

ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E TÍPICIDADE. DO ENTIMEMA NA TEORIA DA IMPUTAÇÃO PENAL

LEGAL ARGUMENTATION AND TYPICALITY. ENTHYMEME IN CRIMINAL IMPUTATION THEORY

Alexis Couto de Brito¹

FADISP – SP

Resumo

O entimema é um veículo interpretativo para a imputação penal, no plano da tipicidade. Nesse contexto de imputação, o objetivo da presente pesquisa é investigar o limite permissivo proveniente da abertura interpretativa da argumentação entimemática, que integra o aspecto material da tipicidade penal.

Palavras-chave

Tipicidade material. Entimema. Argumentação penal.

Abstract

Enthymeme is an interpretative vehicle for criminal imputation, in terms of typicality. In this context of imputation, the objective of the present research is to investigate the permissive limit arising from the interpretive opening of the enthymematic argument, which integrates the material aspect of criminal typicality.

Keywords

Material typicality. Enthymeme. Criminal arguments.

Introdução

¹ Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Escola Paulista de Direito - FADISP. Professor da Universidade Mackenzie – SP. Doutor em Direito pela USP.

A tipicidade adquiriu, sem dúvida, o patamar de mais importante categoria da teoria do delito. De Beling a Roxin, passa de mera descrição avalorada de conduta e resultado para um processo de desenvolvimento e conclusão da seleção sobre aquilo que, de uma perspectiva político-criminal, parece *relevante*. Isto significa que do ponto de vista lógico, altera-se o paradigma do simples silogismo formal para outro, retórico.

Uma das mais importantes obras publicadas sobre a descrição e explicação deste fenômeno foi produzida por, Claudio Brandão, em sua tese de cátedra, publicada com o título de *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*².

O texto que segue procura a partir do trabalho de Brandão conciliar o método entimemático como descrito em sua obra com a política criminal e a imputação objetiva de Claus Roxin como recursos retóricos e dogmáticos no intuito de limitar a discricionariedade (ou arbitrariedade) das decisões penais.

1. Teorias da argumentação jurídica e âmbitos de atuação.

Acredito que seja pacífico que o Direito é uma técnica de resolução de conflitos no âmbito da argumentação, do discurso,

² BRANDÃO, Claudio. *Tipicidade Penal: Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2014

que permite a partir de cada caso concreto chegar a conclusões diferentes. E por um simples motivo: pensar o contrário significaria dizer que para cada caso haveria apenas uma única solução possível, que deveria ser aplicada sempre e conseqüentemente, sem alternativa. Este método, do puro silogismo lógico-abstrato que reinou a partir do século XVI inclusive no âmbito jurídico, é incompatível com esta seara.

A decisão judicial não pode ser fruto de um raciocínio puramente subjetivo do juiz, é antes de tudo um arrazoado intersubjetivo, pois não serão as razões individuais que guiarão à solução, mas sim uma argumentação construída de forma intersubjetiva, as razões direcionadas a todos como justificação das opiniões e decisões. Embora haja uma relação com a lógica formal pela estrutura reconhecida de premissas maiores e menores, não há uma certeza imanente que pode ser demonstrada por um tal silogismo. A correção da decisão não provém da mera correspondência formal entre a norma e o caso concreto, mas sim pelo consenso que vai além da própria norma e é socialmente aceito e compartilhado, um reconhecimento social que dá validade à decisão e adequação valorativa. Por isso que atualmente não devemos mais falar de um *raciocínio* jurídico mas sim de uma *argumentação* jurídica; não mais de um mero silogismo lógico-formal, mas de um silogismo dialético.

O silogismo dialético não deixa de ser silogismo, portanto mantém uma proximidade com as regras e instrumentos da lógica

formal. Esta somente não é suficiente para o âmbito jurídico, no qual verdade e verossimilhança são influenciadas por fatores valorativos, principiológicos e sociais.

