

TEORIA DA AÇÃO SIGNIFICATIVA: UMA CRÍTICA SOB O VIÉS DO FINALISMO

THEORY OF SIGNIFICANT ACTION: CRITICISM FROM THE POINT OF VIEW OF FINALISM

Pedro H. C. Fonseca¹
PUC Minas

Resumo

A teoria da ação significativa é a identificação mais atual da evolução dogmática do Direito Penal. No presente artigo, será desenvolvido o estudo da teoria da ação vislumbrada por Tomás Salvador Vives Antón, com base no pensamento do segundo Wittgenstein e na teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas. A criação da teoria da ação significativa permitiu o nascimento de uma nova estrutura conceitual analítica de crime, onde encontra-se não mais os elementos tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, mas sim, o tipo de ação (pretensão de relevância), a antijuridicidade formal (pretensão de ilicitude), culpabilidade (pretensão de reprovação) e a punibilidade (pretensão de necessidade de pena). Trata-se de uma ação que deve ser compreendida pelo intérprete à luz de atos de fé, diferentemente da estrutura finalista, que exige a explicação científica dos elementos do crime. Este texto tem como objetivo apontar uma crítica à este novo sistema sob o ponto de vista do Finalismo.

Palavras-chaves

Direito Penal. Ação significativa. Dogmática. Finalismo.

Abstract

The theory of meaningful action is the most current identification of the dogmatic evolution of Criminal Law. In this article, the study of the theory of action envisioned by Tomás Salvador Vives Antón will be shown. It's based on the second Wittgenstein's thought and Jürgen Habermas' theory of communicative action. The creation of the theory of meaningful action allowed the birth of a new analytical conceptual framework of crime, where no more typical elements, antijuridicity and guilt were found, but rather the type of action (pretension of relevance), formal

¹ Doutorando em Direito pela PUC Minas.

antijuridicity Pretense of wrongfulness), guilty (pretense of disapproval) and punishability (pretense of punishment). It is an action that must be understood by the interpreter in the light of acts of faith, unlike the finalist structure, which requires the scientific explanation of the elements of the crime. This text aims to point out a critique of this new system from the point of view of Finalism.

Keywords

Criminal law. Meaningful action. Dogmatic. Finalism.

Introdução

Tomás Salvador Vives Antón², com base na linha de pensamento do segundo Wittgenstein, quanto à filosofia da linguagem, e diante da análise da teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas, formulou o conceito significativo da ação. No mesmo sentido, George Patrick Fletcher, em conexão com o desenvolvimento do aspecto dogmático dos ensinamentos de Hans Welzel, também atingiu o conceito significativo da ação, em que pese ter escolhido o nome “intersubjetivo” para o mesmo conteúdo de pensamento.

Esta nova concepção, baseada nos pilares da ação e da norma, procura atender uma dogmática penal alinhada aos direitos e garantias fundamentais do ser humano. Em *Fundamentos del sistema penal*, Tomás Salvador Vives Antón³ questiona o significado da ação sob o aspecto cartesiano, ou seja, a ação como fato baseado no movimento corporal e na vontade, somente. É importante registrar que a análise da ação ocorre sob um ponto de vista completamente inovador, ou seja,

²VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 208.

³VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 343-344.

perante o significado da conduta. Observa-se, pela teoria, que, o que importa, não é o que o agente faz, mas o significado dos seus atos sob um contexto. Com isso, a ação humana deve ser interpretada segundo as normas, segundo os sentidos. A admissão do conceito significativo da ação, por consequência, leva ao reconhecimento da linguagem na interpretação. Pela teoria de Tomás Salvador Vives Antón, tem-se a ação como resultado de comunicação, dos sentidos, da interpretação dos sentidos.⁴

Trata-se, esta teoria, de uma nova luz na doutrina penal, ao considerar o modelo de conduta penalmente relevante. De acordo com esta linha de pensamento, não existe um modelo universal de ação, como fórmula básica para todas as ações passíveis de serem praticadas pelas pessoas. O que significa dizer que para que a ação tenha relevância, é importante que, antes dela, tenha a existência de normas.

As ações relevantes para o Direito Penal exigem que existam prévias composições normativas a respeito de específicas ações. O significado das condutas penalmente relevantes somente existe em decorrência das normas. Desse modo, o significado da conduta não pode ser prévio à norma. A ação significativa pede um significado da conduta, para conexão com a norma prévia. O novo conceito de ação requer a interpretação da ação, baseada nos signos sociais, no significado social, além da avaliação perante uma norma prévia. Não é simplesmente uma ação fundada nos requisitos do movimento corporal voluntário, para todo e qualquer ato. Uma ação baseada em signo social, dependendo do meio praticado, é justificada perante o direito, descaracterizando eventual ação negativa para norma

⁴ BUSATO, Paulo César. Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 152-153.

previamente adotada pelo poder legislativo como conduta penalmente relevante. Há, com a teoria da ação significativa, o registro de uma mudança do plano cartesiano e geral para um plano de sentidos, com avaliação social do significado da ação praticada e suas consequências.

1. Estrutura teórica do conceito significativo da ação

A ação significativa apresenta contornos que decorrem de fenômenos jurídicos serem parte da luz irradiada pela filosofia da linguagem. A teoria da ação significativa faz parte de novas respostas para a evolução do pensamento jurídico baseado na racionalidade pós-moderna, que identifica-se com rígidos sistemas fechados para explicar as coisas. Nessa linha, verifica-se que o Direito Penal, diante de rígidos sistemas, se desenvolve com intensa repressão perante conflitos decorrentes de condutas penalmente relevantes. Conforme ensina Fernando Galvão⁵, “a perspectiva teórica da ação significativa foi elaborada para atender a tal necessidade.”

A teoria da ação significativa, do ponto de vista de Tomás Salvador Vives Antón, foi estruturada com apoio nas bases de pensamentos de Ludwig Wittgenstein, Jürgen Habermas, Robert Alexy⁶.

O segundo Ludwig Wittgenstein⁷ expõe que as palavras em seus

⁵ GALVÃO, Fernando. Direito penal: parte geral. 7. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. p. 111.

⁶ ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da. Resistência à imposição tributária ilícita e crime contra a ordem tributária: na perspectiva da teoria da imputação objetivo-comunicativa do crime. 2014. Tese (Doutorado)- Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014. p. 130;138.

⁷ WITTGENSTEIN, Ludwig. Investigações filosóficas: pensamento humano. 4.ed.São Paulo: Editora Vozes, 2005. p. 194.

variados sentidos influenciam na construção da linguagem social. O instrumento de comunicação do ser humano, partindo da linguagem envolvida, tem relação conexa ao desenvolvimento social, que por sua vez, funciona por meio dos significados dados às palavras e gestos. Diante disso, o Direito Penal, como instrumento de soluções de questões relevantes do corpo social, se instrumentaliza no sentido dogmático, ao ter como fonte os sentidos atribuídos às ações humanas diante do significado existente no sistema social em que está inserido. Tomás Salvador Vives Antón⁸ identifica o sentido da ação de acordo com as práticas realizadas e reconhecidas na sociedade, aos moldes do pensamento de Ludwig Wittgenstein.

