-de-categorias-2/313-divisao-militar-da-guarda-real-da-policia-1822->1831>> acesso em 14/10/2018.

³ BRASIL. Código Criminal do Império do Brasil de 16 de dez. 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm> acesso em 10/10/2018.

ibidos, de modo que a união das condutas no mesmo tipo penal irá permanecer até 2014.

Vale ressaltar que antes dessa alteração em 2014, no código penal de 1940 ocorreu a distinção das condutas de contrabando e descaminho, contudo, permanecendo no mesmo artigo e com penas idênticas.

Posteriormente em 1890 o crime de contrabando foi equiparado ao crime de moeda falsa.

No código criminal de 1890 o crime de contrabando, disposto no título VI dos crimes contra o tesouro público, e propriedade pública, foi equiparado, para todos os efeitos legais, ao crime de moeda falsa, passando a conduta a ser inafiançável, sujeito à prisão e as penalidades estabelecidas pelos regulamentos aduaneiros (ALBUQUERQUE NASCIMENTO, 1960, p.138).

Em 1932 com a consolidação das Leis Penais o contrabando era disposto no título VII dos crimes contra a fazenda pública omitindo-se o termo propriedade pública e corrigindo a redundância presente no título VI código criminal de 1890.

Além da mudança disposta no título, houve também algumas alterações substanciais no tipo penal já que foram acrescidas condutas específicas como, por exemplo: importar e falsificar rótulos que se prestem à fabricação de bebidas e quaisquer outros produtos nacionais, como se fossem estrangeiros, entre outras condutas⁴.

A ampliação da incidência penal trazida pelo código penal de 1932 representa uma política criminal de maior repressão, entretanto as condutas relativas à entrada e saída de produtos proibidos e a conduta de não recolher o imposto devido à fazenda pública no todo ou em parte, quando da importação e exportação de produtos, permanecem no mesmo tipo penal e com a mesma pena, prisão de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

É, no código penal de 1940 que surge pela primeira vez o termo descaminho para designar a conduta de iludir, no todo ou em parte, o pagamento de imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria, diferenciado com isso da conduta de contrabando que é importar ou exportar produtos proibidos.

As penas relativas aos dois tipos penais são as mesmas 1(um) a 4 (quatro) anos de prisão e com idêntica majoração, prevista no § 3º do art. 334 do código pe-

⁴BRASIL. Consolidação das leis penais. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/Dominio Publico/72115/pdf/72115.pdf>> acesso em 10/10/2018.

nal de 1940⁵, quando a conduta é praticada em transporte aéreo.

O tipo penal ficou inalterado até o advento da Lei 4.729 de 14 de julho de 1965, que em seu artigo 5^a, alterou a estrutura do artigo 334 do CP e nesses moldes permaneceu até a mais recente alteração, com a edição da lei 13.008/14.

3 O crime de contrabando na atualidade

Na atualidade o contrabando constitui crime grande incidência, na tentativa de frear o aumento dessa incidência criminal e diminuir o prejuízo financeiro ao país, em 2014 entrou em vigor a Lei n.º 13.008, que alterou o Art. 334 do Código Penal, corrigindo o “equívoco” anterior que colocavam no mesmo artigo dois tipos penais distintos, o contrabando e o descaminho, aumentando a pena que antes era de 1 (um) a 4 (quatro) anos de prisão para 2 (dois) a 5 (cinco) anos de prisão.

Sendo assim, o crime de contrabando passa a ser considerado um crime de alto potencial ofensivo já que a pena máxima é superior a 2 (dois) anos.

O projeto de Lei n.º 653/2011, que alterou o crime de contrabando, pauta-se sobre a justificativa que o referido crime contribui com o aumento do crime organizado e prejudica a economia nacional, e a saúde pública.

Conforme entendimento do proponente do projeto de lei⁶ o deputado Efraim Filho:

O contrabando e o descaminho são causa de desequilíbrios nos mais diversos setores da sociedade, produzindo e impulsionando desemprego e violência à medida que impede a criação de milhões de empregos por ano e prejudica a economia formal. Além disso, representa concorrência desleal em relação às empresas e indústrias que honestamente recolhem em dia seus tributos e encargos sociais. Contribui para o crescimento do crime organizado, financia o terrorismo, alavanca o desemprego, provoca o fechamento de empresas nacionais, a perda de arrecadação, **eleva o risco à saúde pública (na composição do cigarro paraguaio, por exemplo, estão presentes diversos componentes malignos à saúde do consumidor, dentre os quais plásticos e inseticidas proibidos no Brasil há mais de 20 anos, por serem cancerígenos. (grifou-se)**

⁵BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm> acesso em 14/10/2018.

⁶BRASIL. Câmara dos deputados. Projeto de Lei Complementar 643, de 2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=494004>> acesso em 30/04/2017

Ainda Segundo o relator do projeto de lei 643/2011, o benefício da transação penal contribuiu para o aumento do crime de contrabando, por esse motivo o referido projeto é fundamentado na ampliação da pena e no afastamento da incidência da lei 9099/95.

Assim escreve Efraim Filho⁷:

O advento da Lei nº 9.099/1995 trouxe, em seu art. 89, o instituto despenalizador da suspensão condicional do processo aos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano. Embora a medida tenha representado uma positiva mudança quanto às políticas criminais de descarcerização e despenalização, em contrapartida provocou o arrefecimento da política de combate ao contrabando e o descaminho e o consequente recrudescimento dessa modalidade de crime.

Vale ressaltar que o projeto de lei 643/2011, também pretendia alterar a pena do crime de descaminho, contudo sofreu veto através de uma emenda na comissão de constituição e justiça e cidadania com a justificativa que, observados os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, o bem jurídico tutelado, aliado ao reconhecimento, pelos tribunais, da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância no crime de descaminho, não seria necessário o aumento da pena.

Ao final além do incremento da pena base do crime de contrabando também houve mudanças na majoração do delito que antes ocorria apenas se o contrabando fosse realizado em transporte aéreo agora também há majoração em dobro para o contrabando realizado por transporte marítimo ou fluvial conforme §3º do art. 334-A do CPB. Com efeito, a pena do crime de contrabando nessas modalidades pode chegar de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.

Também houve a inclusão das condutas de “importa ou exporta clandestinamente mercadoria que dependa de registro, análise ou autorização de órgão público competente” e “reinserir no território nacional mercadoria brasileira destinada à exportação”, incisos II e III do art. 334-A do CPB, respectivamente.

A mudança por qual passou a tipificação penal do crime de contrabando trará importantes efeitos na persecução criminal, contudo nesse momento, antes de analisarmos esses efeitos, se faz necessário compreendermos a atual estrutura dogmática do referido tipo penal.

⁷BRASIL. Câmara dos deputados. Projeto de Lei Complementar 643, de 2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=494004>> acesso em 30/04/2017

O crime de contrabando se encontra topograficamente localizado título XI dos crimes contra a administração pública, capítulo II dos crimes praticados por particular contra administração em geral, no art., 334-A⁸ do CPB. *In verbis*:

Importar ou exportar mercadoria proibida: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem:

I - pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando;

II - importa ou exporta clandestinamente mercadoria que dependa de registro, análise ou autorização de órgão público competente;

III - reinsere no território nacional mercadoria brasileira destinada à exportação;

IV - vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira;

V - adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira.

§ 2º Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências.

§ 3º A pena aplica-se em dobro se o crime de contrabando é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial. (BRASIL, 2014, não paginado)

O contrabando, conforme lição de Paulsen (2018, p. 114)

“Viola diretamente o controle das importações e das exportações. Esse é o bem jurídico tutelado diretamente e que sempre restará violado pelas condutas típicas [...] Efetivamente, as razões que motivam a decisão administrativa de proibição de ingresso ou de saída dos produtos dizem respeito ora à saúde pública, ora à segurança, ora à política econômica e assim por diante”.

A consumação do crime de contrabando ocorre com a simples entrada da mercadoria proibida no território nacional, independente de qualquer destinação. O contrabando é crime comum e o seu objeto pode ser: o pescado, o combustível, a arma de brinquedo, o veículo usado, a aeronave introduzida clandestinamente no Brasil, à embarcação estrangeira com fim de nacionalização estrangeira, os pneumáticos usados, as sementes de soja, a carne importada clandestinamente e os cigarros. (BALTAZAR JUNIOR, 2017 p.383-384)

Dentre os produtos proibidos de importação prevalece o entendimento jurisprudencial que não se aplica o princípio da insignificância ao contrabando de cigarros;

⁸ Artigo acrescido pela Lei nº 13.008, de 26/6/2014.

equipamentos utilizados para a prática de jogos proibidos; produtos de origem animal; arma de brinquedo e sementes. (*Id. Ibid* p.386)

O crime de contrabando é pluriofensivo e comportam diferentes análises do ponto de vista de sua incidência criminal uma vez que a depender do produto contrabandeado o bem jurídico tutelado pode ser diferente, contudo, permanece em comum, independentemente do produto, a violação ao controle das importações e exportações (PAULSEN, 2018, p.114.)