Contudo, tais considerações podem ser interpretadas de tal forma a conduzir o aplicador a um relativismo tão descabido que se iguale a um subjetivismo: não há decisão certa (ou verdadeira), mas sim bem argumentada. Neste diapasão, falar de argumentação jurídica ou mesmo de qualquer processo deliberativo de conhecimento da verdade em Aristóteles como são a tópica e a retórica pode soar pejorativo. Muitas referências sobre tópica e retórica comumente associam a ela uma maior preocupação com a adesão do ouvinte do que com a busca da verdade. Assim, busca-se a adesão do auditório à tese apresentada e a verdade ou falsidade das premissas são relegadas a um segundo plano. Talvez esta associação deva-se em parte ao tratamento reducionista da retórica que lhe deu na idade média Petrus Ramus, distanciando-a de Aristóteles ou mesmo de Cícero, e que por Romer Talon foi pela primeira vez limitada ao estudo das figuras³. Pode estar aí a explicação do menosprezo que historicamente passou a receber, a ponto de no XVIII nos mais significativos trabalhos de Durmaseis e Fontanier ser vista apenas como ornamento e artifício⁴.

³ PERELMAN, Chaïm. *El império Retórico*. Bogotá: Norma, 1997, p. 32.

⁴ *Idem*, *ibidem*, p. 13

De fato, ainda hoje, esta acaba sendo a conclusão de algumas (poucas) teorias da argumentação jurídica, mas que não possuem a adesão dos mais perseverantes e atentos estudiosos do tema. Entre os teóricos mais lidos e respeitados pela coerência de seu pensamento, há sempre um ponto de partida que agregado à coerência e racionalidade dos argumentos que permite alcançar a finalidade de aplicação da justiça.

Todos estes processos – Tópica e Retórica – que foram escanteados principalmente no século XVI em especial após as obras de Descartes, Bacon, Locke, Berkeley e Hume – com o golpe fatal em Kant –, somente recobram espaço na teoria do direito contemporânea com os trabalhos de Viehweg (*Tópica e Ciência do Direito*) e Perelman (*A lógica jurídica e a nova retórica*). É Viehweg quem apresenta os problemas e limites do pensamento sistemático e destaca que no Direito as soluções são obtidas muito mais a partir do caso concreto, de forma discursiva. E após a obra de Perelman, a retórica passou a ser tratada como o uso de argumentos razoáveis para se chegar a uma conclusão, e não apenas como a arte da persuasão como antigamente.

Sendo, então, realidade e consenso que é impossível a busca da verdade e do justo sem o processo de argumentação próprio do direito, é interessante definir os campos de atuação da argumentação jurídica, e tomamos a descrição de Atienza por

simplicidade e correção⁵. Para o autor, três são os âmbitos de atuação: da produção ou estabelecimento das normas; da aplicação das normas; e da dogmática. No primeiro, estamos na fase legislativa ou mesmo pré-legislativa na qual se discute a conveniência ou não de se regular certos assuntos como, por exemplo, despenalização do aborto, eutanásia, tráfico de drogas, dentre outros. No segundo, preocupamo-nos com a aplicação das normas jurídicas aos casos concretos, analisando controvérsias de fato ou de direito. E na terceira – da dogmática jurídica – temos por objetivo definir critérios para produção do direito, sua aplicação, ordenando e sistematizando um setor do ordenamento jurídico. Esta é sem dúvida a atividade mais complexa. Todos os âmbitos estão intimamente ligados e é um erro tentar trabalhá-los de forma absolutamente isolada. Com certeza é no segundo âmbito – o de aplicação – que todos se encontram e todos os argumentos de cada fase acabam interagindo.

Por fim, uma última definição sem a qual o desenvolvimento do texto pode não ser bem compreendido. Na literatura é muito comum encontrarmos muitas referências à dialética, tópica e retórica de formas separadas, por vezes até mesmo sugerindo uma distância e contraposição entre seus conceitos. Tais posturas partem de interpretações da obra de

⁵ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito. Teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2000, p. 18-20.

