

Breves apontamentos da teoria e da prática do direito penal no Brasil: do positivismo jurídico (in)completo à pragmática universal

*Marco Aurélio Pinto Florêncio Filho**

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo investigar a formação e desenvolvimento da dogmática jurídico-penal no Brasil, a partir de uma análise teórica e prática, com base nos pressupostos epistemológicos do positivismo jurídico (teorias causalista e finalista da ação) e da pragmática universal (teoria da ação significativa).

Certamente, não se tem a pretensão de esgotar o tema, mas sim de se colocar à discussão acerca da evolução da dogmática jurídico-penal, por vezes, analisada de forma equivocada.

Num primeiro momento buscou-se analisar as teorias causalista e finalista da ação, pois referidas teorias foram recepcionadas pela legislação pátria, tendo a teoria causalista da ação fundamentado a parte geral do Código Penal de 1940, e a teoria finalista da ação embasou a reforma da parte geral do Código de 1940, sendo introduzida na legislação pátria através da lei n. 7.209/84. Com o escopo de demonstrar a evolução das teorias causalista da ação foram analisados dois institutos que compõem a teoria do delito, quais sejam, a tipicidade e a culpabilidade.

Em seguida, partiu-se para uma análise da filosofia da pragmática universal, com o objetivo de apreciar-se a formação de uma concepção

* Doutorando em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito pela UFPE. Pós-Graduado em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra. Professor da Graduação e da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado.

comunicativa (significativa) de ação, como conformadora de uma nova dogmática penal, com um viés mais democrático.

A tentativa de se analisar dogmaticamente o positivismo jurídico (teorias causalista e finalista da ação) e a pragmática universal (teoria da ação comunicativa) teve o objetivo de preparar a base teórica e, assim, conseqüentemente, colocar o problema das decisões judiciais no Brasil, que se encontram desvinculadas de um tratamento jurídico-dogmático.

1. A teoria causalista da ação

A dogmática penal, tida como método de estudo do direito penal¹, é conformada pelas teorias do crime, da pena e da lei penal. A teoria que mais se desenvolveu na dogmática penal foi a teoria do delito, pois na época em que o direito penal buscou alcançar *status* de ciência, a teoria do delito ocupou papel de destaque frente às demais teorias que compõem a dogmática penal.² A teoria do delito, por sua vez, pode ser estudada quanto à sua estrutura ou quanto à sua manifestação. Os elementos essenciais do crime, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, compõem a estrutura do delito, enquanto que a manifestação do crime é composta pelos elementos acidentais, quais sejam, a tentativa e o concurso de pessoas.

Para cumprir o paradigma da estabilidade, e, assim, cumprir o projeto da modernidade foi desenvolvido um conceito causal-mecânico de ação, originado das orientações fornecidas pelas ciências naturais.. Veja, por exemplo, as lições de Juarez Tavares sobre o assunto:

¹ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 06.

² BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 01-02.

Da relação, portanto, entre a realidade fenomênica regida por uma ordem natural e a formulação dos enunciados, nasce e se desenvolve a ciência da modernidade, cujo modelo é representado pela mecânica de NEWTON e as leis do movimento ($ma=f$), pelas quais, dadas determinadas condições, se poderiam predizer suas conseqüências e descobrir seus antecedentes, quer dizer, a força (f) empreendida sobre determinado objeto deveria relacionar-se, necessariamente e tão-só, à sua aceleração (a). Como essas leis eram temporalmente reversíveis, seria irrelevante que os valores temporais que se lhe agregassem fossem positivos ou negativos, ou seja, na fórmula apresentada ($ma=f$), pouco importa que qualquer de seus componentes seja tomado num ou noutro sentido.³

Para entender a evolução do projeto da modernidade dentro do direito penal, serão destacados dois institutos que conformam a teoria do delito, quais sejam, a tipicidade e a culpabilidade, para assim se ter uma idéia de como se desenvolveu a teoria causalista da ação na dogmática penal alemã nascente, vigente, no Brasil, até a reforma da parte geral do Código Penal brasileiro de 1984, através da Lei n. 7.209/84, que adotou, por sua vez, o pressuposto epistemológico finalista, da teoria da ação.

É certo que faz pouco mais de cem anos que a tipicidade, como elemento autônomo do crime, foi formulada, visto que se deve a Ernest von Beling a sua criação, em 1906. Antes da contribuição de Beling, a tipicidade era compreendida como o próprio crime, e não, particularmente, como um elemento autônomo na estrutura do crime. A obra de Beling, no tocante à tipicidade, possui duas fases distintas. A primeira, em 1906, com a publicação da obra *Die Lehre vom Verbrechen*, e a segunda, em 1930, com a publicação intitulada *Die Lehre vom Tatbestand*. Segundo Beling,

desde la aparición de mi obra 'Doctrina de delito' (1906), el 'delito-tipo (Tatbestand) abstracto, especial y objetivo' o, más brevemente, el

³ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 05.

delito-tipo jurídico penal (*straf-gesetzliche Tatbestände*) ha sido objeto de muchas e profundas investigaciones. [...] Toda esa literatura es rica en sugerencias, dignas de agradecimiento, y me he convencido de que mi doctrina del delito-tipo tal como la expuse por primera vez en la citada obra, contiene aún deficiencias. Pero hasta ahora, por parte de otros no se ha determinado de modo suficiente y patente el punto en el cual esa doctrina tiene que corregirse. Para ello es necesaria una más afinada distinción del delito-tipo con relación a la 'figura de delito' y, en consecuencia, una aclaración, del papel que desempeña la 'adecuación al delito-tipo', por una parte, con relación al delito-tipo mismo y, por la otra, con relación a la 'tipicidad'.⁴

Em sua primeira concepção da tipicidade, na obra *Die Lehre vom Verbrechen*, Beling afirmava que a tipicidade era alheia a valores e desprovida de elementos subjetivos. Assim, o tipo para Beling tinha um caráter puramente neutro e descritivo. A teoria de Beling foi construída com base no pressuposto epistemológico causalista da ação. A construção do criador da tipicidade era baseada no conceito causal-mecânico de ação, de caráter valorativamente neutro e descritivo do tipo.⁵

Foi nesse sentido, sobre o paradigma da estabilidade que regia as ciências naturais, que Beling desenvolveu a sua teoria da tipicidade, em 1906. Como afirmado por Pugliesi,

a Modernidade, uma vez instaurada, preocupou-se com a redução de todos os problemas a um princípio de racionalidade, à luz natural da Razão, a fim de dar segurança e favorecer o planejamento de ações futuras.⁶

Juan Córdoba Roda destaca um ponto de suma importância nessa primeira fase desenvolvida por Beling da teoria da tipicidade. Destaca Córdoba Roda que a teoria de Beling tinha um caráter constitucional bem delineado,

⁴ BELING, Ernest von. **Esquema de derecho penal**: la doctrina del delito-tipo. Buenos Aires: Depalma, 1944, p. 3-4.

⁵ CÓRDOBA RODA, Juan. **Una nueva concepción de delito**: a doctrina finalística. Barcelona: Ariel, 1963, p. 11-14.

⁶ PUGLIESI, Márcio. A questão da justiça como fundamento da argumentação. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Org.). **Argumentação e Estado Constitucional**. São Paulo: Ícone, 2012, p. 538.

visto que a primitiva configuração de uma tipicidade puramente objetiva e descritiva apresentava uma finalidade de garantia. Com o caráter descritivo da tipicidade, afastavam-se as apreciações valorativas do juiz, pressuposto exigido constitucionalmente.⁷

Em sua segunda concepção da tipicidade, em 1930, com a publicação da obra *Die Lehre vom Tatbestand*, Beling passou a diferenciar o “tipo de delito” (*Deliktypus*) do “tipo reitor” (*Leitbild*). Assim, o tipo de delito faz referência às características de cada crime em espécie, ou seja, faz referência à parte especial do código penal (como por exemplo, homicídio, furto etc.).

Segundo Beling, é correto afirmar que cada delito-tipo representa um tipo, como, por exemplo, o tipo de “causar a morte de um homem” (homicídio), o tipo de “subtração de uma coisa alheia móvel” (furto) etc.⁸

O tipo de delito se compõe de características externas (“tipo de injusto”) e características internas (“tipo de culpabilidade”). O tipo reitor corresponde ao antigo conceito do tipo formulado por Beling, em sua primeira teoria sobre a tipicidade (1906). Assim, o tipo reitor é isento de conteúdo valorativo e de subjetividade. Logo, o tipo reitor serve como direção à espécie delitiva. Segundo Córdoba Roda, “al igual que en su *Teoría del delito* aparecida en 1906, rechaza pues Beling en 1930 del *Leitbild* los elementos subjetivos.”⁹

Em 1915, inaugura-se uma segunda fase da tipicidade, com a obra *Tratado de Direito Penal* de Max Ernest Mayer. Para Mayer, a tipicidade não é uma mera descrição, visto que à tipicidade é atribuído um valor indiciário,

⁷ CÓRDOBA RODA, Juan. **Una nueva concepción de delito**: a doctrina finalística. Barcelona: Ariel, 1963, p. 17.