Jürgen Habermas⁹, em posição similar, ao evidenciar a teoria da ação comunicativa, admitiu o Direito como um sistema organizador de ações direcionadas e que se justifica através de um discurso corretivo. Afirma que no sistema social existem normas decorrentes de acordo prévio quanto a comportamentos dos indivíduos que a compõe. Havendo pacto sobre comportamentos, há também expectativas dos indivíduos para que sejam cumpridas as regras acordadas. Nesse sentido, obedecer a norma jurídica é também cumprir a expectativa social. Com a teoria da ação comunicativa verifica-se revelação de uma racionalidade comunicativa, que acaba por influenciar no âmbito jurídico. Esta racionalidade comunicativa se envolve na perspectiva jurídica como fonte de legitimação da norma. Jürgen Habermas¹⁰ dá

⁸ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Fundamentos del sistema penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.p. 208.

⁹ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 257-258. v.1.

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 257-258.

importância a uma intervenção valorativa no consenso social, adequando-se às premissas do Estado Democrático de Direito.

A racionalidade comunicativa, permitida pela teoria da ação comunicativa, vislumbra desenvolvimento do Direito partindo de uma próxima observação entre os sujeitos que fazem parte da comunicação e ação no sistema social. Há observância direta dos participantes da comunidade de comunicação. O que significa dizer que não se considera a existência de um juiz ou legislador distantes como observador da ação humana. Muito diferente da racionalidade prática que trabalhou com uma posição diferente, qual seja, a consideração de um observador distante do seu objeto de estudo, que é a conduta humana. Nesta perspectiva, o sujeito observador decide sobre o que deve ser considerado comportamento relevante.

Com a teoria da ação significativa, há proximidade com o destaque da dimensão social da atuação do homem. Tomás Salvador Vives Antón adota a ideia de que a ação deve ser observada perante interpretação da conduta pública, com base na compreensão do seu sentido. Nesse sentido, a ação é tida como algo que expõe e transmite um significado.

A ação comunicativa promove interação entre os participantes e o sistema, tendo a comunicação como instrumento de ação estratégica para regulamentar relações entre as pessoas e atingir os fins desejados. O que Jürgen Habermas¹¹ percebe, é que o Direito, em si, é a ação estratégica que procura inserir soluções no mundo da vida. Nesse sentido, a comunicação operada no sistema é restrita ao ordenamento jurídico, uma vez que ao delimitar regras de convivência

v.1.

¹¹ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v.1.p. 257-258.

social, somente os operadores do direito considerados especialistas tem permissão para construir os preceitos normativos levados a todo o corpo social.

Robert Alexy reinterpreto a teoria do discurso de Habermas com o objetivo de aplicá-la ao Direito. Apoiou entendimento no discurso prático diante do sentido de ter a ordem jurídica como sistema que estrutura ações teleológicas. O discurso jurídico se apresenta como estrutura passível de ser fundamentada racionalmente, aos moldes do ordenamento jurídico em vigor, sem pretensão de esclarecer que determinada proposição seja mais racional do que outra proposição.¹²

Considera-se que a linguagem utilizada no direito ajuda a construir a realidade jurídica. Nesse sentido, a teoria da linguagem permitiu a realização da noção da relevância jurídica das condutas, uma vez que permite juízo de valoração por ação realizada.

Ao pensar na teoria comunicativa, é possível conceber o delito penal dentro de um sistema jurídico de maior amplitude, qual seja, o Direito Penal como sistema, mas também como subsistema de outro mais amplo, que é o sistema social. Diante disso, do ponto de vista da teoria comunicativa, tanto o Direito Penal, quanto a teoria do crime estão inseridos no âmbito do sistema social.

Considerando a mudança de paradigma na teoria do crime, permitida pela teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas e a teoria da argumentação jurídica de Alexy, além do pensamento de Ludwig Wittgenstein, Tomás Salvador Vives Antón¹³ demonstrou em

¹² ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da. Resistência à imposição tributária ilícita e crime contra a ordem tributária: na perspectiva da teoria da imputação objetivo-comunicativa do crime. 2014. Tese (Doutorado)- Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.p. 130;138.

¹³ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Fundamentos del sistema penal: estudio

Fundamentos del Sistema Penal viabilidade da introdução do paradigma linguístico na teoria do crime. Vives Antón fundamentou expressamente seu trabalho na filosofia da linguagem de Wittgenstein e na teoria da ação comunicativa de Habermas. Houve forte influência da teoria do significado no conceito da relevância jurídica.

Tomás Salvador Vives Antón apoia-se na ideia de que a teoria do crime deve ser elaborada partindo do significado da conduta das pessoas, considerando o paradigma interpretativo e valorativo. Há direcionamento para não considerar o aspecto descritivo da conduta humana, mas sim valorativo, interpretativo, de modo que se dê valor ao significado do que os indivíduos fazem, evidenciando a interpretação diante das ações, como manifestações dotadas de significado social. Dá ênfase na relação norma/ação reconstruindo a teoria do crime, mas antes de tudo, admitindo a ação penal com significado.

A repercussão da ação valorada, com significado, tem repercussão na tipicidade. O paradigma comunicativo adotado para compreender a ação “reposiciona a perspectiva valorativa que se realiza no juízo de tipicidade”¹⁴. A ação significativa passa a ter sentido regido por normas. Não é mais entendida como substrato material de significado proibido.

Tomás Salvador Vives Antón procurou construir sua argumentação com base na racionalidade comunicativa, levando em

preliminary: acción significativa y derechos constitucionales. Tradução de M. Jiménez Redondo. 2. ed. Tirant lo blanch. Valencia, 2011. p. 41;48.

¹⁴ ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da. Resistência à imposição tributária ilícita e crime contra a ordem tributária: na perspectiva da teoria da imputação objetivo-comunicativa do crime. 2014. Tese (Doutorado)- Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014. p. 130;138.

consideração a relação estabelecida entre os sujeitos da comunicação e a ação no ambiente social para compreender o crime do ponto de vista do significado da conduta revelado no tipo de ação. Com isso Vives Antón supera a racionalidade prática, segundo a qual se desenvolve por meio da relação sujeito-objeto. Assim, o doutrinador espanhol deixa de lado a racionalidade prática (relação sujeito-objeto) para adotar a racionalidade comunicativa (inter-relação estabelecida entre indivíduos e ação no âmbito social).

Tomás Salvador Vives Antón, diante da racionalidade comunicativa, admite que a teoria do crime precisa ser trabalhada com a ideia de consenso racional entre os participantes da interação social a respeito do significado da conduta relevante para o Direito Penal.

A análise da ação significativa identifica a ideia de percepção da ação, no sentido de que existe transmissão de significado como consequência da interação entre o sujeito e o objeto. O conceito da ação significativa não pode ser ontológico e também não pode ser axiológico. Não está estruturado no “ser” nem no “dever ser”, mas sim na percepção. Com efeito, há sentido em afirmar que há significado no que os homens fazem. Este entendimento descarta a consideração de que a ação seja decorrente de um fato composto pelo movimento do corpo diante da vontade humana. Assim, a ação não é entendida como algo que os indivíduos fazem, mas sim como o significado daquilo que realizam. Há interpretação nas ações realizadas a partir do regramento social, de modo que a ação humana passa a ser percebida não mais como um acontecimento isolado, mas como fruto do exercício da interpretação.

Nesse sentido, percebe-se uma ação relevante dentro de um contexto em que é realizada. Por isso que é possível concluir que a ação significativa se relaciona com a linguagem na interpretação. A partir daí, as ações são valoradas juridicamente, ou seja, conforme o seu

significado no contexto social.

