



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2083701 - SP (2023/0172601-4)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
RECORRENTE : DEVANIR CHAVES TIRADENTES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
INTERES. : ASSOCIACAO NACIONAL DA ADVOCACIA CRIMINAL - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS : BRUNO ESPINEIRA LEMOS - DF017918
JAMES WALKER NEVES CORRÊA JÚNIOR - RJ079016
MARCIO GUEDES BERTI - PR037270
VICTOR MINERVINO QUINTIERE - DF043144

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA.. DESCAMINHO. DISCUSSÃO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDOTA (PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA) NA HIPÓTESE DE REITERAÇÃO DA CONDOTA DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. CONTUMÁCIA DELITIVA APTA A INDICAR CONDOTA MAIS REPROVÁVEL E DE PERICULOSIDADE SOCIAL RELEVANTE. RESSALVADA A POSSIBILIDADE DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS CONCLUÍREM QUE A MEDIDA É SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. TÓPICOS SUBSIDIÁRIOS PARA FIXAÇÃO DA TESE. POSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DA CONTUMÁCIA A PARTIR DE PROCEDIMENTOS PENAIIS E FISCAIS PENDENTES DE DEFINITIVIDADE. INAPLICABILIDADE DO MARCO TEMPORAL PREVISTO NO ART. 64, I, DO CP. INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. VALOR DO TRIBUTO NÃO RECOLHIDO. IRRELEVÂNCIA EM SE TRATANTO DE CONTUMÁCIA DELITIVA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF.

1. A reiteração da conduta delitiva obsta a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável (EREsp n. 1.217.514/RS, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe 16/12/2015).
2. A contumácia pode ser aferida a partir de procedimentos fiscais e penais, ainda que não definitivos. Precedentes do STJ e do STF.
3. Não há base legal para aplicação do prazo preconizado no art. 64, I, do CP, ou mesmo outro marco objetivo para fins de análise da contumácia delitiva, sendo aplicáveis os princípios da razoabilidade e proporcionalidade,

de modo que o juízo ordinário deve avaliar se a conduta anterior é suficiente para denotar que o agente ativo é contumaz na prática delitiva.

4. Em se tratando de agente contumaz na prática delitiva, é desinfluyente perquirir o valor do tributo não recolhido para fins de aplicação do princípio insignificância, pois a contumácia indica *per se* uma conduta mais gravosa e de periculosidade social relevante, de modo que a reiteração, em regra, acaba por afastar os requisitos necessários para o reconhecimento da atipicidade material da conduta. Admitir a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, no caso de reiteração da conduta, com base no montante do tributo não recolhido (inferior a vinte mil reais), teria o efeito deletério de estimular uma "economia do crime", na medida em que acabaria por criar uma "cota" de imunidade penal para a prática de sucessivas condutas delituosas.

5. Recurso especial improvido. Fixada a seguinte tese: *A reiteração da conduta delitiva obsta a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho - independentemente do valor do tributo não recolhido -, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, se concluir que a medida é socialmente recomendável. A contumácia pode ser aferida a partir de procedimentos penais e fiscais pendentes de definitividade, sendo inaplicável o prazo previsto no art. 64, I, do CP, incumbindo ao julgador avaliar o lapso temporal transcorrido desde o último evento delituoso à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.*

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial e, por maioria, fixou a seguinte tese no Tema Repetitivo n. 1218: "A reiteração da conduta delitiva obsta a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho - independentemente do valor do tributo não recolhido -, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, se concluir que a medida é socialmente recomendável. A contumácia pode ser aferida a partir de procedimentos penais e fiscais pendentes de definitividade, sendo inaplicável o prazo previsto no art. 64, I, do CP, incumbindo ao julgador avaliar o lapso temporal transcorrido desde o último evento delituoso à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade", nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, com a ressalva de entendimento do Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Vencido o Sr. Ministro Messod Azulay Neto, que divergiu quanto à tese fixada.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Reynaldo Soares da Fonseca, Antonio Saldanha Palheiro (com ressalva), Messod Azulay Neto, Teodoro Silva Santos e Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) votaram com o Sr. Ministro Relator, quanto ao caso concreto.

Vencido o Sr. Ministro Messod Azulay Neto, quanto à tese fixada.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik e Daniela Teixeira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Brasília, 28 de fevereiro de 2024.

Ministro Sebastião Reis Júnior

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2083701 - SP (2023/0172601-4)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
RECORRENTE : DEVANIR CHAVES TIRADENTES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
INTERES. : ASSOCIACAO NACIONAL DA ADVOCACIA CRIMINAL - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS : BRUNO ESPINEIRA LEMOS - DF017918
JAMES WALKER NEVES CORRÊA JÚNIOR - RJ079016
MARCIO GUEDES BERTI - PR037270
VICTOR MINERVINO QUINTIERE - DF043144

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA.. DESCAMINHO. DISCUSSÃO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUCTA (PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA) NA HIPÓTESE DE REITERAÇÃO DA CONDUCTA DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. CONTUMÁCIA DELITIVA APTA A INDICAR CONDUCTA MAIS REPROVÁVEL E DE PERICULOSIDADE SOCIAL RELEVANTE. RESSALVADA A POSSIBILIDADE DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS CONCLUÍREM QUE A MEDIDA É SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. TÓPICOS SUBSIDIÁRIOS PARA FIXAÇÃO DA TESE. POSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DA CONTUMÁCIA A PARTIR DE PROCEDIMENTOS PENAIIS E FISCAIS PENDENTES DE DEFINITIVIDADE. INAPLICABILIDADE DO MARCO TEMPORAL PREVISTO NO ART. 64, I, DO CP. INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. VALOR DO TRIBUTO NÃO RECOLHIDO. IRRELEVÂNCIA EM SE TRATANTO DE CONTUMÁCIA DELITIVA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF.

1. A reiteração da conduta delitiva obsta a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável (EREsp n. 1.217.514/RS, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe 16/12/2015).
2. A contumácia pode ser aferida a partir de procedimentos fiscais e penais, ainda que não definitivos. Precedentes do STJ e do STF.
3. Não há base legal para aplicação do prazo preconizado no art. 64, I, do CP, ou mesmo outro marco objetivo para fins de análise da contumácia delitiva, sendo aplicáveis os princípios da razoabilidade e proporcionalidade,

de modo que o juízo ordinário deve avaliar se a conduta anterior é suficiente para denotar que o agente ativo é contumaz na prática delitiva.

4. Em se tratando de agente contumaz na prática delitiva, é desinfluyente perquirir o valor do tributo não recolhido para fins de aplicação do princípio insignificância, pois a contumácia indica *per se* uma conduta mais gravosa e de periculosidade social relevante, de modo que a reiteração, em regra, acaba por afastar os requisitos necessários para o reconhecimento da atipicidade material da conduta. Admitir a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, no caso de reiteração da conduta, com base no montante do tributo não recolhido (inferior a vinte mil reais), teria o efeito deletério de estimular uma "economia do crime", na medida em que acabaria por criar uma "cota" de imunidade penal para a prática de sucessivas condutas delituosas.

5. Recurso especial improvido. Fixada a seguinte tese: *A reiteração da conduta delitiva obsta a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho - independentemente do valor do tributo não recolhido -, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, se concluir que a medida é socialmente recomendável. A contumácia pode ser aferida a partir de procedimentos penais e fiscais pendentes de definitividade, sendo inaplicável o prazo previsto no art. 64, I, do CP, incumbindo ao julgador avaliar o lapso temporal transcorrido desde o último evento delituoso à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.*

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto por Devanir Chaves Tiradentes, fundado no art. 105, III, a, da Constituição Federal, contra o acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região exarado no julgamento da Apelação Criminal n. 0000164-79.2019.4.03.6110, assim ementado (fl. 406):

PENAL. PROCESSO PENAL. DESCAMINHO. REITERAÇÃO DELITIVA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO CABIMENTO. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO. PRESCINDIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE. DOSIMETRIA MANTIDA. APELAÇÃO DA DEFESA DESPROVIDA.

1. Revejo meu entendimento para acompanhar a jurisprudência predominante nos Tribunais Superiores e nesta Corte no sentido de que a reiteração delitiva obsta a incidência do princípio da insignificância ao delito de , independentemente do descaminho valor do tributo não recolhido (STF: HC n. 118686, Rel. Min. Luiz Fux, j. 19.11.13, HC n. 114675, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13.11.12, HC n. 112597, Rel. Min. Carmem Lúcia, j. 18.09.12; STJ: AGARESP n. 329693, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 13.08.13, AGRESP n. 201200367950, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 17.04.12; TRF 3ª Região, ACR n. 00114957320054036102, Rel. Des. Fed. José Lunardelli, j. 27.08.13).

2. Ao contrário do que sucede com o delito de sonegação fiscal, cuja natureza material exige a constituição do crédito tributário para instauração da ação penal (STF, Súmula Vinculante n. 24), o delito de contrabando ou descaminho é de natureza formal, não sendo exigível o prévio esgotamento da instância administrativa (TRF da 3ª Região, HC n. 201003000138852, Rel. Juiz Fed. Conv. Silvia Rocha, unânime, j. 06.07.10; ACR n. 200261810065925, Rel.

Juiz Fed. Conv. Silvio Gemaque, unânime, j. 29.06.10; ACR n. 200261810067120, Rel. Des. Fed. Henrique Herkenhoff, unânime, j. 29.09.09; HC n. 200803000042027, Rel. Des. Fed. Nelson dos Santos, unânime, j. 24.09.09; HC n. 200903000243827, Rel. Juiz. Fed. Conv. Marcio Mesquita, unânime, j. 25.08.09).

3. Autoria e materialidade comprovadas.
4. Dosimetria mantida.
5. Apelação da defesa desprovida.

Nas razões do recurso especial, a defesa do recorrente suscitou negativa de vigência do art. 386, III, do Código de Processo Penal, pugnando, em síntese, pela absolvição mediante aplicação do princípio da insignificância (fls. 413/421).

Contrarrazões às fls. 425/440.

A Corte de origem inadmitiu o recurso (fls. 442/448), sendo tal decisão impugnada mediante agravo juntado às fls. 452/458.

Devidamente autuado nesta Corte, os autos foram encaminhados à Presidente da Comissão Gestora de Precedentes, Ministra Assusete Magalhães, que, em uma análise preliminar, reputou viável a afetação do recurso ao rito dos repetitivos, determinando a conversão do agravo em recurso especial e a oitiva das partes envolvidas (fls. 494/495).

Após oitiva das partes, a eminente Presidente entendeu por qualificar o presente recurso especial como representativo da controvérsia e candidato à afetação, impondo ao feito o rito estabelecido pelos arts. 256 e seguintes do RISTJ (fls. 517/519).

O Ministério Público Federal, ouvido na condição de *custos legis*, opinou no sentido da afetação ao rito dos arts. 1.036, do Código de Processo Civil e 256 e ss. do RISTJ (fls. 500/507).

Em julgamento concluído em 17/10/2023, a Terceira Seção acolheu a proposta de afetação ao rito previsto nos arts. 1.036 e 1.037 do CPC/2015 e 256 ao 256-X do RISTJ, nos termos do acórdão assim ementado (fl. 534):

PROPOSTA DE AFETAÇÃO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. DESCAMINHO. DISCUSSÃO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA (PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA) NA HIPÓTESE DE REITERAÇÃO DA CONDUTA DELITIVA, INDEPENDENTEMENTE DO VALOR DO TRIBUTO NÃO RECOLHIDO.

1. Delimitação da controvérsia: definir se a reiteração delitiva obsta a incidência do princípio da insignificância ao delito de descaminho, independentemente do valor do tributo não recolhido.
2. Afetação do recurso especial ao rito previsto nos arts. 1.036 e 1.037 do

Na sequência, a Associação Nacional da Advocacia Criminal - ANACRIM postulou sua admissão no feito como *amicus curiae* (fls. 543/559), sendo tal requerimento acolhido (fl. 613).

Em nova manifestação, o Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso e pela fixação da seguinte tese: *a reiteração delitiva não obsta a incidência do princípio da insignificância ao delito de descaminho, quando o valor do débito devido à fazenda pública decorrente da conduta formalmente típica não seja superior a R\$ 20.000,00, ressalvada a reiteração na mesma modalidade criminosa, ocorrida em períodos de até 5 (cinco) anos* (fl. 608).

É o relatório.

VOTO

No julgamento do REsp n. 1.709.029/MG, a Terceira Seção desta Corte, revendo a tese fixada no julgamento do REsp n. 1.112.748/TO (Tema 157), firmou o entendimento de que incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias n. 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda.

Com efeito, a controvérsia posta no presente traduz um **desdobramento** direto daquele julgamento, na medida em que busca elucidar se o princípio da insignificância incide nos casos em que verificada a reiteração da conduta (descaminho).

Cumprido, no entanto, ressaltar que, além da questão central posta no representativo - possibilidade de incidência do princípio da insignificância ao crime de descaminho quando verificada a reiteração da conduta - **há outras questões subjacentes** que, a depender da solução da proposição inicial, também devem ser equacionadas para fins de fixação de uma tese apta a orientar o julgamento nas instâncias ordinárias, a saber: **1)** procedimentos pendentes de definitividade, inclusive processos administrativos, podem ser sopesados para fins de formar convicção no sentido da recidiva da conduta delitiva?; **2)** há um lapso temporal máximo para

valoração desses procedimentos?; e 3) o valor do tributo não recolhido apurado em tais casos (reiteração), ostenta relevância para fins de conclusão no sentido da atipicidade material da conduta?

Passo, então, ao enfrentamento de cada um dos temas.

A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n. 1.217.514/RS (Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 16/12/2015) firmou o entendimento de que a reiteração da conduta delitiva *inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de descaminho, **ressalvada** a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável.*

Eis a ementa do acórdão exarado naquele julgamento:

PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. 1. CRIME DE DESCAMINHO E REITERAÇÃO CRIMINOSA. POSSIBILIDADE OU NÃO DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DIVERGÊNCIA ENTRE QUINTA E SEXTA TURMAS. 2. VERDADEIRO BENEFÍCIO NA ESFERA PENAL. RISCO DE MULTIPLICAÇÃO DE PEQUENOS DELITOS. NECESSIDADE DE SE VERIFICAR AS CONDIÇÕES PESSOAIS DO AGENTE NO CASO CONCRETO. 3. REITERAÇÃO CRIMINOSA NO DESCAMINHO. INVIABILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RESSALVA DO CASO CONCRETO. MEDIDA QUE PODE SE MOSTRAR SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. 4. ANÁLISE FÁTICO E PROBATÓRIO. COMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. 5. EMBARGOS ACOLHIDOS, COM RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA EXAME DO CASO CONCRETO.

1. Descaminho: embora exista um patamar objetivamente fixado (10 mil reais) e tenham sido apontados vetores que orientam o exame da conduta e do comportamento do agente, bem como a lesão jurídica provocada, não há consenso sobre a possibilidade ou não de incidência do princípio da insignificância nos casos em que fica demonstrada a reiteração delitiva. Para a Sexta Turma, o passado delitivo do agente não impede a aplicação da benesse; para a Quinta Turma, entretanto, as condições pessoais negativas do autor inviabilizam o benefício.

2. O princípio da insignificância é verdadeiro benefício na esfera penal, razão pela qual não há como deixar de se analisar o passado criminoso do agente, sob pena de se instigar a multiplicação de pequenos crimes pelo mesmo autor, os quais se tornariam inatingíveis pelo ordenamento penal. Imprescindível, assim, o efetivo exame das circunstâncias objetivas e subjetivas do caso concreto, porquanto, de plano, aquele que reitera e reincide não faz jus a benesses jurídicas.

3. Nesse encadeamento de ideias, entendo ser possível firmar a orientação no sentido de que a reiteração criminosa inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de descaminho, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável.

4. Apenas as instâncias ordinárias, que se encontram mais próximas da situação que concretamente se apresenta ao Judiciário, têm condições de realizar o exame do caso concreto, por meio da valoração fática e probatória a qual, na maioria das vezes, possui cunho subjetivo, impregnada pelo livre convencimento motivado. Dessa forma, não tendo as instâncias ordinárias apresentado nenhum elemento concreto que autorizasse a aplicação excepcional do princípio da

bagatela, entendo que deve prevalecer o óbice apresentado nos presentes autos.

5. Acolhidos os embargos de divergência para reformar o acórdão embargado, dando provimento ao agravo regimental para dar provimento ao recurso especial, determinando o retorno dos autos ao Juízo de origem, para que, superada a tese da insignificância, realize juízo de recebimento da denúncia.

Os julgados mais recentes das duas Turmas Criminais desta Corte seguem a mesma linha, embora tenham deixado de constar ressalva acerca da possibilidade de aplicação excepcional do princípio:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP). ART. 28-A DO CPP. DIANTE DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA EM MOMENTO ANTERIOR À VI GÊNCIA DA LEI N. 13.964/2019, MOSTRA-SE INCABÍVEL O ANPP. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. CONTUMÁCIA. EXISTÊNCIA DE OUTROS PROCEDIMENTOS FISCAIS. HABITUALIDADE DELITIVA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA.

I - A Lei n. 13.964/19 (com vigência superveniente a partir de 23/01/2020), na sua parte processual, é dotada de aplicação imediata. Diante disso, aliás, como ocorre com a legislação processual penal em geral, vigora o princípio do tempus regit actum - nos termos do próprio art. 2º do CPP: "A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior".

II - No presente caso, não estão preenchidos os requisitos legais para a formulação do ANPP (art. 28-A do CPP), uma vez que a denúncia foi recebida no dia 09/05/2019, antes, portanto, da entrada em vigor da referida lei, que ocorreu em 23/01/2020, motivo pelo qual não se mostra cabível a propositura de tal acordo.

III - A conclusão adotada na origem se coaduna com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firmada no sentido de que a referida benesse legal é cabível durante a fase inquisitiva da persecução penal, sendo limitada até o recebimento da denúncia, o que inviabiliza a retroação pretendida pelo agravante, porquanto a denúncia foi recebida antes da vigência da Lei n. 13.964/2019.

