

RENATO BRASILEIRO
DE LIMA

2020

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

LEGISLAÇÃO CRIMINAL ESPECIAL
COMENTADA
VOLUME ÚNICO

9^a revista
edição | atualizada
ampliada

ABUSO DE AUTORIDADE

LEI 13.869/2019

LEI N. 13.869, DE 5 DE SETEMBRO DE 2019

Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).

CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Esta Lei define os crimes de abuso de autoridade, cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído.

(...)

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS ACERCA DA ORIGEM DA NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE.

É ingênuo acreditar que o Congresso Nacional deliberou pela aprovação de uma nova Lei de Abuso de Autoridade tendo em vista única e exclusivamente o interesse da sociedade brasileira em coibir prática tão nefasta e odiosa quanto esta.

Não que um novo diploma normativo acerca da matéria não fosse necessário. Disso não temos a menor dúvida. Se o ordenamento jurídico confere poderes, também deve impor deveres a todos aqueles que atuam em nome do Poder Público. É dizer, se o exercício das prerrogativas conferidas a todos aqueles que agem em nome do Estado deve

atender à satisfação do interesse público, jamais ultrapassando os limites estabelecidos pela lei, é de rigor coibir todo e qualquer exercício abusivo do poder por esses agentes públicos.

Mas esta necessária prevenção e reprovação já não se mostrava mais presente na legislação pretérita. De fato, dotada de dispositivos vagos e abertos, a revogada Lei n. 4.898/65 dispensava aos crimes de abuso de autoridade uma sanção penal absolutamente incompatível com o desvalor do injusto, deixando-a, assim, desprovida de qualquer poder dissuasório sobre os agentes públicos. Com efeito, a pena privativa de liberdade cominada aos crimes de abuso de autoridade pelo antigo diploma normativo – detenção, por 10 (dez) dias a 6 (seis) meses (art. 6º, §3º, alínea “b”) – já não guardava mais compatibilidade com a gravidade de tais condutas, pois tratava a integralidade desses crimes como infrações de menor potencial ofensivo, logo, da competência dos Juizados Especiais Criminais, sujeitos, portanto, aos institutos despenalizadores previstos na Lei n. 9.099/95. Contribuía, ademais, para o advento da prescrição da pretensão punitiva, que, *in casu*, ocorria em apenas 3 (três) anos, consoante disposto no art. 109, inciso VI, do Código Penal, com redação dada pela Lei n. 12.234/10.

Não foram estes, porém, os motivos que certamente levaram Deputados e Senadores a aprovar a Lei n. 13.869/19 em regime de urgência e com votação simbólica, não nominal.¹ Inegavelmente, a Lei n. 13.869/19 não foi aprovada pelo Congresso para atender a essa finalidade, mas sim de modo

1. Na tarde do dia 14 de agosto de 2019, foi aprovado um requerimento de urgência e, nesta mesma data, o Plenário da Câmara dos Deputados votou a matéria através de procedimento simbólico, sequer possibilitando aos deputados federais a votação nominal do tema ou a apresentação de emendas ou críticas. O texto foi elaborado em mandato anterior do Congresso Nacional e não pela maioria dos parlamentares da nova legislatura.

a impedir o exercício das funções dos órgãos de soberania, bem como legitimar uma verdadeira vingança privada contra aqueles que, de alguma forma, se sentirem *incomodados* pela atuação dos órgãos de persecução penal, fiscal e administrativa.

Contaminado por centenas de casos de corrupção e sob constante alvo da Polícia, do Ministério Público e do Poder Judiciário na operação “Lava Jato”, o Congresso Nacional deliberou pela aprovação ‘a toque de caixa’ do novo diploma normativo com a nítida intenção de buscar uma forma de retaliação a esses agentes públicos, visando ao engessamento da atividade-fim de instituições de Estado responsáveis pelo combate à corrupção. Prova disso, aliás, e não parece ser mera coincidência, é que a sessão conjunta do Congresso na qual foram derrubados 18 itens dos 33 vetados pelo Presidente da República ocorreu menos de uma semana depois que o Min. Luís Roberto Barroso havia determinado o cumprimento de mandados de busca e apreensão no Congresso Nacional contra o então líder do governo, Senador F. B. C. É dentro desse contexto, então, que surge a nova Lei de Abuso de Autoridade, contaminada por diversos tipos penais abertos e indeterminados, de duvidosa constitucionalidade, praticamente transformando o exercício de qualquer função pública, ainda que de maneira legítima, em uma verdadeira atividade de risco.

De fato, mesmo antes da entrada em vigor do novo diploma normativo, ganharam notoriedade no meio jurídico diversas decisões de agentes públicos abstendo-se de cumprir suas respectivas funções “para não correr o risco de incidir em crime de abuso de autoridade”. Nesse sentido, sob o argumento de “perigo real da imputação de imputação de crime de abuso de autoridade”, juízes deixaram de realizar penhoras *online* de eventuais contas correntes e aplicações financeiras mantidas pela parte devedora através do sistema BacenJud. Na mesma linha, em casos concretos versando sobre tráfico de drogas (Lei n. 11.343/06, art. 33), flagrantes foram relaxados por autoridades judiciárias sob o argumento de que, pelo menos enquanto não sedimentado pelo STJ o rol taxativo de hipóteses em que a prisão deve ser considerada manifestamente devida, a regra seria a soltura, ainda que a vítima e a sociedade estivessem em risco, *in verbis*: “(...) Se o Congresso Nacional, pelos representantes eleitos, teve por desejo impor essa lei aos brasileiros, o fez com o amparo democrático, cabendo ao Magistrado, a quem não compete ter desejos, limitar-se a aplicá-la e aguardar a definição de seus contornos pelos tribunais superiores. Assim, em que

pese entender ser o caso de converter a prisão em flagrante em preventiva, diante da imposição da soltura por força da lei aprovada pelo Congresso Nacional, concedo liberdade provisória ao autuado mediante aplicação de medidas cautelares diversas da prisão”.²

Com a devida vênia, posturas como estas não se justificam em hipótese alguma. Primeiro, porque revelam um certo “comodismo” por parte do agente público, que se abstém de exercer sua função de maneira *regular* para não ser objeto de alguma representação criminal. Segundo, porque demonstram completo desconhecimento da Lei n. 13.869/19, que não pune qualquer conduta *legítima* adotada por um agente público. Terceiro porque demonstram, à primeira vista, que agentes públicos são figuras frágeis, covardes e medrosas, enfim, que têm medo de exercer *regularmente* suas funções. Tais atributos, a nosso juízo, não são inerentes à grande maioria dos agentes públicos, profissionais absolutamente qualificados e idôneos, que certamente jamais deixariam de agir conforme os estritos ditames legais com receio de eventuais “incômodos” proporcionados pela perspectiva de serem objeto de *notitia criminis* devido à prática de supostos crimes de abuso de autoridade, contra eles oferecidas por investigados, acusados, advogados e defensores, a título de represália decorrente da adoção de determinada medida legal que lhes fosse desfavorável. Ora, o dia a dia de qualquer agente público, seja quando efetua uma prisão em flagrante (v.g., Policial Militar) ou quando cumpre um mandado de prisão temporária (v.g., Delegado de Polícia), seja quando oferece uma denúncia (Promotor de Justiça) ou quando decreta a indisponibilidade de ativos financeiros (Juiz), é marcado por uma sujeição corriqueira ao descontentamento dos jurisdicionados, praticamente um efeito intrínseco da própria função pública.

Enfim, partindo da premissa de que a Lei n. 13.869/19 não criminaliza nenhuma conduta legítima por parte de um agente público, mas tão somente aquelas em que este excede os limites de sua competência ou quando pratica um ato com finalidade diversa daquela que decorre explícita ou implicitamente da lei, assim agindo com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal, não há por que se temer a nova Lei de Abuso de Autoridade, muito menos permitir que sua entrada em vigor

2. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/wp-content/uploads/2019/09/decisao.pdf>> Acesso em 27/11/2019.

sirva como obstáculo ao escorregio exercício de toda e qualquer função pública.

Deve se buscar, portanto, nesse ambiente criminal extremamente polarizado em que o Direito Penal e o Processo Penal infelizmente caminham nos dias de hoje, equilíbrio e sensatez na interpretação dos diversos dispositivos legais constantes da nova Lei de Abuso de Autoridade, seja para evitar corporativismos na sua exegese, tornando-a absolutamente estéril, seja para não se permitir que tipos penais abertos e indeterminados sejam utilizados como instrumentos de constrangimento ilegal contra agentes públicos no exercício regular de suas funções, permitindo, assim, que o revanchismo do Congresso Nacional consubstanciado na criação de um instrumento hiperbólico atinja seu desiderato.

2. BEM JURÍDICO TUTELADO.

A eficiência do Estado está diretamente relacionada à credibilidade, honestidade e probidade de seus agentes, pois a atuação do corpo funcional reflete-se na coletividade, influenciando decididamente na formação ético-moral e política dos cidadãos, especialmente no conceito que fazem da organização estatal. Daí a importância de se coibir todo e qualquer desvio funcional, enfim, de toda e qualquer conduta que, a pretexto de atender ao interesse público, visa à satisfação de interesse pessoal do agente público, importando em evidente desvio de finalidade.

A tutela penal dos crimes previstos na Lei n. 13.869/19 pretende, na realidade, abranger dois aspectos distintos (**crime pluriofensivo**): em primeiro lugar, visa proteger, a depender do crime em questão, a liberdade de locomoção (v.g., arts. 9º, 10, 12, etc.), a liberdade individual (v.g., arts. 13, 15, 18, etc.), o direito à assistência de advogado (v.g., arts. 20, 32, etc.), a intimidade ou a vida privada (v.g., arts. 22, 28, 38); em segundo, objetiva garantir o bom funcionamento do Estado, bem como o dever do funcionário público de conduzir-se com lealdade e probidade, preservando-se, assim, princípios básicos da Administração Pública, como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37, *caput*).

3. ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DA NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE.

O abuso de poder ocorre quando o agente público excede os limites de sua competência (excesso de poder) ou quando pratica um ato com finalidade diversa daquela que decorre explícita

ou implicitamente da lei (desvio de poder). Em ambas as hipóteses, a tipificação do delito está condicionada, como deixa entrever o *caput* do art. 1º, ao fato de o agente público praticar a conduta em questão *no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las*.³

Art. 1º (...)

§1º As condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.

(...)

4. TIPO SUBJETIVO DOS CRIMES DE ABUSO DE AUTORIDADE: ELEMENTO SUBJETIVO GERAL + ELEMENTO SUBJETIVO ESPECIAL DO TIPO.

Veja por outra, o legislador introduz em determinados tipos penais, ao lado do dolo, uma série de características subjetivas que os integram ou os fundamentam. A doutrina clássica denominava, impropriamente, o *elemento subjetivo geral* do tipo de *dolo genérico* e o *especial fim de agir de dolo específico*. A título de ilustração, o fato de o funcionário público retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, é uma atividade dirigida a um fim por imperativo do dolo, *in casu*, do crime de prevaricação previsto no art. 319 do Código Penal. No entanto, seu sentido ético-social será completamente distinto, atípico, aliás, se aquela atividade não tiver sido praticada com a finalidade de *satisfazer interesse ou sentimento pessoal*.

Conquanto esse *especial fim de agir* amplie sobremaneira o aspecto subjetivo do tipo, não integra e nem se confunde com o dolo, visto que este se esgota com a consciência e a vontade de realizar determinada conduta com a finalidade de obter o resultado delituoso (dolo direto), ou na assunção do risco de produzi-lo (dolo eventual). O *especial fim de agir* que integra determinadas definições de delitos, como, por exemplo, o delito de furto (“para si ou para outrem”), constitui, assim, *elemento subjetivo do tipo de ilícito*, de maneira autônoma e independente do dolo. Sua ausência acaba por descaracterizar o tipo subjetivo, pouco

3. Por razões didáticas, optamos por tratar desse *nexo funcional* indispensável para a tipificação do abuso de autoridade nos comentários ao art. 2º, para onde remetemos o leitor.

importando a presença do dolo. A terminologia correta, portanto, é *elemento subjetivo especial do tipo* ou *elemento subjetivo especial do injusto*.