Aristóteles que ao longo dos anos foram sendo construídas e lapidadas. Também são várias as interpretações da obra de Aristóteles sobre suas artes, ciências sua Lógica (ou dialética) e seu *Organon*. Os termos Lógica, silogismo, argumentação, retórica, tópica, e até mesmo entimema são retratados, pelos que as estudam, sistematicamente de formas variadas⁶. Parto de uma destas concepções, a meu ver a mais coerente e racional, no que se espera do pensamento de Aristóteles. Sendo assim, o que em grego se chama silogismo em latim se chama argumentação. E esta não ocorre fora de uma dialética ou de um discurso (argumentação sem falante e ouvinte é auto-argumentação, que não possui qualquer relevância teórica). Há realidades cuja verdade pode ser “demonstrada”, e outras cuja verdade pode ser aceita sem “demonstração”. A primeira encontra-se no pensamento analítico (demonstrativo) e a segunda no dialético (discursivo). E é neste que sempre estive a busca pelo justo e o

⁶ É comum que se fale de silogismo dialético e silogismo retórico, colocando-os aparentemente em planos diferentes. Também se unificam *topoi* e entimema. Para outros retórica é apenas a arte da persuasão que nada tem a ver com a verdade, o que pertence à episteme. Também há quem equipare silogismo retórico a entimema. Apesar de tantas associações e interpretações não se pode dizer que existem as certas e as erradas, mas várias interpretações dos escritos de Aristóteles que não possuem uma mesma relação temporal e nem de necessidade. Como é sabido, suas obras foram escritas em momentos diferentes, nos quais a necessidade relacionada à docência fez com que elaborasse textos mais preocupados com a didática e a matéria que lecionava. Por isso, em uma livre interpretação – mas apoiada em outros autores – parto de uma das concepções e pela falta de espaço não me proponho a discutir as demais concepções.

injusto. Diante da diferença de premissas e de conclusão alguns poderiam dizer então que a verdade somente se encontra no primeiro tipo de pensamento, mas Aristóteles deixa claro que considera que o verossímil também é a busca da verdade, segundo descreveu em sua *Lógica*. Como bem define Maino, trata-se de duas técnicas para descobrir a verdade: “a primeira vertente é o discorrer aplicado à ciência (*episteme*) e se vale principalmente do silogismo demonstrativo, que opera com premissas válidas e verdadeiras e conclusões únicas. É o âmbito da dedução e do apodítico. A segunda vertente é o raciocínio dialético desenvolvido na *Tópica* e na *Retórica*, que trabalham com premissas verossímeis e consequências prováveis. É o âmbito da indução. Na dedução as premissas contém a conclusão (pensamento analítico). Na indução a conclusão implica um conhecimento maior do que as premissas (pensamento dialético)”⁷. Embora aparentemente Aristóteles tenha elaborado a disciplina da *Tópica* independente da *Retórica*, é consenso entre os estudiosos que aquela se apresente muito mais como um dos recursos desta do que como uma disciplina independente⁸.

⁷ MAINO, Carlos Alberto Gabriel, “La argumentación como camino para la búsqueda y conocimiento de la verdad en la historia de Occidente y nuestros días”. In: PUY MUÑOZ, Francisco; PORTELA, Jorge Guillermo. *La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación*. Santiago de Compostela: Universidad, 2004, p. 64/65.

⁸ Diante desta constatação, no trato moderno da *Tópica* é uso corrente entre os autores de seu lugar dentro da *Retórica* jurídica. Vide o próprio Viehweg na introdução – e conclusão – de sua *Topik und Jurisprudenz*, Munique: C. H. Beck, 1965, p. 1 (*Die Topik ist eine von der*

Portanto, ao me referir à Retórica como o processo de fundamentação no direito, entendo estar a Tópica nela incluída como uma de suas ferramentas.