O contrabando, por depender de outra norma que definam os produtos e ou mercadorias proibidas de ingresso no Brasil é norma penal em branco, como bem observa (*Id. Ibid*, p.115)

O tipo de contrabando consubstancia norma penal em branco, que só configura mediante a concorrência de outra norma, frequentemente, de caráter infralegal, de que decorra a proibição de importação e /ou de exportação de determinada mercadoria ou que submeta tais operações ao registro, à análise ou à autorização pelas autoridades.

Ademais, se percebe que a intenção do legislador foi aumentar persecução penal do crime de contrabando e que as alterações no crime de contrabando vão trazer uma série de consequências para a persecução penal como, por exemplo, a possibilidade de decretação da prisão preventiva entre outras.

4 Os efeitos na persecução criminal no crime de contrabando após a alteração da lei 13.008/14

No que tange aos reflexos para a persecução criminal do crime de contrabando, podemos destacar as mais importantes, como por exemplo: passa-se a admitir prisão preventiva (o que antes só cabia em hipóteses excepcionais) e o prazo prescricional passa de 08 (oito) para 12 (doze) anos (Art. 109, III do CP).

Não cabe mais a fiança extrajudicial, aplicado pela autoridade policial a crimes cuja pena privativa máxima não seja superior a 4 (quatro) anos conforme art. Art. 322 do CPPB.

Também, afasta-se a incidência da Lei n.º 9.099/95, ressalte-se que este é o principal efeito da alteração do crime de contrabando e foi um dos principais motivos do projeto de lei, já que nos debates de propositura da lei, uma das justificativas le-

vantadas foi de que os Juizados Especiais provocaram o arrefecimento da política de combate ao contrabando e o descaminho, e conseqüentemente o recrudescimento dessa modalidade de crime, uma vez que a pena mínima de um ano permitia o seu enquadramento nos benefícios concedidos pelo diploma legal citado⁹.

Quanto ao trabalho do MPF, principal órgão de atuação criminal no combate ao crime de contrabando, as alterações trazidas pela Lei n.º 13.008/14 trouxe reflexos negativos para a persecução criminal em especial para o contrabando de cigarros uma vez que essa conduta é a de maior incidência. Conforme o IDESF 67% do total de produtos contrabandeados que entra no Brasil é de cigarros¹⁰.

Conforme dados da receita federal:

A apreensão de mercadorias irregulares nos portos, aeroportos e pontos de fronteira tem crescido sistematicamente. Ao longo dos últimos anos, saindo de um montante anual de cerca de R\$ 1,27 bilhões no ano de 2010 para R\$ 2,30 bilhões no ano de 2017, [...]. A apreensão de mercadorias em 2017 representou recorde da série histórica. Também as apreensões de cigarros só fizeram aumentar nos últimos anos. Segundo o balanço aduaneiro da receita federal do ano de 2017 o número de apreensões de cigarros e similares subiu 18,71% em relação ao ano de 2016. (BRASIL, 2017, não paginado)

Some-se a isso o fato que o MPF não pode mais oferecer a suspensão do processo com base no Art.89 da Lei n.º 9.099/95, de modo que toda a conduta que se enquadre no tipo de contrabando deverá a ação penal, a priori, ser instruída até o final do processo.

Isso ocorre porque o MPF, em tese, pelo princípio da obrigatoriedade, é obrigado a promover a ação penal mesmo que haja desinteresse na condenação do acusado, que é primário e contrabandeou pequena quantidade de cigarros.

A exceção ao princípio da obrigatoriedade demanda prova robusta da ocorrência de algumas das hipóteses previstas nos arts. º 20 a 28, CP, ou o dever de obediência às eventuais determinações reitoras da política criminal como o reconhecimento desde logo do princípio da insignificância (PACELI, 2016, p. 29-30).

Ressalte-se que ao tratar do contrabando de cigarros, a política criminal reitoria é averso a aplicação do princípio da insignificância ao contrabando de cigarros, mesmo assim muitos procuradores tendiam a pedir arquivamento do processo com

⁹ BRASIL. Câmara dos deputados. Projeto de Lei Complementar 643, de 2011. Texto de justificativa do Projeto de Lei n.º 643, de 2011. Disponível em < www.camara.gov.br > acesso em: 30/04/2017.

¹⁰Disponível em: <http://www.idesf.org.br/> acesso em: 17/10/2018.

base nesse princípio, tese veementemente rechaçada pela jurisprudência consolidada, consoante entendimento do julgado abaixo colacionado:

No crime de contrabando, é imperioso afastar o princípio da insignificância, na medida em que o bem jurídico tutelado não tem caráter exclusivamente patrimonial, pois envolve a vontade estatal de controlar a entrada de determinado produto em prol da segurança e da saúde pública.” (STJ. AgRg no REsp 1479836/RS, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 18/08/2016, DJe 24/08/2016).

Antes da alteração imposta pela lei 13.008/2014, para fins de descriminalização, e aplicação da transação penal, apenas se observava, no caso em concreto, a reincidência do autor e o valor do produto contrabandeado e se caso esse valor fosse inferior ao estabelecido pela lei art. 20 da Lei 10.522/2002, com as atualizações feitas pelas Portarias 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda.

A possibilidade de descriminalização deveria ser teoricamente mais restrita, frente ao entendimento legislativo que atribuiu uma maior proteção ao bem jurídico tutelado aumentando a pena do crime de contrabando para 2 a 5 anos.

Contudo o MPF, na contramão da política criminal passou a fazer sistematicamente o que não fazia, quando a pena do crime de contrabando era de 1(um) a 4(quatro) anos, salvo algumas exceções.

O MPF passou a partir da orientação 25/2016 do MPF, a aplicar o princípio da insignificância no arquivamento dos inquéritos, fulminando a ação penal e ocasionando efeito contrario ao pretendido pela política criminal ao editar a lei 13.008/14.

Atualmente a aplicação do princípio da insignificância no crime de contrabando de cigarros se apresenta com uma realidade crescente o que demonstra um contrasenso jurídico uma vez que vai de contra ao caráter teleológico da lei 13.008/2014, que era a de aumentar a repressão.

Diante deste quadro tentaremos, nos capítulos seguintes, conceituar o princípio da insignificância e, posteriormente, através da análise doutrinária e jurisprudencial entender os meandros que levam a se posicionamentos diferentes entre o MPF e a Jurisprudência consolidada quanto à aplicação do princípio da insignificância no crime de contrabando de cigarros.

5 O princípio da insignificância: conceito, fundamentos doutrinários e jurisprudenciais

Os princípios devem ser entendidos como normas basilares de um ordenamento jurídico. Para Alexy (1993, p. 86) “os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível. Dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”.

De acordo com Humberto Ávila (2014, p.58) os princípios são “deveres de otimização aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades normativas e fáticas: normativas, porque a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem; fáticas, porque o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante dos fatos (...)”

Em relação ao princípio da insignificância, definir a sua origem histórica não é tarefa fácil uma vez que não há uma unicidade de fonte, restando não pacificado o seu surgimento.

O brocardo romano *minima non curat praetor* (o juiz não deve cuidar de questões mínimas), sugeri uma origem romana, contudo segundo Guzmán Dalbora (1996, p. 41-82) 1996 “a referida expressão não consta no *Corpus iuris Civilis*, e por isso foram, possivelmente, os humanistas do renascimento os responsáveis por cunhar o brocardo, cujo campo de atuação foi mais pujante no Direito Privado, menos avesso a interferências políticas, do que no Direito penal”.

Não podemos deixar de apontar, conforme lição de Ivan Luiz Silva, (2011, p.93) que existem autores como Carrara, Von Liszt e Zaffaroni que acreditam que o Princípio da Insignificância tem origem no direito romano.

Ademais o princípio da insignificância se relaciona com outros princípios do direito penal como, por exemplo, o da intervenção mínima, da fragmentariedade, da proporcionalidade e em especial com o princípio da lesividade.

Por conta desse relacionamento com outros princípios existem posicionamentos doutrinários de que o princípio da insignificância não é um princípio em si, mas o resultado da aplicação do princípio da lesividade.

[...] a insignificância é um resultado negativo da concretização do princípio da lesividade, o qual se actualiza (*sic*) por meio da operacionalização do critério da proporcionalidade, mais especificamente, mediante o subcritério da

necessidade [...] A insignificância não é um princípio, porque não passa de um resultado da aplicação do princípio da lesividade. “Dizer que uma norma jurídico-penal não pode se justificar frente a condutas cuja ofensividade é irrisória ou inexistente é apenas uma forma parcial, fragmentária e negativa de expressar o princípio da lesividade”. (REIS, 2016, p.116)

Apesar desses entendimentos divergentes o ordenamento jurídico brasileiro considera o princípio da insignificância um verdadeiro princípio uma vez que a construção da doutrina e da jurisprudência brasileira lhe configurou desse modo, estando assim, pacificado, quanto a sua natureza principiológica.