Enquanto o dolo deve restar concretizado no fato típico, os elementos subjetivos especiais do tipo apenas têm o condão de especificar o dolo, sem que haja a necessidade de efetivamente se concretizarem, sendo suficiente que existam no psiquismo do autor, ou seja, desde que a conduta do agente tenha sido orientada por essa finalidade específica. Assim, se determinada pessoa foi sequestrada e o móvel do criminoso era o de *obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate*, ter-se-á como caracterizado o crime de extorsão mediante sequestro (CP, art. 159), ainda que tal vantagem jamais seja obtida pelo agente. Do contrário, é dizer, se ausente esse especial fim de agir, o crime será o de sequestro ou cárcere privado (CP, art. 148).

Firmadas essas premissas, parece não haver dúvida quanto à presença de um *elemento subjetivo específico* em relação aos crimes de abuso de autoridade previstos na Lei n. 13.869/19, pelo menos em regra.⁴ Isso porque, consoante disposto em seu art. 1º, §1º, as condutas ali descritas constituem abuso de autoridade quando praticadas pelo agente *com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal*. Como se percebe, diversamente do que geralmente ocorre na redação dos tipos penais, em que esses elementos subjetivos específicos constam da redação típica de cada delito (v.g., estelionato – *para si ou para outrem*), o legislador houve por bem inserir, logo no art. 1º, §1º, da Lei n. 13.869/19, uma norma penal de extensão que abrange, pelo menos em regra, todas as figuras delituosas previstas no novo diploma normativo. Sua presença (ou não), portanto, será de todo relevante para diferenciar o agente que cometeu um erro, ou mesmo uma ilegalidade

4. Há exceções: a título de exemplo, o tipo penal do art. 29 da nova Lei de Abuso de Autoridade optou por restringir o elemento subjetivo especial do injusto constante do art. 1º, §1º, da Lei n. 13.869/19. De fato, enquanto este, de aplicação genérica a todos os crimes de abuso de autoridade, faz referência à “finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal”, o art. 29, em sua parte final, menciona apenas o “fim de prejudicar interesse do investigado”. Destarte, atento ao princípio da especialidade (*lex specialis derogat generali*), o ideal é concluir que, em relação ao delito do art. 29, não se aplica a regra geral do art. 1º, §1º, da Lei n. 13.869/19, estando seu elemento subjetivo especial restrito à finalidade específica de prejudicar interesse do investigado. Logo, na eventualidade de a conduta ser praticada com a finalidade de beneficiar o investigado, por conta, por exemplo, de relação de amizade entre este e o agente público, não há falar em tipificação do delito sob comento, subsistindo, todavia, a depender do caso concreto, a figura delituosa de prevaricação (CP, art. 319). Raciocínio semelhante é válido para os crimes de abuso de autoridade previstos nos arts. 23, *caput*, 24, *caput*, 25, parágrafo único, 29, *caput*, e 37, *caput*, todos da Lei n. 13.869/19.

de boa-fé, é dizer, sem o propósito deliberado de abusar das prerrogativas que lhe foram atribuídas, daquele que agiu com a intenção inequívoca de se exceder no exercício das suas funções para atingir uma das finalidades ali enumeradas.

Por conseguinte, para além da comprovação do dolo em relação a cada crime, isoladamente considerado, como, no exemplo do art. 20, a vontade e consciência de impedir, sem justa causa, a entrevista pessoal e reservada do preso com seu advogado, e sem embargo de alguns tipos penais da nova Lei de Abuso de Autoridade também especificarem um especial fim de agir (v.g, art. 24 – “com o fim de alterar local ou momento de crime, prejudicando sua apuração”), será de rigor a demonstração de que o agente assim agiu com uma das seguintes – e alternativas – finalidades específicas:

a) prejudicar outrem: vez por outra, a atuação de um agente público é capaz de causar prejuízos à determinada pessoa. Basta imaginar o cumprimento de um mandado de prisão. É patente que sua execução irá causar prejuízos àquele que foi privado da sua liberdade de locomoção. Mas não é isso o que o legislador quis dizer ao inserir este especial fim de agir no art. 1º, §1º, da Lei n. 13.869/19. Na verdade, esse *dolo específico* de “prejudicar outrem” deve ser compreendido como a provocação de um prejuízo que transcenda o exercício regular das funções do agente público. É o caso, por exemplo, do Delegado de Polícia que, a despeito da absoluta falta de quaisquer indícios da prática de crime, determina a instauração de um inquérito policial em detrimento de um adversário político, com o nítido propósito de prejudicá-lo às vésperas de uma iminente disputa eleitoral;

b) beneficiar a si mesmo ou a terceiro: é qualquer vantagem, proveito ou benefício que possa vir a ser obtido pelo agente público, pouco importando se se trata de interesse de ordem patrimonial ou moral. No tocante ao interesse patrimonial do agente público, pouco importa, *pelo menos para fins de tipificação do crime de abuso de autoridade*, se houve (ou não) prévio oferecimento ou entrega de vantagem indevida por um particular em troca da ação ou omissão funcional. Assim, se um Desembargador demorar demasiada e injustificadamente no exame de processo de que tenha requerido vista em órgão colegiado, com o intuito de procrastinar seu andamento ou retardar o julgamento, assim agindo com o especial fim de agir de obter, para si, determinada quantia em dinheiro da parte prejudicada de modo a retomar o curso regular

redação determinada pela Lei n. 14.110/20).⁹ A propósito, eis o teor do **enunciado n. 29** do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): “Representações indevidas por abuso de autoridade podem, em tese, caracterizar crime de denúncia caluniosa (CP, art. 339), dano civil indenizável (CC, art. 953) e, caso o reclamante seja agente público, infração disciplinar ou político-administrativa”;

e) ainda em relação a eventuais representações indevidas pela prática de abuso de autoridade, convém lembrar que, nos exatos termos do art. 256 do CPP, se a parte injuriar o juiz, não poderá arguir sua suspeição. O dispositivo em questão visa evitar que a parte, por ato unilateral, consiga afastar do processo o juiz que porventura não seja conveniente a seus interesses. De mais a mais, também atende ao dever de boa-fé processual, que deve nortear a atuação dos sujeitos, na medida em que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza. Por conseguinte, eventual representação indevida pela prática de abuso de autoridade jamais terá o condão de acarretar a suspeição de agentes públicos, como, por exemplo, magistrados, Promotores de Justiça, etc. É nesse sentido, aliás, o **enunciado n. 30** do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): “A representação indevida por abuso de autoridade contra juiz, promotor de justiça, delegados ou agentes públicos em geral, não enseja, por si só, a suspeição ante a aplicação da regra de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza, nos termos do que disposto, inclusive, no art. 256 do CPP”.

4.1. (In) compatibilidade do elemento subjetivo especial do injusto com o dolo eventual.

O fato de o delito contemplar um especial fim de agir, como ocorre nos crimes de abuso de autoridade, não afasta a possibilidade de o delito ser imputado ao agente a título de dolo eventual. Prova disso, aliás, é o fato de o Código Penal contemplar diversos delitos cuja tipificação demanda

um especial fim de agir, tais como, por exemplo, furto (“para si ou para outrem”), extorsão mediante sequestro (“com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate”), etc., sem que a doutrina jamais tenha questionado a possibilidade de tais delitos serem atribuídos ao agente tanto a título de dolo direto quanto a título de dolo eventual.

Não há nenhuma incompatibilidade entre as duas figuras. Por isso, se restar comprovado que o agente público não queria o resultado (dolo direto), mas assumiu o risco de produzi-lo, deverá responder pelo crime de abuso de autoridade em questão a título de dolo eventual, se assim o fizer, logicamente, para prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.¹⁰

A ressalva fica por conta dos tipos penais de abuso de autoridade cuja redação típica deixar entrever que o legislador deliberadamente quis afastar a possibilidade de imputação a título de dolo eventual. Ou seja, à semelhança de outros tipos penais constantes do Código Penal ou da Legislação Especial que fazem uso de expressões como, por exemplo, “que sabe” ou “que devia saber” (v.g., arts. 180, *caput*, e 339, *caput*, do CP), há certos crimes na nova Lei de Abuso de Autoridade cuja punição é admitida apenas a título de dolo direto. É o que ocorre em relação aos crimes do art. 19, parágrafo único (“Incorre na mesma pena o magistrado que, *ciente do impedimento ou da demora*, deixar de tomar as providências tendentes a saná-lo ou, não sendo competente para decidir sobre a prisão, deixar de enviar o pedido à autoridade judiciária que o seja”), art. 25, parágrafo único (“Incorre na mesma pena quem faz uso de prova, em desfavor do investigado ou fiscalizado, *com prévio conhecimento de sua ilicitude*”) e art. 30 (“Dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada *ou contra quem sabe inocente*”). Concluimos, então, que, à exceção dessas 3 (três) figuras delituosas, todos os demais crimes previstos na nova Lei de Abuso de Autoridade podem ser atribuídos ao agente público tanto a título de dolo direto quanto a título de dolo eventual.

Não consta da Lei n. 13.869/19 nenhuma infração penal culposa. Portanto, eventual inobservância

9. Para Igor Pereira Pinheiro, André Clark Nunes Cavalcante e Emerson Castelo Branco (*Nova Lei do Abuso de Autoridade: comentada artigo por artigo*. Leme/SP: JH Mizuno, 2020. p. 52), ausente a comprovação de plano desse especial fim de agir, eventual representação açodada dirigida ao Ministério Público para fins de apuração de suposto crime de abuso de autoridade pode configurar o crime de denúncia caluniosa ou de comunicação falsa de crime (CP, arts. 339 e 340, respectivamente).

10. Em sentido diverso, Rogério Greco e Rogério Sanches Cunha (*Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo*. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 13) sustentam que o elemento subjetivo presente nos vários tipos incriminadores restringe o alcance da norma de tal forma que o dolo eventual ficaria descartado.

do dever objetivo de cuidado na atuação funcional pode dar ensejo à responsabilização cível e/ou administrativa, punida exclusivamente na seara extrapenal, jamais no âmbito criminal.

Art. 1º (...)

(...)

§2º A divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade.

