

O GIRO LINGUÍSTICO E O DIREITO PENAL

TURNING OF LANGUAGES AND CRIMINAL LAW

*Paulo César Busato**
Professor da UFPR

Resumo

O presente artigo apresenta uma visão geral sobre a teoria do delito a partir do paradigma da filosofia da linguagem, apontando, de modo geral, para os ganhos criminológicos, político criminais e dogmáticos da adoção da referida perspectiva.

Palavras-chave

Teoria do delito. Filosofia da linguagem. Concepção significativa de ação.

Abstract

This article provides an overview about the criminal law system from the paradigm of the philosophy of language, pointing the criminological, political and dogmatical advantages that can be provided by the adoption of that perspective.

Keywords

* O autor é professor de Direito penal da UFPR e da FAE-Centro Universitário, Doutor em direito penal e Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná.

Criminal law system. Philosophy of language. Meaningful action concept.

Introdução

A história mostra que desde que o direito em geral e o Direito penal em especial buscaram a sua afirmação como ciência, que cada sistema de imputação encontrou ancoragem em uma racionalidade específica¹. A evolução das sucessivas teorias do delito sempre correspondeu, de algum modo, a uma sucessão de paradigmas associados a novas formas de pensar que pretenderam, com sua abordagem, oferecer soluções cientificamente mais adequadas, ou seja, capazes de oferecer respostas mais corretas ao problema central de como imputar.

No plano epistemológico, porém, a

¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *A concepção significativa de ação de T.S. Vives e sua correspondência sistemática com as concepções teleológico-funcionais do delito*. Trad. de Paulo César Busato, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 1-2.

evolução das racionalidades conduziu ao giro lingüístico que, com raízes filosóficas, espalhou-se por todos os distintos âmbitos do conhecimento humano.

Sua chegada ao sistema de imputação próprio do Direito penal, porém, foi tardia, somente se produzindo no último quartel do Século XX.

Não obstante a tardança, a influência da filosofia da linguagem em matéria de imputação vai muito além da mera superação de um paradigma científico por outro. O que se propõe é muito mais do que isso. À raiz da epistemologia lingüística a mudança proposta é de quebra da própria pretensão científica do sistema de imputação, rompendo não com o paradigma científico, mas com a própria racionalidade científica, aproximando o Direito penal da *praxis* e dotando a fórmula de imputação de objetivos muito mais pragmáticos.

Este artigo se propõe a oferecer um esboço da proposição lingüística em

matéria jurídico penal, que é traduzida pelo modelo *significativo* de teoria do delito e propor uma breve análise a respeito das implicações que a adoção desta perspectiva possui em termos criminológicos, político criminais e dogmáticos. Naturalmente, sem a pretensão de esgotamento de tais perspectivas, senão como mera introdução a campos que podem e devem ser explorados mais verticalmente em outros estudos.

1. O que é o modelo significativo de teoria do delito.

Conquanto não a tenha denominado assim, a partir de bases assentadas na filosofia da linguagem, Tomás Salvador Vives Antón ofereceu, em meados dos anos 90 do Século XX, uma proposta de estruturação de teoria do delito que pode ser chamada de *teoria significativa do delito*.

A razão para assim denominá-la é que a sua estruturação

metodológica parte de uma concepção de ação que o próprio autor denomina *significativa*, à vista de que esta traduz uma expressão de sentido, com bases assentadas na filosofia da linguagem.

A partir da iniciativa de Vives, muitos outros penalistas passaram a estruturar trabalhos a partir das bases por ele oferecidas².

² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*. 4ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2014; BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. “Algunas reflexiones sobre el objeto, el sistema y la función ideológica del Derecho penal”, in *Nuevo Foro Penal* nº 62, Antioquia: Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia, 1999 (também existe versão brasileira publicada em *Justiça e Sistema Criminal* nº 10, Curitiba, 2014; ORTS BERENQUER, Enrique e GONZÁLEZ CUSSAC, Jose Luiz. *Compendio de Derecho penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004 (2ª ed., 2010, 3ª ed., 2011); GORRIZ ROYO, Elena. *El concepto de autor en Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008; RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis.

“Dolus in re ipsa”, in [Carbonell Mateu, Juan Carlos - González Cussac, José Luis y otros directores y Cuerda Arnau, María Luisa – coordinadora], *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Anton*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009; ORTS BERENQUER, Enrique. “Consideraciones sobre los elementos subjetivos de algunos tipos de acción”, in [Carbonell Mateu, Juan Carlos - González Cussac, José Luis y otros directores y Cuerda Arnau, María Luisa – coordinadora], *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Anton*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009; CUERDA ARNAU. “Limites constitucionales de la comisión por omisión”, in [Carbonell Mateu, Juan Carlos - González Cussac, José Luis y otros directores y Cuerda Arnau, María Luisa – coordinadora], *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Anton*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009 (existe versão brasileira na Revista *Justiça e Sistema Criminal*, nº 10, Curitiba, 2014; FLETCHER, George. *Conceptos básicos de Derecho penal*. Trad. de Francisco Muñoz Conde, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997; RUIZ ANTÓN, Luis Felipe. “La

Esta estruturação, que consistiu no último giro copernicano a respeito da teoria do delito é, sem dúvida, a mais recente contribuição sobre os fundamentos dos sistema de imputação e é apontada como uma proposição “destinada a lograr uma ampla aceitação na doutrina e na jurisprudência”³.

acción como elemento de la teoría del delito y la teoría de los actos de habla: cometer delitos con palabras” in *El nuevo Código penal: presupuesto y fundamentos. Libro homenaje al doctor Don Ángel Torío López*; Granada: Comares, 1999; ALCÁCER GUIRAO, “Cómo cometer delitos con el silencio. Notas para un análisis del lenguaje de la responsabilidad” in *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*. [Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Manuel Guardiel Sierra e Emilio Cortés Bechiarelli – Coord.], Valencia: Tirant lo Blanch, 2004 e BUSATO, Paulo César. *Derecho penal y acción significativa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007 (Há também edição argentina, publicada por Didot, em 2013). No Brasil, veja-se, BUSATO, Paulo César. *Direito penal. Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2013 (2ª ed., 2015).

³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa...cit.*, p. 35.

As razões para tanto são duas: o seu caráter eminentemente prático, sua capacidade de rendimento a respeito da resolução de problemas concretos e a possibilidade que abre de conexão entre os sistemas do *civil law* e do *common law*.

No que refere ao primeiro aspecto, o rendimento prático de um modelo associado à linguagem já tinha sido detectado antes por Hassemer. Segundo este autos, a aproximação progressiva entre o Direito e a linguagem deriva justamente da necessidade daquele de produzir respostas a problemas práticos, em especial em sua dimensão pragmática⁴.

⁴ Nesse sentido, refere o autor que “A classificação da semiótica – teoria da linguagem e de seu uso – é muito útil, se se quer conhecer os limites aos quais a lei pode vincular em si o juiz. Na “sintaxe” ou *sintática* trata-se das relações dos signos lingüísticos entre si, de gramática, de lógica, de formas e de estruturas. Na *semântica* trata-se das relações dos signos lingüísticos com a realidade, de significado, de experiência, de realidade. Na

Quanto ao segundo, bastaria referir que as mesmas bases filosóficas voltadas à linguagem foram apontadas por George Patrick Fletcher⁵ para a composição de uma *concepção intersubjetiva de ação* ou *concepção humanista*, que serve de base para a composição do seu sistema de imputação, que, na opinião do próprio autor, tem uma grande semelhança com a concepção de Vives.

Ainda que vinculado a uma forma de

trabalho bastante mais pragmática – e por isso, mais simples – que o monumental livro de fundamentos do Prof. Vives, Fletcher oferece un conceito *intersubjetivo* de ação que, por um lado, pretende superar o modelo ontológico que orientou sempre os estudos jurídico-penais estadounidenses e, por outro, estabelece uma base estrutural para o próprio sistema de imputación, conjugando-se com as exigências normativas⁶.

O fato de que dois autores de formação absolutamente distinta, estudiosos de sistemas jurídicos completamente díspares, cheguem às mesmas conclusões a respeito dos fundamentos do sistema de imputação é revelador de que a evolução

pragmática trata-se da relação dos signos lingüísticos com a realidade, de significado, de experiência, de realidade. Na *pragmática* trata-se da relação dos signos lingüísticos con seu uso em situações concretas, de ação, de comunicação, de retórica, de narração”. HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho penal*. Trad. de Francisco Muñoz Conde y Luís Arroyo Zapatero, Barcelona: Bosch, 1984, p. 221.

⁵ Veja-se FLETCHER, George Patrick. *Rethinking Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2000; FLETCHER, George Patrick. *Basic Concepts In Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 1998 e FLETCHER, George Patrick. *The Grammar Of Criminal Law. Vol. 1. Foundations*. New York: Oxford University Press, 2007.

⁶ Comentan la coincidencia metodológica entre las proposiciones de Vives y Fletcher MUÑOZ CONDE, Francisco e CHIESA, Luís Ernesto. “A exigência de ação como conceito básico de direito penal”, in *Justiça e Sistema Criminal* nº 1. Trad. de Rodrigo Jacob Cavagnari e Paulo César Busato, Curitiba:FAE, jul.-dez. 2009, p. 13.

natural do pensamento humano passa por estas bases e conduziria, inexoravelmente, a uma evolução do sistema de imputação nesta direção.

Vives baseia sua estruturação de teoria do delito especificamente na contribuição filosófica mais marcante do Século XX, que é a filosofia da linguagem e, a partir, especificamente, de um de seus autores mais importantes:

Ludwig Wittgenstein. Mais precisamente, a partir do chamado *segundo* Wittgenstein, que é identificado com a postura de seu trabalho fundamental, *Investigações Filosóficas*, com o qual o próprio autor refuta, em certa medida as conclusões de sua obra anterior, o *Tractatus Logico-Philosophicus*.

