

A APLICAÇÃO DO MÉTODO TÓPICO-HERMENÊUTICO NA TEORIA DO DELITO

THE APPLICATION OF THE TOPICAL-HERMENEUTIC METHOD IN THE THEORY OF CRIME

Marco Aurélio Florêncio Filho¹

Resumo

O artigo investiga a aplicabilidade do método tópico-hermenêutico no direito penal brasileiro, nos casos em que é afastada a responsabilidade criminal no Brasil, mesmo sem previsão legal expressa. A hipótese central da pesquisa é a de que esse método de interpretação do direito penal — que busca equilibrar a aplicação sistemática da norma (silogística) com a análise do caso concreto (tópica) — não viola o princípio da legalidade, mas o concretiza, ao permitir decisões que preservem a dignidade humana. Sustenta-se que o método tópico-hermenêutico compreende a lei como um limite negativo, que impede punições arbitrárias, e o caso concreto como limite positivo, que pode legitimar a exclusão de responsabilidade penal pelo magistrado, mesmo que não haja expressa previsão legal.

Palavras-chave

Dogmática Penal. Método Tópico-Hermenêutico. Causas Supralegais de Exclusão dos Elementos do Crime.

Abstract

This article investigates the applicability of the topical-hermeneutic method in Brazilian criminal law in cases where criminal liability is set aside in Brazil, even in the absence of an express statutory provision. The central hypothesis of the research is that this method of interpreting criminal law—which seeks to balance the systematic (syllogistic) application of legal norms with the analysis of the concrete case (topical reasoning)—does not violate the principle of legality, but rather gives

¹ Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico (Mestrado e Doutorado) da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-Doutor em Direito pela Universidad de Salamanca. Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UFPE. Líder do Grupo de Pesquisa “Direito Penal Econômico e Justiça Penal Internacional”, inscrito no CNPq.

it concrete effect by allowing decisions that preserve human dignity. It is argued that the topical-hermeneutic method understands the law as a negative limit, which prevents arbitrary punishment, and the concrete case as a positive limit, which may legitimize the exclusion of criminal liability by the judge even without express legal authorization.

Keywords

Criminal Dogmatics. Topical-Hermeneutic Method. Supralegal Grounds for the Exclusion of the Elements of Crime.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o objetivo de investigar casos em que houve o afastamento da reponsabilidade criminal do agente, por parte dos Tribunais brasileiros, sem que exista uma causa de exclusão dos elementos formadores da teoria do delito expressamente prevista em lei.

O problema de pesquisa repousa no seguinte questionamento: o magistrado, ao afastar a responsabilidade criminal do sujeito ativo, fora das hipóteses previstas pelo legislador, está a violar o princípio da legalidade penal?

Para responder provisoriamente à pergunta de pesquisa, entende-se que o método² tópico-hermenêutico possibilita ao magistrado reconhecer circunstâncias do caso concreto para afastar a responsabilidade criminal do sujeito, mesmo que a hipótese de afastamento da responsabilização não tenha expressa previsão legal, pois a dogmática penal democrática – que se perfaz a partir da argumentação despendida sobre o próprio direito penal e os seus elementos constitutivos – deve sempre buscar a proteção da dignidade humana.

² O método encontra-se associado ao “como conhecer?”; é justamente o conjunto de princípios para a investigação do objeto (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1980, p. 11).

O método tópico-hermenêutico³ busca um equilíbrio entre as interpretações⁴ silogística⁵ e tópica⁶, combinando-as, isto é, ao

³ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 17-18. Esse parece ser também o entendimento de Hernán Hormazábal Malarée, ao apreciar a inexigibilidade de conduta diversa, excludente supralegal de culpabilidade: “*Por otra parte, no hay ningún obstáculo legal para admitir dentro de la teoría del sujeto responsable causas supralegales de exención de responsabilidad criminal que signifiquen supuestos de inexigibilidad. Es cierto que el artículo 4º 3. CP. habla de una “rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley”, pero esto no significa una extensión distorsionada del principio de legalidad a las causas de exención de responsabilidad. A nuestro entender “aplicación rigurosa” no significa interpretación restringida del texto, sino interpretación conforme a la Constitución y a los principios básicos del Estado social y democrático de derecho*” (HORMAZABAL MALAREE, Hernán. Una Necesaria Revisión Del Concepto De Culpabilidad. **Rev. Derecho [online]**, Valdivia, v. 18, n. 2, p. 167-185, 2005. Disponível em:

http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809502005000200008&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 24 jan. 2022). Decerto, “[...] a dignidade é a chave de leitura de um modelo de engenharia constitucional que comporte a diversidade de múltiplas culturas, experiências e mundividências imagináveis ou presentes na realidade brasileira (FONSECA, Reynaldo Soares da. **O princípio constitucional da fraternidade**: seu resgate no sistema de justiça. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 84).

⁴ A interpretação, segundo André Ramos Tavares, “(...) não é uma atividade descritiva, mas sim construtiva: não se “extraí” o significado do enunciado normativo, como pretendia a clássica teoria do direito a partir de Blackstone e que foi reforçada por ideologias e correntes teóricas ao longo da História, como a jurisprudência dos conceitos, o textualismo e, em parte, o originalismo nos EUA. A interpretação é “atribuição” de conteúdo, sentido e objetivo, por parte daquele que procede na delicada tarefa hermenêutica. Ademais, a interpretação é essencialmente uma atividade prática, voltada à solução de situações concretas (ainda que hipoteticamente construídas).” (TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 183)

⁵ Para João Maurício Adeodato “O direito de algumas sociedades mais complexas, que pode ser dito dogmático, caracteriza-se, como postulados iniciais, por só

buscar através da lei⁷ a garantia de que não se pode punir alguém sem que exista expressa previsão legal; e o caso concreto como um limite positivo, em que a decisão pode aumentar o âmbito de liberdade do

considerar argumentos alegadamente embasados em um texto de norma preexistente no ordenamento estatal. A interpretação e a aplicação desse direito apresentam-se como silogística: a norma estatal alegada, em geral expressa pela lei ou pela jurisprudência, representa a premissa maior; o caso concreto, por um processo de subsunção, constitui a premissa menor; e a norma individual aplicada ao caso concreto corresponde à conclusão. Essa forma dogmática de organizar o direito estatal está ainda apoiada sobre outros três postulados básicos, dentre várias, quais sejam a obrigatoriedade de decidir ou proibição do *non liquet*; a obrigatoriedade de interpretar, fornecendo alcance e sentido concretos às normas gerais; e a necessidade de fundamentação ou legitimação.” (ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 276)

⁶ Segundo Celso Bastos “Cumprir deixar claro que o ponto inicial da tópica não é o estudo da norma jurídica, como ocorre com as demais técnicas de interpretação, mas sim o estudo do problema. Parte-se deste para a norma. A tópica analisa exaustivamente o problema, bem como as diversas alternativas e diferentes respostas que ele comporta, do que resulta ser necessário que o intérprete tome uma decisão no que diz respeito à adoção de uma ou outra solução.” (BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 185).

