

TIPICIDADE PENAL FINALISTA E TIPO DE AÇÃO SIGNIFICATIVO

FINALIST ATTRIBUTION AND MEANINGFULL ATTRIBUTION

Paulo César Busato¹

Rodrigo Cavagnari²

RESUMO

O artigo aborda o desenvolvimento da tipicidade penal até chegar ao modelo proposto pelo finalismo. Em seguida, apresenta-se o profícuo desenvolvimento do método entimemático, por Cláudio Brandão, o qual revela um valioso instrumento de correção hermenêutica da tipicidade penal em uma perspectiva finalista. Na sequência, aborda-se a tipicidade penal à luz do ponto de vista defendido pelos autores: uma visão significativa do tipo de ação. Nesse ponto, procura-se demonstrar como a pretensão de relevância, criada por Vives Antón, pode contribuir para o desenvolvimento da compreensão da tipicidade penal. Explica-se, nesse ponto, tanto os fundamentos da concepção significativa quanto a dupla perspectiva que compõe o tipo de ação: a pretensão conceitual de relevância e a pretensão de ofensividade. Conclui-se com a demonstração de como as duas distintas perspectivas são hábeis a aperfeiçoar o sistema de imputação: o ponto de conexão está na tentativa de preencher a tipicidade de um conteúdo material legítimo.

Palavras-chave: Tipicidade Penal. Teoria Finalista. Método Entimemático. Tipo de Ação. Concepção Significativa da Ação. Pretensão de Relevância. Pretensão de Ofensividade.

¹ Professor da UFPR e da FAE Centro Universitário. Doutor em Direito penal pela Universidad Pablo de Olavide, Sevilha, Espanha. Pós-doutor pela Universidad de Valencia, Espanha. Membro do Ministério Público do Estado do Paraná. *E-mail*: pbusato2013@gmail.com

² Especialista em Direito penal. Pesquisador do Grupo de Pesquisas Modernas Tendências do Sistema Criminal. Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado do Paraná. *E-mail*: cavagnarirodrigo@gmail.com

ABSTRACT

The article presents the development of the criminal offense until the model proposed by final theory. Then, the text discusses the thriving development of the enthymematic method, by Cláudio Brandão, which reveals a valuable hermeneutical correction tool of the criminal offense definition in a finalist perspective. Next, the article approaches criminal offense definition from the point of view defended by the authors: the meaningful conception. After that, the text points out how the relevance pretension, created by Vives Antón, contributes to the development of criminal offense understanding. It explains, at this point, the foundations of the meaningful conception and the double perspective that makes up the meaningful criminal offense perspective: The conceptual relevance pretension and the offensiveness pretension. Finally, the article demonstrates how two distinct perspectives can achieve an important improvement of the attribution system: the connection point is the attempt to fulfill the criminal offense definition with a legit material content.

Keywords: Criminal Offense. Final Theory. Enthymematic Method. The Meaningful Conception of Action. Relevance Pretension. Offensiveness Pretension.

INTRODUÇÃO

Ao lado de uma intensa atividade como professor, palestrante, examinador em bancas de pós-graduação, professor visitante em importantes instituições internacionais, arguto pesquisador e autor de inúmeros projetos de desenvolvimento científico perante as agências de fomento em pesquisa, nosso homenageado é, antes de tudo, um escritor de grande qualidade.

Mesmo ainda sendo um jovem, com uma imensa carreira jurídica pela frente, Cláudio Brandão já é amplamente reconhecido como um dos grandes prodígios do Direito penal brasileiro, tanto pela vastidão de sua produção científica quanto pela verticalidade desta, a ponto de dificultar sobremaneira a escolha de um ponto único de sua obra para a produção de um texto em sua homenagem.

Ao mesmo tempo, essa vastidão permitiu-nos valer da afeição e admiração pelo profundo estudo que Cláudio Brandão realizou sobre a tipicidade penal, certamente, um dos textos mais densos dessa matéria já publicados em língua portuguesa. Referimo-nos, obviamente, à obra *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*³.

Neste artigo, pretendemos demonstrar como o profundo conhecimento filosófico – traço marcante na pessoa de nosso homenageado – permite distender as fronteiras de desenvolvimento do sistema de imputação jurídico-penal.

Sem pejo em compartilharmos bases teóricas, é preciso afirmar que nossas divergências técnicas têm sido, ao longo dos anos, uma razão profunda de aprimoramento e de alegria de debates que nunca fizeram menos do que fazer crescer em nós, constantemente, a admiração, tanto pelo jurista, quanto pelo ser humano Cláudio Brandão.

Portanto, sem nenhum favor é que escolhemos, através de uma breve comparação, demonstrar neste estudo que a inquietude filosófica de Cláudio Brandão e seu afã de utilizá-la no aprimoramento do sistema de imputação encontra paradigma na figura ilustre de Tomás Vives Antón.

Para demonstrá-lo, far-se-á um breve introito acerca do desenvolvimento da categoria jurídico-penal da tipicidade até chegar ao modelo proposto pelo finalismo, modelo teórico defendido por nosso homenageado, mostrando especialmente de que modo os seus principais teóricos tentaram dotar a categoria da tipicidade de certo conteúdo material.

³ BRANDÃO, C. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012.

Em seguida, apresenta-se a base do posicionamento de Brandão e o profícuo desenvolvimento do *método entimemático*, o qual revela um valioso instrumento de correção hermenêutica na aplicação prática da tipicidade penal dentro de uma perspectiva finalista, apontando para as vantagens e o ganho de coerência interna oferecidos por sua perspectiva.

Em um terceiro momento, aborda-se a tipicidade penal à luz do ponto de vista defendido pelos autores: uma visão *significativa* do *tipo de ação*. Nesse ponto, procura-se demonstrar como a *pretensão de relevância* criada por Vives Antón⁴ pode contribuir para o desenvolvimento da tipicidade penal. Explica-se, aqui, tanto os *fundamentos da concepção significativa* quanto a dupla perspectiva que compõe o tipo de ação (primeira pretensão de validade da norma penal): a *pretensão conceitual de relevância* e a *pretensão de ofensividade*.

Conclui-se com a demonstração do traço de união das perspectivas que consiste precisamente na intensa ancoragem filosófica voltada à preocupação em dotar de um conteúdo material a tipicidade, logrando um importante aperfeiçoamento dos sistemas de imputação, traço este marcante nas contribuições advindas da pesquisa de Brandão, bem como as delineadas na obra de Vives Antón.

1 BREVE COMENTÁRIO SOBRE A ORIGEM E EVOLUÇÃO DA TIPLICIDADE

A doutrina jurídico-penal revela o aparecimento do tipo – como elemento da teoria do delito – a partir da publicação do texto *Die Lehre vom Verbrechen*, de autoria de Ernst von Beling, no ano de 1906.⁵ Nessa obra, Beling emprega a expressão *Tatbestand*, até então utilizada para designar a totalidade do delito, para referir somente aos elementos que compõem o enunciado legal daquele. O termo *Tatbestand* era empregado desde fins do século XVIII e princípio do século XIX na Alemanha para designar a totalidade do delito, como uma forma de traduzir a expressão latina *corpus delicti*.⁶ Beling promove

⁴ VIVES ANTÓN, T. S. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

⁵ BUSATO, P. C. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 287; MESTIERI, J. **Manual de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1. p. 118.

⁶ Nesse sentido: LUISI, L. **O tipo penal**: a teoria finalista e a nova legislação penal. Porto Alegre: Fabris, 1987. p. 13-14. O autor refere que o primeiro autor a utilizar a expressão nesse sentido foi Ernst Ferdinand Klein, em 1796, na obra “Grundsätze des gemeinen deutschen und preussischen peinlichen Rechts”, p. 69 e 54-55.

uma bipartição da parte objetiva do delito, mantendo um elemento meramente descritivo, composto pelo *Tatbestand*, isento de qualquer consideração valorativa, apenas descritivo, uma mera adequação ao catálogo delitivo.⁷ Ou seja, o delito continha duas dimensões, uma subjetiva, expressada pela culpabilidade, e outra objetiva: o injusto. Este último estaria dividido entre uma dimensão de conteúdo axiológico, representada pela antijuridicidade, e outra anódina, meramente descritiva, composta pelo tipo.

A função que cumpria o tipo, nessa primeira formulação, era meramente descritiva, servindo de mero indício de antijuridicidade e de culpabilidade.

Beling recebeu um grande número de críticas, as quais se voltavam, primordialmente, em duas direções: uma busca de demonstração de elementos axiológicos e a demonstração de elementos subjetivos no tipo.

No plano da afirmação de elementos subjetivos no tipo, destacam-se Hans Albrecht Fischer (*Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrecht*), Johannes Nagler (*Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit*), August Hegler (*Die Merkmale des Verbrechens*) e Max Ernst Mayer (*Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*).⁸

Esses entendimentos podem ser resumidos na opinião de Edmund Mezger,⁹ para quem o tipo não era meramente indiciário da antijuridicidade, mas sim sua *ratio essendi*, ou seja, seu fundamento. Mezger também fez crítica ferrenha à ideia de isolamento do tipo em face de elementos normativos, defendendo que existem elementos típicos que só podem ser determinados mediante uma especial valoração da situação de fato.¹⁰

Depois de tal avalanche de críticas, Beling retomou o tema da tipicidade em 1930, na obra *Die Lehre vom Tatbestand*,¹¹ onde propôs um aprofundamento do estudo do tipo, no sentido da diferenciação entre o *Tatbestand* (delito tipo) e o que ele denominou então

⁷ BELING, E. **Esquema de derecho penal**: la doctrina del delito-tipo. Trad. Sebastián Soler. Buenos Aires: El Foro, 2002, p. 73.

⁸ A informação detalhada aparece em MEZGER, E. **Tratado de derecho penal**. Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. Tomo I. p. 346-347; BUSTOS RAMÍREZ, J. **Manual de derecho penal español**: parte general. Barcelona: Ariel, 1984, p. 160-161; e, LIFSCHITZ, S. P. **Los elementos subjetivos del tipo legal**. Montevideo; Buenos Aires: B. de F., 2008. p. 103 ss.

⁹ Para Mezger, o “tipo é o próprio portador da desvalorização jurídico-penal que o injusto supõe”, e, portanto, “é fundamento real e de validade (ratio essendi) da antijuridicidade”. MEZGER, E. **Tratado de derecho penal...** Op. cit., p. 365 e p. 376.