⁸ BELING, Ernest von. **Esquema de derecho penal**: la doctrina del delito-tipo. Buenos Aires: Depalma, 1944, p. 7.

⁹ CÓRDOBA RODA, Juan. **Una nueva concepción de delito**: a doctrina finalística. Barcelona: Ariel, 1963, p. 18.

nesse sentido a tipicidade é a *ratio cognoscendi* da antijuridicidade, ou seja, a tipicidade é o meio que se conhece a antijuridicidade. Mayer mantém a independência existente entre a tipicidade e a antijuridicidade, mas menciona que o fato de a conduta realizada pelo autor ser típica é já um indício de sua antijuridicidade.

Assim, se o autor pratica um fato típico, provavelmente este referido fato também será antijurídico. A contribuição de Mayer para tipicidade advém de sua teoria dos elementos normativos do tipo, visto que a função indiciária se cumpre principalmente com relação aos elementos normativos do tipo, como, por exemplo, a inclusão no crime de furto do elemento normativo alheio que dá a qualidade à coisa furtada.¹⁰ Uma terceira fase da tipicidade inicia-se em 1931 com Edmund Mezger, com sua obra *Tratado de Direito Penal*. Segundo Juarez Tavares, é com Mezger que a perda da autonomia da tipicidade atinge o seu clímax, a partir do momento que é concebida como um momento da antijuridicidade.¹¹ Para Mezger, a tipicidade é a *ratio essendi* da antijuridicidade, a tipicidade é muito mais que um indício da antijuridicidade, visto que é o seu próprio fundamento. O conceito do tipo, com Mezger, não é mais toda ação típica, antijurídica e culpável, mas toda *ação tipicamente antijurídica e culpável*. Com base no pressuposto epistemológico finalista da teoria da ação, afirma Juarez Tavares que a relação entre a tipicidade e a antijuridicidade assume a proposta de Max Ernest Mayer, de que a tipicidade é o indício da antijuridicidade.¹²

¹⁰ ASÚA, Luis Jiménez. **La ley e el delito**: curso de dogmática penal. Caracas: Adreas Bello, 1945, p. 296-297.

¹¹ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 136.

¹² TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 141.

Não podemos confundir tipo penal, juízo de tipicidade e tipicidade, visto que cada um desses institutos possui características próprias. O tipo é uma figura conceitual, que descreve formas de como se pode realizar a conduta humana proibida.¹³ O tipo irá reunir o conjunto de elementos necessários para se configurar o fato punível descrito na lei penal. Nesse sentido, cada tipo desempenha uma função particular, e a inexistência de um tipo penal acarreta à impossibilidade do perfazimento da tipicidade, logo se exclui a possibilidade da analogia e da interpretação extensiva para suprir a ausência de um tipo penal.¹⁴

O juízo de tipicidade é uma operação intelectual que será feita com base na lei penal e na conduta realizada. Caso haja a adequação da conduta humana à lei penal, então a conduta praticada pelo agente é típica. Se o juízo for negativo, ou seja, a conduta não se adequar aos elementos descritos no tipo penal, não haverá tipicidade. Assim, se através do juízo de tipicidade, verificar-se que a conduta não é típica, não há que se falar em crime. Entretanto, se se configurar a tipicidade, através da operação intelectual realizada pelo juízo de tipicidade, há de se verificar ainda, se a conduta é antijurídica e reprovável (culpável), para que se possa caracterizá-la como criminosa, visto que crime é toda conduta típica, antijurídica e culpável.

Destarte, a tipicidade se dá justamente quando o juízo de tipicidade for positivo, ou seja, dá-se quando a conduta humana adequa-se a uma lei penal. Bitencourt ressalta que a adequação típica pode se realizar de forma imediata e de forma mediata. A adequação típica será considerada imediata

¹³ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 74

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2002, 197.

quando não precisar de nenhuma outra norma para ser completada, ou seja, é suficiente para o perfazimento do juízo de tipicidade a verificação de um único dispositivo legal, como, por exemplo, uma conduta que subtraia uma coisa alheia móvel sem o emprego de violência. *In casu*, o agente está a realizar a conduta descrita no artigo 155 do Código Penal brasileiro que trata do delito de furto. É importante mencionar que a adequação típica imediata é a regra, logo a exceção será a adequação típica mediata. A adequação típica mediata, diferentemente da adequação típica imediata, necessitará de um auxílio de uma outra norma para que se perfaça a tipicidade, ou seja, para que o juízo de tipicidade seja positivo. Essa norma auxiliar tem um caráter ampliativo, é o caso, por exemplo, da tentativa. Na tentativa de furto, há uma ampliação temporal da figura típica, além da observância do art. 155 do Código Penal brasileiro, deve-se observar também o art. 17 do mesmo diploma legal.¹⁵

Com as explicações até aqui realizadas, espera-se ter individualizado os âmbitos de atuação do tipo penal, do juízo de tipicidade e da tipicidade, visto que referidos institutos não são a mesma coisa, mas, como visto, encontram-se intrinsecamente relacionados.

A evolução do conceito de culpabilidade, dentro da teoria do delito, assim como o da tipicidade, busca, através da estabilidade, a sua constituição.

É a partir da teoria causalista da ação que são desenvolvidas as teorias psicológica e psicológico-normativa da culpabilidade.

Segundo Cláudio Brandão, “chamamos concepção psicológica de culpabilidade aquela que predominou no século XIX, onde o direito foi tratado com a metodologia das ciências da natureza (2002a, p. 138).

¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 192.

A consideração causal da ação, com base nas teorias desenvolvidas por Radbruch, Liszt e Beling, conduziu a uma concepção puramente psicológica da culpabilidade. Para que se configure uma ação criminosa, nos moldes da teoria causalista da ação, basta que a ação ou omissão do sujeito encontre sua origem na vontade, pouco importa qual seja o conteúdo da mesma. Explique-se. A ação, com base nas regras do positivismo, é concebida como um processo cego-mecânico: mecânico, porque a categoria da causalidade é a integrante da ação; cego, porque o conteúdo do querer está fora da ação. A configuração da antijuridicidade como simples lesão a bens jurídicos está em concordância com esta consideração mecânico-causal da ação.

Assim, explica-se o porquê da culpabilidade ser concebida como um simples nexos psíquico entre o sujeito e o resultado: dolo e culpa, nessa toada, constituem as duas formas de manifestação da culpabilidade, que apenas se distinguem entre si com base na relação psicológica. Essa concepção, entretanto, esbarrou num problema insuperável, que foi a impossibilidade de consideração da culpa inconsciente, visto que, como se sabe, a culpa inconsciente é caracterizada pela ausência de toda relação psíquica entre o autor e o resultado. Logo, como estabelecer a idéia de culpabilidade como sendo o vínculo psicológico entre o autor e o resultado, quando presente, como elemento subjetivo da culpabilidade, a culpa inconsciente? Foi Reinhard Frank quem supriu a deficiência da teoria psicológica da culpabilidade constituindo a denominada teoria psicológico-normativa da culpabilidade que foi desenvolvida, posteriormente, por James Goldschmidt e Berthold Freudenthal.

Com Frank a culpabilidade passou a não mais se esgotar no nexó psíquico entre o autor e o resultado, mas recebe, pela primeira vez, o qualificativo de reprovabilidade.¹⁶

Segundo Frank,

en la búsqueda de una expresión breve que contenga todos los mencionados componentes del concepto de culpabilidad, no encuentro otra que la reprochabilidad. Culpabilidad es reprochabilidad. Esta expresión no es linda, pero no conozco otra mejor. [...] Para que a alguien se le pueda hacer un reproche por su comportamiento, hay un triple presupuesto: 1º una aptitud espiritual normal del autor, a lo que nosotros denominamos imputabilidad. Si ella existe en alguna persona, entonces está dicho que su comportamiento antijurídico puede ser convertido, en general, en reproche, pero todavía no se puede afirmar que le corresponda un reproche en el caso particular. Para ello se necesita, además: 2º una cierta concreta relación psíquica del autor con el hecho en cuestión o la posibilidad de ésta, conforme lo cual aquél discierne sus alcances (dolo), o bien los podría discernir (imprudencia). En la existencia de esta exigencia, el reproche no estaría fundado. Para ello es necesario que, además, concorra: 3º la normalidad de las circunstancias bajo las cuales el autor actúa. Cuando una persona imputable realiza algo antijurídico, consciente o pudiendo estar consciente de las consecuencias que trae aparejadas su accionar, puede ser sujeto, en general, de un reproche, según la interpretación del legislador. Pero lo que es posible en general, en un caso particular puede ser imposible: así, no cabe la reprochabilidad cuando las circunstancias concomitantes hayan sido un peligro para el autor o para una tercera persona y la acción prohibida ejecutada los podía salvar.”¹⁷

Além de Frank, dois outros autores tiveram importância singular para o desenvolvimento da teoria psicológica-normativa da culpabilidade, são eles James Goldschmidt¹⁸ e Berthold Freudenthal¹⁹.