A proposta de Vives se assenta, por um lado, na filosofia da linguagem do segundo Wittgenstein⁷, que produziu o

“giro pragmático” da filosofia com base na ação e na racionalidade prática e, por outro, no que se refere à metodologia de apresentação do sistema na teoria da ação comunicativa e na teoria do discurso de Habermas.

Na realidade é o próprio pensamento humano que se organiza ao redor destes fundamentos e o que faz Vives é agrupar a racionalidade penal a partir dos *jogos de linguagem* expressos na ação e as *formas de vida* que dão racionalidade prática às regras. Por outro lado, na metodologia de apresentação dos temas de parte geral afirma as realidades a partir da compreensão da linguagem como acordo comunicativo que legitima as normas segundo pretensões de validade.

Toda a filosofia lingüística tem por base as contribuições do segundo Wittgenstein, a respeito do *jogo de linguagem* ou *jogo lingüístico*. Wittgenstein parte de negar uma idéia central do seu *Tractatus lógico-filosoficus* que expressa a busca da linguagem logicamente

⁷ O Wittgenstein de *Investigaciones Filosóficas*, que assume o caráter dinâmico da linguagem com base nos jogos de linguagem que põem em conexão distintos quadros ou formas de mundo.

perfeita, substituindo esta idéia pela de que a essência da linguagem está nos “jogos de linguagem” (*Sprachspiele*)⁸, com o que se verifica que o sentido do linguagem é dado

⁸ Wittgenstein abre seu *Investigações filosóficas* citando uma interessante passagem de *Confissões* de Santo Agostinho: “Quando eles (os adultos) nomeavam alguma coisa e conseqüentemente com essa apelação se moviam até algo, o via e compreendia que com os sons que pronunciavam chamavam eles aquela coisa quando pretendiam apontá-la. Pois o que eles pretendiam se percebia de seu movimento corporal: qual linguagem natural de todos os povos que com mímica e jogos de olhos, com o movimento do resto dos membros e com o som da voz fazem indicação das afeições da alma ao apetecer, ter, rechaçar ou evitar coisas. Assim ouvindo repetidamente as palavras colocadas em seus lugares apropriados em diferentes orações, se dava conta paulatinamente de que coisas eram signos e, uma vez adestrada a língua nesses signos, expressava com eles meus desejos”. Daí conclui Wittgenstein que esta passagem ilustra “a essência da linguagem humana”. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*. 2ª ed., trad. de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, Barcelona: Editorial Crítica, 2002, p. 17.

pelo contexto onde ela se desenvolve e não com base em vinculações prévias. Pode-se dizer que uma expressão é “apropriada, mas só para este domínio estritamente circunscrito, não para a totalidade do que pretendemos representar”⁹.

Coerentemente con sua teoria - de substituir a descrição por compreensão, por significação - , Wittgenstein opta por não dar um conceito de “jogo de linguagem”, limitando-se a oferecer exemplos, como dar ordens e obedecê-las, descrever a aparência de um objeto ou dar suas medidas, expor um caso concreto, formular e testar hipóteses. Estas situações evidenciam que se deve ter presente no jogo de linguagem a existência de uma descrição e uma compreensão, ou seja, que os participantes deste jogo compartilhem determinadas impressões a respeito da linguagem, determinadas regras, determinados pontos de

⁹ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas...cit.*, p. 21.

partida, para que estes jogos façam sentido. Por isso se associa a linguagem a ações, e o todo formado por estas relações é o chamado jogo de linguagem.

Com isto logra comprovar, desde logo, que não é possível a pretensão de uma linguagem unívoca de paradigma descritivo.

Mas os jogos de linguagem, como qualquer outro jogo, são regidos por regras¹⁰. As regras devem ser compartilhadas entre os participantes do mesmo jogo de linguagem. Para que uma regra exista, é necessário que algumas pessoas as obedeçam em algumas ocasiões.

Deriva disso que não é possível falar de regra quando é seguida uma única vez ou por uma só pessoa. A regra supõe convir a respeito de sua existência¹¹. Mas não

supõe a existência de uma única regra a respeito da qual se possa convir, pelo que se chega ao paradoxo descrito por Wittgenstein: “uma regra não podia determinar nenhum curso de ação porque todo curso de ação pode fazer-se concordar com a regra”¹².

Mas, há uma intensa relação entre regra e erro, já que só é possível falar de erro onde uma regra não é cumprida, ou seja, a violação de um padrão determinado entre correto e incorreto. A reação de um participante do jogo de linguagem ao erro é um importante marco da própria existência da regra e é o único que se pode considerar efetivamente uma regra fundamental, ou seja: seguir ou não a regra proposta. Wittgenstein¹³ o expressa ao afirmar que “a resposta era: se tudo pode ser feito de modo a concordar com a regra, então também pode ser feito de modo a

¹⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas...cit.*, p. 359.

¹¹ “«Quando significamos algo, não é como ter uma figura morta (do tipo que seja), mas é como se nos dirigíssemos a alguém». Nos dirigimos àquilo que significamos”. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas...cit.*, p. 319.

¹² WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas...cit.*, p. 203.

¹³ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas...cit.*, p. 203.

discordar”, pelo que “mostramos que há uma captação de uma regra que *não é uma interpretação*, mas que se manifesta, de caso a caso de aplicação, no que se chama «seguir a regra» e no que se chama «contrariá-la».

Com isto, é possível concluir que as regras são práticas¹⁴ compartilhadas da vida diária que subjazem a certos jogos de linguagem e que foram moldadas por certas convicções e regras fundamentais.

Essas regras fundamentais constituem um sistema que é um “quadro de mundo”. Assim, justamente porque este “quadro de mundo” é a configuração de regras básicas que compõem as “formas de vida”¹⁵, eles não necessitam justificar-se e não podem ser valorados

como certos ou errados¹⁶. Tão somente é possível impor um “quadro de mundo” através da persuasão e não através de justificativas, pois elas são relativas à própria “forma de vida”.

Disso deriva um profundo interesse para o discurso racional prático e logo, para o discurso jurídico, pois o uso descritivo da linguagem não é o único e por isso, não é essencial ou fundamental. Assim, não há razões para a redução da linguagem normativa ao modelo descritivo e ademais, a lógica dos “jogos de linguagem” - inclusive no discurso jurídico - somente pode ser compreendida a partir da consideração de outros fatores além de sua

¹⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas...cit.*, p. 203.

¹⁵ “A noção de *jogo de linguagem* nas *Investigações* é correlativa à *forma de vida*”. BUSTOS, Eduardo. *Filosofía Contemporánea del Lenguaje I (Semántica filosófica)*. 1ª reimp., Madrid: UNED, 1994, p. 18.

¹⁶ Wittgenstein afirma que “a linguagem é um instrumento. Seus conceitos são instrumentos. Cremos então que não se pode ter *muita* importancia *quais* conceitos empregemos. Como, definitivamente, podemos tornar físicas com pés e polegadas do mesmo modo que com metros e centímetros; trata-se somente de uma diferença na comodidade”. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas...cit.*, p. 359.

expressão verbal, inclusive as circunstâncias em que tem lugar. Com isto, para o estabelecimento do argumento jurídico, não são desprezíveis as circunstâncias do caso concreto, nem tampouco sua situação histórica, social, cultural e política.

Por outro lado, as raízes da idéia de «*ação comunicativa*» de Habermas se encontram situadas principalmente na Filosofia da linguagem proposta por Wittgenstein¹⁷. Já de entrada esclarece Habermas¹⁸ que seu intento não coincide com “o interesse metodológico por uma fundamentação das ciências sociais em uma teoria da linguagem”, como seria o caso do estabelecimento de um “conceito de ação” mas sim o oferecimento de uma “teoria da sociedade”.

Parte-se, pois, de tratar de verificar como atuam os processos sociais. Habermas considera que o mundo social não é algo dado previamente, mas algo dotado de sentido, que depende, sempre, de interpretação e de validade. Por isso, as relações sociais são expressas segundo pretensões de validade. Nesse sentido, observa Jiménez Redondo:

“sempre que tratamos de *nos entender* com *alguém* sobre *algo* (ser seres dotados de linguagem implica, pois, habitar três mundos, o subjetivo, o objetivo e o mundo social do sentido), sempre que pronunciamos ainda que só seja uma frase para coordenar com o próximo nossos planos de ação, [...] não temos alternativa além de pretender *inteligibilidade* para nossos meios de expressão, *verdade* para aquilo que dizemos sobre o mundo ou para aquilo que implicamos sobre o mundo objetivo, *correção* para nossa própria ação de falar ou para o que fazemos falando e *veracidade*

¹⁷ En ese sentido, VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 195.

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Vol. I, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid: Taurus, 1987, p. 9.

para o que dizemos enquanto expressão do nosso pensamento”¹⁹.

O propósito de entender-se, levado a cabo por um processo de comunicação através da linguagem é o sentido primário da linguagem e por isso, deve estar presente em todas as formas de emprego da linguagem, ou seja, em todos os processos de socialização. Assim, todo o processo de socialização depende de uma “ação coordenada mediante um emprego da linguagem com as características assinaladas”²⁰.

Habermas²¹ propõe que “o entendimento lingüístico é só um mecanismo de coordenação da ação, que ajusta os planos de ação e as atividades

teleológicas dos participantes para que se possa constituir uma interação”.

Este caráter compartilhado do entendimento lingüístico distingue os atos de fala das comunicações não verbais, não apenas por sua expressão reflexiva e autoexplicativa, mas também pelo objetivo que persegue de buscar sentido. Por isso, os atos de fala ultrapassam a condição de entidades ontológicas e não podem, ser entendidos simplesmente desde um ponto de vista causal²².