⁷ O princípio da legalidade encontra no ordenamento jurídico-penal brasileiro previsão no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, e no art. 1º do Código Penal. Segundo Ana Elisa Bechara, “[...] ao lado da exigência formal de predeterminação normativa da esfera do punível, o conteúdo do princípio da legalidade compreende também uma função de garantia da liberdade dos cidadãos, ao condicionar taxativamente o catálogo de delitos e penas à decisão do poder legislativo, instância democraticamente constituída de representação de vontade geral que deve atuar como freio ante os possíveis abusos dos demais poderes”. (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal**: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no direito penal contemporâneo. Coleção Ciência Criminal Contemporânea. v. 10. Cláudio Brandão (coord.). Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 130.)

indivíduo, revela, como *ultima ratio*, a caracterização de um direito penal adequado ao Estado Democrático de Direito⁸.

A proposta do método tópico-hermenêutico objetiva conciliar metodologicamente o pensar por problemas (tópica), em conjunto com o raciocínio dedutivo-sistemático.

Para Theodor Viehweg, “A tópica é uma técnica de pensar por problemas desenvolvida a partir da retórica. Ela apresenta uma estrutura espiritual que inclusive em suas particularidades se distingue claramente de uma estrutura dedutivo-sistemática.”⁹

⁸ Segundo Cláudio Brandão, [...] a filosofia pós-positivista busca um equilíbrio entre o silogismo e a tópica, reconhecendo que o Direito admite uma superposição entre duas esferas: a esfera da compreensão da norma, de um lado, e a esfera da compreensão do fato, de outro, levadas a cabo pelo ser historicamente presente, pelo procedimento argumentativo. Esse método é chamado de tópico-hermenêutico. Usa-se, portanto, no método penal, a lei e a compreensão do caso. A lei é o limite negativo, isto é, não se admite a incriminação do que está fora dela, já que a mesma tem por função dar a garantia do homem em face do poder de punir, conforme se apregoava desde o iluminismo. O limite negativo do método penal o harmoniza com o princípio constitucional da legalidade. O caso dá o limite positivo, podendo ser utilizado como um meio para justificar uma decisão que aumente o âmbito de liberdade, isto é, que seja pro-libertatis. Como a finalidade da legalidade foi garantir a liberdade do homem em face do poder de punir, conforme discorrido acima, a tópica é teleologicamente conforme a legalidade, não havendo nenhuma incompatibilidade entre elas. Com efeito, são possíveis decisões não baseadas no silogismo, pela importância que deve ser dispensada ao homem. Isso, em verdade, representa o cumprimento do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, porque só se valoriza o homem a partir da compreensão do caso, que traduz a sua história real, que é única e irrepetível. BRANDÃO, Cláudio. Curso de direito penal: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 17-18)

⁹ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 16. Mais adiante afirma Viehweg: “O aspecto mais importante na análise da tópica constitui a constatação de que se trata de uma técnica do pensamento que está

Os casos-problema – que inferem a aplicação do método tópico-hermenêutico pelos Tribunais brasileiros, apesar, é verdade, dos Tribunais não o referirem expressamente em seus julgados – foram as excludentes supraleais da tipicidade (princípio da insignificância), da antijuridicidade (consentimento do ofendido) e da culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa).

O método proposto não busca suplantar, como afirmado, o *pensamento-sistema*, típico do direito positivo, pelo *pensamento-problema*, característico do pensamento tópico. A presente pesquisa, por sua vez, objetiva conciliar as duas formas de pensamento. Nesse sentido, concebe-se o método sistema-problemático ou tópico-hermenêutico, como preferimos defini-lo.¹⁰

2. A construção jurídico-penal do princípio da legalidade

O princípio da legalidade é um divisor de águas no direito penal¹¹. Isto porque, antes da sua estruturação político-jurídica, o

orientada para o *problema*.” (VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 33)

¹⁰ Destaca Sainz Cantero que: “Más recientemente es, sin embargo, el rasgo característico de la actualidad de la Ciencia del Derecho Penal: El deseo de aproximación a la realidad, que se deja apreciar en todos los sectores de la doctrina. Manifestaciones de esta tendencia son, entre otras, la preferencia por el problema concreto, con la consiguiente despreocupación por el sistema, lo que equivale en lo metodológico a optar por el pensamiento-problema con abandono del pensamiento-sistema y la inclinación a la realidad metajurídica que se exterioriza por una intensa preocupación por la Política Criminal y por la atención que se presta a los resultados de Ciencias no jurídicas como la Psicología, la Sociología y la Criminología.” (SAINZ CANTERO, José A. **Lecciones de Derecho Penal**: parte general. Tomo I. Barcelona: Bosch, 1981, p. 157)

¹¹ “Podemos dividir o Direito Penal em dois grandes períodos: o período do terror e o período liberal. O período do terror é aquele onde não existe preocupação com a humanização da repressão penal, há nele o emprego de uma violência desmedida e

direito penal era conhecido por suas arbitrariedades. No entanto, após a instituição do princípio da legalidade, o direito penal inaugurou, com o período liberal, uma nova fase, norteadada pela dignidade da pessoa humana.¹²

O princípio da legalidade surge historicamente com a revolução burguesa e exprime, no campo jurídico-penal, o mais importante estágio do movimento ocorrido na direção da positividade jurídica e da publicização da reação penal. Se por um lado o princípio da legalidade dava uma resposta ao poder estatal vigente, ou seja, aos abusos do absolutismo, por outro revelava a afirmação de uma nova ordem de garantia do indivíduo perante o poder estatal¹³.

A significação e o alcance políticos do princípio da legalidade extrapolam o condicionamento histórico que o produziu e

ilimitada, não se oferecendo nenhuma garantia ao ser humano em face do direito de punir do Estado. O segundo período, o período liberal, inaugura a fase científica do Direito Penal, ele começa com a formulação do Princípio da Legalidade e, portanto, começa tardiamente.” (BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 11).