¹⁶ CORDOBA RODA, Juan. **Una nueva concepción de delito**: a doctrina finalística. Barcelona: Ariel, 1963, p. 27-28.

¹⁷ FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2004, p. 39-41.

¹⁸ Sobre a teoria desenvolvida pelo autor *vide* GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2002, p. 83-143

¹⁹ Sobre a teoria desenvolvida pelo autor *vide* FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**. Montevideo-Buenos Aires, 2003, p.63-99.

Em linhas gerais, a concepção de culpabilidade desenvolvida por Goldschmidt baseava-se em que cada norma jurídica corresponde a uma “norma de dever”, conforme a qual o autor deve orientar sua conduta interna. A “norma de dever” obriga o autor a motivar sua conduta conforme a representação que ele tenha sobre se sua ação é ou não proibida. Assim, a infração da “norma de dever” constitui a culpabilidade. O agente terá violado a “norma de dever” sempre que lhe era exigível adequar sua conduta com a conduta prevista pelo ordenamento jurídico.²⁰

Já a concepção de culpabilidade desenvolvida por Freudenthal parte do pressuposto de que “[...] la *exigibilidad* constituye un requisito general de la culpabilidad, de tal suerte que la *no exigibilidad* motiva, pese la concurrencia de dolo o culpa, la exclusión de esta característica del delito.”²¹

Para a teoria causalista, a ação é o movimento corpóreo voluntário que causa modificação no mundo exterior.

Liszt baseava sua teoria em três elementos, são eles: vontade, modificação do mundo exterior e nexo de causalidade. Pode-se unir em um único conceito a vontade e a modificação do mundo exterior; o resultado dessa união resultará na manifestação da vontade.

Outra característica da teoria causalista é que o dolo e a culpa não são estudados na ação, mas sim na culpabilidade. Esse é o grande problema da teoria causalista da ação, pois o conteúdo da vontade encontra-se vazio, ou seja, sem dolo e culpa. Essa teoria apregoa que os juízos objetivos devem ser estudados na tipicidade e na antijuridicidade e os juízos subjetivos devem ser

²⁰ CÓRDOBA RODA, Juan. **Una nueva concepción de delito**: a doctrina finalística. Barcelona: Ariel, 1963, p. 28-29

²¹ CÓRDOBA RODA, Juan. **Una nueva concepción de delito**: a doctrina finalística. Barcelona: Ariel, 1963, p. 29.

estudados na culpabilidade. Ora, essa separação é impossível, pois não há como desunir os elementos subjetivos dos objetivos de forma perfeita e decisiva como os teóricos causalistas queriam.

Na estrutura legislativa brasileira, a teoria causalista da ação perdurou até a reforma da parte geral do Código Penal que se deu em 1984, através da Lei n. 7.209/84. Foi com a edição da nova parte geral do Código Penal que se adotou a teoria finalista da ação, que vigora até os dias de hoje.

2. A teoria finalista da ação

Na teoria finalista da ação, a atividade final é dirigida conscientemente em função do fim pretendido. No acontecer causal, não se verifica a existência da vontade dirigida a um fim, pois a ação, segundo esta teoria, é uma resultante causal da constelação de causas existentes em cada caso.

Para Welzel, a vontade é o centro da ação final. A direção final de uma ação realiza-se em duas fases: 1) subjetiva (ocorre na esfera intelectual) – a) antecipação do fim que o agente quer realizar; b) seleção dos meios adequados para a consecução do fim; c) consideração dos efeitos concomitantes relacionados à utilização dos meios e o propósito a ser alcançado; 2) objetiva (ocorre no mundo real) – execução da ação real, dominada pela determinação do fim e dos meios na esfera do pensamento.²²

²² Nesse sentido tem-se, “Acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por eso, acontecer ‘final’, no solamente ‘causal’. La ‘finalidad’ o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines. En virtud de su saber causal previo puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo sobredetermine finalmente. Actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante causal de los componentes causales existentes en cada caso.”

Segundo a concepção finalista da ação, o dolo e a culpa encontram-se alocados na tipicidade. O dolo é a consciência e a vontade para a realização dos elementos descritos no tipo penal. Nessa toada, verifica-se no dolo um elemento intelectual (consciência) e um elemento volitivo (vontade). Para que se configure, então, o dolo, devem estar presentes os elementos intelectual e volitivo, sendo, por certo, que o momento intelectual precede o volitivo, pois ninguém pode ter vontade de realizar algo, se não o conhece. Já a culpa se dá quando o autor não observou o dever jurídico de cuidado.

É de se destacar que tanto no dolo, quanto na culpa, a ação é dirigida a um fim. No dolo, o fim é ilícito, enquanto na culpa o fim é lícito. Logo, em ambos os elementos verifica-se uma ação dirigida a um fim.

Os elementos subjetivos do tipo são todos aqueles aspectos do tipo de conduta proibida, que motivam a realização do tipo objetivo. O elemento subjetivo genérico é o dolo, que pode ser acompanhado de elementos subjetivos especiais, que são elementos acidentais, como, por exemplo, intenções, tendências. O dolo por ser um elemento subjetivo encontra-se no primeiro momento da realização da ação, ou seja, no momento em que a ação desenvolve-se na esfera do pensamento. Assim, como o tipo penal é a descrição de uma ação, pode-se afirmar que o dolo encontra-se presente no tipo penal, já que o tipo penal prescreve condutas e o dolo representa um momento da conduta, que é o momento psíquico, momento este que antecede o momento objetivo. Coube à teoria finalista da ação deslocar o dolo e a culpa, que se encontravam na culpabilidade, para o tipo penal. O Código Penal Brasileiro, em seu artigo 18, traz as espécies de dolo e de culpa, além de

(WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Tradução Juan Bustos Ramirez e Sérgio Yañez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1997, p. 39-40).

afirmar, em seu parágrafo único, que o elemento subjetivo genérico é o dolo, por ser a regra na punição dos delitos.²³ Fica claro, com a observação do artigo 18, os conceitos de dolo e de culpa, em seus incisos I e II, respectivamente. Como visto, a punição via de regra deve tomar por base a modalidade dolosa. A culpa, assim, deve ser tomada como exceção, pois a punição por um delito culposo apenas será possível por expressa disposição legal. Destarte, O dolo é por excelência o elemento subjetivo do tipo. Para entendermos melhor o dolo faz-se necessário conceituá-lo e analisar as suas respectivas espécies, segundo os pressupostos da teoria finalista da ação. O dolo é a vontade e a consciência de realizar os elementos descritos no tipo penal. Nesse Sentido, afirma Juarez Cirino dos Santos, *in verbis*:

o dolo, conforme um conceito generalizado, é a vontade consciente de realizar um crime, ou, mais tecnicamente, o tipo objetivo de um crime, também definível como **saber** e **querer** em relação às circunstâncias de fato do tipo legal. Assim, o dolo é composto de um elemento *intelectual* (consciência, no sentido de representação psíquica) e de um elemento *volitivo* (vontade, no sentido de decisão de agir), como fatores formadores da ação típica dolosa.²⁴

Pelo conceito de dolo podemos perceber que o mesmo é formado por dois elementos, um intelectual – que é o conhecimento dos elementos que descrevem o tipo penal, e um volitivo, que é a vontade de realizar esses elementos descritos no tipo penal. Assim, as ações que tiverem como vontade a realização de condutas lícitas não serão adjetivadas de dolosas. Logo, a

²³ “Art. 18. Diz-se crime: I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; II – culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Parágrafo único. Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.”

²⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Curitiba: Fórum, 2004, p. 62.

maior parte das ações realizadas pelas pessoas não se caracteriza como dolosa.