5. VEDAÇÃO DO CRIME DE HERMENÊUTICA.

A atuação de todo e qualquer agente público, seja ele um Ministro de Tribunal Superior, seja ele um Auditor da Receita Federal, envolve constantemente não apenas a interpretação de leis e atos normativos, mas também a apreciação de fatos e provas. Ocorre que, por mais que sejam utilizados critérios objetivos e métodos teóricos para o exercício de tais atividades, sempre haverá uma boa dose de subjetividade. E é exatamente dessa subjetividade que derivam divergências na interpretação da lei ou na avaliação dos fatos e provas. Atento a isso, o art. 1º, §2º, da Lei n. 13.869/19, prevê expressamente que “a divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade”.¹¹

O objetivo do dispositivo sob análise foi o de coibir aquilo que Rui Barbosa chamava de **crime de hermenêutica**, assim compreendida como toda e qualquer figura delituosa que procure criminalizar a interpretação jurídica, fática ou probatória, que o agente público dê aos fatos que lhe são trazidos para sua apreciação. O tema não é novo e, como dito, Rui Barbosa, há muitos anos, já condenava as tentativas de se criar o **crime de hermenêutica**: “Para fazer do magistrado uma impotência equivalente, criaram a novidade da doutrina, que inventou para o juiz os crimes de hermenêutica, responsabilizando-o penalmente pelas rebeldias da sua consciência ao padrão oficial no entendimento dos textos. Esta hipérbole do absurdo não tem linhagem conhecida: nasceu entre nós por geração espontânea. E, se passar, fará da toga a mais humilde das profissões servis, estabelecendo, para o aplicador judicial das leis, uma subalternidade constantemente ameaçada pelos oráculos

da ortodoxia cortesã. Se o julgador, cuja opinião não condiga com a dos seus julgadores na análise do direito escrito, incorrer, por essa dissidência, em sanção criminal, a hierarquia judiciária, em vez de ser a garantia da justiça contra os erros individuais dos juizes, pelo sistema de recursos, ter-se-á convertido, a benefício dos interesses poderosos, em mecanismo de pressão, para substituir a consciência pessoal do magistrado, base de toda a confiança na judicatura, pela ação cominatória do terror, que dissolve o homem em escravo. (...)”.¹²

Aliás, mesmo na vigência da revogada Lei de Abuso de Autoridade, a jurisprudência já rechaçava a possibilidade de se responsabilizar criminalmente o magistrado pela mera divergência de interpretação: “(...) AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. ABUSO DE AUTORIDADE. ART. 4º, “A”, DA LEI N.º 4.898/65. DESEMBARGADOR. DECISÃO JUDICIAL. CONFRONTO COM DECISÃO DE RELATOR DO STF. CONDUÇÃO COMPULSÓRIA PARA LAVRATURA DE TERMO CIRCUNSTANCIADO. QUESTÕES ATINENTES À ATIVIDADE JUDICANTE. ATRIBUTOS DA FUNÇÃO JURISDICCIONAL. 1. Faz parte da atividade jurisdicional proferir decisões com o vício *in judicando* e *in procedendo*, razão por que, para a configuração do delito de abuso de autoridade há necessidade da demonstração de um mínimo de “má-fé” e de “maldade” por parte do julgador, que proferiu a decisão com a evidente intenção de causar dano à pessoa. 2. Por essa razão, não se pode acolher denúncia oferecida contra a atuação do magistrado sem a configuração mínima do dolo exigido pelo tipo do injusto, que, no caso presente, não restou demonstrado na própria descrição da peça inicial de acusação para se caracterizar o abuso de autoridade. 3. Ademais, de todo o contexto, o que se conclui é que houve uma verdadeira guerra de autoridades no plano jurídico, cada qual com suas armas e poderes, que, ao final, bem ou mal, conseguiram garantir a proteção das instituições e dos seus representantes, não possibilitando a esta Corte a inferência da prática de conduta penalmente relevante. 4. Denúncia rejeitada”.¹³

12. *Obras completas de Rui Barbosa*. Vol. XXIII, Tomo III, p. 2.280.

13. STJ, Corte Especial, APn 858/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 24/10/2018, DJe 21/11/2018. Em sentido semelhante, referindo-se, porém, ao crime de prevaricação, cuja tipificação também demanda um especial fim de agir: “CRIMINAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DENÚNCIA. PREVARICAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE DECISÕES DO TST. PRERROGATIVA DE MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. SATISFAÇÃO DE INTERESSE OU SENTIMENTO PESSOAL. ELEMENTO SUBJETIVO NÃO CONFIGURADO. DENÚNCIA REJEITADA. Hipótese em que a denúncia trata da suposta prática de crime de prevaricação, pois os acusados teriam deixado de praticar ato de ofício consistente no cumprimento de decisões

11. Especificamente em relação a magistrados, o art. 1º, §2º, da nova Lei de Abuso de Autoridade, vem ao encontro da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LC n. 35/79), cujo art. 41 prevê que, salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem, o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir.

Por conseguinte, se um Promotor de Justiça oferecer denúncia contra alguém, imputando-lhe um crime de furto decorrente da subtração de coisa móvel alheia avaliada em R\$ 50,00 (cinquenta reais), o fato de a peça acusatória ser, na sequência, rejeitada pelo juiz, sob o argumento de que a conduta seria atípica à luz do princípio da insignificância, jamais poderá levar à conclusão de que o membro do *Parquet* teria incorrido em crime de abuso de autoridade - *in casu*, no delicto do art. 30 da Lei n. 13.869/19 -, porquanto o que houve, em última análise, teria sido uma mera divergência entre o órgão ministerial e o magistrado em relação à interpretação do referido postulado. Na mesma linha, se um Policial Militar deliberar por ingressar em imóvel alheio sem prévia autorização judicial por entender que uma denúncia anônima seria suficiente para caracterizar a *causa provável* de um flagrante delito, a ele não se poderá imputar o crime do art. 22 da Lei n. 13.869/19, eis que eventual divergência, por parte de outro agente público (v.g., Delegado de Polícia, Promotor de Justiça, Juiz, etc.), quanto à avaliação dos fatos e provas, jamais terá o condão de autorizar a tipificação de qualquer crime de abuso de autoridade.

Enfim, se estamos diante de uma norma que permite interpretações diversas, o sentido adotado pelo agente público em questão deve ser considerado válido, e não abusivo. Agora, se a norma não permite interpretações diversas, seja por conta da literalidade do texto legal (*limitação literal*) – não se pode interpretar “dia” como “noite”, nem vice-versa, ou seja, não se pode interpretar o texto legal de modo a promover a ruptura da literalidade da norma –, seja quando a interpretação daquela norma tiver sido pacificada de maneira vinculante por determinado Tribunal (*limitação jurisprudencial*), a exemplo do que ocorre quando o Supremo Tribunal Federal delibera pela aprovação de súmula

vinculante,¹⁴ a atuação em descompasso com a norma legal poderá configurar crime de abuso de autoridade, desde que presente o especial fim de agir do art. 1º, §1º.¹⁵

É possível afirmar, portanto, que não haverá crime de abuso de autoridade apenas quando se tratar de divergência *razoável* na interpretação da lei ou na avaliação de fatos e provas. Logo, em se tratando de *interpretação* absurda, teratológica, manifestamente descabida, é dizer, em contrariedade a essa *limitação literal ou jurisprudencial* anteriormente explicada, não será cabível a aplicação da causa excludente do dolo constante do art. 1º, §2º, da nova Lei de Abuso de Autoridade. É nesse sentido, aliás, o **enunciado n. 2** do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): “A divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas, salvo quando teratológica, não configura abuso de autoridade, fixando excluído o dolo”. A título de ilustração, suponha-se que determinado juiz, a despeito de ter consciência da súmula vinculante n. 25 (“É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”), resolva decretar, a título de vingança contra um antigo desafeto, sua prisão civil diante do descumprimento de seus deveres como depositário. Ora, se há súmula vinculante com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário (CF, art. 103-A, *caput*) vedando a possibilidade de decretação de qualquer prisão civil de depositário infiel, não há espaço para quaisquer interpretações em sentido diverso. De todo modo, para que o magistrado responda pelo crime do art. 9º, *caput*, da Lei n. 13.869/19, subsiste a necessidade de se demonstrar cabalmente que agiu com o especial fim de agir do art. 1º, §1º, verdadeira elementar em relação a todos os crimes de abuso de autoridade. Do contrário, será um *error in iudicando*, passível de ser sanado pelos recursos ordinários, correição parcial, habeas corpus, etc., sem que se possa cogitar de qualquer responsabilidade criminal do julgador.¹⁶

emanadas do TST referentes à prerrogativa institucional de membro do MPU de ter assento no mesmo plano e imediatamente à direita dos juízes singulares ou presidentes dos órgãos judiciários perante os quais oficiem na condição de parte ou de fiscal da lei, além de terem praticado outros atos contra expressa disposição de lei, com vistas a satisfazer interesse ou sentimento pessoal. Esta Corte já firmou posicionamento, concordante com a doutrina penal, no sentido de que a intenção de satisfazer interesse ou sentimento pessoal é essencial à tipificação do delito do art. 319 do Estatuto Repressor. Precedente. A controvérsia quanto à interpretação da legislação, como ocorreu no caso dos autos, não é hábil a configurar o elemento subjetivo do crime de prevaricação. Se não resta caracterizada a satisfação de interesse ou sentimento pessoal na conduta dos acusados, afasta-se a tipicidade da conduta. Ante a ausência de correspondência do fato, tal como narrado na peça acusatória, à norma jurídica, vislumbra-se a inexistência de fato típico, afetando a possibilidade de responsabilização penal dos acusados pela prática do delito descrito no art. 319 do Código Penal. Denúncia rejeitada”. (STJ, Corte Especial, APn 471/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 07/11/2007, DJe 10/03/2008).

14. O raciocínio em questão seria válido não apenas para as hipóteses de súmulas vinculantes (CF, art. 103-A), mas também para outras hipóteses em que houvesse uma decisão do Supremo Tribunal Federal com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, a exemplo do que ocorre com as decisões definitivas de mérito proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade, nas ações declaratórias de constitucionalidade, recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida, recursos repetitivos, etc.

15. A propósito: AGI, Samer. *Comentários à nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei n. 13.869/2019)*. Brasília: Editora CP Luris, 2019. p. 18.

16. Nessa linha: PINHEIRO, Igor Pereira; CAVALCANTE, André Clark Nunes; BRANCO, Emerson Castelo. Op. cit. p. 16.

CAPÍTULO II DOS SUJEITOS DO CRIME

Art. 2º É sujeito ativo do crime de abuso de autoridade qualquer agente público, servidor ou não, da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de Território, compreendendo, mas não se limitando a:

I - servidores públicos e militares ou pessoas a eles equiparadas;

II - membros do Poder Legislativo;

III - membros do Poder Executivo;

IV - membros do Poder Judiciário;

V - membros do Ministério Público;

VI - membros dos tribunais ou conselhos de contas.

Parágrafo único. Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função em órgão ou entidade abrangidos pelo *caput* deste artigo.

6. SUJEITO ATIVO DOS CRIMES DE ABUSO DE AUTORIDADE.

Diversamente do conceito mais restrito conferido pelo Direito Administrativo, a **norma penal interpretativa** do art. 2º da Lei n. 13.689/19 considera *agente público* todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função na Administração Direta, Indireta ou Fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de Território.

Esse conceito incide tanto na esfera da **Administração Pública Direta**, como também no campo da **Administração Pública Indireta**, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendendo, mas não se limitando a servidores públicos e militares ou pessoas a eles equiparadas, membros do Poder Legislativo, membros do Poder Executivo, membros do Poder Judiciário, membros do Ministério Público e membros dos Tribunais ou Conselhos de Contas. Como se percebe, partindo da premissa de que é elemento essencial de uma República que

todos estejam sob o império da lei, o art. 2º deixa entrever que até mesmo os *agentes políticos* estão sujeitos à punição cível, administrativa e criminal por abuso de autoridade.¹⁷

Administração Direta é o conjunto de órgãos que integram as pessoas federativas, aos quais foi atribuída a competência para o exercício, de forma centralizada, das atividades administrativas do Estado. O conceito abrange, portanto, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, cada qual com sua estrutura administrativa e seus órgãos. Por sua vez, **Administração Indireta** é o conjunto de pessoas administrativas que, vinculadas à respectiva Administração Direta, têm o objetivo de desempenhar as atividades administrativas de forma descentralizada. Consoante disposto no art. 4º, inciso II, do Decreto-Lei n. 200/67, a Administração Indireta compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: a) autarquias; b) empresas públicas; c) sociedades de economia mista; d) fundações públicas. Vale lembrar que os territórios federais têm natureza jurídica de autarquias, pertencendo, pois, à Administração Indireta.