¹² “(...) a dignidade humana ocupa papel central no direito penal, sobretudo quando atua como princípio jurídico, constituindo princípios de maior concretude tais como da culpabilidade e da humanidade das penas, essenciais para a caracterização de um direito penal adequado ao Estado Democrático de Direito.” (COSTA, Helena Regina Logo da. **A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva**. São Paulo: RT, 2008, p. 36)

¹³ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 65. Segundo José Urquiza Olachea, “El Derecho penal se presenta como un instrumento creador de libertad y tiene como soporte de esta función el principio de legalidad. No se concibe el Derecho penal occidental sin el principio de legalidad, tanto que simboliza la cultura jurídica de occidente y su marco de influencia.” (Principio de legalidad: nuevos desafíos. Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología. In: **Congreso internacional Facultad de derecho de la UNED**, Madrid: Universidad Nacional a Distancia, 2000, p. 61).

significam a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo.

Idealizado politicamente por Cesare Beccaria, em 1764, em sua obra *Dos delitos e das penas*, o princípio da legalidade tem um papel imprescindível para delimitar a atuação dos magistrados e evitar punições arbitrárias. Segundo Beccaria “(...) só as leis podem determinar as penas fixadas para os crimes, e esta autoridade somente pode residir no legislador (...)”¹⁴

Beccaria tentava afastar as arbitrariedades daquela época ao afirmar que competia exclusivamente ao legislador formular as leis e que as penas não poderiam ultrapassar os limites fixados por elas. Assim, o princípio da legalidade, além de garantir a possibilidade do prévio conhecimento dos crimes e das respectivas penas pelos cidadãos, protege o indivíduo frente o poder estatal, pois não será submetido à coerção penal distinta daquela estabelecida pela lei penal.¹⁵

Ressaltamos entretanto que não coube à Beccaria a formulação dogmática do princípio da legalidade, mas à Feuerbach, segundo o qual “toda pena jurídica dentro del Estado es la consecuencia jurídica, fundada en la necesidad de preservar los derechos externos, de una lesión jurídica y de una ley que conmine un mal sensible.”¹⁶ Dessa assertiva derivam três princípios que irão nortear toda a dogmática penal: *nulla poena sine lege* (não há pena sem lei); *nulla poena sine crimen* (não há pena sem crime); e *nullum*

¹⁴ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: RT, 1999, p. 30.

¹⁵ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao directo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 67.

¹⁶ FEUERBACH, Anselm von. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 63.

crimen sine poena legali (não há crime sem pena prevista em lei)¹⁷ Essas premissas encontram-se internalizadas no nosso ordenamento jurídico, no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil¹⁸; e no artigo 1º do Código Penal brasileiro¹⁹.

O princípio da legalidade foi, portanto, uma condição indispensável para o surgimento da dogmática penal. Ele é o substrato fundamental no qual se baseia todo direito penal, pois sem a lei penal não há como existir o crime, nem o seu correspondente jurídico, a pena.²⁰

Numa tentativa de racionalizar a utilização da violência estatal, isto é, afastar a barbárie e afirmar a civilização, é que os alemães

¹⁷ FEUERBACH, Anselm von. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 63. “Ao contrário do que se difunde frequentemente, das obras de Feuerbach não consta a fórmula ampla *nullum crimen nulla poena sine lege*; neas se encontra, sim, uma articulação das fórmulas *nulla poena sine lege*, *nullum crimen sine poena legali* e *nulla poena (legalis) sine crimine*”. (BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao directo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 66).

¹⁸ “Art. 5º (...)

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;”

¹⁹ “Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”

²⁰ Segundo Cláudio Brandão, “o princípio da legalidade já foi descrito como um princípio de princípios, como o valor fundante do direito penal, que representa a condição primeira para o desenvolvimento de toda a dogmática penal deste direito. Tal afirmação de nenhuma maneira espelha qualquer erro. Com efeito, o princípio da legalidade possui um significado formal fundamental para a dogmática penal, porém igualmente importante é o seu sentido material. Pois bem, é desta dicotomia que brotam todos os demais princípios e instituições do direito penal, o que faz com que ele seja apontado como o ‘princípio de princípios’ com justa correção, já que sem ele a dogmática penal não poderia ter os contornos que possui na atualidade.” (BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 147-148).

desenvolveram no século XIX, a dogmática penal, entendida atualmente como a argumentação realizada a partir do direito penal e seus elementos constitutivos. Isto é, a dogmática penal é o método do direito penal²¹, a teoria que busca atribuir cientificidade ao estudo do direito penal e que se realiza, para nós, através do pensamento tópicohermenêutico.

A dogmática penal atribui cientificidade ao direito penal ao representar um uma forma de pensamento que visa a constituir um arcabouço conceitual para que a ação se converta em crime,²² nos dias atuais, compreendido como uma conduta típica, antijurídica e culpável²³, bem como se estrutura o pensamento que justifica as hipóteses de exclusão da reponsabilidade criminal do agente.

O injusto e a culpabilidade são condições prévias para a cominação da pena (consequência jurídica do crime)²⁴ e independentes entre si. Enquanto a tipicidade²⁵ e a antijuridicidade²⁶ perfazem o que

²¹ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 06.

²² BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012, p. 26.

²³ Segundo Juarez Cirino dos Santos, "o sistema tripartido de fato punível, ainda dominante na dogmática contemporânea, define crime como *ação* típica, antijurídica e culpável, um conceito formado por um substantivo qualificado pelos atributos da adequação ao modelo legal, da contradição aos preceitos proibitivos e permissivos e da reprovação de culpabilidade" (SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. Florianópolis, Conceito, 2012, p. 76).

²⁴ A tipicidade é um juízo de adequação do fato à norma. A antijuridicidade, por sua vez, é um juízo de desvalor que qualifica o fato como contrário ao direito. Segundo Welzel, a antijuridicidade é uma relação entre a ação e o ordenamento jurídico que expressa a desconformidade da primeira com o segundo.

²⁵ A tipicidade é um juízo de adequação do fato ao tipo penal.

²⁶ A antijuridicidade, por sua vez, é um juízo de desvalor que qualifica o fato como contrário ao direito. Segundo Welzel, a antijuridicidade é uma relação entre a ação

se denomina injusto penal, a culpabilidade é o pressuposto para a aplicação da pena, pois funciona como suporte e legitimação de todo o direito penal²⁷. Trata-se, assim, de categoria dogmática, pois se encontra na teoria do delito²⁸.

O método de interpretação do direito penal no fim do século XIX e primeira metade do século XX foi o silogístico, com forte apego à legalidade penal objetivando evitar as punições arbitrárias que perduraram durante o período absolutista. A distorção política do princípio da legalidade deu-se, justamente, pelo fato desse princípio não ter sido concebido para restringir a liberdade individual, mas sim atribuir previsibilidade (segurança) às hipóteses de restrição de liberdade, afastando, conseqüentemente, as punições arbitrárias dos juízes e conferindo, com exclusividade, ao legislador a atribuição de prever, através da lei, as hipóteses de punição.