É importante mencionar que a consciência de realizar os elementos descritos no tipo penal não é a denominada, pelos finalistas, consciência de ilicitude, visto que consoante a teoria finalista da ação, a consciência de ilicitude situa-se na culpabilidade, juntamente com a capacidade e a exigibilidade de conduta diversa. A partir da relação existente entre o dolo e a vontade de realizar os elementos descritos no tipo penal, o dolo pode ser classificado em dolo direto e dolo eventual. Essas espécies de dolo encontram-se previstas no art. 18, I do Código Penal. A moderna teoria da dogmática penal distingue três espécies de dolo, quais sejam, o dolo direto de primeiro grau, a intenção; o dolo direto de segundo grau, o propósito direto; e o dolo eventual, o propósito condicionado. Nesse sentido, a intenção designa o que o agente queria realizar; o propósito direto abrange a idéia das conseqüências previstas como certas ou necessárias para a realização do tipo penal; e o propósito condicionado indica a aceitação das conseqüências típicas previstas como possíveis ou a conformação com ditas conseqüências.²⁵

Os conceitos científicos, quando incorporados pela legislação, como no caso do Código Penal brasileiro em seu artigo 18, inciso I, devem ser interpretados de acordo com o progresso da ciência. Assim, o dolo direto indicado pela expressão querer o resultado, constante no inciso I, do art. 18 do CP, primeira parte, compreende as categorias de dolo direto de 1º grau e dolo direto de 2º grau, nomenclatura que se adequa melhor que as de intenção e propósito mediato, respectivamente. O dolo eventual, constante no art. 18,

²⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Curitiba: Fórum, 2004, p. 65.

inciso I, segunda parte do CP, indicado na fórmula *assumir o risco de produzir o resultado*, pode ser interpretado no sentido de aceitação ou conformação com o resultado representado como possível no tipo penal.²⁶

O dolo direito ou *dolus directus* é aquele em que o agente direciona a sua vontade a realização de um tipo penal. O agente quer praticar uma determinada conduta, com a vontade de alcançar o resultado previsto como crime pelo tipo penal. A diferença existente entre o dolo direto de primeiro grau para o dolo direto de segundo grau é que a primeira modalidade de dolo direto relaciona-se com o fim proposto e com os meios escolhidos pelo agente. Já o dolo direto de segundo grau relaciona-se com os efeitos colaterais, representados como necessários. No tocante ao dolo eventual, pode-se afirmar que o mesmo configura-se quando o agente não quer diretamente a realização do tipo penal, mas aceita como possível ou até provável a realização do tipo, visto que assume o risco da produção do resultado. O dolo eventual encontra-se previsto no art. 18, inciso I, segunda parte do Código Penal. Consoante Jescheck, o dolo eventual significa que o autor considera seriamente a possibilidade de realização do tipo penal e conforma-se com a produção dessa realização.²⁷

É imprescindível mencionar que os pressupostos que estruturam o tipo subjetivo e o tipo objetivo são totalmente distintos. Nesse sentido, afirma Alexander Graf zu Dohna,

La oposición entre tipo objetivo y tipo subjetivo, se sustenta sobre principios totalmente distintos. Al tipo objetivo pertenecen todas

²⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Curitiba: Fórum, 2004, p. 67.

²⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich, WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Granada: Comares, 2002, 321.

aquellas características del delito que se concretan en el mundo exterior; al subjetivo, aquellas que están en lo interno del autor.”²⁸

Com o finalismo o que se tem é a reestruturação da composição dos elementos dentro da teoria do delito. Assim, a tipicidade passa a ser composta por elementos subjetivos genéricos (dolo e culpa) e subjetivos especiais (finalidade especial de agir do sujeito ativo), elementos normativos (aqueles que são valorados pela sociedade ou pelo próprio direito) e elementos objetivos (os que já estavam presentes na teoria causalista da ação). A antijuridicidade continua sendo um juízo de desvalor, que qualifica o fato como contrário ao direito. E a culpabilidade – que é um juízo de reprovação pessoal feito a um autor de um fato típico e antijurídico, porque podendo se comportar conforme o direito optou, livremente, por se comportar contrário ao direito – passa a ser composta pelos seguintes elementos: exigibilidade de outra conduta, imputabilidade e potencial consciência de ilicitude. Tendo em vista que a culpabilidade, para os finalista, ficou constituída apenas de elementos normativos, a teoria da culpabilidade, para referida teoria da ação, ficou conhecida como teoria normativa pura.

Se para os causalistas, a ação é o movimento corpóreo voluntário que causa modificação no mundo exterior. Para os finalistas, a ação será sempre será dirigida a um fim.

As teorias causalista e finalista da ação pretendem alcançar a segurança jurídica através da estabilidade, própria do positivismo jurídico. Ocorre que no Brasil, como se demonstrará a partir de julgados²⁹, não se construiu corretamente a aplicação da teoria do delito segundo os postulados

²⁸ DOHNA, Alexander Graf zu. **La estructura de la teoria del delito**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958, 17.

²⁹ Vide tópico 4 do presente artigo.

do positivismo, daí, o presente artigo ter como um de seus elementos a análise do positivismo jurídico incompleto.

3. A pragmática universal e sua aplicação no direito penal

Cumprido destacar inicialmente que apesar da pragmática ser uma disciplina relativamente jovem, existem várias “correntes pragmáticas” que dificultam a sua definição.

A mais antiga definição de pragmática é atribuída a Morris (1938) que considera a pragmática a parte da semiótica que trata da relação entre os signos e os usuários dos signos.³⁰

Nesse contexto, o estudo dos signos e da linguagem estrutura-se a partir do seguinte esquema:

- a abordagem *semântica* trata da relação dos signos, palavras e frases com as coisas e com os estados das coisas; é o estudo conjunto do sentido, da referência e da verdade;
- a abordagem *sintática* estuda as relações dos signos entre si, das palavras na frase ou das frases nas seqüências de frases; tenta-se formular regras de boa formação para expressões e regras de transformação das expressões em outras expressões; respeitar essas regras é condição para que os fragmentos assim gerados sejam providos de sentido e, eventualmente, aptos a ser dotados de um valor de verdade (verdadeiro e falso).
Ora, essas duas abordagens, as primeiras a ser constituídas como disciplinas rigorosas, não esgotam nem o problema do sentido, nem o problema da verdade. Fez-se necessária uma terceira abordagem: pragmática. Ela intervém para estudar a relação dos signos com os usuários dos signos, das frases com os falantes.³¹

A estruturação da pragmática, a partir da estrutura lingüística acima colocada (a partir da teoria dos signos), não limita o âmbito de atuação da pragmática, mas situa apenas uma de suas perspectivas. Essa concepção da

³⁰ Cf. ARMENGAUD, Françoise. **A Pragmática**. São Paulo: Parábola, 2006, p. 11.

³¹ ARMENGAUD, Françoise. **A Pragmática**. São Paulo: Parábola, 2006, p. 12.

pragmática é formulada a partir da teoria do uso dos sinais, pois a concebe como uma das partes da teoria dos signos ou semiótica.

Todavia, a abordagem pragmática realizada neste artigo, filia-se na teoria pragmática da ação (ato de falar) que realiza um explícito afastamento da lingüística sistemática, na medida em que encara o *falar* como forma de ação social.³² Em especial, tratar-se-á da pragmática universal e a sua aplicação no direito penal.

Com o escopo de se apresentar a teoria da pragmática universal, sem a deslocar das “teorias pragmáticas”, traz-se uma estruturação genealógica da pragmática a partir de seus diversos autores/correntes, que apenas pontua o autor da teoria, a data de surgimento da teoria e/ou o nome da teoria, sem decerto, relacionar a continuidade ou relação entre o desencadeamento dos tópicos: i-) Bakhtin, 1929 (dialogismo e intertextualidade); ii) Habermas, 1981 (pragmática universal – Escola de Frankfurt); iii) Perelman, 1958 (a nova retórica); iv) Apostel, 1967 (pragmática praxiológica); v) Ducrot, 1972 (a argumentação); vi) Anscombe (a argumentação); vii) Kerbrat (o implícito); viii) Meyer (a problemática); ix) Benveniste, 1966 (a enunciação do discurso; x) Apel, 1976 e Jacques, 1985 (dialogismo e interlocução); xi) Moore (1925) e Wittgenstein (1926) vão influenciar as teorias da linha de análise da linguagem comum de Strawson (1950), da Escola de Oxford de Austin (1962) e das máximas conversacionais de Grice (1968); xii) Dascal (1983) e Kasher (1976) Escola de Jerusalém; xiii) Morris (1983) Linha empirista da semiótica, com influência em Bateson (1956),

³² Nesse sentido, leia-se FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica: Ensaio de Pragmática da Comunicação Normativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 01-33.

Goffman (1957), Sebeok (1964), Hall (1968) e Watzlawick (1968) a “nova comunicação”.³³

A partir da colocação das várias correntes pragmáticas acima descritas, destacaremos, a partir de agora, a pragmática universal de Habermas, para posteriormente analisá-la à luz do direito penal.