¹⁰ Ibid., p. 388 ss. Também crítico sobre a postura de Beling a respeito do isolamento do tipo em face de elementos normativos e subjetivos, em língua latina, veja-se JIMÉNEZ DE ASÚA, L. **Tratado de derecho penal**. Tomo III. 3. ed. Buenos Aires: Losada, 1965. p. 756. Também resultam interessantes os comentários de LIFSCHITZ, S. P. **Los elementos subjetivos del tipo legal...** Op. cit., p. 23 ss.

¹¹ O qual conta com a excelente tradução para o espanhol realizada por Sebastián Soler, publicada como: BELING, E. von. **La doctrina del delito-tipo**. Trad. de Sebastián Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944.

de *Delistypus* (figura de delito ou tipo de delito). Segundo essa revisão da sua tese, Beling¹² afirmou que o *Delistypus* é um todo, composto pelos diversos elementos que compõem o acontecimento delitivo, cuja unidade representativa, que é apenas uma ideia, é o *Tatbestand*. Ou seja, o *Tatbestand* é apenas uma figura que dá sentido aos elementos do *Delistypus*. Com essa construção, Beling pretendeu lograr a separação entre os fatos concretos e a ideia reitora, que restava isolada do acontecimento típico. Essa separação permitia a Beling defender o ponto de vista de um *Tatbestand* anódino, isolado de elementos normativos e subjetivos.

Contudo, o contexto em que se apresentou esta revisão foi completamente desfavorável, já que emergia uma ampla gama de trabalhos que visavam justamente a transformação da estrutura do tipo para a incorporação de tais elementos, especialmente de Hellmuth von Weber e Alexander Graf Zu Dohna.¹³

Nesse contexto, a concreção e assunção dos elementos subjetivos e normativos do tipo encontraram sua versão mais acabada na perspectiva finalista da obra de Hans Welzel. Com profunda assunção de postulados neo-ontologicistas originados principalmente na fenomenologia e na psicologia,¹⁴ Welzel fazia a defesa da existência de condicionamentos ontológicos às valorações jurídicas.

2 TIPLICIDADE PENAL FINALISTA

A base da estrutura teórica do delito, como visava a regulamentação da identidade de quais as condutas humanas que deveriam ser merecedoras de imputação e, conseqüentemente, pena, estaria, pois, condicionada aos postulados gerais do conteúdo ontológico definido da própria ação.

Para Welzel e toda uma geração de finalistas que emergiu a partir de suas construções, o tipo penal é uma mera descrição da realidade ontológica da conduta

¹² Ibid., p. 276-277.

¹³ Confira-se em DOHNA, A. G. zu. **La estructura de la teoría del delito**. Trad. de Carlos Fontán Balestra e Eduardo Friker. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1958 e WEBER, H. von. **Lineamientos del Derecho penal alemán**. Trad. de Eugenio Raúl Zaffaroni. Buenos Aires: Ediar, 2008. Luiz Luisi (LUISI, Luiz. **O tipo penal...** Op. cit., p. 28, nota 29) noticia que “no mundo germânico, apenas o penalista austríaco Theodor Rittler se posicionou de acordo com a concepção objetiva de E. Beling”. O autor menciona ainda a simpatia de Jiménez de Asúa pelas construções de Beling.

¹⁴ O próprio Welzel menciona a importância das teorias de base que assumiu ao construir a teoria finalista da ação. Cf. WELZEL, H. **O novo sistema jurídico penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Trad. de Luis Régis Prado da versão espanhola de Cerezo Mir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 11-12.

humana. Assim, necessariamente deve incorporar o direcionamento da vontade como elemento constitutivo. É evidente que, se a ação não poderia mais ser vista como mera externalidade causal, o tipo, que é nada mais do que seu reflexo modelar, não poderia, da mesma forma, contentar-se em não incorporar os elementos identificadores da ação.

O tipo passa a ser apresentado definitivamente como um elemento de dupla dimensão: uma subjetiva e outra objetiva. Na vertente objetiva, Welzel¹⁵ localiza a medida da proibição, afastada do juízo de valor da antijuridicidade, expressando uma conduta ligada a um resultado através de uma relação de causalidade. A vertente subjetiva conterà a expressão volitiva da conduta, integrada pelos elementos dolo e culpa, retirados da culpabilidade.

No que tange ao tipo objetivo, Welzel¹⁶ afasta sua proposição dos modelos causais ao centrar foco no desvalor da conduta e não no resultado, sustentando que o que se proíbe tipicamente não é o mero resultado, mas sim as ações que, controladas teleologicamente, a ele conduzam. No homicídio, por exemplo, não se proíbe a morte, mas sim a conduta de matar.

Como se nota, no esquema de Welzel, o tipo objetivo, ao vincular-se unicamente à causalidade, somente será limitado pelo alcance do tipo subjetivo.

Percebendo tal problema, Welzel¹⁷ tentou oferecer alguma limitação ao tipo objetivo pelo desenvolvimento não de um elemento interno à sua teoria, mas sim, através de uma espécie de filtro categorial, um *topoi* axiológico representado pelo conceito de *adequação social*. Como acentua Silveira, a adequação social, para Welzel, seria um ordenador valorativo, compreendido como metanível de interpretação, já que as formas que dominam a vida social não seriam somente exercícios fáticos, e sim ordens com base histórica que se estabelecem e se desenvolvem no nexo de condições entre o desenvolvimento técnico e as valorações da sociedade¹⁸.

Conquanto essa perspectiva contrariasse a sua defesa acérrima das vinculações ontológicas de sua teoria e, por outro lado, abrisse passo ao que mais tarde veio a constituir a base crítica pela qual foi suplantado o próprio finalismo, é certo que a força com que

¹⁵ WELZEL, H. **Derecho penal alemán**. 4. ed. Trad. de Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1997. p. 75-77.

¹⁶ Ibid., p. 74-75.

¹⁷ Cf. Ibid., p. 66-69.

¹⁸ SILVEIRA, R. de M. J. **Fundamentos da adequação social em direito penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 125. É bem verdade que nas sucessivas edições do seu *Direito penal alemão*, Welzel procura dar um lugar sistemático para a adequação social entre a tipicidade e a antijuridicidade, concluindo, por fim, em favor da opção de deixá-lo à deriva.

o panorama ontologicista se impôs como padrão fechou o horizonte do finalismo às considerações axiológicas, impedindo, em um primeiro momento, o desenvolvimento de tais perspectivas.

O tipo seria, então, a representação legal absoluta do injusto. Uma conduta apenas será considerada criminosa na hipótese de se identificar absolutamente com um modelo de previsão inscrito no Código Penal ou em alguma lei ou disposição de caráter criminal¹⁹.

Para que algum fato ganhe relevância penal, por conseguinte, seria necessário que ele esteja subsumido em um tipo. Isso significa que o legislador torna pertinente ao Direito penal uma conduta quando a materializa em uma lei. Assim, sem a tipicidade, esvaziaria-se o conteúdo do direito penal²⁰.

Vários autores influenciados pelo finalismo manifestaram posições semelhantes. Por exemplo, segundo Maurach, a construção do tipo seria preocupação do legislador, cuja inserção sistemática se realiza na forma de lei. O tipo objetivo é essencialmente idêntico ao tipo legal. Noutras palavras, a parte objetiva da ação típica não é senão a soma das circunstâncias que pertencem ao tipo legal²¹. Para Gallas, o tipo constitui o elemento portador de conteúdo da qualidade *digno de castigo*, próprio da espécie respectiva de infração, residindo no conteúdo material da tipificação apenas sua importância sistemática. Para ele, a busca da função material do conceito de tipo dentro da teoria do delito somente pode estar constituída pela individualização que o tipo encerra em relação à infração ao incluir todos aqueles caracteres configuradores da correspondente espécie de delito. Essa individualização é necessária, diz ele, já que nem todo injusto culpável é delito, e sim somente o *digno de castigo*. E a seleção exigida como consequência da concorrência desta qualidade somente pode se realizar em virtude da fixação de tipos de conduta delitiva. Este último só é válido, no entender de Gallas, quando se perfaz no princípio *nullum crimen sine lege*, que exige uma tipificação por parte do legislador. Para ele, o tipo se refere à categoria formal da proibição, e somente poderia se diferenciar da antijuridicidade, a partir da circunstância de que se contempla na descrição objetiva da conduta proibida²².

Nota-se, portanto, que o tipo penal finalista, segundo a proposta dos autores clássicos, marcada pelo paradigma ontológico e impermeável a aspectos político-criminais, tornou-se

¹⁹ MESTIERI, J. **Manual...** Op. cit., p. 117.

²⁰ BRANDÃO, C. **Tipicidade...** Op. cit., p. 19.

²¹ MAURACH, R. **Derecho penal: parte general.** Trad. Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 354-355.

²² GALLAS, W. **La teoría del delito en su momento actual.** Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona: Bosch, 1959, p. 26, 27 e 35.

inconciliável com a evolução das ciências sociais, sendo superado, na década de 70, pelas teses funcionalistas, acentuadamente, pela obra *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*²³, de Roxin, a qual, com grande mérito, resgatou questões axiológicas para o âmbito do tipo penal.

3 MÉTODO ENTIMEMÁTICO

No início da obra *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*, demonstra Brandão que a atualidade do tema da tipicidade penal se revela na carência de técnica, tanto na elaboração quanto na aplicação das normas. Ilustra tal afirmação com o tipo penal previsto no art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 7492/86: “Se a gestão é temerária”, para concluir que o legislador, nesse exemplo, usou um verbo de ligação, demonstrando uma total ausência de técnica²⁴.

Ademais, ressalta Brandão, o método penal estabelece que se investigue a violação do bem jurídico, que é conteúdo da tipicidade, para que se justifique a violência da pena. Porém, quem aplica o direito penal, tende a não vislumbrar o conteúdo material do tipo penal, que é o bem jurídico, e, a mera aplicação da forma também põe em xeque a questão da tipicidade, em seu aspecto material²⁵.

O homenageado, então, diagnostica que, como produto da alienação técnica do político e aliada à alienação técnica-política do operador jurídico, a tipicidade não cumpre o seu papel na dogmática penal²⁶ e, se ela é o elemento inaugural da doutrina do crime, a própria teoria do crime está corrompida e a aplicação do direito penal está eivada de contradições²⁷.

Com esse diagnóstico, Brandão afirma que a tipicidade, além de compor a teoria do crime, funciona também como limite negativo e positivo de um entimema, que será a forma de apresentação concreta do tipo penal – ou para afastá-lo – em uma sentença²⁸.

²³ ROXIN, C. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

²⁴ BRANDÃO, C. **Tipicidade...** Op. cit., p. 20.

²⁵ Ibid., p. 21.