IV - A Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento do REsp n. 1.217.514/RS, reafirmou, em sessão realizada no dia 9/12/2015, o entendimento no sentido de que, em regra, a reiteração criminosa impossibilita a aplicação do princípio da insignificância nos delitos de descaminho.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 2.022.197/SP, Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 30/5/2023, DJe de 2/6/2023.)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. HABITUALIDADE CARACTERIZADA. DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA-BASE EM RAZÃO DOS MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PROPORCIONALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A reiteração delitiva afasta a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de descaminho. Precedentes.

2. No caso dos autos, consta o registro de 1 condenação transitada em julgado, 1 processo penal ainda em curso e 21 processos administrativos-fiscais contra o réu, por condutas semelhantes ao fato que lhe é imputado, circunstância hábil a afastar a incidência do princípio da insignificância.

3. A jurisprudência desta Corte entende que cabe ao magistrado, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso concreto, decidir o quantum de exasperação da pena-base, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

4. Os antecedentes foram considerados desfavoráveis em virtude da existência de prévia condenação com trânsito em julgado pela prática do mesmo

delito. Tal motivo é idôneo para exasperar a pena-base, por indicar maior reprovabilidade da conduta.

5. Não há na legislação brasileira, nem na jurisprudência desta Corte previsão de um percentual fixo para a exasperação da pena-base em razão da negatização de uma circunstância judicial.

6. Não se verifica desproporcionalidade no aumento de 4 meses para a circunstância judicial desfavorável ao acusado, pois tal acréscimo foi idoneamente motivado e levou em conta, inclusive, o máximo e o mínimo cominados para o crime de descaminho - 1 a 4 anos.

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AgRg no AREsp n. 2.075.795/RS, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 14/9/2022, DJe de 21/9/2022)

Com efeito, quanto ao cerne da discussão, não vislumbro nenhuma justificativa razoável para alterar a orientação desta Corte, qual seja, de que, **em regra**, a reiteração delitiva obsta a incidência do princípio da insignificância ao crime descaminho.

Ora, a reiteração da conduta é uma circunstância apta a indicar uma conduta mais reprovável e de periculosidade social relevante, inclusive porque transmite a ideia de impunidade, reduzindo o caráter de prevenção geral da norma penal, de modo que, caso verificada, tem-se por afastado, ao menos, dois dos pressupostos para reconhecimento da atipicidade material da conduta nos moldes estabelecidos pela jurisprudência, a saber: ausência de periculosidade social da ação e reduzido grau de reprovabilidade do comportamento.

Ressalto, no entanto, que é recomendável a manutenção da ressalva proposta pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca quando do julgamento do EREsp n. 1.217.514/RS.

Com efeito, é impossível contemplar a multiplicidade de situações fáticas que podem acarretar na prática de crime descaminho, sendo certo que, a depender das circunstâncias que tangenciem a reiteração da conduta, o julgador pode compreender que o reconhecimento da atipicidade material é a medida socialmente recomendável.

Mutatis mutandis, essa é a mesma compreensão que tem orientado esta Corte na análise do princípio da insignificância nos crimes de furto em que verificada a contumácia do agente:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. ABSOLVIÇÃO. INSIGNIFICÂNCIA. REITERAÇÃO DELITIVA. RÉU REINCIDENTE E COM MAUS ANTECEDENTES. ATIPICIDADE DA CONDOTA NÃO EVIDENCIADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. 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. [...] 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) nenhuma periculosidade social da ação; (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público." (HC n. 844.120/SP, STF, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, DJU 19/11/2004).

2. A Quinta Turma desta Corte Superior reconhece que o princípio da insignificância não tem aplicabilidade em casos de reiteração da conduta delitiva, salvo excepcionalmente, quando demonstrado ser tal medida recomendável diante das circunstâncias concretas, o que não se evidencia na hipótese, eis que o agravante é reincidente e ainda ostenta antecedentes por crimes contra o patrimônio, o que denota sua habitualidade delitiva e afasta, por consectário, a incidência do princípio da bagatela.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 2.390.406/SC, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 24/10/2023, DJe de 31/10/2023 - grifo nosso)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL. INAPLICABILIDADE. MULTIRREINCIDÊNCIA. HABITUALIDADE DELITIVA.

1. Sedimentou-se a orientação jurisprudencial no sentido de que a incidência do princípio da insignificância pressupõe a concomitância de quatro vetores: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

2. No caso, não é socialmente recomendável a aplicação do princípio da insignificância, dada a ausência de mínima ofensividade da conduta, uma vez constatada a multirreincidência do agente.

3. A reincidência e a habitualidade delitiva têm sido compreendidas como obstáculos iniciais à tese da insignificância, ressalvada excepcional peculiaridade do caso penal. Nesse sentido: EAREsp n. 221.999/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 11/11/2015, DJe 10/12/2015.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 756.530/MG, Ministro Jesuíno Rissato, Desembargador Convocado do TJDF, Sexta Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 18/5/2023 - grifo nosso)

Logo, entendo por acolher integralmente a tese proposta pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca no julgamento do EREsp n. 1.217.514/RS, a saber: a reiteração da conduta delitiva *inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de descaminho, **ressalvada** a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável.*

Passo, então, ao exame dos **tópicos subsidiários**, cujo equacionamento é necessário para formação da tese.

1) Procedimentos pendentes de definitividade, inclusive processos

administrativos, podem ser sopesados para fins de formar convicção no sentido da recidiva da conduta delitiva?

Essa questão está sedimentada na jurisprudência desta Corte, que tem admitido não só a avaliação de procedimentos penais pendentes de definitividade, como também de procedimentos fiscais para fins de aferição da contumácia delitiva:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. DESCAMINHO. HABITUALIDADE CRIMINOSA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. INABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR. EFEITO DA CONDENAÇÃO. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE.

1. O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial n. 1.688.878/SP, sob o rito dos repetitivos, fixou a tese de que "incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias n. 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda" (REsp n. 1.688.878/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 28/2/2018, DJe de 4/4/2018).

2. Contudo, **a reiteração delitiva no crime de descaminho impede o reconhecimento do crime de bagatela. Além disso, apesar de não configurar reincidência, a existência de outras ações penais, inquéritos policiais em curso ou procedimentos administrativos fiscais é suficiente para caracterizar a habitualidade delitiva e, conseqüentemente, afastar a incidência do princípio da insignificância. Precedentes.**

3. A inabilitação do direito de dirigir constitui efeito específico da condenação, previsto no inciso III do art. 92 do CP, podendo incidir quando o automóvel for utilizado como meio para a prática do delito doloso e mediante fundamentação, como ocorreu na espécie, já que foi apontada a necessidade de impedir a reiteração criminosa do acusado.

4. Ademais a análise acerca da necessidade da CNH para que o agravante exerça sua profissão perpassa pela análise dos elementos probatórios dos autos, providência rechaçada na via do recurso especial, conforme os ditames da Súmula n. 7/STJ.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 2.337.741/PR, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 5/9/2023, DJe de 11/9/2023 - grifo nosso)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. HABITUALIDADE CRIMINOSA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O princípio da insignificância não tem aplicabilidade em casos de reiteração da conduta delitiva, porquanto tal circunstância denota maior grau de reprovabilidade do comportamento lesivo, sendo desnecessário perquirir o valor dos tributos iludidos pelo acusado.

2. **A existência de outras ações penais, inquéritos policiais em curso ou procedimentos administrativos fiscais, em que pese não configurarem reincidência, denotam a habitualidade delitiva do réu e afastam, por consectário, a incidência do princípio da insignificância. Precedentes.**

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 2.258.294/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 18/4/2023, DJe de 24/4/2023 - grifo nosso)

Aliás, não é outra a compreensão da Suprema Corte (grifo nosso):

EMENTA Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. Penal. Crime de descaminho. **Infrator contumaz. Existência de diversos procedimentos administrativos fiscais em seu desfavor. Princípio da insignificância. Não aplicabilidade**, não obstante a expressividade financeira do tributo seja inferior ao patamar estipulado pelo art. 20 da Lei nº 10.522/02 (atualizado pelas Portarias nºs 75 e 130/12 do Ministério da Fazenda). Precedentes. Regimental não provido.

(ARE 1448073 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 25-09-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 05-10-2023 PUBLIC 06-10-2023)

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REITERAÇÃO DELITIVA. 1. A parte recorrente não impugnou, especificamente, os fundamentos da decisão agravada, o que impossibilita o conhecimento do recurso, na linha da pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). 2. O STF já decidiu que, em se tratando de crime de descaminho, deve ser considerada a soma dos débitos consolidados para a análise do preenchimento do requisito objetivo necessário à aplicação do princípio da insignificância. Hipótese em que a notícia de que o ora agravante **responde a outros procedimentos administrativos fiscais inviabiliza, neste habeas corpus, o pronto reconhecimento da atipicidade penal**. Precedentes. 3. Agravo regimental não conhecido.

(HC 167235 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 10-05-2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-103 DIVULG 16-05-2019 PUBLIC 17-05-2019)

Logo, acolho a posição atual no sentido de que a contumácia pode ser verificada a partir de procedimentos fiscais e penais, ainda que não definitivos.

2) Há um marco temporal para valoração desses procedimentos?

N/a minha concepção, esse tema tangencia inexoravelmente a questão objeto do Tema n. 150 (RE n. 593.818/SC - STF), julgado sob o rito da repercussão geral, no qual o Plenário da Suprema Corte pacificou o entendimento de que os *maus antecedentes não se submetem ao período depurador de cinco anos, aplicável apenas à reincidência*.

Com efeito, a partir da compreensão de que o período depurador do art. 64, I, do CP, somente se aplica a reincidência em si, entendo que **não há base legal para aplicação desse lapso temporal prazo ou mesmo outro marco objetivo** para fins de análise da contumácia delitiva.

Nesse caso, entendo que deve incidir os princípios da **razoabilidade** e **proporcionalidade**, de modo que o juízo deve avaliar se a conduta anterior é contemporânea o suficiente para denotar que o agente ativo é contumaz na prática

delitiva.

Aliás, essa é a compreensão atual desta Corte na análise de condenações atingidas pelo período depurador para fins de negatificação dos antecedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. LESÃO CORPORAL EM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E PERIGO PARA A VIDA OU SAÚDE DE OUTREM. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. ÚNICA CONDENAÇÃO ANTERIOR CONSIDERADA A TÍTULO DE MAUS ANTECEDENTES. CONDUTA PERPETRADA MUITO ANTES DA PRÁTICA DO FATO DELITUOSO OBJETO DESTES WRIT. DIREITO AO ESQUECIMENTO. INCIDÊNCIA. DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA-BASE EM RAZÃO SUPERIOR A 1/6 (UM SEXTO) ACIMA DA PENA MÍNIMA PARA CADA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESABONADA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO QUE JUSTIFIQUE EXASPERAÇÃO A RAZÃO SUPERIOR. DESVALOR EXTRAORDINÁRIO NÃO DECLINADO. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Segundo orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, as condenações anteriores transitadas em julgado e extintas há mais de 5 (cinco) anos da data do novo delito, apesar de não configurarem a reincidência, diante do período depurador previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, podem ser utilizadas para caracterizar maus antecedentes. Ademais, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 593.818/SC, sob o regime da repercussão geral (Tema n. 150), fixou a tese de que "[n]ão se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal".

2. Entretanto, quanto ao instituto do direito ao esquecimento, ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte Superior posicionaram-se no sentido de que a avaliação dos antecedentes deve ser feita com observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, levando-se em consideração o lapso temporal transcorrido desde a prática criminosa. Conforme preconiza a jurisprudência desta Corte, "[q]uando os registros da folha de antecedentes do réu são muito antigos, deve ser feita uma valoração com cautela, na primeira fase da pena, para evitar uma condenação perpétua, e ser possível aplicar a teoria do direito ao esquecimento" (AgRg no HC n. 613.578/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/03/2021, DJe 29/03/2021).

No caso, a condenação que desabona o histórico criminal do Réu refere-se a crime cuja pena foi extinta há mais de 10 (dez) anos da prática dos novos delitos, o que justifica o afastamento da valoração negativa dos maus antecedentes. em outras palavras, a única anotação criminal anterior considerada na primeira etapa do cálculo da pena não se mostra idônea a majorar a reprimenda do Condenado.

3. O Julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime. Quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o Magistrado declinar, motivadamente, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República. Por outro, a margem de discricionariedade autorizada ao julgador de primeira e segunda instâncias inviabiliza, em regra, que o Superior Tribunal de Justiça, ao qual a sistemática constitucional não atribui a competência de reexaminar fatos e provas, substitua, seja em habeas corpus, seja em recurso especial, o juízo de valor quanto ao grau de culpabilidade do agente e da pena necessária e suficiente à sua reprovação, salvo em hipóteses excepcionais em que se verifique patente ilegalidade ou desproporcionalidade.

Com o propósito de estabelecer uma distinção jurídica entre os diferentes graus de gravidade concreta que um mesmo crime abstratamente previsto pode implicar, a análise da proporcionalidade da valoração da primeira etapa da

dosimetria da pena deve guardar correlação com o número total de circunstâncias judiciais reconhecidas como desfavoráveis ao réu, do art. 59 do Código Penal, salvo em hipóteses excepcionais, nas quais a gravidade do delito justifique exasperação diferenciada numa ou noutra circunstância judicial particular. Dessa forma, a despeito de, em regra, não haver vinculação apriorística a critérios puramente matemáticos, os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade, do dever de motivação das decisões judiciais, da prestação de contas (accountability) e da isonomia exigem que o julgador, a fim de balizar os limites de sua discricionariedade, opere um juízo de coerência, em especial entre o número de circunstâncias judiciais concretamente desabonadas e o quantum de pena que costuma ser aplicado pela jurisprudência em casos assemelhados.

4. Na hipótese, não foi ressaltada nenhuma conjuntura extraordinária para lastrear aumento maior que 1/6 (um sexto) acima da sanção corporal mínima pelos vetores do art. 59 do Código Penal validamente desabonados. E, à míngua de fundamentação que justifique recrudescimento maior que o comum, baseado em elementos concretos dos autos, devidamente declinados, o aumento pelas circunstâncias judiciais depreciadas deve limitar-se ao patamar de 1/6 (um sexto) acima da pena mínima abstratamente cominada às condutas (STJ, AgRg no HC 733.078/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2022, DJe 06/05/2022; e STJ, AgRg no HC n. 740.492/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/05/2022, DJe 31/05/2022; v.g.).

5. Agravo desprovido.

(AgRg no HC n. 843.483/MS, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 25/9/2023, DJe de 28/9/2023 - grifo nosso)

Assim, entendo que não deve ser fixado nenhum marco objetivo para fins de aferição da contumácia delitiva, devendo ser observado pelo Magistrado o critério da razoabilidade e proporcionalidade na análise do lapso temporal.

3) O valor do tributo não recolhido apurado em tais casos (reiteração), ostenta relevância para fins de conclusão no sentido da atipicidade material da conduta?

Nesse tópico, entendo que a resposta é negativa.

Ora, em se tratando de agente contumaz na prática delitiva, é desinfluyente perquirir o valor do tributo não recolhido para fins de aplicação do princípio insignificância, pois a contumácia, em regra, indica *per se* uma conduta mais gravosa e de periculosidade social relevante, de modo que a reiteração, em regra, acaba por afastar os requisitos necessários para o reconhecimento da atipicidade material da conduta.

Nesse sentido, destaco precedentes desta Corte e do STF (grifo nosso):

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. HABITUALIDADE CRIMINOSA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O princípio da insignificância não tem aplicabilidade em casos de

reiteração da conduta delitiva, porquanto tal circunstância denota maior grau de reprovabilidade do comportamento lesivo, sendo desnecessário perquirir o valor dos tributos iludidos pelo acusado.

2. A existência de outras ações penais, inquéritos policiais em curso ou procedimentos administrativos fiscais, em que pese não configurarem reincidência, denotam a habitualidade delitiva do réu e afastam, por consectário, a incidência do princípio da insignificância. Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 2.258.294/SP, Ministro Ribeiro Dantas, **Quinta Turma**, julgado em 18/4/2023, DJe de 24/4/2023)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONTRABANDO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL E VIOLAÇÃO DOS ARTS. 383 DO CPP E 334 DO CP. CONTRABANDO. 750 UNIDADES DE TABACO PARA NARGUILÉ. EMENDATIO LIBELLI. IMPOSSIBILIDADE. MOMENTO OPORTUNO. PROLAÇÃO DA SENTENÇA. ART. 383 DO CPP. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. VALOR ABAIXO DE R\$ 20.000,00. PRECEDENTE RECENTE DESTA CORTE. HARMONIZAÇÃO COM JURISPRUDÊNCIA DO PRETÓRIO EXCELSO. TESE 157. EXISTÊNCIA DE OUTROS PROCEDIMENTOS FISCAIS. HABITUALIDADE CRIMINOSA DO RECORRIDO NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. VERIFICAÇÃO QUE DEVE SER FEITA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. SÚMULA 7/STJ.

1. Razão assiste ao agravante, quanto à reclassificação da conduta nesta etapa processual, sob pena de cerceamento de defesa, notadamente em razão do momento oportuno para a aplicação da emendatio libelli ser a prolação da sentença.

2. A matéria controvertida está pacificada neste Superior Tribunal, firme em assinalar que o momento adequado para aplicar o instituto da emendatio libelli, nos termos do art. 383 do CPP, é na prolação da sentença, porquanto o acusado se defende dos fatos narrados na denúncia, e não da capitulação legal nela contida - que é dotada de caráter provisório (AgRg no AREsp n. 1.134.819/SP, Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 26/2/2018).

3. No que se refere ao pleito de reconhecimento da bagatela, a instância ordinária reconheceu a existência de outros processos administrativos contra o agravante.

4. O Tribunal a quo entendeu que a verificação da existência de habitualidade criminosa seria irrelevante para análise do princípio da insignificância, entendimento este que se mostra em descompasso com a jurisprudência desta Corte Superior, firmada no sentido da não incidência do princípio da insignificância nos casos em que o réu é reiteradamente autuado em processos administrativo-fiscais, como é o caso dos autos.