O Princípio da insignificância pode ser conceituado, conforme Diomar Ackel Filho (1998, p.72-77) “com aquele que permite infirmar a tipicidade de fatos que, por sua inexpressividade, constituem ações de bagatela, despidas de reprovabilidade, de modo a não merecerem valoração da norma penal, exsurto, pois, como irrelevantes. A tais ações, falta o juízo de censura penal”.

Para Francisco de Assis Toledo, (1994, p.61) O princípio da insignificância tem a ver com a gradação qualitativa do injusto, permitido que o fato seja excluído da tipicidade penal.

A gradação quantitativa e qualitativa do delito permite que o fato penalmente insignificante seja excluído da tipicidade penal, mas pode receber tratamento adequado, se necessário, como ilícito civil ou administrativo, por exemplo, quando assim exigirem os preceitos legais ou regulamentares extra penais. (*Id. Ibid*).

O mesmo autor entende que os princípios da adequação social e da insignificância se completam e se ajustam à concepção material do tipo de injusto, “pelo princípio da insignificância, o direito penal só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas”. (*Id. p. 133*)

O princípio da adequação social foi concebido por Hans Welzel no início do século XX em seu “*studien zum system strafrecht*”, para Welzl a adequação social é um princípio geral de interpretação da norma penal que procura estabelecer uma relação de atualização da norma incriminadora sob a ótica da relevância social e desvalor do comportamento.

Segundo Welzel, *apud* (BITENCOURT, 2010, p.49) o Direito Penal tipifica somente condutas que tenham certa relevância social; caso contrário, não poderiam ser delitos.

Deduz-se, conseqüentemente, que há condutas que por sua “adequação social” não podem ser consideradas criminosas. Em outros termos, segundo esta teoria,

as condutas que se consideram “socialmente adequadas” não podem constituir delitos por isso, não se revestem de tipicidade.

Ocorre que o princípio da adequação social é de difícil aplicação por isso o entendimento doutrinário dominante é de que a adequação social se trata apenas de um princípio geral de interpretação.

Para Jescheck, *apud* BITENCOURT (2018 p.59) “a ideia da adequação social resulta, no entanto, num critério inútil para restringir os tipos penais, quando as regras usuais de interpretação possibilitam a sua delimitação correta”.

Esta dificuldade em criar mecanismo de limitação da incidência penal às lesões relevantes ao direito penal forçou a criação de outros mecanismos de direito que pudessem ter segurança quanto à aplicação e compatíveis com a função e os demais princípios do direito penal.

É nessa perspectiva que Claus Roxin em 1964, na tentativa de superar a dificuldade de aplicação do princípio da adequação social, propôs a introdução de outro princípio no sistema penal para a determinação do injusto, que atuaria igualmente como regra auxiliar de interpretação.

Este princípio é denominado princípio da insignificância, que permite, na maioria dos tipos, excluírem os danos de pouca importância.

Claus Roxin foi o primeiro teórico a tratar, de forma autônoma no sistema penal, do princípio da insignificância cuja função era de realização dos objetivos sociais definidos pela política criminal moderna, afastando a tipicidade material, quando a lesão for ínfima, em razão da conduta legal descrita.

Conforme lição Guadanhin (2018. p.24).

[...] deve-se reconhecer que o primeiro a realmente identificar o princípio da insignificância (*Geringfügigkeitsprinzip*) como um instituto autônomo de Direito Penal foi Roxin, em artigo publicado originalmente em 1964, depois retomado o tema em uma conferência ministrada em 13 de maio de 1970, em Berlim.

Apesar de existirem teorias que defendam a análise do referido princípio sobre outros aspectos do delito, é na tipicidade que majoritariamente ocorre essa análise, cuja aplicação é condicionada a ausência da tipicidade material.

A ausência de tipicidade material ocorre quando a lesividade ao bem jurídico tutelado não é suficiente para incidência do direito penal *ultima ratio*, podendo contudo, incidir outros ramos do direito como, por exemplo, administrativo, civil, etc.

Com efeito, a conduta tida como penalmente insignificante leva à obrigatória consideração de atipicidade do ato.

A jurisprudência pátria vem exigindo, além do desvalor do resultado ou mesmo da ação, outras circunstâncias para a aplicação do referido princípio entre elas o desvalor da culpabilidade do agente (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos do crime, consequências, circunstâncias, etc., nos termos do art.º 59 do C.P.).

Desse modo existem duas variantes de análise do princípio da insignificância, a ínfima lesão ao bem jurídico que é realizado pela análise do desvalor da ação e do resultado e as circunstâncias judiciais como, por exemplo, a reincidência.

Esse modo de análise para a aplicação do princípio da insignificância é o mais aceito e operado pela jurisprudência, contudo não são imunes as críticas, a quem entenda, como por exemplo, Ivan Luiz Soares (2011, p.169) que mesmo na ocorrência da reincidência do autor a lesão ao bem jurídico será , já que para ele a culpabilidade, por se referir à reprovabilidade jurídica do autor do injusto penal, não compõe o campo de análise da insignificância penal.

Não obstante prevalecem os fundamentos de aplicação do princípio da insignificância que tendem a considerar as circunstâncias desfavoráveis ao agente como causas que afastam a aplicação do Princípio da Insignificância no caso concreto, pois excluem o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento.

Nesse sentido, o Relator Ministro Dias Toffoli, no Habeas Corpus 108079/MG: Ressalto que não desconheço a existência de precedentes na Corte segundo os quais não há que se ponderar o aspecto subjetivo para a configuração do postulado da insignificância, pautado em circunstâncias objetivas do caso concreto (HC n. 102.080/MS, Segunda Turma, DJe de 25/10/2010; e RE n. 536.486/RS, Segunda Turma, DJe de 19/9/2008, ambos de relatoria da Ministra Ellen Gracie).

6 O princípio da insignificância no ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil, o Princípio da Insignificância surgiu como resposta do poder judiciário a criminalidade de massa e a caótica situação do sistema penitenciário, cuja construção jurisprudencial e doutrinária teve início a partir dos anos 80.

Conforme lição de (GUADANHIN 2018, p. 94) “É possível localizar seu uso jurisprudencial na década de 1980, ao passo que o primeiro escrito doutrinário de relevo foi publicado em 1982, por Toledo, seguido de importante artigo de Sanguiné, e por uma monografia de Vico Mañas já em 1990”.

A construção doutrinária e jurisprudencial passou a ser a principal fundamentação do princípio da insignificância no Brasil, mesmo após a constituição de 1988, tendo em vista que não há, a princípio, norma expressa no texto constitucional, apesar de existirem norma expressas em outros dispositivos que permitem a sua aplicação como, por exemplo: o caput do art. 59 do CPB¹¹; o art.º 209 § 6.^{o12} e o art.º 240, § 1.^o ¹³ ambos do CPM.

Contudo, independentemente da pacificação doutrinária quanto ao fato de haver normas expressas ou não, o princípio da insignificância foi assimilado como um verdadeiro princípio.

Essa assimilação teve a peculiaridade da vanguarda jurisprudencial cujo resultado “ocasionou a inserção, dentro do princípio da insignificância, de fatores outros que não o ínfimo grau de exposição a que foi submetido o bem jurídico penalmente tutelado”, (GUADANHIM, 2018, p.94).

Observe o seguinte julgado exarado pelo STF:

O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. (HC-84.412/SP Rel. Min. Celso de Melo, 2ª Turma, julgado em 19/10/2004, DJ, 19/11/2004.

Dos quatro vetores criados pela jurisprudência para a aplicação do princípio da insignificância três estão relacionados com a conduta do autor e pertencem ao campo da culpabilidade e apenas um e relacionado com a lesão jurídica, campo da tipicidade, a consequência disso é a dificuldade da uniformização da jurisprudência já

¹¹ “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”

¹² “No caso de lesões levíssimas, o juiz pode considerar a infração somente como disciplinar”

¹³ “Se o agente é primário e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou considerar a infração como disciplinar

que a análise dos vetores relacionados ao autor ocorre de maneira diversa.