2. Método entimemático e sistema penal.

2.1. Tipicidade formal como limite principiológico negativo do sistema.

Considerando-se os dois âmbitos de atuação da argumentação retórica que mais nos interessam – aplicação de normas e construção dogmática – e observando-se a dinâmica de aplicação da norma dogmaticamente ao caso concreto é que Brandão destaca a importância de um dos instrumentos do método retórico – o entimema – no âmbito penal. Mas conjugando o método problemático com o sistêmico, indica quais os limites valorativos e principiológicos da argumentação penal. Em verdade, mais do que isso: “nas ciências que envolvem a argumentação, desde os primórdios da filosofia grega, reconhece-se o cabimento do silogismo não demonstrativo. Em face da necessidade de argumentar, as ciências culturais, sobretudo o direito, não podem afastar a retórica do seu método no âmbito da ciência jurídica a argumentação também é uma necessidade constitucional – já que toda decisão jurídica precisa ser motivada

Rethorik entwickelte Techné des Problemdenkens); WALTER, Max, *Topik und richtiges Recht – Grundlagen einer Staatsreform*, Zúriq: Juris Druck, 1971, p. 126; falando de uma Tópica retórica, REHBOCK, Klaus, *Topik und Recht*, Múniq: VVf, 1998, especialmente p. 199.

– e, por conseguinte, ao invés dela ter o seu método esteado no silogismo, o tem embasado no que os gregos chamavam de *entimema*⁹. Brandão, por silogismo, refere-se ao silogismo formal, da Lógica aristotélica.

Na filosofia da ciência costuma-se distinguir entre o contexto da descoberta e o contexto da justificação das teorias científicas. É evidente que no campo jurídico não podemos transpor esta relação *ipsis literis*, mas a divisão é válida porquanto como aponta Brandão é comum que a “descoberta” judicial venha antes da justificação. E é este o campo de maior preocupação, o da justificação, no qual se encontra a argumentação que muitas vezes, pela impossibilidade de verdade ou verossimilhança da conclusão, faz com que a descoberta seja refutada. Em suas palavras, “com efeito, na metodologia jurídica a premissa maior é elíptica: a partir do conhecimento do caso (premissa menor), o julgador intui uma conclusão e busca uma premissa maior para fundamentá-la. Se isso é verdadeiro por conta da retórica se um elemento indispensável para a justificação das decisões, também o próprio senso comum da práxis jurídica confirma essa afirmação”¹⁰.

⁹ BRANDÃO, Claudio. Tipicidade Penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012, p. 199.

¹⁰ BRANDÃO, Claudio. Tipicidade Penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012, p. 203-204.

Por entimema Brandão entende o “silogismo retórico no qual uma das premissas está implícita”¹¹. E podemos contribuir acrescentando que muitas vezes, esta premissa oculta consiste em um *topos*, opiniões comuns, argumentos aceitos por uma maioria, e com força de persuasão, que com seu poder de convencimento são capazes de angariar o opositor do diálogo. Tais argumentos ou “fórmulas” não obedecem a rigores técnicos ou hierárquicos, e sempre mantém seu caráter variável, de acordo com o lugar e o momento em que são empregados¹².

Brandão destaca que uma das premissas está implícita, ou seja, não falta realmente: “com efeito, a premissa existe, só que ela se encontra elíptica, por isso ela é construída retoricamente, daí ser o entimema chamado silogismo retórico”¹³.

No contexto da retórica jurídica, “é, por conseguinte, o potencial argumentativo do sujeito, em face da premissa que está elíptica, que determinará a aceitação ou não da conclusão. Neste campo. É a argumentação que gera o convencimento e dá validade a já referida conclusão do entimema. Assim, o entimema tem por escopo a persuasão, que é levar o convencimento ao ânimo de alguém. Em síntese, o entimema é uma explicação da

¹¹ Idem, *ibidem*, p. 199.

¹² BRITO, Alexis Couto de. Princípios e *topoi*. In: LOTUFO, Renan (coord.). Sistema e tópica na interpretação do ordenamento. São Paulo: Manole, 2006, p. 194.

¹³ BRANDÃO, Claudio. Tipicidade Penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012, p. 201.

filosofia para o raciocínio presente quando temos a *conclusão contingente do silogismo*, que é a que não decorre da mera adequação de uma premissa menor a uma premissa maior, a *conclusão necessária*, todavia quando a conclusão é contingente, busca-se persuadir através da utilização da retórica e da argumentação”¹⁴.