²⁶ ROXIN, C. **Strafrecht, Allgemeiner Teil. Band I**. 4. ed. München: Beck, 2006, p. 280, § 10, rn. 1. Para Roxin, o tipo deve cumprir três funções: uma função sistemática, uma função dogmática e uma função político-criminal. A função sistemática traduz o compêndio de elementos que permitem a identificação de qual tipo se trata. A função dogmática consiste na descrição dos elementos sobre os quais deve incidir o dolo. A função político-criminal, também denominada função de garantia, está associada ao princípio de legalidade, recortando o âmbito da incriminação somente para aquilo que define o tipo.

²⁷ BRANDÃO, C. **Tipicidade...** Op. cit., p. 24.

²⁸ Ibid., p. 30-31.

E traduz essa ideia na seguinte assertiva:

a tipicidade, enquanto elemento comum da teoria do crime, da teoria da pena e da teoria da lei penal, tem por escopo possibilitar ao direito penal justificar a violência da pena, mas também afastá-la em casos de falta de proporcionalidade entre a conduta criminosa e aquela violência, sendo sua aplicação realizada a partir de um entimema²⁹.

Dá a pergunta da pesquisa de Brandão ser a seguinte: “o entimema, como forma de manifestação do método de aplicação do tipo penal, possibilita a aplicação formal e substancial da tipicidade?”³⁰. Para respondê-la, Brandão elabora a pesquisa em três pontos: (i) delimitação dos conteúdos formal e material da tipicidade; (ii) inter-relação entre a tipicidade e os elementos que conformam a teoria do crime e a teoria da pena; e, (iii) os efeitos que a tipicidade opera no método de aplicação do direito penal, manifestando no entimema, que pode levar ao reconhecimento da pena como forma de violência³¹. Em face da limitação espacial deste artigo, abordaremos apenas o ponto da pesquisa em que Brandão utiliza ferramentas hermenêuticas para construir o método entimemático e apresentar uma marca de evolução da tipicidade penal finalista, quando comparada aos autores clássicos supracitados.

A grande contribuição de Brandão, para nós, está no estudo da hermenêutica aplicada ao Direito penal. Com base nas premissas descritas anteriormente, ele assinala que o silogismo é perfeitamente cabível para o raciocínio em face dos objetos das ciências naturais, mas ele não foi construído para as ciências culturais, pois neles a retórica é a protagonista³². Prossegue, dizendo que, em face da necessidade de argumentar, as ciências culturais, sobretudo o direito, não podem afastar a retórica do seu método, e, além disso, no âmbito da ciência jurídica a argumentação também é uma necessidade constitucional – já que toda decisão jurídica precisa ser motivada – e, por conseguinte, ao invés de ela ter o seu método esteado no silogismo, o tem embasado no que os gregos chamavam de *entimema*³³.

Segundo o homenageado, o entimema é definido por um silogismo retórico, porque nele uma das premissas está implícita. Assim, como uma das premissas não está posta, a conclusão não pode ser uma decorrência lógica de adequação das premissas. Então,

²⁹ Ibid., p. 31.

³⁰ Ibid., p. 32.

³¹ Ibid., p. 32.

³² Ibid., p. 198.

³³ Ibid., p. 199.

para fundamentá-la, exige-se a utilização da retórica³⁴. Não existe, aqui, uma ausência de premissas. Com efeito, a premissa existe, só que ela se encontra elíptica, por isso ela é construída retoricamente. Daí ser o entimema chamado de *silogismo retórico*. A retórica possibilita que o que não integra o conjunto (a premissa elíptica), por não estar indicado declarativamente no conjunto, possa integrá-la através da argumentação³⁵.

É, de acordo com Brandão, o potencial argumentativo do sujeito, em face da premissa que está elíptica, que determinará a aceitação ou não da conclusão. Nesse campo, é a argumentação que gera o convencimento e dá validade à referida conclusão do entimema. Assim, o entimema tem por escopo a persuasão. Em síntese, o entimema é uma explicação da filosofia para o raciocínio presente quando temos a conclusão contingente do silogismo, que é a que não decorre da mera adequação de premissas. Com efeito, quando temos a adequação de uma premissa menor a uma premissa maior, a conclusão é necessária, todavia quando a conclusão é contingente, busca-se persuadir através da utilização da retórica e da argumentação³⁶.

Com isso, Brandão defende que a função da tipicidade é dar um limite negativo ao entimema. Para ele, o juiz, embora possa escolher a premissa maior – que é um elemento selecionado pelo sujeito *cognoscendi* para justificar a sua argumentação, em face da conclusão que ele intuiu ao conhecer a premissa menor (o caso) – não pode condenar fora do que dispõe a lei, em face do princípio da legalidade. Assim, a liberdade de escolha da premissa maior, em sede de Direito penal, está limitada se a conclusão representar um prejuízo para o réu, e este limite é a tipicidade³⁷. Isso porque, é através da tipicidade que a conduta ganha relevância em face do método penal. Portanto, a conclusão que represente um prejuízo ao réu depende da sua conformação com a tipicidade, já que o que não for típico, por ser penalmente indiferente, não pode ser objeto de condenação.

Acentua Brandão, no ponto, que, caso o juiz escolha uma premissa maior diferente da lei como fundamento de uma conclusão que represente um prejuízo ao réu, a decisão estará eivada de inconstitucionalidade em face da violação do comando do princípio constitucional da legalidade penal³⁸. Logo, o silogismo retórico no âmbito penal não pode ser tratado nos mesmos moldes dos demais ramos do direito, pois a liberdade de escolha da

³⁴ Ibid., p. 199-200.

³⁵ Ibid., p. 201-202.

³⁶ Ibid., p. 202.

³⁷ Ibid., p. 203 e 207.

³⁸ Ibid., p. 207-208.

premissa maior encontra uma barreira na tipicidade, quando a conclusão for de qualquer forma desfavorável ao agente³⁹.

Porém, adverte Brandão que se a tipicidade funciona como um limite negativo ao silogismo retórico, esta tem outro viés quando a conclusão for favorável ao agente, isto é, a tipicidade não é óbice à aplicação supralegal do direito penal em benefício do agente. Ele elenca dois fundamentos que embasam essa possibilidade metodológica: a teleologia do princípio da legalidade e o conteúdo material do tipo, isto é, o bem jurídico⁴⁰.

Pelo princípio da legalidade, fora do âmbito do que está proibido em face de uma lei penal, não cabe em nenhum caso a violência da pena, e, assim, só se pode aplicar essa dita violência dentro dos limites da tipicidade. A tipicidade, portanto, evita que algumas ações que possam ser consideradas como reprováveis tenham como consequência uma pena⁴¹.

De outra parte, será teleologicamente conforme a tipicidade e a legalidade, a argumentação racional e proporcional que aumente o âmbito de liberdade, ainda que não esteja esta argumentação baseada na lei. Em outras palavras, não são contrárias à tipicidade as causas supraleais, que, em sede de Direito penal, aumentem o âmbito de liberdade do sujeito⁴².

Segundo Brandão, as causas supraleais têm um fundamento que se baseia na proporcionalidade. Logo, a noção de bem jurídico está na sua essência. Como a pena é uma manifestação de violência e privação de direitos fundamentais, é necessário que a lesão ocasionada com a conduta criminosa seja proporcional a ela, senão a pena não encontrará uma justificação⁴³.

Para Brandão, essa lesão mencionada é a lesão do bem jurídico; assim, deve haver um liame de proporcionalidade entre a pena e a violação ou exposição a perigo de bens jurídicos para que a consequência penal se manifeste. Caso contrário, o direito prevê a incidência de causas supraleais, que excluirão o crime, embora sem previsão legal. Como visto anteriormente, diz Brandão, é o conceito de bem jurídico que fundamentará a aplicação supralegal do direito penal, porque ele traduz a ideia de valor tutelado pela norma em face do não reconhecimento da valoração negativa capaz de ser conhecida como proporcional à pena que em tese lhe será aplicável⁴⁴.

³⁹ Ibid., p. 211.

⁴⁰ Ibid., p. 211-212.

⁴¹ Ibid., p. 213.

⁴² Ibid., p. 215.

⁴³ Ibid., p. 215.

⁴⁴ Ibid., pp. 215-216.

Nessa toada, aduz Brandão que não há contradição na dupla face metodológica do Direito penal, porque a explicada razão de ser da tipicidade faz com que ela seja teleologicamente conforme as causas supraleais *in bonam partem*, que se prestam a aumentar o âmbito de liberdade⁴⁵.

Saliente-se, por fim, que Brandão defende a existência de um fundamento constitucional para a eleição do bem jurídico que significa a substância do tipo penal, pois, caso contrário, a lei penal violará os ditames da Constituição, mormente o princípio da proporcionalidade⁴⁶.

Verifica-se, desse modo, que Brandão, por intermédio do método entimemático, apresenta uma construção positiva para a afirmação das liberdades individuais, ao acrescentar à tipicidade uma dose de substância, sem comprometer as bases teóricas finalistas, algo que nem mesmo Welzel foi capaz de fazer.

4 TIPO DE AÇÃO SIGNIFICATIVO

Assim como Brandão, o professor Tomás Vives Antón também se preocupou em dotar o tipo de um conteúdo material legítimo. Propôs, para tanto, um lugar para o bem jurídico na própria estrutura do sistema de imputação, precisamente, dentro da esfera primária da pretensão de relevância.

Segundo propõe Vives, na obra *Fundamentos del sistema penal*, a primeira pretensão de validade da norma penal está intimamente ligada à configuração do *tipo de ação*⁴⁷. Trata-se de uma pretensão epistemológica: tem por objeto a afirmação de que a ação realizada é das que interessam ao Direito penal. Para que possa ser feita essa afirmação, é preciso que a ação investigada possa ser compreendida de acordo com um tipo de ação definido em lei. Mais: é preciso que a ação investigada lesione ou coloque em perigo bens jurídicos protegidos pela lei e pela Constituição⁴⁸. Com alicerce em tais fundamentos, a proposta de Vives sobre o tipo de ação visa superar as vicissitudes dos sistemas que o antecederam.

Rememora-se, da organização do sistema jurídico-penal em bases ontológicas, que a dogmática penal daquela época buscava determinar um conceito de ação extraído

⁴⁵ Ibid., p. 216.

⁴⁶ Ibid., p. 219.

⁴⁷ VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos...* Op. cit., p. 484.

⁴⁸ Ibid., p. 484.

do mundo do ser, com o objetivo de encaixá-lo como substrato ontológico às dimensões axiológicas do delito⁴⁹.