Posto isto, importa apontar, conforme já exposto, que a teoria do crime teve suas primeiras linhas desenhadas no âmbito do positivismo científico, buscando nas ciências naturais a lógica do conceito da ação, implicando no conceito causal-naturalista da ação. Este conceito, com origem em Franz von Liszt¹⁵, vinculava a ação como algo que modificava o mundo exterior, visualizada pelos sentidos, movimentada pela manifestação de vontade, pela realização ou omissão voluntária do movimento corporal. Nesse ponto, a ação foi caracterizada por ser um processo causal decorrente da soma do movimento corporal humano (fase externa ou objetiva da ação) com o aspecto volitivo (fase interna – subjetiva da ação). Nesse sentido, para identificar a existência da ação, seria necessário apenas que fosse verificada a presença dos elementos objetivo e subjetivo. A estrutura dogmática admitida é ontológica, estanque, meramente descritiva, mecânica. A evolução para o Neokantismo trouxe o elemento valorativo. Com isso, a tipicidade era meramente objetiva e descritiva; da mesma forma a antijuridicidade; e a culpabilidade subjetiva. A causalidade é vista como ontológica, viabilizada pelo “ser” e não “dever ser”.

A injeção de valores na dogmática veio impulsionar um segundo passo dado pela dogmática. Com o neokantismo, não mais prevaleceu a relação de causa e efeito, havendo direcionamento para um método valorativo. Houve enfraquecimento das certezas absolutas vislumbradas no positivismo científico, de modo que pelo Neokantismo, não houve alteração da estrutura do crime, mas

¹⁵ LISZT, Franz von. Tratado de direito penal alemão. Tradução de José Hygino Duarte Pereira, Rio de Janeiro: F. BRIGUIET & C. Editores, 1899, p. 193. t.1.

transformação dos seus elementos.

Com o finalismo de Hans Welzel, veio à tona a concepção da ação vinculada à consciência. Houve nova proposta de ação com a busca da superação do delito causal. Ocorre que há estrita vinculação da teoria da ação de Welzel ao positivismo científico, notadamente ao que tange a pretensão da assimilação dos componentes ontológicos pelo direito. Este posicionamento foi baseado numa nova proposta metodológica com claro apoio no método fenomenológico e ontológico da ação de Nicolai Hartmann e da Psicologia do Pensamento de Hönlsgswald¹⁶, além da teoria da ação trabalhada por Samuel von Pufendorf. Significa afirmar que Hans Welzel acredita numa ordem ontológica, além de ser natural e objetiva. A ação requer análise prévia à valoração. A ação de Welzel decorre de uma finalidade, com vontade específica previamente eleita pelo indivíduo, e não da causalidade. Por isso, a necessidade do dolo alocado na ação. Com isso, se distancia da ação a conduta humana desprovida de vontade.

Com o funcionalismo, houve mudança do foco para o questionamento do cumprimento efetivo do Direito Penal quanto suas funções. Há submissão do indivíduo à funcionalidade do sistema. Do ponto de vista do funcionalista sistêmico, por exemplo, a ação seria causa de lesão à norma, pois era idealizado que teria que haver obediência à norma vigente. Claus Roxin¹⁷ trata a ação como elemento

¹⁶ BUSATO, Paulo César. Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 17.

¹⁷ ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general, fundamentos: la estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1997. 247;256. t.1.

que precede a tipicidade, de modo que concede um grande valor à ação, a relevando a ponto de ser vista como supraconceito, servindo como elemento básico da estrutura do crime. Do ponto de vista de Roxin, ação é a manifestação da personalidade. Ensina que ação é tudo que se atribui ao homem caracterizado pela expressão anímica.

A teoria da ação significativa deixa para traz o método de observação baseado em certezas científicas, aparecendo como uma nova perspectiva baseada em um plano de análise dinâmico, em que “o conteúdo das categorias penais é determinado por seu sentido, por seu significado com base em fatores externos de inter-relação”¹⁸. Significa dizer que a ação significativa traz novo parâmetro de observação, considerando fonte o significado social para dar sentido às ações. A ação não mais é vislumbrada do ponto de vista ontológico. A ação é compreendida como expressão sentido ou significado, dentro do contexto social ao qual foi realizada.

O conceito significativo da ação apontado por Tomás Salvador Vives Antón, após análise da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação comunicativa de Habermas, além da contribuição de George Fletcher, ao denominá-la intersubjetivo, apresenta perspectiva metodológica com uma interpretação humanista do Direito Penal, pois encontra o significado da ação aos moldes da linguagem escolhida pelo intérprete. Claro que o conceito de ação que vislumbra um Direito Penal humanista deve ser observado dentro da filosofia da linguagem, base da estrutura da ação significativa.

2. A teoria do delito influenciada pelo conceito significativo da ação

¹⁸ BUSATO, Paulo César. *Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 159.

Tomás Salvador Vives Antón apresentou uma nova proposta no sentido de substituir a ação típica pelo tipo de ação. Esse tipo de ação é tido por ele como referencial para a construção de uma nova Dogmática penal. Como já apontado, é uma nova luz na doutrina penal. Tanto Vives Antón quanto George Patrick Fletcher consideram que as ações são diferentes de fatos, de modo que as ações são dotadas de significado, e os fatos são apenas descritivos. A importância é identificar o significado que a ação produz, dentro de um contexto.

Tomás Salvador Vives Antón, ilumina a teoria do delito a partir da noção de tipo de ação, considerando seu conceito significativo. Para tanto, distancia-se de fundamentos objetivos-causalistas e subjetivos-finalistas de sistemas ontológicos. Percebe-se que é possível encontrar um novo ponto de vista para analisar a teoria do delito, considerando pretensões de validade, que acredita serem mais adequadas sob o olhar da filosofia da linguagem. Com isso, a ação significativa cria uma nova imagem da teoria do delito, agora do ponto de vista dos sentidos e significados. Elabora a “nova” teoria do crime tendo como padrão de inserção a ação significativa. Nesse sistema, aparece o tipo de ação, integrado pela ação e omissão, nexos de causalidade e resultado. O nexo causal é estabelecido na mente do intérprete, que busca dar sentido ao acontecimento, levando em conta o plano linguístico do seu significado. Não se leva em conta o nexo causal sob o plano empírico, naturalístico. “A ideia de que algo começa a existir sem causa não é, nem contraditória, nem absurda. E isto basta para afirmar que a lei causal não é uma lei lógica.” (Tradução nossa)¹⁹

Ao analisar o bem jurídico, à luz da estrutura teórica do

¹⁹ “La idea de que algo comience a existir sin causa no es, ni contradictoria, ni absurda. Y esto basta para afirmar que la ley causal no es una ley lógica”

conceito significativo, sob o aspecto da linguagem, verifica-se que ele distancia de uma visão estática da figura do objeto de proteção jurídica, passando a ser uma referencia argumentativa para justificar a intervenção punitiva pelo Direito Penal.

Tomás Salvador Vives Antón percebe a relevância da conduta, a interpretação que se faz da conduta e a conexão com os tipos de ação existentes no ordenamento penal. Ao considerar a ação, esta é vista pelo seu significado, não devendo ser analisada somente em razão do critério da finalidade que dirige a conduta do agente.

