

Ação, Tipicidade e Ilicitude em Direito Penal

Tiago de Lima Santos Reid*

Sumário

1. O Ponto de Partida. 2. A Importância da “Ação” para o Direito Penal. 2.1. As Funções Desempenhadas pelo Conceito de “Ação”. 2.2. O Conceito Social de Ação. 2.3. O Conceito Finalista de Ação. 2.4. O Conceito Negativo de Ação. 2.5. O Conceito Pessoal de Ação. 2.6. Os Horizontes da Ação. 2.7. A Ação como um Problema de Imputação ao Tipo Objetivo. 2.8. Possíveis Críticas. 3. Tomada de Posição: a Ação como Referencial Material de Interpretação Típica. 3.1. A Questão da Ilicitude. 3.2. Introduzindo o Problema: Questionamentos de Aula. 3.3. Resposta: a (I)licitude Tipificada. 3.3.1. Os Tipos Penais Incriminadores. 3.3.2. Os Tipos Permissivos (Tipos de Justo). 3.3.3. Síntese. 4. Ponto de Chegada. Referências.

Resumo

Durante muitos anos, a doutrina penal debateu-se para encontrar um conceito adequado de ação, supondo que suas funções (classificação, delimitação e ligação) pudessem construir uma estrutura sólida para as valorações jurídico-penais subsequentes. Contudo, em posição diametralmente oposta, o presente estudo pretende redimensionar o conceito e a função da ação penal, inserindo-a como um problema de imputação ao tipo objetivo. Nesse sistema, apesar de ceder primazia ao tipo objetivo, o estudo sobre a ação penal não é simplesmente abandonado, porém realocado como um modelo de interpretação material da tipicidade. Assim, como o título deixa entrever, o artigo procura desvendar a estreita e conturbada relação entre os conceitos de “tipicidade”, “ação” e “ilicitude”.

Resumen

Durante muchos años, la doctrina penal há luchado para encontrar un concepto adecuado de la acción, argumentando que sus funciones (clasificación, de límite y de unión) podrían construir un marco sólido para las valoraciones judico-penales posteriores. Sin embargo, diametralmente opuesto, este estudio pretende redimensionar el concepto y la función de la acción penal, insertandola como un problema de imputación típica. En este sistema, a pesar de dar prioridad al tipo objetivo, el estudio de la acción penal no está

* Professor de Direito Penal do curso de graduação em Direito da Faculdade de Direito de Campos, Centro Universitário Fluminense. Palestrante do curso de Pós-Graduação em Direito Penal da Faculdade de Direito de Campos, Centro Universitário Fluminense; Pós-Graduado em Direito Público pela Faculdade de Direito de Campos; Pós-Graduado em Direito e Processo Penal pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus; Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

abandonado, pero cambia como un modelo de material interpretación de la tipicidad. Por lo tanto, como el título insinúa, este artículo trata de descubrir la difícil y estrecha relación entre los conceptos de “tipicidad”, “acción” y “antijuridicidad”.

Palavras-Chave: Ação. Tipicidade. Ilícitude.

Palabras clave: Accion. Tipicidad. Antijuridicidad.

1. O Ponto de Partida

Costuma-se dizer que a dúvida é o princípio da sabedoria. Embora correta, não se pode esquecer que essa filosofia apenas satisfaz quando compreendida em seu caráter metafórico: o princípio. Certamente, toda explicação possui uma boa pergunta como plano de fundo. Todavia, as perguntas não conseguem ir além do início, do ponto de partida. Posteriormente, as indagações devem ceder espaço às reflexões e às ponderações, ponto de chegada das teorias.

Caminhando por essa trilha de reflexões e indagações, comeci a questionar sobre a função do injusto¹ para o sistema penal. Isso porque a ideia de uma “ação final”² e de um tipo penal como *ratio cognoscendi*, concepções finalistas, majoritárias no direito penal brasileiro³, despertaram diversos questionamentos: será que o legislador teria concebido como típico um comportamento que ele mesmo considerou lícito através de um tipo permissivo? Isto é, será que o legislador, ao elaborar o tipo penal de homicídio, pensava naquele que mata outrem em legítima defesa ou naquele que mata, por exemplo, por maldade? Até que ponto, então, seria necessário reavaliar um fato típico, logo, relevante para o sistema penal, para afirmar sua ilicitude?

A seguir encontra-se o ponto de chegada das minhas indagações e reflexões.