Entretanto, ante a falência do conceito ontológico de ação, os modelos dogmáticos seguintes passaram a iniciar sua organização a partir da categoria da tipicidade. Tentava-se, com isso, superar a insegurança do conceito de ação. Ocorre que, ao abrir mão da exigência da ação como um conceito básico do Direito penal, permitiu-se o desenvolvimento de tendências de normatização extrema. E essas tendências, ao desprezar completamente as condicionantes ontológicas, chegaram ao ponto de compor sistemas fechados à crítica e à sensibilização da evolução social, tal como se observa o modelo funcionalista sistêmico⁵⁰.

Da transição do modelo ancorado na ação para o modelo ancorado no tipo, nota-se que alguns finalistas procuravam solucionar o impasse na associação entre a categoria do tipo e a categoria da ação. Para Gallas, seria impossível a existência de um *conceito pré-jurídico de ação*. Propôs, então, em seu lugar, um conceito de ação especial já pertencente ao âmbito da norma jurídica. Com isso, Gallas pretendeu a adoção de uma categoria fundamental de *conduta típica*, onde a característica normativa do tipo fosse indissociável do conceito de conduta⁵¹.

O modelo significativo de Vives também propõe uma aproximação entre essas duas categorias. Entretanto, ela já não está ancorada em uma mera adição (ação + tipo), e sim em uma simbiose derivada do modelo de interpretação comunicativa, denominada *tipo de ação*. Ele representa, aqui, uma *pretensão de relevância* da aferição da ação ou omissão no caso concreto, cuja importância pertença ao âmbito de interesse do Direito penal. Ademais, não se trata da adição de uma categoria ôntica a outra de fonte normativa, mas sim da conjunção em uma expressão de sentido de fatores ontológicos e normativos⁵².

Uma vez descartada a ideia de situar a ação na base do sistema, o dado primário aparece representado por pertencer a um *tipo de ação*, que determina, por sua vez, a *aparência de ação*. Esta representa o ponto de partida da análise do operador do sistema penal. Isso porque, na maioria dos casos, é a *aparência de ação* que dita se estamos ou não ante uma determinada classe de crimes ou, ainda, se estamos ou não diante de uma ação ou omissão⁵³.

⁴⁹ BUSATO, P. C. **Direito penal...** Op. cit., p. 249.

⁵⁰ Ibid., p. 250.

⁵¹ Ibid., p. 250.

⁵² Ibid., p. 250.

⁵³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. A **“concepção significativa da ação” de T. S. Vives e sua correspondência sistemática com as concepções teleológico-funcionais do delito**. Trad. Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 31-32.

De modo ilustrativo, adverte Vives que na prática forense se analisa um caso concreto a partir da identificação do *tipo de ação*, e não da existência ou não de uma ação. Na leitura de um inquérito policial ou de um processo criminal, em uma primeira impressão, não se indaga se houve ou não ação ou omissão. A reação imediata do operador do sistema penal, nessa situação, é a de identificar o tipo penal que corresponde à suposta ação ou omissão⁵⁴. Vale dizer, nunca se inicia a análise de um processo indagando, por exemplo, se a ação foi praticada durante uma convulsão epiléptica, um momento de sonambulismo etc., para só depois cogitar do tipo; o que se faz, ao contrário é partir dos modelos típicos e tentar identificar nos dados circunstanciais colhidos o sentido do tipo a que se refere ou se o sentido não se refere a tipo algum⁵⁵.

Desse modo, a análise a ser feita é de se a conduta examinada pertence ou não ao grupo de ações que podem ser consideradas relevantes a efeito jurídico-penal. Sendo, portanto, a primeira categoria básica do sistema, o *tipo de ação* é chamado a cumprir o papel conceitual (metodológico) de delimitar o objeto ao qual deverão se referir as sucessivas sub-pretensões de validade da aplicação da norma ao caso concreto em obediência a uma pretensão geral de justiça⁵⁶.

E, para que a categoria básica possa desempenhar a missão de servir de delimitação inicial das demais pretensões de validade normativa, deverá se limitar a abarcar aqueles pressupostos da ação punível que cumprem uma função definidora da classe de ação de que se trate. Por conseguinte, entre os seus pressupostos, não poderá incluir necessariamente a intenção (e menos ainda os motivos, tendências ou fins subjetivos do autor). Isso porque, há classes de ações que podem ser realizadas com intenção ou sem ela (como, por exemplo, matar ou lesionar). Daí que a intenção subjetiva não possa pertencer sempre ao *tipo de ação*⁵⁷.

Ao relegar a intenção à *pretensão de ilicitude* (segunda pretensão de validade da norma), Vives se afasta de todas as construções que, a partir da aparição da concepção finalista da ação, situaram a contrariedade ao dever no tipo de injusto como *tipo subjetivo*. Dessa forma, a primeira pretensão de validade da norma (= elemento categorial base do

⁵⁴ RODRÍGUEZ MOURULLO, G. **La omisión de socorro en el Código Penal**. Madrid: Tecnos, 1966, p. 221: “*los Tribunales no comienzan preguntándose por la existencia de una ‘acción humana en sí’, sino qué acción es el comportamiento que se somete a su consideración. Normalmente, no se pregunta en primer lugar si el sujeto realizó una acción, sino qué acción realizó. Aunque parezca paradójico, la pregunta acerca de qué acción constituye el comportamiento del que tiene noticia el Tribunal, se antepone a la pregunta de si ese comportamiento es verdaderamente una acción*”.

⁵⁵ BUSATO, P. C. **Direito penal...** Op. cit., p. 259.

⁵⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. A “**concepção significativa da ação**”... Op. cit., p. 32.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 32-33.

sistema), integrado pelo conceito de *tipo de ação*, encontra-se sensivelmente aliviado em relação às construções que o antecederam⁵⁸.

Como se nota, a base estrutural do tipo de ação ancora-se fortemente em uma perspectiva de filosofia da linguagem, o que remete necessariamente a uma explicação, ainda que breve, dos fundamentos teóricos de tal proposição.

4.1 FUNDAMENTOS

A *concepção significativa* da ação, proposta por Vives, assenta-se em três conceitos fundamentais: (i) *ação*; (ii) *norma*; e, (iii) *compreensão do significado* da conjunção destas (= liberdade de ação)⁵⁹.

4.1.1 Ação

O primeiro conceito fundamental, para Vives, é a ação. A principal inovação desse modelo consiste em deixar de considerar a ação como *algo que os homens fazem* para passar a considerá-la como *o significado do que os homens fazem*. Vives define a ação não como substrato suscetível de receber um sentido, e sim como *sentido* que, de acordo com um sistema de normas, pode-se atribuir a determinados comportamentos humanos⁶⁰. A ação, portanto, deixa de ser o *substrato de um sentido*, e passa a ser o *sentido de um substrato*⁶¹. Assim, os fundamentos de uma concepção significativa de ação se encontram na ideia de percepção da ação como algo que transmite um significado⁶².

Nota-se que a ação deixa de ser um acontecimento desenvolvido no mundo do ser, onde as distinções entre ações humanas e meros acontecimentos físicos são de difícil determinação, e passa a ser um sentido, ou seja, uma expressão simbólica de uma atividade⁶³. Por irrecusável, não se pode qualificar esse sentido como um conceito

⁵⁸ Ibid., p. 33.

⁵⁹ BUSATO, P. C. **Direito penal...** Op. cit., p. 254.

⁶⁰ VIVES ANTÓN, T. S. **Fundamentos...** Op. cit., p.205.

⁶¹ Ibid., p. 205.

⁶² BUSATO, P. C. **Direito penal...** Op. cit., p. 254.

⁶³ VIVES ANTÓN, T. S. **Fundamentos...** Op. cit., p. 205: “[...] *los hechos acaecen, las acciones tienen sentido (esto es, significan); los hechos pueden ser descritos; las acciones han de ser entendidas; los hechos se explican mediante leyes físicas, químicas, biológicas, etc.; las acciones se interpretan mediante reglas gramaticales*”.

ontológico, pois não está fundamentada no *ser* naturalista, nem tampouco pode ser qualificado exclusivamente como axiológico, pois não é situado totalmente no *dever ser*⁶⁴.

E a comunicação ou percepção do significado não provém de uma realidade do sujeito (interna) nem tampouco do objeto (externa), mas da inter-relação entre eles. A comunicação é o resultado da inter-relação entre o sujeito e o objeto que produz uma percepção. A percepção não é algo que possa ser traduzido em uma realidade ou concretizado em algo que é, nem tampouco se traduz meramente em uma valoração. A percepção é, tão somente, um *sentido*⁶⁵.

Sobre essa percepção comenta Fletcher: “perceber a ação é como entender uma linguagem. Entendemos o significado de uma frase pelo contexto em que se usa. Do mesmo modo percebemos por uma ação só entendendo o contexto no qual ela ocorre”⁶⁶. Do mesmo modo Vives, quando assinala que

para que seja possível falar de ação é preciso que os sujeitos tenham a capacidade de formar e expressar intenções; mas, as ações que realizam não dependem das intenções que pretendem expressadas, mas do significado que socialmente se atribua ao que façam⁶⁷.

Em resumo, os principais artífices da concepção significativa de ação estão de acordo de que a *compreensão*, mais do que a *explicação*, é o que importa na teoria da ação⁶⁸. Mais que *definir* o que seja a ação no campo do direito penal, deve-se *interpretar* seu significado⁶⁹.

As ações, por não se tratarem de meros acontecimentos, exigem interpretação. Vale dizer, não basta mais que as ações sejam meramente descritas, é necessário que elas sejam *interpretadas* e *compreendidas*. Enquanto os meros fatos da vida podem ser explicados por regras imutáveis como as leis da física, da química ou da biologia – conquanto ainda nessas ciências o componente da indeterminação já tenha sido identificado –, as ações humanas

⁶⁴ BUSATO, P. C. **Direito penal...** Op. cit., p. 254-255.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 255.

⁶⁶ FLETCHER, G. P. **Aproximación intersubjetiva al concepto de acción**. Ponencia proferida en la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España. Trad. Francisco Muñoz Conde. Sevilla: 1998, p. 7.

⁶⁷ VIVES ANTÓN, T. S. **Fundamentos...** Op. cit., p. 214.

⁶⁸ FLETCHER, G. P. **Basic concepts of criminal law**. New York: Oxford University, 1998, p. 51: “The humanistic approach toward understanding action requires that we abandon the idea of scientific explanation of action as the product of causal forces. The humanistic view stresses the way human beings understand other people to be acting when they do act”.

⁶⁹ BUSATO, P. C. **Direito penal...** Op. cit., p. 255-256.

têm a característica diferenciadora de que somente podem ser identificadas, classificadas e interpretadas conforme regras ou normas. Por exemplo, não se pode afirmar que um tapa no rosto seja uma lesão corporal, uma injúria, um cumprimento rude ou até mesmo um ato reflexo sem uma análise das circunstâncias em que ocorre, para verificação de como deve ser interpretado e compreendido referido tapa, até mesmo para a definição de se pode mesmo ser considerado um tapa⁷⁰.