Interessante notar que a antiga Lei de Abuso de Autoridade não fazia referência, como o faz o Código Penal em seu art. 327, § 1º, incluído pela Lei n. 9.983/00, aos denominados *funcionários públicos por equiparação*, assim compreendido como aquele que “exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da administração”. A propósito, eis o teor do art. 5º da revogada Lei n. 4.898/65: “Considera-se autoridade, para os efeitos desta Lei, quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração”. Destarte, atento ao princípio da especialidade (*lex specialis derogat generali*), tal conceito de *funcionário público por equiparação* não poderia ser aplicado para fins de tipificação de crimes de abuso de autoridade.¹⁸ Logo, pelo menos à época, enquanto aquele indivíduo que exercia uma função numa empresa contratada para a execução de atividade típica da administração pública (v.g., coleta de lixo) era – e continua sendo – considerado funcionário público no tocante aos crimes contra a

17. Nesse sentido, como já se pronunciou o STJ, “(...) excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (art. 85, V), cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (art. 86), não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4º (...).” (STJ, 2ª Turma, REsp 1.108.490/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 15/09/2016, DJe 11/10/2016).

18. Nessa linha: ROQUE, Fábio; TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Legislação Criminal para concursos*. Salvador: Editora Juspodivum, 2019. p. 122.

Administração Pública, haja vista a norma do art. 327, §1º, do CP, podendo responder, portanto, por crimes como peculato e corrupção passiva, este mesmo *funcionário público por equiparação* não poderia ser considerado *agente público* para efeito de aplicação da antiga Lei de Abuso de Autoridade, haja vista o silêncio da norma especial em relação à equiparação feita pelo Código Penal, revelando-se inviável, pois, qualquer espécie de analogia, que, *in casu*, seria evidentemente *in malam partem*. Com o objetivo de afastar esse evidente equívoco, a Lei n. 13.869/19 refere-se, expressamente, em seu art. 2º, inciso I, aos servidores públicos e militares *ou pessoas a eles equiparadas*, conceito dentro do qual nos parece perfeitamente possível a inclusão dos funcionários públicos por equiparação previstos no art. 327, §1º, do Código Penal.

O parágrafo único do art. 2º da Lei n. 13.869/19 refere-se a mandato, cargo, emprego ou função. Vejamos tais conceitos, separadamente: a) **mandato**: é aquele que, pela sua própria natureza, possui um tempo certo de duração, podendo ou não ser renovado, a exemplo do que ocorre com os mandatos eletivos, conquistados através do voto popular, tal como ocorre com vereadores, prefeitos, deputados (estaduais e federais), senadores, Governadores, Presidente da República, etc.; b) **cargo**: de acordo com o art. 3º da Lei n. 8.112/90, cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor; c) **emprego**: é a terminologia utilizada para identificar uma relação funcional de trabalho; é um núcleo de encargo de trabalho permanente a ser preenchido por agente contratado para desempenhá-lo. Portanto, também conta com um conjunto de atribuições e responsabilidades, distinguindo-se das situações anteriores pelo regime adotado (CLT); d) **função**: é a atividade em si mesma, ou seja, é sinônimo de atribuição e corresponde às inúmeras tarefas que constituem o objeto dos serviços prestados pelos servidores públicos. Todo cargo tem função, porque não se pode admitir um lugar na Administração que não tenha a predeterminação das tarefas do servidor. Mas nem toda função pressupõe a existência do cargo.

Noutro giro, não são considerados *agentes públicos* aqueles que exercem apenas um *munus* público, como, por exemplo, os curadores e tutores dativos, os inventariantes judiciais, os administradores judiciais, os depositários judiciais, os leiloeiros dativos, etc., havendo prevalência, nesses casos, do interesse privado. Especificamente quanto aos advogados dativos, nomeados para exercer a defesa de acusado necessitado em locais onde a Defensoria Pública não tenha sido instituída, o Superior Tribunal de Justiça

tem precedentes¹⁹ no sentido de que, conquanto não sejam servidores públicos propriamente ditos, pois não são Defensores Públicos, devem ser considerados funcionários públicos para fins penais, nos termos do art. 327 do Código Penal, daí por que também hão de ser considerados agentes públicos à luz do art. 2º da Lei n. 13.869/19.

Para a caracterização dos crimes de abuso de autoridade, não se faz necessário que a conduta seja contemporânea ao exercício efetivo da função. Subsistirá a infração penal, portanto, ainda que o agente se encontre licenciado, em férias ou não tenha assumido o cargo, mas já tenha sido, por exemplo, aprovado no concurso público ou nomeado formalmente para exercer determinada função. É exatamente nesse sentido, aliás, o disposto no art. 1º, *caput*, da Lei n. 13.869/19, que define como crimes de abuso de autoridade aqueles cometidos por agente público, servidor ou não, que, *no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las*, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído.

Contudo, embora não se exija efetivo exercício funcional no momento da conduta, é imperioso que o sujeito ativo goze do *status* de agente público no sentido do art. 2º da Lei n. 13.869/19. Caso contrário, a ele não se poderá imputar o delito. É o que ocorre, por exemplo, com o funcionário público aposentado, que não pode figurar como sujeito ativo dos crimes de abuso de autoridade, vez que, à época do delito, já havia se desvinculado funcionalmente da Administração Pública.

De todo modo, deve restar caracterizada a correlação entre o abuso e as funções desempenhadas pelo agente. Como adverte Renee do Ó Souza, na eventualidade de a conduta delituosa ser praticada com total desvinculação às funções, “em ato ligado essencialmente à vida privada do agente, não há que se falar em abuso de autoridade”.²⁰ É nesse sentido a jurisprudência: “(...) não há falar em abuso de poder, se a ação de polícia do réu resulta de atividade como particular desvinculada de determinação oficial e da função específica”.²¹ Portanto, se um policial militar de folga, ao fazer um “bico” como segurança privada em um estabelecimento qualquer,

19. Para o STJ, “o advogado que, por força de convênio celebrado com o Poder Público, atua de forma remunerada em defesa dos agraciados com o benefício da Justiça Pública, enquadra-se no conceito de funcionário público para fins penais (Precedentes). (REsp n. 902.037/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. 17/04/2007, DJ 04/06/2007). Sendo equiparado a funcionário público, possível a adequação típica aos crimes previstos nos arts. 312 e 317 do Código Penal. (...)”. (STJ, 5ª Turma, HC 264.459/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 10/03/2016, DJe 16/03/2016). Na mesma linha: STJ, 5ª Turma, RHC 33.133/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 21/05/2013, DJe 05/06/2013.

20. *Leis Penais Especiais Comentadas artigo por artigo*. Coordenadores Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto, Renee do Ó Souza. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodivm. p. 271.

21. TACRIM-SP-AC- Rel. Ary Belfort – Jutacrim 65/248.

constranger uma pessoa detida, mediante violência, a produzir prova contra si mesmo ou contra terceiro, não poderá responder pelo crime do art. 13, inciso III, da Lei n. 13.869/19, porquanto o delito não guardará qualquer relação com suas funções. Subsistirá, porém, o delito de constrangimento ilegal previsto no art. 146 do Código Penal.

6.1. Concurso de agentes com particulares (*extraneus*).

Como exposto anteriormente, o sujeito ativo dos crimes de abuso de autoridade é apenas o agente público. Trata-se, portanto, de **crime próprio**. Todavia, como a condição especial *agente público* funciona como verdadeira elementar desses delitos, comunica-se ao particular que eventualmente concorra, na condição de coautor ou partícipe, para a prática do crime, nos termos do art. 30 do Código Penal, segundo o qual “não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”. Destarte, é necessário que pelo menos um dos autores reúna a condição especial de agente público, podendo os demais não ostentar tal qualidade. Caso contrário, é dizer, se o particular agir sozinho, jamais poderá responder por abuso de autoridade. Se praticar alguma das condutas contidas nos artigos seguintes, poderá ser responsabilizado por crimes diversos, como, por exemplo, lesão corporal, constrangimento ilegal, ameaça, etc.²²

De todo modo, se o particular agir em concurso de pessoas com um agente público, é indispensável que o *extraneus* tenha consciência de sua qualidade especial, sob pena de não responder pelo crime de abuso de autoridade. De fato, desconhecendo essa condição de agente público, o *dolo* do particular não terá o condão de abranger todos os elementos constitutivos do tipo, configurando-se o denominado *erro de tipo*, que afasta a tipicidade da conduta. Responderá, todavia, por outro crime, nos termos da previsão do art. 29, §2, do Código Penal, que cuida da chamada *cooperação dolosamente distinta*.

22. É assente na doutrina e na jurisprudência que o espectro de alcance do art. 30 do Código Penal se restringe às elementares típicas, sejam aquelas constantes da figura básica ou qualificada. Por isso, em caso concreto no qual se discutia a possibilidade de a causa especial de aumento de pena do art. 327, §2º, do CP, ser aplicada a *extraneus*, a 5ª Turma do STJ assim se manifestou: “(...) Não há que se confundir a norma penal de caráter explicativo constante do *caput* do art. 327 do CP, extensível a todos os participantes (coautores ou partícipes) de crimes em que a condição de funcionários públicos seja elementar típica, com aquela disposição prevista no §2º do dispositivo legal em testilha, essa última emblemática circunstância accidental que implica em especial agravamento da pena, aplicável apenas aos detentores de cargo em comissão ou função comissionada, posto que o legislador presumiu lhes ser maior a culpabilidade, em linha com o disposto no art. 29 do CP”. (STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.789.273/PR, Rel. Min. Felix Fischer, j. 25.08.2020, DJe 08.09.2020).

7. SUJEITO PASSIVO DOS CRIMES DE ABUSO DE AUTORIDADE.

Os crimes de abuso de autoridade previstos na Lei n. 13.869/19 são delitos de “dupla subjetividade passiva”. Isso porque são condutas que atingem dois sujeitos passivos: de um lado, o Estado (Poder Público), que tem a sua imagem, credibilidade e até patrimônio ofendidos quando um agente pratica um ato abusivo; do outro, a pessoa física ou jurídica diretamente atingida ou prejudicada pela conduta abusiva, como, por exemplo, a pessoa presa, no caso do crime do art. 13.

Ousamos discordar de parte da doutrina, que costuma apontar o Estado como sujeito passivo principal ou imediato, e, na condição de sujeito passivo secundário (ou mediato), a pessoa física ou jurídica diretamente atingida pela conduta delituosa.²³ Na verdade, não conseguimos visualizar nenhuma razão lógica ou jurídica para se colocar o particular em segundo plano, ainda que se queira argumentar que estamos diante de crimes de responsabilidade em sentido amplo, semelhantes, pois, àqueles previstos entre os arts. 312 e 326 do Código Penal. Ora, tomando-se como exemplo o delito previsto no art. 10 da Lei n. 13.869/19 (“Decretar a condução coercitiva de testemunha ou investigado manifestamente descabida ou sem prévia intimação de comparecimento ao juízo”), parece não haver qualquer dúvida quanto ao fato de se tratar de um delito que lesa tanto bem jurídico pertencente à Administração Pública – dignidade da função pública e o prestígio de que o poder público deve desfrutar perante os administrados –, quanto bem jurídico pertencente ao particular – *in casu*, a liberdade de locomoção da testemunha ou do investigado. Nesses casos, se alguém deve ser denominado como sujeito passivo secundário, este alguém deveria ser o Estado, que é sempre ofendido diante do desvio de finalidade perpetrado pelo agente público, mas como tal jamais se poderia considerar o particular diretamente lesado.

Em síntese, o sujeito passivo permanente de todos os crimes previstos na Lei n. 13.869/19 é o Estado, que deve, porém, ser considerado como o sujeito passivo secundário, sempre que a conduta tiver lesado ou ofendido diretamente bem jurídico pertencente à alguma pessoa física ou jurídica.