Vejamos dois julgados do STF:

EMENTA: DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ANTECEDENTES CRIMINAIS. ORDEM CONCEDIDA. 1. A questão de direito tratada neste writ, consoante a tese exposta pela impetrante na petição inicial, é a suposta atipicidade da conduta realizada pelo paciente com base no princípio da insignificância. [...] **O comportamento passa a ser considerado irrelevante sob a perspectiva do Direito Penal diante da ausência de ofensa ao bem jurídico protegido.** [...] No presente caso, considero que tais vetores se fazem simultaneamente presentes. Consoante o critério da tipicidade material (e não apenas formal), excluem-se os fatos e comportamentos reconhecidos como de bagatela, nos quais tem perfeita aplicação o princípio da insignificância. O critério da tipicidade material deverá levar em consideração a importância do bem jurídico possivelmente atingido no caso concreto. 5. Não há que se ponderar o aspecto subjetivo para a configuração do princípio da insignificância. Precedentes. 6. Habeas Corpus concedido. (HC 102080/MS, Rel. Min. Helen Gracie, 2ª Turma, julgado em 05/10/2010, DJe 25/10/2010). *(grifou-se)*

Contudo, o mesmo tribunal adotou entendimento diferente a respeito da reincidência criminal para fins de aplicação do princípio da insignificância.

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. FURTO E TENTATIVA DE FURTO. ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: INVIABILIDADE. NOTÍCIA DA PRÁTICA DE VÁRIOS OUTROS DELITOS PELO PACIENTE. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A tipicidade penal não pode ser percebida como o trivial exercício de adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade, é necessária uma análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, no sentido de se verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado. [...] O grande número de anotações criminais na folha de antecedentes do Paciente e a notícia de que ele teria praticado novos furtos, após ter-lhe sido concedida liberdade provisória nos autos da impugnação ora analisados, evidenciam comportamento reprovável. 4. O criminoso contumaz, mesmo que pratique crimes de pequena monta, não pode ser tratado pelo sistema penal como se tivesse praticado condutas irrelevantes [...]. 5. O princípio da insignificância não pode ser acolhido para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de conduta ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. **Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido a sua reprovabilidade, perdem a característica da bagatela** e devem se submeter ao direito penal. 6. Ordem denegada (HC 102088/RS, Rel. Min. Carmen Lúcia, 1ª Turma, julgado em 06/04/2010, DJe 21/05/2010). *(grifou-se)*

As divergências demonstram não só a dificuldade em aplicar o referido princípio, mas a constatação de que modelo brasileiro de aplicação do princípio da insignificância ainda não conseguiu uniformizar as decisões que versem sobre a temática.

Com efeito, esse modelo de aplicação proposto pelo STF comportam serias críticas. PANOEIRO e CHEKER (2012, p.16), por exemplo, entende que tais vetores deixam o reconhecimento da insignificância mais a critério da concepção individual de cada julgador sobre o que é justo ou não.

Sobre a atuação dos tribunais superiores ressaltam esses autores: (*idem*, 2012, p.16)

Os Tribunais, entretanto, têm feito incidir o princípio da insignificância com critérios um pouco subjetivos, ainda que declarem o contrário, ou seja, a existência de critérios objetivos. A consequência dessa falta de balizas é a abertura de um grande espaço interpretativo (muitas vezes sem racionalidade e/ou sistematicidade alguma) a cada julgador, que passa a buscar a “justiça do caso concreto”

A palavra vetor tem origem latina *vector* e possui diversos significados a depender do contexto que é empregado no âmbito jurisprudencial o significado que melhor define a palavra vetor é direção, nesse sentido os vetores de aplicação do princípio da insignificância apontam para uma direção a ser seguido pelo julgador.

De modo que se o critério de aplicação dos vetores fossem efetivos no apontamento da direção não seria possível existir entendimentos tão diferentes na aplicação do princípio da insignificância no crime de contrabando.

O STJ, por exemplo, entende que é possível a aplicação do princípio da insignificância no crime contrabando de medicamentos em pequena quantidade e nega taxativamente essa mesma aplicação ao crime contrabando de cigarros mesmo em pequena quantidade.

Acrescente-se que os bens jurídicos tutelados presentes nos dois tipos penais têm bastante similitude, pois em ambos há tutela à saúde pública, ao controle das importações e ao erário.

Logo a aplicação dos vetores não representa a melhor opção para garantir a segurança jurídica das decisões, já que a margem de interpretação faz pender o fiel da balança de acordo com o desejo do julgador e em desconformidade com o sistema jurídico penal vigente.

É necessária uma reformulação desse modelo de vetores para atender as demandas Judiciais atuais e diminuir a desuniformidade das decisões que versem sobre a aplicação do princípio da insignificância.

7 Entendimento majoritário da não aplicação do princípio da insignificância no crime de contrabando de cigarros.

No que tange o crime de contrabando de cigarros o entendimento que prevalece nos tribunais superiores é no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância.

Em pesquisa jurisprudencial livre através do site da justiça federal denominado jurisprudência unificada¹⁴ foi realizada a consulta com as seguintes palavras contrabando, cigarros, insignificância.

Primeiro foi aplicado esse critério apenas aos julgados do STF, o resultado da busca retornou 17 julgados, desse universo de julgados houve unanimidade quanto à inaplicabilidade do princípio da insignificância no crime de contrabando de cigarros cujo argumento central é que a conduta além de lesionar o erário, lesiona também a saúde pública, a atividade industrial e os valores ético-jurídicos.

Posteriormente esse parâmetro de consulta foi aplicado apenas a base de dados do STJ de modo que retornou 97 julgados e os argumentos para inaplicabilidade se alinharam ao entendimento do STF.

Destarte existe um entendimento sólido e pacificado nos tribunais superiores de que não se aplica o princípio da insignificância no contrabando de cigarros, contudo como veremos adiante, o princípio da insignificância vem sendo aplicado ao referido crime em nível de concretização administrativa pelo MPF.

O hiato que existe entre esses dois entendimentos diz respeito à maneira como é analisada o bem jurídico saúde pública já que em hipótese alguma é afastado nos tribunais superiores, salvo raríssima exceção no crime de contrabando de medicamentos para uso próprio.¹⁵

¹⁴ Disponível em : <<https://www2.cjf.jus.br>> acesso em: 04/02/2019

¹⁵ Ver: Agravo Regimental no Recurso Especial STJ – 1572314. Relator: Reynaldo Soares da Fonseca. DJE DATA: 10/02/2017 e AGRESP - Agravo Regimental no Recurso Especial STJ – 1706471 Relator: Joel Ilan Paciornik. DJE DATA: 04/04/2018. Disponível em: www.stj.jus.br acesso em: 18/10/2018

De modo contrário o MPF vem relativizando a lesividade a esse bem jurídico. Nesse diapasão, analisaremos o bem jurídico saúde pública no que tange o contrabando de cigarros

Conforme César Dario Mariano da Silva (2016, p.50) “a saúde pública é bem difuso, mas perceptível concretamente”. A constituição da República versa sobre o tema saúde no art. 6 e entre os arts. 196 ao 200, no âmbito do Direito penal a tutela a saúde esta presente no código penal no Título I dos crimes contra pessoa, em seu aspecto individual, e no Título VIII, capítulo III, dos arts.º 267 ao 285 em seu aspecto coletivo, e também em legislações esparsas como o código de defesa do consumidor, por exemplo.

A despeito da diferença de amplitude entre a saúde individual e a saúde pública e importante anotar a lição de Carrara *apud* Fernando Capez (2018, não paginado).

“O vaso d'água destinado a um só, o ar do meu aposento, o alimento que para mim só é preparado, serão objetos de um direito que me é exclusivo. Mas, se se tem em conta o ar que circunda uma coletividade de pessoas, a água que a todos é destinada para desalteração da sede, os víveres expostos à venda em público, de modo que possam vir a ser alimento de indeterminado número de consociados, é manifesto que em tais condições o ar, a água e os víveres tornam-se objeto de um direito social, atinente a cada um dos consociados, bem como a coletividade.

Para os tribunais superiores o contrabando de cigarros sempre lesiona à saúde pública em seu aspecto difuso, mesmo que o produto seja para consumo individual próprio e representa conduta de alta ofensividade do agente e por esse motivo sua ocorrência nunca será ínfima de modo que não há análise da quantidade de cigarros contrabandeados apenas a subsunção do fato a norma já é suficiente para concretizar a tipicidade material da conduta e a incriminação.

Nesse sentido colacionamos o julgado abaixo em que se nega o afastamento da tipicidade material frente ao contrabando de 14 maços de cigarros.

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPORTAÇÃO DE PRODUTO DE PROIBIÇÃO RELATIVA. CIGARRO. CONTRABANDO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA COM BASE NO VALOR DA EVASÃO FISCAL. INAPLICABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Em sede de contrabando, ou seja, importação ou exportação de mercadoria proibida, em que, para além da sonegação tributária há lesão à moral, higiene, segurança e saúde pública, não há como excluir a tipicidade material tão-somente à vista do va-

lor da evasão fiscal, ainda que eventualmente possível, em tese, a exclusão do crime, mas em face da mínima lesão provocada ao bem jurídico ali tutelado, gize-se, a moral, saúde, higiene e segurança pública. 2. Não tem aplicação o princípio da insignificância na hipótese de contrabando de produto de proibição relativa em quantidade suficientemente expressiva para afastar a lesividade mínima à saúde pública **(14 maços de cigarros de origem estrangeira)**. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ – AgRg no Resp: 1324990 MG 2012/0105509-1, Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Data de julgamento: 11/03/2014. T6 - Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 28/03/2014) (Grifou-se)

Soma-se a isso que o STJ em novembro de 2017 editou a sumula 599¹⁶, que estabelece que o princípio da insignificância seja inaplicável aos crimes contra a administração pública de modo a restringir ainda mais a sua aplicação.