Quanto à imputação, é orientada por interpretações dos atos traduzidos nas condutas realizadas, e não por regras gerais. O sistema de imputação tem vinculação com a linguagem da prática social e seus significados já estabilizados. A partir daí que se analisa o perfil da imputação no âmbito da teoria do delito. Wittgenstein utiliza jogos de linguagem para identificar sentidos aceitáveis dentro de contextos, negando somente uma única regra descritiva, universal prévia e absoluta. Com isso, substitui a descrição por compreensão e significado de contextos onde ocorrem fatos que podem ser analisados do ponto de vista da teoria do delito. A teoria do delito e seus elementos são vinculados aos valores contidos nos jogos de linguagem. O discurso jurídico penal deve ser vinculado aos valores obtidos dentro dos contextos oferecidos pela linguagem de cada sistema onde existe o fato a ser analisado.

3. Aspectos estruturantes da teoria do crime – bases da nova dogmática

Tomás Salvador Vives Antón²⁰ afirma que a ação, a norma e a

²⁰ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Fundamentos del sistema penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 487.

liberdade de ação são itens estruturantes da teoria do delito, do ponto de vista da teoria da ação significativa, quando se pretende inserir conteúdo democrático na dogmática penal.

A norma para o Direito Penal representa regra de conduta, conforme Tomás Salvador Vives Antón. Esta regra de conduta é expressada linguisticamente como instrumento de intervenção do Direito para realização de justiça. A construção da norma deve ser dirigida pela concepção do sentido justiça, de modo que o conjunto de normas penais constrói a dogmática penal.

A liberdade de ação é inerente à apuração da responsabilidade penal do agente. O ser humano é livre e tem autodeterminação para escolher suas condutas. Sabendo disso, uma vez feita a opção de ação, surgirá responsabilidade, caso tenha realizado conduta penalmente relevante. A ação realizada terá sentido a partir das regras sociais. Considerando que o agente tenha conhecimento das regras, a partir do momento que escolhe agir contrariamente à norma, identifica-se a sua liberdade de ação. Portanto, seguir regras sociais, significa escolha. Não as seguir, também é resultado de opção. A liberdade de ação é fruto do exercício de escolha, perante regras de prévio conhecimento pelo agente. O Direito, para responsabilizar, analisa a regra, a conduta e a opção tomada pelo agente. Com isso, verifica-se que a pretensão para realização da justiça decorre da análise da liberdade de ação e a consequente aplicação da norma.

Tomás Salvador Vives Antón²¹ afirma a conexão entre a liberdade de ação e a norma. Sabendo que a norma detém comando a ser seguido, a liberdade de ação tem ingerência na aplicação da norma para atingir a justiça.

²¹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Fundamentos del sistema penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 481;495.

Com base nisso, há percepção de que a ação do Direito Penal deve ser valorada dentro do contexto humano em que ocorre, para fim de análise no Direito Penal. A interpretação da ação para se obter o seu significado, a profundidade de valor que é admitida, deve ser retirada do contexto social, cultural e político dos participantes do grupo contextual em que ocorreu o fato sob análise penal.

A ação significativa não é baseada na ideia de ação decorrente da intenção do agente. Não é fruto da interpretação normativa, nem decorre da existência ontológica. A ação significativa é produto de interpretações decorrentes de regras sociais impostas por participantes que fazem parte de um contexto socialmente lastreado. Existe ato de fé dos participantes da interpretação das regras e da ação.

O entendimento e estrutura de pensamento social que dá significado à ação também direciona a escolha normativa dos tipos penais. A ação com significado penal coincide com o tipo escolhido para aquela ação. As figuras típicas tem relação direta com o significado da ação no contexto social. Considerando a importância do conteúdo da ação na teoria do crime, ao admitir que a ação seja significativa, nos moldes do contexto social do qual são extraídas as interpretações, há carregamento de conteúdo social para dentro da teoria do delito. No momento em que se tem como parâmetro uma estrutura típica, pela teoria da ação significativa, não é admissível ter a ação como sentido do substrato típico, uma vez que seu vínculo interpretativo é baseado no substrato social. Isso posto, conclui-se que a ação não é dependente do tipo, mas do seu significado no contexto social, o que acaba por influenciar toda a teoria do delito.

O tipo e a ação têm conexão com a interpretação contextual. O tipo não condiciona a ação, nem a ação condiciona o tipo, sendo o aspecto interpretativo social que dá sentido a esses elementos. Por isso que, ao considerar a teoria significativa, não pode ser afirmado que a

ação tem conceito geralista e uniforme, aplicada a todo e qualquer caso como forma já definida e pronta, de modo que a coloque como elemento sem dependência aos sentidos na teoria de delito.

O tipo de ação contém elementos subjetivos e objetivos, contudo, Tomás Salvador Vives Antón ²² separa a intenção na mente do sujeito do plano subjetivo do tipo de ação. Não é regra que a ação seja definida pela intensão subjetiva, e por causa disso, a intenção nem sempre faz parte do tipo de ação.

Isso significa que ao definir o conceito de ação, Tomás Salvador Vives Antón desconsidera a possibilidade de sempre haver no tipo de ação, a intenção situada na mente do agente, apesar de existir no tipo de ação o plano subjetivo. Mesmo que existam tipos intencionais, é possível que a intenção situada na mente do agente não faça parte do tipo de ação. A intenção subjetiva nem sempre pertence ao tipo de ação.

É, portanto, possível que a intenção esteja presente no tipo de ação. O tipo de ação para Vives Antón não significa desenvolvimento nos planos externo e interno, pois a intenção pode se estabelecer no acontecimento externo.

4. Ação significativa e a estrutura da teoria do delito

Tomás Salvador Vives Antón²³ valoriza o comportamento humano. Não leva em conta a força bruta dos sistemas exclusivamente

²² VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Fundamentos del sistema penal: estudio preliminary: acción significativa y derechos constitucionales. Tradução de M. Jiménez Redondo. 2. ed. Tirant lo blanch. Valencia, 2011. p. 286-287.

²³ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Fundamentos del sistema penal: estudio preliminary: acción significativa y derechos constitucionales. Tradução de M. Jiménez Redondo. 2. ed. Tirant lo blanch. Valencia, 2011. p. 161.

normativistas. As normas e regras não tem importância pelo exclusivo motivo de serem normas ou regras. Dependem de sentido e do elemento humano. Por causa disso, a teoria do delito é visto por Tomás Salvador Vives Antón a partir da afirmação de que as normas devem realizar uma pretensão de justiça. Com isso, afirma-se que pretensão de justiça não tem como base estrutural a simples e única fonte normativa, ou seja, a regra pura. Da mesma forma, para que a norma tenha validade diante de casos em concreto, é necessário que seja fundamentada com base numa escolha decisiva do agente, perante as opções de conduta existentes. Conclui-se, que a validade da norma perante a sociedade é vinculada à credibilidade das regras no contexto social.

A norma ou regra penal permite ver que a ação sob análise pode ou não ser relevante para o que se considera justiça, após inserção do fato no filtro da teoria do crime.