2. A Importância da “Ação” para o Direito Penal

Quando se fala na superação dos modelos de organização das categorias analíticas do crime, o primeiro ponto a ser enfrentado é aquele referente ao conceito de ação. Isso porque, ainda que partindo de diferentes premissas, a doutrina anunciou que

¹ “O injusto determina o que é proibido sob ameaça de pena, que comportamento é, portanto, legal ou ilegal (...). O primeiro nível valor ativo tem por tarefa o controle de comportamentos: ele diz aos cidadãos o que, segundo as regras do direito penal, devem omitir e, em certos casos, fazer, combinando uma valoração com uma diretriz de comportamento” ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Renovar: Rio de Janeiro. Tradução de Luís Greco, 2006, p. 68.

² Abordei o sistema finalista em outro artigo, para o qual remeto os interessados: REID, Tiago de Lima Santos. *Somos realmente finalistas? Análise e crítica do sistema proposto por Hans Welzel*. Disponível em: <<http://emporioidireito.com.br/somos-realmente-finalistas-analise-e-critica-do-sistema-proposto-por-hans-welzel-por-tiago-de-lima-santos-reid/>>, p. 14/16.

³ Por todos: GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Impetus: Niterói, vol 1, 2007, 8ª ed, p. 145 e ss; CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. Saraiva: São Paulo, vol. 1, 2012, 16ª ed, p. 135 e ss; JESUS, Damásio Evangelista. *Direito penal*. Saraiva: São Paulo, vol.1, 1998, 21ª ed., nota do autor; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal, parte geral*. Jose Bushatsky: São Paulo, 1977, 2ª ed, p. 167.

a organização analítica do crime deveria “começar por comprovar a correspondência de uma ação a um tipo, para só depois eventualmente negar sua ilicitude se no caso intervier uma causa de justificação”⁴. Tanto foi assim que, em determinado período, a busca por um conceito adequado de ação acabou condicionando os próprios rumos e o “desenvolvimento da metodologia jurídico-penal do século XX”⁵.

Logo, “uma discussão da doutrina do facto punível não pode ainda hoje furtar-se por inteiro aos ecos da controvérsia, tão acesa nas últimas décadas, como se viu, à roda do conceito de ação”⁶.

2.1. As Funções Desempenhadas pelo Conceito de “Ação”

Para ser proveitoso, o conceito de ação não pode ser construído a partir de meras ideologias, mas deve ser analisado com maior densidade teórica. Segundo a corrente majoritária⁷, exposta segundo a claríssima sistematização de Hans Heinrich Jescheck⁸, para que se possa falar em um “conceito geral de ação”, válido como base autônoma da teoria do delito, deve-se conseguir enxergar a presença de três funções: uma de sistematização (ou classificação), outra de definição (também chamada de ligação) e uma de delimitação.

A função de sistematização⁹ exige que o conceito de ação seja capaz de abarcar todas as eventuais formas de aparição da figura típica, reunindo-as a determinado elo comum: do dolo à negligência; da comissão à omissão. Consoante à chamada

⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. Parte geral, tomo I. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2ª ed., 2007, p. 265.

⁵ LOBATO, José Danilo Tavares. *Há espaço para o conceito de ação na teoria do delito do século XXI?*. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=141>. Acesso em: 21 de setembro de 2014.

⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais*. *Op. cit.*, p. 251.

⁷ Não é objeto do presente trabalho tecer comentários sobre a utilidade/necessidade dos requisitos atribuídos pela literatura para qualificar um conceito como “geral de ação”. Na realidade, o propósito do presente artigo é anunciar uma nova forma de classificação analítica do crime, que, por seu método, dispensa tal discussão. Confira-se, sobre o tema, um panorama crítico em: BUSATO, Paulo César. *Direito Penal & 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, 2ª ed., 2010. Também nesse espírito crítico, veja-se: JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. Trad. Andre Luis Callegari. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2ª ed, p. 55, nota de rodapé; D’ÁVILA, Fábio Roberto. *O conceito de ação em direito penal, linhas críticas sobre a adequação e utilidade do conceito de ação na construção teórica do crime*. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/a_penal.pdf>. Acesso em: 05 de maio de 2015; D’ÁVILA, Fábio Roberto. *A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime*. Revista de Estudos Criminais, ano XII, nº 54, 2014; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais*, *op. cit.*, p. 259.

⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais*, *op. cit.*, p. 251.