8. COMPETÊNCIA PARA O PROCESSO E JULGAMENTO DOS CRIMES DE ABUSO DE AUTORIDADE.

Pelo menos em regra, a competência para o processo e julgamento dos crimes de abuso de

23. Nessa linha: AGI, Samer. Op. cit. p. 22.

CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, ECONÔMICA E CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO

LEI N. 8.137/1990

CAPÍTULO I DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

1. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS.

Antigamente, para que o Estado pudesse custear suas despesas, valia-se de guerras, de extorsões de outros povos, de imposições de penalidades pecuniárias, etc. Com o passar do tempo, e ante a crescente expansão das despesas públicas, tornou-se imprescindível que o Estado encontrasse uma fonte regular e permanente de recursos financeiros, centrada na força coercitiva para a retirada parcial das riquezas produzidas por particulares, sem qualquer contrapartida. Surge, assim, o tributo como principal fonte de ingressos públicos necessários ao funcionamento das atividades estatais, voltadas para a satisfação do bem comum.

Tem origem, então, o *Direito Tributário*, não apenas para substituir uma relação de poder por uma relação jurídica, disciplinando deveres e obrigações recíprocas das partes, mas notadamente para delimitar o poder de tributar e evitar o seu exercício de maneira abusiva.

Sem embargo de a tributação estar regulamentada pelo Direito, não é nenhum exagero afirmar que, de maneira voluntária, dificilmente alguém pagaria um tributo. Com efeito, mesmo nas sociedades modernas em Estados Democráticos de Direito, há enorme resistência à tributação, seja porque o Estado é perdulário e corrupto, deixando

de prover à população com serviços essenciais básicos, como saúde, educação e moradia, seja porque a carga tributária é por demais exacerbada¹ e mal distribuída, revoltando certas categorias de contribuintes, sujeitas ao pagamento na fonte e em nível cada vez maior para compensar aqueles que não recolhem os valores devidos.²

É exatamente daí que surge a ideia de tipificação dos crimes contra a ordem tributária. Sabedor de que os desvios perpetrados na seara tributária não são adequadamente sancionados por intermédio de medidas de caráter meramente administrativo, o legislador opta por fazer uso do Direito Penal, como mais drástica forma de intervenção do Estado na esfera de direitos do cidadão, com o objetivo de resguardar a ordem tributária.

Aliás, desde o século XVIII Beccaria já preconizava que “os impostos são parte essencial e tão difícil numa boa legislatura e estão de tal modo comprometidos em certas espécies de contrabando, que tal delito merece uma pena considerável, como a prisão e mesmo a servidão, mas uma prisão e uma servidão análoga à natureza do delito”.³

1. Conforme dados da Associação Comercial de São Paulo, o valor pago pelos brasileiros em tributos, apenas nos dois primeiros meses de 2020, já alcançou mais de R\$ 452.850.000.000,00 (quatrocentos e cinquenta e dois bilhões e oitocentos e cinquenta milhões de reais). A informação é extraída do chamado “Impostômetro”, que é um painel eletrônico que calcula a arrecadação em tempo real instalado na sede da referida associação.

2. Na visão da 5ª Turma do STJ (AgRg no AREsp 1.648.761/RS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 06.10.2020, DJe 13.10.2020), a complexidade do sistema tributário, a alta carga tributária e o suposto ineficiente emprego dos tributos arrecadados em nada diminuem a culpabilidade do recorrente para fins de aplicação da atenuante inominada do art. 66 do CP, pois não são circunstâncias específicas do caso concreto, vez que alcançam a todos que exercem atividade econômica e se submetem ao regime tributário nacional.

3. *Das delimitações e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

2. DIREITO TRIBUTÁRIO PENAL E DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO.

Com o objetivo de distinguir as infrações tributárias definidas e punidas pelo Direito Tributário daquelas configuradas e sancionadas pelo Direito Penal, grande parte da doutrina⁴ costuma fazer referência ao Direito Tributário Penal e ao Direito Penal Tributário. Conquanto sejam aplicáveis a esses dois ramos do Direito noções semelhantes como tipo e tipicidade,⁵ assim como o princípio da legalidade,⁶ a doutrina costuma apontar diferentes campos de abrangência de um e do outro:

a) **Direito Tributário Penal:** consiste no ramo do Direito Tributário que versa sobre a aplicação de sanções extrapenais às condutas ilícitas de cunho administrativo e tributário. Na dicção de Kiyoshi Harada, “abrange todas as infrações tributárias decorrentes do descumprimento de obrigações tributárias principais ou acessórias, vale dizer, alcança todas as condutas comissivas ou omissivas que, por afrontosas às normas tributárias de natureza substantiva ou formal, ensejam sanções de natureza administrativa. Abrangem as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares, que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes, nos termos do art. 96 do CTN”.⁷ As *infrações fiscais* recebem tratamento diverso daquele conferido aos denominados *crimes tributários*. Deveras, prevalece o entendimento de que tais infrações podem ser atribuídas ao agente tanto a título de dolo quanto a título de culpa, nos termos do art. 136 do Código Tributário Nacional (“Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato”);

b) **Direito Penal Tributário:** cuida-se do ramo do Direito Penal que incide sobre condutas que atentam contra a ordem tributária. Abrange não apenas os

crimes listados nos arts. 1º a 3º da Lei n. 8.137/90, mas também outros crimes previstos no Código Penal (v.g., art. 168-A, art. 334, art. 337-A, etc.). Diversamente das infrações fiscais que integram o Direito Tributário Penal, os crimes contra a ordem tributária só podem ser imputados ao agente a título doloso, sendo inadmissível eventual responsabilidade penal objetiva, porquanto manifestamente contrária ao princípio da culpabilidade.

Com a premissa de que o que outorga autonomia aos crimes contra a ordem tributária é o fato de que eles não representam meras infrações à norma tributária, mas comportamentos que afetam um bem jurídico digno de proteção penal, Cezar Roberto Bitencourt e Luciana de Oliveira Monteiro⁸ apontam dois fatores para diferenciar o *crime tributário* da *infração fiscal*:

a) materialmente, o crime tributário deve representar uma ofensa a um determinado bem jurídico, e não uma mera infração das normas impostas pelo Direito Tributário, porquanto não se pode admitir a criminalização de condutas constitutivas de mera infração de dever;

b) não obstante a antijuridicidade ser uma categoria comum a todos os ramos do Direito, a persecução de delitos, dentre eles os crimes tributários, atende a princípios e regras de imputação específicos, propriamente penais, do que se conclui que a constatação da responsabilidade penal objetiva e subjetiva e a declaração de culpabilidade constituem pressupostos necessários e irrenunciáveis para a aplicação da pena.

3. TIPIFICAÇÃO DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA.

No ordenamento jurídico interno, é possível dizer que a criação de tipos penais voltados à tutela da ordem tributária é relativamente recente. A Lei n. 4.357, de 16 de julho de 1964, tipificou o crime de apropriação indébita do imposto de renda, imposto sobre o consumo e o imposto do selo, então existente. Na sequência, a Lei n. 4.729, de 14 de julho de 1965, posteriormente revogada pela Lei n. 8.137/90,⁹ passou a definir o crime de *sonegação fiscal*.

Até então, o Código Penal de 1940 previa o delito de descaminho no art. 334 (“Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo da mercadoria”).¹⁰ Conquanto elencado dentre

4. Há doutrinadores que refutam essa divisão binária. A título de exemplo, Ives Gandra da Silva Martins (*Caderno de pesquisas tributárias*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, v. 4, p. 261-265) sustenta que não existe um Direito Tributário Penal ou um Direito Penal Tributário distinto do Direito Tributário.

5. Para fins de determinação da existência da obrigação tributária principal, e identificação do tributo devido por determinada pessoa física ou jurídica, há necessidade de se realizar um juízo de adequação (tipicidade) entre um determinado fato e a hipótese de incidência abstratamente descrita no tipo tributário.

6. A Constituição Federal estabelece que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo *sem lei que o estabeleça* (art. 150, I), dispondo, ademais, que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (art. 5º, XXXIX).

7. HARADA, Kiyoshi; MUSUMECI FILHO, Leonardo; POLIDO, Gustavo Moreno. *Crimes contra a ordem tributária*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 90.

8. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 28-29.

9. O único dispositivo da Lei n. 4.729/65 ainda em vigor é o seu art. 5º, que alterou os §§1º e 2º do art. 334 do Código Penal.

10. Originariamente, os crimes de descaminho e contrabando estavam previstos no art. 334 do Código Penal. Com o advento da Lei n. 13.008,

os crimes praticados por particulares contra a Administração Pública, cuida-se, inegavelmente, de verdadeiro crime contra a ordem tributária, que tem por objeto tributos externos, decorrentes de exportação ou importação.

Alguns anos depois entrou em vigor a Lei n. 8.137/90. Para além de tratar dos crimes contra a ordem tributária – arts. 1º a 3º –, referido diploma normativo também passou a tipificar crimes contra a ordem econômica (art. 4º) e contra as relações de consumo (art. 7º). Especificamente quanto aos crimes contra a ordem tributária, a Lei n. 8.137/90 abrangia, inicialmente, inclusive os crimes de sonegação de contribuição previdenciária. No entanto, com o advento da Lei n. 8.212/91 e, posteriormente, da Lei n. 9.983/00, os crimes de apropriação indébita previdenciária e sonegação de contribuição previdenciária foram retirados do âmbito de abrangência da Lei n. 8.137/90, estando hoje previstos nos arts. 168-A e 337-A, respectivamente.

Destarte, quando nos referirmos aos crimes contra a ordem tributária, devemos nos ater não apenas àqueles previstos nos arts. 1º a 3º da Lei n. 8.137/90, mas também a outros tipos penais previstos no Código Penal, que também visam à tutela da ordem tributária, a exemplo do crime de apropriação indébita previdenciária (CP, art. 168-A), excesso de exação (CP, art. 316, §1º, com redação determinada pelo art. 20 da Lei n. 8.137/90), facilitação de contrabando ou descaminho (CP, art. 318), descaminho (CP, art. 334) e sonegação de contribuição previdenciária (CP, art. 337-A).

4. BEM JURÍDICO TUTELADO.

De um modo geral, ao se referir ao bem jurídico tutelado pelos crimes contra a ordem tributária, a doutrina costuma apontar duas (duas) correntes diversas:

a) **corrente patrimonialista:** o bem jurídico tutelado pelos crimes tributários é o patrimônio dinâmico da Fazenda Pública, também referido como erário público e arrecadação tributária;

b) **corrente funcionalista:** rejeitando a postura patrimonialista, a concepção funcionalista sustenta que o bem jurídico tutelado pelos crimes tributários guarda relação com as diversas funções que o tributo deverá exercer em uma determinada sociedade, como, por exemplo, o custeio e

financiamento das atividades institucionais do Estado e das prestações sociais. É nesse sentido a lição de Hugo de Brito Machado.¹¹ Para o autor, o bem jurídico tutelado pelos crimes contra a ordem tributária está consubstanciado nas funções que o tributo deve exercer de acordo com os dispositivos constitucionais.