Fletcher⁷¹ propõe reconhecer, antes de qualquer outra coisa, que o *não movimento* pode ter o mesmo significado – de *fazer algo* ou *não fazer nada* – que o *movimento*. Com efeito, do mesmo modo que se pode identificar em uma colisão de um veículo uma ação humana na perda de controle pelo excesso de velocidade, reconhece-se que o condutor *não fez nada* quando a perda de controle foi provocada pelo estouro de um pneu ou por um problema nos freios. Na estrutura de *não movimento*, ocorre o mesmo, pois, no exemplo de Fletcher, existe uma clara diferença entre a pessoa que cala porque não tem nada a dizer e o psiquiatra que usa o silêncio como forma consciente de terapia (ou que escuta em silêncio enquanto o paciente fala)⁷². A diferença consiste em que *no primeiro caso o silêncio é simplesmente um fato, no segundo é uma forma ativa de estruturar o entorno terapêutico. Quando o psiquiatra está em silêncio, está, não obstante, fazendo algo*. O mesmo demonstra Fletcher com seu conhecido exemplo do guarda do Palácio de Buckingham⁷³. Sendo assim, as ações são configuradas de acordo com seu significado social, pelo contexto em que se produzem.

Pode-se dizer, então, que a dimensão de sentido que torna relevante o fato para o Direito penal é justamente a presença de um tipo que corresponda à pretensão normativa representativa de uma ação ou omissão. Se as ações dependem, para a afirmação do seu significado perante o direito penal, de regras ou normas que as definem, pelo que resulta impossível encontrar um conceito único de ação humana que sirva para congregiar tantos diferentes sentidos quanto aqueles que se pretende regular⁷⁴. Não existe um conceito

⁷⁰ Ibid., p. 256.

⁷¹ FLETCHER, G. P. **Aproximación...** Op. cit., p. 6.

⁷² BUSATO, P. C. **Direito penal...** Op. cit., p. 256.

⁷³ FLETCHER, G. P. **Basic...** p. 52: “To understand the implications of intersubjective understanding think about how we know that the motionless guards at Buckingham Palace are in fact acting, that they are not paralyzed but committed to remain motionless. There are numerous cues in the environment that suggest deliberate standing at attention – their uniforms, the group formation, their location in front of the castle, the time of day, the regularity of their behavior. All of these are suggestions that we pick up from the environment of action, from its context”.

⁷⁴ BUSATO, P. C. **Direito penal...** Op. cit., p. 257.

geral de ação, mas sim tantos conceitos quantos modelos de condutas relevantes – ou formalmente típicas, para usar a terminologia tradicional – existirem para o Direito penal⁷⁵.

Resumidamente, pode-se dizer que para a concepção significativa da ação, os fatos humanos somente podem ser compreendidos através das normas, ou seja, eles só têm significado, só são reconhecidos, a partir das normas, portanto, temos que identificá-los como tipos de ação. Conceber uma concepção significativa de ação não é nada mais que expressar uma forma de percepção da ação no contexto social das circunstâncias em que se produz⁷⁶.

Com a admissão do significado como reitor do conceito de ação, não se estrutura este a partir da perspectiva subjetiva de uma impressão que se tem da realidade, nem mesmo de um ponto de vista objetivo, do objeto observado, mas mantém como substrato a comunicação que provém da relação sujeito-objeto, quer dizer, da mensagem que comunica a atuação do sujeito ao relacionar-se com as circunstâncias do meio⁷⁷.

Assim, nessa concepção significativa de ação, não é essencial explicar o que se entende por ação, mas apreender a *linguagem do propósito*, ou ainda melhor, *apreender quando as circunstâncias nos permitem dizer que alguém quis golpear outro e não simplesmente dizer que o golpe foi acidental ou que foi dado distraidamente*⁷⁸.

Então, a partir da apreensão das circunstâncias, pode-se aferir a responsabilidade sobre determinada conduta determinada, entrando em jogo um requisito fundamental da conduta: a intencionalidade objetiva, ou seja, a expressão de sentido da vontade⁷⁹.

A ação ou omissão somente pode ser incriminada quando constituir uma manifestação de uma intenção. Sem esse requisito fundamental, não é possível afirmar a existência de ação e, portanto, de tipo de ação. Obviamente, a vontade não é algo que se possa adivinhar ou descrever. Não é um objeto físico, ontológico, corpóreo. A vontade

⁷⁵ Ibid., p. 257.

⁷⁶ Ibid., p. 257-258.

⁷⁷ Ibid., p. 258.

⁷⁸ Ibid., p. 258. Nesse sentido: MUÑOZ CONDE, F.; CHIESA, L. E. A exigência de ação (*act requirement*) como um conceito básico do direito penal. Trad. Paulo César Busato e Rodrigo Jacob Cavagnari. **Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 1, n. 1, jan./jun. 2009, p. 16: “Por conseguinte, nós concordamos com a contestação de Fletcher, de que precisamos situar a conduta do autor dentro do contexto particular em que teve lugar, com o fim de compreender o seu significado social e jurídico. Como resultado disso, devemos abandonar a concepção mecanicista da ação – como movimentos corporais – e substituí-la por uma teoria da ação mais humanista, alicerçada no fato que a conduta adquire significado pela razão de ser percebida intersubjetivamente, como por exemplo, um comportamento significativo e relevante, e não pela razão de ser o produto de uma contração muscular causada pela vontade do autor”.

⁷⁹ BUSATO, P. C. **Direito penal...** Op. cit., p. 258.

é algo que se compreende como expressão de sentido, portanto, a identificação da ação depende de indicadores externos que coincidam com o sentido de uma atuação voluntária. A ação ou omissão, como expressão de vontade, devem ser compreendidas segundo as circunstâncias em que se desenvolvem, segundo valorações que lhes dão sentido como tais⁸⁰.

Daí, observa-se que os resultados obtidos na prática – que objetivam perceber e compreender a existência ou não do tipo de ação como expressão de um sentido de determinado tipo – são mais efetivos que os obtidos pela tentativa de definir a ação através de um conceito⁸¹.

Acentue-se que a perspectiva do significado aproxima grandemente a dimensão científica da dimensão forense, por vezes levando à inevitável conclusão de que desde sempre os processos de imputação buscaram a tradução do justo como expressão de sentido e jamais encontraram nos modelos ontológicos ou normativos de estruturação do sistema punitivo algo que respondesse logicamente a essa aspiração. Pela primeira vez, aproxima-se de uma estrutura que guarda simultaneamente coerência lógica e abriga a dimensão do justo⁸².

⁸⁰ Ibid., p. 258-259.

⁸¹ Ibid., p. 260.

⁸² Ibid., p. 248. No mesmo sentido: “Ao colocar a ação e a linguagem no centro tornam-se certamente efetivas as exigências que a legalidade comporta. Ao contrário, quando a ação é posta em dúvida e se antepõem a ela resultados e imputações, o princípio da legalidade, e ainda a ideia mesma de lei, escapam pela janela. A concepção significativa restitui à lei – e à Constituição como lei suprema – o lugar de honra que lhe corresponde em um sistema democrático. Essa é, obviamente, uma consequência política de primeira magnitude. Assegura-se ao cidadão a garantia da lei em face do poder, das distintas classes de poder [...]. Entender a ação como significado que nasce das regras, derivada do uso dos símbolos, nos distintos jogos de linguagem – e situar, com isso, a linguagem no núcleo do sistema penal – é, ao mesmo tempo, articular um modelo de responsabilidade em que os homens coincidem e que lhes permite a compreensão mútua. Os homens coincidem em uma forma de vida, a forma de vida que faz deles seres humanos iguais. Pressupõe uma comunidade na qual é possível entender, argumentar, convencer e, em suma, tratar o outro como sujeito, e não como objeto. E, desde o momento em que reconheço o outro como pessoa, daí se deriva, como condição necessária, a vinculação de todo o ordenamento jurídico e, especialmente, o conjunto do sistema penal a uma série de direitos inseparáveis da condição humana de que depende a correção de qualquer pretensão de validade normativa. A essa concepção de ação corresponde, pois, uma concepção da norma que se encontra na racionalidade prática e que, como vimos, afasta-se necessariamente, não somente de mandados violentos, mas, também, do mais sutil imperativo sistêmico” (CUERDA ARNAU, M. L. Dogmática, direitos fundamentais e justiça penal. Trad. Rodrigo Jacob Cavagnari. **Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 6, n. 11, jul./dez. 2014).

4.1.2 Norma

O segundo conceito fundamental, para Vives, é a norma. Para ele, as normas jurídicas possuem uma dupla essência: são decisões de poder e, também, são determinações da razão⁸³.

É que, certamente, as normas jurídicas devem ser concebidas como diretrizes de conduta (mandados), mas isso não implica em que tenham que ser consideradas somente meras decisões de poder, alheias à racionalidade prática; pelo contrário, a dimensão diretiva inerente às normas vai acompanhada – em virtude de sua própria gramática – de uma pretensão de validade que cabe julgar no marco de um processo de argumentação racional⁸⁴.

Essa pretensão de validade (ou de legitimidade) não é uma pretensão de verdade, nem pode, em última instância, reduzir-se a ela, porque o delito não é um objeto real e a estrutura do sistema não pode basear-se em estrutura objetiva alguma. A dogmática não é, pois, uma ciência, mas somente uma forma de argumentar sem torno de alguns tópicos, que, em nosso caso, vêm representados por uma ação e por uma norma jurídica e pelo processo em virtude do qual podemos julgar aquela desde esta e desde os valores que a norma jurídica transmite. Assim, chega Vives à seguinte conclusão com relação à questão dos valores que a norma canaliza: tais valores podem ser resumidos certamente em um, que constitui o valor central de todo o ordenamento jurídico, ou seja, a Justiça, mas evidentemente subentendendo que a materialização deste valor central deve satisfazer outros requerimentos, como são “segurança jurídica, liberdade, eficácia, utilidade etc., que não são mais que aspectos parciais da ideia central de Justiça que o ordenamento jurídico pretende instaurar”⁸⁵.

A concepção de Vives se aparta claramente de todas aquelas concepções que outorgam um fundamento único à norma penal, sobre a base de tomar exclusivamente em consideração a norma de determinação para a integração do injusto, prescindindo de todo aspecto valorativo. Ademais, na construção de Vives, a norma penal deve ser entendida como uma norma (objetiva, geral), de determinação no âmbito da antijuridicidade, possuindo um caráter imperativo, ao mesmo tempo deve ser entendido como norma de valoração, desde o momento em que a norma de determinação, concebida como

⁸³ RAMOS VÁZQUEZ, J. A. **Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 391.