Mas Habermas²³ se adianta em afirmar que “o modelo comunicativo de ação não equipara ação e comunicação. A linguagem é um meio de comunicação que serve ao entendimento, enquanto que os atores, ao entenderem-se entre si, para coordenar suas ações, perseguem, cada um, determinadas metas”.

¹⁹ JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. *Estudio Preliminar a la obra Fundamentos de Derecho penal*, de Tomás S. Vives Antón. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 72.

²⁰ JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. *Estudio Preliminar...cit.*, p. 72.

²¹ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa...cit.*, p. 138.

²² En ese sentido VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 192.

²³ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa...cit.*, pp. 145-146.

Definitivamente, “a ação comunicativa designa um tipo de interações que vêm coordenadas mediante atos de fala, mas que não coincidem com eles”. Para Habermas²⁴ “o entendimento lingüístico é somente o mecanismo de coordenação da ação, que ajusta os planos da ação e das actividades teleológicas dos participantes para que possam constituir uma interação”.

O que sim, deriva destas conclusões, é que Habermas²⁵ pode, a partir disso, estabelecer a diferença entre ação e o mero movimento corporal, o qual, ainda que faça parte da ação, não pode ser confundido com ela. “As ações são realizadas de certo modo mediante movimentos do corpo. Mas isto deve ser entendido no sentido de que o ator *co-realiza* esses movimentos quando segue uma regra de ação, técnica ou social”.

Assim, aparece a idéia de que “do conceito de seguir uma regra deriva um conceito de *capacidade de ação*, conforme o qual um sujeito a) sabe que segue uma regra b) (se) nas circunstâncias apropriadas está em condições de *dizer* que regra está seguindo, ou seja, de indicar o conteúdo proposicional da «consciência de regra»²⁶.

Resta assim, desenhado o conceito de ação comunicativa de Habermas, que vai mais além da simples idéia de um movimento final, e a converte em uma expressão de sentido. A diferença se situa no campo metodológico, pois a análise da ação nas perspectivas reducionistas, ao confundí-la com o mero *comportamento*, reduzem seu campo a uma idéia meramente empírico-descritiva do objeto, enquanto que uma perspectiva da ação como a aqui proposta, converte a tarefa em uma descrição das

²⁴ HABERMAS, Jurgen. *Teoría de la acción comunicativa...cit.*, p. 138.

²⁵ HABERMAS, Jurgen. *Teoría de la acción comunicativa...cit.*, p. 141.

²⁶ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, pp. 193-149.

objetivações dotadas de sentido, exigindo a análise deste mesmo sentido conforme as regras segundo as quais se produziu²⁷.

A ação comunicativa é um fenômeno dotado de sentido, por isso, pode-se dizer que é um produto de “um *processo de interpretação* conforme regras”²⁸.

Aparece aqui a importância da teoria da ação para o direito.

Não é possível negar que o direito é um processo social que se expressa sob uma forma de linguagem que tem que estar conectada com os cânones gerais da expressão lingüística primária, pelo que, “pertence ao âmbito da ação e por conseguinte também ao do sentido e da interpretação e

portanto também ao da luta entre interpretações”²⁹. Daí deriva que a construção jurídica “tem sempre também o sentido de uma atribuição de significado, ou seja, não se trata nunca de uma descrição de algo acabado que, com efeito, simplesmente caiba passar a descrever ou definir, mas sim sempre o trabalho teórico tem um sentido prático, interpretativo e aplicativo³⁰”.

Habermas³¹

reconhece que através do movimento corporal o agente muda algo no mundo, mas entende que é possível “distinguir os movimentos com que um sujeito intervém no mundo (atua instrumentalmente) dos movimentos com que um sujeito encarna um significado (expressa-se comunicativamente)”.

Evidentemente é distinto o movimento físico em si de estender a mão para o alto e

²⁷ “«os movimentos e as ações exigem conceitos básicos categorialmente diversos»: os primeiros estão sujeitos a nexos causais, enquanto que as ações são produzidas conforme regras”. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 195.

²⁸ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 195.

²⁹ JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. *Estudio Preliminar...cit.*, p. 57.

³⁰ JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. *Estudio Preliminar...cit.*, p. 57.

³¹ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción... cit.*, pp. 139-140.

este mesmo movimento realizado pelo guarda de trânsito ordenando que o fluxo de tráfego se detenha. A ação só pode ter sentido jurídico desde que interpretada em conjunto com seu entorno. Logo, as valorações jurídicas só podem ser consideradas como *ações*, dentro do marco de seu significado.

A consideração da ação como expressão de sentido afeta o próprio modelo cartesiano sobre o qual se estrutura a teoria do delito e logo, todas as doutrinas aí contidas cuja ancoragem se encontra nele. Em especial, como aponta Vives³², a doutrina da ação e a doutrina do dolo.

“A ação era concebida ontologicamente, como algo que existe no mundo, e ocorre, no pensamento de autores muito significativos, a entender-se, não como o que os homens fazem, nas como o *significado* do que fazem, *não como*

substrato, mas como sentido; e, conseqüentemente, a determinação de estar ou não diante de uma ação – e a do tipo de ação ante o qual se está – já não se efetua com parâmetros psico-físicos, mediante o recurso à experiência externa e interna, mas tem lugar em termos de regras, isto é, em termos normativos. É a *obediência a regras* (e não um inapreensível acontecimento mental) o que permite falar de *ações*, em lugar do que as constitui como tais (o *significado*) e *ao contrário* dos simples fatos”³³.

Como se vê, não apenas a natureza da ação é afetada, mas inclusive o tipo de ação a que se refere. Logo, saber se uma ação é omissiva ou comissiva, dolosa ou imprudente, passa a depender da análise de regras de validade segundo as quais tal ação expressa seu significado. E de conseqüência, saber, por exemplo, se houve uma tentativa de delito, não pode reduzir-se a uma mera análise ontológica ou psicológica da

³² VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 197.

³³ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 197.

conduta do autor, mas dependerá, isso sim, de uma verificação do sentido expresso na ação, também através de uma análise de regras de validade.

Em termos especificamente jurídico-penais, esta fórmula, ademais de superar o modelo finalista vinculado especificamente à filosofia da consciência, igualmente se afasta, por superação, das idéias funcionalistas, no sentido de propor as soluções para as questões penais em termos de ação e não em termos de sistema.

Além disso, a proposta metodológica do discurso *habermasiano* contempla uma concepção de comunicação completamente diferente do sentido deste termo no âmbito da teoria dos sistemas, que serve de paradigma para o funcionalismo *lubmaniano*. A comunicação aqui não é apenas instrumental, funcionando como veículo de efetivação das expectativas contrafáticas, senão que é a verdadeira base sobre a qual

se estrutura a validade do sistema normativo³⁴.

A fundamentação normativa do Direito no modelo discursivo se estrutura em um conceito procedimental de racionalidade, segundo o qual somente podem ser legítimas as normas que mereçam tal reconhecimento por parte dos seus destinatários, através de um processo de comunicação que garanta a expressão de vontade racional³⁵.

Adotada a perspectiva de entender que a criação da norma se dá não só no processo de criminalização primária, mas principalmente no processo de criminalização secundária, é de reconhecer que o modelo discursivo resulta em ampliação de garantias, uma

³⁴ De forma similar a análise de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa...cit.*, p. 38.

³⁵ Veja-se HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre faticidade e validade I*. Trad. de Fábio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp. 154 e ss.

vez que recruta a validade tópica, reclamando uma circunstância de reconhecimento pela dialética do processo³⁶.

A fórmula de estruturação proposta por Vives se assenta em dois pilares fundamentais: uma teoria da ação e uma teoria da norma, conjugadas de tal sorte que a norma pretende ser válida para o reconhecimento de um delito expresso em uma ação. Acrescenta-se, porém, o eixo de equilíbrio entre ambas na

realização desta conjugação, que é a concepção a respeito da liberdade de ação.

1.1. A concepção significativa da ação.

Vives parte da concepção fundamental de que a ação não pode ser um fato específico e nem tampouco ser definida como o substrato da imputação jurídico-penal, mas sim representa “um processo simbólico regido por normas”³⁷ que traduz “o significado social da conduta”³⁸. Assim, para Vives o conceito de ações é o seguinte: “interpretações que, segundo os distintos grupos de regras sociais, possíveis de dar-se ao comportamento humano”³⁹ e, portanto, elas deverão representar, em termos de estrutura do delito, já não o substrato de um

³⁶ Importa destacar, nesse sentido, o equívoco de uma preconceituosa e equivocada crítica usualmente endereçada ao método discursivo, sustentando-se que ela parte de uma suposta e inexistente igualdade de oportunidade entre partes para a formulação da validade. O equívoco desta visão é mais do que evidente, porque a postura aqui adotada não presume um *prius existente* de igualdade, porque considera que nada precede a linguagem, que é a matriz da realidade. O que se afirma, muito ao contrário, é que a falta de realização do processo de inclusão do seu destinatário em igualdade de oportunidade discursiva impede a pretensão de validade da norma contra ele.

³⁷ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 205.

³⁸ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 205.

³⁹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 205.

sentido mas o sentido de um substrato⁴⁰.

Com isso, logra diferenciar entre ações – que são dotadas de sentidos ou significados⁴¹ e comportam interpretações – e fatos - que não têm sentido e comportam, tão somente – descrições -.

Por outro lado, o sentido de tais ações é ditado por regras que as regem⁴². Tais regras, porém, são reconhecidas como tais enquanto tenham seu uso estabelecido, pois, somente assim podem determinar o sentido de uma conduta. Ou seja, o reconhecimento da ação deriva da expressão de sentido que uma ação possui.

⁴⁰ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 205.