Segundo Pugliesi,

Habermas buscará estabelecer uma pragmática universal com o objetivo primário de construir uma teoria filosófica da verdade lastreada no consenso. Supondo que, no sistema capitalista, a participação política dos cidadãos seja, em larga medida, fictícia, objetiva investigar a possibilidade de fundar o consenso democrático numa “racionalidade discursiva” a que chama de “universais pragmáticos” ou “universais do diálogo”.³⁴

O consenso, pressuposto da pragmática habermasiana, revela-se imprescindível para que em sociedades multiculturais possa se estabelecer um diálogo. Nesse ponto, aliás, o próprio Habermas afirma que:

Os cidadãos precisam poder experienciar o *valor de uso de seus direitos* também sob a forma da segurança social e do reconhecimento recíproco de formas de vida culturais diversas. A cidadania democrática e ligada ao Estado só exercerá força integrativa – ou seja, só promoverá solidariedade entre estranhos – quando der mostras de sua eficiência como mecanismo pelo qual os pressupostos constitutivos das formas de vida desejadas possam de fato tornar-se realidade.³⁵

O problema, todavia, de se estabelecer este consenso, parte da análise individual do capitalismo, que, como proposta do ideal liberal, encontra-se voltado para o indivíduo, sempre se distanciando do social. Observe as precisas lições de Goyard-Fabre sobre o assunto:

³³ Para ver o quadro completo da “Genealogia” da Pragmática, leia-se ARMENGAUD, Françoise. **A Pragmática**. São Paulo: Parábola, 2006, p. 150-151.

³⁴ PUGLIESI, Márcio. **Teoria do direito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 49

³⁵ HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro: Estudos de Teoria Política**. São Paulo: Loyola, 2004, p. 142.

Nas sociedades “avançadas” que se declaram democráticas não existe mais consenso relativo aos ideais políticos, aos interesses sociais e aos valores éticos; no lugar do sistema de valores tradicionais, o jogo da competição se instalou nessas sociedades industrializadas ao máximo e, com esse jogo competitivo, se dá livre curso ao pluralismo, à irracionalidade, ao individualismo e até ao egoísmo. A obsessão com a produção e a eficácia econômica engendrou uma desintegração axiológica. A herança moral perdeu seu sentido.³⁶

Habermas elucida, com precisão, que as sociedades modernas apenas subsistirão se a tolerância tornar-se realidade. Ora, em uma sociedade multicultural e plural não se pode fundamentar em verdades perfeitas e peremptórias, essas são características das ciências exatas, não das ciências sociais; e quando estudamos a tolerância a partir de um fenômeno social, estamos estudando uma disciplina contida nas ciências sociais e subordinada aos seus preceitos.

A proposta da pragmática universal de Habermas é associar a racionalidade à linguagem. A filosofia habermasiana estrutura-se, desde o início, à idéia kantiana do interesse da razão. Assim,

A linguagem é, desde o início, um tema maior, mas sua função na obra de Habermas evoluiu. Inicialmente a linguagem é o instrumento da discussão livre e pública das escolhas práticas, contra a qual se exerce a ideologia restritiva das ciências e técnicas que legitimam a subtração das escolhas práticas do debate democrático. Depois, a linguagem é considerada como portadora, em si mesma e por sua própria natureza, de uma exigência e de uma potência de emancipação. Todo ato de fala (no sentido não teórico do termo) aparece em um horizonte de interação com a norma e com a finalidade de um consenso livremente elaborado por aqueles que falam, sejam quais forem as distorções e as violências veiculadas pelo ato de fala. Só no quadro das discussões é que se pode “resolver, dando-lhes um fundamento, os problemas postos pela validade das opiniões e das normas”.³⁷

³⁶ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é Democracia?** São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.284.

³⁷ ARMENGAUD, Françoise. **A Pragmática**. São Paulo: Parábola, 2006, p. 138.

O reflexo da teoria habermasiana no direito, em especial no direito penal, dá-se a partir do conceito de ação comunicativa.

Como pode se perceber, a partir da análise das teorias causalista e finalista, o conceito de ação estava voltado ao indivíduo. A partir do conceito de ação significativo de ação, pretende-se uma passagem do postulado individual para o social. Aliás, aqui se deve entender uma mudança de paradigma, tendo em vista que o positivismo jurídico volta-se ao individual (liberalismo), enquanto que o pós-positivismo (ou pós-modernidade) volta-se ao social. Segundo Busato,

A proposta de um conceito significativo de ação representa a assunção de uma nova base filosófica na qual o primeiro plano passa a ser ocupado pela interpretação, que é de ordem social, relegando a um segundo plano a intenção unicamente subjetiva, que é individual.³⁸

A partir da filosofia da linguagem a ação passou a ser compreendida não mais como algo que os homens fazem, mas como significado do que fazem (sentido da ação).

A mudança de paradigma é perceptível a partir da mudança da percepção do significado da ação, que antes poderia ser analisada interna, ou externamente, mas agora passa a ser analisada a partir do significado subjetivo-objetivo.

Isto porque o movimento corporal (objetivo) voluntário (subjetivo) são elementos da ação, mas não a ação propriamente dita, que só pode ser analisada, em sua completude, através do seu sentido.

³⁸ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 153.

Segundo Busato,

A ação só pode ter sentido jurídico desde que interpretada em conjunto com seu entorno. Logo, as valorações jurídicas só podem considerar a ação dentro do marco de seu significado.

[...]

Logo, a essência da ação não se situa no psicológico nem no normativo mas na comunicação.

A ação significativa é portanto, resultado da comunicação.³⁹

A partir da pragmática universal a ação significativa ganha sentido a partir não apenas de uma análise interna (subjetiva) ou externa (objetiva), mas sim a partir da comunicação entre o objetivo e o subjetivo, e, principalmente, do sentido que deriva desta relação.

Watzlawick, destaca como axioma metacomunicacional da pragmática da comunicação a impossibilidade de não comunicação, isto é, “[...] *não se pode não comunicar.*”⁴⁰

O que se deve analisar, entretanto, é quando a ação comunicativa ganha relevo no direito penal? Certamente, a ação comunicativa no direito penal é relevante quando é significativa, ou seja, quando entre os agentes ganha sentido social.

A partir do conceito negativo de ação Busato constrói a dogmática moderna. Sobre a atuação dos animais, por exemplo, referido autor afirma que:

Evidentemente as atuações de animais não constituem ação. Mas, esta negação não se produz por que sua atuação não seja “voluntária” ou “final”, aspectos que inclusive são altamente questionáveis, conforme refere Figueiredo Dias. O professor português sustenta que a ciência biológica atual já admite que

³⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 162.

⁴⁰ WATZLAWICK, Paulo; BEAVIN, Janet Helmick; JACKSON, Don d. **Pragmática da comunicação humana: um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação.** São Paulo: Cultrix, 2007, p. 47.

alguns animais escolhem meios e antecipam fins de suas condutas.

Na realidade, as atuações de animais não são reconhecidas como ações sob o ponto de vista jurídico-penal por que não são dotadas de uma expressão de sentido de ataque a bens jurídicos.⁴¹

Logo, a dogmática constituída a partir da ação significativa parte do pressuposto de analisar-se os elementos da teoria do delito, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, não mais a partir de uma concepção individual, mas sim a partir do sentido social de referidos elementos.

O tipo penal, sob o ponto de vista lingüístico, e não mais ôntico, passa a ser entendido como a concretização da comunicação do valor, expresso na norma penal, com o grupo social que busca o sentido da proibição expressa no tipo. Destarte, os elementos objetivo, subjetivos e normativos apenas podem ser analisados a partir do sentido que é atribuído pelo grupo social, que é realizado através da língua.