Por isso Beccaria afirma que “(...) só as leis podem determinar as penas fixadas para os crimes, e esta autoridade somente pode residir no legislador (...)”²⁹ Ademais, tem-se com a premissa *nulla poena sine lege* (para aplicar uma pena deve existir previamente uma lei penal), estruturada juridicamente por Feuerbach, a importância do princípio da legalidade em não admitir a prática de crimes fora das hipóteses previstas em lei.

e o ordenamento jurídico que expressa a desconformidade da primeira com o segundo (WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Chile: Editorial Juridica de Chile, 1997, p.166).

²⁷ FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. **Culpabilidade**: crítica à presunção absoluta do conhecimento da lei penal. Belo Horizonte-São Paulo: D'Plácido, 2023.

²⁸ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos *et al.* **Direito penal brasileiro**: parte geral, princípios fundamentais e sistema. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 430.

²⁹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: RT, 1999, p. 30.

A recepção das hipóteses de exclusão dos elementos formadores do conceito analítico de crime pela jurisprudência brasileira – apta a justificar a adoção dos Tribunais pátrios pelo método tópico-hermenêutico, – não viola o princípio da legalidade, mas o afirma, pois referido princípio foi concebido para aumentar a esfera de liberdade do indivíduo, evitando-se punições arbitrárias pelo juiz a partir de casos concretos, ou seja, sem expressa previsão legal; e não afastando do julgador a possibilidade de conferir mais liberdade a partir justamente a partir caso concreto.

3. O princípio da insignificância como causa supralegal de exclusão da tipicidade

O princípio da insignificância tem sido amplamente discutido no ordenamento jurídico-penal brasileiro, sendo reconhecido como uma causa excludente de tipicidade³⁰. Nesse sentido, afirma Juarez Tavares:

³⁰ A origem do princípio da insignificância costuma ser atribuída ao direito romano, mais precisamente relacionada ao brocardo *minima non curat Praetor*, conforme se verifica em Zaffaroni: “*El viejo principio minima non curat Praetor es la base del enunciado moderno del llamado principio de insignificancia e de bagatela, según el cual las afectaciones insignificantes de bienes jurídicos no constituyen una ofensa relevante a los fines de la tipicidade objetiva*” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Manual de derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 376). No mesmo sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 62; MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonadro Schmitt de. **Direito penal parte geral**: lições fundamentais. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021, p. 323. Interessante, por sua vez, a consideração acerca da origem do instituto elaborada por Juarez Tavares: “A origem do instituto costuma ser conferida ao direito romano, cuja máxima *de minimis non curat praetor* já constituiria uma limitação da intervenção do Estado na vida privada. Na verdade, não parece muito nítida a inserção desse brocardo no Digesto, embora venha referido por ANTONII FABRI em 1605, ao fazer

O que se convencionou chamar de princípio da insignificância constitui uma forma de interpretação da norma proibitiva que visa a excluir do âmbito da tipicidade, mais precisamente, do processo de imputação, aquelas condutas que produzam resultados inestimáveis para a lesão ou o perigo de lesão do bem jurídico³¹.

Não há no Código Penal brasileiro uma previsão específica para a aplicação do princípio da insignificância, destarte, trata-se de uma causa supralegal de exclusão da tipicidade³². Ficou a cargo da

a análise da jurisprudência do Tribunal de Savoia em confronto com o Código Justiniano, mas como restrição do direito de ação e não como limitação do poder punitivo” (TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanck, 2018, p. 229). Todavia, não há dúvidas de que “em termos penais, o princípio da insignificância é tratado, pioneiramente, por Roxin, Krümpelmann e Dreher, os quais, dentro de suas respectivas concepções, principalmente Roxin, ao propor, já em 1964, uma conciliação entre direito penal e política criminal mediante uma interpretação da norma criminalizadora em função da lesão de bem jurídico (TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 230). No mesmo sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 62; MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. **Direito penal parte geral**: lições fundamentais. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021, p. 319.

³¹ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 228.

³² Segundo Juarez Tavares, “Na ausência de norma positiva que regule a matéria, o Supremo Tribunal Federal brasileiro impõe, para caracterizar fato insignificante, os seguintes pressupostos: ‘a mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada’” (TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 229-230).

doutrina e da jurisprudência, portanto, seu desenvolvimento e aplicação³³.

Em matéria criminal, compete à 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, formada pelas 5ª e 6ª Turmas, interpretar, por último, o direito penal no caso concreto e, nesse sentido, tem papel fundamental para o método tópico-hermenêutico, pois os Ministros, além de interpretarem as leis penais e processuais penais do País, também são responsáveis pela uniformização jurisprudencial.

A partir da jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça passou a aplicar o princípio da insignificância quando verificada a presença, concomitante, dos seguintes requisitos: *i)* mínima ofensividade da conduta do agente, *ii)* nenhuma periculosidade social da ação, *iii)* reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e *iv)* inexpressividade da lesão jurídica provocada³⁴.

³³ Por sua vez, no Código Penal Militar (CPM), Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969, verifica-se regulamentação expressa do princípio da insignificância, por exemplo, no art. 209, § 6º, ao dispor sobre a lesão corporal: “no caso de lesões levíssimas, o juiz pode considerar a infração como disciplinar”. O mesmo foi previsto pelo legislador ao tratar sobre o crime de furto, no art. 240, § 1º, do CPM: “Se o agente é primário e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou considerar a infração como disciplinar. Entende-se pequeno o valor que não exceda a um décimo da quantia mensal do mais alto salário mínimo do país”. Para Eduardo Luiz Santos Cabette, “é visível que nesses dois casos o legislador considerou a insignificância para afastar o caso do Direito Penal e remetê-lo ao Direito Administrativo Disciplinar”. (CABETTE, Eduardo Luiz Santos. O mito da não existência de previsão legal do princípio da insignificância no Brasil. **Boletim do IBCCRIM**, Ano 21, n. 251, p. 17, 2013).