Para o entendimento majoritário além dos impedimentos de natureza jurisprudencial, analisados a cima, existem outros óbices de natureza legal para a aplicação do princípio d insignificância ao contrabando de cigarros, especificamente.

Quando se trata de cigarros existe uma série de restrições que visam não só o controle da qualidade do produto bem como um rigoroso controle das exportações, por exemplo, a Lei n. 9.532/97 arts. ° 44 e s, regulamentada pela IN 770/2007, exigem o registro da empresa importadora e prévia autorização da Receita Federal para importação de cigarros.

Esse controle ocorre não só por questões econômicas, mas também pelo fato do Brasil ser signatário da Convenção Quadros para o Controle do Tabaco (CQCT), assinado em 2003 e promulgado pelo Decreto n. 5.658, de fevereiro de 2006, bem como o recente Decreto nº 9.516, de 1º de outubro de 2018 promulgou o Protocolo para Eliminar o Comércio Ilícito de Produtos de Tabaco, de 12 de novembro de 2012.

É importante destacar ainda o Decreto no 2.876, de 14 de dezembro de 1998 que dispõe acerca do imposto de exportação e do imposto sobre produtos industrializados na comercialização de cigarros.

O art. 1º deste decreto estabelece que os cigarros classificados no código 2402.20.00 da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados quando exportados para a América do Sul e América Central, inclusive Caribe, ficam sujeitos à incidência do imposto de exportação à alíquota de cento e cinquenta por cento.

¹⁶ Disponível em:< <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>> acesso em 20/02/2019

Esse conjunto de normas e o destaque a tributação elevada para importação demonstram o interesse estatal em colocar barreiras para a circulação do produto e por isso o contrabando de cigarros tem uma análise diferenciada dos demais tipos de contrabando.

Desse modo os tribunais superiores afastam por completo a aplicação do princípio da insignificância no crime de contrabando de cigarros muito embora do ponto de vista legal e doutrinário não existe impedimento em sua aplicação. Já que o objetivo da aplicação principiológica no direito penal é buscar otimização da norma dentro sistema jurídico e não há severas restrições quanto a conduta criminosa é praticada sem violência ou grave ameaça.

O efeito desse enrijecimento dos tribunais superiores em negar de forma taxativa a aplicação do princípio da insignificância ao contrabando de cigarros ocasiona decisões teratológicas quando se analisa sobre o prisma do princípio da insignificância como, por exemplo, a denegação de HC ao camelô preso por estar com 5 (cinco) maços de cigarros. (BRASIL, STF. HC 118.431/ MG, Rel. Ministro Marco Aurélio, 2013).

Nesse HC o relator, diante das alegações da DPU de que a quantidade e os valores dos produtos eram ínfimos e que estavam presentes as demais circunstâncias para a aplicação do princípio da insignificância, afastou a aplicação com base em entendimento pacificado. Vale ressaltar que essa decisão foi anterior a vigência da lei 13.008/14, que potencializou a pena.

A taxatividade negativa em aplicar o princípio da insignificância no crime de contrabando de cigarros ocorre por dois motivos, o primeiro é que há uma incompletude da análise tanto quantitativa como qualitativa isso ocorre porque nos tribunais superiores existe o impedimento de revolverem matéria fato probatória conforme a súmula 7, sendo assim a análise de tais questões ligadas casuisticamente ao fato compete às instâncias ordinárias, soberanas nessa feito e não aos tribunais superiores órgão destinado exclusivamente à uniformização da interpretação da legislação federal.

Segundo por uma questão de escolha, e nesse sentido o princípio da insignificância se desconfigura de um princípio em si, tendo em vista que seu vícios valorativo exige aplicação casuística e não generalista, e passa a ser mera ferramenta da política criminal elegida

Sobre a taxatividade é importante pontuar lição de Luiz Regis Prado (2006, p.130)

Procura-se evitar o *arbitrium judicis* através da certeza da lei, com a proibição da utilização excessiva e incorreta de elementos normativos, de casuísmos, cláusulas gerais e de conceitos indeterminados ou vagos. O princípio da taxatividade significa que o legislador deve redigir a disposição legal de modo legal de modo suficientemente determinado para uma mais perfeita descrição do fato típico (*lex certa*). Tem ele, assim, uma função garantista, pois o vínculo do juiz a uma lei taxativa o bastante constitui autolimitação do poder punitivo-judiciário e uma garantia de igualdade

Nessa perspectiva a taxatividade retira poderes dos juízes de diante da circunstância do caso concreto, aplicar o princípio da insignificância a determinada conduta, no caso em questão, o contrabando de cigarros. Esse engessamento lava as decisões desproporcionais e que afronta a própria função do direito penal.

Vale ressaltar que a taxatividade positiva, ou seja, a aplicação de um princípio a toda uma espécie de conduta também descaracteriza a função desse princípio.

8 Entendimento quanto à possibilidade de aplicação do princípio da insignificância no crime de contrabando de cigarros

Não existe um amplo entendimento quanto à aplicação do princípio da insignificância no crime de contrabando de cigarros na jurisprudência. Como visto, é pacificado nos tribunais superiores que não se aplica.

Não obstante nos últimos anos podemos identificar algumas decisões judiciais nos tribunais inferiores que vem aplicando o referido princípio¹⁷. Porém, é na esfera administrativa, no âmbito do MPF que a princípio da insignificância no crime de contrabando de cigarros ocorre de forma acentuada.

A constituição do Brasil nos arts. 127 e 129 estabelecem que “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.[...] Dentre as suas funções esta promoverem, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.

¹⁷ Ação Penal JFPE 008918-84.2016.4.05.8300 Contrabando ou Descaminho (art. 334) - Crimes praticados por particular contra a Administração em geral.

O MPF também é competente para o arquivamento de inquéritos policiais. O art.º 62 da Lei complementar 75/93 estabelece em seu parágrafo IV que compete às Câmaras de Coordenação e Revisão “manifestar-se sobre o arquivamento de inquérito policial, inquérito parlamentar ou peças de informação, exceto nos casos de competência originária do Procurador-Geral”.

No que se refere ao crime de contrabando, o MPF é o principal órgão de persecução criminal, já que por natureza é a justiça federal competente para o processamento do crime de contrabando conforme súmula nº 151 do STJ¹⁸. “A competência para o processo e julgamento por crime de contrabando e descaminho define-se pela prevenção do Juízo Federal do lugar da apreensão dos bens”.¹⁹

Para o MPF é possível a aplicação do princípio da insignificância no crime de contrabando de cigarros. A aplicação do princípio da insignificância na esfera pré processual tem amparo na lei na doutrina e na jurisprudência, contudo, no que se refere ao contrabando de cigarros está em conflito com a jurisprudência.

Não seria razoável ao MPF patrocinar uma ação quando já na fase investigativa reconhece que não há crime, dessa forma é possível ao MPF realizar a concretização administrativa do princípio da insignificância na fase pré-processual e arquivar os inquéritos.

Segundo Ivan Luiz da Silva (2011, p. 149) a concretização administrativa é realizada pelo Ministério Público ao se abster de propor a ação penal quando entender que não há crime, e requerer o arquivamento nos moldes do art. 28 do Código de Processo Penal

Quanto à atuação do MPF na persecução do crime de contrabando é preciso pontuar que a concretização administrativa do princípio da insignificância, defendido pelo órgão, está em colisão com o posicionamento firme dos tribunais superiores.

Na busca dessa concretização o MPF editou, através da 2ª Câmara de coordenação e revisão, em decisão unânime, a orientação n.º 25/2016, conforme citado abaixo:

ORIENTAÇÃO Nº 25/2016. Assunto: aplicação do Princípio da Insignificância no crime de contrabando de cigarros quando a quantidade apreendida

¹⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 151, Brasília-DF, 1996. Disponível em:< ww2.stj.jus.br> acesso em 22/02/2019.