⁴¹ Com a palavra “sentido”, ou “significado”, Vives pretende referir a teoria do significado como uso de expressões, que arranca do pensamento do primeiro Wittgenstein, do *Tractatus*, e combina com a teoria dos jogos de linguagem, para cuja descrição mais detida remeto a VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, pp. 208-211.

⁴² VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 213.

A expressão de sentido, porém, não deriva das intenções que os sujeitos que atuam pretendam expressar, mas sim do “significado que socialmente se atribua ao que façam”⁴³. Assim, não é o *fim* mas o significado que determina a classe das ações, logo, não é algo em termos ontológicos, mas normativos. Vives o deixa claro com um exemplo:

“[...] minha compreensão de uma partida de futebol depende de que conheça as regras do jogo e de que, por conseguinte, possa efetuar uma correta atribuição de intenções aos movimentos dos jogadores: se desconheço as regras, não sou capaz de inferi-las e ninguém me explica, não entenderei o jogo e não saberei, em realidade, o que está ocorrendo ali (nem sequer poderei prever o que tenta fazer um jogador que esteja de posse da bola). Mas, uma vez as conheço e posso fazer por conseguinte, as

⁴³ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 214.

atribuições de intenção corretas, nem sempre qualificarei as jogadas (as ações dos jogadores) com base nas intenções que lhes atribuo: v.g., se um defensor tem a intenção de afastar a bola de sua área, mas acaba enviando-a ao seu próprio gol, não direi que aliviou a defesa, mas sim que marcou um gol contra. As atribuições de intenção encontram-se, segundo o referido, encravadas no seguir de regras e são construtivas do significado, em termos gerais, mas não na forma de uma relação um a um: as regras, que se materializam em atribuições de intenção, operam, com frequência, prescindindo do propósito de quem as segue ou infringe⁴⁴.

O fim fica claramente desvinculado da determinação da ação. A ação é identificada pelo sentido que lhe dão as regras segundo as quais se lhe interpreta. Por isso, “a determinação da ação que se realiza não depende da

concreta intenção que o sujeito queira levar a cabo, mas sim do código social conforme o qual se interpreta o que faz”⁴⁵.

As práticas sociais são pois, contingentes da ação e da intenção⁴⁶. Fala-se de intenções já expressas nas ações e não determinantes delas. Por isso, “os movimentos corporais não são interpretados como ações por causa da presença prévia o concomitante de intenções”⁴⁷, na realidade, é a existência de uma obediência a regras que permite identificar o sentido que jaz na ação e inferir a realização de uma intenção⁴⁸. Logo, “há uma intencionalidade externa, objetiva, uma prática social constituinte do significado”⁴⁹.

Mas é também certo que nem toda ação é

⁴⁴ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 215

⁴⁵ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 216.

⁴⁶ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 218.

⁴⁷ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 218.

⁴⁸ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 218.

⁴⁹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 219.

intencional⁵⁰, o que, outra vez, comprova que o núcleo da ação não está na intencionalidade, o que explica claramente o fracasso do modelo finalista proposto por Welzel em explicar o delito imprudente. Ao contrário, a proposta de Vives, ao seguir o modelo filosófico de Wittgenstein, se afasta de tudo isso para identificar a ação segundo o significado, as regras e a obediência das regras, o que se, por um lado, reconhece que há uma relação interna entre ação e intenção, de modo algum determina que toda a ação, enquanto expressão de sentido, deva consistir, necessariamente, na expressão de uma intenção⁵¹.

Resulta, pois, que em termos normativos, há tanto casos imprudentes

quanto dolosos, sendo que o que identifica estes últimos – por certo – normativamente, é a expressão de sentido que se traduz no compromisso com a produção do resultado típico, que não ocorre na imprudência.

Os estudos de George P. Fletcher, partindo de uma interpretação dos trabalhos de Welzel, apontam coincidentemente para um conceito intersubjetivo de ação que tem exatamente o mesmo perfil.

Fletcher começa por sustentar que há uma questão de fundo no Direito penal que é a decisão de como interpretar as pessoas acusadas de delitos. Se os tratamos como sujeitos ou como objetos. Observa ainda que “os sistemas jurídicos variam segundo a atitude que mostrem a respeito dos acusados e condenados por um delito.”⁵²

Fletcher desenvolve seu raciocínio fazendo uma breve análise sobre as idéias dominantes a

⁵⁰ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, pp. 215-216.

⁵¹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 223. Sobre a crítica ao modelo welzelizano veja-se VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 222, especialmente nota 54.

⁵² FLETCHER, George Patrick. *Conceptos básicos...cit.*, p. 77.

respeito do conceito de ação para concluir pela necessidade de percepção do significado⁵³. Diz que a ação foi primeiramente identificada com o movimento corporal para, logo depois, agregar-se-lhe o componente da voluntariedade. Porém, desde aí começam os problemas, pois cumpre identificar quando exatamente está presente a vontade. Para isso, se costuma admitir que essa vontade só é perceptível quando o sujeito efetivamente atua, o que conduz a um círculo vicioso.

A proposta consiste na composição do conceito de ação humana se faça a conjugação de dois fatores: um alto grau de contextualização na percepção da conduta e uma «compreensão humanista»⁵⁴

⁵³ FLETCHER, George Patrick. *Conceptos básicos...cit.*, pp. 78-90.

⁵⁴ “Um humanista da compreensão de ação exige que abandonar a idéia de uma explicação científica que conceber a ação como produto de forças causais, mas a compreensão de como os seres humanos agem quando eles realmente fazem. Esta

que substitua a idéia de «explicação» do conceito. Assim, conclui que o conceito de ação demanda a compreensão humanista de seu significado contextualizado, cujas bases já foram ofertadas pelo próprio Welzel.

Para Fletcher⁵⁵, aos sucessores de Welzel

diferenciação provém da filosofia alemã de princípios do século XX e especificamente o filósofo alemão Dilthey, que distinguiu entre *verstehen* (compreensão) e *erklären* (explicação). A idéia é que o comportamento humano - em oposição a fenômenos naturais - só pode ser compreendido e não explicado em termos científicos”. FLETCHER, George Patrick. *Conceptos básicos...cit.*, p. 90.

⁵⁵ “Talvez o mais proveitoso da teoria de Welzel é pensar nisso mais como uma teoria da relação entre a ação e a finalidade do que como uma teoria da ação em si. A proposição de que um ato não pode ser compreendido independentemente da sua finalidade implica que o ato não pode ser separado da intenção do ator. ... Finalidade e ato estão unidos; as duas dimensões do mesmo fenômeno não devem ser dissociadas e tratadas separadamente na análise da responsabilidade penal.”

preocupou mais intensamente as conseqüências de sua teoria em outros âmbitos, ainda que o próprio jurista alemão insistia que seu principal interesse consistiu no estabelecimento de uma nova concepção de ação. Isto é, mais que negar simplesmente a ação mecanicista, consistente em mero «movimento corporal voluntário» adicionando o «domínio da vontade final», Welzel abriu uma nova fronteira à percepção e compreensão do propósito do agente. Welzel percebeu que o homem atuava com uma finalidade, mas o essencial deste argumento é o fato de que se pode **perceber** a intenção e não o fato de que dita ação contenha um propósito. Em realidade, segundo Fletcher⁵⁶ neste ponto é onde os trabalhos de Welzel “coincidem com outras tendências da moderna Filosofia” como os postulados de Wittgenstein.

O que é relevante não é só o elemento subjetivo final presente na ação delitiva, senão melhor ainda o conjunto de fatores que produzem uma percepção e compreensão dos propósitos do sujeito. Os elementos subjetivos que reconhecemos na ação têm origem em uma multiplicidade de atos seqüenciais produzidos sob um determinado contexto. Na verdade, é da percepção e compreensão do global das circunstâncias relativas ao fato de onde se deduz sua qualidade final.

Assim, o essencial não é explicar o que se entende por ação, senão apreender “a linguagem do propósito”⁵⁷ o ainda melhor “aprender quando as circunstancias nos permitem dizer que alguém quis golpear a outro e não simplesmente dizer que o golpe foi acidental ou foi dado distraidamente”.⁵⁸ O importante da aportação

FLETCHER, George Patrick. *Conceptos básicos...cit.*, pp. 92-93.

⁵⁶ FLETCHER, George Patrick. *Conceptos básicos...cit.*, p. 92.

⁵⁷ FLETCHER, George Patrick. *Conceptos básicos...cit.*, p. 93.

⁵⁸ FLETCHER, George Patrick. *Conceptos básicos...cit.*, p. 93.

welzeliana foi impelir à percepção das circunstâncias que juridicamente são traduzidas nos elementos do delito.

Tanto é que na medida em que alteramos as circunstâncias, uma mesma ação tem distinta interpretação. Se imaginarmos um indivíduo que aborda outro na rua, apontando-lhe com um facão, perguntando ao seu interlocutor - “o que você quer?” - , certamente pensaremos que se trata de um assalto ou uma briga. Sem embargo, a mesma situação ocorrendo no supermercado, onde o indivíduo com o facão está atrás do balcão de frios, vestido com um avental branco e seu interlocutor do outro lado, na fila para comprar carne, perde completamente qualquer relevância penal. O mesmo demonstra Fletcher com seu conhecido exemplo do guarda do Palácio de Buckingham.⁵⁹

Fletcher valoriza a ação com os elementos circundantes, na busca de sua compreensão humanista, é dizer, na busca do significado que tal ação comunica. Com isso, sustenta seu conceito tão longe da ideia ontológica de ação quando da ideia de fundo normativo. Situa sua ação na compreensão, na transmissão de sentido que

paralisados, mas é um compromisso que assumiram anteriormente, de assim permanecer. Existem inúmeros dados que sugerem que eles estão firmes em uma posição de atenção (seus uniformes, seu grupo de formação, a sua localização em frente ao castelo, o horário, a regularidade de sua conduta). Todos esses dados sugerem que façamos uma seleção do mundo circundante, do contexto. Vejamos agora o mesmo guarda, vestido com traje de rua e colocado sozinho no meio de uma floresta. Ninguém que passar por lá vai saber se ele é um paraplégico, um hipnotizado ou um robô que move os olhos. ... Observe que o mundo circundante e o contexto não são meios para explicar o comportamento, mas para percebê-lo e compreendê-lo”. FLETCHER, George Patrick. *Conceptos básicos...cit.*, pp. 90-91.