⁹ Esses requisitos apenas foram levantados como ponto de argumentação para, posteriormente, serem rejeitados. Aliás, frise-se que tais requisitos sequer são unânimes na literatura. O conceito de classificação, por exemplo, sempre foi um entrave para a dogmática que busca conceituar a ação. Isso porque, *data maxima venia*, nenhum dos conceitos de ação conhecidos satisfaz plenamente essa exigência. Assim, muitas teorias acabaram retornando às ideias de Radbruch, para quem o sistema da ação deveria ser dividido conforme sua manifestação: “a ação seria, pois, dividida nos conceitos autônomos de ação e omissão, o que, por conseguinte, implicaria a idêntica duplicação de todos os demais conceitos. Eles passariam, por isso, a ser analisados sempre em uma relação de duplicidade, como predicados da ação ou predicados da omissão” (D’ÁVILA, Fábio Roberto. *O conceito de ação em direito penal, linhas críticas sobre a adequação e utilidade do conceito de ação na construção teórica do crime*. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/a_penal.pdf>. Acesso em: 05 de maio de 2015, p. 25).

função de definição¹⁰, o conceito deve complementar as valorações da tipicidade, ilicitude, da culpabilidade e da punibilidade sem, porém, antecipar o significado material que anima cada uma delas. O conceito deve, por derradeiro, cumprir uma função de delimitação¹¹, permitindo que seja possível determinar, desde logo, quais comportamentos não estão inseridos na valoração criminal.

Confira-se, então, a partir desses requisitos traçados pela doutrina majoritária, uma análise crítica dos mais comentados conceitos de ação¹².

2.2. O Conceito Social de Ação

O chamado conceito social de ação possui raízes que remontam a um período anterior ao próprio finalismo. Historicamente, pode-se encontrar registros de sua aceitação no pensamento de Schmidt, para quem “la acción no nos ineresa como fenómeno fisiológico desde puntos de vista de las ciencias naturales, sino como fenómeno social em la ‘dirección de sus efectos hacia la realidade social’”¹³

¹⁰ Como dito, esses requisitos apenas foram levantados como ponto de argumentação para, posteriormente, serem rejeitados. Com razão, Figueiredo Dias alerta que: “as exigências que, do ponto de vista metódico-funcional acima assinalado, se fazem – e devem na verdade ser feitas – ao conceito de acção parecem, em definitivo, contraditórias, no sentido de que mutuamente se excluem. Se o conceito de acção deve assumir o que Jescheck chama de função de classificação, parece certo que a sua conformação há-de ser imputada a um sistema pré-típico, seja ele o sistema ôntico-final ou antes o normativo-social. Mas pode então o conceito exercer simultaneamente a ‘função de definição e ligação’, arrogando-se o mínimo de conteúdo material necessário para que as posteriores determinações da tipicidade, da ilicitude e da culpa e da punibilidade possam ser conexas com o conceito, sem que todavia este em medida alguma as antecipe e pré-determine?” DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais*, op. cit., p. 251/252.

¹¹ Visando escapar dos problemas relacionados aos conceitos de “classificação” e “ligação”, muitos autores brasileiros abdicaram de enfrentar o tema e passaram a utilizar a ação unicamente como “delimitação” da matéria proibitiva, isto é, para delimitar aquilo que “não era uma ação”. Entretanto, deve-se ter em mente que “atribuir uma função de delimitação à ação sem lhe designar um conteúdo próprio e exclusivo que lhe permita exercer essa função, ‘resultando, ao fim e a cabo, em um esforço de autonomização, por todo o exposto, inútil, desnecessário e, no âmbito da própria tipicidade, metodologicamente inadequado” (D’ÁVILA, Fabio Roberto. *O conceito de ação em direito penal*, op. cit., 140). Sobre esse ponto, aliás, veja-se que “não é o conceito apriorístico de acção que cumpre a função de delimitação, antes são os resultados da delimitação que se reputam correctos, as mais das vezes obtidos em função das exigências normativas dos tipos, que depois vão ser atribuídos ao conceito, ao seu conteúdo e limites”. (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais*, op. cit., p. 259). Ademais, “para se aplicar o critério da exclusão da ação, é preciso analisar a responsabilidade jurídico-penal do fato na sua inteireza, vale dizer, é preciso ingressar no âmbito da tipicidade e considerar os fatos a partir dos respectivos critérios de imputação. E se isso é assim não faz sentido algum, após a conclusão da análise jurídico-penal, retornar à fase da ação para excluí-la. Muito pelo contrário. Tal regressão é impossível. Dado o método escalonado, só há a verificação da tipicidade se houver ação. Logo, impossível chegar à tipicidade, sem o reconhecimento prévio da existência de uma ação” (D’ÁVILA, Fabio Roberto. *O conceito de ação em direito penal*, op. cit., 138).