¹⁹ Súmula 151, TECEIRA SEÇÃO, julgado em 14/02/1996, DJ 26/02/1996 p. 4192

não superar 153 maços CONSIDERANDO as razões expendidas na Nota Técnica sobre a aplicação do Princípio da Insignificância no contrabando de cigarros emitida pelo GT Contrabando e descaminho; CONSIDERANDO a necessidade de se determinar um parâmetro para a aplicação do Princípio da Insignificância no contrabando de cigarros; CONSIDERANDO a sugestão de se relacionar a aplicação do Princípio da Insignificância no contrabando de cigarros com a quantidade de cigarros que um indivíduo normalmente consome diariamente; CONSIDERANDO que, segundo pesquisa realizada pelo Instituto Nacional do Câncer José Alencar Gomes da Silva – INCA¹, o brasileiro fuma, em média, 17 (dezessete) cigarros por dia e que o cigarro tem prazo de validade de, aproximadamente, 6 (seis) meses; CONSIDERANDO a equação $17 \text{ (cigarros)} \times 180 \text{ (dias)} / 20 \text{ (cigarros por maço)} = 153 \text{ maços}$. A 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, no exercício das atribuições que lhe são conferidas no artigo 62, I, da Lei Complementar nº 75/93, e respeitada a independência funcional, ORIENTA os membros do Ministério Público Federal que oficiam na área criminal a procederem ao arquivamento de investigações criminais referentes a condutas que se adéquam ao contrabando de cigarros, quando a quantidade apreendida não superar 153 (cento e cinquenta e três) maços, seja pela diminuta reprovabilidade da conduta, seja pela necessidade de se dar efetividade à repressão ao contrabando de vulto, ressalvada a reiteração de condutas que cobra a persecução penal.²⁰

Hoje já existem várias decisões na esfera administrativa em que este princípio é aplicado e o inquérito é arquivado, para isso, o MPF defende através da orientação a relativização da tutela a saúde pública.

O principal fundamento dessa orientação é uma pesquisa realizada pelo Instituto Nacional do Câncer José Alencar Gomes da Silva que define o quantitativo máximo de cigarros que o brasileiro fuma por dia.

A partir desse dado o MPF, considerando que o prazo de validade de cigarros é de 180 dias, estabelece o quantitativo máximo de 153 maços de cigarros, cuja posse, hipoteticamente, é compatível com o consumo próprio.

Com efeito, muitas investigações criminais estão sendo arquivadas e a consequência prática desses arquivamentos é reverso ao pretendido pela Lei 13.008/14.

²⁰ BRASIL. Ministério Público Federal. Orientação 25/2016 da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. Brasília-DF, 2016. Disponível em: < <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/orientacoes/documentos/orientacao-no-25>> acesso em 24/02/2019

Embora seja perfeitamente possível a aplicação do princípio da insignificância nessa conduta delituosa, do ponto de vista da dogmática penal, a prática dessa orientação do MPF afronta o modelo clássico de critério de determinação da conduta penalmente insignificante. Conforme Paliero (1979. p. 943) “o modelo clássico é constituído por apenas três índices desvalor da ação desvalor do evento e culpabilidade e direcionado a averiguação da global exeqüibilidade do fato usando as possibilidades de graduação do ilícito penal”.

Vale ressaltar que hoje na doutrina, existem outros modelos para a aplicação do princípio da insignificância. Gustavo de Carvalho Guadanhim (2018 p.127), por exemplo, propõe um modelo de aplicação do princípio da insignificância formulado com base no sistema penal integral em que distingue os componentes da tipicidade ligados à infração da norma de conduta (a ação e um nexos de causalidade pressuposto) daqueles relacionados à aplicação da norma sanção, onde se inserem o (resultado e o nexos causal) propriamente dito.

O objetivo desse modelo é aplicar a insignificância sem, contudo afastar a tipicidade material e conseqüentemente a existência de um crime de modo, esse modelo não exclui o crime, apenas afasta a incidência do direito penal possibilitando a composição e a pacificação social por outros ramos do direito.

Porém, prevalece o modelo clássico de aplicação ancorado nos vetores construídos pela jurisprudência do STF, que são: mínima ofensividade da conduta; nenhuma periculosidade social da ação; reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada, nesse modelo o crime será insignificante se a lesividade ao bem jurídico for ínfimo e o crime praticado for em regra sem violência ou grave ameaça.

Com efeito, a orientação do MPF quando aplicada de forma a só observar a quantidade de cigarros contrabandeados não esgota a análise clássica para a aplicação do princípio da insignificância de modo que há um alargamento do campo da incidência do princípio da insignificância no crime de contrabando de cigarros uma vez que as condutas que antes não eram consideradas insignificância agora passam a ser. Sobre esse alargamento escreve (LOPES, 2000, p.53-54)

Apenas o registro, porque parece faltar à doutrina, como um todo a evidenciação do procedimento reconhecedor da criminalidade de bagatela. Urge retirá-la do empirismo, da conceituação meramente individual e pessoal de cada autor ou pretor que faça do seu senso de justiça um conceito particular

de bagatela. Esse é o caminho mais curto ao caos e à ruína do princípio, posto que, construído para a garantia da justiça material, aplicado arbitrariamente tende a reproduzir escala de injustiça análoga à praticada pelo sistema legal em sua dogmática [...]. Deixar vaziar sem controle a amplitude do princípio da insignificância implica não apenas na quebra da garantia do princípio da legalidade- que de resto já é transformado pelo princípio da bagatela- mas na ruptura daquilo que se tornou a razão mais nobre para a sua defesa- a igualdade”

Ademais se vislumbra, a partir do próprio texto da orientação à necessidade de o MPF de dar efetividade à repressão de vulto. Vale destacar que o princípio da efetividade voltado para a persecução penal nos moldes elencados pela orientação não é um princípio norteador da aplicação do princípio da insignificância.

Sendo assim, a orientação 25/2016 do MPF é deficiente e necessita se aprofundar em outros critérios como, por exemplo, a destinação da mercadoria contrabandeada a fim de realizar uma análise do grau da lesividade ao bem jurídico e alinha-se no ponto de vista dogmático ao preceito principiológico da insignificância.

Para ilustrar a carência dogmática veja o seguinte voto do Subprocurador-Geral da República Titular – 2ª CCR/MPF, José Adonis Callou de Araújo, que arquivou um inquérito policial. (MPF, 2016)

VOTO Nº 2870/2016 INQUÉRITO POLICIAL Nº 0001360-97.2014.4.03.6130 (2434/2014-1) ORIGEM: JUÍZO DA 1ª VARA FEDERAL DE BARUERI/SP PROCURADOR OFICIANTE: THIAGO LACERDA NOBRE RELATOR: JOSÉ ADONIS CALLOU DE ARAÚJO SÁ INQUÉRITO POLICIAL. SUPOSTO CRIME DE CONTRABANDO (CP, ART. 334). IMPORTAÇÃO IRREGULAR DE MAÇOS DE CIGARROS. MPF: PEDIDO DE ARQUIVAMENTO DO APURATÓRIO EM JUÍZO, COM AMPARO NO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DISCORDÂNCIA DO MAGISTRADO. REMESSA DOS AUTOS A ESTA 2ª CCR (CPP, ART. 28 C/C LC Nº 75/93, ART. 62, INC. IV). ARQUIVAMENTO DO APURATÓRIO. APREENSÃO QUE NÃO ULTRAPASSA 153 MAÇOS DE CIGARRO, QUANTIDADE COMPATÍVEL COM A DESTINAÇÃO PARA CONSUMO PRÓPRIO, DESDE QUE AUSENTE REITERAÇÃO DE IGUAL CONDUTA. INSISTÊNCIA NO ARQUIVAMENTO DO FEITO. 1. Cuida-se de Inquérito Policial instaurado para apurar suposto crime de contrabando [...] atribuído a JAIR VITALINO SOARES. Segundo consta dos autos, no dia 27/02/2014, o investigado foi surpreendido com **95 (noventa e cinco) maços de cigarros de procedência estrangeira, em seu estabelecimento comercial**, localizado no município de Santa do Parnaíba/SP, [...] O Procurador da República oficiante requereu em juízo o arquivamento [...] O Juízo da 1ª Vara Federal de Barueri/SP, no entanto, dissentiu da tese ministerial, entendendo versar a hipótese sobre crime de contrabando, a afastar, por si só, a incidência do referido postulado (fls. 83/84). [...] Contudo, na 108ª Sessão de Coordenação, realizada em 7/3/2016, este Colegiado deliberou, à unanimidade, por expedir orientação no sentido de que se admite a aplicação do princípio da insignificância ao crime de contrabando de cigarros, excepcionalmente, quando a quantidade de mercadoria importada ilegalmente não ultrapassar 153 (cento e cinquenta e três) maços, desde que ausente a reiteração da conduta. [...]

No caso presente, observada a norma incriminadora, **revela-se viável o arquivamento do apuratório, pois a quantidade apreendida (95 maços de cigarro) não supera referido patamar, pelo que diminuta a reprovabilidade da conduta.** De outra parte, gravosa a continuidade da persecução à prática ilícita em tal circunstância, pois ausente notícia de reiteração de conduta da mesma espécie. Com essas considerações, voto pela insistência no arquivamento do feito. Devolvam-se os autos ao Juízo de origem, cientificando-se o Procurador da República oficiante, com as homenagens de estilo. Brasília/DF, 12 de abril de 2016. José Adonis Callou de Araújo Sá Subprocurador-Geral da República Titular – 2ª CCR/MPF. (*grifou-se*)

A análise da conduta e a aplicação do princípio da insignificância pautada apenas na diminuta quantidade de cigarros contrabandeados não coaduna com a política criminal vigente que optou em atribuir maior reprovabilidade ao crime de contrabando em que um dos objetivos foi criminalizar o contrabandista de pouca mercadoria, o contrabandista formiguinha.