Após observar o conteúdo retórico, do método entimemático – que acrescentamos, utiliza-se também de *topos* – Brandão constrói, a meu ver, de forma brilhante, uma integração com elementos sistemáticos, ou seja, une indução e dedução na busca do injusto penal. Para isto, aponta a tipicidade como “um limite negativo ao entimema. O juiz, embora possa escolher a premissa maior, 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 tipicidade”. E arremata: “isto 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. Caso o juiz escolha uma premissa maior diferente da lei como fundamento de uma conclusão que represente um prejuízo ao

¹⁴ Idem, *Ibidem*, p. 202.

réu, a decisão estará eivada de inconstitucionalidade, em face da violação do comando do princípio constitucional da legalidade penal”¹⁵.

Ao reconhecer no tipo penal e na tipicidade o limite da argumentação retórica Brandão sinaliza que o método sistemático não pode ser totalmente relevado principalmente no âmbito penal, no qual um dos elementos do sistema – o tipo – deve ser observado não como objeto de persuasão e convencimento do discurso, mas sim como princípio-regra sobre o qual não cabe a discussão. Concordo absolutamente com ambas as posturas, tanto a de integração entre retórica e tópica e a aplicação de princípios – ou seja, a integração entre método tópico e sistemático – quanto com a necessidade desta união para garantir a integridade do próprio pensamento jurídico. Quanto à integração entres os métodos, disse em outra oportunidade que o cientista jurídico deverá utilizar os recursos disponíveis para garantir à sua ciência a efetividade, de forma que a vinculação dos conceitos e enunciados jurídicos ao “problema” não permitam a formação de cadeias dedutivas que percam de vista a circunstância concreta. O estilo de pensar tópico flexibiliza a formação conceitual abstrata necessária ao pensamento sistemático (lógico-dedutivo). Mais do que isso, sempre tendo em

¹⁵ BRANDÃO, Claudio. *Tipicidade Penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 207/208.

mente o ‘problema’ impede-se a formação de um pensamento limitado às operações de dedução e redução, como ocorre com a atividade da pura subsunção. E sobre a relevância dos limites não negociáveis, já em outro contexto Felix considerava que “os princípios são absolutamente verdadeiros e com relação a eles não cabe opinião, senão certeza estrita. Assim mesmo, as deduções que partem destes princípios como de suas premissas próprias são rigorosamente universais e necessárias. O mesmo cabe dizer dos fundamentos antropológicos do direito. A Dialética (e com ela a Retórica) somente resulta possível e válida na medida em que haja princípios certos em função dos quais se possa falar de ulteriores certezas e probabilidade de verdade. Em outras palavras, nada pode ser provavelmente verdadeiro se não há algo verdadeiro e certo, se não há uma verdade em virtude da qual se possa falar de verossimilhança”¹⁶.

2.2. Tipicidade material como recurso tópico permissivo (positivo) do sistema.

Na outra face da tipicidade, além do limite negativo, Brandão discorre sobre a possibilidade de interpretação do tipo no sentido de abertura do sistema. Na integração entre sistema e retórica permite-se que, com base no princípio da legalidade e do

¹⁶ LAMAS, Félix Adolfo. Dialéctica y Derecho. In: Revista *Circa Humana Philosophia*, Nº III, Buenos Aire, 1998, p. 75.

topos do conteúdo material do tipo – o bem jurídico protegido – o aplicador argumente em direção a não adequação típica. Diz Brandão: “se dizemos que 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 a aplicação supralegal do direito penal em benefício do agente. Dois são os fundamentos que embasam essa possibilidade metodológica: a teleologia do princípio da legalidade e o conteúdo material do tipo, isto é, o bem jurídico”¹⁷.

O princípio de legalidade dentro do sistema democrático de direito deve ser sempre interpretado como instrumento de limitação do poder do Estado¹⁸. Em uma Democracia a regra é a liberdade e sendo o Direito penal o instrumento de maior violência e destruição desta mesma liberdade a única política criminal admissível é a de *ultima ratio*. Por isso, “será teleologicamente conforme a tipicidade e a legalidade, a argumentação racional e proporcional que aumente o âmbito de

¹⁷ BRANDÃO, Claudio. Tipicidade Penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012, p. 211/212.