5. Contumácia delitiva do paciente. A orientação deste Supremo Tribunal, confirmada pelas duas Turmas, é firme no sentido de não se cogitar da aplicação do princípio da insignificância em casos nos quais o réu incide na reiteração do descaminho, evidenciada pela existência de procedimentos administrativos fiscais em seu desfavor, como se tem nestes autos (HC n 131.342/PR, Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 1º/2/2016).

6. A existência de outras ações penais, inquéritos policiais em curso ou procedimentos administrativos fiscais, em que pese não configurarem reincidência, denotam a habitualidade delitiva do réu e afastam, por conseguinte, a incidência do princípio da insignificância (AgRg nos EDcl no REsp 1.279.686/PR, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 18/10/2017).

7. Agravo regimental parcialmente provido, para reconsiderar, em parte, a decisão agravada e, conseqüentemente, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, dar-lhe parcial provimento, afastando, tão somente, a reclassificação da conduta para o delito de contrabando, permanecendo incólumes os seus demais termos.

(AgRg no REsp n. 1.747.693/PR, de minha relatoria, **Sexta Turma**, julgado em 25/9/2018, DJe de 15/10/2018)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. REITERAÇÃO DOS ARGUMENTOS EXPOSTOS NA INICIAL QUE NÃO INFIRMAM OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: HABITUALIDADE CRIMINOSA. INAPLICABILIDADE. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - A agravante apenas reitera os argumentos anteriormente expostos na inicial do habeas corpus, sem, contudo, aduzir novos elementos capazes de afastar as razões expendidas na decisão agravada. II - **A jurisprudência desta Suprema Corte é pacífica no sentido de que o princípio da insignificância deverá ser aplicado ao delito de descaminho quando o valor sonegado for inferior ao estabelecido no art. 20 da Lei 10.522/2002, com a redação dada pela Lei 11.033/2004, ressalvada a habitualidade criminosa, que impede a aplicação desse princípio, em razão do elevado grau de reprovabilidade da conduta do agente.** III - Na hipótese, tenho que, demonstrada a habitualidade criminosa, não há falar em atipicidade da conduta das pacientes, que dão mostras de que fazem da prática do crime de descaminho os seus modus vivendi, o que não pode ser tolerado pela ordem jurídica. IV - Agravo a que se nega provimento.

(HC 144463 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, **Segunda Turma**, julgado em 11-09-2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-202 DIVULG 24-09-2018 PUBLIC 25-09-2018)

Agravo regimental em habeas corpus. 2. Decisão monocrática do STJ. Ausência de interposição de agravo regimental. 3. Não exaurimento da jurisdição e inobservância do princípio da colegialidade. 4. **Crime de descaminho.** 5. **Valor dos tributos elididos inferior a vinte mil reais (Portarias do Ministério da Fazenda 75/2012 e 130/2012).** 6. **Princípio da Insignificância afastado.** 7. **Existência de indicadores de habitualidade delitiva.** 8. **Reprovabilidade da Conduta.** 9. Precedentes. 10. Agravo regimental a que se nega provimento.

(HC 142381 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, **Segunda Turma**, julgado em 04-06-2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 20-06-2018 PUBLIC 21-06-2018)

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO. ARTIGO 334, § 1º, C E D, DO CÓDIGO PENAL (REDAÇÃO ANTERIOR). HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CRFB/88, ART. 102, I, D E I. HIPÓTESE QUE NÃO SE AMOLDA AO ROL TAXATIVO DE COMPETÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE. VALOR INFERIOR AO PREVISTO NO ARTIGO 20 DA LEI N.º 10.522/2002. PORTARIAS N.º 75 E 130/2012 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. REITERAÇÃO DELITIVA. COMPROVAÇÃO. INVIABILIDADE DO RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. **O delito de descaminho reiterado e figuras assemelhadas impede o reconhecimento do princípio da insignificância, ainda que o valor apurado esteja dentro dos limites fixados pela jurisprudência pacífica desta Corte para fins de reconhecimento da atipicidade.** Precedentes: HC 133.566, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia DJe de 12/05/2016, HC 130.489AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Edson Fachin DJe de 09/05/2016, HC 133.736 AgR, Segunda Turma, Relator Min. Gilmar Mendes, DJe 18/05/2016. 2. In casu, o paciente recorrente foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 334, § 1º, alínea c, do Código Penal (descaminho) e no artigo 1º, inciso III, da Lei 8.137/90, em razão de haver ingressado em território nacional com equipamentos eletrônicos de origem estrangeira desacompanhados de regular documentação de regularização, sendo o tributo devido no importe de R\$ 15.960,63 (quinze mil novecentos e sessenta reais e sessenta e três centavos). Ademais, o paciente teria falsificado notas fiscais para vender as mercadorias no estabelecimento comercial do qual é administrador. 3. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, exhaustivamente, no artigo 102, inciso I, alíneas d e i, da Constituição da República, sendo certo que o paciente não está arrolado em qualquer das hipóteses sujeitas à

jurisdição desta Corte. 4. Agravo regimental desprovido.

(HC 122348 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, **Primeira Turma**, julgado em 09-11-2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-248 DIVULG 21-11-2016 PUBLIC 22-11-2016)

Acresço, ainda, que admitir a incidência do princípio da insignificância na hipótese de contumácia delitiva com base na totalidade do tributo não recolhido (inferior a vinte mil reais), teria o efeito deletério de estimular uma "economia do crime", na medida em que acabaria por criar uma "cota" de imunidade penal para a prática de sucessivas condutas delituosas.

Rememoro, nesse aspecto, que a ressalva constante da tese central - no sentido da possibilidade da aplicação excepcional da insignificância aos caso em que, apesar da reiteração da conduta, a medida for socialmente recomendável -, já contempla uma exceção à regra, de modo que **não seria recomendável nem necessário acrescentar um parâmetro objetivo nesse caso.**

Solucionada a questão central e os tópicos subsidiários, voto pela fixação da seguinte tese:

A reiteração da conduta delitiva obsta a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho - independentemente do valor do tributo não recolhido -, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, se concluir que a medida é socialmente recomendável. A contumácia pode ser aferida a partir de procedimentos penais e fiscais pendentes de definitividade, sendo inaplicável o prazo previsto no art. 64, I, do CP, incumbindo ao julgador avaliar o lapso temporal transcorrido desde o último evento delituoso à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Aplicando essa tese ao caso sob exame, entendo que deve ser mantido o a córdão atacado, na medida em que o recorrente ostenta vários procedimentos fiscais contra si decorrentes da prática de condutas similares, circunstância apta a obstar o reconhecimento da atipicidade material da conduta.

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso especial e **proponho** a fixação da seguinte tese: *A reiteração da conduta delitiva obsta a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho - independentemente do valor do tributo não recolhido -, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, se concluir que a medida é socialmente recomendável. A contumácia pode ser aferida a partir de procedimentos penais e fiscais pendentes de definitividade, sendo inaplicável o prazo previsto no art. 64, I, do CP, incumbindo ao julgador avaliar o lapso temporal transcorrido desde o último evento delituoso à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2083701 - SP (2023/0172601-4)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
RECORRENTE : DEVANIR CHAVES TIRADENTES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
INTERES. : ASSOCIACAO NACIONAL DA ADVOCACIA CRIMINAL -
"AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS : BRUNO ESPINEIRA LEMOS - DF017918
JAMES WALKER NEVES CORRÊA JÚNIOR - RJ079016
MARCIO GUEDES BERTI - PR037270
VICTOR MINERVINO QUINTIERE - DF043144

VOTO VENCIDO

Adoto o relatório lançado pelo Ministro Sebastião Reis Júnior.

Sem desconsiderar que a jurisprudência desta Terceira Seção caminha no sentido de reconhecer que a reiteração delitiva impede a aplicação do princípio da insignificância, entendo ser o caso de fazer algumas ponderações.

Como é de conhecimento, o princípio da insignificância é um vetor interpretativo que tem por finalidade restringir a intervenção do Direito Penal na qualificação de condutas que revelam lesão ínfima ao bem jurídico tutelado.

Não há dúvida de que o princípio da insignificância é *causa de exclusão da tipicidade*, de modo que sua incidência provoca a *atipicidade do fato*.

A tipicidade penal se constitui pela união da tipicidade *formal* e tipicidade *material*. Na incidência do princípio da insignificância, verifica-se, apenas, a tipicidade *formal*, isto é, juízo de subsunção do fato à norma penal. Falta, portanto, a *tipicidade material*: lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.

A insignificância afasta, assim, a caracterização material da tipicidade penal. E, por constituir excludente da tipicidade, incidente a insignificância, o fato é atípico, de modo que não se mostra necessário o prosseguir na análise dos demais elementos que constituem o crime.

E, neste contexto, parece ser irrelevante, do ponto de vista teórico, a avaliação da primariedade ou reincidência por se tratar de matéria afeta à teoria da pena, mais especificamente à individualização da sanção eventualmente aplicada, e não à teoria do crime.

O Supremo Tribunal Federal estabeleceu os requisitos devem ser observados para a aplicação do princípio, no julgamento do *Habeas Corpus* nº. 98152, de relatoria do Ministro Celso de Melo, e não se observa nenhum elemento que se relacione com a folha de antecedentes daquele que pratica a conduta: (a) *mínima ofensividade da conduta do agente* (b) *nenhuma periculosidade social da ação* (c) *reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento* e (d) *inexpressividade da lesão jurídica provocada*.

Não deixo de lado que o princípio da insignificância é um instrumento de política criminal e que, portanto, é preciso que se tenha a indispensável flexibilidade na sua aplicação. E é o que se extrai dos requisitos fixados pelo Supremo Tribunal Federal. Todavia, não parece adequado a inserção de requisito estranho à natureza jurídica do instrumento, isto é, a flexibilidade na aplicação não pode desnaturar o instituto, sob pena de gerar insegurança jurídica e instituir desnecessário protagonismo judicial.

Ressalvo, por fim, a figura específica do *criminoso habitual*, isto é, aquele que faz da prática de delitos o seu meio de vida. Obviamente, a ele não se permite a aplicação do princípio da insignificância, mas a figura não se confunde com a mera reincidência. A *habitualidade* exige a conclusão de que, muito embora cada fato praticado seja atípico, o conjunto das condutas revele um fato típico.

Em resumo, sem ignorar a jurisprudência desta Corte e os motivos que levam à conclusão, entendo não se mostra a medida mais ajustada à dogmática impedir a aplicação do princípio da insignificância em razão da reiteração delitiva.

Por tais razões, voto no sentido de negar provimento ao recurso, mas, pedindo vênias ao Ministro relator, não acompanho a tese proposta.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2023/0172601-4

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 2.083.701 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00001647920194036110 1647920194036110

PAUTA: 22/02/2024

JULGADO: 28/02/2024

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : DEVANIR CHAVES TIRADENTES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
INTERES. : ASSOCIACAO NACIONAL DA ADVOCACIA CRIMINAL - "AMICUS
CURIAE"
ADVOGADOS : BRUNO ESPINEIRA LEMOS - DF017918
JAMES WALKER NEVES CORRÊA JÚNIOR - RJ079016
MARCIO GUEDES BERTI - PR037270
VICTOR MINERVINO QUINTIERE - DF043144

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Particular Contra a Administração em Geral -
Contrabando ou descaminho

SUSTENTAÇÃO ORAL

O Dr. Victor Minervino Quintiere sustentou oralmente pela parte Interessada: Associação Nacional da Advocacia Criminal.

A Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge (Subprocuradora-Geral da República) sustentou oralmente pelo MPF (como Defensora da Ordem Jurídica).

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Seção, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial e, por maioria, fixou a seguinte tese no Tema Repetitivo n. 1218: "A reiteração da conduta delitiva obsta a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho - independentemente do valor do tributo não recolhido -, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, se concluir que a medida é socialmente recomendável. A contumácia pode ser aferida a partir de procedimentos penais e fiscais pendentes de definitividade, sendo inaplicável o prazo previsto no art. 64, I, do CP, incumbindo ao julgador avaliar o lapso temporal transcorrido desde o último evento delituoso à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade", nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, com a ressalva de entendimento do Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Vencido o Sr. Ministro Messod Azulay Neto, que divergiu quanto à tese fixada.

Os Srs. Ministros Rogério Schietti Cruz, Reynaldo Soares da Fonseca, Antonio Saldanha Palheiro (com ressalva), Messod Azulay Neto, Teodoro Silva Santos e Jesuíno

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2023/0172601-4

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 2.083.701 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) votaram com o Sr. Ministro Relator, quanto ao caso concreto.

Vencido o Sr. Ministro Messod Azulay Neto, quanto à tese fixada.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik e Daniela Teixeira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2091651 - SP (2023/0193923-4)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
RECORRENTE : LUIS CARLOS SCHUDA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
CORRÉU : CLAUDINEI MENGER DE OLIVEIRA

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA.. DESCAMINHO. DISCUSSÃO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA (PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA) NA HIPÓTESE DE REITERAÇÃO DA CONDUTA DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. CONTUMÁCIA DELITIVA APTA A INDICAR CONDUTA MAIS REPROVÁVEL E DE PERICULOSIDADE SOCIAL RELEVANTE. RESSALVADA A POSSIBILIDADE DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS CONCLUÍREM QUE A MEDIDA É SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. TÓPICOS SUBSIDIÁRIOS PARA FIXAÇÃO DA TESE. POSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DA CONTUMÁCIA A PARTIR DE PROCEDIMENTOS PENAIS E FISCAIS PENDENTES DE DEFINITIVIDADE. INAPLICABILIDADE DO MARCO TEMPORAL PREVISTO NO ART. 64, I, DO CP. INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. VALOR DO TRIBUTO NÃO RECOLHIDO. IRRELEVÂNCIA EM SE TRATANDO DE CONTUMÁCIA DELITIVA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF.

1. A reiteração da conduta delitiva obsta a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável (EREsp n. 1.217.514/RS, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe 16/12/2015).
2. A contumácia pode ser aferida a partir de procedimentos fiscais e penais, ainda que não definitivos. Precedentes do STJ e do STF.
3. Não há base legal para aplicação do prazo preconizado no art. 64, I, do CP, ou mesmo outro marco objetivo para fins de análise da contumácia delitiva, sendo aplicáveis os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de modo que o juízo ordinário deve avaliar se a conduta anterior é suficiente para denotar que o agente ativo é contumaz na prática delitiva.
4. Em se tratando de agente contumaz na prática delitiva, é desinfluyente perquirir o valor do tributo não recolhido para fins de aplicação do princípio insignificância, pois a contumácia indica *per se* uma conduta mais gravosa e

de periculosidade social relevante, de modo que a reiteração, em regra, acaba por afastar os requisitos necessários para o reconhecimento da atipicidade material da conduta. Admitir a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, no caso de reiteração da conduta, com base no montante do tributo não recolhido (inferior a vinte mil reais), teria o efeito deletério de estimular uma "economia do crime", na medida em que acabaria por criar uma "cota" de imunidade penal para a prática de sucessivas condutas delituosas.

5. Recurso especial improvido. Fixada a seguinte tese: *A reiteração da conduta delitiva obsta a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho - independentemente do valor do tributo não recolhido -, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, se concluir que a medida é socialmente recomendável. A contumácia pode ser aferida a partir de procedimentos penais e fiscais pendentes de definitividade, sendo inaplicável o prazo previsto no art. 64, I, do CP, incumbindo ao julgador avaliar o lapso temporal transcorrido desde o último evento delituoso à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.*

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial e, por maioria, fixou a seguinte tese no Tema Repetitivo n. 1218: "A reiteração da conduta delitiva obsta a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho - independentemente do valor do tributo não recolhido -, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, se concluir que a medida é socialmente recomendável. A contumácia pode ser aferida a partir de procedimentos penais e fiscais pendentes de definitividade, sendo inaplicável o prazo previsto no art. 64, I, do CP, incumbindo ao julgador avaliar o lapso temporal transcorrido desde o último evento delituoso à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade", nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, com a ressalva de entendimento do Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Vencido o Sr. Ministro Messod Azulay Neto, que divergiu quanto à tese fixada.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Reynaldo Soares da Fonseca, Antonio Saldanha Palheiro (com ressalva), Messod Azulay Neto, Teodoro Silva Santos e Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) votaram com o Sr. Ministro Relator, quanto ao caso concreto.

Vencido o Sr. Ministro Messod Azulay Neto, quanto à tese fixada.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik e Daniela Teixeira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Brasília, 28 de fevereiro de 2024.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2091651 - SP (2023/0193923-4)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
RECORRENTE : LUIS CARLOS SCHUDA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
CORRÉU : CLAUDINEI MENGER DE OLIVEIRA

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA.. DESCAMINHO. DISCUSSÃO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA (PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA) NA HIPÓTESE DE REITERAÇÃO DA CONDUTA DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. CONTUMÁCIA DELITIVA APTA A INDICAR CONDUTA MAIS REPROVÁVEL E DE PERICULOSIDADE SOCIAL RELEVANTE. RESSALVADA A POSSIBILIDADE DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS CONCLUÍREM QUE A MEDIDA É SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. TÓPICOS SUBSIDIÁRIOS PARA FIXAÇÃO DA TESE. POSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DA CONTUMÁCIA A PARTIR DE PROCEDIMENTOS PENAIS E FISCAIS PENDENTES DE DEFINITIVIDADE. INAPLICABILIDADE DO MARCO TEMPORAL PREVISTO NO ART. 64, I, DO CP. INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. VALOR DO TRIBUTO NÃO RECOLHIDO. IRRELEVÂNCIA EM SE TRATANDO DE CONTUMÁCIA DELITIVA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF.