⁸⁴ Ibid., p. 390-391.

⁸⁵ VIVES ANTÓN, T. S. **Fundamentos...** Op. cit., p. 482; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. **A “concepção significativa da ação”...** Op. cit., p. 14-15.

um imperativo, está baseada em valorações e desvalorações, ou seja, em aprovações e desaprovações⁸⁶.

Assim, assinala Ramos Vázquez que, na opinião de Vives, as normas podem (e devem) ter um fundamento ético, de modo que uma norma que não pretenda ser justa não é propriamente uma norma jurídica. Portanto, existe uma pretensão de legitimidade que é interna à norma jurídica (e ao sistema jurídico) e que consiste na pretensão de uma determinada norma se achar fundada racionalmente. Essa pretensão global de justiça das normas penais se articula por meio de pretensões parciais mais concretas, que nos remetem aos diversos estágios da adequada compreensão do objeto de estudo da teoria jurídica do delito⁸⁷.

Ao contrário das propostas tradicionais, entende Vives que a norma pretende ser válida para o caso concreto a partir de uma pretensão de justiça que não pode ser alcançada, senão com base em um processo de argumentação racional. Essa concepção implica a superação de uma racionalidade teórica por uma racionalidade prática, de compreensão em vez de explicação, de contextualização em vez de mera descrição⁸⁸.

Em última instância, Vives nos leva à conclusão de que a norma jurídica pretende ser válida, e não verdadeira. Logo, o resultado prático da aplicação da norma jurídica é a produção de justiça, e não de verdade. Daí, resta superada a pretensão de verdade pela pretensão de justiça, pois esta se realiza por meio de uma justificação procedimental argumentativa, a razão da própria existência da dogmática jurídico-penal⁸⁹.

4.1.3 Liberdade de Ação

O terceiro conceito fundamental, para Vives, é a liberdade de ação. Nessa concepção, a liberdade de ação constitui o ponto de união entre a doutrina da ação e a da norma⁹⁰.

Como aponta Ramos Vázquez, aqui se estabelece a diferença entre as ações que realizamos e as coisas que nos acontecem, entre nossa condição de sujeitos agentes em face

⁸⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. A “**concepção significativa da ação**”... Op. cit., p. 16-17.

⁸⁷ RAMOS VÁZQUEZ, J. A. **Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 410-412.

⁸⁸ BUSATO, P. C. **Direito penal**... Op. cit., p. 163-164.

⁸⁹ Ibid., p. 164.

⁹⁰ VIVES ANTÓN, T. S. **Fundamentos**... Op. cit., p. 334.

da nossa condição de pacientes⁹¹. A análise das normas como algo distinto da investigação das leis da natureza somente tem sentido a partir do pressuposto da liberdade de ação. Isso porque, se os movimentos corporais não se acham inteiramente regidos por leis causais se pode pretender que as ações sejam regidas por normas⁹².

Com isso, Vives oferece uma nova perspectiva para a resolução de um dos problemas medulares da imputação jurídico-penal: o problema da liberdade (o de poder atuar de outro modo). Tradicionalmente, a *exigibilidadade de conducta diversa* vinha sendo estudada na categoria da *culpabilidadade*, desde a inadequada perspectiva do livre arbítrio (de matriz escolástica). E o debate estéril sobre ela dividia opiniões em torno da sua demonstrabilidade ou indemonstrabilidade⁹³.

Vives, entretanto, parte de um enfoque completamente diferente. Ele parte da premissa de que a liberdade não é fundamento da culpabilidade, e sim pressuposto da própria ação. Desse modo, a liberdade não pode ser afirmada ou negada, porque se trata de ver o mundo de um modo ou de outro. A alternativa apresentada por Vives, segundo Martínez-Buján Pérez, parece clara: ou se concebe o mundo desde a liberdade, ou não se pode concebê-la em absoluto⁹⁴.

Assim, indica Vives que o reconhecimento da liberdade de ação conduz ao entendimento de que o comportamento humano não pode ser inteiramente concebido por leis causais. Então é possível assegurar que o comportamento humano normal é motivado por normas, as quais devem ser interpretadas como ação⁹⁵.

Saliente-se, por oportuno, que não se trata de demonstrar a existência da liberdade frente ao determinismo. Trata-se de explicar que, para que haja sentido falar de ações e para que seja possível reger tais ações mediante normas (que é o que persegue o Direito penal), é imprescindível partir do pressuposto de que o ser humano é livre, ou seja, é capaz de se autodeterminar por razões. Parafraseando Vives: “sem liberdade não há ação, nem razão, nem maneira alguma de se conceber o mundo: ou não há linguagem, nem regras, nem significado, nem ação”.⁹⁶

Como afirma Martínez-Buján Pérez, a proposta de Vives se orienta por meio de um normativismo antropológico, desde o momento em que situa o ser humano como centro do Direito, como sujeito e não como objeto, como pessoa capaz de liberdade e

⁹¹ RAMOS VÁZQUEZ, J. A. **Concepción...** Op. cit., p. 372.

⁹² VIVES ANTÓN, T. S. **Fundamentos...** Op. cit., p. 334.

⁹³ Ibid., p. 332; também: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. **Derecho penal económico...** Op. cit., p. 57.

⁹⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. **Derecho penal económico...** Op. cit., p. 57.

⁹⁵ VIVES ANTÓN, T. S. **Fundamentos...** Op. cit., p. 334.

⁹⁶ Ibid., p. 320.

não como mero elemento da natureza, como ser racional que participa na vida social e não como componente físico objeto de estudo por leis universais.⁹⁷

A partir dos elementos fundamentais de que parte Vives, pode-se afirmar que o tipo de ação é uma categoria composta por todos os pressupostos da ação que cumpram a função de definir de que classe de ação estamos falando. Ausente uma conduta como expressão de sentido, não é possível identificar um tipo de ação.

O conteúdo da *pretensão de relevância* ou *tipo de ação* (que será explicado nos tópicos seguintes) é concebido desde uma dupla perspectiva: (i) uma *pretensão conceitual de relevância*; e, (ii) uma *pretensão de ofensividade*. Essas duas categorias serão examinadas nos tópicos seguintes.

4.2 PRETENSÃO CONCEITUAL DE RELEVÂNCIA

A *pretensão conceitual de relevância* supõe uma correta compreensão da formulação linguística com que se define o tipo de ação na lei⁹⁸. Refere-se à comprovação de que uma determinada conduta corresponde a um tipo, sendo, portanto, relevante para o Direito penal. Isso acontece quando se identifica na conduta um *sentido* correspondente àquele que é descrito por uma norma incriminadora, como o roubo, o furto, o homicídio etc⁹⁹.

Assim, o que se estuda aqui é a conjugação da previsão legal (tipicidade formal) e as modalidades de conduta (ação e omissão), além da relação da ação com o resultado e os elementos de união entre um e outro, sejam ontológicos (nexo causal) ou axiológicos (critérios de imputação objetiva).

Tudo isso representa a expressão sistemática do princípio da legalidade. Evidentemente, trata-se de uma correspondência de que a situação concretamente analisada seja uma ação ou omissão que transmite o sentido correspondente à descrição de um tipo.

A maior parte das funções que a doutrina¹⁰⁰ tradicionalmente atribui à tipicidade formal, de regra, são atendidas pela pretensão conceitual de relevância¹⁰¹. Ela efetivamente

⁹⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. **Derecho penal económico...** Op. cit., p. 59.

⁹⁸ Ibid., p. 239 e também: ORTS BERENQUER, E.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. **Compendio de derecho penal: parte general.** 6. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 230.

⁹⁹ ORTS BERENQUER, E.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. **Compendio...** Op. cit., p. 230.

¹⁰⁰ ROXIN, C. **Strafrecht, Allgemeiner Teil.** Band I. 4. ed. München: Beck, 2006, p. 280, § 10, rn. 1; MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M. **Derecho penal: parte general.** 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 254. DIAS, J. de F. **Direito penal: parte geral.** Tomo I. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 268-269.

¹⁰¹ BUSATO, P. C. **Direito penal...** Op. cit., p. 299.

atende à função político-criminal, ou de garantias, já que representa a expressão do princípio de legalidade, porquanto limita o âmbito do punível ao indicar o que, exatamente, pode ser objeto da imputação¹⁰².

Atende ainda à função motivadora, de suscitar as pessoas ao atendimento das normas de convivência, uma vez que a dimensão de determinação da norma nela se expressa. Por outro lado, é necessário reconhecer, obrigatoriamente, os limites da norma como determinação, pois não se pode pretender obter resultados efetivos de condicionamento social pela via da imposição normativa¹⁰³.

A função indiciária também se encontra presente. O tipo formal indica, *prima facie*, uma conduta antijurídica. Porém, segundo a distribuição das categorias do delito aqui preconizada, a limitação da tipicidade não se dá unicamente pelas causas de justificação. A limitação da indicação de antijuridicidade do tipo formal é dupla: pela pretensão de ofensividade, ainda no tipo de ação, e pela pretensão de ilicitude, na etapa seguinte da imputação. Apenas a função selecionadora, ou sistemática, é que deve ser tratada no campo da pretensão de ofensividade, ainda que dentro da primeira categoria do delito, já que as questões a respeito de seleção de bens jurídicos pertencem àquela subcategoria, que atende às dimensões materiais da pretensão geral de relevância¹⁰⁴.

Na opinião de Vives, a categoria do tipo restou demasiadamente sobrecarregada nos últimos tempos. A doutrina em geral trata de discutir já no campo da tipicidade todos os aspectos valorativos e subjetivos (que em certa medida também são valorativos) no campo do tipo¹⁰⁵.

É de regra dividir os elementos que compõem o tipo entre elementos objetivos, que podem ser descritivos ou normativos, e elementos subjetivos, que podem ser apenas o dolo ou a imprudência, ou, ainda, serem somados (especialmente o dolo) a outros elementos subjetivos do tipo, que consistem em especiais fins de agir¹⁰⁶.

Adotada aqui a postura proposta por Vives, assume-se que não parece correto ou adequado edificar um sistema sobre uma categoria básica multiforme e sobrecarregada¹⁰⁷.

¹⁰² Ibid., p. 299.

¹⁰³ Ibid., p. 299-300.

¹⁰⁴ Ibid., p. 300; também: ORTS BERENQUER, E.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. **Compendio...** Op. cit., p. 247-248.

¹⁰⁵ BUSATO, P. C. **Direito penal...** Op. cit., p. 300; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. **Derecho penal económico...** Op. cit., p. 238-239.