¹⁸ A Legalidade se vincula com o tipo: “O tipo, nesta toada, cumpre o princípio da legalidade, pois ao fixar os limites legais do comportamento relevante para a seara penal, exclui dela toda ação ou omissão que estiver fora dos limites descritos da sua formula.” BRANDÃO, Cláudio. BEM JURÍDICO E NORMA PENAL: A FUNÇÃO DA ANTINORMATIVIDADE NA TEORIA DO CRIME. **DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, v. 3, n. 4, p. 07-45, jul. 2018. ISSN 2526-5180. Disponível em: <<http://www.delictae.com.br/index.php/revista/article/view/61>>. Doi: <https://doi.org/10.24861/2526-5180.v3i4.61>.

liberdade, ainda que não esteja esta argumentação baseada na lei. Em outras palavras, não são contrárias à tipicidade as causas supralegais, que, em sede de direito penal, aumentem o âmbito de liberdade do sujeito. As causas supralegais tem 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 justificação. Por óbvio, 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 supralegais, que excluirão o crime, embora sem previsão legal. Como visto anteriormente, é o conceito de bem jurídico que fundamentará a aplicação supralegal do direito penal, porque ele traduz a ideia de valor tutelado pela norma e possibilita o afastamento desta dita norma em face do não reconhecimento da valoração negativa capaz de ser reconhecida como proporcional à pena que em tese lhe será aplicável¹⁹.

A abertura do sistema para além do princípio da legalidade e a consideração de causas ou circunstâncias supralegais sempre

¹⁹ BRANDÃO, Claudio. *Tipicidade Penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 215/216.

causam arrepios ao cientista. Porém, atendendo-se à política criminal de *ultima ratio* vemos não só em Brandão mas em muitos outros autores que é absolutamente possível. A discussão gira em torno, então, dos instrumentos que possam garantir segurança a isso. Apesar da coerência do pensamento de Brandão e de sua absoluta correção, não era objeto de sua obra o estudo do instrumento dogmático para atingir faticamente os limites negativos e a abertura positiva do sistema. Pretendo contribuir indicando como a teoria da imputação pode colaborar neste sentido.

3. A teoria da imputação como instrumento para a definição do limite permissivo da abertura do sistema.

A teoria da imputação já se consolidou entre os cientistas do direito penal. Não mais somente as monografias, mas também os manuais a trazem como o recurso dogmático mais indicado para a análise do aspecto objetivo do tipo penal. Determinado que o elemento objetivo do tipo é a criação de um risco juridicamente desaprovado a um bem jurídico protegido, busca de forma objetiva analisar quando tal risco pode ser imputado a alguém como a realização de um tipo penal. A parte objetiva do tipo procura associar os institutos do Direito Penal não a concepções filosóficas (ação ontológica, por exemplo), mas sim à função do sistema e à política criminal. Quando realmente tem-se como papel constitucional do Direito Penal a tarefa de proteção

subsidiária de bens jurídicos e pergunta-se como o sistema jurídico pode garantir essa proteção, pode-se dar apenas uma resposta: deve-se proibir a criação de riscos não permitidos juridicamente relevantes a bens jurídicos protegidos penalmente e imputar a realização de tais riscos em um resultado lesivo aos autores como uma ação típica proibida. O elemento objetivo principal é a criação de um risco proibido que se encaixe no tipo de produção de resultado que a norma penal em questão pretende evitar (alcance do tipo penal)²⁰.

Risco relevante ou risco juridicamente desaprovado passa a funcionar como *topos* na argumentação retórica na busca da tipicidade. A tipicidade formal (previsão legal da conduta e do resultado) precisa de seu conteúdo material que deve ser obtido por meio da argumentação retórica. A abertura do sistema se dá justamente pela análise da existência de um bem jurídico ao menos colocado em risco no caso concreto e da proibição desse risco (ser ele juridicamente desaprovado). Ainda que a teoria do bem jurídico possa sofrer críticas, sua capacidade de rendimento

²⁰ BRITO, Alexis Couto de. Imputação e Direito Penal brasileiro. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; SOUZA, Luciano Anderson. Direito Penal na pós-modernidade. São Paulo: Quartier Latin, 2015. Também em FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; BRITO, Alexis Couto de; OLIVEIRA, William Terra de et al. Direito Penal Brasileiro. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2017.

não foi superada por outras teorias, e assim acaba por ser a mais indicada como limitação material da imputação típica²¹.