Do ponto de vista de Tomás Salvador Vives Antón, admite-se a ação como expressão de sentido. A partir daí, verifica-se que o tipo de ação regula o sentido desta ação, colocando-a numa classe de interesse do corpo social. Há significado nas condutas entendidas como relevantes para acionar o Direito Penal, diante de lesão ou perigo de lesão a bem jurídico. Os elementos que compõem o tipo passam a ser vistos com base no sentido que é dado à ação. Todos os elementos do tipo, descritivos, subjetivos terão vínculo com o sentido da ação. Nessa linha, a pretensão de relevância é traduzida por uma pretensão conceitual de relevância (tipo de ação, sem esquecer do tipo de omissão). A pretensão de relevância é afirmada pela pretensão conceitual de relevância e pela pretensão de ofensividade. O tipo de ação ou omissão percebido diante de evento passível de violar ou por em perigo bem jurídico revela a pretensão de relevância.

A pretensão de ofensividade revela a importância das condutas

destacadas para o Direito Penal, em vista dos bens jurídicos lesados ou em perigo (equivalente à antijuridicidade material). O delito tomará existência se houver relevância da conduta para o Direito Penal, vislumbrando tal importância na relevância da ofensa a bem jurídico destacado pelo corpo social.

A pretensão de antijuridicidade, ou pretensão de ilicitude, ou antijuridicidade formal, como contrariedade da norma, é identificada na afirmação da regra de que determinada conduta viola o ordenamento jurídico. Haverá pretensão de antijuridicidade se existir dolo e imprudência (tipo subjetivo), sem a presença das causas de justificação.

A pretensão de relevância e a pretensão de ilicitude são vinculadas à ação. Por outro lado, a pretensão de reprovação versa sobre a pessoa do agente.

A pretensão de reprovação, ou seja, a culpabilidade é preenchida pela imputabilidade e pela consciência da ilicitude. Tomás Salvador Vives Antón²⁴ afirma que “A la pretensión de ilicitud, que versa sobre la acción, sigue la de reproche, que recae sobre el autor.” Pela pretensão de reprovação, busca identificar a possibilidade do agente ter agido de outro modo, sendo possível.

A pretensão de necessidade de pena requer a presença da proporcionalidade da pena, tendo a punibilidade que ver preenchidos requisitos objetivos para punir, além de não estar presente causas pessoais que excluem a pena e inexistência de medidas de graça, como a anistia e o indulto.

Posto isto, verifica-se que a pretensão de relevância, pretensão

²⁴ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Fundamentos del sistema penal: estudio preliminary: acción significativa y derechos constitucionales. Tradução de M. Jiménez Redondo. 2. ed. Tirant lo blanch. Valencia, 2011. p. 494.

de ilicitude, pretensão de reprovação e pretensão de necessidade da pena estão vinculadas à pretensão de validade da norma penal²⁵. Busca-se, com este sistema, a justiça.

5. Ação significativa – Tomás Salvador Vives Antón – linguagem, ação, sentido e justiça

Tomás Salvador Vives Antón²⁶ propõe um novo entendimento da ação, não mais fundamentada na clássica categoria do delito, com inserção na tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Distancia dos imperativos lógico categóricos para dar atenção a uma outra lógica, a lógica argumentativa, instrumentalizada por sentidos e apoiada no valor de justiça como ponto central do sistema. A norma e a ação são pilares que sustentam sua construção. Verifica-se presença das pretensões de relevância, ilicitude, culpabilidade (reproche²⁷) e necessidade de pena. Aqui reside o giro da base conceitual da teoria da ação significativa. Houve ruptura com o desenvolvimento da base teórica que permitiu o desenvolvimento da ação a partir de Hegel, isto é, ação válida para o Direito Penal na doutrina clássica. Convém apontar que caracteriza o pensamento Hegeliano a neutralidade objetiva.

²⁵ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Fundamentos del sistema penal: estudio preliminary: acción significativa y derechos constitucionales. Tradução de M. Jiménez Redondo. 2. ed. Tirant lo blanch. Valencia, 2011. p. 491;495

²⁶ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Fundamentos del sistema penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 172.

²⁷ “A la pretensión de ilicitud, que versa sobre la acción, sigue la de reproche, que recae sobre el autor.” VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Fundamentos del sistema penal: estudio preliminary: acción significativa y derechos constitucionales. Tradução de M. Jiménez Redondo. 2. ed. Tirant lo blanch. Valencia, 2011. p. 494.

Aliás, Gustav Radbruch²⁸ em *El Concepto de Acción y su importância para el sistema del Derecho penal* afirma que Hegel é o pai do conceito de ação. A ação é a pedra angular sobre a qual se estrutura a teoria do delito, mas assim não era até Mayer. A ação não integrava a tipicidade, pois esta era tratada como moldura objetiva, neutra. A tipicidade como moldura exclusivamente objetiva não cabia a ação, que tem conteúdo subjetivo. Foi com o Neokantismo que houve o afastamento da assertiva de que a “ação é um fantasma sem sangue”.

A linha de construção da teoria do delito, admitindo a ação fundada em Hegel, passa pelo causalismo, neokantismo, finalismo, funcionalismo. Tomás Salvador Vives Antón quebra esta estrutura ao identificar a ação significativa na filosofia da linguagem. A ideia do autor de colocar o pensamento de Ludwig Wittgenstein e Habermas dentro da dogmática penal é, por conseguinte, inovadora.

6. Ação significativa - reflexão crítica da estrutura do “novo sistema” analisada do ponto de vista do princípio da legalidade - base de solução finalista

A concepção clássica do delito foi fundamentada no pensamento jurídico do positivismo jurídico; a concepção neoclássica foi baseada na teoria do conhecimento neokantiana; o sistema finalista foi estruturado em vista das contribuições filosóficas de Welzel, que apoiou seus fundamentos na ontologia crítica de Hartmann; os modernos sistemas de orientação funcionalistas foram baseados na

²⁸ RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción y su importância para el sistema del derecho penal*. Traducción José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: BdeF, 2011. p.110-111.

estrutura de Parsons, quanto ao funcionalismo teleológico, e de Luhmann, quanto ao funcionalismo radical ou estratégico. Posto isso, verifica-se que a teoria de Tomás Salvador Vives Antón²⁹ se distancia do padrão filosófico desenvolvido até então, propondo uma nova sistemática penal distante das construções filosóficas que inspiraram os sistemas clássico, neoclássico, finalista e funcionalistas.

A concepção do delito de Tomás Salvador Vives Anton é totalmente nova, o que dará margens para incontáveis discussões no âmbito doutrinário. O sistema criado por Vives Antón é absolutamente inovador ao apresentar proposta baseada na ação significativa. Estamos diante do mais novo sistema penal do século XXI que permitiu a criação da mais recente concepção do delito, agora com apoio da figura de linguagem do segundo Wittgenstein e Habermas. As categorias do delito foram reanalisadas, de modo que o edifício da teoria do delito foi novamente construído sob um outro ponto de vista.

Em relação à tradicional dogmática penal, a nova teoria certamente merece muito aprofundamento e análise das consequências que levanta, em virtude da estreita ligação das categorias e subcategorias do sistema do delito aos novos postulados filosóficos.

O novo sistema criado por Tomás Salvador Vives Antón está muito distante de criticar ou tentar destruir a tradicional dogmática, pois trata-se de um novo e isolado sistema de delito, apoiado na filosofia da linguagem, que tenta analisar e ordenar questões penais do ponto de vista de uma nova teoria jurídica do delito.

A ação por Tomás Salvador Vives Antón não é mais analisada de forma cartesiana, onde reside a reunião do aspecto físico

²⁹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 163.