¹⁰⁶ BUSATO, P. C. **Direito penal...** Op. cit., p. 300.

¹⁰⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. **Derecho penal económico...** Op. cit., p. 239.

Isso fica plenamente evidente especialmente com as tendências modernas de concepção de tipo de injusto, onde a categoria fundamental tipo se encarrega, simultaneamente, de delinear, de modo descritivo, o âmbito daquilo que é penalmente relevante, no que consiste a lesividade do ato ou a contrariedade ao dever de atuação e ainda compreender a intenção como móvel de atuação, ainda que repartida esta última tarefa, para um subcampo de tipo subjetivo, cuja separação em face do campo objetivo é, por vezes, não demasiadamente clara¹⁰⁸.

Assim, opta-se aqui por separar os aspectos de cunho valorativo em face da pretensão descritiva de relevância. Como bem refere Martínez-Buján Pérez¹⁰⁹, no tipo de ação, como expressão descritiva de classes de ação, somente é possível incluir os pressupostos que sirvam para identificar *de que ação* estamos falando. Assim, nesse campo não serão incluídos dolo ou culpa necessariamente, pois tais elementos subjetivos clássicos do tipo como *a intenção (e menos ainda os motivos, tendências ou fins subjetivos do autor), dado que há classes de ações que (como, por exemplo, matar ou lesionar) podem ser realizadas com intenção ou sem ela*. Daí, enfim, que a intenção subjetiva não possa pertencer ao tipo de ação. Dolo ou imprudência serão discutidos no campo valorativo da pretensão da ilicitude¹¹⁰.

O mesmo não se dá com os chamados *especiais fins de agir*, porque, ao contrário do dolo, estes não são definidos por meio de uma valoração e, na verdade, compõem descritivamente a identidade da classe de ação a que nos referimos. Ademais, como se trata de uma pretensão *conceitual* de relevância, é forçoso admitir que quando presente algum especial fim de agir, ele consta expressamente do *conceito*. Basta ver, por exemplo, que não é possível identificar que se trata de um furto, segundo a previsão do art. 155 do Código Penal brasileiro, sem o ânimo de assenhoreamento definitivo descrito pela expressão para si ou para outrem. Essa expressão deve compor, assim como todo e qualquer elemento subjetivo diverso do dolo e da imprudência, a parte descritiva do tipo, o tipo formal, a *pretensão conceitual de relevância*¹¹¹. Do mesmo modo, no campo dessa pretensão conceitual, estarão os chamados pela doutrina tradicional de *elementos objetivos do tipo*, sejam eles normativos ou objetivos. É que todos eles servem à descrição de que classe de ação estamos falando¹¹². Ademais, aqui a pretensão se resume a analisar que tipo de

¹⁰⁸ BUSATO, P. C. **Direito penal...** Op. cit., p. 300.

¹⁰⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. **Derecho penal económico...** Op. cit., p. 239.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 239.

¹¹¹ BUSATO, P. C. **Direito penal...** Op. cit., p. 301.

¹¹² ORTS BERENQUER, E.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. **Compendio...** Op. cit., p. 241.

complemento pode oferecer a teoria da imputação objetiva para o desenvolvimento da análise do tipo de ação¹¹³.

Desde um ponto de vista da filosofia da linguagem, a estruturação da imputação, como de todos os aspectos da teoria do delito, deve processar-se através da identificação de um significado. Não é diferente com o reconhecimento dos critérios objetivos da aferição da tipicidade¹¹⁴.

Ora, há que se reconhecer que nem toda a relação de causa e efeito pode ou deve ser considerada relevante a ponto de identificar um tipo de ação. É necessário, portanto, estabelecer quais critérios objetivos axiológicos podem complementar a relação de causalidade, limitando-a, para permitir a afirmação do tipo de ação¹¹⁵.

Os critérios de imputação objetiva aqui adotados como válidos para a afirmação do tipo de ação são: (i) a criação ou incremento de um risco a ponto ultrapassar os limites do que se pode tolerar, ou seja, do risco permitido; e, (ii) a realização, no resultado, do risco previamente criado¹¹⁶.

Vale dizer: para a afirmação da pretensão nominal de relevância (tipicidade formal), é necessário que haja o sentido de um tipo de ação; que essa ação corresponda a um resultado; que unindo ação e resultado estejam presentes a relação de causalidade; e a afirmação de que a ação transmitiu o sentido de criação de um risco a um bem jurídico e que esse risco foi justamente aquele que se plasmou no resultado¹¹⁷.

4.3 PRETENSÃO DE OFENSIVIDADE

A *pretensão de ofensividade* diz respeito à comprovação de que um bem jurídico digno de proteção penal foi atacado de modo grave o suficiente para determinar a intervenção do Direito penal. Parece óbvio que não se pode justificar politicamente a aplicação de um castigo simplesmente pela violação de uma regra jurídica. É sempre necessária a demonstração da ofensividade¹¹⁸.

¹¹³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. **Derecho penal económico...** Op. cit., p. 273-281.

¹¹⁴ ORTS BERENQUER, E.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. **Compendio...** Op. cit., p. 237-238.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 270-271.

¹¹⁶ BUSATO, P. C. **Direito penal...** Op. cit., p. 321.

¹¹⁷ ORTS BERENQUER, E.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. **Compendio...** Op. cit., p. 270.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 248.

Estudam-se na pretensão de ofensividade as questões derivadas do bem jurídico, que são correspondentes à dimensão material do tipo ou da antijuridicidade. Há divisão doutrinária sobre onde situar – se na antijuridicidade ou na tipicidade – a dimensão material de provocação de um dano ou de um perigo a um bem jurídico, com a consequência de que o tema é classicamente tratado como tipicidade material ou antijuridicidade material¹¹⁹.

No sistema aqui adotado, a pretensão de ofensividade compõe o tipo de ação, de modo que se pode falar claramente que a falta de violação de um bem jurídico torna o fato penalmente irrelevante, por falta de pretensão de ofensividade, de modo que, caso ausente a violação de um bem jurídico, não existe um tipo de ação ou omissão¹²⁰.

Não se desconhece a profunda discussão reinante na doutrina sobre o bem jurídico, porém, aqui, essa discussão não tem espaço. Acentue-se, aqui, que Vives Antón descarta uma concepção substancial de bem jurídico, uma vez que, ao considerá-lo como o primeiro tópico da argumentação em torno da validade da norma, concebe-o de modo *procedimental*.¹²¹ Segundo a proposta de Vives Antón, também defendida por Cuerva Arnau¹²², Martínez-Buján Pérez¹²³, Orts Berenguer e González Cussac¹²⁴, partindo-se de uma perspectiva *procedimental*, o bem jurídico constitui um elemento fundamental, que dota de conteúdo o tipo de ação, fazendo com que se possa pretender afirmar a ofensividade do fato em face do conjunto normativo. Em suma: o bem jurídico é tratado com um conjunto de motivos justificadores para a imposição racional de uma privação de liberdade.

Para a relevância de um tipo de ação não basta sua correspondência descritiva a um modelo. É necessário, ainda, que a ação guarde uma dimensão material e não só

¹¹⁹ Ibid., p. 247-248.

¹²⁰ Ibid., p. 250.

¹²¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. A “**concepção significativa da ação**”... Op. cit., p. 41.

¹²² VIVES ANTÓN, T. S.; CUERDA ARNAU, M. L. Estado autoritario y adelantamiento de la “línea de defensa penal”. In: MAQUEDA ABREU, M. L.; MARTÍN LORENZO, M.; VENTURA PÜSCHEL, A. (Coord.). **Derecho penal para un estado social y democrático de derecho**: estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2016, p. 366: “Por ello, se ha propuesto una concepción procedimental del bien jurídico. Lo característico de esa concepción, ‘no es que acepte, sin más, como bienes jurídicos dignos de protección los que el legislador, por el procedimiento democrático, tenga a bien escoger; sino que concibe el bien jurídico, no en términos de objeto, sino en términos de justificación. Hablar del bien jurídico como un algo, como un objeto ideal, no es desde esta perspectiva sino apuntar a las razones que pueden justificar inmediatamente el delito y la pena. Así concebido, el bien jurídico no es sino un momento del proceso de justificación racional de la limitación de la libertad’”.

¹²³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. **Derecho penal económico**... Op. cit., p. 151-158.

¹²⁴ ORTS BERENGUER, E.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. **Compendio**... Op. cit., p. 251.

conceitual de relevância. Isto é, para que se possa falar de um tipo de ação ou de um tipo de omissão ou que a situação fática analisada é uma daquelas das quais deve ocupar-se o Direito penal, é necessário não só que haja uma correspondência descritiva entre o fato e a norma, mas também uma relevância, uma lesividade que justifique a intervenção do sistema criminal¹²⁵.

Somente assim é possível falar em tipo de ação. Isso deriva da própria concepção aqui assumida a respeito da norma. A norma pretende ser reconhecida como relevante. Para tanto, sua expressão deve contemplar, por um lado, uma pretensão conceitual de relevância e, por outro, uma pretensão de ofensividade que expressa um ataque intolerável a um bem jurídico essencial, pois esse é o nível de relevância exigido para que o Direito penal possa ocupar-se do caso¹²⁶.

Assim, a afirmação da pretensão de relevância se encontra vinculada à concorrência de um tipo de ação que possui uma dimensão, digamos, formal (pretensão conceitual de relevância ou tipicidade formal), e outra material (antijuridicidade ou tipicidade material – violação de um bem jurídico). É uma pretensão que tem por objeto afirmar que a ação realizada é uma das que interessam ao Direito penal¹²⁷.

Importa destacar que ainda se está falando do tipo de ação. A pretensão de ofensividade é uma dimensão material da pretensão de relevância, ou seja, faz parte do tipo de ação, dotando-o de conteúdo relativo ao bem jurídico. Dessa forma, a teoria que aqui se apresenta, por um lado, admite a necessidade de inclusão da discussão sobre o bem jurídico na teoria do delito, e oferece-lhe, ademais, um *locus* que é situado dentro da categoria de base sobre a qual se organiza o sistema: o tipo de ação¹²⁸.

A expressão de sentido de uma ação há de relacionar-se com um resultado desvalioso, estando ambos expressos em um tipo penal¹²⁹.

A pretensão de relevância (tipo de ação) se completa com a afirmação axiológica de um conteúdo de ofensividade que transcende o mero catálogo penal, mas que se expressa na relevância material da ação perpetrada. Essa pretensão, chamada por Vives de *pretensão de ofensividade*, tem lugar justamente porque o autor subscreve a ideia

¹²⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. **Derecho penal económico...** Op. cit., p. 239.