Por conta da abstração e generalidade da postura funcional, que acaba dificultando a incidência do Direito Penal nesse âmbito à luz do princípio da ofensividade, é dominante a adoção da corrente patrimonialista, no sentido de que os crimes tributários atentam contra a administração do erário público, atingindo a arrecadação dos tributos e a gestão dos gastos públicos, incidindo sobre a legítima expectativa de ingressos ao Tesouro Público, sem o qual não chegaria a constituir o patrimônio público propriamente dito. Sem olvidar da importância das funções desempenhadas pelos Tributos nas sociedades modernas, não se pode identificá-las como o bem jurídico tutelado pelos crimes tributários, pelo menos de maneira imediata.¹²

Em síntese, conclui-se que o bem jurídico tutelado pelos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/90 e pelos demais crimes tributários previstos no Código Penal é a ordem tributária, a ser compreendida como “a atividade administrada pelo Estado, personificado na Fazenda Pública dos distintos entes estatais (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), dirigida à arrecadação de ingressos e à gestão de gastos em benefício da sociedade. Atividade que, por sua importância para o desenvolvimento das finalidades do Estado, é instituída e sistematizada nos arts. 145 a 169 da Constituição Federal de 1988, assumindo o caráter de bem jurídico transindividual”.¹³

A tutela penal da ordem tributária é justificada pela natureza supra individual do bem jurídico,

11. *Crimes contra a ordem tributária*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 23.

12. Como observa Andreas Eisele, “quando o Direito Penal protege o patrimônio público expresso pela receita pública, confere tutelas indiretas a diversos interesses, entre os quais se pode relacionar, de forma exemplificativa, os seguintes: a) a solidariedade tributária, que é expressão da igualdade dos sujeitos, proporcionalmente implementada pela regra da capacidade contributiva; b) a igualdade de condições no exercício da competição mercantil; c) a estrutura institucional do Estado, viabilizadora da prestação das tutelas sociais que lhe são constitucionalmente conferidas; d) a função administrativa estatal de arrecadação tributária, assim como a eficácia dos instrumentos utilizados para tal finalidade; e) a qualidade de vida dos indivíduos beneficiários das prestações estatais de cunho social; f) a base cultural dos integrantes da sociedade, referente à consciência acerca da importância do respeito ao patrimônio público, considerado como instrumento de implementação efetiva do Estado Social e Democrático de Direito”. (*A reparação do dano no Direito Penal Tributário*. In: Heloisa Estellita Salomão (Coord.). *Direito penal empresarial*. São Paulo: Dialética, 2001, v. 1, p. 11-12).

13. BITENCOURT, Cezar Roberto; Monteiro, Luciana de Oliveira. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 33.

de 26.6.2014, o crime de descaminho foi mantido no art. 334, ao passo que o delito de contrabando foi deslocado para o art. 334-A (“importar ou exportar mercadoria proibida”), sendo-lhe cominada uma pena de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

com relevância constitucional e indiretamente reconduzível à pessoa humana, apto, portanto, a ser tutelado com o emprego da sanção penal, já que são os recursos auferidos das receitas tributárias que darão o respaldo econômico necessário para a realização das atividades destinadas a atender às necessidades sociais. Essa assertiva é corroborada pela própria proteção conferida pela Constituição Federal à ordem econômica (CF, art. 170).¹⁴

Secundariamente, os crimes contra a ordem tributária também tutelam a Administração Pública, a fé pública, a garantia dos meios necessários para que Estado possa atender às prestações sociais, o trabalho e a livre concorrência, consagrada pela Constituição Federal como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, IV), já que não se pode negar que o empresário sonegador poderá praticar preços mais baratos do que aquele que recolhe seus tributos de maneira regular, o que caracterizaria evidente concorrência desleal.¹⁵

4.1. Princípio da insignificância.

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.

Em seu processo de formulação teórica, o princípio da insignificância apoiou-se 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 (*de minimis, non curat praetor*). O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

Na dicção do Supremo, a aplicação desse princípio está condicionada à presença de certos pressupostos: 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.¹⁶

Se dúvida não há quanto à possibilidade de aplicação do princípio da insignificância aos crimes contra a ordem tributária, difícil se apresenta a tarefa de estabelecer um montante objetivo que possa ser levado em consideração para fins de incidência (ou não) do referido postulado.

Inicialmente, a própria União forneceu um patamar para fins de aplicação do princípio da insignificância ao determinar a extinção de todo e qualquer crédito fiscal cujo valor fosse inferior ao de R\$ 100,00 (cem reais). A propósito, eis a redação do art. 18, §1º, da Lei n. 10.522/02: “Ficam cancelados os débitos inscritos em Dívida Ativa da União, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 100,00 (cem reais)”. Ora, a partir do momento em que tal dispositivo determinou o cancelamento de débitos fiscais cujo valor fosse inferior a R\$ 100,00 (cem reais), o que acaba por demonstrar o desinteresse estatal em sua cobrança, este valor passou a ser usado pelos Tribunais Superiores como parâmetro para fins de aplicação do princípio da insignificância.¹⁷

Posteriormente, todavia, passou a ser adotado como patamar para fins de incidência do princípio da insignificância o *quantum* previsto no art. 20 da Lei n. 10.522/02, com redação dada pela Lei n. 11.033/04, qual seja, R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Apesar de referido dispositivo legal prever que serão apenas arquivados, sem baixa na distribuição, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União de valor consolidado ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), os Tribunais passaram a entender que não seria possível que uma conduta administrativamente irrelevante tivesse relevância criminal, sob pena de violação aos princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade, da necessidade e da intervenção mínima que regem o Direito Penal. Daí por que referido montante passou a ser utilizado pelos Tribunais Superiores, não apenas em relação aos crimes contra a ordem tributária propriamente ditos, previstos ou não na Lei n. 8.137/90 (v.g., apropriação indébita previdenciária)¹⁸ mas também em

16. Nessa linha: STF, 2.ª Turma, HC 92.463/RS, rel. Min. Celso de Mello, DJ 31.10.2007, p. 281.

17. STJ, 6.ª Turma, REsp 495.872/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 14/03/2006, DJ 30/04/2007. Na mesma linha: STJ, 5.ª Turma, REsp 685.135/PR, Rel. Min. Felix Fischer, j. 15/03/2005, DJ 02/05/2005.

18. A jurisprudência do STJ pacificou-se no sentido da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância aos delitos de apropriação

14. Nessa linha: PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 399.

15. Com esse entendimento: BALTAZAR Jr. Op. cit. p. 800.

relação ao delito de descaminho, também conhecido como contrabando impróprio (CP, art. 334, *caput*, com redação determinada pela Lei n. 13.008/14), haja vista a sua natureza eminentemente tributária, hipótese em que a lesividade da conduta deve ser aferida de acordo o valor do tributo incidente sobre as mercadorias apreendidas. A propósito, ao julgar o Recurso Especial Repetitivo n. 1.112.748/TO, a 3ª Seção do STJ decidiu que deve se aplicar o princípio da insignificância ao crime de descaminho quando os débitos tributários não ultrapassarem o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), adotando-se o disposto no art. 20 da Lei 10.522/02, com base em precedentes do colendo STF.¹⁹

Importante ressaltar que esse patamar de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) estabelecido no art. 20 da Lei 10.522/02 não tem o condão de afastar a tipicidade material quando se tratar de delitos concernentes a tributos que não sejam da competência da União. Afinal, para a aplicação desse patamar a crimes tributários praticados em detrimento dos Estados, dos Municípios, ou do Distrito Federal, seria necessária a existência de lei do ente federativo competente, porque a arrecadação da Fazenda Nacional não se equipara à dos demais entes federativos. Ademais, um dos requisitos indispensáveis à aplicação do princípio da insignificância é a inexpressividade da lesão jurídica provocada, que pode se alterar de acordo com o sujeito passivo.²⁰

Em se tratando de contrabando (CP, art. 334-A, com redação dada pela Lei n. 13.008/14), os Tribunais Superiores não admitem a aplicação do princípio da insignificância, ainda que o valor do tributo incidente sobre a mercadoria seja inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Afinal, quando se trata de importação ou exportação de mercadoria absoluta ou relativamente proibida, para além da sonegação de tributos, há lesão à moral, higiene, segurança e saúde pública. Logo, revela-se inviável a exclusão da tipicidade material da conduta à vista do valor da evasão fiscal.²¹ Em sentido semelhante,

é firme a jurisprudência do STJ no sentido de que o princípio da insignificância também não se aplica ao crime de estelionato previdenciário (CP, art. 171, §3º), uma vez que o prejuízo não se resume ao valor recebido indevidamente, mas se estende a todo o sistema previdenciário.²²

Como se percebe, na visão dos Tribunais, o montante estabelecido para fins de arquivamento das execuções fiscais deve ser utilizado como parâmetro para fins de aplicação do princípio da insignificância, porquanto é inadmissível que uma conduta seja irrelevante no âmbito administrativo e não o seja para o Direito Penal, que só deve atuar quando extremamente necessário para a tutela do bem jurídico protegido, quando falharem os outros meios de proteção e não forem suficientes as tutelas estabelecidas nos demais ramos do Direito.

Por isso, especial atenção deve ser dispensada à Portaria n. 75 do Ministro da Fazenda, de 22 de março de 2012. Isso porque, consoante disposto no art. 1º, II, da referida Portaria, restou determinado o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Ora, se o *quantum* estabelecido no art. 20 da Lei n. 10.522/02, que dispõe apenas sobre o arquivamento das execuções fiscais, é amplamente utilizado pelos Tribunais Superiores como patamar para aplicação do princípio da insignificância, é de todo provável que o montante fixado pela Portaria MF 75/2012 passe a ser utilizado como novo parâmetro, já que referida Portaria prescreve o não ajuizamento de execuções fiscais cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Há precedentes de ambas as Turmas do STF admitindo a aplicação do princípio da insignificância em relação aos crimes tributários (v.g., descaminho) se o valor elidido for inferior ao *quantum* de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) e não houver reiteração criminosa.²³ Também há precedentes do STJ admi-

indébita previdenciária, nos casos em que o valor do débito com a Previdência Social não ultrapassar o montante de R\$ 10.000,00, descontados os juros e as multas. Nesse contexto: STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 627.904/CE, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 17.10.2017, DJe 23.10.2017.

19. STJ, 3ª Seção, REsp 1.112.748/TO, Rel. Min. Felix Fischer, j. 09/09/2009, DJe 13/10/2009. Na mesma linha: STJ, 3ª Seção, EREsp 1.113.039/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 14/12/2009, DJe 01/02/2010; STF, 2ª Turma, HC 92.438/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 19/08/2008, DJe 241 18/12/2008. Para a 3ª Seção do STJ (EREsp 1.217.514/RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 09/12/2015, DJe 16/12/2015), 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.

20. Nesse contexto: STJ, 6ª Turma, HC 165.003/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 20/3/2014, DJe 22/04/2014.

21. Nessa linha: STJ, 6ª Turma, REsp 1.427.796/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 14/10/2014. Na visão do STJ, por ser monopólio da

União, sujeitando-se à prévia e expressa autorização da Agência Nacional de Petróleo, sendo concedida apenas aos produtores ou importadores, a introdução de gasolina no território nacional por particulares tipifica o crime de contrabando (CP, art. 334-A, com redação dada pela Lei n. 13.008/14). Logo, como o objetivo precípuo da tipificação do crime de contrabando é evitar o fomento de transporte e comercialização de produtos proibidos, não se admite a aplicação do princípio da insignificância. Nesse contexto: STJ, 5ª Turma, AREsp 348.408/RR, Rel. Min. Regina Helena Costa, j. 18/2/2014, DJe 24/02/2014. No sentido de que a importação clandestina de cigarros caracteriza crime de contrabando e não descaminho, revelando-se, inviável, portanto, a aplicação do princípio da insignificância: STF, 1ª Turma, HC 120.550/PR, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 30 12/02/2014.

22. Com esse entendimento: STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 1.644.157/PB, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 04.08.2020, DJe 14.08.2020.