³⁴ “1. De acordo com a orientação traçada pelo Supremo Tribunal Federal, a aplicação do princípio da insignificância demanda a verificação da presença concomitante dos seguintes vetores (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma

Embora o STJ geralmente não aplique o princípio da insignificância a casos de furto qualificado quando verificada a reiteração criminosa, diante do reconhecido maior grau de reprovabilidade do comportamento do sujeito ativo, alguns acórdãos têm flexibilizado essa interpretação, diante das particularidades do caso concreto³⁵. Mesmo em hipóteses envolvendo agentes que reiteram na prática da conduta incriminada, tanto a 5ª³⁶ quanto a 6ª

periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada” (BRASIL. STJ, EREsp n. 1.609.444/SP, Terceira Seção, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 9/11/2016).

³⁵ “HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. VALOR NÃO SIGNIFICATIVO. ATIPICIDADE MATERIAL. 1. Sedimentou-se a orientação jurisprudencial no sentido de que a incidência do princípio da insignificância pressupõe a concomitância de quatro vetores: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. 2. O reconhecimento de circunstância qualificadora obsta à aplicação do princípio da insignificância, por evidenciar maior grau de reprovabilidade do comportamento do acusado e de expressiva ofensa ao bem jurídico tutelado. 3. Na hipótese, a despeito de se tratar de furto qualificado e da reiteração delitiva dos pacientes, o valor da subtração foi de cerca R\$ 20,00, equivalente a 1,65% do salário-mínimo vigente à época dos fatos, o que autoriza, de modo excepcional, a incidência do princípio da insignificância, dada a não relevante lesão ao bem jurídico tutelado. 4. Habeas corpus concedido a fim de reconhecer a atipicidade material e absolver o acusado da imputação da denúncia (art. 386, III, CPP)”. (STJ, HC n. 753156/RJ, 6ª Turma, Relator Ministro Olindo Menezes, DJe 16/09/2022).

³⁶ AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. ALIMENTOS. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REINCIDÊNCIA. BENS DE BAIXO VALOR. RESTITUIÇÃO À VITIMA. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. AGRAVO IMPROVIDO. 1. O princípio da insignificância deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal, no sentido

Turmas³⁷ do Superior Tribunal de Justiça reconhecem a incidência do princípio da insignificância em situações de reiteração da conduta tipificada no artigo 155 do CPB, em sua modalidade simples, ao constatarem *i*) o reduzido valor dos bens subtraídos; e *ii*) a devolução dos itens à vítima.

de excluir ou afastar a própria tipicidade penal, observando-se a presença de "certos vetores, como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada" (HC 98.152/MG, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe 5/6/2009). 2. Em hipóteses excepcionais, é recomendável a aplicação do princípio da insignificância, a despeito de ser o acusado reincidente. 3. No caso dos autos, apesar da reincidência do paciente, verifico que há circunstâncias excepcionais que autorizam a aplicação do princípio da insignificância, tais como a natureza e o reduzido valor dos bens subtraídos (alimentos avaliados em R\$ 122,00), a devolução dos itens à vítima, além dos antecedentes do paciente, conjuntura que admite a aplicação excepcional do princípio da bagatela. 4. Agravo improvido. (STJ, AgRg no HC n. 752.239/SC, 5ª Turma, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 8/8/2022)

³⁷ AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. *RES FURTIVAE* (BARRAS DE CHOCOLATE E UM PACOTE DE LENÇOS UMEDECIDOS). REINCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO AFASTA A ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. EXCEPCIONALIDADE VERIFICADA (VALOR DOS OBJETOS FURTADOS, RESTITUÍDOS À VÍTIMA). 1. Especificamente acerca dos antecedentes, a orientação majoritária desta Corte é de que a existência de anotações criminais anteriores, por si só, não exclui a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, mas deve ser sopesada junto com as demais circunstâncias fáticas, admitindo-se a incidência do aludido princípio ao reincidente em situações excepcionais. 2. Em que pese a reincidência, as peculiaridades do caso concreto justificam a aplicação do princípio da insignificância, levando em conta os bens furtados – barras de chocolates e um pacote de lenços umedecidos – que foram de imediato restituídos ao supermercado. 3. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no HC n. 717.933/DF, 6ª Turma, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe de 21/3/2022).

Verifica-se, ainda, a aplicação do princípio da insignificância quando configurado o crime de descaminho³⁸, previsto no artigo 334 do CPB³⁹; e os crimes tributários federais, previstos na Lei n. 8.137/1990, desde que respeitados os seguintes requisitos, previstos na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: *i*) mínima

³⁸ PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. 1. CRIME DE DESCAMINHO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 2. EXISTÊNCIA DE UMA CONDENAÇÃO ANTERIOR. SITUAÇÃO QUE, POR SI SÓ, NÃO DEMONSTRA HABITUALIDADE DELITIVA. 3. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Como é cediço, a lei penal não deve ser invocada para atuar em hipóteses desprovidas de significação social, razão pela qual os princípios da insignificância e da intervenção mínima surgem para atuar como instrumentos de interpretação restrita do tipo penal. Entretanto, a ideia não pode ser aceita sem restrições, sob pena de o Estado dar margem a situações de perigo, na medida em que qualquer cidadão poderia se valer de tal princípio para justificar a prática de pequenos ilícitos, incentivando, por certo, condutas que atentem contra a ordem social. 2. Desta forma, o princípio da insignificância deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal, no sentido de excluir ou afastar a própria tipicidade penal, observando-se a presença de "certos vetores, como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada" (STF, HC n. 98.152/MG, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe 5/6/2009). 3. Prevalece no Superior Tribunal de Justiça o entendimento no sentido de que a existência de outras ações penais, inquéritos policiais em curso ou procedimentos administrativos fiscais pode caracterizar a habitualidade delitiva e, conseqüentemente, afastar a incidência do princípio da insignificância. Contudo, na hipótese dos autos, verifica-se que há apenas uma condenação anterior (e-STJ fl. 10), motivo pelo qual não é possível se concluir que há habitualidade delitiva. 4. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no REsp n. 1.819.317/PR, Quinta Turma, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 3/12/2019).

³⁹ BRASIL. Código Penal (1940). "Art. 334. Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria. Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos."

ofensividade da conduta do agente; *ii*) nenhuma periculosidade social da ação; *iii*) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento; *iv*) inexpressividade da lesão provocada, que no caso do crime de descaminho é estabelecida pelo valor do tributo federal que deveria ser recolhido aos cofres públicos, atualmente no valor de até R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), conforme as Portarias n. 75/2012 e n. 130/2012, ambas do Ministério da Fazenda, que dispõem acerca da inexigibilidade de execução fiscal para débitos até esse montante. Se, por sua vez, o tributo for estadual, é necessário verificar se o Estado possui previsão legal assemelhada à legislação federal⁴⁰.