1. A reiteração da conduta delitiva obsta a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável (EREsp n. 1.217.514/RS, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe 16/12/2015).
2. A contumácia pode ser aferida a partir de procedimentos fiscais e penais, ainda que não definitivos. Precedentes do STJ e do STF.
3. Não há base legal para aplicação do prazo preconizado no art. 64, I, do CP, ou mesmo outro marco objetivo para fins de análise da contumácia delitiva, sendo aplicáveis os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de modo que o juízo ordinário deve avaliar se a conduta anterior é suficiente para denotar que o agente ativo é contumaz na prática delitiva.
4. Em se tratando de agente contumaz na prática delitiva, é desinfluyente perquirir o valor do tributo não recolhido para fins de aplicação do princípio insignificância, pois a contumácia indica *per se* uma conduta mais gravosa e

de periculosidade social relevante, de modo que a reiteração, em regra, acaba por afastar os requisitos necessários para o reconhecimento da atipicidade material da conduta. Admitir a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, no caso de reiteração da conduta, com base no montante do tributo não recolhido (inferior a vinte mil reais), teria o efeito deletério de estimular uma "economia do crime", na medida em que acabaria por criar uma "cota" de imunidade penal para a prática de sucessivas condutas delituosas.

5. Recurso especial improvido. Fixada a seguinte tese: *A reiteração da conduta delitiva obsta a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho - independentemente do valor do tributo não recolhido -, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, se concluir que a medida é socialmente recomendável. A contumácia pode ser aferida a partir de procedimentos penais e fiscais pendentes de definitividade, sendo inaplicável o prazo previsto no art. 64, I, do CP, incumbindo ao julgador avaliar o lapso temporal transcorrido desde o último evento delituoso à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.*

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto por **Luis Carlos Schuda**, fundado no art. 105, III, a, da Constituição Federal, contra o acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região exarado no julgamento da Apelação Criminal n. 0010602-48.2011.4.03.6110, assim ementado (fls. 707/708):

APELAÇÃO CRIMINAL. DESCAMINHO. ARTIGO 334, § 1º, ALÍNEA "D", DO CÓDIGO PENAL. VALOR DOS TRIBUTOS ILUDIDOS INFERIOR AO ESTIPULADO NO ARTIGO 20 DA LEI Nº 10.522/02, ATUALIZADO PELAS PORTARIAS 75/2012 E 130/2012 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. HABITUALIDADE DELITIVA. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. REDUÇÃO. AGRAVANTE DO ARTIGO 62, INCISO IV, DO CÓDIGO PENAL. MANUTENÇÃO. FIXAÇÃO DE SOMENTE UMA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. APELO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O apelante foi condenado pela prática do crime previsto no artigo 334, §1º, alínea "d", do Código Penal, nos termos da redação vigente à época dos fatos.

2. Em 2012, o Ministério da Fazenda editou as Portarias nº 75 e 130, as quais estipularam, entre outros, o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional nos casos de valores iguais ou inferiores a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Ato contínuo, ambas as Turmas da Suprema Corte adotaram como parâmetro para fins de aplicação do princípio da insignificância aos crimes contra a ordem tributária e de descaminho o disposto em tais portarias, inclusive no que tange a condutas engendradas antes do advento desses atos normativos.

3. Destarte, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, com base nos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, decidiu revisar o Tema 157 dos recursos repetitivos para se amoldar ao corrente entendimento do Supremo Tribunal Federal, também aplicando o princípio da insignificância aos crimes tributários e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), com fundamento no artigo 20 da Lei nº10.522/2002, atualizado pelas Portarias nº 75 e 130 do Ministério da Fazenda.

4. No caso em tela, o valor dos tributos iludidos pelo réu corresponde a

R\$19.088,00 (dezenove mil e oitenta e oito reais)) – consoante os documentos colacionados pela Receita Federal do Brasil - levando-se em conta o Imposto de Importação e o Imposto sobre Produtos Industrializados, que seriam devidos na importação regular, razão pela qual seria aplicável o princípio da insignificância.

5. Entretanto, permanecendo o réu na prática delitativa do descaminho com habitualidade, deixa de ser aplicável o princípio da insignificância, independentemente do valor do tributo iludido. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

6. A aplicação do princípio da insignificância aos fatos em questão poderia tornar inócua a reprimenda penal, pois o réu adota comportamento reiterado quanto à prática do descaminho, o que se revela suficiente para a configuração da habitualidade delitiva.

7. A materialidade foi comprovada pelo Auto de Apresentação e Apreensão (ID 263602775 – fls. 11/12), Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadorias (ID 263602775 - fls. 84/86) e Laudo Merceológico (ID 263602775 – fls.92/94). Com efeito, os documentos elencados certificam a apreensão de diversos produtos de origem estrangeira, tornando inconteste a materialidade delitiva.

8. A autoria delitiva restou comprovada pelo conjunto probatório amealhado. O dolo, por sua vez, evidenciou-se tanto pelas circunstâncias em que as mercadorias foram apreendidas como pela prova oral produzida.

9. A quantidade de mercadorias estrangeiras introduzidas irregularmente no país implicou a ilusão de tributos no importe de R\$ 19.088,00 (dezenove mil e oitenta e oito reais). Tendo em vista que o patamar utilizado para a aplicação do princípio da insignificância nos crimes do artigo 334 do Código Penal é de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), desarrazoado considerar que o montante dos produtos importados de forma irregular possa ser valorado negativamente a ponto de exasperar a pena-base. Pena-base fixada no patamar mínimo de 1 (um) ano de reclusão.

10. Com ressalva do meu entendimento pessoal, passo a adotar a orientação do C. Superior Tribunal de Justiça quanto à incidência da agravante do artigo 62, inciso IV, do Código Penal, no sentido de que não constitui elementar do tipo previsto nos artigos 334 e 334-A do Código Penal.

11. Presentes os requisitos elencados no artigo 44, § 2º, do Código Penal, mantenho a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. Considerando a pena corporal de 1 (um) ano de reclusão imposta ao réu, a substituição deve ocorrer por somente uma pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade pelo período da pena substituída, a ser definida pelo Juízo da execução.

12. Apelo da defesa parcialmente provido.

Nas razões do recurso especial, a defesa do recorrente suscitou negativa de vigência do art. 386, III, do Código de Processo Penal, pugnando, em síntese, pela absolvição mediante aplicação do princípio da insignificância (fls. 720/729).

Contrarrazões às fls. 733/737.

A Corte de origem inadmitiu o recurso (fls. 739/750), sendo tal decisão impugnada mediante agravo juntado às fls. 754/762.

Devidamente autuado nesta Corte, os autos foram encaminhados à Presidente da Comissão Gestora de Precedentes, Ministra Assusete Magalhães, que, em uma análise preliminar, reputou viável a afetação do recurso ao rito dos repetitivos,

determinando a conversão do agravo em recurso especial e a oitiva das partes envolvidas (fls. 783/784).

Após oitiva das partes, a eminente Presidente entendeu por qualificar o presente recurso especial como representativo da controvérsia e candidato à afetação, impondo ao feito o rito estabelecido pelos arts. 256 e seguintes do RISTJ (fls. 810/812).

O Ministério Público Federal, ouvido na condição de *custos legis*, opinou no sentido da afetação ao rito dos arts. 1.036, do Código de Processo Civil e 256 e ss. do RISTJ (fls. 792/800).

Em julgamento concluído em 17/10/2023, a Terceira Seção acolheu a proposta de afetação ao rito previsto nos arts. 1.036 e 1.037 do Código de Processo Civil de 2015 e 256 ao 256-X do RISTJ, nos termos do acórdão assim ementado (fl. 827):

PROPOSTA DE AFETAÇÃO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. DESCAMINHO. DISCUSSÃO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA (PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA) NA HIPÓTESE DE REITERAÇÃO DA CONDUTA DELITIVA, INDEPENDENTEMENTE DO VALOR DO TRIBUTO NÃO RECOLHIDO.

1. Delimitação da controvérsia: definir se a reiteração delitiva obsta a incidência do princípio da insignificância ao delito de descaminho, independentemente do valor do tributo não recolhido.

2. Afetação do recurso especial ao rito previsto nos arts. 1.036 e 1.037 do CPC/2015 e 256 e ss. do RISTJ.

Em nova manifestação, o Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso e pela fixação da seguinte tese: *a reiteração delitiva não obsta a incidência do princípio da insignificância ao delito de descaminho, quando o valor do débito devido à fazenda pública decorrente da conduta formalmente típica não seja superior a R\$ 20.000,00, ressalvada a reiteração na mesma modalidade criminosa, ocorrida em períodos de até 5 (cinco) anos* (fl. 839).

É o relatório.

VOTO

No julgamento do REsp n. 1.709.029/MG, a Terceira Seção desta Corte, revendo a tese fixada no julgamento do REsp n. 1.112.748/TO (Tema 157), firmou o

entendimento de que incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias n. 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda.

Com efeito, a controvérsia posta no presente traduz um **desdobramento** direto daquele julgamento, na medida em que busca elucidar se o princípio da insignificância incide nos casos em que verificada a reiteração da conduta (descaminho).

Cumprido, no entanto, ressaltar que, além da questão central posta no representativo - possibilidade de incidência do princípio da insignificância ao crime de descaminho quando verificada a reiteração da conduta - há **outras questões subjacentes** que, a depender da solução da proposição inicial, também devem ser equacionadas para fins de fixação de uma tese apta a orientar o julgamento nas instâncias ordinárias, a saber: 1) procedimentos pendentes de definitividade, inclusive processos administrativos, podem ser sopesados para fins de formar convicção no sentido da recidiva da conduta delitiva?; 2) há um lapso temporal máximo para valoração desses procedimentos?; e 3) o valor do tributo não recolhido apurado em tais casos (reiteração), ostenta relevância para fins de conclusão no sentido da atipicidade material da conduta?

Passo, então, ao enfrentamento de cada um dos temas.

A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n. 1.217.514/RS (Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 16/12/2015) firmou o entendimento de que a reiteração da conduta delitiva *inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de descaminho, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável.*

Eis a ementa do acórdão exarado naquele julgamento:

PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. 1. CRIME DE DESCAMINHO E REITERAÇÃO CRIMINOSA. POSSIBILIDADE OU NÃO DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DIVERGÊNCIA ENTRE QUINTA E SEXTA TURMAS. 2. VERDADEIRO BENEFÍCIO NA ESFERA PENAL. RISCO DE MULTIPLICAÇÃO DE PEQUENOS DELITOS. NECESSIDADE DE SE VERIFICAR AS CONDIÇÕES

PESSOAS DO AGENTE NO CASO CONCRETO. 3. REITERAÇÃO CRIMINOSA NO DESCAMINHO. INVIABILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RESSALVA DO CASO CONCRETO. MEDIDA QUE PODE SE MOSTRAR SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. 4. ANÁLISE FÁTICA E PROBATÓRIO. COMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. 5. EMBARGOS ACOLHIDOS, COM RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA EXAME DO CASO CONCRETO.

1. Descaminho: embora exista um patamar objetivamente fixado (10 mil reais) e tenham sido apontados vetores que orientam o exame da conduta e do comportamento do agente, bem como a lesão jurídica provocada, não há consenso sobre a possibilidade ou não de incidência do princípio da insignificância nos casos em que fica demonstrada a reiteração delitiva. Para a Sexta Turma, o passado delitivo do agente não impede a aplicação da benesse; para a Quinta Turma, entretanto, as condições pessoais negativas do autor inviabilizam o benefício.

2. O princípio da insignificância é verdadeiro benefício na esfera penal, razão pela qual não há como deixar de se analisar o passado criminoso do agente, sob pena de se instigar a multiplicação de pequenos crimes pelo mesmo autor, os quais se tornariam inatingíveis pelo ordenamento penal. Imprescindível, assim, o efetivo exame das circunstâncias objetivas e subjetivas do caso concreto, porquanto, de plano, aquele que reitera e reincide não faz jus a benesses jurídicas.

3. Nesse encadeamento de ideias, entendo ser possível firmar a orientação no sentido de que a reiteração criminosa inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de descaminho, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável.

4. Apenas as instâncias ordinárias, que se encontram mais próximas da situação que concretamente se apresenta ao Judiciário, têm condições de realizar o exame do caso concreto, por meio da valoração fática e probatória a qual, na maioria das vezes, possui cunho subjetivo, impregnada pelo livre convencimento motivado. Dessa forma, não tendo as instâncias ordinárias apresentado nenhum elemento concreto que autorizasse a aplicação excepcional do princípio da bagatela, entendo que deve prevalecer o óbice apresentado nos presentes autos.

5. Acolhidos os embargos de divergência para reformar o acórdão embargado, dando provimento ao agravo regimental para dar provimento ao recurso especial, determinando o retorno dos autos ao Juízo de origem, para que, superada a tese da insignificância, realize juízo de recebimento da denúncia.

Os julgados mais recentes das duas Turmas Criminais desta Corte seguem a mesma linha, embora tenham deixado de constar ressalva acerca da possibilidade de aplicação excepcional do princípio:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP). ART. 28-A DO CPP. DIANTE DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA EM MOMENTO ANTERIOR À VI GÊNCIA DA LEI N. 13.964/2019, MOSTRA-SE INCABÍVEL O ANPP. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. CONTUMÁCIA . EXISTÊNCIA DE OUTROS PROCEDIMENTOS FISCAIS. HABITUALIDADE DELITIVA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA.

I - A Lei n. 13.964/19 (com vigência superveniente a partir de 23/01/2020), na sua parte processual, é dotada de aplicação imediata. Diante disso, aliás, como ocorre com a legislação processual penal em geral, vigora o princípio do tempus regit actum - nos termos do próprio art. 2º do CPP: "A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior".

II - No presente caso, não estão preenchidos os requisitos legais para a formulação do ANPP (art. 28-A do CPP), uma vez que a denúncia foi recebida no dia 09/05/2019, antes, portanto, da entrada em vigor da referida lei, que ocorreu em 23/01/2020, motivo pelo qual não se mostra cabível a propositura de tal acordo.

III - A conclusão adotada na origem se coaduna com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firmada no sentido de que a referida benesse legal é cabível durante a fase inquisitiva da persecução penal, sendo limitada até o recebimento da denúncia, o que inviabiliza a retroação pretendida pelo agravante, porquanto a denúncia foi recebida antes da vigência da Lei n. 13.964/2019.

IV - A Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento do REsp n. 1.217.514/RS, reafirmou, em sessão realizada no dia 9/12/2015, o entendimento no sentido de que, em regra, a reiteração criminosa impossibilita a aplicação do princípio da insignificância nos delitos de descaminho.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 2.022.197/SP, Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, DJe 2/6/2023).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. HABITUALIDADE CARACTERIZADA. DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA-BASE EM RAZÃO DOS MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PROPORCIONALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A reiteração delitiva afasta a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de descaminho. Precedentes.

2. No caso dos autos, consta o registro de 1 condenação transitada em julgado, 1 processo penal ainda em curso e 21 processos administrativos-fiscais contra o réu, por condutas semelhantes ao fato que lhe é imputado, circunstância hábil a afastar a incidência do princípio da insignificância.

3. A jurisprudência desta Corte entende que cabe ao magistrado, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso concreto, decidir o quantum de exasperação da pena-base, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

4. Os antecedentes foram considerados desfavoráveis em virtude da existência de prévia condenação com trânsito em julgado pela prática do mesmo delito. Tal motivo é idôneo para exasperar a pena-base, por indicar maior reprovabilidade da conduta.

5. Não há na legislação brasileira, nem na jurisprudência desta Corte previsão de um percentual fixo para a exasperação da pena-base em razão da negativação de uma circunstância judicial.

6. Não se verifica desproporcionalidade no aumento de 4 meses para a circunstância judicial desfavorável ao acusado, pois tal acréscimo foi idoneamente motivado e levou em conta, inclusive, o máximo e o mínimo cominados para o crime de descaminho - 1 a 4 anos.

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AgRg no AREsp n. 2.075.795/RS, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 14/9/2022, DJe de 21/9/2022).

Com efeito, quanto ao cerne da discussão, não vislumbro nenhuma justificativa razoável para alterar a orientação desta Corte, qual seja, de que, **em regra**, a reiteração delitiva obsta a incidência do princípio da insignificância ao crime descaminho.

Ora, a reiteração da conduta é uma circunstância apta a indicar uma conduta mais reprovável e de periculosidade social relevante, inclusive porque transmite a ideia de impunidade, reduzindo o caráter de prevenção geral da norma penal, de modo que, caso verificada, tem-se por afastado, ao menos, dois dos pressupostos para reconhecimento da atipicidade material da conduta nos moldes estabelecidos pela

jurisprudência, a saber: ausência de periculosidade social da ação e reduzido grau de reprovabilidade do comportamento.

Ressalto, no entanto, que é recomendável a manutenção da ressalva proposta pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca quando do julgamento do EREsp n. 1.217.514/RS.

Com efeito, é impossível contemplar a multiplicidade de situações fáticas que podem acarretar na prática de crime descaminho, sendo certo que, a depender das circunstâncias que tangenciem a reiteração da conduta, o julgador pode compreender que o reconhecimento da atipicidade material é a medida socialmente recomendável.

Mutatis mutandis, essa é a mesma compreensão que tem orientado esta Corte na análise do princípio da insignificância nos crimes de furto em que verificada a contumácia do agente:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. ABSOLVIÇÃO. INSIGNIFICÂNCIA. REITERAÇÃO DELITIVA. RÉU REINCIDENTE E COM MAUS ANTECEDENTES. ATIPICIDADE DA CONDUTA NÃO EVIDENCIADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. 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. [...] 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) nenhuma periculosidade social da ação; (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público." (HC n. 844.120/SP, STF, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, DJU 19/11/2004).

2. A Quinta Turma desta Corte Superior reconhece que o princípio da insignificância não tem aplicabilidade em casos de reiteração da conduta delitiva, salvo excepcionalmente, quando demonstrado ser tal medida recomendável diante das circunstâncias concretas, o que não se evidencia na hipótese, eis que o agravante é reincidente e ainda ostenta antecedentes por crimes contra o patrimônio, o que denota sua habitualidade delitiva e afasta, por consectário, a incidência do princípio da bagatela.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 2.390.406/SC, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 24/10/2023, DJe de 31/10/2023 - grifo nosso).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL. INAPLICABILIDADE. MULTIRREINCIDÊNCIA. HABITUALIDADE DELITIVA.