Uma teoria da imputação que situa como questão básica a pergunta pela relevância jurídica do risco criado pelo autor tem uma dimensão completamente diferente: sob os *topoi* da ausência ou da criação desaprovada do risco e da finalidade de proteção (limitada) do tipo compreendem-se todos os aspectos materiais – mais além da ação e com anterioridade à justificação excepcional – que podem jogar a favor ou contra a relevância típica de determinados cursos causais²².

Como posicionamento padrão, não existirá nenhuma razão para limitar a liberdade pela mera possibilidade da

²¹ Para uma variação da teoria para além de sua função estática, ou seja, assumindo uma função dinâmica de limitação aferida no caso concreto, vide BRITO, Alexis Couto de, Concepto y función dinámica de la teoría del bien jurídico-penal, in: Revista Penal México, Nr. 06, Abril 2014, p. 47 e ss. A meu ver, “limitar a atuação do direito penal à proteção de bens jurídicos exige um esforço intelectual a elevar o conceito a um metaconceito que possa absorver todas as valorações ético-sociais. É, na verdade, reconhecer o bem jurídico como um elemento do sistema que depende da linguagem utilizada para o preenchimento de seu conteúdo conforme a função que deverá exercer no próprio sistema. Isto impossibilita que bem jurídico-penal seja um conceito aprioristicamente definido, pois deverá ser configurado a partir da comunicação entre os atores e o mundo de vida do grupo e de cada um de seus integrantes. Um primeiro passo será entender o conteúdo do conceito de bem jurídico não como algo aprioristicamente tomado, de idêntico significado, mas sim identificado caso a caso da comunicação entre os agentes envolvidos”. Idem, ibidem, p. 56.

²² Wolfgang Frisch, Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs, in: SCHÜNEMANN, Bernd *et alii*, Festschrift für Claus Roxin. Berlim: De Gruyter, 2001, p. 215. BRITO, Alexis Couto de. Imputação Objetiva, crimes de perigo e Direito penal brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015, p. 184.

produção de um resultado quando ainda se possa, conforme a experiência, reagir posteriormente evitando eficazmente a produção da consequência. Mas ainda quando não for este o caso, deve-se rechaçar em numerosas ocasiões a desaprovação penal em relação a possíveis consequências negativas²³.

Por isso, o importante é definir a conduta do caso concreto como a que atende aos critérios da desvalorização típica a partir do risco criado como juridicamente desaprovado. Este é um processo retórico porquanto ser desaprovado juridicamente não significa necessariamente ser um risco previsto em lei como ilícito, o que abre espaço e até mesmo justifica o método entimemático. A argumentação vai além da previsão legal no sentido que indica Brandão e critérios supralegais dogmaticamente elaborados participam do discurso na busca do acordo sobre o que é juridicamente relevante. Assim, critérios dogmáticos como a conduta autorresponsável da própria vítima, riscos gerais da vida, riscos tolerados em certos âmbitos sociais, imprevisibilidade fática e mesmo e principalmente a insignificância do risco face ao bem jurídico específico do caso podem impedir a imputação da conduta a um tipo penal. São *topoi* que receberam construções dogmáticas e que precisam ser observados mesmo em uma argumentação jurídica pela necessária e já mencionada simbiose

²³ BRITO, Alexis Couto de. Imputação Objetiva, crimes de perigo e Direito penal brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015, p. 185.

entre pensamento sistemático e retórico. As decisões judiciais devem ser fundamentadas pela explicitação de todos os argumentos que levem àquela conclusão e a dogmática jurídica não se contenta com a indicação do resultado, exige que a construção do raciocínio para a sua obtenção seja explicada passo a passo. Contudo, o uso do entimema não inviabiliza a fundamentação ou afasta sua qualidade, é antes de tudo método válido quando as premissas deduzidas são aceitas por sua robustez dogmática. A decisão está permeada por uma inafastável dialética entre sistema e tópica, que conduzem os aplicadores à busca da verdade.