⁴⁰ “HABEAS CORPUS – CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA – ATIPICIDADE – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ICMS. TRIBUTO ESTADUAL. LEIS ESTADUAIS REGULANDO A MATÉRIA. ADOÇÃO DO MESMO PARÂMETRO DEFINIDO PELO STJ NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA N. 1.112.748. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO AFETADO EM RAZÃO DA MATÉRIA À TERCEIRA SEÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Questão de ordem acolhida, por maioria, para não conhecer do habeas corpus por não ser sucedâneo do recurso ordinário. 2. Manifesta a existência do constrangimento ilegal. Ainda que a incidência do princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho, quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00, tenha aplicação somente aos tributos de competência da União, à luz das Portarias n. 75/2012 e n. 130/2012 do Ministério da Fazenda, parece-me encontrar amparo legal a tese da defesa quanto à possibilidade de aplicação do mesmo raciocínio ao tributo estadual, especialmente porque no Estado de São Paulo vige a Lei Estadual n. 14.272/2010, que prevê hipótese de inexigibilidade de execução fiscal para débitos que não ultrapassem 600 (seiscentas) Unidades Fiscais do Estado de São Paulo - UFESPs, podendo-se admitir a utilização de tal parâmetro para fins de insignificância. 3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para reconhecer a aplicação do princípio da insignificância e determinar o trancamento da Ação Penal n. 00010623620178260372 – 2ª Vara Criminal da comarca de Monte

Destarte, o que pode se verificar dos arestos prolatados pelos Tribunais Superiores é que o princípio da insignificância se consolidou no Brasil como uma causa de excludente de tipicidade supralegal, garantindo maior liberdade individual e evitando punições desproporcionais, em conformidade com o que denominamos de método tópico-hermenêutico ou tópico-sistemático.

4. O Consentimento do ofendido como causa supralegal de exclusão da antijuridicidade

Para João Paulo Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem o “consentimento é um acordo livre, a concordância, a aceitação livre. O consentimento do ofendido, portanto, é a aceitação de que o bem jurídico próprio seja lesionado.”⁴¹

Não há um posicionamento uníssono na doutrina sobre o enquadramento do consentimento do ofendido na teoria do delito. Por exemplo, enquanto para Francisco de Assis Toledo o consentimento do ofendido é uma causa excludente de antijuridicidade supralegal,⁴² para João Paulo Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem, o

Mor/SP. (STJ, HC n. 535.063/SP, Terceira Seção, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe de 25/8/2020).

⁴¹ MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonadro Schmitt de. **Direito penal parte geral**: lições fundamentais. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021, p. 760-761.

⁴² “(...) o consentimento expresso do ofendido pode e deve ser reputado, entre nós, uma causa supralegal de justificação, quando se imponha de fora do tipo para a exclusão da ilicitude (o *Einwilligung* do direito alemão) de fatos lesivos a bens plenamente disponíveis por parte de seus respectivos titulares.” (TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 214)

consentimento do ofendido é uma causa excludente de tipicidade penal.⁴³

Entendemos, por sua vez que em alguns crimes o dissenso da vítima é elemento integrante do tipo penal, sem o qual a conduta é considerada socialmente aceita.⁴⁴ Sobre o assunto, afirma Aníbal Bruno que:

(...) temos os casos em que um dos elementos do tipo é o não consentimento do titular do bem jurídico. Se este consente, o tipo não se configura e não existe crime., não por ausência do injusto, mas por ausência de tipicidade. Assim acontece no furo, por exemplo. Subtrair uma coisa importa em ação contrária à vontade do dono. Se este presta o seu consentimento não há subtração, mas retirada consentida da coisa.⁴⁵

⁴³ “Trata-se de tema polêmico na doutrina pátria. Pensamos que o consentimento é causa de exclusão de tipicidade penal por afastar a imputação objetiva. A aceitação do titular do bem jurídico a uma lesão, abrindo mão da proteção do Estado, sempre será excludente de tipicidade. Quando o titular do bem consente na lesão, o risco criado está fora do âmbito de proteção do tipo penal, e, assim, não há imputação entre o resultado e a conduta do agente. Entretanto, como em sua origem, a maioria da doutrina entende ser o consentimento uma *causa supralegal de justificação*, isto é, uma excludente de antijuridicidade não prevista em lei. Nesse caso, o titular do bem jurídico abre mão da tutela que o Estado lhe confere por meio do direito penal num verdadeiro exercício regular de direito. Seguimos na contramão.” (MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonadro Schmitt de. **Direito penal parte geral**: lições fundamentais. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021, p. 761)

⁴⁴ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 198.

⁴⁵ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral. Tomo 2º. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 19.

No entanto, quando o consentimento do ofendido for elemento integrante do tipo penal, e sendo disponível o bem juridicamente protegido, o consentimento pode ser causa supralegal de exclusão da antijuridicidade. Nesse sentido, afirma Cezar Roberto Bitencourt que:

Mas o consentimento justificante poderá existir quando decorrer de vontade juridicamente válida do titular de um bem jurídico disponível. O consentimento do titular de um bem jurídico disponível afasta a contrariedade à norma jurídica, ainda que eventualmente a conduta consentida venha a se adequar a um modelo abstrato de proibição. Nesse caso, o consentimento opera como causa justificante supralegal, afastando a proibição da conduta, isto é, a antijuridicidade, como, por exemplo, nos crimes de lesão corporal (art. 129), cárcere privado (art. 148), furto (art. 155), dano (art. 163) etc.⁴⁶

Decerto, Francisco de Assis Toledo nos informa os requisitos necessários para que o consentimento do ofendido seja aceito como uma causa de justificação supralegal:

- a) que o ofendido tenha manifestado sua aquiescência livremente, sem coação, fraude ou outro vício de vontade;
- b) que o ofendido, no momento da aquiescência, esteja em condições de compreender o significado e as consequências de sua decisão, possuindo, pois, capacidade para tanto;

⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 417.

- c) que o bem jurídico lesado ou exposto a perigo de lesão se situe na esfera de disponibilidade do aquiescente;
- d) finalmente, que o fato típico penal realizado se identifique com o que foi previsto e se constitua em objeto do consentimento pelo ofendido.⁴⁷

5. A inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade

Para que se possa responsabilizar um indivíduo penalmente, não basta que o mesmo seja imputável, com capacidade de culpabilidade, ou se preferir, suscetível de ser objeto de imputação pessoal e que ademais tenha consciência de antijuridicidade. Posto que, faz-se necessário que o indivíduo tenha o poder de agir de modo diverso.