⁵⁹ “Com efeito, enquanto eles estão em serviço, os guardas do Palácio referido parece que não se movem, mas não é porque eles estão

produz a interrelação entre sujeito e objeto.

1.2. A norma como expressão de uma pretensão geral de justiça.

Do ponto de vista da responsabilidade penal, a fórmula de imputação consiste realmente em um ato de contemplar a conduta a partir da norma, visando reconhecer a validade de determinada norma para a afirmação de que a conduta é criminosa. Por isso, no que refere à organização do sistema normativo, Vives propõe a substituição da discussão entre o ser e o dever ser, entre o ontológico e o deontológico, entre norma de valoração e de determinação, por um sistema que substitua a razão técnico-instrumental pela razão prática⁶⁰. ainda segundo Vives⁶¹ as normas jurídicas possuem uma dupla essência:

são decisões de poder e também determinações da razão.

Esta perspectiva demanda, naturalmente, uma pretensão geral, algo para o qual vai dirigida a afirmação de validade normativa, com a qual se pretende realizar um processo argumentativo racional. Esta pretensão geral, durante muito tempo, esteve mal proposta, focada em uma pretensão científica de afirmação de uma verdade. A correspondência do fato à ordenação normativa pretendia afirmar a verdade do crime.

É preciso rebaixar este nível de pretensão. Não se afirma a verdade com direito. O máximo a que se pode aspirar como pretensão geral da norma é à promoção de um resultado o mais justo possível. A pretensão de justiça é, portanto, o valor fundamental que guia todo o ordenamento jurídico. Isto porque, obviamente, o delito não é um objeto real, portanto, sua estrutura não tem porque basear-se em uma pretensão de verdade.

⁶⁰ Nesse sentido o reconhecimento de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico e de a empresa...cit.*, p. 52.

⁶¹ VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos...cit.*, p. 341.

Obviamente, a razão fundamental pela qual existe o sistema jurídico é responder a exigências de justiça⁶². O que pretende a norma jurídica é ser essencialmente válida, cuja pretensão obviamente não fica satisfeita com a presunção de legitimidade formal. Também é certo que não pode aspirar converter-se em norma moral, pois ainda que pretenda afirmar-se por si mesma e não em relação a um fim, porque não aspira ao aperfeiçoamento humano, mas simplesmente a gerir a ordem de coexistência humana. Trata-se, definitivamente, da assunção de uma racionalidade prática em substituição a uma racionalidade teórica⁶³.

Mas, obviamente a pretensão de justiça se expressa segundo distintas exigências, “como segurança jurídica, liberdade, eficácia,

utilidade, etc.”⁶⁴, segundo pretensões de legitimidade e validade que só se pode concretizar através de uma justificação procedimental⁶⁵, em sentido *habermasiano*.

Tal justificação se procede com o fim de atribuir responsabilidade penal mediante a comprovação procedimental, primeiramente da execução de uma ação lesiva ameaçada de pena, uma pretensão de relevância expressa pela realização de um tipo de ação, logo a verificação de se a intenção que regia a ação estava ou não de acordo com as exigências do ordenamento jurídico, correspondendo a uma pretensão de ilicitude, em seguida, se aquele que atuou sabia que não poderia fazê-lo e poderia atuar de outro modo o que permite identificar uma pretensão de reprovabilidade e, finalmente, comprovando se o castigo efetivamente era necessário,

⁶² COBO del ROSAL, Manuel e VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho Penal*. 5ª edição, Tirant lo Blanch: Valencia, 1999, p. 267.

⁶³ VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos...cit.*, p. 481.

⁶⁴ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 482.

⁶⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa...cit.*, p. 49.

revelando uma pretensão de punibilidade⁶⁶.

O resultado final é uma evidente conexão entre direito e política derivada de uma racionalidade procedimental que conecta a idéia geral de Estado social e democrático de Direito⁶⁷.

1.3. A liberdade de ação como eixo estrutural do sistema normativo.

É necessário, finalmente, deixar posto que o elemento fundamental que orienta o esquema de Vives e

que, ao mesmo tempo insere a dimensão de preservação do componente humano – ainda que seja normativamente estruturado – é a idéia de liberdade de ação, que é justamente o ponto de união entre sua teoria da ação e sua teoria da norma (os dois pilares básicos de seu sistema de imputação). Assim refere Vives Antón:

“A liberdade de ação constitui —como implicitamente se mostrou até agora— o ponto de união entre a doutrina da ação e a doutrina da norma: pois só se os movimentos corporais não se acham inteiramente regidos por leis causais, só se há uma margem de indeterminação que permita falar das ações como distintas dos fatos naturais, é possível pretender, por sua vez, que estas sejam regidas por normas. a análise das normas como algo distinto da investigação das leis da natureza só tem sentido desde a pressuposição da liberdade de ação, que se converte, assim, no pressuposto sobre o qual —

⁶⁶ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...*cit., pp. 482-483, Também MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa...*cit., pp. 52-53.

⁶⁷ Veja-se evidências sobre isso em HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre faticidade e validade I...*cit., pp. 170 e ss. Sobre a utilidade da fórmula procedimental para a composição da teoria do delito, veja-se VOGEL, “Legislación penal y ciencia del derecho penal (reflexiones sobre una doctrina teórico-discursiva de la legislación penal”, in *Revista de Derecho penal y Criminología*, n. 11. Madrid: Uned, 2003.

necessariamente—, deve girar a sistemática”⁶⁸.

É importante deixar sentado que a idéia de liberdade de ação de Vives no despreza as condicionantes humanas. Isto é importante, porque a partir das críticas deterministas de corte criminológico crítico, é possível chegar à descabida crítica de que a liberdade de ação como tal, não existe. Mas, a liberdade de ação à qual refere é simplesmente aquela que permite identificar a ação como obra pessoal e não do acaso. Ou seja, uma possível proposta crítica de corte determinista, para afastar a idéia de liberdade de ação de Vives deveria partir de um absoluto determinismo na totalidade das atuações humanas, com o que o desprezível já não seria o mero conceito, mas a própria existência de um sistema de imputação de responsabilidade jurídico-penal ou inclusive um sistema jurídico enquanto tal. Assim,

uma oposição desta natureza tem que partir da admissibilidade de uma premissa não só abolicionista mas diretamente anarquista. a idéia de liberdade de ação aqui proposta, se refere à ação enquanto expressão de um sentido comunicativo, ou seja, enquanto forma de linguagem, enquanto forma de transmissão de um significado, onde a própria validade das regras utilizadas em sua interpretação determinam o contexto de liberdade⁶⁹.

A análise de normas se processa de modo distinto da simples verificação de fatos da natureza e somente tem sentido a partir de uma idéia de liberdade de ação. É que não se comprova a liberdade de ação em bases empíricas, mas se trata de conceber o mundo desde a liberdade de ação expressa nela própria, que é o que permite o juízo de

⁶⁸ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 334.

⁶⁹ Com argumentos adicionais a estes na defesa do conceito de liberdade de ação em Vives, RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. *Concepción significativa de la acción...cit.*, pp. 469 e ss.

aplicabilidade de alguma norma. Ao contrário, ao reconhecer a ausência de tal liberdade, não é possível pretender a aplicação de nenhuma classe de regulamentação jurídica. Nesse sentido, referem Vives Antón e Cobo del Rosal:

“Certamente, pode produzir rechazo a idéia de que se castiga sobre a base de uma indemostrável pressuposição de liberdade de vontade. Mas, castigar não é uma opção teórica, mas uma opção prática. Ou se presupõe que o homem é livre, e se lhe castiga pelas infrações das normas que livremente comete, ou se presupõe que não o é, e então é necessário recorrer a esquemas causais (não normativos) para dirigir sua conduta. Por insatisfatório que pareça castigar sobre a base de uma pressuposição, mais insatisfatório resultaria governar a sociedade humana como se se tratasse de um mecanismo. O homem poderia então ser tratado como um puro fenômeno natural. Os poderes do

Estado sobre o indivíduo não tropeçariam com o limite representado pela dignidade humana, que se baseia na idéia de que o indivíduo é um ser capaz de escolha, ‘legislador no reino dos fins’ para empregar a expressão kantiana. As garantias próprias do Estado de direito pareceriam desprovidas de sentido, e inclusive a própria idéia de Estado de direito seria absurda, pois em uma sociedade governada segundo a hipótese determinista não teria sequer porque existir Direito”⁷⁰.

Afinal, o espaço de normatização é representado tão somente por aquelas situações nas quais se pode ou não atuar. O que se realizaria de qualquer maneira, a despeito de que haja ou não previsão normativa e o que não ocorre de modo nenhum, a despeito de que haja normatização, são âmbitos absolutamente irrelevantes normativamente.

⁷⁰ COBO del ROSAL, Manuel e VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho Penal...cit.*, pp. 542-543.

Só é possível se estabelecer uma norma a respeito de algo que se possa ou não fazer. Ou seja, o espaço normativo é o espaço em que a liberdade de ação é um pressuposto.

Portanto, a liberdade de ação é um pressuposto necessário sobre o qual gira a sistemática de imputação⁷¹.