Conclusão

De forma muito breve procurei descrever o pensamento entimemático de Brandão em uma das explicações mais coerentes sobre a aplicação do Direito penal e a busca da verdade processual. A noção de limite negativo e abertura positiva do sistema e o uso do método entimemático oferecem uma clara e coerente explicação da busca da verdade a aplicação do Direito penal.

Todo o contexto de explicação de Brandão aponta para algo já consagrado na matéria: a fundamentação de uma decisão penal baseia-se no uso da retórica jurídica. O julgador que antes da fundamentação já possui a decisão deve demonstrá-la, e a forma é o silogismo retórico.

Devemos sempre ter o cuidado para que a retórica não transforme os problemas que são o seu objeto em uma operação da paixão, cuja resolução é desfigurada por argumentos igualmente desfigurados para uma solução de antemão conhecida e principalmente desejada. Na seara penal, pela natureza dos conflitos, isso é mais comum do que parece porquanto quem opera os argumentos são seres humanos, dotados de excessiva paixão.

Por isso a observação do fechamento e abertura do sistema, com a utilização de elementos dogmáticos como a teoria do bem jurídico e do risco juridicamente desaprovado. Assim, a retórica e suas premissas podem ser sempre trabalhadas em sinergia dialética com os institutos penais teóricos que, embora sempre possam ser questionados também retoricamente, possuem uma capacidade de rendimento elevada, o que garante segurança jurídica na busca da verdade.

Referências

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito. Teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2000

BRANDÃO, Cláudio. BEM JURÍDICO E NORMA PENAL: A FUNÇÃO DA ANTINORMATIVIDADE NA TEORIA DO CRIME. *DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre*

o Delito, v. 3, n. 4, p. 07-45, jul. 2018. ISSN 2526-5180.
Disponível em:
<<http://www.delictae.com.br/index.php/revista/article/view/61>
>. Doi: <https://doi.org/10.24861/2526-5180.v3i4.61>.

BRANDÃO, Claudio. Tipicidade Penal: Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. 2ª ed. Coimbra:Almedina, 2014

BRANDÃO, Claudio. Tipicidade Penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012

BRITO, Alexis Couto de, Concepto y función dinámica de la teoría del bien jurídico-penal, in: Revista Penal México, Nr. 06, Abril 2014

BRITO, Alexis Couto de. Imputação e Direito Penal brasileiro. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; SOUZA, Luciano Anderson. Direito Penal na pós-modernidade. São Paulo: Quartier Latin, 2015

BRITO, Alexis Couto de. Imputação Objetiva, crimes de perigo e Direito penal brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015

BRITO, Alexis Couto de. Princípios e *topoi*. In: LOTUFO, Renan (coord.). Sistema e tópica na interpretação do ordenamento. São Paulo: Manole, 2006

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; BRITO, Alexis Couto de; OLIVEIRA, William Terra de et al. *Direito Penal Brasileiro*. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2017

LAMAS, Félix Adolfo. *Dialéctica y Derecho*. In: *Revista Circa Humana Philosophia*, N° III, Buenos Aire, 1998

PERELMAN, Chaïm. *El império Retórico*. Bogotá: Norma, 1997

PUY MUÑOZ, Francisco; PORTELA, Jorge Guillermo. *La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación*. Santiago de Compostela: Universidad, 2004

REHBOCK, Klaus. *Topik und Recht*, Munique: VVf, 1998

SCHÜNEMANN, Bernd *et ali*, *Festschrift für Claus Roxin*. Berlin: De Gruyter, 2001

VIEHWEG, Theodor. *Topik und Jurisprudenz*, Munique: C. H. Beck, 1965.

WALTER, Max. *Topik und richtiges Recht – Grundlagen einer Staatsreform*, Zurich: Juris Druck, 1971