1. Sedimentou-se a orientação jurisprudencial no sentido de que a incidência do princípio da insignificância pressupõe a concomitância de quatro vetores: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

2. No caso, não é socialmente recomendável a aplicação do princípio da insignificância, dada a ausência de mínima ofensividade da conduta, uma vez constatada a multirreincidência do agente.

3. **A reincidência e a habitualidade delitiva têm sido compreendidas como obstáculos iniciais à tese da insignificância, ressalvada excepcional peculiaridade do caso penal.** Nesse sentido: EAREsp n. 221.999/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 11/11/2015, DJe 10/12/2015.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 756.530/MG, Ministro Jesuíno Rissato, Desembargador Convocado do TJDF, Sexta Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 18/5/2023 - grifo nosso).

Logo, entendo por acolher integralmente a tese proposta pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca no julgamento do EREsp n. 1.217.514/RS, a saber: a reiteração da conduta delitiva *inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de descaminho, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável.*

Passo, então, ao exame dos **tópicos subsidiários**, cujo equacionamento é necessário para formação da tese:

1) Procedimentos pendentes de definitividade, inclusive processos administrativos, podem ser sopesados para fins de formar convicção no sentido da recidiva da conduta delitiva?

Essa questão está sedimentada na jurisprudência desta Corte, que tem admitido não só a avaliação de procedimentos penais pendentes de definitividade, como também de procedimentos fiscais para fins de aferição da contumácia delitiva:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. DESCAMINHO. HABITUALIDADE CRIMINOSA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. INABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR. EFEITO DA CONDENAÇÃO. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE.

1. O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial n. 1.688.878/SP, sob o rito dos repetitivos, fixou a tese de que "incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias n. 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda" (REsp n. 1.688.878/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 28/2/2018, DJe de 4/4/2018).

2. Contudo, **a reiteração delitiva no crime de descaminho impede o reconhecimento do crime de bagatela. Além disso, apesar de não configurar reincidência, a existência de outras ações penais, inquéritos policiais em curso ou procedimentos administrativos fiscais é suficiente para caracterizar a habitualidade delitiva e, conseqüentemente, afastar a incidência do princípio da insignificância. Precedentes.**

3. A inabilitação do direito de dirigir constitui efeito específico da condenação, previsto no inciso III do art. 92 do CP, podendo incidir quando o automóvel for

utilizado como meio para a prática do delito doloso e mediante fundamentação, como ocorreu na espécie, já que foi apontada a necessidade de impedir a reiteração criminosa do acusado.

4. Ademais a análise acerca da necessidade da CNH para que o agravante exerça sua profissão perpassa pela análise dos elementos probatórios dos autos, providência rechaçada na via do recurso especial, conforme os ditames da Súmula n. 7/STJ.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 2.337.741/PR, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 5/9/2023, DJe de 11/9/2023 - grifo nosso).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. HABITUALIDADE CRIMINOSA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O princípio da insignificância não tem aplicabilidade em casos de reiteração da conduta delitiva, porquanto tal circunstância denota maior grau de reprovabilidade do comportamento lesivo, sendo desnecessário perquirir o valor dos tributos iludidos pelo acusado.

2. **A existência de outras ações penais, inquéritos policiais em curso ou procedimentos administrativos fiscais, em que pese não configurarem reincidência, denotam a habitualidade delitiva do réu e afastam, por consectário, a incidência do princípio da insignificância. Precedentes.**

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 2.258.294/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 18/4/2023, DJe de 24/4/2023 - grifo nosso).

Aliás, não é outra a compreensão da Suprema Corte (grifo nosso):

EMENTA Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. Penal. Crime de descaminho. **Infrator contumaz. Existência de diversos procedimentos administrativos fiscais em seu desfavor. Princípio da insignificância. Não aplicabilidade**, não obstante a expressividade financeira do tributo seja inferior ao patamar estipulado pelo art. 20 da Lei nº 10.522/02 (atualizado pelas Portarias nºs 75 e 130/12 do Ministério da Fazenda). Precedentes. Regimental não provido.

(ARE 1448073 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 25-09-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 05-10-2023 PUBLIC 06-10-2023).

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REITERAÇÃO DELITIVA. 1. A parte recorrente não impugnou, especificamente, os fundamentos da decisão agravada, o que impossibilita o conhecimento do recurso, na linha da pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). 2. O STF já decidiu que, em se tratando de crime de descaminho, deve ser considerada a soma dos débitos consolidados para a análise do preenchimento do requisito objetivo necessário à aplicação do princípio da insignificância. Hipótese em que a notícia de que o ora agravante responde a outros procedimentos administrativos fiscais inviabiliza, neste habeas corpus, o pronto reconhecimento da atipicidade penal. Precedentes. 3. Agravo regimental não conhecido.

(HC 167235 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 10-05-2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-103 DIVULG 16-05-2019 PUBLIC 17-05-2019).

Logo, acolho a posição atual no sentido de que a contumácia pode ser verificada a partir de procedimentos fiscais e penais, ainda que não definitivos.

2) Há um marco temporal para valoração desses procedimentos?

Na minha concepção, esse tema tangencia inexoravelmente a questão objeto do Tema n. 150 (RE n. 593.818/SC - STF), julgado sob o rito da repercussão geral, no qual o Plenário da Suprema Corte pacificou o entendimento de que os *maus antecedentes não se submetem ao período depurador de cinco anos, aplicável apenas à reincidência*.

Com efeito, a partir da compreensão de que o período depurador do art. 64, I, do Código Penal, somente se aplica a reincidência em si, entendo que **não há base legal para aplicação desse lapso temporal prazo ou mesmo outro marco objetivo para fins de análise da contumácia delitiva**.

Nesse caso, entendo que deve incidir os princípios da **razoabilidade e proporcionalidade**, de modo que o juízo deve avaliar se a conduta anterior é contemporânea o suficiente para denotar que o agente ativo é contumaz na prática delitiva.

Aliás, essa é a compreensão atual desta Corte na análise de condenações atingidas pelo período depurador para fins de negatização dos antecedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. LESÃO CORPORAL EM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E PERIGO PARA A VIDA OU SAÚDE DE OUTREM. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. ÚNICA CONDENAÇÃO ANTERIOR CONSIDERADA A TÍTULO DE MAUS ANTECEDENTES. CONDOTA PERPETRADA MUITO ANTES DA PRÁTICA DO FATO DELITUOSO OBJETO DESTES WRIT. DIREITO AO ESQUECIMENTO. INCIDÊNCIA. DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA-BASE EM RAZÃO SUPERIOR A 1/6 (UM SEXTO) ACIMA DA PENA MÍNIMA PARA CADA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESABONADA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO QUE JUSTIFIQUE EXASPERAÇÃO A RAZÃO SUPERIOR. DESVALOR EXTRAORDINÁRIO NÃO DECLINADO. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Segundo orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, as condenações anteriores transitadas em julgado e extintas há mais de 5 (cinco) anos da data do novo delito, apesar de não configurarem a reincidência, diante do período depurador previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, podem ser utilizadas para caracterizar maus antecedentes. Ademais, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 593.818/SC, sob o regime da repercussão geral (Tema n. 150), fixou a tese de que "[n]ão se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal".

2. Entretanto, quanto ao instituto do direito ao esquecimento, ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte Superior posicionaram-se no sentido de que a avaliação dos antecedentes deve ser feita com observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, levando-se em consideração o lapso temporal transcorrido desde a prática criminosa. Conforme preconiza a jurisprudência desta Corte, "[q]uando os registros da

folha de antecedentes do réu são muito antigos, deve ser feita uma valoração com cautela, na primeira fase da pena, para evitar uma condenação perpétua, e ser possível aplicar a teoria do direito ao esquecimento" (AgRg no HC n. 613.578/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/03/2021, DJe 29/03/2021).

No caso, a condenação que desabona o histórico criminal do Réu refere-se a crime cuja pena foi extinta há mais de 10 (dez) anos da prática dos novos delitos, o que justifica o afastamento da valoração negativa dos maus antecedentes. em outras palavras, a única anotação criminal anterior considerada na primeira etapa do cálculo da pena não se mostra idônea a majorar a reprimenda do Condenado.

3. O Julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime. Quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o Magistrado declinar, motivadamente, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República. Por outro, a margem de discricionariedade autorizada ao julgador de primeira e segunda instâncias inviabiliza, em regra, que o Superior Tribunal de Justiça, ao qual a sistemática constitucional não atribui a competência de reexaminar fatos e provas, substitua, seja em habeas corpus, seja em recurso especial, o juízo de valor quanto ao grau de culpabilidade do agente e da pena necessária e suficiente à sua reprovação, salvo em hipóteses excepcionais em que se verifique patente ilegalidade ou desproporcionalidade.

Com o propósito de estabelecer uma distinção jurídica entre os diferentes graus de gravidade concreta que um mesmo crime abstratamente previsto pode implicar, a análise da proporcionalidade da valoração da primeira etapa da dosimetria da pena deve guardar correlação com o número total de circunstâncias judiciais reconhecidas como desfavoráveis ao réu, do art. 59 do Código Penal, salvo em hipóteses excepcionais, nas quais a gravidade do delito justifique exasperação diferenciada numa ou noutra circunstância judicial particular. Dessa forma, a despeito de, em regra, não haver vinculação apriorística a critérios puramente matemáticos, os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade, do dever de motivação das decisões judiciais, da prestação de contas (accountability) e da isonomia exigem que o julgador, a fim de balizar os limites de sua discricionariedade, opere um juízo de coerência, em especial entre o número de circunstâncias judiciais concretamente desabonadas e o quantum de pena que costuma ser aplicado pela jurisprudência em casos assemelhados.

4. Na hipótese, não foi ressaltada nenhuma conjuntura extraordinária para lastrear aumento maior que 1/6 (um sexto) acima da sanção corporal mínima pelos vetores do art. 59 do Código Penal validamente desabonados. E, à míngua de fundamentação que justifique recrudescimento maior que o comum, baseado em elementos concretos dos autos, devidamente declinados, o aumento pelas circunstâncias judiciais depreciadas deve limitar-se ao patamar de 1/6 (um sexto) acima da pena mínima abstratamente cominada às condutas (STJ, AgRg no HC 733.078/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2022, DJe 06/05/2022; e STJ, AgRg no HC n. 740.492/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/05/2022, DJe 31/05/2022; v.g.).

5. Agravo desprovido.

(AgRg no HC n. 843.483/MS, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 25/9/2023, DJe 28/9/2023 - grifo nosso).

Assim, entendo que não deve ser fixado nenhum marco objetivo para fins de aferição da contumácia delitiva, devendo ser observado pelo Magistrado o critério da razoabilidade e proporcionalidade na análise do lapso temporal.

3) O valor do tributo não recolhido apurado em tais casos (reiteração),

ostenta relevância para fins de conclusão no sentido da atipicidade material da conduta?

Nesse tópico, entendo que a resposta é negativa.

Ora, em se tratando de agente contumaz na prática delitiva, é desinfluyente perquirir o valor do tributo não recolhido para fins de aplicação do princípio insignificância, pois a contumácia, em regra, indica *per se* uma conduta mais gravosa e de periculosidade social relevante, de modo que a reiteração, em regra, acaba por afastar os requisitos necessários para o reconhecimento da atipicidade material da conduta.

Nesse sentido, destaco precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal (grifo nosso):

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. HABITUALIDADE CRIMINOSA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O **princípio da insignificância não tem aplicabilidade em casos de reiteração da conduta delitiva, porquanto tal circunstância denota maior grau de reprovabilidade do comportamento lesivo, sendo desnecessário perquirir o valor dos tributos iludidos pelo acusado.**

2. A existência de outras ações penais, inquéritos policiais em curso ou procedimentos administrativos fiscais, em que pese não configurarem reincidência, denotam a habitualidade delitiva do réu e afastam, por consectário, a incidência do princípio da insignificância. Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 2.258.294/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 18/4/2023, DJe de 24/4/2023).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONTRABANDO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL E VIOLAÇÃO DOS ARTS. 383 DO CPP E 334 DO CP. CONTRABANDO. 750 UNIDADES DE TABACO PARA NARGUILÉ. EMENDATIO LIBELLI. IMPOSSIBILIDADE. MOMENTO OPORTUNO. PROLAÇÃO DA SENTENÇA. ART. 383 DO CPP. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. VALOR ABAIXO DE R\$ 20.000,00. PRECEDENTE RECENTE DESTA CORTE. HARMONIZAÇÃO COM JURISPRUDÊNCIA DO PRETÓRIO EXCELSO. TESE 157. EXISTÊNCIA DE OUTROS PROCEDIMENTOS FISCAIS. HABITUALIDADE CRIMINOSA DO RECORRIDO NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. VERIFICAÇÃO QUE DEVE SER FEITA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. SÚMULA 7/STJ.

1. Razão assiste ao agravante, quanto à reclassificação da conduta nesta etapa processual, sob pena de cerceamento de defesa, notadamente em razão do momento oportuno para a aplicação da emendatio libelli ser a prolação da sentença.

2. A matéria controvertida está pacificada neste Superior Tribunal, firme em assinalar que o momento adequado para aplicar o instituto da emendatio libelli, nos termos do art. 383 do CPP, é na prolação da sentença, porquanto o acusado se defende dos fatos narrados na denúncia, e não da capitulação legal nela contida - que é dotada de caráter provisório (AgRg no AREsp n. 1.134.819/SP, Ministro

Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 26/2/2018).

3. No que se refere ao pleito de reconhecimento da bagatela, a instância ordinária reconheceu a existência de outros processos administrativos contra o agravante.

4. O Tribunal a quo entendeu que a verificação da existência de habitualidade criminosa seria irrelevante para análise do princípio da insignificância, entendimento este que se mostra em descompasso com a jurisprudência desta Corte Superior, firmada no sentido da não incidência do princípio da insignificância nos casos em que o réu é reiteradamente autuado em processos administrativo-fiscais, como é o caso dos autos.

5. Contumácia delitiva do paciente. A orientação deste Supremo Tribunal, confirmada pelas duas Turmas, é firme no sentido de não se cogitar da aplicação do princípio da insignificância em casos nos quais o réu incide na reiteração do descaminho, evidenciada pela existência de procedimentos administrativos fiscais em seu desfavor, como se tem nestes autos (HC n 131.342/PR, Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 1º/2/2016).

6. A existência de outras ações penais, inquéritos policiais em curso ou procedimentos administrativos fiscais, em que pese não configurarem reincidência, denotam a habitualidade delitiva do réu e afastam, por conseguinte, a incidência do princípio da insignificância (AgRg nos EDcl no REsp 1.279.686/PR, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 18/10/2017).

7. Agravo regimental parcialmente provido, para reconsiderar, em parte, a decisão agravada e, conseqüentemente, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, dar-lhe parcial provimento, afastando, tão somente, a reclassificação da conduta para o delito de contrabando, permanecendo incólumes os seus demais termos.

(AgRg no REsp n. 1.747.693/PR, de minha relatoria, Sexta Turma, julgado em 25/9/2018, DJe de 15/10/2018).

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. REITERAÇÃO DOS ARGUMENTOS EXPOSTOS NA INICIAL QUE NÃO INFIRMAM OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: HABITUALIDADE CRIMINOSA. INAPLICABILIDADE. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - A agravante apenas reitera os argumentos anteriormente expostos na inicial do habeas corpus, sem, contudo, aduzir novos elementos capazes de afastar as razões expendidas na decisão agravada. II - **A jurisprudência desta Suprema Corte é pacífica no sentido de que o princípio da insignificância deverá ser aplicado ao delito de descaminho quando o valor sonegado for inferior ao estabelecido no art. 20 da Lei 10.522/2002, com a redação dada pela Lei 11.033/2004, ressalvada a habitualidade criminosa, que impede a aplicação desse princípio, em razão do elevado grau de reprovabilidade da conduta do agente.** III - Na hipótese, tenho que, demonstrada a habitualidade criminosa, não há falar em atipicidade da conduta das pacientes, que dão mostras de que fazem da prática do crime de descaminho os seus modus vivendi, o que não pode ser tolerado pela ordem jurídica. IV - Agravo a que se nega provimento.

(HC 144463 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11-09-2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-202 DIVULG 24-09-2018 PUBLIC 25-09-2018).

Agravo regimental em habeas corpus. 2. Decisão monocrática do STJ. Ausência de interposição de agravo regimental. 3. Não exaurimento da jurisdição e inobservância do princípio da colegialidade. 4. **Crime de descaminho.** 5. **Valor dos tributos elididos inferior a vinte mil reais (Portarias do Ministério da Fazenda 75/2012 e 130/2012).** 6. **Princípio da Insignificância afastado.** 7. **Existência de indicadores de habitualidade delitiva.** 8. **Reprovabilidade da Conduta.** 9. Precedentes. 10. Agravo regimental a que se nega provimento.

(HC 142381 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 04-06-2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 20-06-2018 PUBLIC 21-06-2018)

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO. ARTIGO 334, § 1º, C E D, DO CÓDIGO PENAL (REDAÇÃO ANTERIOR). HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CRFB/88, ART. 102, I, D E I. HIPÓTESE QUE NÃO SE AMOLDA AO ROL TAXATIVO DE COMPETÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE. VALOR INFERIOR AO PREVISTO NO ARTIGO 20 DA LEI N.º 10.522/2002. PORTARIAS N.º 75 E 130/2012 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. REITERAÇÃO DELITIVA. COMPROVAÇÃO. INVIABILIDADE DO RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. **1. O delito de descaminho reiterado e figuras assemelhadas impede o reconhecimento do princípio da insignificância, ainda que o valor apurado esteja dentro dos limites fixados pela jurisprudência pacífica desta Corte para fins de reconhecimento da atipicidade.** Precedentes: HC 133.566, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia DJe de 12/05/2016, HC 130.489AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Edson Fachin DJe de 09/05/2016, HC 133.736 AgR, Segunda Turma, Relator Min. Gilmar Mendes, DJe 18/05/2016. 2. In casu, o paciente recorrente foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 334, § 1º, alínea c, do Código Penal (descaminho) e no artigo 1º, inciso III, da Lei 8.137/90, em razão de haver ingressado em território nacional com equipamentos eletrônicos de origem estrangeira desacompanhados de regular documentação de regularização, sendo o tributo devido no importe de R\$ 15.960,63 (quinze mil novecentos e sessenta reais e sessenta e três centavos). Ademais, o paciente teria falsificado notas fiscais para vender as mercadorias no estabelecimento comercial do qual é administrador. 3. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, exaustivamente, no artigo 102, inciso I, alíneas d e i, da Constituição da República, sendo certo que o paciente não está arrolado em qualquer das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte. 4. Agravo regimental desprovido.