¹² Atento aos estreitos propósitos do artigo, não serão analisados os conceitos clássicos de ação, pois “perante esta multiplicidade de funções, que importa cumprir simultaneamente, um conceito puro causal-naturalista de acção está desde logo fora de questão e dele se pode afirmar já não ser hoje defendido por ninguém. E o mesmo se dirá, ainda com maior razão, de um conceito puramente normativo, que logo à partida revela não cumprir minimamente a função de ligação, na medida em que pré-determina de forma absoluta a tipicidade” DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais*, op. cit., p. 252.

¹³ ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general, tomo I: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Traducción y notas de la 2ª edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Civitas, Thompson Reuters: España, § 8, 26, p. 244.

ou, consoante a doutrina de Engisch, “la producción voluntaria de consecuencias calculables socialmente relevantes”¹⁴.

Contudo, esse conceito apenas desenvolveu-se, tornando-se comentado, com o questionamento do finalismo¹⁵, graças aos estudos e aprofundamentos de Hans Heinrich Jescheck, para quem ação é toda conduta socialmente relevante¹⁶.

Buscando o sentido social das condutas, o conceito social de ação possui íntima ligação com a concepção material de crime, apresentando-se, inicialmente, como uma boa alternativa à concepção puramente mecanicista ou ontológica da ação, característica dos sistemas que pretendeu substituir. Essa aproximação do social com o delito material fica ainda mais visível quando recordado que o direito penal “não cria condutas humanas, mas apenas as seleciona, atribuindo-lhes determinado valor”¹⁷, remontando, aparentemente, a um proveitoso sistema pré-jurídico.

Todavia, o que inicialmente aparece como benefício^{18/19}, acaba convertendo-se em seu maior problema. Devassando os seus fundamentos, observa-se que o conceito social de ação não consegue cumprir a função de ligação e a função de delimitação.

A questão pode ser exemplificada pelo crime omissivo: embora a ação social parta de um sistema extrajurídico, onde certamente a omissão possui um sentido próprio, a característica mais expressiva da omissão é justamente a violação de um dever imposto pela norma, ou seja, a omissão penalmente relevante não é a simples abstenção de um comportamento, mas é, necessariamente, não fazer aquilo que deveria ter sido feito, notadamente a expectativa de ação imposta pelo legislador através de um tipo penal mandamental. Sendo assim, para ter validade dogmática, o conceito social deveria ser complementado da seguinte maneira: a omissão socialmente relevante é aquela que se reporta a uma expectativa de ação instituída através de um tipo mandamental (norma imperativa de ação). Contudo, nessa medida, o conceito social acabaria violando a função de ligação, já que anteciparia a própria tipicidade^{20/21}.

¹⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, § 8, 26, p. 244.

¹⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, § 8, 26, p. 244.

¹⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, § 8, 26, p. 244.

¹⁷ SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Teoria do tipo penal*. São Paulo: Direito, 2001, p. 33.

¹⁸ “Las ventajas de un concepto así saltan a la vista: se nos ofrece como elemento base, va que todas las manifestaciones de conducta delictiva se pueden caracterizar sin violencia alguna como fenómeno social, y enquanto elemento de enlace o unión también parece mucho más adecuado que el concepto natural y que el final de acción, ya que las valoraciones juridicopenales se pueden conectar de modo más convincente al acontecer social existente em cada caso que a los ‘movimientos musculares’ o a la finalidad, inexistente em las omisiones e irrelevante em los hechos imprudentes” ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, § 8, 27, p. 245.

¹⁹ Ressaltando seus méritos, Fábio D’Ávila sustenta que “as vantagens de um conceito de ação de natureza normativa, principalmente no que tange à função classificatória, são evidentes. Ação e omissão, nos limites do mundo do ser, são insuscetíveis de serem reduzidas a um conceito único, mas não o são em uma dimensão valorativa” D’AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. *Revista de Estudos Criminais*, ano XII, nº 54, 2014, p. 26.