No Brasil, o Código Penal prevê a inexigibilidade de conduta diversa no artigo 22, tratando da coação moral irresistível e obediência hierárquica. No entanto, a jurisprudência brasileira ampliou essa discussão para incluir situações que não possuem previsão legal expressa, configurando a excludente supralegal de culpabilidade.

Segundo Robles Planas, uma questão que é controvertida há décadas é a existência de uma causa de exculpação supralegal de inexigibilidade, pois sua admissão causaria insegurança.⁴⁸ Segundo ROXIN,

⁴⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 215.

⁴⁸ ROBLES PLANAS, Ricardo. Caso del Leinenfänger. In SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo. **Casos que hicieron doctrina en derecho penal**. Madrid: La Ley, 2011, p. 119.

La existencia de una causa general de exculpación supralegal de inexigibilidad, tal y como la había desarrollado poco después de la primera guerra mundial Freudenthal, fue ya rechazada mayoritariamente en la época de Weimar tras un generalizado reconocimiento inicial (más detenidamente ya §19, nm. 11) y fue desestimada también, tras algunas vacilaciones, por el Reichgericht (RGSt 66, 397), al menos para los delitos comisivos dolosos, los únicos que se examinarán aquí. En la época posterior a la segunda guerra mundial, Eb. Schmidt fue el primero en defender la opinión de que el problema de la inexigibilidad “se debería... volver a despertar del sueño de la Bella durmiente”. Pero los intentos de deducir desde entonces de la Ley Fundamental una causa general de exculpación de inexigibilidad han hallado en general rechazo.⁴⁹

Para Roxin, é inadmissível que um juiz afaste a aplicação de uma pena a partir de uma fórmula vazia como a inexigibilidade. Nesse sentido, o autor rechaça a possibilidade de aplicação da inexigibilidade através de fórmulas supraleais.⁵⁰

A indeterminação do conteúdo da exigibilidade da conduta diversa permanece de acordo com o caso concreto e, até mesmo, com relação à cultura do povo que analisa o fato. Segundo Bernardo Feijoo Sánchez, “Si bien es cierto que la definición de un hecho como causalidad, desgracia o infortunio es una definición social que depende de cada tipo de sociedad”⁵¹.

⁴⁹ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997, p. 959-960.

⁵⁰ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997, p. 961.

⁵¹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. **Sobre las nuevas tendencias en materia de culpabilidad jurídicopenal**. Recensión a María Martín Lorenzo: «La exculpación

Certamente, não há um consenso na doutrina acerca da admissão da aplicação da inexigibilidade de conduta diversa sem que haja expressa previsão legal. Para Robles Planas,

Un sector de la doctrina alemana actual niega, en sede de principio, que exista tal causa operando con efectos eximentes más allá de lo que dispone el § 35 StGB (o los arts. 20.5 o 20.6 CP). En este sentido, se argumenta que en los casos de inexigibilidad la capacidad del autor de comportarse conforme al Derecho no está completamente excluida, sólo que el ordenamiento renuncia a castigar porque considera insuficiente el reproche para fundamentar la pena. Por tanto, estaríamos ante una decisión valorativa del legislador que no pudo ultrapasarse. Ello tiene especial transcendencia en sistemas que regulan las condiciones de la exculpación, como es el caso de Código Penal alemán, al señalar el § 35 StGB que ella sólo podrá tener lugar cuando el peligro frente al que se reacciona lo sea para la vida, integridad o libertad dirigido contra uno mismo o contra una persona próxima. Al no reconocerse el carácter general y supralegal de la inexigibilidad la reacción para proteger otros bienes jurídicos o esos mismos de una persona no allegada quedaría al margen de toda posible exculpación. Sin embargo, frente a esta opinión, otro sector admite la presencia de diversos supuestos supralegales de inexigibilidad. Así, por un lado se reconoce que la doctrina de la inexigibilidad puede tener efectos generales sobre ciertos tipos delictivos de la

penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal», Editorial Tirant lo Blanch, Tirant monografías n.º 613, Valencia, 2009. Revista de derecho penal y criminología, 3ª época (2), 2009, p. 243.

parte especial frente a peligros distintos a los expresamente previstos en el § 35 StGB.⁵²

Entretanto, parece-nos que a estruturação realizada a partir do método tópico-hermenêutico, soluciona a aplicação da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, já que as circunstâncias do caso concreto podem justificar o afastamento da reprovação penal.

A jurisprudência brasileira reconhece a aplicação da inexigibilidade de conduta diversa como causa de exculpação supralegal, quando o crime imputador for o descrito nos artigos 168-A, do Código Penal brasileiro; ou 2º, inciso II, da Lei 8.137/90.⁵³

Roberto Veloso oferece alguns critérios objetivos para o magistrado reconhecer a inexigibilidade de conduta diversa nos crimes contra a ordem tributária no caso concreto: *i*) somente há uma situação de conflito quando está provado que a saúde financeira da empresa é precária ao ponto de encontrar-se em estágio de falência ou pré-falência; *ii*) que a opção feita tenha sido efetivamente no sentido de preservação da empresa e não para lazer ou aumento de patrimônio

⁵² ROBLES PLANAS, Ricardo. Caso del Leinenfänger. In SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo. **Casos que hicieron doctrina en derecho penal**. Madrid: La Ley, 2011, p. 119-120.

⁵³ TRF4, Apelação nº 5002242-43.2016.4.04.7207, 7ª Turma, Rel. Des. RONY FERREIRA, J. 20.02.18; TRF1, Ap 0018648-26.2011.4.01.3800, 3ª T., Des. Rel. MÁRIO CÉSAR RIBEIRO, DJe 07.11.2017; TRF2, Ap 0809172-80.2008.4.02.5101, 1ª T. Especializada, Des. Rel. ANTONIO IVAN ATHIÊ, DJe 19.07.2018; TRF3, Ap 0002246-30.2013.4.03.6131, 5ª T., Des. Rel. ANDRÉ NEKATSCHALOW, DJe 03.09.2018; TRF4, Ap 5003196-94.2013.4.04.7110, 7ª T., Des. Rel. SALISE MONTEIRO SANCHOTENE, DJe 17.07.2018; e TRF5, Ap 0013111-45.2016.4.05.8300, 4ª T., Des. Rel. LEONARDO AUGUSTO NUNES COUTINHO (Convocado), DJe 04.10.2018.

dos sócios; *iii*) que a precariedade dos recursos seja motivada pela situação econômica geral ou por fato estranho à responsabilidade dos sócios e não por gastos perdulários e má administração⁵⁴.