Resulta que para Vives, a idéia de liberdade de ação que, situada na culpabilidade provocou um intenso e aporético debate entre o determinismo e o livre arbítrio, a nada conduz. Assim, propõe algo completamente distinto: que a liberdade de ação não fundamenta a culpabilidade, mas a ação. A liberdade de ação há de ser o pressuposto da imagem de mundo que dá sentido à própria ação.

Assim, o problema da liberdade não se refere à esfera da culpabilidade como tradicionalmente se discute,

nem é uma questão a ser discutida no aporético âmbito de competição entre livre arbítrio e determinismo, mas sim uma questão relacionada à própria existência de ação. Isto deriva de que a liberdade não pode ser concebida de mordo empírico, mas deve, isso sim, ser reconhecida como uma forma de ver o mundo⁷².

2. As derivações em perspectiva.

No tópico que segue, aponta-se para as vantagens que supõe a adoção do paradigma da linguagem na formulação da estrutura do sistema de imputação, destacando tanto aspectos criminológicos e político criminais, quanto elementos dogmáticos.

2.1. Perspectivas criminológicas.

⁷¹ Nesse sentido MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa...cit.*, p. 62.

⁷² Nesse sentido MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa...cit.*, p. 63.

A partir de que a criminologia – em sua vertente crítica – apontou seus holofotes para o próprio sistema punitivo, identificando-o como fonte do crime, tornou-se insustentável que se preservasse um sistema de imputação anódino, baseado em uma pretensão de verdade, em condicionamentos pré-jurídicos como os conceitos de ação causal e finalista e evidenciou que a postura de um esteta não serve para o jurista.

A atividade jurídica move-se no campo da política, da decisão de caráter axiológico, que não pode nem deve sacrificar-se em prol de qualquer coerência sistemática interna, menos ainda ao amparo de uma pretensão de afirmação científica.

A reação a tal situação, porém, foi uma guinada axiológica, havida pela mão do chamado *funcionalismo teleológico* de Roxin, que tem o evidente mérito de mudar a pergunta a respeito do Direito penal, deixando de tentar explicar o

que o Direito penal é, e passando a ocupar-se de *para que o Direito penal serve*.

Entretanto, tal resposta foi ainda tímida, porquanto preservou, na essência, a fórmula discursiva das concepções pseudo-científicas construídas na virada do Século XIX para o Século XX.

A proposta de um modelo significativo, ancorado na filosofia da linguagem, tem o mérito de dar um passo adiante na direção de uma aproximação com a criminologia, ao adotar o discurso prático, ao trocar a base *kantiana* da razão pura pela razão prática.

A perspectiva de identificação da fórmula de imputação a partir da *praxis*, vale dizer, a partir da idéia central de fazer derivar o reconhecimento dos elementos do conceito do crime a partir das práticas sociais que os identificam, aproxima os resultados daquilo que socialmente é efetivamente identificado como crime. Ou seja, o estudo empírico do fenômeno criminal realiza

uma alimentação direta do sistema de imputação, sem passagem pelo filtro científico.

Assim, se para a identificação das ações e omissões, do dolo e da culpa, das justificações e exculpações, o procedimento parte do processo de comunicação do *sentido* compartilhado socialmente a respeito de tais conceitos, há uma clara aproximação dos destinatários da pretensão de validade normativa com o seu conteúdo.

Isto obriga, inclusive, a uma mudança de linguagem. Se a compreensão da validade da norma como pretensão de justiça para o caso concreto se dá pela compreensão do significado de uma ação, as fundamentações judiciais passam a exigir a demonstração disso. Tal demonstração demanda um exercício de expressão jurídica que só é possível pela fórmula linguística de compartilhamento de quadros de mundo, sem o que, a comunicação simplesmente não se estabelece e a

imputação resulta insustentável, carente de fundamentação.

Portanto, para que o juiz, diante do caso concreto, possa fundamentar a imposição de uma pena, torna-se necessário o recurso a uma linguagem que logre estabelecer um a comunicação com o destinatário do resultado do processo de criminalização secundário. Isso só se faz mediante a sintonia discursiva entre o transmissor e o receptor da comunicação.

Resumidamente, a prestação jurisdicional passa a *fazer sentido* e sair do esconderijo proveniente da desconexão discursiva que emana do linguajar técnico-jurídico, pretensamente científico.

A linguagem prática não é isolante; ao contrário, propõe a inclusão do outro.

2.2. Perspectivas político-criminais.

No plano político criminal o ganho é evidente.

Se as perspectivas funcionalistas lograram comprovar a falácia do cientificismo ontológico que amparou as construções clássicas até o finalismo, por outro lado, abriu passo à normativização de caráter extremo.

O alheamento a condicionamentos ônticos promoveu uma abertura aos juízos de valor que, pouco a pouco, deram passo à colocação da norma no centro do sistema.

De fato, as construções funcionalistas sistêmicas, alinhadas à proposta de Jakobs, conquanto assumam a idéia central de que imputar é algo que provém de uma decisão e não de uma constatação, chegam a defender que o sistema normativo se auto-justifica. Ou seja, que o sistema de imputação jurídico penal é autopoietico⁷³, portanto,

capaz de uma auto-sustentação realizada pela troca com o meio, através de *inputs* e *outputs*, segundo padrões de funcionalidade.

Este ponto extremo a que chegaram as fórmulas normativistas só foi possível pela abertura de uma perspectiva que desequilibrou a relação entre norma e ação, desta feita, em favor da primeira.

Como resultado, colheu-se uma proposição que traslada o eixo do sistema de imputação do ser humano para a norma em si mesma.

A perda é clara.

Não se pode transigir com perspectivas de sistema de imputação que não sejam antropocêntricas. Menos ainda com sistemas que convertam pessoas humanas em *subsistemas psíquicos*⁷⁴.

A proposta do modelo significativo, nesse sentido, representa o resgate

⁷³ Veja-se, a respeito, JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª ed., trad. de Joaquín Cuello Contreras y Jose Luís Serrano González de Murillo, Marcial Pons: Madrid, 1997, pp. 44 e ss.

⁷⁴ JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Trad. de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 10.

do humano através do sentido.

A linguagem é a característica central da atividade humana e determina a realidade das coisas.

A estruturação de um sistema de imputação sobre a base do significado só afasta do plano ontológico, sua pretensão de verdade empírica, preservando a importância da ação como *expressão do que as pessoas fazem*.

Do outro lado, a base normativa de pretensão de validade segundo um critério axiológico de justiça incorpora a política, a idéia de decisão em contraposição à descrição, trazendo para a discussão as razões e fundamentos. Porém, já não como meros argumentos lógicos de coerência interna vinculados ao *conhecimento*, mas sim de argumentos concretos de racionalidade prática, vinculados ao *reconhecimento*.

Finalmente, ao estruturar-se o sistema de imputação concomitantemente entre os pilares da ação como sentido e da norma como pretensão

geral de justiça, resultam equilibradas ação e norma mediante sua conjugação e não como superposição de uma sobre a outra como aconteceu sucessivamente com as perspectivas clássicas (que privilegiaram a ação sobre a norma) e as perspectivas funcionalistas (que privilegiaram a norma sobre a ação).

2.3.

Perspectivas dogmáticas.

Há também, como não, evidentes ganhos técnicos para o próprio sistema dogmático.

A dogmática se estrutura segundo sua verdadeira funcionalidade que outra não é que a de permitir o ajuste de uma norma a uma conduta segundo critérios de validade reconhecidos, cuja análise bem pode ser conduzida pela mão do precursor da aplicação da filosofia da linguagem em matéria penal, o Prof. Vives Antón.

Vives⁷⁵

estabelece que o ponto de partida da estruturação do sistema é a relação entre a norma e a ação que se resume, segundo seu ponto de vista no reconhecimento do que ele chama de “liberdade de ação”.

Se a ação é um significado, um sentido, obviamente não está regida unicamente por normas causais. Liberta dos grilhões da causalidade a ação é livre. Justamente por constituir um significado de livre eleição, a ação justifica o seu controle por normas. Ele propõe então, que a liberdade da ação seja o eixo central da organização do sistema penal⁷⁶.

Esta mudança de perspectiva tem efeitos diretos na desconstituição do perfil de culpabilidade

clássica que se identifica como a possibilidade de agir de modo diverso, ancorada no livre arbítrio. Em realidade, Vives⁷⁷ subtrai esta discussão do âmbito da culpabilidade e diz que a liberdade é pressuposto da própria ação e como tal, não pode ser afirmada ou negada, mas tão só percebida.

Desta forma, a proposta é a reordenação das categorias do delito segundo uma perspectiva que arranca da relação descrita entre norma e ação. Ao reconhecer uma pretensão de validade genérica da norma, Vives⁷⁸ propõe que as distintas pretensões que compõem esta pretensão de validade representem as categorias do delito.

2.3.1. A pretensão de relevância: o tipo de

⁷⁵ Veja-se VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 313.

⁷⁶ FLETCHER, George Patrick. *Conceptos básicos...cit.*, p. 334.

⁷⁷ FLETCHER, George Patrick. *Conceptos básicos...cit.*, p. 313.

⁷⁸ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 483.

ação e a antijuridicidade material.

Como categoria central do sistema de imputação, ponto de partida da análise do delito, aparece não já a ação típica, senão o tipo de ação, identificado como uma realização de algo que interessa ao direito penal⁷⁹. Deste modo, o tipo de ação corresponde a uma pretensão de relevância.

O conteúdo do tipo de ação se resume a uma pretensão conceitual de relevância, e uma pretensão de ofensividade.

A primeira equivale à adequada compreensão lingüística da definição típica pela lei (tipicidade formal) e sua conseqüente limitação pelo princípio de legalidade em todas as suas vertentes.

A pretensão de ofensividade corresponde ao caráter de dano

ou perigo ao bem jurídico, o equivalente ao conceito clássico de antijuridicidade material⁸⁰.