23. STF, 2ª Turma, HC 120.620/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 18/02/2014; STF, 2ª Turma, HC 121.322/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 18/02/2014; STF, 1ª Turma, HC 121.717/PR, Rel. Min. Rosa Weber, j. 03/06/2014; STF, 1ª Turma, HC 119.849/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 19/08/2014, DJe 195

tindo a incidência do princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).²⁴

O valor a ser considerado para fins de aplicação do princípio da insignificância é aquele fixado no momento da consumação do crime, vale dizer, da constituição definitiva do crédito tributário, e não aquele posteriormente alcançado com a inclusão de juros e multa por ocasião da inscrição desse crédito na dívida ativa. A consideração, na esfera criminal, dos juros e da multa em acréscimo ao valor do tributo sonegado, para além de extrapolar o âmbito do tipo penal, implicaria em punição em cascata, ou seja, na aplicação da reprimenda penal sobre a punição administrativa anteriormente aplicada, o que não se confunde com a admitida dupla punição pelo mesmo fato em esferas diversas, dada a autonomia entre elas.²⁵

Em conclusão, convém ressaltar que a reiterada omissão no pagamento do tributo devido não autoriza a aplicação do princípio da insignificância, ainda que o valor do tributo suprimido não ultrapasse o limite previsto para o não ajuizamento de execuções fiscais pela Fazenda Nacional. Afinal, não se pode considerar despida de lesividade (sob o aspecto valorativo) a conduta de quem, reiteradamente, omite o pagamento de tributos sempre em valor abaixo da tolerância estatal, amparando-se na expectativa sincera de inserir-se nessa hipótese de exclusão da tipicidade, sob pena de o princípio da insignificância funcionar indevidamente como verdadeiro incentivo à prática do descaminho.²⁶

06/10/2014. Com base nesse entendimento, em caso concreto em que um indivíduo havia introduzido mercadorias estrangeiras no território nacional, sem o recolhimento dos tributos devidos, calculados em R\$ 19.750,41, concluiu a 2ª Turma do STF (HC 155.347/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 17/04/2018) que tal conduta seria atípica, razão pela qual determinou o trancamento do respectivo processo penal. Em sentido diverso, sob o argumento de que o parâmetro monetário estabelecido pela Lei n. 10.522/02 é para a propositura judicial de execução fiscal, subsistindo, porém, a cobrança na esfera administrativa, já que o referido diploma normativo não dispensa a Fazenda Nacional de cobrar os seus créditos, não renuncia ao seu direito de executar, muito menos afirma que o crédito é inexpressivo (vide arts. 2º, 18, §1º e 20), a 1ª Turma do STF (AgRg HC 144.193/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 15.04.2020) afastou o reconhecimento da atipicidade com base no princípio da insignificância em caso concreto atinente a crime de descaminho do qual teria resultado uma lesão de R\$ 12.409,74 (doze mil, quatrocentos e nove reais e setenta e quatro centavos).

24. A propósito: STJ, 3ª Seção, REsp 1.688.878/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 28/02/2018, DJe 04/04/2018.

25. Nesse contexto, referindo-se ao crime tributário de descaminho: STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 625.888/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 15/09/2015, DJe 22/09/2015. E ainda: STJ, 6ª Turma, REsp 1.306.425/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 10/06/2014, DJe 01/07/2014.

26. Nessa linha: STJ, 6ª Turma, RHC 31.612/PB, Rel. Min. Rogerio Schiatti Cruz, j. 20/5/2014, DJe 29/05/2014.

5. INADIMPLEMENTO E SONEGAÇÃO FISCAL.

O inadimplemento da obrigação tributária, isoladamente considerado, não é crime. Portanto, se o contribuinte declara todas as hipóteses de incidência ao fisco, de acordo com a periodicidade exigida em lei, cumpre todas as obrigações acessórias e tem escrita contábil regular, mas deixa de efetuar o pagamento do tributo, não há crime, mas mero inadimplemento.

A diferença entre a mera *inadimplência* e a *sonegação fiscal* é exatamente o emprego da fraude. A sonegação abrange não apenas o inadimplemento total ou parcial da obrigação tributária, mas também o emprego da fraude, motivo pelo qual é alçada à categoria de crime contra a ordem tributária.

Nesse contexto, o art. 71 da Lei n. 4.502/64 define a sonegação como toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir, retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária: a) da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais; b) das condições pessoais do contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

De seu turno, o art. 72 do mesmo diploma legal dispõe que *fraude* é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

6. SONEGAÇÃO FISCAL (EVASÃO FISCAL) E ELISÃO FISCAL.

Evasão fiscal não se confunde com elisão fiscal. Aquela consiste no inadimplemento total ou parcial da obrigação tributária mediante o emprego de fraude. A elisão fiscal, por sua vez, deve ser compreendida como uma espécie de planejamento tributário, tido como prática legítima do contribuinte objetivando evitar a ocorrência do fato gerador do tributo ou pelo menos para fins de diminuir o seu valor, sem o emprego da fraude. Na elisão, o contribuinte opta por um caminho benéfico, sem praticar qualquer tipo de fraude, agindo dentro da licitude do Direito Tributário. Se a elisão, todavia, for praticada com algum tipo de artifício para mascarar a realidade, restará caracterizada a sonegação fiscal.

De acordo com a doutrina,²⁷ 4 (quatro) critérios podem ser usados para diferenciar a elisão da sonegação fiscal (evasão fiscal):

a) **natureza dos meios:** na elisão, os meios são lícitos; na sonegação, não;

b) **ocorrência do fato gerador:** na elisão, a economia fiscal pressupõe a adoção de forma alternativa, de molde a evitar a verificação do pressuposto de incidência; na simulação, o fato gerador ocorre efetivamente, mas vem desnaturalizado, em sua exteriorização formal, pelo artifício utilizado, de maneira que não é tipologicamente reconhecido, em sua aparência, como o pressuposto de incidência legal;

c) **eficácia dos meios:** na elisão, a forma jurídica, conquanto alternativa, é real; na simulação, é mero pretexto;

d) **resultados:** na elisão, os resultados são reais; na sonegação, os efeitos são diversos daqueles ostensivamente indicados.

7. TRIBUTO.

Sem a pretensão de imiscuirnos em aspectos teóricos discutidos pelos *experts* do Direito Tributário, é de todo relevante a análise do conceito de *tributo*. Afinal, a expressão “tributo” funciona como elemento normativo dos crimes dos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/90.

Com base no art. 3º do CTN,²⁸ pode-se definir *tributo* como toda obrigação jurídica, constituída por lei, que não corresponda à sanção de ato ilícito, consistente no dever de uma pessoa (física ou jurídica, privada ou pública, chamada de sujeito passivo da obrigação) pagar a outra (pública ou, excepcionalmente, pessoa privada delegada por lei daquela, chamado sujeito ativo da obrigação) uma quantia em dinheiro, em face da ocorrência de determinado fato, descrito hipoteticamente em lei e constitucionalmente autorizado.

Desse conceito podemos extrair as seguintes características:

a) **obrigação jurídica:** vínculo jurídico de conteúdo econômico, de natureza transitória, por força do qual o sujeito ativo tem o direito de exigir do sujeito passivo determinado comportamento, ao passo que este tem o correspondente dever de realizar aquele comportamento em benefício daquele;

b) **pecuniária:** corresponde ao objeto da obrigação, consistente no comportamento do sujeito passivo levar dinheiro ao sujeito ativo;

c) **legal:** a obrigação tributária²⁹ nasce diretamente da vontade da lei, mediante a realização de um fato jurídico relevante (fato imponível) nela hipoteticamente descrito, independentemente da vontade das partes ou até mesmo contra essa vontade. A obrigação tributária nasce de fato lícito, sendo que esta característica acaba por diferenciá-la da obrigação legal de indenizar o dano que, conquanto também resulte diretamente da lei, surge da prática de fato ilícito;

d) **não correspondente a sanção de ato ilícito:** a obrigação tributária deriva da realização de um fato lícito, hipoteticamente descrito em lei. Daí, todavia, não se pode concluir que os fatos ilícitos fiquem imunes à incidência tributária. Tais fatos, quando hipoteticamente descritos em lei, têm aptidão para gerar a obrigação tributária;

e) **sujeito ativo como pessoa pública, ou excepcionalmente, pessoa privada delegada por lei daquela:** pelo menos em regra, o sujeito ativo da obrigação tributária é uma pessoa política – geralmente, o sujeito ativo coincide com a entidade política responsável pela instituição do tributo. Todavia, excepcionalmente, e desde que haja autorização constitucional, é possível que a lei atribua a capacidade de ser sujeito ativo a pessoas privadas que tenham finalidades de interesse público (parafiscalidade);

f) **sujeito passivo como pessoa física ou jurídica, privada ou pública:** incumbe à lei designar o sujeito passivo da obrigação tributária, que geralmente é uma pessoa privada, física ou jurídica. No entanto, na hipótese de tributos vinculados, como taxas e contribuições, admite-se que as pessoas públicas sejam sujeitos passivos. Ressalte-se, todavia, que as pessoas públicas não podem ser sujeitos passivos quando se tratar de impostos, haja vista o princípio da imunidade recíproca (CF, art. 150, VI, alínea “a”).

27. DECOMAIN, Pedro Roberto. *Crimes contra a ordem tributária*. Florianópolis: Obra Jurídica Editora, 1995. p. 63.

28. Art. 3º. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

29. A obrigação tributária não se confunde com o crédito tributário. Como nos ensina a doutrina, “embora designem a mesma relação jurídica obrigacional, designam essa relação em situações diversas. Obrigação designa a relação obrigacional tributária desde o seu nascimento, com o respectivo fato gerador, até quando se consuma o lançamento. Crédito tributário, por sua vez, designa essa mesma relação obrigacional a partir do lançamento, quando à obrigação tributária são acrescidas a liquidez e a consequente exigibilidade (...). A expressão obrigação tributária designa a relação jurídica tributária que nasce com a ocorrência do fato previsto em lei como hipótese de incidência tributária, atribuindo ao sujeito passivo o dever de pagar o tributo e ao sujeito ativo o poder-dever, ou direito potestativo de fazer o lançamento tributário, vale dizer, de constituir o crédito tributário, expressão que designa a mesma relação jurídica tributária depois de sua liquidação pela autoridade administrativa”. (MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 148-149).

7.1. Espécies de tributos.

Sem embargo de certa controvérsia doutrinária acerca do assunto, prevalece o entendimento de que há pelo menos 5 (cinco) espécies de tributos, senão vejamos:

a) **impostos:** consoante disposto no art. 16 do CTN, *imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte*. Cuida-se de tributo não vinculado, ou seja, espécie de tributo cujo aspecto material da hipótese de incidência³⁰ consiste na descrição de um fato qualquer, independente e indiferente a uma atuação estatal. Logo, sempre que a hipótese de incidência não consistir em uma atividade do poder público, ter-se-á, por exclusão, um imposto, pouco importando o nome que lhe for conferido. Deveras, à luz do art. 4º do CTN, a natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-las: I – a denominação e demais características formais adotadas pela lei. Por força da Constituição Federal (art. 145, §1º), esse fato qualquer deve funcionar como indicativo da capacidade contributiva de alguém, que será, por consequência, o sujeito passivo da obrigação tributária:

b) **taxas:** o art. 77 do CTN dispõe que *as taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição*. Depreende-se, pois, que a taxa é um tributo vinculado, cuja hipótese de incidência consiste numa atividade estatal relacionada direta e imediatamente ao contribuinte. São duas as espécies de taxas: a) **taxas de serviço:** o aspecto material da hipótese de incidência consiste em um serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição (v.g., telefone, transporte coletivo, energia elétrica, gás, etc.); b) **taxas de polícia:** o aspecto material da hipótese de incidência consiste no exercício do poder de polícia. Não se pode confundir a *taxa* com o preço (ou tarifa). Cuidando-se de atividade voltada à prestação de serviço público, oferecido diretamente pelo Poder Público ou por meio de

concessão ou permissão, a remuneração deve ser feita por meio da taxa. Por outro lado, na hipótese de se tratar de atividade de exploração econômica (CF, art. 173), que não é serviço público, a remuneração ocorre por meio de preço (tarifa);

c) **Contribuição de melhoria:** nos exatos termos do art. 81 do CTN, *a contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado*. Consiste, portanto, em espécie de tributo vinculado, porquanto sua hipótese de incidência consiste numa atuação estatal, qual seja, uma obra pública, que é o aspecto material de sua hipótese de incidência, associada a um efeito, que é a valorização. Logo, à luz do art. 145, inciso III, da Constituição Federal, sua base impositiva é a valorização, que é a diferença positiva do valor do imóvel antes e depois da obra;

d) **Empréstimos compulsórios:** por força do art. 148 da Constituição Federal, a União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência (inciso I), ou no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o princípio da anterioridade (inciso II), ficando a aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório vinculada à despesa que fundamentou sua instituição. Sem embargo da ultrapassada súmula n. 418 do STF (“O empréstimo compulsório não é tributo, e sua arrecadação não está sujeita à exigência constitucional da prévia autorização orçamentária”), que conferia ao empréstimo compulsório a natureza jurídica de contrato coativo, é dominante o entendimento de que se cuida de verdadeira espécie de tributo, já que atende a todos os requisitos constantes do art. 3º do CTN, pouco importando a necessidade de restituição;

e) **Contribuições sociais:** estão previstas no art. 149 da Constituição Federal. A depender da finalidade constitucional, subdividem-se em: a) **contribuição social de intervenção no domínio econômico:** são tributos extrasfiscais, vez que objetivam o controle da atividade econômica, e não o abastecimento dos cofres públicos; b) **contribuição social de interesse de categorias profissionais ou econômicas:** de natureza parafiscal, porquanto arrecadadas por pessoas diversas daquela que as