Chama atenção também que o voto em questão não se debruça em momento algum sobre a destinação do cigarro contrabandeado e isso, poderá ser observado em outros votos e decisões da 2ª CCR/MPF. O único critério utilizado para a aplicação do princípio da insignificância é a quantidade inferior a 153 maços de cigarros.

A valoração quantitativa tem se demonstrado eficiente e segura para aplicação do princípio da insignificância em crimes patrimoniais, contudo não se observa a mesma eficiência e segurança para aferir e afastar a lesividade ao bem jurídico saúde pública ou outros bens de difícil quantificação como os bens imateriais.

No voto de arquivo, também não se considerou o fato da apreensão ocorrer em estabelecimento comercial e a possibilidade de lesividade a outros bens jurídicos como, por exemplo: o direito do consumidor.

Sobre os bens jurídicos, é necessário pontuar que existem diversos conceitos de bens jurídicos na doutrina. Para Regis Prado, (2003, p.48) “O bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade, e, por isso, jurídico-penalmente”

Apesar de existirem várias discussões sobre a natureza de bem jurídico e críticas pela maneira como são feitas as escolhas de quais bens serão protegidos, é inegável que ele tem a função limitadora do poder penal estatal.

No estudo em questão o que nos interessa é que o conceito de bem jurídico está ligado ao princípio da lesividade e que observância desses princípio é essencial para a aplicação do princípio da insignificância.

Sobre o princípio da lesividade esclarece (NILO BASTISTA, 2007, p.92)

[...] transporta para o terreno penal a questão geral da exterioridade e alteridade (ou bilateralidade) do direito: ao contrario da moral- e sem embargo da relevância jurídica que possam ter atitudes interiores, associadas, como motivo ou fim de agir, a um sucesso externo [...] No direito penal, a conduta do sujeito autor do crime deve relacionar-se, como signa do outro sujeito, o bem jurídico (que era objeto da proteção penal e foi ofendido pelo crime - por isso chamado de objeto jurídico do crime. [...] A conduta puramente interna, ou puramente individual seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente falta a lesividade que pode legitimar a intervenção penal.

Para Rogério Greco, (2008, p. 54) “O Direito Penal também não poderá punir aquelas condutas que não sejam lesivas a bens de terceiros, pois, que não excedem ao âmbito do próprio autor, a exemplo do que ocorre com a autolesão ou mesmo com a tentativa de suicídio”. Essa observação é importante para tentarmos compreender a extensão da aplicação do princípio da insignificância quando o que se está em jogo são bens jurídicos de amplitude individual.

Destarte o princípio da lesividade estabelece que o direito penal só deva atuar em condutas que causem lesão ou perigo de lesão a determinado bem jurídico, se não há lesão não há tipicidade material e não há crime. É na intensidade dessa lesão que se ancora o princípio da insignificância.

O crime de contrabando de cigarros conforme a doutrina tutela vários bens jurídicos entre ele a saúde pública²¹, sendo este bem jurídico, o principal óbice a aplicação do princípio da insignificância.

Isso ocorre por que a saúde pública é um direito difuso difícil de mensurar a extensão de sua lesão e que o legislador penal deu maior relevância em sua tutela em estabelecer penas em patamares elevados, chegando alguns tipos penais do Título III do CPB a pena mínima de 10 anos, desse modo o entendimento dos tribunais superiores e que a o bem jurídico saúde pública detém maior relevância em sua proteção.

²¹ HC 110.964/SC, rel. Min. Gilmar Mendes. DJe 2.4.2012

Determinar que a lesão a saúde pública fosse ínfima requer não só o juízo quantitativo, mas também qualitativo, que nesses casos arquivados pelo MPF, contrabando inferior a 153 maços, não são realizados.

Apesar de a fragilidade dogmática da orientação do MPF o princípio da insignificância no contrabando de cigarros esta sendo aplicado e já existem debates no próprio MPF para aumentar o número de maços de cigarros máximos, para a configuração do princípio da insignificância, de 153 para 500 maços, esse entendimento se ancora na recente decisão do TRF 4. Vejamos a ementa dessa decisão:

PENAL. PROCESSO PENAL. CONTRABANDO DE CIGARROS. QUANTIDADE MÍNIMA. DANO À SAÚDE PÚBLICA. NÃO OCORRÊNCIA. INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. 1. Em se tratando de contrabando, o reconhecimento da insignificância para fins de exclusão da tipicidade não ocorre na seara da ilusão tributária, mas na relevância ou não da prática delituosa para o direito penal. 2. **A importação de 500 (quinhentos) maços de cigarros não é relevante para o direito penal**, pois: (a) não representa perigo social; (b) não representa uma conduta de alto grau de reprovabilidade; (c) apresenta grau de periculosidade mínimo, e (d) causaria dano inexpressivo ou nulo à saúde pública, assim como a outros bens jurídicos tutelados pelo tipo penal. 3. Apelação criminal desprovida. (TRF-4 - ACR: 50026446020164047002 PR 5002644-60.2016.4.04.7002, Relator: JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, Data de Julgamento: 07/02/2018, OITAVA TURMA).

É importante frisar que esse valor mínimo estipulado pelo MPF para concretizar a aplicação do princípio da insignificância vem mudando constantemente ao longo do tempo antes era 40 maços depois 100 e agora é de 153²², e atualmente existe a possibilidade de chegar a 500 maços. Essa mudança de parâmetro demonstra a ausência de consolidação de entendimento reforçando a fragilização da orientação.

A lesividade à saúde pública pode ocorrer mesmo que a lesão seja individual conforme, por exemplo, o art. 273 do CP²³, cuja mera ameaça a lesão é criminalizada, logo o fundamento do hipotético acesso individual ao produto contrabandeado resulta em uma lesão reduzida não encontra guarida para justificar a aplicação do princípio da insignificância muito embora sirva de baliza para o julgador aplicar o referido princípio.

A lesividade à saúde pública poderia ser afastada nos casos em que os componentes do que os cigarros contrabandeados estivessem dentro dos parâmetros de

²² Comunicado - nº 09/2017 16/02/17 – MPF. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/comunicados-da-2a-ccr-1/2017/comunicado-2a-ccr-no-9.pdf> acesso em 08/05/2019.

²³ Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.

fabricação estabelecidos pela RDC 14/2012 do M.S.²⁴ e que as informações das embalagens estejam de acordo como o estabelecido pelo Ministério da saúde, ou pelo menos que a diferença nos parâmetros fosse ínfima.

Mesmo sendo contrabandeado não há que se falar em lesividade a saúde pública se o cigarro esta dentro dos critérios estabelecidos para a indústria de cigarros nacional, pois se depreende que essa lesividade é tolerada e permitida pelo ordenamento jurídico nacional.

A individualização do consumo para afastar a tipicidade material do crime de contrabando é uma solução simplista e que não esgota a análise quanto à lesividade à saúde pública para a aplicação do princípio da insignificância.

Esse entendimento pode trazer consequências negativas à persecução penal em outras práticas criminosas, por exemplo, no contrabando de drogas lícitas e/ou ilícitas para uso individual.

Apesar das dificuldades jurisprudenciais na aplicação do princípio da insignificância, ele se apresenta como uma alternativa eficiente para se alcançar a justiça, já que a partir da aplicação dos princípios do direito penal é possível agregar uma carga axiológica nas decisões a fim de evitar decisões estritamente apegadas aos conceitos cujo resultado são decisões injustas e desproporcionais.

²⁴ RDC Nº 14, de 15 de março de 2012, do Ministério da Saúde. Dispõe sobre os limites máximos de alcatrão, nicotina e monóxido de carbono nos cigarros e a restrição do uso de aditivos nos produtos fumígenos derivados do tabaco, e dá outras providências.

Conclusão

O histórico do crime de contrabando no Brasil demonstra que ao longo do tempo ocorreram dois fenômenos paralelos no que se refere a esse tipo penal, o primeiro diz respeito ao aumento da reprimenda penal que de transitou de ilícito administrativo para crime de alto potencial ofensivo, o segundo fenômeno se refere ao avanço da incidência penal quem vem crescendo de forma acentuada não apenas nas fronteiras ou em cidades portuárias, mas em todo território nacional.

No que se refere à aplicação do princípio da insignificância no crime de contrabando o que se percebe é uma divergência de entendimento entre a jurisprudência consolidada e o MPF, principalmente após a edição da lei 13.008/2014.