¹²⁶ BUSATO, P. C. **Direito penal...** Op. cit., p. 329-330.

¹²⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. **Derecho penal económico...** Op. cit., p. 239.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 241.

¹²⁹ BUSATO, P. C. **Direito penal...** Op. cit., p. 330.

de que *relevantes para o Direito penal são somente as ações que lesionam ou põem em perigo bens juridicamente protegidos*. Noutras palavras, a conduta há de afligir o interesse protegido pela norma de modo suficiente a justificar a intervenção penal. É necessário que o tipo de ação de que se trata seja ofensivo o suficiente para determinar a necessidade de emprego do aparato punitivo¹³⁰.

Note-se que a postura aqui adotada ajusta-se aos modelos de teoria do delito que superam a ideia de um tipo anódino, simplesmente correspondente à lógica silogística, para adotar uma dimensão material em que se exige a ofensa a um bem jurídico para a sua configuração, com o resultado integrado ao tipo de ação¹³¹. Daí existir uma relação de dependência entre pretensão de ofensividade e o bem jurídico.

Hoje em dia é nota distintiva do perfil de teoria do delito adotada a apresentação dos fundamentos que justificam materialmente o tipo (no caso, o tipo de ação ou omissão). A partir daí, se a escolha recai – como é o caso – sobre o bem jurídico como critério de referência a respeito e tal dimensão material, é preciso definir como ele se justifica, dada a imprecisão do seu conceito e a ausência de demonstração de efetividade do Direito penal para veicular sua promoção¹³².

O ingresso da *pretensão de ofensividade* como uma subcategoria da pretensão do *tipo de ação* (= pretensão de relevância) produz efeitos dogmáticos de recortes importantes. Sendo o conteúdo dessa categoria vinculado ao bem jurídico, esse cumpre três funções: dogmática, sistemática e interpretativa¹³³.

A função dogmática aparece porque a transgressão da norma se explica como lesão ou colocação em perigo de bens jurídicos tutelados pela lei¹³⁴.

A função sistemática se traduz no uso do bem jurídico por referência, a partir do que se estabelecem hierarquias entre as infrações individualmente descritas na parte especial. Além disso, o princípio de proporcionalidade, em seu aspecto interno do sistema normativo, reflete no âmbito das sanções, exigindo que os delitos de perigo sejam apenados menos gravemente que os de lesão segundo se trate do mesmo bem jurídico, bem assim, que os bens jurídicos fundamentais como a vida sejam proporcionalmente apenados

¹³⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. **Derecho penal económico...** Op. cit., p. 241.

¹³¹ ORTS BERENQUER, E.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. **Compendio...** Op. cit., p. 254.

¹³² *Ibid.*, p. 249-250.

¹³³ BUSATO, P. C. **Direito penal...** Op. cit., p. 369.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 369.

mais gravemente que os bens jurídicos cuja importância não é tão acentuada. Ainda, a pretensão de ofensividade da norma incluída no tipo de ação é a realizadora da concreção do princípio de intervenção mínima, na medida em que só se admite como tipo de ação a conduta que lesione ou ponha em perigo de modo grave bens jurídicos essenciais para o desenvolvimento da vítima na sociedade¹³⁵.

A função interpretativa se revela na ideia de que, sendo o bem jurídico a base sobre a qual se estrutura o tipo penal, somente a partir dele se pode iniciar o trabalho de interpretação. A tarefa da hermenêutica jurídico-penal moderna é reinterpretar as categorias dogmáticas segundo o leme político-criminal. Assim, a adequada compreensão da norma deve ter como elemento referencial o ponto que sintetiza os objetivos do Direito Penal, ou seja, a proteção de bens jurídicos. Assinale-se que no âmbito da função interpretativa, o conceito de bem jurídico não se confunde com a mera intenção do legislador, e sim representa um pressuposto de validade e legitimidade normativa¹³⁶.

Como se nota, na estruturação da fórmula do *tipo de ação* proposta por Vives, o bem jurídico encontra definitivamente um *locus* na estrutura do sistema de imputação, traduzindo, de modo claro, um acréscimo de conteúdo material para o primeiro filtro de validade da norma.

CONCLUSÃO

Resta claro, portanto, que a evolução e aprimoramento do sistema de imputação deve direcionar-se sempre no sentido da afirmação das liberdades individuais e, para tanto, aproximar-se o máximo possível de uma almejada justiça.

No afã de lograr essa aproximação, compete aos que se dedicam ao estudo do Direito penal, debruçar-se mais sobre o pensamento filosófico em busca de linhas de trabalho que permitam o incremento da dimensão material do conteúdo das categorias técnico-jurídicas. Isto resta amplamente demonstrado pelo esforço de pesquisadores como Vives Antón e como Cláudio Brandão. Profundos estudiosos da filosofia, desde perspectivas completamente diferentes, logram empurrar adiante o desenvolvimento teórico no campo penal, valendo-se da mais refinada fonte do pensamento humano para contribuir ao aprimoramento de nosso campo de estudos.

¹³⁵ ORTS BERENQUER, E.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. **Compendio...** Op. cit., p. 250-251.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 253.

Só assim se pode lograr o rompimento do casulo hermético em que se enclausurou a dogmática jurídico-penal e torná-la, cada vez mais, permeável à realidade social, aproximando o resultado do debate forense da compreensão dos destinatários da prestação jurisdicional. Esta é a principal missão dos operadores do direito, pois, como dizia Georges Ripert, “se o direito não ouve a sociedade, a sociedade se vingará, ignorando o direito”.

Portanto, deve orgulhar-se o cenário jurídico-penal brasileiro, de contar com tão brilhante e precoce jurista, que tanto ofereceu quanto ainda há de oferecer ao aprimoramento de um Direito penal melhor, enquanto não se cumpra o vaticínio de Radbruch e este logre, pela evolução da humanidade, ser substituído por algo mais justo do que ele.

REFERÊNCIAS

- ALCUINO DE YORK. Pippini regalis et nobilissimi juvenis disputatio cum albino scholastico. In: FROBENIUS, F. **Patrologia Latina**. Paris: Sirou, 1863. p. 975-980. v. 101.
- BELING, E. von. **La doctrina del delito-tipo**. Trad. de Sebastián Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944.
- _____. **Esquema de derecho penal: la doctrina del delito-tipo**. Trad. de Sebastián Soler. Buenos Aires: El Foro, 2002.
- BLANSHARD, B. En defensa del determinismo. In: HOOK, S. (Ed.). **Determinismo y libertad**. Barcelona: Fontanella, 1969. p. 15-31.
- BRANDÃO, C. **Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. Coimbra: Almedina, 2012.
- BUSATO, P. C. **Direito penal**, parte geral. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. **Manual de derecho penal español: parte general**. Barcelona: Ariel, 1984.
- CUERDA ARNAU, M. L. Dogmática, direitos fundamentais e justiça penal. Trad. Rodrigo Jacob Cavagnari. **Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 6, n. 11, p. 43-72, jul./dez. 2014.
- DIAS, J. de F. **Direito penal: parte geral**. Tomo I. Coimbra: Coimbra, 2004.
- DEMETRIO CRESPO, E. Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal: aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre neurociencias y derecho penal. **Indret**, Barcelona, v. 12, n. 2, p. 1-38, abr. 2011. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/807.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2017.
- DOHNA, A. G. zu. **La estructura de la teoría del delito**. Trad. de Carlos Fontán Balestra e Eduardo Friker. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1958.
- FLETCHER, G. P. **Basic concepts of criminal law**. New York: Oxford University, 1998.
- _____. **Aproximación intersubjetiva al concepto de acción**. Ponencia proferida en la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España. Trad. Francisco Muñoz Conde. Sevilha, 1998.
- GALLAS, W. **La teoría del delito en su momento actual**. Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona: Bosch, 1959.
- HEISENBERG, W. Über den anschaulichen Inhalt der quantentheoretischen Kinematik und Mechanik. **Zeitschrift für Physik**, Berlin, v. 43, n. 3-4, p. 172-198, März. 1927.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. **Tratado de Derecho penal**. Tomo III. 3. ed. Buenos Aires: Losada, 1965.
- LIBET, B. Do we have free will? **Journal of Consciousness Studies**, Exeter, v. 6, n. 8-9, p. 47-57, Aug. 1999.
- LIFSCHITZ, S. P. **Los elementos subjetivos del tipo legal**. Montevideo; Buenos Aires: B. de F., 2008.
- LUIZI, L. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre: Fabris, 1987.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. **Derecho penal económico y de la empresa: parte general**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. A **“concepção significativa da ação” de T. S. Vives e sua correspondência sistemática com as concepções teleológico-funcionais do delito**. Trad. Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MAURACH, R. **Derecho penal**: parte general. Trad. Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994.

MESTIERI, J. **Manual de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.

MEZGER, E. **Tratado de derecho penal**. Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. Tomo I. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.

MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M. **Derecho penal**: parte general. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M.; CHIESA, L. E. A exigência de ação (act requirement) como um conceito básico do direito penal. Trad. Paulo César Busato e Rodrigo Jacob Cavagnari. **Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 3-21, jan./jun. 2009.

ORTS BERENQUER, E.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. **Compendio de derecho penal**: parte general. 6. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

RAMOS VÁZQUEZ, J. A. **Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G. **La omisión de socorro en el Código Penal**. Madrid: Tecnos, 1966

ROXIN, C. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. Band I. 4. ed. München: Beck, 2006.

_____. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SCHRÖDINGEN, E. Die Gegenwärtige Situation in der Quantenmechanik. **Die Naturwissenschaften**, Berlin, v. 23, n. 48, p. 807-812, Nov. 1935.

SILVEIRA, R. de M. J. **Fundamentos da adequação social em direito penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

TEGMARK, M. The interpretation of quantum mechanics: many worlds or many words? **Fortschritte der Physik**, Berlin, v. 46, n. 6-8, p. 855-862, Aug. 1997.

VIVES ANTÓN, T. S. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

VIVES ANTÓN, T. S.; CUERDA ARNAU, M. L. Estado autoritario y adelantamiento de la “línea de defensa penal”. In: MAQUEDA ABREU, M. L.; MARTÍN LORENZO, M.; VENTURA PÜSCHEL, A. (Coord.). **Derecho penal para un estado social y democrático de derecho**: estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2016. p. 365-381.

WEBER, H. von. **Lineamientos del Derecho penal alemán**. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni. Buenos Aires: Ediar, 2008.

WELZEL, H. **Derecho penal alemán**. 4. ed. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1997.

_____. **O novo sistema jurídico penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luis Régis Prado (da versão espanhola de Cerezo Mir). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.