²⁰ “Mas assim como ao conceito final de ação se deve opor que deixa fora da ação negligente, um dos mais relevantes elementos das posteriores determinações da tipicidade e da ilícitude (o resultado), também o conceito social de ação que aspire, como deve, a uma autonomia pré-jurídica, deixará fora da omissão o elemento que verdadeiramente ‘constitui’ o ilícito-típico do crime omissivo: a ação positiva omitida e juridicamente imposta, devida ou esperada” DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais, Op. cit.*, p. 256.

²¹ Caminhando por outra via de questionamentos, Roxin lembra que “apenas se lo puede delimitar del elemento valorativo del tipo, ya que la valoración social y la jurídica están em relación de tal dependencia

Visto por outra perspectiva:

Se, para ser conforme com a sua função de ligação, o conceito social de acção não deve antecipar o essencial relativamente ao tipo e aos seus critérios de imputação, então ao nível da acção geral só pode revelar como critério de imputação do resultado à conduta a doutrina das condições equivalentes. Uma tal doutrina porém, que visse p. ex. uma acção social no acto de geração de alguém que mais tarde vem a matar outra pessoa, seria imprestável por estranha a realidade da vida e deve, como tal, ser recusada. Constrapor-se-á que também ao nível da acção geral se devem fazer logo intervir critérios mais apertados de imputação. Todos esses critérios, porém, só podem vir do âmbito e do fim de protecção da norma incriminadora e, assim da ordenação jurídico-penal dos tipos, não de qualquer ordenação extra-jurídica, mesmo que esta seja a ordenação social²².

Noutro prisma, verifica-se que o conceito social de acção também acaba violando a função de delimitação. Com excepção dos pensamentos, que carecem de sentido social, "*actos de personas jurídicas, efectos de la vis absoluta, movimientos puramente reflejos u otros no controlables, sí que es socialmente relevante*"²³. Logo, os defensores desse conceito social se veem obrigados a lançar mão de critérios como "*voluntariedad, dominabilidad o semejantes, y a exponerse a las objeciones formulables contra dicho concepto, o bien a la desplazar la función delimitadora a um elemento situado al margen de lo social*"²⁴, inserindo elementos delimitadores que nada tem a ver com o critério de socialmente relevante.

Com isso, conclui-se que "*la relevância social es una cualidad que una acción puede tener o no tener, y si falta, no desaparece la acción, sino sólo su importancia social*"²⁵. Fracassando, pois, nas funções de ligação e delimitação, o conceito social de acção não pode se apresentar como base segura para as demais predicções jurídicas.

2.3. O Conceito Finalista de Acção²⁶

Em relação ao conceito finalista de acção, uma dificuldade constantemente apontada reside no cumprimento da função de classificação diante da dificuldade

recíproca que apenas son separables. Es cierto que el Derecho regula frecuentemente hechos sometidos a una valoración social previa, pero también es frecuente que, a la inversa, se ala valoración jurídica la que determina la valoración social" ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, § 8, 29, p. 246.

²² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais, op. cit.*, p. 256.

²³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, § 8, 29, p. 246.

²⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, § 8, 29, p. 246.

²⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, § 8, 31, p. 247.

²⁶ Abordei o sistema finalista em outro artigo, para o qual remeto os interessados: REID, Tiago de Lima Santos. *Somos realmente finalistas?* Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/somos-realmente-finalistas-analise-e-critica-do-sistema-proposto-por-hans-welzel-por-tiago-de-lima-santosreid>>, p. 14/16.

em estabelecer o denominador comum entre o crime comissivo e o crime omissivo; entre o crime doloso e o crime culposo.

Embora não tenha negado o “atuar finalista nos crimes culposos”, Welzel acabou valendo-se de uma argumentação distinta daquela pensada e escrita para os crimes dolosos²⁷: sua proposta consistiria em idealizar um “homem inteligente e prudente na situação do autor”²⁸ como forma de verificar a quebra do dever de cuidado.

Se de um lado a referência a um ideal termo “médio de comportamento” é um método utilizado até os dias atuais pela doutrina pós-finalista²⁹, de outro, é sensivelmente discrepante daquela explicação ontológica dos crimes dolosos, que deveria ser uma referência obrigatória^{30/31}.

Da análise dos crimes omissivos também se pode observar graves problemas estruturais quando o finalismo não partiu da mesma premissa utilizada na comissão para explicá-lo.