O fato é que existe uma resistência dos tribunais superiores em aplicá-lo, apesar de não haver impedimentos, do ponto de vista doutrinário, quanto à aplicação do princípio da insignificância a bens jurídicos não patrimoniais como, por exemplo, a saúde pública e administração pública.

Desse modo, a jurisprudência criou impedimentos de aplicação do princípio da insignificância em relação a algumas categorias de bens jurídicos como, por exemplo, o entendimento que não se aplica o princípio da insignificância nos crimes contra a saúde pública ou contra administração pública, o resultado desse entendimento é um entrave quanto à aplicação princípio da insignificância a bens jurídicos não patrimoniais que vai refletir nos julgados e na persecução criminal do crime de contrabando de cigarros.

A orientação 25/2016 da 2ª CCIR do MPF se apresenta como uma tentativa em superar a dificuldade imposta pelo entendimento consolidado na jurisprudência, e embora consiga dar efetividade a aplicação do princípio em questão, não representa o melhor caminho para buscar essa superação.

Alguns pontos da orientação são bastante sensíveis e podem influir na segurança jurídica como, por exemplo, a orientação não é vinculante, o que faz com que existam, a depender do órgão ministerial, decisões de arquivamentos divergentes em casos similares.

Outro ponto que merece destaque e que não tem embasamento nas teorias que versem sobre a aplicação do princípio da insignificância, é a preponderância do critério quantitativo na análise de aplicação do princípio como vem fazendo o MPF

nos mais diversos arquivamentos ao deixar de considerar toda a amplitude do fato e os aspectos qualitativos.

A aplicação do princípio da insignificância deve ser examinada considerando-se todos os aspectos relevantes da conduta imputada de modo que a análise quantitativa é apenas um dos elementos a serem observados no crime de contrabando de cigarros, e por si só não tem o condão de afastar a tipicidade material da conduta.

É necessário correlacionar o aspecto quantitativo com outros aspectos como, por exemplo, a destinação do produto contrabandeado, a qualidade do produto e as demais circunstâncias fáticas a fim de aferir a lesividade a todos os bens jurídicos envolvidos.

Sendo assim a orientação 25/2016 do MPF bem com os arquivamentos com base nessa orientação vai de encontro ao próprio princípio da insignificância, pois para aferir a lesividade ao bem jurídico tutelado, desvalor da ação e o desvalor do resultado, é necessária uma análise materialmente valorativa.

Deste modo, em se tratando do crime de contrabando de cigarros o princípio pode ser perfeitamente aplicado, contudo deve ser aplicado com parcimônia e por isso o arquivamento direto com base na quantidade de cigarros contrabandeados deve ser evitado.

Entendemos que o arquivamento administrativo não contribui para uma construção jurisprudencial segura, entendimento esse, ancorado na pluriofensividade do delito e nas especificidades dos bens jurídicos tutelados e na política criminal elegida em 2014 para esse tipo penal.

O arquivamento nesses moldes não é compatível com a segurança jurídica que requer essas tutelas desta feita o arquivamento muito embora ajude a diminuir a números de ação penal dever ser exceção.

Vale ainda frisar que a jurisprudência dos tribunais superiores devem ser revista quanta a taxatividade em não aplicar o princípio da insignificância a determinados bens jurídicos, pois essa inflexibilidade como observados em alguns julgados tem por consequência a extrapolação da função do direito penal e a ampliação da incidência às lesões irrelevantes.

Referências

ALBUQUERQUE NASCIMENTO, Vicente Pinto de. **O Contrabando em face da Lei**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BALTHAZAR, Ubaldo Cezar. **História do tributo no Brasil**. Florianópolis: Boiteux, 2005.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Volume 1. Parte Geral. 15ª ed. São Paulo: Saraiva 2010.

_____. **Tratado de direito penal 5**. parte especial dos crimes contra a administração pública, dos crimes praticados por prefeitos. São Paulo: Saraiva 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto; ADORNO, Vânia Barbosa. **A nova anatomia dos crimes de descaminho e de contrabando**, In: ESPIÑEIRA, Bruno; CHIETI CRUZ, Rogério; REIS JÚNIOR, Sebastião (orgs). Crimes Federais. 2ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.100367/RS**. Relator: Min.Luiz Fux. Julgamento: 09/08/2011, Primeira Turma. Disponível em: <www.stf.jus.br> acesso em: 15 abr. 2019.

_____. Código de processo penal (1941). **Código de processo penal**. 8. ed. São Paulo: RIDEEL, 2010.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. **Decreto nº 9.516, de 1º de outubro de 2018**. Promulga o Protocolo para Eliminar o Comércio Ilícito de Produtos de Tabaco, de 12 de novembro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Decreto/D9516.htm> acesso em 07/05/2019.

_____. **Lei 4.729 de 14 de julho de 1965**. Define o crime de sonegação fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4729.htm>. Acesso em: 26 fev. 2018.

_____. **Lei 8.625 de 12 de fevereiro de 1993**. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos e da outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18625.htm> acesso em 15 abr. 2019.

_____. **Lei complementar nº75**, de 20 de maio de 1.993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>. Acesso em: 26 nov. 2017.

_____. Ministério da Fazenda. Receita Federal. **Balanco aduaneiro da receita federal**. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <<http://www.economia.gov.br/noticias/2019/03/receita-federal-divulga-os-resultados-aduaneiros-de-2018-aduana>> acesso em 04/04/2019.

_____. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, **atuação criminal com estratégia e efetividade** / 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. – 2. ed., rev. e ampl. – Brasília MPF, 2017.

_____. Ministério Público Federal. **Voto nº 7602/2014**, 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, Data da Publicação 18 e abril de 2016. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacaotematica/ccr2/orientacoes/documentos/orientacao-no-25>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

CAPEZ. Fernando. **Curso de direito penal. Volume 3 parte especial: arts. 213 a 359-H**. 16. ed. atual. São Paulo: Saraiva educação, 2018.

CHEQUER, Monique. **A distorção do princípio da insignificância nos crime de contrabando e descaminho**. Disponível e: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/bc-28-e-29/a-distorcao-do-principio-da-insignificancia-nos-crimes-de-contrabando-e-descaminho>> acesso em 12/10/2018.

DALBORA, José Luis Guzman. **La insignificancia: especificación y reducción valorativas en el ámbito de lo injusto típico**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 14, v. 4, p. 41-82, 1996.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Parte Geral. 2ª ed. São Paulo: Bushatsky, 1962.

FRAGOSO. Cláudio Heleno. **Lições de direito penal: parte geral**. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRECO. Rogério. **Curso de Direito Penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

GUADANHIM, Gustavo de Carvalho, **Princípio da Insignificância: uma análise dogmática e sua aplicação nos delitos contra a administração pública**, Curitiba: Juruá, 2018.

IDESF - INSTITUTO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL DE FRONTEIRAS. **O custo do contrabando**. Foz do Iguaçu: IDESF, 2015. Disponível

em: <<http://www.idesf.org.br/post/o-custo-do-contrabando>>. Acesso em: 24 de out. 2018.

IDESF - INSTITUTO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL DE FRONTEIRAS. **Relatório final. II Seminário fronteiras do Brasil, 2015, IDESF.** Foz do Iguaçu: IDESF, 2015. Disponível em: <<http://www.idesf.org.br/2015/10/31/relatorio-final-do-ii-seminario-fronteiras-do-brasil-2015/>> acesso em: 01/05/2019.

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **VOTO Nº 2870/2016.** Relator José Adonias Cal- lou de Araújo. Brasília/DF, 2016. Disponível em: < <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/boletins/documentos/boletins-2016/informativo-88/voto-2870-2016/>> acesso em: 28/10/2018.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**, 20ª ed.rev., atual. e am- pl. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

PANOEIRO José Maria. CHEKER Monique. **Incoerências significativas: o princí- pio da insignificância na jurisprudência brasileira.** Revista Jurídica Digital OM- NES Outubro de 2012. Disponível em <http://anpr.org.br/images/omnes/revista-omnes-2-edicao.pdf> acesso em 06/04/2019.

PAULSEN. Leandro. **Crimes Federais.** 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2018

PIERANGELI. Jose Henrique; ZAFFARONI. Eugênio. **Manual de direito penal bra- sileiro.** São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** 6ª ed. RT: São Paulo. 2006.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro.** 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

REIS, Marco Antonio Santos. **O que há de significativo na insignificância?** Revis- ta do Ministério Público. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Ja- neiro, n.º 62, Out. a Dez../2016.

RIBEIRO, Costa Diaulas. **Ministério público dimensão constitucional e reper- cussão no processo penal.** São Paulo: Editora Saraiva 2003.

SILVA, César Dario Mariano da. **Lei de drogas comentada.** 2ª ed. APMP - Associa- ção Paulista do Ministério Público, 2016.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal.** 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva 1994.