No Brasil, a concepção pragmática da dogmática penal está longe de ser uma realidade. Isto porque não houve sequer uma implementação do positivismo jurídico (leia-se teorias causalista e finalista da ação), pois os julgados revelam a utilização de elementos estranhos à teoria do delito clássica. Segundo Pugliesi,

A expectativa de formação de profissionais capazes de trabalhar a partir de posturas teóricas, da capacidade de abstração filosófica e de compreensão científica, da reflexão política incessante para cobrar significado coletivo em sua atuação em casos isolados, e, ainda, fundamentação sócio-filosófica capaz de facultar adequada compreensão dos textos legais e aplicá-los adequadamente diante da

⁴¹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 224.

dinâmica social – permanece distante das possibilidades do corpo docente que, por sua vez, também precisa ser formado.⁴²

4. Análise pontual de alguns institutos do direito penal e sua aplicação nos tribunais superiores

O juracionalismo europeu do século XIX e XX refletiu no Brasil num positivismo jurídico que nunca se completou, pois a aplicação da dogmática penal pelos tribunais brasileiros é arraigada por matrizes de um positivismo criminológico, por vezes biologicista, e posturas retóricas a fim de fundamentar o exercício do poder. Segundo Pugliesi,

O bacharelismo apegou-se (e ainda se apegava como epifenômeno do neoliberalismo) aos resultados garantidos, às fórmulas consagradas, à manutenção irracional de estruturas de poder e aos valores conservadores, embora irrefletidos, legitimados por uma idealização permanente do funcionamento do mundo, como consequência do liberalismo ensinado nas escolas de Direito, em que o ideário burguês individualista fundado na propriedade, na segurança nos direitos individuais e na trilogia da revolução francesa (igualdade, liberdade e fraternidade) descurava e descuia do valor maior da solidariedade⁴³

A formação legalista e superficial dos operadores do direito⁴⁴ reproduz-se em julgados desconexos que não se filiam a qualquer corrente

⁴² PUGLIESI, Márcio. O sistema de ensino e o juspositivismo – breve excuro histórico. *In*: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Org.). **Argumentação e Estado Constitucional**. São Paulo: Ícone, 2012, p. 338

⁴³ PUGLIESI, Márcio. O sistema de ensino e o juspositivismo – breve excuro histórico. *In*: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Org.). **Argumentação e Estado Constitucional**. São Paulo: Ícone, 2012, p. 337

⁴⁴ O termo “operadores do direito” aqui é utilizado para fazer referência a formação de autômatos e não de juristas. “Ora, as perspectivas de mudança social e transformação da sociedade, defluem das novas exigências de nossos tempos, requerem funcionários capazes de servir a esses anseios e como os quadros se compõem, na administração da justiça, inteiramente de bacharéis em Direito, a revisão desse arcaico modelo de ensino de claro viés liberal/positivista, esse paradigma jurídico-dogmático dominante nas escolas de Direito que escamoteia a circulação de várias formas de poder, de Direito e de conhecimentos que ultrapassam seus credos e postulados; produzindo, desse modo, uma sensação de exterioridade do Direito frente aos requisitos da sociedade a que se aplica, poderá conduzir a uma revisão das estratégias argumentativas e deslocar o foco das justificativas das respostas “certas” pretendidas por muitas escolas de retórica e argumentação, para um entendimento mais profundo do que subjaz nos bastidores da construção da (des)igualdade e da diferença.” (PUGLIESI, Márcio. O sistema de ensino e o juspositivismo – breve excuro histórico. *In*:

dogmática, mas se revelam válidos através de construções retóricas que na junção de um pouco de cada teoria (e de nenhuma) forma a jurisprudência do nosso país.

Passemos a analisar o Princípio da Insignificância, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *vide*:

PENAL. HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME DE FURTO SIMPLES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUCTA DO AGENTE. RECONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA. I – **A aplicação do princípio da insignificância de modo a tornar a ação atípica exige a satisfação, de forma concomitante, de certos requisitos, quais sejam, conduta minimamente ofensiva, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica inexpressiva.** II – In casu, tenho por preenchidos os requisitos necessários ao reconhecimento do crime de bagatela. Isso porque, além da inexpressividade econômica do objeto subtraído (R\$ 200,00), deve-se destacar que o bem foi restituído à vítima, de modo que da conduta do agente não adveio nenhum prejuízo relevante à vítima ou à sociedade. III – Todos os registros criminais existentes em nome do paciente, além de serem apenas inquéritos policiais, sem notícia nos autos de recebimento de denúncia pelo Poder Judiciário, referem-se a fatos delituosos praticados posteriormente à infração penal objeto deste habeas corpus, não podendo, assim, ser utilizados retroativamente como elementos desabonadores da sua conduta. IV –

Ordem concedida para reconhecer a atipicidade da conduta e trancar a ação penal.⁴⁵

Como se sabe, o Princípio da Insignificância é uma causa excludente de tipicidade. Isto porque o agente apesar de violar o comando da norma (tipicidade formal) não viola o bem jurídico protegido (tipicidade material). Tendo em vista que a norma é uma unidade dialética entre preceito e conteúdo, ao incidir no Princípio da Insignificância o agente viola apenas parte de norma (preceito), mas não a sua integridade (preceito e conteúdo).

No aresto acima, são consagrados como requisitos do Princípio da Insignificância os seguintes: i) conduta minimamente ofensiva, ii) ausência de periculosidade social da ação, iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e iv) lesão jurídica inexpressiva.

De todos os requisitos, dois não respeitam a dogmática penal, quais sejam, ausência de periculosidade social da ação e reduzido grau de reprovabilidade social da ação.

Isto porque, a periculosidade social é um elemento de um direito penal do autor, e não de um direito penal do fato, de matrizes democráticas. A periculosidade, elemento característico do positivismo criminológico é inseguro e não se adequa à teoria da ação, pois não versa sobre a ação, mas sim sobre o autor da ação. Destarte, como sustentar referido argumento?

Melhor sorte não tem o elemento “reduzido grau de reprovabilidade do comportamento”. Ora, primeiramente, cumpre destacar que a reprovabilidade da ação social se manifesta a partir da elevação do patrimônio

⁴⁵ STF, HC n. 111487/MG, Segunda Turma, Rel Min. Ricardo Lewandowski, DJe 19.10.2012, negritamos.

à categoria de bem jurídico, logo protegido pelo artigo 155, do Código Penal, que trata do crime de furto.

Quando se incide no Princípio da Insignificância, tem-se que não há a violação ao bem jurídico, logo como se configura uma conduta reprovável, não reprovável? Semanticamente não se tem lógica para referida oração. Ainda, a reprovação é um critério de análise da culpabilidade, e não da tipicidade, pois se tem uma análise da reprovação pessoal e não social. A culpabilidade, como se sabe, é um juízo de reprovação pessoal feito a um autor de um fato típico e antijurídico, porque podendo se comportar conforme o direito optou, livremente, por se comportar contrário ao direito.

O tratamento do Princípio da Insignificância revela-se ainda mais desconexo quando analisado a partir do instituto da reincidência. Observe o acórdão abaixo:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA DOS PACIENTES. 1. Para a incidência do princípio da insignificância, devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato, tais como, a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada. 2. **Nas circunstâncias do caso, não se pode aplicar o princípio em razão da reincidência dos Pacientes.** 3. O valor do bem furtado (R\$ 350,00, trezentos e cinquenta reais) corresponde a mais de 50% do valor do salário mínimo nacional, à época do crime (R\$ 465,00, quatrocentos e sessenta e cinco reais, Lei n. 11.944/ 2009). 4. Ordem denegada.⁴⁶

⁴⁶ STF, HC n. 113196/RS, Primeira Turma, Min. Rel. Carmén Lúcia, Dje. 28.09.2012, negritamos.

A reincidência, em matéria penal, é a realização de um novo crime, após o trânsito em julgado de sentença condenatória por crime anterior, cuja previsão legal se encontra no artigo 63, do Código Penal brasileiro.⁴⁷

A indagação que se faz é como se pode ter reincidência de uma conduta atípica? Isto porque se o Princípio da Insignificância afasta a tipicidade da conduta, e se o crime é toda conduta típica, antijurídica e culpável, tem-se que é impossível se configurar a reincidência de condutas atípicas. Assim, se o positivismo jurídico busca a efetivação da estabilidade, através da segurança jurídica, no Brasil, mistura-se elementos de um positivismo jurídico, com um positivismo criminológico, formando-se, decerto, um “positivismo tupiniquim.”

No Recurso Especial nº 757782, todavia, foi apreciada a tese do erro de tipo, apesar de não ter sido acolhida pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. O acórdão encontra-se, assim, ementado:

CRIMINAL. RESP. PECULATO. ABSOLVIÇÃO EM 2º GRAU. ERRO DE TIPO. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS ELEMENTOS SOBRE OS QUAIS RECAIU O ENGANO OU DESCONHECIMENTO. RECURSO PROVIDO. I. Hipótese em que o recorrido foi condenado por peculato. II. Se não houve explicitação sobre o elemento do tipo penal sobre o qual recai o engano ou desconhecimento, limitando-se o acórdão à afirmativa de falta de intenção voltada à conduta referida na inicial, há expressa violação aos arts. 312 e 20 do Código Penal. III. Deve ser cassado o acórdão recorrido e restabelecida a sentença de primeiro grau. IV. Recurso provido.⁴⁸

Com o intuito de melhor apreciar o conteúdo do acórdão supracitado, transcrever-se-á o voto do Ministro Relator Gilson Dipp, que foi acolhido à unanimidade:

⁴⁷ “Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.”

⁴⁸ STJ, Resp. nº 757782, 5ª Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 17.08.2006.