Os elementos do tipo de ação são configurados normativamente e não ontologicamente. É que se o tipo de ação é o reconhecimento de um significado, é certo que sua configuração somente pode ser normativa. Assim, a identificação de cada um dos elementos componentes do tipo consiste precisamente na valoração das circunstâncias dentro das quais eles podem ou não ser reconhecidos.

O problema da ação ou omissão torna-se então meramente aparente, na medida em que se trata de identificar, circunstancialmente a existência de ação ou omissão tipicamente relevante.

⁷⁹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 484.

⁸⁰ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 484.

Assim também a relação de causalidade, pois a identificação do sentido de causa só é possível a partir de práticas, interpretações e novas práticas⁸¹.

A aferição dos elementos subjetivos especiais do tipo de ação não responde ao questionamento a respeito dos processos psicológicos por que passa o agente, mas sim à observação de suas manifestações externas, que não compõem o tipo desde um ponto de vista conceitual, mas sim substantivo.

Não aparece no tipo de ação a intenção, já que se reconhece que as condutas podem ser realizadas estando ou não presente a intenção⁸².

A pretensão de relevância se completa pela pretensão de ofensi-

vidade, que incorpora definitivamente a questão do bem jurídico à teoria do delito, internalizando ao sistema o princípio de intervenção mínima, de modo que, ainda que uma conduta contemple completamente o significado dos elementos da pretensão conceitual de relevância, ela só será criminosa se presente um ataque grave a um bem jurídico importante para o desenvolvimento social da vítima.

As vantagens dogmáticas desta proposição são várias.

Em primeiro lugar, a etapa inicial de valoração, qual seja, a verificação de se a conduta sob análise é uma das que resultam relevantes para o Direito penal se faz por um processo de valoração que contrapõe o fato ao tipo tal como ele é.

O tipo é um conceito, nada mais. Seus elementos são aspectos que devem estar presentes

⁸¹ Veja-se VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, pp. 283 e ss.

⁸² VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 252.

na conduta analisada dentro de um quadro binário de sim e não, à luz de uma correspondência conceitual.

A estruturação é muito mais lógica do que aquela que exige que se identifique dados para além do próprio conceito, inferidos, pressupostos e, pior ainda, inacessíveis.

Afinal, se o dolo consiste em consciência e vontade, nenhum dos conceitos típicos contempla tais expressões. Do mesmo modo, não se define especificamente – até por impossibilidade lógica – as circunstâncias de eventual violação de dever de cuidado.

Portanto, supera-se a ficção que consiste na pretensão de que seja possível aferir dolo e imprudência a partir da simples verificação da correspondência do fato à previsão legal. Não é difícil concluir que, por exemplo, que ao

reconhecer-se na conduta de A, a produção do resultado morte de B, já é possível antever a relevância de tal conduta em termos jurídico-penais, antes mesmo de valorar se tal conduta foi produzida orientada por consciência e vontade ou por uma simples má escolha de meios pelos quais agir.

É bastante óbvia a evidência de que a análise normativa de circunstâncias do caso para atribuir um móvel subjetivo pertence a um momento analítico posterior à mera identificação da relevância da conduta.

Além de aproximar-se mais da realidade do processo de formulação da imputação na prática judicante, esta opção contempla a vantagem de aliviar a categoria da tipicidade de sua evidente sobrecarga.

Finalmente, deve-se observar que com a introdução da antijuridicidade material no plano

da pretensão de ofensividade, incorpora-se definitivamente o resultado no tipo de ação, afastando os problemas que o finalismo trouxe na questão do desvalor do ilícito tentado.

2.3.2. A pretensão de ilicitude: elementos subjetivos do injusto e justificação.

A segunda pretensão específica a compor a pretensão genérica de validade na norma é a pretensão de ilicitude, que corresponde a antijuridicidade formal acrescida dos aspectos subjetivos do injusto.

Neste ponto, de um lado propõe Vives⁸³ que se faça a identificação da intenção de violação da norma, de realização de uma ação ofensiva de um bem jurídico não suportável pelas exigências

do ordenamento jurídico que seja traduzível por um compromisso para com a produção do resultado.

A pretensão de ilicitude se desdobra na intenção regente já não do tipo de ação, mas da existência ou não de um compromisso com a violação de um bem jurídico, que corresponde ao tipo subjetivo – assim entendido o dolo e a imprudência – e, de outro lado, a consideração a respeito da exclusão da ilicitude pela presença de permissividades do sistema, que podem ser *permissões fortes* (causas de justificação) ou *permissões fracas* (escusas ou causas de exclusão de responsabilidade pelo fato)⁸⁴.

Os elementos subjetivos referidos por Vives compõem uma “intenção subjetiva” que não define a ação, mas sim permite ou não a

⁸³ Amplamente em VIVES ANTÓN, Tomás S. “Reexame do Dolo”, in *Dolo e Direito penal*. 2ª ed., trad. de Paulo César Busato, São Paulo: Atlas, 2014, pp. 85 e ss.

⁸⁴ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 485.

persecução da conduta realizada pelo sujeito. O que se verifica aqui é a intenção a que alude o sentido da ação, vale dizer, se a ação realizada manifesta o compromisso de atuar por parte do autor, caso em que haverá dolo, ou se há uma dupla ausência de compromisso: com o resultado típico e com possibilidade de evitá-lo, caso em que está presente a falta de dever de cuidado que caracteriza a imprudência, isso sim, analisada aqui desde um ponto de vista eminentemente subjetivo, já que a análise de violação do dever objetivo já figura na pretensão de relevância.

No que tange à antijuridicidade formal, Vives⁸⁵ propõe a realização de uma dupla verificação: da presença de causas de justificação e de excludentes de responsabilidade, por entender que o mesmo fundamento conduz o legislador a

afastar a ilicitude com uma permissão forte ou fraca.

As permissões fortes – consistentes nas tradicionalmente denominadas causas legais de justificação – consistem em aprovações jurídicas da conduta, capazes de afastar responsabilidade de autor e partícipe e devem ser analisadas sistematicamente afastando a ilicitude por razões gerais e em todos os casos.

Por seu turno, as permissões fracas congregam de um lado as tradicionalmente denominadas causas legais de exculpação e por outro as causas supra-legais de exculpação ou justificação, congregando um ponto aberto do sistema, que permita integração analógica para fins de exclusão da pretensão de ilicitude. Outrossim, trata-se de uma exclusão tópica, porque deve ser analisada caso a caso, afastando a responsabilidade penal, porém preservando eventual responsabilidade

⁸⁵ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 485.

extra-penal e excluindo a responsabilidade do autor, mas preservando a de eventuais partícipes.

O maior ganho com esta perspectiva de situar o dolo e a imprudência na pretensão de ilicitude é a evitação da bipartição das considerações subjetivas acerca do injusto.

Se a análise valorativa do dolo é concomitante à conformação da ilicitude por exclusão de uma permissão, acaba a necessidade de nominar um elemento subjetivo específico para as causas de justificação, como pretendia a vertente finalista e ficam resolvidos *a priori* as questões relativas às situações objetivas de exclusão da pretensão de ilicitude como é o caso do disparo que acidentalmente provoca a contenção de uma agressão não percebida que sofreria o agente. Isto porque, a concomitante análise objetiva e subjetiva da

pretensão de ilicitude, por ser igualmente uma prospecção negativa permite a exclusão de tal pretensão por razões objetivas – presença dos elementos objetivos de uma permissão – ou subjetivas – ausência de contribuição subjetiva para a prática do ilícito –.

Também há um ganho na antecipação da discussão das causas legais de exculpação, consistente precisamente na possibilidade de afastamento de consequências jurídico-penais ao inimputável em situação de inexigibilidade de conduta diversa.

2.3.3. A pretensão de reprovação: o juízo de culpabilidade.

Ademais das pretensões de relevância e de ilicitude que se referem evidentemente à ação, aparece a pretensão de reprovação, que se dirige ao sujeito e se traduz em

um juízo de culpabilidade⁸⁶.

Em conformidade com o postulado central da construção de Vives, qual seja, o da liberdade de ação, se reprova juridicamente ao autor uma a realização de um ato ilícito, em situação em que lhe era exigível que se comportasse de acordo com o direito, porém, não aqui no sentido do livre arbítrio, senão no sentido de que a ação é fundamentalmente a expressão de um atuar incondicionado pelo meio, pois do contrário, não transmite este sentido, senão o mero sentido de um acontecimento.

Esta pretensão de reprovação se apóia em duas condições: a imputabilidade, consistente na verificação de se o sujeito possui a capacidade de ser reprovado e a

consciência da ilicitude de sua ação, que cuida em concreto da análise das hipóteses de erro de proibição. Aqui a análise se reduz a se o sujeito possui capacidade de reprovação (imputabilidade) e consciência da ilicitude de sua ação.

As considerações específicas a respeito da inexigibilidade de conduta diversa passam para a pretensão de ilicitude, sob a forma de permissões fracas.

Isto permite importantes ganhos dogmáticos, que não se restringe à já mencionada evitação de aplicação de medida de segurança ao inimputável em situação de inexigibilidade de conduta diversa.

O ganho mais importante aqui é de ordem lógica e principiológica. Se a culpabilidade é um juízo de reprovação pessoal⁸⁷,

⁸⁶ Veja-se VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, pp. 486-487.

⁸⁷ Veja-se, a respeito da reprovação pessoal da culpabilidade, BUSATO,

não pode contemplar juízos de valor voltados não às condições do sujeito, mas de um *modelo*.

É fácil verificar a diferença lógica entre as duas sub-categorias remanescentes na pretensão de reprovação em face da lógica da inexigibilidade de conduta diversa, atendendo às perguntas que se impõem para suas aferições.

A pergunta a respeito da imputabilidade visa saber se, no momento do fato, o seu autor era capaz de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se, genericamente, de acordo com tal compreensão.