Conclusão

As leis brasileiras não fazem qualquer referência às causas supralegais de exclusão da tipicidade, antijuridicidade ou culpabilidade. A construção do método tópico-hermenêutico oferece, por sua vez, ao julgador uma via constitucionalmente adequada para reconhecer, no caso concreto, circunstâncias que autorizem o afastamento da responsabilidade penal, ainda que tais hipóteses não estejam expressamente previstas em lei. Tal compreensão se ancora na premissa de que o Direito Penal, sobretudo em um Estado Democrático de Direito, não pode ser interpretado de forma puramente legalista e abstrata, mas deve se orientar por uma racionalidade prática voltada à realização da justiça material e à promoção da dignidade humana.

A premissa *nulla poena sine lege* estruturada juridicamente por Feuerbach destaca a importância do princípio da legalidade em não admitir a prática de crimes fora das hipóteses previstas em lei. Logo, a lei serve para garantir ao indivíduo que ele não será responsabilizado pela prática de um crime fora das hipóteses previstas em lei, não que o juiz, nas circunstâncias do caso concreto, fique impedido de reconhecer causas excludentes supralegais dos elementos formadoras da estrutura do crime.

Nesse cenário, a dogmática penal contemporânea — especialmente aquela alinhada aos princípios constitucionais — reconhece a existência e a validade das denominadas causas supralegais

⁵⁴ VELOSO, Roberto Carvalho. **Crimes tributários**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 245.

de exclusão da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade, as quais se afirmam a partir de uma interpretação sistemática, valorativa e principiológica do ordenamento jurídico.

No campo da tipicidade, por exemplo, destaca-se a construção jurisprudencial do princípio da insignificância, que, embora não previsto expressamente no Código Penal brasileiro, afasta a tipicidade material de condutas que, apesar de formalmente típicas, não representam lesão relevante ao bem jurídico tutelado. Trata-se de uma causa supralegal de exclusão da tipicidade que ilustra, com clareza, a possibilidade de o magistrado, mediante argumentação jurídica consistente e sensível ao caso concreto, deixar de aplicar a norma penal em favor de uma solução mais justa e proporcional.

No âmbito da antijuridicidade, é igualmente admissível o reconhecimento de causas de justificação não previstas taxativamente em lei, desde que fundadas em valores constitucionais e sociais amplamente aceitos. O Código Penal brasileiro não faz qualquer referência às causas supraleais de justificação. Entretanto, o caráter dinâmico da realidade social permite a incorporação de questões que passam a integrar o cotidiano dos indivíduos, transformando-se em normas culturais amplamente aceitas. Por isso, condutas outrora proibidas adquirem aceitação na sociedade, legitimando-se culturalmente. Tendo em vista que o legislador não consegue prever todas as hipóteses em que as transformações produzidas pela evolução ético-social de um povo passam a autorizar ou permitir a realização de determinadas condutas, inicialmente proibidas, deve-se, consequentemente, admitir a existência de causas supraleais de exclusão dos elementos formadores da estrutura do crime, em que pese existir alguma resistência oferecida por parte da doutrina e da jurisprudência.

O consentimento do ofendido, por exemplo, pode excluir a tipicidade da conduta, quando requisito intrínseco do tipo penal, ou, em alguns casos, excluir a ilicitude da conduta, quando externo ao tipo. Para que o consentimento seja justificante, os seguintes requisitos precisam estar presentes: *i*) o ofendido, no momento da concordância, esteja em condições de compreender o significado e as consequências de sua decisão, possuindo, assim, capacidade (imputabilidade); *ii*) o bem jurídico lesado ou exposto a perigo se situe na esfera de disponibilidade do aquiescente; *iii*) o ofendido tenha manifestado sua concordância, sem coação, fraude ou outro vício de vontade; *iv*) o fato típico esteja dentro do que foi previamente aceito pela vítima.

No que se refere à culpabilidade, a inexigibilidade de conduta diversa como causa de exculpação supralegal encontra acolhida na apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP). A jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais tem reiteradamente afastado a responsabilidade penal de contribuintes que, diante de graves dificuldades financeiras, deixaram de repassar os valores descontados de seus empregados ao INSS, para manter empregos e pagamento de fornecedores. Os julgamentos, assim, vêm consolidando entendimento no sentido de ser cabível a aplicação da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exculpação, desde que o caso concreto atenda determinados requisitos comprovados documentalmente, sem os quais a aplicação de referido instituto restar-se-ia prejudicada.

Referências

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

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: RT, 1999.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal**: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no direito penal contemporâneo. Coleção Ciência Criminal Contemporânea. v. 10. Cláudio Brandão (coord.). Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral. Tomo 2º. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. O mito da não existência de previsão legal do princípio da insignificância no Brasil. **Boletim do IBCCRIM**, Ano 21, n. 251, p. 17, 2013.

COSTA, Helena Regina Logo da. **A dignidade humana**: teorias de prevenção geral positiva. São Paulo: RT, 2008.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. **Sobre las nuevas tendencias en materia de culpabilidad jurídicopenal**. Recensión a María Martín Lorenzo: «La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal», Editorial Tirant lo Blanch, Tirant monografías n.º 613, Valencia, 2009. Revista de derecho penal y criminología, 3ª época (2), 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1980.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos *et al.* **Direito penal brasileiro**: parte geral, princípios fundamentais e sistema. São Paulo: Saraiva, 2017

FEUERBACH, Anselm von. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. **Culpabilidade**: crítica à presunção absoluta do conhecimento da lei penal. Belo Horizonte-São Paulo: D´Plácido, 2023.

FONSECA, Reynaldo Soares da. **O princípio constitucional da fraternidade**: seu resgate no sistema de justiça. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

HORMAZABAL MALAREE, Hernán. Una Necesaria Revisión Del Concepto De Culpabilidad. **Rev. Derecho [online]**, Valdivia, v. 18, n. 2, p. 167-185, 2005. Disponível em:

http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809502005000200008&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 24 jan. 2022.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonadro Schmitt de.

Direito penal parte geral: lições fundamentais. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

ROBLES PLANAS, Ricardo. Caso del Leinenfänger. In SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo. **Casos que hicieron doctrina en derecho penal**. Madrid: La Ley, 2011.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997.

SAINZ CANTERO, José A. **Lecciones de Derecho Penal**: parte general. Tomo I. Barcelona: Bosch, 1981.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. Florianópolis, Conceito, 2012.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanck, 2018.

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

URQUIZO OLAECHEA, José. Principio de legalidad: nuevos desafíos. Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología. In: **Congreso internacional Facultad de derecho de la UNED**, Madrid: Universidad Nacional a Distancia, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Manual de derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 2006.

VELOSO, Roberto Carvalho. **Crimes tributários**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.