RELATÓRIO EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator): Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, com fulcro na alínea "a" do permissivo constitucional, em face de acórdão proferido pela Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, que deu provimento ao recurso de apelação da defesa, nos termos da seguinte ementa: *"Peculato. Continuidade delitiva. Ocorrência. Denúncia que atende aos requisitos legais. Presidente da Câmara de Vereadores. Competência do Juízo de primeiro grau. Desvio de verba para abastecimento de veículos particulares. Não confirmado o fato típico. Absolução."* (fl. 713). JOSÉ REGINALDO DE OLIVEIRA foi condenado à pena de 2 anos de reclusão, e 10 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 312 do Código Penal. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos. Em sede de apelação, a defesa alegou preliminares de inépcia da denúncia e incompetência do Juízo e, no mérito, pugnou por sua absolvição. O Tribunal de Justiça rejeitou as preliminares e deu provimento ao apelo para absolver o réu das imputações. No recurso especial, aponta o recorrente negativa de vigência aos arts. 20 e 312 do Código Penal, pugnando pelo restabelecimento da sentença condenatória. Foram apresentadas contra-razões (fls. 746/748). Admitido o recurso (fls. 753/754), a Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo seu provimento (fls. 758/764). Peticionando via e-mail, a Procuradora de Justiça Lúcia Neves de Oliveira afirma não ter sido possível compreender a fundamentação do acórdão recorrido e pede o provimento do recurso especial, ressaltando que *"o grito veemente do voto vencido é a voz da sociedade carioca ansiando pela moralidade administrativa dos representantes que elege."* É o relatório. **VOTO EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):** Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, com fulcro na alínea "a" do permissivo constitucional, em face de acórdão proferido pela Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, que deu provimento ao recurso de apelação da defesa para absolver o réu das imputações. Em razões, aponta o recorrente negativa de vigência aos arts. 20 e 312 do Código Penal, argumentando no sentido da ausência de demonstração da tese defensiva de que o desvio da res pública se deu em favor da população local, descaracterizando a tese de atipicidade da conduta. Alegou que a ausência de dolo na conduta também não restou demonstrada nos autos, assim como a ocorrência do erro de tipo. O recurso é tempestivo. Os autos deram entrada na Procuradoria de Justiça no dia 15/10/2004 (fl. 717), e a petição de interposição do recurso especial foi protocolada em 20/10/2004 (fl. 718). A matéria foi devidamente prequestionada. Satisfeitos os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso especial, merecendo prosperar a irresignação. O Juízo sentenciante, com base no acervo probatório dos autos - documentos e prova oral - julgou procedente a ação penal, sob os seguintes fundamentos: *"A existência do crime e a autoria foram comprovadas ao final da instrução criminal pelos documentos trazidos aos autos e pela prova oral produzida sob o crivo do contraditório. Com efeito, ao ser ouvido em juízo, o acusado JOSÉ REGINALDO afirmou que os carros eram abastecidos para prestação de serviços à comunidade e à Câmara Municipal, descrevendo a forma pela qual eram autorizados os abastecimentos dos veículos. A acusada RAQUEL, da mesma forma, alega que os veículos eram abastecidos para utilização dos Vereadores, funcionários da Câmara e assessores. Por fim, descreve a forma pela qual eram autorizados os abastecimentos. Vê-se, portanto, que os réus não negam que concederam autorização para abastecimento dos veículos descritos na inicial, sendo certo que tal fato é confirmado pela testemunha*

EXPEDITO BARBOSA GUEDES (fls. 181/183), gerente do posto de gasolina onde eram abastecidos e JOÃO BIGOSSO FILHO (fls. 284/286), o qual exercia igual função e precedeu Expedito na gerência do posto de gasolina. As testemunhas arroladas pela defesa, ZENILSON NICOLAU DA SILVA, ANGELO JULIO CHAMBARELLI DE NOVAES, ADILSON FARIAS DA SILVA, ANNIBAL TEIXEIRA DE NOVAES e OSVALDO NOVAES GUIMARÃES afirmam que já abasteceram seus veículos no posto de gasolina às expensas da Câmara Municipal para realização de serviços ligados às atividades próprias do legislativo deste Município. Já MARLO STEVES R. DA COSTA SILVA afirma que somente utilizou o veículo oficial, não tendo conhecimento sobre a utilização de veículos particulares. Assim, evidente a utilização do dinheiro público para abastecimento de veículos particulares. A defesa prende-se à alegação de que tal procedimento somente era adotado quando os veículos prestavam serviços à Câmara Municipal, inexistindo o proveito próprio exigido pelo tipo. Justifica a defesa da acusada RAQUEL a adoção do procedimento baseada na existência de apenas um veículo oficial e na praxe exercitada por outros Presidentes da Câmara. Não merecem prosperar as teses defensivas. Pela leitura dos documentos apensados aos autos, verifica-se que, durante o período de pouco mais de um ano, os acusados autorizaram o abastecimento de diversos veículos particulares. Realizando-se rápida estatística, constata-se que cerca de vinte e quatro veículos particulares, entre eles dois da acusada Raquel foram abastecidos às custas de dinheiro público, sendo que alguns deles por diversas vezes. O denominado apenso 03, às fls. 32, chega a registrar autorização dada pela acusada RAQUEL para lavagem e troca de óleo, além do abastecimento do veículo Kombi, placa KMJ 5327, tendo tal veículo sido abastecido outras seis vezes naquele posto de gasolina. Percebe-se que nenhum dos abastecimentos autorizados é justificado por qualquer meio documental pelos acusados, limitando-se à genérica expressão utilizada pelos acusados e pelas testemunhas: prestação de serviços à Câmara Municipal. É evidente que todo aquele que administra dinheiro alheio tem a obrigação de prestar contas. No caso do administrador público, além da necessária prestação de contas, impõe-se a motivação do ato que gerou a despesa, assim como sua comprovação, a fim de permitir a avaliação acerca da destinação pública da despesa gerada. A falta de qualquer documentação nesse sentido, além dos vagos depoimentos testemunhais, somente contribuem para a formação do convencimento acerca da utilização do dinheiro público para abastecimento dos veículos particulares. Ressalte-se que não se encontra sequer a simples descrição dos serviços supostamente praticados por tais particulares em favor da Câmara Municipal. O artigo 312 do Código Penal prevê modalidades de peculato. No presente caso, imputado na inicial e comprovado após a instrução criminal que os acusados desviaram em proveito da ré Raquel e de outras pessoas as importâncias consignadas nas respectivas notas, através de autorização para abastecimento de posto de gasolina mencionado na inicial e posterior pagamento pelo acusado JOSÉ REGINALDO no exercício da Presidência da Câmara de Vereadores. Ficou comprovado que JOSÉ REGINALDO acertou com o gerente do posto de gasolina JOÃO BIGOSSO FILHO o abastecimento dos veículos da Câmara, combinando posteriormente com a acusada RAQUEL a forma pela qual seriam concedidas as autorizações realizando o pagamento das despesas. A acusada RAQUEL efetivamente autorizou o abastecimento de cerca de vinte e cinco veículos particulares distintos em diversas ocasiões, sendo que em algumas delas era a própria beneficiária da vantagem obtida.... Irrelevante a alegação do acusado JOSÉ REGINALDO de que não obteve qualquer proveito com o

desvio, eis que este pode ser obtido tanto á título material como moral, sendo inegável o proveito político obtido pelo acusado entre os beneficiados pela prática empregada. Assim, fartamente comprovadas a existência do crime e a autoria." (fls. 637/639). O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria, afastou o édito condenatório, em sucinta decisão, deste teor: "No mérito, voto no sentido de dar provimento aos recursos dos apelantes, no sentido de absolvê-los, uma vez que suas condutas não têm tipicidade; por conseguinte, ocorreu excludente de fato típico (atipicidade) por inexistência de tipicidade (erro de tipo), uma vez que os apelantes não tiveram a intenção voltada à conduta referida na inicial. Daí há que se consagrar a absolvição das normas." (fl. 714). Vislumbra-se que o Tribunal a quo absolveu o réu da imputação de peculato, entendendo pela ocorrência de erro de tipo, sem explicitar sobre qual elemento do tipo legal recaiu o engano ou desconhecimento. O erro de tipo, com efeito, é descrito no art. 20 do Código Penal: "Art. 20. O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei. Há erro de tipo quando o agente desconhece ou se engana a respeito de um dos elementos do tipo penal, o que exclui o dolo de sua conduta, consubstanciada na consciência e na vontade de realizar o tipo objetivo. No presente caso, repita-se, o Tribunal de Justiça não indicou sobre qual elemento da definição legal do crime recaiu o erro, limitando-se a afirmar que o réu não teve a intenção voltada à conduta referida na inicial, em expressa negativa de vigência ao art. 312 e contrariando o art. 20 do Código Penal. No parecer ministerial, o Subprocurador-Geral da República teceu as seguintes considerações: "Assim, considerando que a conduta típica restou caracterizada e confessada pelos próprios co-réus, que, aproveitando-se da sua condição de funcionários públicos, autorizaram o abastecimento dos seus próprios veículos e de terceiros, no Auto Posto Copa Brasil Ltda., mediante o pagamento com verba da Câmara Municipal de Nilópolis/RJ, não há falar em atipicidade. Cediço que o abastecimento de carro particular com verba pública é, sim, caracterizador do delito de peculato, não restando comprovado, in casu, que os referidos automóveis se destinassem, exclusivamente, ao uso da Administração Pública, a afastar a alegativa de erro de tipo, até mesmo, por incumbir aos funcionários públicos acusados o dever de zelo pela probidade administrativa. Desse modo, tendo o Tribunal Estadual absolvido os co-réus em razão do reconhecimento da atipicidade de suas condutas, sob o fundamento de terem incorrido em erro de tipo, terminou por violar os arts. 20 e 312, do Código Penal." (fl. 763). No voto revisor vencido, o Desembargador Roberto Cortês, com efeito, entendeu que a tese de atipicidade da conduta divorcia-se da verdade dos autos, e conclui: "O fato é que o erário foi lesado e ponto final. A motivação que ensejou a subtração dos recursos de combustível é irrelevante. Se destinava-se à população local ou não. O certo é que, se o Sr. Vereador desejava atender aos reclamos da sociedade pobre local a assim fazer caridade, que o fizesse com recursos próprios, jamais, porém, utilizar-se do que é religiosamente Público para satisfazer interesses privados seus ou de outrem." (fl. 716). Deve ser cassado o acórdão a quo e restabelecida a sentença condenatória. Ante o exposto, dou provimento ao recurso, nos termos da fundamentação acima. É como voto.