(movimento corporal) e outro mental (a vontade), mas sim é observada com respeito ao significado que representa no âmbito social, com base num sentido social. As categorias do Direito Penal são analisadas a partir deste novo conceito de ação, que precisa ser interpretada. A ação significativa não é um substrato conceitual que recebe um sentido, mas um sentido, que conforme o sistema de normas, pode atribuir a determinados comportamentos humanos na sociedade. Não será substrato de um sentido, mas sentido de um substrato. Por isso, é possível dizer que a ação humana, que tem relevância para o sistema penal de Tomás Salvador Vives Antón³⁰, tem uma dimensão significativa. Esta dimensão significativa é introduzida nos elementos que compõem o delito. A ação é dotada de sentido jurídico com correspondência às aspirações sociais. Por causa disso é que se verifica a relevância da interpretação e compreensão do significado da ação.

Quanto às normas jurídicas, devendo ser concebidas como diretivas de conduta, Vives Antón conclui que elas tem dupla essência: são decisões do poder e são determinações da razão. Essa dimensão diretiva das normas é acompanhada da pretensão de validade que leva ao processo a argumentação racional. É importante lembrar que o valor central do sistema de Tomás Salvador Vives Antón é a justiça. Carlos Martínez-Bujan Pérez³¹ lembra que, na concepção de Vives Antón, a

³⁰ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Fundamentos del sistema penal: estudio preliminary: acción significativa y derechos constitucionales. Tradução de M. Jiménez Redondo. 2. ed. Tirant lo blanch. Valencia, 2011. p. 503.

³¹ PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. La concepción signitivativa de la acción de T.S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionales del delito. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, v.1, n. 2, 1999. p. 1-2.

norma penal exerce grande influência na motivação humana, que é orientada a dissuadir os destinatários desta norma na execução das suas condutas.

Tomás Salvador Vives Antón percebe a norma como uma regra de conduta expressa linguisticamente, e que a dogmática jurídico-penal, interpretada como gramática é dotada de pretensões de validade. Estas pretensões de validade não são pretensões de verdade, pois a norma jurídica quer ser válida, não quer ser verdadeira. A partir desse pensamento, conclui-se que o resultado da execução da norma jurídica é a promoção da justiça e não da verdade. Vives Antón tem a norma como um dos básicos pilares de sua teoria, tendo a norma necessariamente guiada pela ideia de justiça. Com isso, em tese, a norma canaliza ideias de justiça.

A liberdade de ação, na concepção de Tomás Salvador Vives Antón³² constitui o ponto de união entre a doutrina da ação e da norma, sendo aquela pressuposto necessário na nova sistemática penal. A liberdade para agir não pode ser afirmada ou negada a partir de dados empíricos, contudo deve ser entendida com a ação com capacidade de autodeterminação.

A estrutura sistemática de Tomás Salvador Vives Antón³³ não despreza o aspecto social, cultural, político e histórico do contexto humano para identificar a ação de interesse para o Direito Penal, sobretudo no âmbito da imputação de condutas criminosas. Esta vertente democrática e humanista de imputação jurídico penal,

³² VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Fundamentos del sistema penal: estudio preliminary: acción significativa y derechos constitucionales. Tradução de M. Jiménez Redondo. 2. ed. Tirant lo blanch. Valencia, 2011. p. 232;259.

³³ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Fundamentos del sistema penal: estudio preliminary: acción significativa y derechos constitucionales. Tradução de M. Jiménez Redondo. 2. ed. Tirant lo blanch. Valencia, 2011. p. 221.

estruturada na filosofia da linguagem, coloca a teoria do delito inserida na linguagem social, com base na prática social, com respeito aos significados sociais. A linguagem como ato de fé também é inserida na teoria do delito, dando relevância ao contexto humano para identificação da ação.

A estruturação dos fundamentos jurídicos da teoria do delito, do ponto de vista de Tomás Salvador Vives Antón, buscando ventos democráticos, baseia-se nos pilares da ação e da norma, tendo a liberdade de ação como elemento conector imprescindível.

Ao considerar esta hipótese, ou seja, a inserção da ação significativa no modelo tradicional da teoria do delito, apenas como ensaio para uma discussão, levando em conta o princípio da legalidade, a violação do bem jurídico como pressuposto do fenômeno do delito, além da tipicidade, é bastante provável que a teoria da ação significativa não se adeque à segurança jurídica delimitada pelo princípio fundamental da reserva legal, atingindo de frente o garantismo penal, o Direito Penal Constitucional, e conseqüentemente o Estado Democrático de Direito. Trata-se, este pensamento, de uma reflexão crítica a respeito de uma hipótese. Hipótese esta figurativa para testar a teoria da ação significativa em um ambiente fora da estrutura significativa, mas uma estrutura tradicional, clássica, uma estrutura brasileira.

A teoria da ação significativa não dá relevância ao bem jurídico atingido, mas a um ato de fé, de crença interna, com base no aspecto social, diante da linguagem e de seus signos.

O tipo, na condição de modelo abstrato que descreve um comportamento proibido, como conjunto de elementos de fato punível prescrito na lei, identifica-se com a conduta proibida pela norma. Exerce uma função indiciária, pois delimita a conduta penalmente ilícita. Tem uma função garantidora, sob o aspecto do princípio da

legalidade, como garantia constitucional, por que é expressão de segurança. Ainda nessa linha, Hans Welzel³⁴ entende que o tipo penal tem com uma das suas funções, a descrição da forma objetiva da execução da ação proibida.

Para identificar uma conduta decorrente de ação humana como crime, é necessário verificar se esta conduta típica é antijurídica e culpável. Para ser crime, uma conduta realizada, terá que ser baseada no injusto culpável. O injusto é a conduta típica e antijurídica, sem necessidade de ser culpável. Mas para ser delito, é preciso que o injusto seja culpável. Diante destas considerações feitas sobre a segurança dada com a presença do tipo e da tipicidade, não é possível deixar de afirmar que o bem jurídico seja pilar do sistema penal tradicional, sendo a base da estrutura e interpretação dos tipos penais. Para além destas afirmações, importa verificar que um indivíduo, antes de realizar uma conduta típica, realiza uma conduta que seja ilícita. A conduta é ilícita no momento em que viola bem jurídico. São nestas condições que, hipoteticamente, inserimos a ação significativa na tradicional teoria do delito.

É possível que a tipicidade carregada de conteúdo significativo social, trabalhando os signos, e não a violação do bem jurídico, seja sustentada por insegurança, pois seria toda a teoria do delito baseada apenas nos atos de fé e de crença social.

A exigência do bem jurídico violado na condição motivadora de aplicação da sanção penal, é limite constitucional à criação de normas penais incriminadoras. Atenderia, nesse sentido, a vertente material do princípio da legalidade.

O Direito Penal tem como uma das suas principais funções a

³⁴ WELZEL apud ROXIN, Claus. Teoría del tipo penal. Buenos Aires: Depalma, 1979. p. 170;172.

proteção de bens jurídicos. Especificamente, no finalismo, os valores ético-sociais, em que os bens jurídicos se encontram num segundo plano, sem deixar de ter suprema importância. Não estamos afirmando que Tomás Salvador Vives Antón³⁵ não visa a proteção de bens jurídicos. O que apontamos é que, no ensaio hipotético, a teoria da ação significativa, lastreada por significados sociais, conforme o molde apontado acima, se inserida na estrutura do Direito Penal brasileiro, venha trazer insegurança, pois colocará dentro da teoria do delito, uma ação que não seja o movimento humano corporal voluntário direcionado para um fim, mas o elemento ação que valora o significado conforme a filosofia da linguagem. Há injeção de linguagem social como conteúdo de relevância para sustentar a base justificativa da ação, e não a violação do bem jurídico, por meio de uma conduta ilícita.