Trata-se, obviamente, de uma pergunta sobre o autor,

uma pergunta pessoal, de aferição individual.

Ao lado desta capacidade geral de compreensão, situa-se a pergunta sobre a potencial consciência da ilicitude, que individualiza os dados ainda mais, buscando saber a respeito das condições sociais, políticas, históricas, culturais e educacionais do agente, visando identificar se nas circunstâncias dadas concretas, era possível a ele saber que praticava um ilícito.

Novamente, trata-se de uma pergunta pessoal, sobre condições eminentemente individuais.

A pergunta sobre a inexigibilidade da conduta diversa é exatamente o oposto disso: o que se quer saber é se na situação de fato, qualquer pessoa no lugar do agente faria o que ele fez.

Perceba-se que a pergunta aqui não é

Paulo César. *Introdução a um Direito penal democrático*. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2013, pp. 181 e ss. Sobre a fórmula de estruturação da culpabilidade como pretensão de reprovação, veja-se BUSATO, Paulo César. *Direito penal. Parte Geral*. 2ª ed...cit., pp. 521 e ss.

sobre o agente, mas sobre um *modelo* que é representado por *qualquer pessoa*. Aliás, se quer saber algo a respeito de qualquer pessoa *menos o autor!* O único padrão desprezado é o dado concreto. Ou seja, só não se quer saber do autor!

Portanto, trata-se de uma pergunta sobre o fato: se naquela situação específica dos fatos, qualquer pessoa agiria como o réu agiu.

Se é uma pergunta sobre o fato, o seu lugar lógico é exatamente no plano da ilicitude, que é fática e genérica e não da reprovação, que é pessoal e individual.

2.3.4. A pretensão de necessidade de pena: punibilidade

Além dos demais requisitos do delito, há uma pretensão

de necessidade de pena⁸⁸, que deve fazer parte da pretensão de validade normativa, que pode eventualmente ser comparada com o que alguns autores classificam de punibilidade, porém, com conteúdo diverso.

Não se trata da punibilidade em si, mas de uma *pretensão de punibilidade*. Ora, se o Direito penal produz pena, se uma ação penal somente tem por objetivo a aplicação de pena, onde esta não se aplicará, resulta completamente desnecessário afirmar que o fato que se apura no processo penal é crime.

Aqui já não se trata tão só da análise da presença ou ausência de condições objetivas de punibilidade ou de causas pessoais de exclusão da pena, senão que se inserem também as causas pessoais de anulação ou afastamento da pena ao

⁸⁸ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 487

caso concreto, quer derivadas ou não da lei.

Trata-se, em verdade, de levar a extremo a aplicabilidade do princípio de proporcionalidade, que claro, desempenha função de marco abstrato nas demais pretensões de validade e aqui se consagra concretamente.

Esse é o principal ganho. Se atrai definitivamente – em conexão com o funcionalismo teleológico – a teoria da pena para dentro da teoria do delito.

Com efeito, não há o menor sentido em afirmar a existência de um crime onde não se pretende aplicar pena.

Bem visto, o processo não é a apuração de um crime, mas a apuração de um fato. Isto é assim em função do princípio de não culpabilidade. Apura-se, enfim, o fato, visando a confirmação, pela sentença, de que o fato

antes ocorrido foi um crime. A afirmação do crime procede somente da sentença e é um qualificativo derivado dela que se acrescenta ao fato.

Sendo assim, não há *crime* sem sentença condenatória.

Por isso, a exclusão da pretensão de punibilidade afasta completamente o crime e não só a pena.

Há também um ganho linguístico-comunicativo de caráter prático, pois se há algo que não faz o menor sentido para a coletividade em geral é que se afirme a existência de um crime para, em seguida, afirmar-se que não se lhe vai aplicar nenhuma pena em função da presença de uma causa extintiva. Isto gera uma inafastável impressão coletiva discursiva de impunidade.

A prospecção negativa aqui proposta – restrita às hipóteses que precedem a sentença,

portanto, incluindo a prescrição da pretensão punitiva, mas não a executória – se dá visando a verificação da eventual existência de situação que exclua a necessidade de pena.

Com isso, a afirmação será a de que sobreveio uma situação que impediu afirmar que o fato que vinha sendo apurado pelo processo fosse reconhecido como criminoso. Desta forma, perde sentido pensar em impunidade.

3. A modo de conclusão.

Como foi possível notar, a proposição da ancoragem estrutural sobre a filosofia da linguagem oferece para a teoria do delito uma concepção genuinamente *democrática*, na medida em que preserva os interesses de todos e, ao mesmo tempo, *humanista*, pois resgata o eixo de construção para um modelo

antropocêntrico⁸⁹ que se havia perdido em alguns modelos recentes de normatização exacerbada.

Produz, ainda, a aproximação com a realidade sociológica cotidiana, correspondendo melhor à identificação criminológica do fenômeno delitivo.

Político-criminalmente, representa o resgate do pilar antropocêntrico perdido pelo excessivo normativismo, e a aproximação a uma razão prática.

Finalmente, a estrutura dogmática decorrente desta perspectiva assume bons resultados derivados de algumas construções normativistas como a aproximação para com as teorias do bem jurídico e as teorias sobre os fundamentos da pena e ajusta melhor a disposição das categorias do delito, com um

⁸⁹ No mesmo sentido a observação de Martínez-Buján Pérez, para quem “tal concepção situa o ser humano no centro do sistema”. In MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa...cit.*, p. 36.

evidente ganho de lógica interna.

O presente trabalho apresenta tão somente um esboço do potencial enorme de possibilidades escondidas nas dobras do modelo de estruturação jurídico-penal derivado da filosofia da linguagem. É uma mera incitação a que novos estudos críticos ou alinhados possam realizar a sintonia fina que, no estreito espaço destas linhas não foi possível tratar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS UTILIZADAS:

ALCÁCER GUIRAO, “Cómo cometer delitos con el silencio. Notas para un análisis del lenguaje de la responsabilidad” in *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*. [Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Manuel Guardiel Sierra e Emilio Cortés Bechiarelli – Coord.], Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. “Algunas reflexiones sobre el objeto, el sistema y la función ideológica del Derecho penal”, in *Nuevo Foro Penal* nº 62, Antioquia:

Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia, 1999.

BUSATO, Paulo César. *Derecho penal y acción significativa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

BUSATO, Paulo César. *Dereito penal. Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BUSATO, Paulo César. *Introdução a um Direito penal democrático*. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2013.

BUSTOS, Eduardo. *Filosofía Contemporánea del Lenguaje I (Semántica filosófica)*. 1ª reimp., Madrid: UNED, 1994.

COBO del ROSAL, Manuel e VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho Penal*. 5ª edição, Tirant lo Blanch: Valencia, 1999.

CUERDA ARNAU. “Límites constitucionales de la comisión por omisión”, in [Carbonell Mateu, Juan Carlos - González Cussac, José Luis y otros directores y Cuerta Arnau, María Luisa – coordinadora], *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Anton*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

FLETCHER, George Patrick. *Basic Concepts In Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 1998.

FLETCHER, George Patrick. *Rethinking Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2000.

FLETCHER, George Patrick. *The Grammar Of Criminal Law. Vol. 1. Foundations*. New York: Oxford University Press, 2007.

FLETCHER, George. *Conceptos básicos de Derecho penal*. Trad. de Francisco Muñoz Conde, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. “Dolus in re ipsa”, in [Carbonell Mateu, Juan Carlos - González Cussac, José Luis y otros directores y Cuerda Arnau, María Luisa – coordinadora], *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomas Salvador Vives Anton*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

GORRIZ ROYO, Elena. *El concepto de autor en Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Vol. I, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid: Taurus, 1987.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre faticidade e validade I*. Trad. de Fábio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho penal*. Trad. de Francisco Muñoz Conde y Luís Arroyo Zapatero, Barcelona: Bosch, 1984.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª ed., trad. de Joaquín

Cuello Contreras y Jose Luís Serrano González de Murillo, Marcial Pons: Madrid, 1997.

JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Trad. de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, São Paulo: Manole, 2003.

JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. *Estudio Preliminar a la obra Fundamentos de Derecho penal*, de Tomás S. Vives Antón. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

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

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*. 4ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2014

MUÑOZ CONDE, Francisco e CHIESA, Luís Ernesto. “A exigência de ação como conceito básico de direito penal”, in *Justiça e Sistema Criminal* nº 1. Trad. de Rodrigo Jacob Cavagnari e Paulo César Busato, Curitiba:FAE, jul.-dez. 2009

ORTS BERENGUER, Enrique e GONZÁLEZ CUSSAC, Jose Luiz. *Compendio de Derecho penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

ORTS BERENGUER, Enrique. “Consideraciones sobre los

elementos subjetivos de algunos tipos de acción”, in [Carbonell Mateu, Juan Carlos - González Cussac, José Luis y otros directores y Cuerda Arnau, María Luisa – coordinadora], *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

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

RUIZ ANTÓN, Luis Felipe. “La acción como elemento de la teoría del delito y la teoría de los actos de habla: cometer delitos con palabras” in *El nuevo Código penal: presupuesto y fundamentos. Libro homenaje al doctor Don Ángel Torío López*. Granada: Comares, 1999.

VIVES ANTÓN, Tomás S. “Reexame do Dolo”, in *Dolo e Direito penal*. 2ª ed., trad. de Paulo César Busato, São Paulo: Atlas, 2014.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

VOGEL, “Legislación penal y ciencia del derecho penal (reflexiones sobre una doctrina teórico-discursiva de la legislación penal”, in *Revista de Derecho penal y Criminología*, n. 11. Madrid: Uned, 2003.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*. 2ª ed., trad. de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, Barcelona: Editorial Crítica, 2002.