Para a análise do instituto do erro no voto *retro* transcrito, é necessário retirar-se os argumentos apelativos que em nada dizem respeito à

dogmática penal, como, por exemplo, a parte final do voto do Ministro Gilson Dipp onde se verifica um argumento “moralizante” do Desembargador Roberto Cortês, desprezando a análise dos argumentos jurídicos, ao afirmar que “*o fato é que o erário foi lesado e ponto final. A motivação que ensejou a subtração dos recursos de combustível é irrelevante*”.

Ora, como analisar o erro de tipo, sem analisar a motivação da conduta, ou seja, o dolo do agente? De fato, este é um bom acórdão para se demonstrar a falta de compromisso de alguns operadores do direito com a dogmática penal.

A tese levantada pela defesa e rechaçada pelo Superior Tribunal de Justiça é a do erro de tipo. Entretanto, com base nos argumentos expostos pelos recorridos, consignados no voto do Ministro, há de se verificar a não ocorrência de erro de tipo, mas sim atipicidade da conduta por ausência de elemento subjetivo especial do tipo.

Não há erro de tipo, pois não houve uma falsa compreensão ou ausência de conhecimento dos elementos descritos no tipo, quer fáticos ou normativos. O que existiu foi a ausência do elemento subjetivo especial do tipo, por parte dos recorridos.

Para que se perfaça o crime de peculato, é necessário o especial fim de destinar a verba pública em proveito próprio ou alheio⁴⁹ que, *in casu*, conforme mencionado pelos acusados e testemunhas, não ocorreu, pois foi prestado benefício à prefeitura.

⁴⁹ Bitencourt afirma que para a configuração do crime de peculato “é indispensável a presença do *elemento subjetivo especial* do tipo, representado pelo *especial fim de agir* (em proveito próprio ou alheio), presente em todas as modalidades. (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 376).

Nesse caso, o tipo não restou perfeito, por ausência do elemento subjetivo especial do tipo.

Uma coisa é certa: os recorridos não erraram quanto a sua conduta, faltando-lhes apenas o especial fim de agir, que, ademais, tinham plena consciência de sua previsão, tanto que argumentaram no sentido da utilização dos recursos para o abastecimento dos veículos, com o fito de prestar serviços à prefeitura, demonstrando a falta de intenção de desviar em benefício próprio ou alheio verba pública.

Ocorre erro de tipo quando o agente desconhece ou tem uma falsa compreensão sobre os elementos descritos no tipo (fáticos ou normativos). *In casu*, equivocou-se o acórdão do Tribunal de Justiça ao afirmar que houve erro de tipo e também o Superior Tribunal de Justiça, ao rechaçar a tese de erro de tipo afirmando que seria necessário a defesa alegar sobre qual elemento do tipo recaiu o erro.

O que se verifica, no caso em apreço, enfatize-se é a ausência de elemento subjetivo especial do tipo por parte dos acusados, fazendo com que se decorra a inarredável atipicidade da conduta, visto que o momento subjetivo da ação não se restou perfeito.

Para não nos alongarmos, a partir dos institutos do erro de tipo e princípio da insignificância, pôde-se demonstrar que tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto o Superior Tribunal de Justiça, não se filiam, pelo menos nestes dois institutos, a uma análise jurídico-dogmática.

Decerto, a nossa formação jurídica, como revela Márcio Pugliesi, está fadada a essas incorreções, que são decorrentes do ensino jurídico no Brasil. Revela referido autor que:

Como inculcadoras dos postulados da dogmática jurídica, as faculdades mantêm-se alheias às candentes questões sociais, produzem identidades desvinculadas, que se permita, da carne e do sangue sociais, “formando” profissionais alienados de si e do mundo, mas a cavaleiro do poder da jurisadministração, modificando por meio das sentenças que, ao fim, são prolatadas, o estado de coisas da sociedade, mas sem o alcance dos reflexos destas.

Esse ensino dogmático, estribado apenas na leitura de Códigos e do entendimento chão dos textos legais, produziu a sociedade em que vivemos.⁵⁰

CONCLUSÃO

Desde o código penal de 1940 verifica-se na legislação brasileira uma tentativa de se analisar dogmaticamente o direito penal. Em 1940, o legislador pátrio adotou o pressuposto epistemológico causalista da ação. Na reforma de 1984, que alterou a parte geral do Código Penal, com a edição da Lei n. 7.209/84, adotou-se no Brasil a teoria finalista da ação.

A partir de estudos recentes, entretanto, no Brasil, já se verifica a construção de uma dogmática penal a partir da teoria da linguagem. No presente estudo, foi analisada a teoria da pragmática universal, que visa atribuir um conceito social à dogmática penal, de bases democráticas, a partir da obra de Jürgen Habermas.

Ocorre que os Tribunais Superiores do nosso país sequer vem tratando de forma dogmática alguns institutos de direito penal. No presente

⁵⁰ PUGLIESI, Márcio. O sistema de ensino e o juspositivismo – breve excuro histórico. *In*: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Org.). **Argumentação e Estado Constitucional**. São Paulo: Ícone, 2012, p. 353

artigo, analisou-se o tratamento do Princípio da Insignificância e do Erro de Tipo.

Decerto, o descompasso entre a teoria e a prática do direito penal no Brasil é resultado da formação de nossos juristas (ou como se denominou no presente trabalho, dos operadores do direito).

A dimensão social do problema não é apreciada e prevalecem decisões retóricas, por vezes entimemáticas, que revelam um direito penal do autor, em decisões verdadeiramente inconstitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARMENGAUD, Françoise. **A Pragmática**. São Paulo: Parábola, 2006.

ASÚA, Luis Jiménez. **La ley e el delito**: curso de dogmática penal. Caracas: Adreas Bello, 1945.

BELING, Ernest von. **Esquema de derecho penal**: la doctrina del delito-tipo. Buenos Aires: Depalma, 1944.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

_____. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CÓRDOBA RODA, Juan. **Una nueva concepción de delito**: a doctrina finalística. Barcelona: Ariel, 1963.

¹ DOHNA, Alexander Graf zu. **La estructura de la teoría del delito**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica: Ensaio de Pragmática da Comunicação Normativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2004.

FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**. Montevideo-Buenos Aires, 2003.

GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2002.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é Democracia?** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro: Estudos de Teoria Política**. São Paulo: Loyola, 2004.

JESCHECK, Hans-Heinrich, WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Granada: Comares, 2002.

PUGLIESI, Márcio. A questão da justiça como fundamento da argumentação. *In*: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Org.). **Argumentação e Estado Constitucional**. São Paulo: Ícone, 2012.

_____. O sistema de ensino e o juspositivismo – breve excuro histórico. *In*: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Org.). **Argumentação e Estado Constitucional**. São Paulo: Ícone, 2012.

_____. **Teoria do direito**. São Paulo: Saraiva, 2009

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Curitiba: Fórum, 2004.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

WATZLAWICK, Paulo; BEAVIN, Janet Helmick; JACKSON, Don d. **Pragmática da comunicação humana: um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação**. São Paulo: Cultrix, 2007.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.