7. Crítica à estrutura significativa sob o viés finalista

Tomás Salvador Vives Antón³⁶ procura organizar a teoria do delito com base na tentativa de realização da pretensão de justiça pelas normas. A norma não é válida pelo simples motivo de ser norma, sendo preciso que se dê espaço ao ser humano. Por causa disso, uma norma respeitada, que tenha legitimidade no âmbito social, é aquela que houve o depósito de fé pela comunidade jurídica, de onde extrai a sua aceitação geral, coletiva. Assim, a norma anuncia a ação relevante para

³⁵ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Fundamentos del sistema penal: estudio preliminary: acción significativa y derechos constitucionales. Tradução de M. Jiménez Redondo. 2. ed. Tirant lo blanch. Valencia, 2011. p. 812.

³⁶ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Fundamentos del sistema penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Fundamentos del sistema penal: estudio preliminary: acción significativa y derechos constitucionales. Tradução de M. Jiménez Redondo. 2. ed. Tirant lo blanch. Valencia, 2011. p. 491.

o Direito Penal. Tendo a ação como expressão do sentido, o tipo de ação regula o sentido da ação em si mesma.

O tipo de ação detém a pretensão conceitual de relevância (tipicidade formal) e a pretensão de ofensividade (antijuridicidade material ou ofensividade ao bem jurídico). Conforme Carlos Martínez-Buján Pérez³⁷, se trata de expressão da primeira pretensão de validade da norma onde há vinculação da realização de um tipo de ação. É pretensão que tem por objeto afirmar que a ação realizada pelo ser humano é uma das que interessam ao Direito Penal. Importa lembrar que a ofensividade ao bem jurídico tem relevância apenas após a verificação do significado relevante da ação, diferentemente da dogmática clássica, que exige a violação de um bem jurídico, sendo este, base da estrutura dos tipos penais, e não de um sentido de ação como na teoria de Tomás Salvador Vives Antón.

Tomás Salvador Vives Antón se distancia da dogmática tradicional, também, por alocar o elemento intenção na pretensão de ilicitude, uma vez que o dolo encontra-se na antijuridicidade. Posto isso, fica fácil perceber que matar ou deixar de matar com base no tipo de ação não identifica-se, num primeiro plano, o aspecto subjetivo, mas o sentido da ação identificado no tipo de ação. A pretensão geral de relevância (tipo de ação) é vista sob dois aspectos, o primeiro como pretensão conceitual de relevância onde ocorre uma correta compreensão da formulação linguística com o que se define no tipo de ação pela lei; e num segundo plano, a pretensão de ofensividade que

³⁷ PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. La concepción signitativa de la acción de T.S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionales del delito. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, v.1, n. 2, 1999. p. 7.

comporta uma ação revestida de caráter perigoso ou danoso que induziu o legislador a sancionar aquela conduta com penas criminais, sendo relevante para o Direito Penal as ações que lesionam ou põem em perigo bens juridicamente protegidos. Nesse ponto, Vives Antón descarta uma concepção substancial do bem jurídico. Assim, tem-se como conteúdo do tipo de ação, a pretensão conceitual de relevância (tipicidade formal) e a pretensão de ofensividade (a antijuridicidade material).³⁸É importante frisar que a concepção significativa da ação abarca, da mesma forma que a ação, a omissão, com os mesmos relevos e sentidos.

Carlos Martínez-Buján Pérez³⁹ faz uma interessante reflexão quanto às possíveis causas de exclusão do tipo de ação, concluindo que as tradicionais causas de exclusão da ação possam integrar a concepção de Tomás Salvador Vives Antón para negar o tipo de ação. Nesse caso, estaria presente a função negativa da ação no Direito Penal a partir da filosofia da linguagem, uma vez que o sentido da ação teria que ser visto do ponto de análise da linguagem base da teoria de Ludwig Wittgenstein.

A antijuridicidade formal, como pretensão de ilicitude, equivale à verificação de ajuste da conduta aos moldes do ordenamento jurídico. Trata-se, depois da pretensão de relevância, da análise da

³⁸ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Fundamentos del sistema penal: estudio preliminary: acción significativa y derechos constitucionales. Tradução de M. Jiménez Redondo. 2. ed. Tirant lo blanch. Valencia, 2011.p. 491;495

³⁹ PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. La concepción signitivativa de la acción de T.S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionales del delito. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, v.1, n. 2, 1999. p. 9.

segunda pretensão de validade da norma, segundo a qual ocorre a realização do proibido. A conduta é realizada contra o ordenamento jurídico, infringindo a norma. É o local onde reside o dolo e a imprudência (elementos considerados instâncias de imputação da antinormatividade). Há causas de justificação que eliminam a antijuridicidade formal.

Tanto o dolo quanto a imprudência não fazem parte do tipo de ação. Representam, na verdade, instancias de imputação de conduta antinormativa, contrária ao ordenamento jurídico.

Ademais, o dolo representa “o manifesto compromisso de atuar do autor”⁴⁰, de modo que o agente saiba que esteja atuando contrariamente à norma. O dolo é o reflexo de um compromisso com uma ação antinormativa. A imprudência não passa da ausência de compromisso com a norma.

Vale lembrar que a conduta antinormativa gera consequência apenas ao desvalor da ação, pois o desvalor do resultado ocorre com a violação das normas de valoração ou quando as coloca em perigo.

Na estrutura finalista, o conteúdo material do tipo de injusto é o bem jurídico, que decorre de valores ético-sociais. Na estrutura significativa, o bem jurídico é tido procedimentalmente, para justificar a intervenção penal, não sendo conceito genérico, mas orientação para a justificação racional da limitação da liberdade.

No Finalismo, além da relação intrínseca existente entre o bem jurídico e a tipicidade, é possível verificar sua ligação com a

⁴⁰ PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. La concepción signitiativa de la acción de T.S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionales del delito. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, v.1, n. 2, 1999. p. 11.

antinormatividade penal. Considerando que a norma penal tenha sido criada por meio de um juízo de valor prévio ou inicial, e que a intenção seja que um determinado bem jurídico seja protegido pela lei, qualquer conduta que venha violar a norma criada para proteção do bem jurídico elencado, conseqüentemente viola este bem jurídico, sendo esta conduta, naturalmente, denominada antinormativa. Daí a relação entre o bem jurídico e a antinormatividade penal, onde violar a norma penal significa violação ao bem jurídico.

Não é possível que haja a interpretação do tipo penal, no âmbito da dogmática penal presente no Estado Democrático de Direito, sem a ideia de proteção de bem jurídico. Quanto a esta linha de pensamento, Tomás Salvador Vives Antón desvincula-se desta garantia, pois dá valor à ação lastreada pelo sentido social, pelo ato de fé.

A estrutura de Tomás Salvador Vives Antón⁴¹ distancia-se do aspecto cartesiano da dogmática tradicional (Tipicidade, Antijuridicidade e Culpabilidade).