(HC 122348 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 09-11-2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-248 DIVULG 21-11-2016 PUBLIC 22-11-2016).

Acresço, ainda, que admitir a incidência do princípio da insignificância na hipótese de contumácia delitiva com base na totalidade do tributo não recolhido (inferior a vinte mil reais), teria o efeito deletério de estimular uma "economia do crime", na medida em que acabaria por criar uma "cota" de imunidade penal para a prática de sucessivas condutas delituosas.

Rememoro, nesse aspecto, que a ressalva constante da tese central - no sentido da possibilidade da aplicação excepcional da insignificância aos caso em que, apesar da reiteração da conduta, a medida for socialmente recomendável -, já contempla uma exceção à regra, de modo que **não seria recomendável nem necessário acrescentar um parâmetro objetivo nesse caso.**

Solucionada a questão central e os tópicos subsidiários, voto pela fixação da seguinte tese:

A reiteração da conduta delitiva obsta a aplicação do princípio da

insignificância ao crime de descaminho - independentemente do valor do tributo não recolhido -, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, se concluir que a medida é socialmente recomendável. A contumácia pode ser aferida a partir de procedimentos penais e fiscais pendentes de definitividade, sendo inaplicável o prazo previsto no art. 64, I, do CP, incumbindo ao julgador avaliar o lapso temporal transcorrido desde o último evento delituoso à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Aplicando essa tese ao caso sob exame, entendo que deve ser mantido o acórdão atacado, na medida em que o recorrente ostenta contra si outros *cinco procedimentos administrativos elaborados pela Receita Federal do Brasil pela prática do delito de descaminho, bem como a ação penal nº 5000216-59.2017.4.04.7006 instaurada em seu desfavor* (fl. 686), circunstância apta a denotar contumácia delitiva.

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso especial e **proponho** a fixação da seguinte tese: *A reiteração da conduta delitiva obsta a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho - independentemente do valor do tributo não recolhido -, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, se concluir que a medida é socialmente recomendável. A contumácia pode ser aferida a partir de procedimentos penais e fiscais pendentes de definitividade, sendo inaplicável o prazo previsto no art. 64, I, do CP, incumbindo ao julgador avaliar o lapso temporal transcorrido desde o último evento delituoso à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2091651 - SP (2023/0193923-4)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
RECORRENTE : LUIS CARLOS SCHUDA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
CORRÉU : CLAUDINEI MENGER DE OLIVEIRA

VOTO VENCIDO

Adoto o relatório lançado pelo Ministro Sebastião Reis Júnior.

Sem desconsiderar que a jurisprudência desta Terceira Seção caminha no sentido de reconhecer que a reiteração delitiva impede a aplicação do princípio da insignificância, entendo ser o caso de fazer algumas ponderações.

Como é de conhecimento, o princípio da insignificância é um vetor interpretativo que tem por finalidade restringir a intervenção do Direito Penal na qualificação de condutas que revelam lesão ínfima ao bem jurídico tutelado.

Não há dúvida de que o princípio da insignificância é *causa de exclusão da tipicidade*, de modo que sua incidência provoca a *atipicidade do fato*.

A tipicidade penal se constitui pela união da tipicidade *formal* e tipicidade *material*. Na incidência do princípio da insignificância, verifica-se, apenas, a tipicidade *formal*, isto é, juízo de subsunção do fato à norma penal. Falta, portanto, a *tipicidade material*: lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.

A insignificância afasta, assim, a caracterização material da tipicidade penal. E, por constituir excludente da tipicidade, incidente a insignificância, o fato é atípico, de modo que não se mostra necessário o prosseguir na análise dos demais elementos que constituem o crime.

E, neste contexto, parece ser irrelevante, do ponto de vista teórico, a avaliação da primariedade ou reincidência por se tratar de matéria afeta à teoria da pena, mais especificamente à individualização da sanção eventualmente aplicada, e não à teoria do

crime.

O Supremo Tribunal Federal estabeleceu os requisitos devem ser observados para a aplicação do princípio, no julgamento do *Habeas Corpus* nº. 98152, de relatoria do Ministro Celso de Melo, e não se observa nenhum elemento que se relacione com a folha de antecedentes daquele que pratica a conduta: (a) *mínima ofensividade da conduta do agente* (b) *nenhuma periculosidade social da ação* (c) *reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento* e (d) *inexpressividade da lesão jurídica provocada*.

Não deixo de lado que o princípio da insignificância é um instrumento de política criminal e que, portanto, é preciso que se tenha a indispensável flexibilidade na sua aplicação. E é o que se extrai dos requisitos fixados pelo Supremo Tribunal Federal. Todavia, não parece adequado a inserção de requisito estranho à natureza jurídica do instrumento, isto é, a flexibilidade na aplicação não pode desnaturar o instituto, sob pena de gerar insegurança jurídica e instituir desnecessário protagonismo judicial.

Ressalvo, por fim, a figura específica do *criminoso habitual*, isto é, aquele que faz da prática de delitos o seu meio de vida. Obviamente, a ele não se permite a aplicação do princípio da insignificância, mas a figura não se confunde com a mera reincidência. A *habitualidade* exige a conclusão de que, muito embora cada fato praticado seja atípico, o conjunto das condutas revele um fato típico.

Em resumo, sem ignorar a jurisprudência desta Corte e os motivos que levam à conclusão, entendo não se mostra a medida mais ajustada à dogmática impedir a aplicação do princípio da insignificância em razão da reiteração delitiva.

Por tais razões, voto no sentido de negar provimento ao recurso, mas, pedindo vênias ao Ministro relator, não acompanho a tese proposta.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2023/0193923-4

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 2.091.651 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00106024820114036110 106024820114036110

PAUTA: 22/02/2024

JULGADO: 28/02/2024

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : LUIS CARLOS SCHUDA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
CORRÉU : CLAUDINEI MENGER DE OLIVEIRA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Particular Contra a Administração em Geral -
Contrabando ou descaminho

SUSTENTAÇÃO ORAL

A Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge (Subprocuradora-Geral da República) sustentou oralmente pelo MPF (como Defensora da Ordem Jurídica).

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Seção, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial e, por maioria, fixou a seguinte tese no Tema Repetitivo n. 1218: "A reiteração da conduta delitiva obsta a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho - independentemente do valor do tributo não recolhido -, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, se concluir que a medida é socialmente recomendável. A contumácia pode ser aferida a partir de procedimentos penais e fiscais pendentes de definitividade, sendo inaplicável o prazo previsto no art. 64, I, do CP, incumbindo ao julgador avaliar o lapso temporal transcorrido desde o último evento delituoso à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade", nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, com a ressalva de entendimento do Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Vencido o Sr. Ministro Messod Azulay Neto, que divergiu quanto à tese fixada.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Reynaldo Soares da Fonseca, Antonio Saldanha Palheiro (com ressalva), Messod Azulay Neto, Teodoro Silva Santos e Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF) votaram com o Sr. Ministro Relator, quanto ao caso concreto.

Vencido o Sr. Ministro Messod Azulay Neto, quanto à tese fixada.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik e Daniela Teixeira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2023/0193923-4

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 2.091.651 / SP
MATÉRIA CRIMINAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2091652 - MS (2023/0202680-0)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
RECORRENTE : JOSE ANTONIO FERREIRA NETO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA.. DESCAMINHO. DISCUSSÃO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA (PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA) NA HIPÓTESE DE REITERAÇÃO DA CONDUTA DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. CONTUMÁCIA DELITIVA APTA A INDICAR CONDUTA MAIS REPROVÁVEL E DE PERICULOSIDADE SOCIAL RELEVANTE. RESSALVADA A POSSIBILIDADE DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS CONCLUÍREM QUE A MEDIDA É SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. TÓPICOS SUBSIDIÁRIOS PARA FIXAÇÃO DA TESE. POSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DA CONTUMÁCIA A PARTIR DE PROCEDIMENTOS PENAIS E FISCAIS PENDENTES DE DEFINITIVIDADE. INAPLICABILIDADE DO MARCO TEMPORAL PREVISTO NO ART. 64, I, DO CP. INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. VALOR DO TRIBUTO NÃO RECOLHIDO. IRRELEVÂNCIA EM SE TRATANDO DE CONTUMÁCIA DELITIVA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF.

1. A reiteração da conduta delitiva obsta a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável (EREsp n. 1.217.514/RS, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe 16/12/2015).
2. A contumácia pode ser aferida a partir de procedimentos fiscais e penais, ainda que não definitivos. Precedentes do STJ e do STF.
3. Não há base legal para aplicação do prazo preconizado no art. 64, I, do CP, ou mesmo outro marco objetivo para fins de análise da contumácia delitiva, sendo aplicáveis os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de modo que o juízo ordinário deve avaliar se a conduta anterior é suficiente para denotar que o agente ativo é contumaz na prática delitiva.
4. Em se tratando de agente contumaz na prática delitiva, é desinfluyente perquirir o valor do tributo não recolhido para fins de aplicação do princípio insignificância, pois a contumácia indica *per se* uma conduta mais gravosa e de periculosidade social relevante, de modo que a reiteração, em regra,

acaba por afastar os requisitos necessários para o reconhecimento da atipicidade material da conduta. Admitir a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, no caso de reiteração da conduta, com base no montante do tributo não recolhido (inferior a vinte mil reais), teria o efeito deletério de estimular uma "economia do crime", na medida em que acabaria por criar uma "cota" de imunidade penal para a prática de sucessivas condutas delituosas.

5. Recurso especial improvido. Fixada a seguinte tese: *A reiteração da conduta delitiva obsta a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho - independentemente do valor do tributo não recolhido -, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, se concluir que a medida é socialmente recomendável. A contumácia pode ser aferida a partir de procedimentos penais e fiscais pendentes de definitividade, sendo inaplicável o prazo previsto no art. 64, I, do CP, incumbindo ao julgador avaliar o lapso temporal transcorrido desde o último evento delituoso à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.*

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial e, por maioria, fixou a seguinte tese no Tema Repetitivo n. 1218: "A reiteração da conduta delitiva obsta a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho - independentemente do valor do tributo não recolhido -, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, se concluir que a medida é socialmente recomendável. A contumácia pode ser aferida a partir de procedimentos penais e fiscais pendentes de definitividade, sendo inaplicável o prazo previsto no art. 64, I, do CP, incumbindo ao julgador avaliar o lapso temporal transcorrido desde o último evento delituoso à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade", nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, com a ressalva de entendimento do Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Vencido o Sr. Ministro Messod Azulay Neto, que divergiu quanto à tese fixada.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Reynaldo Soares da Fonseca, Antonio Saldanha Palheiro (com ressalva), Messod Azulay Neto, Teodoro Silva Santos e Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) votaram com o Sr. Ministro Relator, quanto ao caso concreto.

Vencido o Sr. Ministro Messod Azulay Neto, quanto à tese fixada.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik e Daniela Teixeira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Brasília, 28 de fevereiro de 2024.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2091652 - MS (2023/0202680-0)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
RECORRENTE : JOSE ANTONIO FERREIRA NETO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA.. DESCAMINHO. DISCUSSÃO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDOTA (PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA) NA HIPÓTESE DE REITERAÇÃO DA CONDOTA DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. CONTUMÁCIA DELITIVA APTA A INDICAR CONDOTA MAIS REPROVÁVEL E DE PERICULOSIDADE SOCIAL RELEVANTE. RESSALVADA A POSSIBILIDADE DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS CONCLUÍREM QUE A MEDIDA É SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. TÓPICOS SUBSIDIÁRIOS PARA FIXAÇÃO DA TESE. POSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DA CONTUMÁCIA A PARTIR DE PROCEDIMENTOS PENAIIS E FISCAIS PENDENTES DE DEFINITIVIDADE. INAPLICABILIDADE DO MARCO TEMPORAL PREVISTO NO ART. 64, I, DO CP. INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. VALOR DO TRIBUTO NÃO RECOLHIDO. IRRELEVÂNCIA EM SE TRATANDO DE CONTUMÁCIA DELITIVA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF.

1. A reiteração da conduta delitiva obsta a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável (EREsp n. 1.217.514/RS, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe 16/12/2015).
2. A contumácia pode ser aferida a partir de procedimentos fiscais e penais, ainda que não definitivos. Precedentes do STJ e do STF.
3. Não há base legal para aplicação do prazo preconizado no art. 64, I, do CP, ou mesmo outro marco objetivo para fins de análise da contumácia delitiva, sendo aplicáveis os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de modo que o juízo ordinário deve avaliar se a conduta anterior é suficiente para denotar que o agente ativo é contumaz na prática delitiva.
4. Em se tratando de agente contumaz na prática delitiva, é desinfluyente perquirir o valor do tributo não recolhido para fins de aplicação do princípio insignificância, pois a contumácia indica *per se* uma conduta mais gravosa e de periculosidade social relevante, de modo que a reiteração, em regra,

acaba por afastar os requisitos necessários para o reconhecimento da atipicidade material da conduta. Admitir a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, no caso de reiteração da conduta, com base no montante do tributo não recolhido (inferior a vinte mil reais), teria o efeito deletério de estimular uma "economia do crime", na medida em que acabaria por criar uma "cota" de imunidade penal para a prática de sucessivas condutas delituosas.

5. Recurso especial improvido. Fixada a seguinte tese: *A reiteração da conduta delitiva obsta a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho - independentemente do valor do tributo não recolhido -, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, se concluir que a medida é socialmente recomendável. A contumácia pode ser aferida a partir de procedimentos penais e fiscais pendentes de definitividade, sendo inaplicável o prazo previsto no art. 64, I, do CP, incumbindo ao julgador avaliar o lapso temporal transcorrido desde o último evento delituoso à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.*

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto por Jose Antonio Ferreira Neto, fundado no art. 105, III, a, da Constituição Federal, contra o acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região exarado no julgamento da Apelação Criminal n. 0007194-78.2017.4.03.6000, assim ementado (fl. 1.199):

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REITERAÇÃO DE COMPORTAMENTOS ANTINORMATIVOS.

1. Prevalece no Supremo Tribunal Federal (STF) o entendimento de que a conduta descrita no art. 334 do Código Penal é atípica quando o valor dos impostos incidentes não ultrapassa o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), previsto na Portaria nº 75/2012, do Ministério da Fazenda é consagrado no STF que a reiteração . No entanto, de comportamentos antinormativos por parte do agente impede a aplicação do princípio da insignificância, já que não se pode considerar irrelevantes repetidas lesões a bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal 2. Materialidade, autoria e dolo comprovados.

3. A dosimetria da pena constitui uma atividade discricionária do julgador, que deve ser devidamente motivada em cada uma de suas fases, em atenção ao princípio constitucional da fundamentação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX), e não um processo puramente aritmético.

4. A exasperação da pena-base está fundamentada na existência de prévia condenação criminal definitiva por fato anterior ao que é objeto desta ação penal e não caracteriza reincidência, de modo que é legítimo o aumento feito pelo juízo a quo 5. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a circunstância agravante da prática do crime mediante paga ou promessa de recompensa (CP, art. 62, IV) não constitui elemento dos delitos de contrabando e descaminho.

6. A inabilitação para dirigir veículo (CP, art. 92, III) decorre diretamente do preceito legal.

7. Apelações não providas.

Nas razões do recurso especial, a defesa do recorrente suscitou negativa de

vigência do art. 386, III, do Código de Processo Penal, pugnando, em síntese, pela absolvição mediante aplicação do princípio da insignificância (fls. 1.211/1.220).

Contrarrazões às fls. 1.224/1.236.

A Corte de origem inadmitiu o recurso (fls. 1.238/1.241), sendo tal decisão impugnada mediante agravo juntado às fls. 1.245/1.250.

Devidamente autuado nesta Corte, os autos foram encaminhados à Presidente da Comissão Gestora de Precedentes, Ministra Assusete Magalhães, que, em uma análise preliminar, reputou viável a afetação do recurso ao rito dos repetitivos, determinando a conversão do agravo em recurso especial e a oitiva das partes envolvidas (fls. 1.281/1.282).

Após oitiva das partes, a eminente Presidente entendeu por qualificar o presente recurso especial como representativo da controvérsia e candidato à afetação, impondo ao feito o rito estabelecido pelos arts. 256 e seguintes do RISTJ (fls. 1.303/1.304).

O Ministério Público Federal, ouvido na condição de *custos legis*, opinou no sentido da afetação ao rito dos arts. 1.036, do Código de Processo Civil e 256 e ss. do RISTJ (fls. 1.290/1.297).

Em julgamento concluído em 17/10/2023, a Terceira Seção acolheu a proposta de afetação ao rito previsto nos arts. 1.036 e 1.037 do CPC/2015 e 256 ao 256-X do RISTJ, nos termos do acórdão assim ementado (fl. 1.320):

PROPOSTA DE AFETAÇÃO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. DESCAMINHO. DISCUSSÃO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA (PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA) NA HIPÓTESE DE REITERAÇÃO DA CONDUTA DELITIVA, INDEPENDENTEMENTE DO VALOR DO TRIBUTO NÃO RECOLHIDO.

1. Delimitação da controvérsia: definir se a reiteração delitiva obsta a incidência do princípio da insignificância ao delito de descaminho, independentemente do valor do tributo não recolhido.

2. Afetação do recurso especial ao rito previsto nos arts. 1.036 e 1.037 do CPC/2015 e 256 e ss. do RISTJ.

Em nova manifestação, o Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso e pela fixação da seguinte tese: *a reiteração delitiva não*

obsta a incidência do princípio da insignificância ao delito de descaminho, quando o valor do débito devido à fazenda pública decorrente da conduta formalmente típica não seja superior a R\$ 20.000,00, ressalvada a reiteração na mesma modalidade criminosa, ocorrida em períodos de até 5 (cinco) anos (fl. 1.331).