30. Não se pode confundir hipótese de incidência com o fato gerador do tributo. Hipótese de incidência é a descrição normativa da situação de fato que, se ocorrer, fará nascer a obrigação tributária. O fato gerador, por sua vez, é a concretização dessa hipótese de incidência. Com a ocorrência do fato gerador surge a obrigação tributária. Todavia, pelo menos enquanto não se der o lançamento, responsável pela identificação do seu sujeito passivo e da quantificação de seu objeto ou conteúdo econômico, esta obrigação ainda não será líquida, nem certa e, por isso mesmo, inexigível.

instituiu, destinam-se ao custeio de entidades que visam à fiscalização do exercício de atividades profissionais ou econômicas; c) **contribuição social da seguridade social**: são instituídas para o custeio parcial da seguridade social.

8. TRIBUTAÇÃO DO LUCRO ILÍCITO (*PECUNIA NON OLET*).

O lucro obtido pela prática de um ilícito penal, como, por exemplo, com o tráfico de drogas, deve ser tributado, sob pena de configuração de crime contra a ordem tributária, em face da possibilidade de tributação de rendimentos auferidos, mesmo que a atividade seja ilícita.

A jurisprudência anterior ao Código Tributário Nacional resistia em tributar atividades ilícitas sob o fundamento de que o Estado não poderia tirar proveito de um ato ilegal, por ele mesmo proibido. No entanto, esse entendimento não pode prosperar, uma vez que não se pode admitir que o Estado tribute rendimentos auferidos pelo contribuinte em decorrência do exercício de atividades lícitas e deixe de lado os rendimentos percebidos pelo contribuinte em virtude do exercício de atividades ilícitas, como, por exemplo, o jogo do bicho. Por isso, há de se aplaudir o legislador por ter admitido expressamente no inciso I do art. 118 do CTN a tributação de tais atividades ao considerar irrelevante para a definição legal do fato gerador a natureza do seu objeto.³¹

Isso não significa dizer que a tributação nesse caso tenha como hipótese de incidência um ato ilícito, contrariando-se o conceito de tributo constante do art. 3º do CTN. Tomando-se o exemplo do imposto de renda, se alguém obteve rendimento por conta da prática do jogo do bicho, o tributo em questão será devido. Não pelo fato de incidir sobre uma atividade ilícita, mas porque teria ocorrido a hipótese de incidência do tributo, que é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica dos rendimentos. No imposto de renda, a situação prevista em lei como necessária e suficiente para o nascimento da obrigação tributária é aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda ou dos proventos de qualquer natureza (CTN, art.

43), pouco importando se decorrente de atividade lícita ou ilícita.³²

Nesse sentido, como se pronunciou a 5ª Turma do STJ, "(...) é possível a tributação sobre rendimentos auferidos de atividade ilícita, seja de natureza civil ou penal; o pagamento de tributo não é uma sanção, mas uma arrecadação decorrente de renda ou lucro percebidos, mesmo que obtidos de forma ilícita".³³

A tributação sobre a renda proveniente de atividades ilícitas, e consequente responsabilização penal pelos crimes contra a ordem tributária nos casos de sonegação fiscal, não se revela incompatível com o princípio que veda a autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*). Na visão do STJ, "(...) o princípio *nemo tenetur se detegere* refere-se à garantia da não auto-incriminação, segundo o qual ninguém pode ser forçado, por qualquer autoridade ou particular, a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação ou declaração que o incrimine, direta ou indiretamente. Trata-se de princípio de caráter processual penal, já que intimamente ligado à produção de provas incriminadoras. Já o princípio *pecunia non olet* carrega consigo a ideia de igualdade de tratamento entre as pessoas que tenham capacidade contributiva semelhante, independentemente da maneira utilizada para alcançar essa disponibilidade econômica, isto é, não importa se o rendimentos tributáveis tenham ou não fonte lícita. Cuida-se de princípio de direito tributário. Tais princípios não se contrapõem, seja pela questão topográfica em que se encontram no direito, seja porque um não limita ou impossibilita a aplicação do outro, até mesmo porque o princípio *pecunia non olet* despreza a origem da fonte econômica tributável - se lícita ou ilícita. A necessidade de se recolher impostos surge com o fato de se auferir renda, pouco importando se essa renda é lícita ou ilícita, não ensejando, por isso mesmo, qualquer ingerência no princípio da não autoincriminação, do contrário dificilmente se vislumbraria a prática de crimes

32. Nesse contexto: MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 123.

33. STJ, 5ª Turma, HC 7.444/RS, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 23/06/1998, DJ 03/08/1998 p. 268. Também há precedentes do STF nesse sentido: "(...) Sonegação fiscal de lucro advindo de atividade criminosa: "non olet". Drogas: tráfico de drogas, envolvendo sociedades comerciais organizadas, com lucros vultosos subtraídos à contabilização regular das empresas e subtraídos à declaração de rendimentos: caracterização, em tese, de crime de sonegação fiscal, a acarretar a competência da Justiça Federal e atrair pela conexão, o tráfico de entorpecentes: irrelevância da origem ilícita, mesmo quando criminal, da renda subtraída à tributação. A exoneração tributária dos resultados econômicos de fato criminoso - antes de ser corolário do princípio da moralidade - constitui violação do princípio de isonomia fiscal, de manifesta inspiração ética". (STF, 1ª Turma, HC 77.530/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 25/08/1998, DJ 18/09/1998 p. 7).

31. À luz do art. 118 do CTN, a 1ª Turma do STF concluiu ser possível a tributação de renda obtida em razão de atividade ilícita, visto que a definição legal do fato gerador deve ser interpretada com abstração da validade jurídica do ato efetivamente praticado, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos: STF, 1ª Turma, HC 94.240/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 23/08/2011, DJe 19/10/2011.

contra a ordem tributária, que geralmente estão ligados ao cometimento de outros delitos, como por exemplo, contra o sistema financeiro nacional. Recurso especial desprovido”.³⁴

9. COMPETÊNCIA CRIMINAL.

Os crimes contra a ordem tributária são espécie do gênero crimes contra a ordem econômico-financeira.

De acordo com o art. 109, VI, *in fine*, da Constituição Federal, os crimes contra o sistema financeiro e a *ordem econômico-financeira* são da competência da Justiça Federal *nos casos determinados por lei*. Vê-se, pois, que o simples fato de se tratar de crime contra o sistema financeiro ou contra a ordem econômico-financeira não atrai a competência da Justiça Federal, devendo antes se verificar se assim o dispõe a lei.

Caso a lei não disponha que a competência será da Justiça Federal, a competência será da Justiça Estadual, salvo se houver lesão a bens, serviços ou interesse da União, suas entidades autárquicas ou empresas públicas, quando, então, a competência da Justiça Federal será fixada para ações penais por crimes contra o sistema financeiro e contra a ordem econômico-financeira, porém não mais com fundamento no inciso VI do art. 109, mas sim com base no inciso IV do art. 109 da Constituição Federal.

A Lei n. 8.137/90, que dispõe sobre crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, silencia quanto à competência da Justiça Federal.

Portanto, para que os delitos ali previstos sejam processados e julgados pela Justiça Federal, não o serão por se caracterizarem como crimes contra a ordem econômico-financeira referidos no art. 109, VI, mas por outra razão, como no caso de serem praticados em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas (art. 109, IV, CF), o que, aliás, pode ocorrer, geralmente, com quaisquer crimes comuns.

Assim, quanto aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º a 3º da Lei n. 8.137/90, a competência somente será da Justiça Federal se houver a supressão ou redução de tributos federais (v.g., imposto de renda e proventos de qualquer natureza, impostos sobre importação de produtos estrangeiros, etc.); tratando-se de tributos de natureza estadual ou municipal (v.g., imposto sobre

a propriedade de veículos automotores, imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana, etc.), a competência será da Justiça Estadual. A título de exemplo, compete à Justiça Estadual – e não à Justiça Federal – o julgamento de ação penal em que se apure a possível prática de sonegação de imposto sobre serviço de qualquer natureza (ISSQN) por representantes de pessoa jurídica privada, ainda que esta mantenha vínculo com entidade da administração indireta federal. Afinal, no caso de ISSQN, resulta prejuízo apenas para os Municípios ou para o Distrito Federal, e não para a União.³⁵

Em relação ao crime de formação de cartel, previsto no art. 4º da Lei n. 8.137/90, o Superior Tribunal de Justiça entende que, como a Lei 8.137/90 não contém dispositivo expresso fixando a competência da Justiça Federal, compete, em regra, à Justiça Estadual o julgamento dessa espécie de delito. Isso, no entanto, não afasta a competência da Justiça Federal, desde que se verifique ofensa a bens, serviços ou interesses da União, suas autarquias ou empresas públicas (CF, art. 109, IV), ou que, pela magnitude da atuação do grupo econômico ou pelo tipo de atividade desenvolvida, o ilícito tenha a propensão de abranger vários Estados da Federação, prejudicar setor econômico estratégico para a economia nacional ou o fornecimento de serviços essenciais, de onde se evidenciaria interesse supra regional a apontar para a necessidade de interferência da União.³⁶

Na eventualidade de haver conexão e/ou continência envolvendo crimes da competência da Justiça Federal e da Justiça Estadual, prevalecerá a competência daquela, nos termos da súmula n. 122 do STJ (“Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, *a*, do Código de Processo Penal”).

9.1. Competência territorial.

Como é sabido, a competência territorial é determinada com base no local da consumação do delito, pelo menos em regra. A propósito, o art. 70, *caput*, do CPP, preceitua que a competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumir a infração, ou, no caso de tentativa,

35. Nesse contexto: STJ, 3ª Seção, CC 114.274/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 12/06/2013.

36. STJ – HC 117.169/SP – 5ª Turma – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – Dje 16/03/2009. Com raciocínio semelhante: STJ – HC 32.292/RS – 5ª Turma – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – DJ 03/05/2004 p. 196.

34. STJ, 5ª Turma, REsp 1.208.583/ES, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 04/12/2012, DJe 11/12/2012.