Conforme Carlos Martínez-Buján Pérez⁴², o sistema da teoria do delito baseado na concepção significativa da ação deve ser analisado levando em conta as coordenadas de uma concepção da pena que encontra sua justificação no fundamento da tutela jurídica, tendo o castigo justificado pela sua utilidade (efeitos preventivos), porém sempre dentro dos limites legais e constitucionais, onde se expressa a ideia de justiça distributiva própria de um Estado de Direito.

⁴¹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Fundamentos del sistema penal: estudio preliminary: acción significativa y derechos constitucionales. Tradução de M. Jiménez Redondo. 2. ed. Tirant lo blanch. Valencia, 2011. p.161;169.

⁴² PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. La concepción signitivativa de la acción de T.S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionales del delito. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, v.1, n. 2, 1999. p. 15.

A estrutura finalista, por exemplo, tendo a ação com substrato de um sentido, sobretudo como movimento corporal dirigido para determinado fim, decorrente de anos de desenvolvimento, aparenta maior segurança jurídica, perante a dogmática-jurídico penal constitucional, pelas figuras lógico-objetivas.

A ação finalista, distante de ser vista do ponto de vista dos sentidos, dos signos relevantes na sociedade, é palpável, sendo o comportamento humano, consciente e voluntário, movido por uma finalidade.

Tanto o princípio da legalidade, a adequação social, quanto a antinormatividade, dão abertura necessária à estrutura finalista para que tenha a devida adequação constitucional na medida necessária da evolução jurídico penal constitucional. A teoria finalista não é fechada a ponto de impedir a inserção de princípios constitucionais. Pelo contrário, é aberta para a luz que ilumina o Direito Penal Constitucional, sendo revelação da opção segura da dogmática penal, por permitir a eficácia dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, conforme as linhas do Neoconstitucionalismo, característica do Estado Democrático de Direito.

Tomás Salvador Vives Antón e George Patrick Fletcher percebem uma compreensão humanista da ação, sem ter como única preocupação, a consideração da ação na figura de ente sob análise e explicação científica, decorrente de conseqüente força causal, aos moldes da tradicional dogmática. Registram que a conduta humana, sobretudo aquela que gera vínculo ao Direito Penal, deve ser compreendida, e não explicada por conceitos científicos, não sendo somente pela finalidade que se identifica a ação humana do ponto de vista dogmático, apontando a precisão de que haja compreensão de outros fatores que dirigem a vontade, como a linguagem, os signos, os atos de crença e fé.

Esta crença e fé em sinais e signos são percebidas por aqueles que interpretam o fato, do ponto de vista penal. A ação é identificada por elementos que a envolve, numa procura intensa da compreensão humana, que permite ver o significado comunicado por ela. Faz-se uma leitura interpretativa da ação e não científica racional, no âmbito da estrutura significativa.

Pela consideração da importância da ação na teoria do delito, do método cartesiano já testado, pela segurança identificada nos elementos que estruturam a teoria finalista, considerando que o bem jurídico deve ser utilizado como princípio interpretativo de um Direito Penal Constitucional, diante da importância das garantias fundamentais, que tenha respeito ao princípio da legalidade material, exigência do Estado Democrático de Direito, a teoria finalista ocupa lugar mais seguro na dogmática utilizada na apuração dos fatos definidos como crime. A conduta vista como típica, antijurídica e culpável, após análise de violação do bem jurídico, onde se possa identificar antinormatividade, tem maior relação com a segurança devida e exigida pelo Estado Democrático de Direito.

Em que pese as críticas quanto à estrutura finalista, no sentido de ser demasiadamente fechada, o princípio da legalidade, como marca do início do Direito Penal científico, como fundamento da dogmática do crime e da pena, sendo expressão da limitação do *ius puniendi*, é uma das pontes que permitem a inserção de regras e princípios constitucionais na dogmática penal finalista. Da mesma forma, permite a necessária evolução, no âmbito da teoria finalista, a ponte de ouro da adequação social e da antinormatividade.

Tanto o princípio da legalidade, quanto a adequação social e a antinormatividade, permitem a inserção da necessária luz constitucional na dogmática penal pela via da estrada finalista. Isso permite com que o finalismo seja uma opção mais segura, mais

adequada, diante da oferta sistemática feita por Vives Antón, com a estrutura significativa da ação, ao levar em conta uma ação lastreada em atos de fé e crença.

Epílogo

Considerando que o Direito Penal representa estrutura de controle social que busca a proteção de bens jurídicos, não há dúvidas de que seja necessária a presença de um sistema seguro o bastante para fazer a proteção do homem, inclusive para protegê-lo do próprio Sistema Penal. A necessidade da presença de uma estrutura dogmática estritamente organizada e segura, aos moldes das garantias constitucionais e do princípio da legalidade, tem relevância no Direito Penal moderno.

Além de um molde estrutural penal seguro, é preciso que haja possibilidade de entrada da evolução do Direito e de novos conceitos sociais neste sistema, para que não fique estancado a ponto de impedir a aplicação da justiça. Nesse ponto, verifica-se no sistema finalista a presença da segurança exigida por um Direito Penal constitucional e a possibilidade de iluminar a estrutura finalista pela ponte da adequação social, da antinormatividade e do princípio da legalidade.

Do ponto de vista da ação significativa, numa análise comparativa ao molde finalista, é possível concluir que identifica-se a compreensão da conduta pelo intérprete do modelo significativo, com base em linguagem, conceitos, signos, e não na segurança da análise interpretativa científica da ação, como elemento da dogmática. Considerando que a ação significativa influencia toda a estrutura do delito, admitindo o vínculo que tem com a compreensão do intérprete sobre a ação, a estrutura significativa apresenta-se conectada aos atos de fé daquele que interpreta a conduta considerada delituosa. Nesse

sentido, se não há sintonia entre os interpretes, por hipótese, haveria insegurança.

Ex positis, como opção de resposta lastreada em segurança, garantismo e constitucionalidade de aplicação de pena, o sistema finalista se apresenta adequado, pois a sua teoria de ação não é interpretada nem compreendida, mas sim verificada e explicada com base em aspectos e elementos científicos, tornando todo o sistema finalista, da mesma forma, adequado à segurança jurídica exigida pelo Estado Democrático de Direito e ao mesmo tempo passível de evolução em sintonia com a Constituição da República.

Referências

BUSATO, Paulo César. Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GALVÃO, Fernando. Direito penal: parte geral. 7. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LISZT, Franz von. Tratado de direito penal alemão. Tradução de José Hygino Duarte Pereira, Rio de Janeiro: F. BRIGUIET & C. Editores, 1899.

PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. La concepción signitiativa de la acción de T.S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionales del delito. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, v.1, n. 2, 1999.

RADBRUCH, Gustav. El concepto de acción y su importância para el sistema del dercho penal. Traducción José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: BdeF, 2011.

ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da. Resistência à imposição tributária ilícita e crime contra a ordem tributária: na perspectiva da teoria da imputação objetivo-comunicativa do crime. 2014. Tese (Doutorado)- Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general, fundamentos: la estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1997.

ROXIN, Claus. Teoría del tipo penal. Buenos Aires: Depalma, 1979.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Fundamentos del sistema penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

WITTGENSTEIN, Ludwig. Investigações filosóficas: pensamento humano. 4.ed.São Paulo: Editora Vozes, 2005.