É o relatório.

VOTO

No julgamento do REsp n. 1.709.029/MG, a Terceira Seção desta Corte, revendo a tese fixada no julgamento do REsp n. 1.112.748/TO (Tema 157) , firmou o entendimento de que incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias n. 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda.

Com efeito, a controvérsia posta no presente traduz um **desdobramento** direto daquele julgamento, na medida em que busca elucidar se o princípio da insignificância incide nos casos em que verificada a reiteração da conduta (descaminho).

Cumpre, no entanto, ressaltar que, além da questão central posta no representativo - possibilidade de incidência do princípio da insignificância ao crime de descaminho quando verificada a reiteração da conduta - **há outras questões subjacentes** que, a depender da solução da proposição inicial, também devem ser equacionadas para fins de fixação de uma tese apta a orientar o julgamento nas instâncias ordinárias, a saber: **1)** procedimentos pendentes de definitividade, inclusive processos administrativos, podem ser sopesados para fins de formar convicção no sentido da recidiva da conduta delitiva?; **2)** há um lapso temporal máximo para valoração desses procedimentos?; e **3)** o valor do tributo não recolhido apurado em tais casos (reiteração), ostenta relevância para fins de conclusão no sentido da atipicidade material da conduta?

Passo, então, ao enfrentamento de cada um dos temas.

A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n. 1.217.514/RS

(Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 16/12/2015) firmou o entendimento de que a reiteração da conduta delitiva *inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de descaminho, **ressalvada** a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável.*

Eis a ementa do acórdão exarado naquele julgamento:

PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. 1. CRIME DE DESCAMINHO E REITERAÇÃO CRIMINOSA. POSSIBILIDADE OU NÃO DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DIVERGÊNCIA ENTRE QUINTA E SEXTA TURMAS. 2. VERDADEIRO BENEFÍCIO NA ESFERA PENAL. RISCO DE MULTIPLICAÇÃO DE PEQUENOS DELITOS. NECESSIDADE DE SE VERIFICAR AS CONDIÇÕES PESSOAIS DO AGENTE NO CASO CONCRETO. 3. REITERAÇÃO CRIMINOSA NO DESCAMINHO. INVIABILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RESSALVA DO CASO CONCRETO. MEDIDA QUE PODE SE MOSTRAR SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. 4. ANÁLISE FÁTICO E PROBATÓRIO. COMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. 5. EMBARGOS ACOLHIDOS, COM RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA EXAME DO CASO CONCRETO.

1. Descaminho: embora exista um patamar objetivamente fixado (10 mil reais) e tenham sido apontados vetores que orientam o exame da conduta e do comportamento do agente, bem como a lesão jurídica provocada, não há consenso sobre a possibilidade ou não de incidência do princípio da insignificância nos casos em que fica demonstrada a reiteração delitiva. Para a Sexta Turma, o passado delitivo do agente não impede a aplicação da benesse; para a Quinta Turma, entretanto, as condições pessoais negativas do autor inviabilizam o benefício.

2. O princípio da insignificância é verdadeiro benefício na esfera penal, razão pela qual não há como deixar de se analisar o passado criminoso do agente, sob pena de se instigar a multiplicação de pequenos crimes pelo mesmo autor, os quais se tornariam inatingíveis pelo ordenamento penal. Imprescindível, assim, o efetivo exame das circunstâncias objetivas e subjetivas do caso concreto, porquanto, de plano, aquele que reitera e reincide não faz jus a benesses jurídicas.

3. Nesse encadeamento de ideias, entendo ser possível firmar a orientação no sentido de que a reiteração criminosa inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de descaminho, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável.

4. Apenas as instâncias ordinárias, que se encontram mais próximas da situação que concretamente se apresenta ao Judiciário, têm condições de realizar o exame do caso concreto, por meio da valoração fática e probatória a qual, na maioria das vezes, possui cunho subjetivo, impregnada pelo livre convencimento motivado. Dessa forma, não tendo as instâncias ordinárias apresentado nenhum elemento concreto que autorizasse a aplicação excepcional do princípio da bagatela, entendo que deve prevalecer o óbice apresentado nos presentes autos.

5. Acolhidos os embargos de divergência para reformar o acórdão embargado, dando provimento ao agravo regimental para dar provimento ao recurso especial, determinando o retorno dos autos ao Juízo de origem, para que, superada a tese da insignificância, realize juízo de recebimento da denúncia.

Os julgados mais recentes das duas Turmas Criminais desta Corte seguem a mesma linha, embora tenham deixado de constar ressalva acerca da possibilidade de

aplicação excepcional do princípio:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP). ART. 28-A DO CPP. DIANTE DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA EM MOMENTO ANTERIOR À VI GÊNCIA DA LEI N. 13.964/2019, MOSTRA-SE INCABÍVEL O ANPP. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. CONTUMÁCIA . EXISTÊNCIA DE OUTROS PROCEDIMENTOS FISCAIS. HABITUALIDADE DELITIVA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA.

I - A Lei n. 13.964/19 (com vigência superveniente a partir de 23/01/2020), na sua parte processual, é dotada de aplicação imediata. Diante disso, aliás, como ocorre com a legislação processual penal em geral, vigora o princípio do tempus regit actum - nos termos do próprio art. 2º do CPP: "A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior".

II - No presente caso, não estão preenchidos os requisitos legais para a formulação do ANPP (art. 28-A do CPP), uma vez que a denúncia foi recebida no dia 09/05/2019, antes, portanto, da entrada em vigor da referida lei, que ocorreu em 23/01/2020, motivo pelo qual não se mostra cabível a propositura de tal acordo.

III - A conclusão adotada na origem se coaduna com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firmada no sentido de que a referida benesse legal é cabível durante a fase inquisitiva da persecução penal, sendo limitada até o recebimento da denúncia, o que inviabiliza a retroação pretendida pelo agravante, porquanto a denúncia foi recebida antes da vigência da Lei n. 13.964/2019.

IV - A Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento do REsp n. 1.217.514/RS, reafirmou, em sessão realizada no dia 9/12/2015, o entendimento no sentido de que, em regra, a reiteração criminosa impossibilita a aplicação do princípio da insignificância nos delitos de descaminho.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 2.022.197/SP, Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 30/5/2023, DJe de 2/6/2023.)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. HABITUALIDADE CARACTERIZADA. DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA-BASE EM RAZÃO DOS MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PROPORCIONALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A reiteração delitiva afasta a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de descaminho. Precedentes.

2. No caso dos autos, consta o registro de 1 condenação transitada em julgado, 1 processo penal ainda em curso e 21 processos administrativos-fiscais contra o réu, por condutas semelhantes ao fato que lhe é imputado, circunstância hábil a afastar a incidência do princípio da insignificância.

3. A jurisprudência desta Corte entende que cabe ao magistrado, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso concreto, decidir o quantum de exasperação da pena-base, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

4. Os antecedentes foram considerados desfavoráveis em virtude da existência de prévia condenação com trânsito em julgado pela prática do mesmo delito. Tal motivo é idôneo para exasperar a pena-base, por indicar maior reprovabilidade da conduta.

5. Não há na legislação brasileira, nem na jurisprudência desta Corte previsão de um percentual fixo para a exasperação da pena-base em razão da negatização de uma circunstância judicial.

6. Não se verifica desproporcionalidade no aumento de 4 meses para a circunstância judicial desfavorável ao acusado, pois tal acréscimo foi idoneamente motivado e levou em conta, inclusive, o máximo e o mínimo cominados para o crime de descaminho - 1 a 4 anos.

7. Agravo regimental não provido.
(AgRg no AgRg no AREsp n. 2.075.795/RS, Ministro Rogerio Schietti Cruz,
Sexta Turma, julgado em 14/9/2022, DJe de 21/9/2022)

Com efeito, quanto ao cerne da discussão, não vislumbro nenhuma justificativa razoável para alterar a orientação desta Corte, qual seja, de que, **em regra**, a reiteração delitiva obsta a incidência do princípio da insignificância ao crime descaminho.

Ora, a reiteração da conduta é uma circunstância apta a indicar uma conduta mais reprovável e de periculosidade social relevante, inclusive porque transmite a ideia de impunidade, reduzindo o caráter de prevenção geral da norma penal, de modo que, caso verificada, tem-se por afastado, ao menos, dois dos pressupostos para reconhecimento da atipicidade material da conduta nos moldes estabelecidos pela jurisprudência, a saber: ausência de periculosidade social da ação e reduzido grau de reprovabilidade do comportamento.

Ressalto, no entanto, que é recomendável a manutenção da ressalva proposta pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca quando do julgamento do EREsp n. 1.217.514/RS.

Com efeito, é impossível contemplar a multiplicidade de situações fáticas que podem acarretar na prática de crime descaminho, sendo certo que, a depender das circunstâncias que tangenciem a reiteração da conduta, o julgador pode compreender que o reconhecimento da atipicidade material é a medida socialmente recomendável.

Mutatis mutandis, essa é a mesma compreensão que tem orientado esta Corte na análise do princípio da insignificância nos crimes de furto em que verificada a contumácia do agente:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. ABSOLVIÇÃO. INSIGNIFICÂNCIA. REITERAÇÃO DELITIVA. RÉU REINCIDENTE E COM MAUS ANTECEDENTES. ATIPICIDADE DA CONDUTA NÃO EVIDENCIADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. 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. [...] 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) nenhuma periculosidade social da ação; (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público." (HC n. 844.120/SP, STF,

Rel. Ministro CELSO DE MELLO, DJU 19/11/2004).

2. A Quinta Turma desta Corte Superior reconhece que o princípio da insignificância não tem aplicabilidade em casos de reiteração da conduta delitiva, salvo excepcionalmente, quando demonstrado ser tal medida recomendável diante das circunstâncias concretas, o que não se evidencia na hipótese, eis que o agravante é reincidente e ainda ostenta antecedentes por crimes contra o patrimônio, o que denota sua habitualidade delitiva e afasta, por consectário, a incidência do princípio da bagatela.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 2.390.406/SC, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 24/10/2023, DJe de 31/10/2023 - grifo nosso)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL. INAPLICABILIDADE. MULTIRREINCIDÊNCIA. HABITUALIDADE DELITIVA.

1. Sedimentou-se a orientação jurisprudencial no sentido de que a incidência do princípio da insignificância pressupõe a concomitância de quatro vetores: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

2. No caso, não é socialmente recomendável a aplicação do princípio da insignificância, dada a ausência de mínima ofensividade da conduta, uma vez constatada a multirreincidência do agente.

3. A reincidência e a habitualidade delitiva têm sido compreendidas como obstáculos iniciais à tese da insignificância, ressalvada excepcional peculiaridade do caso penal. Nesse sentido: EAREsp n. 221.999/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 11/11/2015, DJe 10/12/2015.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 756.530/MG, Ministro Jesuíno Rissato, Desembargador Convocado do TJDF, Sexta Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 18/5/2023 - grifo nosso)

Logo, entendo por acolher integralmente a tese proposta pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca no julgamento do EREsp n. 1.217.514/RS, a saber: a reiteração da conduta delitiva *inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de descaminho, **ressalvada** a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável.*

Passo, então, ao exame dos **tópicos subsidiários**, cujo equacionamento é necessário para formação da tese.

1) Procedimentos pendentes de definitividade, inclusive processos administrativos, podem ser sopesados para fins de formar convicção no sentido da recidiva da conduta delitiva?

Essa questão está sedimentada na jurisprudência desta Corte, que tem admitido não só a avaliação de procedimentos penais pendentes de definitividade, como também de procedimentos fiscais para fins de aferição da contumácia delitiva:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL.

DESCAMINHO. HABITUALIDADE CRIMINOSA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. INABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR. EFEITO DA CONDENAÇÃO. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE.

1. O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial n. 1.688.878/SP, sob o rito dos repetitivos, fixou a tese de que "incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias n. 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda" (REsp n. 1.688.878/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 28/2/2018, DJe de 4/4/2018).

2. Contudo, **a reiteração delitiva no crime de descaminho impede o reconhecimento do crime de bagatela. Além disso, apesar de não configurar reincidência, a existência de outras ações penais, inquéritos policiais em curso ou procedimentos administrativos fiscais é suficiente para caracterizar a habitualidade delitiva e, conseqüentemente, afastar a incidência do princípio da insignificância. Precedentes.**

3. A inabilitação do direito de dirigir constitui efeito específico da condenação, previsto no inciso III do art. 92 do CP, podendo incidir quando o automóvel for utilizado como meio para a prática do delito doloso e mediante fundamentação, como ocorreu na espécie, já que foi apontada a necessidade de impedir a reiteração criminosa do acusado.

4. Ademais a análise acerca da necessidade da CNH para que o agravante exerça sua profissão perpassa pela análise dos elementos probatórios dos autos, providência rechaçada na via do recurso especial, conforme os ditames da Súmula n. 7/STJ.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 2.337.741/PR, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 5/9/2023, DJe de 11/9/2023 - grifo nosso)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. HABITUALIDADE CRIMINOSA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O princípio da insignificância não tem aplicabilidade em casos de reiteração da conduta delitiva, porquanto tal circunstância denota maior grau de reprovabilidade do comportamento lesivo, sendo desnecessário perquirir o valor dos tributos iludidos pelo acusado.

2. A existência de outras ações penais, inquéritos policiais em curso ou procedimentos administrativos fiscais, em que pese não configurarem reincidência, denotam a habitualidade delitiva do réu e afastam, por consectário, a incidência do princípio da insignificância. Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 2.258.294/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 18/4/2023, DJe de 24/4/2023 - grifo nosso)

Aliás, não é outra a compreensão da Suprema Corte (grifo nosso):

EMENTA Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. Penal. Crime de descaminho. **Infrator contumaz. Existência de diversos procedimentos administrativos fiscais em seu desfavor. Princípio da insignificância. Não aplicabilidade**, não obstante a expressividade financeira do tributo seja inferior ao patamar estipulado pelo art. 20 da Lei nº 10.522/02 (atualizado pelas Portarias nºs 75 e 130/12 do Ministério da Fazenda). Precedentes. Regimental não provido.

(ARE 1448073 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 25-09-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 05-10-2023 PUBLIC 06-10-2023)

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REITERAÇÃO DELITIVA. 1. A parte recorrente não impugnou, especificamente, os fundamentos da decisão agravada, o que impossibilita o conhecimento do recurso, na linha da pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). 2. O STF já decidiu que, em se tratando de crime de descaminho, deve ser considerada a soma dos débitos consolidados para a análise do preenchimento do requisito objetivo necessário à aplicação do princípio da insignificância. Hipótese em que a notícia de que o ora agravante **responde a outros procedimentos administrativos fiscais inviabiliza, neste habeas corpus, o pronto reconhecimento da atipicidade penal**. Precedentes. 3. Agravo regimental não conhecido.

(HC 167235 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 10-05-2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-103 DIVULG 16-05-2019 PUBLIC 17-05-2019)

Logo, acolho a posição atual no sentido de que a contumácia pode ser verificada a partir de procedimentos fiscais e penais, ainda que não definitivos.

2) Há um marco temporal para valoração desses procedimentos?

N/a minha concepção, esse tema tangencia inexoravelmente a questão objeto do Tema n. 150 (RE n. 593.818/SC - STF), julgado sob o rito da repercussão geral, no qual o Plenário da Suprema Corte pacificou o entendimento de que os *maus antecedentes não se submetem ao período depurador de cinco anos, aplicável apenas à reincidência*.

Com efeito, a partir da compreensão de que o período depurador do art. 64, I, do CP, somente se aplica a reincidência em si, entendo que **não há base legal para aplicação desse lapso temporal prazo ou mesmo outro marco objetivo** para fins de análise da contumácia delitiva.

Nesse caso, entendo que deve incidir os princípios da **razoabilidade** e **proporcionalidade**, de modo que o juízo deve avaliar se a conduta anterior é contemporânea o suficiente para denotar que o agente ativo é contumaz na prática delitiva.

Aliás, essa é a compreensão atual desta Corte na análise de condenações atingidas pelo período depurador para fins de negatificação dos antecedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. LESÃO CORPORAL EM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E PERIGO PARA A VIDA OU SAÚDE DE OUTREM. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. ÚNICA CONDENAÇÃO ANTERIOR CONSIDERADA A TÍTULO DE MAUS ANTECEDENTES. CONDOTA PERPETRADA MUITO ANTES DA PRÁTICA DO FATO DELITUOSO OBJETO DESTES WRIT. DIREITO AO ESQUECIMENTO. INCIDÊNCIA. DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA-BASE EM RAZÃO SUPERIOR A 1/6 (UM SEXTO) ACIMA DA PENA MÍNIMA PARA CADA CIRCUNSTÂNCIA

JUDICIAL DESABONADA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO QUE JUSTIFIQUE EXASPERAÇÃO A RAZÃO SUPERIOR. DESVALOR EXTRAORDINÁRIO NÃO DECLINADO. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Segundo orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, as condenações anteriores transitadas em julgado e extintas há mais de 5 (cinco) anos da data do novo delito, apesar de não configurarem a reincidência, diante do período depurador previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, podem ser utilizadas para caracterizar maus antecedentes. Ademais, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 593.818/SC, sob o regime da repercussão geral (Tema n. 150), fixou a tese de que "[n]ão se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal".

2. Entretanto, quanto ao instituto do direito ao esquecimento, ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte Superior posicionaram-se no sentido de que a avaliação dos antecedentes deve ser feita com observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, levando-se em consideração o lapso temporal transcorrido desde a prática criminosa. Conforme preconiza a jurisprudência desta Corte, "[q]uando os registros da folha de antecedentes do réu são muito antigos, deve ser feita uma valoração com cautela, na primeira fase da pena, para evitar uma condenação perpétua, e ser possível aplicar a teoria do direito ao esquecimento" (AgRg no HC n. 613.578/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/03/2021, DJe 29/03/2021).

No caso, a condenação que desabona o histórico criminal do Réu refere-se a crime cuja pena foi extinta há mais de 10 (dez) anos da prática dos novos delitos, o que justifica o afastamento da valoração negativa dos maus antecedentes. em outras palavras, a única anotação criminal anterior considerada na primeira etapa do cálculo da pena não se mostra idônea a majorar a reprimenda do Condenado.

3. O Julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime. Quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o Magistrado declinar, motivadamente, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República. Por outro, a margem de discricionariedade autorizada ao julgador de primeira e segunda instâncias inviabiliza, em regra, que o Superior Tribunal de Justiça, ao qual a sistemática constitucional não atribui a competência de reexaminar fatos e provas, substitua, seja em habeas corpus, seja em recurso especial, o juízo de valor quanto ao grau de culpabilidade do agente e da pena necessária e suficiente à sua reprovação, salvo em hipóteses excepcionais em que se verifique patente ilegalidade ou desproporcionalidade.

Com o propósito de estabelecer uma distinção jurídica entre os diferentes graus de gravidade concreta que um mesmo crime abstratamente previsto pode implicar, a análise da proporcionalidade da valoração da primeira etapa da dosimetria da pena deve guardar correlação com o número total de circunstâncias judiciais reconhecidas como desfavoráveis ao réu, do art. 59 do Código Penal, salvo em hipóteses excepcionais, nas quais a gravidade do delito justifique exasperação diferenciada numa ou noutra circunstância judicial particular. Dessa forma, a despeito de, em regra, não haver vinculação apriorística a critérios puramente matemáticos, os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade, do dever de motivação das decisões judiciais, da prestação de contas (accountability) e da isonomia exigem que o julgador, a fim de balizar os limites de sua discricionariedade, opere um juízo de coerência, em especial entre o número de circunstâncias judiciais concretamente desabonadas e o quantum de pena que costuma ser aplicado pela jurisprudência em casos assemelhados.

4. Na hipótese, não foi ressaltada nenhuma conjuntura extraordinária para lastrear aumento maior que 1/6 (um sexto) acima da sanção corporal mínima pelos vetores do art. 59 do Código Penal validamente desabonados. E, à míngua de fundamentação que justifique recrudescimento maior que o comum, baseado em elementos concretos dos autos, devidamente declinados, o aumento pelas circunstâncias judiciais depreciadas deve limitar-se ao patamar de 1/6 (um sexto)

acima da pena mínima abstratamente cominada às condutas (STJ, AgRg no HC 733.078/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2022, DJe 06/05/2022; e STJ, AgRg no HC n. 740.492/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/05/2022, DJe 31/05/2022; v.g.).

5. Agravo desprovido.

(AgRg no HC n. 843.483/MS, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 25/9/2023, DJe de 28/9/2023 - grifo nosso)

Assim, entendo que não deve ser fixado nenhum marco objetivo para fins de aferição da contumácia delitiva, devendo ser observado pelo Magistrado o critério da razoabilidade e proporcionalidade na análise do lapso temporal.

3) O valor do tributo não recolhido apurado em tais casos (reiteração), ostenta relevância para fins de conclusão no sentido da atipicidade material da conduta?

Nesse tópico, entendo que a resposta é negativa.

Ora, em se tratando de agente contumaz na prática delitiva, é desinfluyente perquirir o valor do tributo não recolhido para fins de aplicação do princípio insignificância, pois a contumácia, em regra, indica *per se* uma conduta mais gravosa e de periculosidade social relevante, de modo que a reiteração, em regra, acaba por afastar os requisitos necessários para o reconhecimento da atipicidade material da conduta.

Nesse sentido, destaco precedentes desta Corte e do STF (grifo nosso):

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. HABITUALIDADE CRIMINOSA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O **princípio da insignificância não tem aplicabilidade em casos de reiteração da conduta delitiva, porquanto tal circunstância denota maior grau de reprovabilidade do comportamento lesivo, sendo desnecessário perquirir o valor dos tributos iludidos pelo acusado.**

2. A existência de outras ações penais, inquéritos policiais em curso ou procedimentos administrativos fiscais, em que pese não configurarem reincidência, denotam a habitualidade delitiva do réu e afastam, por consectário, a incidência do princípio da insignificância. Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 2.258.294/SP, Ministro Ribeiro Dantas, **Quinta Turma**, julgado em 18/4/2023, DJe de 24/4/2023)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONTRABANDO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL E VIOLAÇÃO DOS ARTS. 383 DO CPP E 334 DO CP. CONTRABANDO. 750 UNIDADES DE TABACO PARA NARGUILÉ. EMENDATIO LIBELLI. IMPOSSIBILIDADE. MOMENTO OPORTUNO. PROLAÇÃO DA SENTENÇA. ART. 383 DO CPP. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

VALOR ABAIXO DE R\$ 20.000,00. PRECEDENTE RECENTE DESTA CORTE. HARMONIZAÇÃO COM JURISPRUDÊNCIA DO PRETÓRIO EXCELSO. TESE 157. EXISTÊNCIA DE OUTROS PROCEDIMENTOS FISCAIS. HABITUALIDADE CRIMINOSA DO RECORRIDO NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. VERIFICAÇÃO QUE DEVE SER FEITA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. SÚMULA 7/STJ.

1. Razão assiste ao agravante, quanto à reclassificação da conduta nesta etapa processual, sob pena de cerceamento de defesa, notadamente em razão do momento oportuno para a aplicação da emendatio libelli ser a prolação da sentença.

2. A matéria controvertida está pacificada neste Superior Tribunal, firme em assinalar que o momento adequado para aplicar o instituto da emendatio libelli, nos termos do art. 383 do CPP, é na prolação da sentença, porquanto o acusado se defende dos fatos narrados na denúncia, e não da capitulação legal nela contida - que é dotada de caráter provisório (AgRg no AREsp n. 1.134.819/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 26/2/2018).

3. No que se refere ao pleito de reconhecimento da bagatela, a instância ordinária reconheceu a existência de outros processos administrativos contra o agravante.

4. O Tribunal a quo entendeu que a verificação da existência de habitualidade criminosa seria irrelevante para análise do princípio da insignificância, entendimento este que se mostra em descompasso com a jurisprudência desta Corte Superior, firmada no sentido da não incidência do princípio da insignificância nos casos em que o réu é reiteradamente autuado em processos administrativo-fiscais, como é o caso dos autos.

5. Contumácia delitiva do paciente. A orientação deste Supremo Tribunal, confirmada pelas duas Turmas, é firme no sentido de não se cogitar da aplicação do princípio da insignificância em casos nos quais o réu incide na reiteração do descaminho, evidenciada pela existência de procedimentos administrativos fiscais em seu desfavor, como se tem nestes autos (HC n 131.342/PR, Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 1º/2/2016).

6. A existência de outras ações penais, inquéritos policiais em curso ou procedimentos administrativos fiscais, em que pese não configurarem reincidência, denotam a habitualidade delitiva do réu e afastam, por conseguinte, a incidência do princípio da insignificância (AgRg nos EDcl no REsp 1.279.686/PR, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 18/10/2017).

7. Agravo regimental parcialmente provido, para reconsiderar, em parte, a decisão agravada e, conseqüentemente, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, dar-lhe parcial provimento, afastando, tão somente, a reclassificação da conduta para o delito de contrabando, permanecendo incólumes os seus demais termos.

(AgRg no REsp n. 1.747.693/PR, de minha relatoria, **Sexta Turma**, julgado em 25/9/2018, DJe de 15/10/2018)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. REITERAÇÃO DOS ARGUMENTOS EXPOSTOS NA INICIAL QUE NÃO INFIRMAM OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: HABITUALIDADE CRIMINOSA. INAPLICABILIDADE. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - A agravante apenas reitera os argumentos anteriormente expostos na inicial do habeas corpus, sem, contudo, aduzir novos elementos capazes de afastar as razões expendidas na decisão agravada. II - **A jurisprudência desta Suprema Corte é pacífica no sentido de que o princípio da insignificância deverá ser aplicado ao delito de descaminho quando o valor sonegado for inferior ao estabelecido no art. 20 da Lei 10.522/2002, com a redação dada pela Lei 11.033/2004, ressalvada a habitualidade criminosa, que impede a aplicação desse princípio, em razão do elevado grau de reprovabilidade da conduta do agente.** III - Na hipótese, tenho que, demonstrada a habitualidade criminosa, não há falar em atipicidade da conduta das pacientes, que dão mostras de que fazem da prática do crime de descaminho os seus modus vivendi, o que não pode ser tolerado pela ordem jurídica. IV - Agravo a que se nega provimento.

(HC 144463 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, **Segunda Turma**,

julgado em 11-09-2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-202 DIVULG 24-09-2018 PUBLIC 25-09-2018)

Agravo regimental em habeas corpus. 2. Decisão monocrática do STJ. Ausência de interposição de agravo regimental. 3. Não exaurimento da jurisdição e inobservância do princípio da colegialidade. 4. **Crime de descaminho**. 5. **Valor dos tributos elididos inferior a vinte mil reais (Portarias do Ministério da Fazenda 75/2012 e 130/2012)**. 6. **Princípio da Insignificância afastado**. 7. **Existência de indicadores de habitualidade delitiva**. 8. **Reprovabilidade da Conduta**. 9. Precedentes. 10. Agravo regimental a que se nega provimento.

(HC 142381 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, **Segunda Turma**, julgado em 04-06-2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 20-06-2018 PUBLIC 21-06-2018)

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO. ARTIGO 334, § 1º, C E D, DO CÓDIGO PENAL (REDAÇÃO ANTERIOR). HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CRFB/88, ART. 102, I, D E I. HIPÓTESE QUE NÃO SE AMOLDA AO ROL TAXATIVO DE COMPETÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE. VALOR INFERIOR AO PREVISTO NO ARTIGO 20 DA LEI N.º 10.522/2002. PORTARIAS N.º 75 E 130/2012 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. REITERAÇÃO DELITIVA. COMPROVAÇÃO. INVIABILIDADE DO RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. **O delito de descaminho reiterado e figuras assemelhadas impede o reconhecimento do princípio da insignificância, ainda que o valor apurado esteja dentro dos limites fixados pela jurisprudência pacífica desta Corte para fins de reconhecimento da atipicidade**. Precedentes: HC 133.566, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia DJe de 12/05/2016, HC 130.489AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Edson Fachin DJe de 09/05/2016, HC 133.736 AgR, Segunda Turma, Relator Min. Gilmar Mendes, DJe 18/05/2016. 2. In casu, o paciente recorrente foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 334, § 1º, alínea c, do Código Penal (descaminho) e no artigo 1º, inciso III, da Lei 8.137/90, em razão de haver ingressado em território nacional com equipamentos eletrônicos de origem estrangeira desacompanhados de regular documentação de regularização, sendo o tributo devido no importe de R\$ 15.960,63 (quinze mil novecentos e sessenta reais e sessenta e três centavos). Ademais, o paciente teria falsificado notas fiscais para vender as mercadorias no estabelecimento comercial do qual é administrador. 3. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, exaustivamente, no artigo 102, inciso I, alíneas d e i, da Constituição da República, sendo certo que o paciente não está arrolado em qualquer das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte. 4. Agravo regimental desprovido.

(HC 122348 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, **Primeira Turma**, julgado em 09-11-2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-248 DIVULG 21-11-2016 PUBLIC 22-11-2016)

Acresço, ainda, que admitir a incidência do princípio da insignificância na hipótese de contumácia delitiva com base na totalidade do tributo não recolhido (inferior a vinte mil reais), teria o efeito deletério de estimular uma "economia do crime", na medida em que acabaria por criar uma "cota" de imunidade penal para a prática de sucessivas condutas delituosas.

Rememoro, nesse aspecto, que a ressalva constante da tese central - no

sentido da possibilidade da aplicação excepcional da insignificância aos caso em que, apesar da reiteração da conduta, a medida for socialmente recomendável -, já contempla uma exceção à regra, de modo que **não seria recomendável nem necessário acrescentar um parâmetro objetivo nesse caso.**

Solucionada a questão central e os tópicos subsidiários, voto pela fixação da seguinte tese:

A reiteração da conduta delitiva obsta a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho - independentemente do valor do tributo não recolhido -, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, se concluir que a medida é socialmente recomendável. A contumácia pode ser aferida a partir de procedimentos penais e fiscais pendentes de definitividade, sendo inaplicável o prazo previsto no art. 64, I, do CP, incumbindo ao julgador avaliar o lapso temporal transcorrido desde o último evento delituoso à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Aplicando essa tese ao caso sob exame, entendo que deve ser mantido o acórdão atacado, na medida em que o recorrente *responde a outras ações penais pela prática do crime de descaminho (ID 257257832, pp. 3/15), uma delas com condenação transitada em julgado (ID 257257853, p. 24), além de procedimentos administrativos pela importação ilegal de mercadorias (ID 257257176, p. 30), o que indica habitualidade delitiva* - fl. 1.187.

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso especial e **proponho** a fixação da seguinte tese: *A reiteração da conduta delitiva obsta a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho - independentemente do valor do tributo não recolhido -, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, se concluir que a medida é socialmente recomendável. A contumácia pode ser aferida a partir de procedimentos penais e fiscais pendentes de definitividade, sendo inaplicável o prazo previsto no art. 64, I, do CP, incumbindo ao julgador avaliar o lapso temporal transcorrido desde o último evento delituoso à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2091652 - MS (2023/0202680-0)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
RECORRENTE : JOSE ANTONIO FERREIRA NETO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

VOTO VENCIDO

Adoto o relatório lançado pelo Ministro Sebastião Reis Júnior.

Sem desconsiderar que a jurisprudência desta Terceira Seção caminha no sentido de reconhecer que a reiteração delitiva impede a aplicação do princípio da insignificância, entendo ser o caso de fazer algumas ponderações.

Como é de conhecimento, o princípio da insignificância é um vetor interpretativo que tem por finalidade restringir a intervenção do Direito Penal na qualificação de condutas que revelam lesão ínfima ao bem jurídico tutelado.

Não há dúvida de que o princípio da insignificância é *causa de exclusão da tipicidade*, de modo que sua incidência provoca a *atipicidade do fato*.

A tipicidade penal se constitui pela união da tipicidade *formal* e tipicidade *material*. Na incidência do princípio da insignificância, verifica-se, apenas, a tipicidade *formal*, isto é, juízo de subsunção do fato à norma penal. Falta, portanto, a *tipicidade material*: lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.

A insignificância afasta, assim, a caracterização material da tipicidade penal. E, por constituir excludente da tipicidade, incidente a insignificância, o fato é atípico, de modo que não se mostra necessário o prosseguir na análise dos demais elementos que constituem o crime.

E, neste contexto, parece ser irrelevante, do ponto de vista teórico, a avaliação da primariedade ou reincidência por se tratar de matéria afeta à teoria da pena, mais especificamente à individualização da sanção eventualmente aplicada, e não à teoria do crime.

O Supremo Tribunal Federal estabeleceu os requisitos devem ser observados para a aplicação do princípio, no julgamento do *Habeas Corpus* nº. 98152, de relatoria do Ministro Celso de Melo, e não se observa nenhum elemento que se relacione com a folha de antecedentes daquele que pratica a conduta: (a) *mínima ofensividade da conduta do agente* (b) *nenhuma periculosidade social da ação* (c) *reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento* e (d) *inexpressividade da lesão jurídica provocada*.

Não deixo de lado que o princípio da insignificância é um instrumento de política criminal e que, portanto, é preciso que se tenha a indispensável flexibilidade na sua aplicação. E é o que se extrai dos requisitos fixados pelo Supremo Tribunal Federal. Todavia, não parece adequado a inserção de requisito estranho à natureza jurídica do instrumento, isto é, a flexibilidade na aplicação não pode desnaturar o instituto, sob pena de gerar insegurança jurídica e instituir desnecessário protagonismo judicial.

Ressalvo, por fim, a figura específica do *criminoso habitual*, isto é, aquele que faz da prática de delitos o seu meio de vida. Obviamente, a ele não se permite a aplicação do princípio da insignificância, mas a figura não se confunde com a mera reincidência. A *habitualidade* exige a conclusão de que, muito embora cada fato praticado seja atípico, o conjunto das condutas revele um fato típico.

Em resumo, sem ignorar a jurisprudência desta Corte e os motivos que levam à conclusão, entendo não se mostra a medida mais ajustada à dogmática impedir a aplicação do princípio da insignificância em razão da reiteração delitiva.

Por tais razões, voto no sentido de negar provimento ao recurso, mas, pedindo vênia ao Ministro relator, não acompanho a tese proposta.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2023/0202680-0

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 2.091.652 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00071947820174036000 71947820174036000

PAUTA: 22/02/2024

JULGADO: 28/02/2024

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : JOSE ANTONIO FERREIRA NETO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Particular Contra a Administração em Geral -
Contrabando ou descaminho

SUSTENTAÇÃO ORAL

A Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge (Subprocuradora-Geral da República) sustentou oralmente pelo MPF (como Defensora da Ordem Jurídica).

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Seção, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial e, por maioria, fixou a seguinte tese no Tema Repetitivo n. 1218: "A reiteração da conduta delitiva obsta a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho - independentemente do valor do tributo não recolhido -, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, se concluir que a medida é socialmente recomendável. A contumácia pode ser aferida a partir de procedimentos penais e fiscais pendentes de definitividade, sendo inaplicável o prazo previsto no art. 64, I, do CP, incumbindo ao julgador avaliar o lapso temporal transcorrido desde o último evento delituoso à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade", nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, com a ressalva de entendimento do Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Vencido o Sr. Ministro Messod Azulay Neto, que divergiu quanto à tese fixada.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Reynaldo Soares da Fonseca, Antonio Saldanha Palheiro (com ressalva), Messod Azulay Neto, Teodoro Silva Santos e Jesuino Rissato (Desembargador Convocado do TJDF) votaram com o Sr. Ministro Relator, quanto ao caso concreto.

Vencido o Sr. Ministro Messod Azulay Neto, quanto à tese fixada.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik e Daniela Teixeira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2023/0202680-0

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 2.091.652 / MS
MATÉRIA CRIMINAL