Obviamente, em alguns casos, o controle final poderia explicar alguns problemas de imputação dos crimes omissivos, como no exemplo do agente que, controlando a causalidade, mantém-se inerte para alcançar determinado resultado. Contudo, explicações pontuais não resolvem problemas centrais, que continuam existindo nas demais situações da omissão. Ocorre que, para as demais hipóteses, muitos finalistas procuram afastar a responsabilidade penal a partir do dever jurídico de agir³², fazendo com que a fundamentação da irresponsabilidade afaste-se daquele controle finalístico do curso causal, que também deveria ser uma referência obrigatória.

Aliás, valendo-se do nexos de causalidade para responder tal questionamento, os finalistas acabam predeterminando aquilo que deveria ser uma predicação posterior, ou seja, para explicar a irresponsabilidade no comportamento omissivo,

²⁷ Veja-se a diferença em: WELZEL, Hans. *Novo sistema jurídico-penal*. Op. cit., p. 31 e p. 98.

²⁸ WELZEL, Hans. *Novo sistema jurídico-penal*. Op. cit., p. 98.

²⁹ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal, parte geral*. Elsevier: São Paulo, 2012, p. 196.

³⁰ Em sentido contrário, aduzindo que o finalismo é absolutamente coerente com a imprudência, Hirsch defende que: “Esto se resolvió, sin embargo, cuando en los años cincuenta se reconoció, acudiendo a investigaciones anteriores de Engisch, que la acción constitutiva del objeto de la prohibición en el delito imprudente consistía en la acción voluntaria valorable como contraria al cuidado debido (p. ej., en la conducción voluntaria con una velocidad determinada). El resultado no pertenece por ello en absoluto a la acción, sino que, a diferencia del delito doloso, en el que queda comprendido por la voluntad de la acción, en la imprudencia sólo representa una consecuencia de la acción contraria a la norma a determinar de acuerdo a criterios de imputación” HIRSCH, Hans Joachim. *Acerca de la crítica al finalismo*. Op. cit., p. 17.

³¹ Rebatendo a crítica sobre o fracasso no conceito de classificação, Hirsch assevera que: “Ya fue advertido el malentendido según el cual el concepto de acción se referiría a un concepto universal de comportamiento. Como demuestran las construcciones conceptuales presentadas en esta dirección, desde el llamado concepto «social» hasta el llamado concepto «personal» de acción, su valor declarativo es mínimo. Con él, en la práctica, no se va más allá de afirmar que para un comportamiento jurídico penalmente relevante no bastan los meros reflejos. Pero aun cuando fuera útil configurar un supraconcepto general, que comprendiera los aspectos comunes del actuar y el omitir, del comportamiento doloso y del imprudente, no se conseguiría más que determinar los elementos estructurales comunes del actuar consistente en un hacer, al que se dirigen mandatos y prohibiciones. En la medida en que no se diferencien ambas cuestiones, se está hablando de cosas completamente distintas” HIRSCH, Hans Joachim. *Acerca de la crítica al finalismo*. Op. cit., p. 17.

³² CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. Op. cit., p. 164.

recorrem ao nexo de causalidade, violando, nessa medida, a função de ligação que o conceito de ação deveria possuir³³.

Assim, mesmo que não haja dúvidas que o finalismo “abrange os crimes dolosos de ação, já terá de deixar de fora os crimes de omissão e não possui em último termo conteúdo material bastante para que uma parte dos crimes negligentes possa ser conexionado com ele”³⁴.

Por derradeiro, verifica-se um grave problema quanto à função de definição nos tipos comissivos dolosos. A questão pode variar por dois caminhos: mantida a identidade entre o tipo e o dolo, a ação final violaria a função de ligação, pois o dolo iria referir-se ao tipo, não abrindo espaço para qualquer complementação posterior. Sob outro prisma, operada a separação entre dolo e tipo, bastaria que o agente “tenha querido alguma coisa, que tenha supradeterminado finalisticamente qualquer processo causal, sem que releve para as posteriores valorações sistemáticas o conteúdo da vontade”³⁵.

Com efeito, devassando as suas premissas, percebe-se que “por uma ou outra forma, o conceito final de acção não pode arvorar-se em conceito geral de ação”^{36/37}.

2.4. O Conceito Negativo de Ação

Recentemente, alguns doutrinadores passaram a defender um novo modelo referencial de interpretação da ação, que ficou conhecido como “conceito negativo de ação”³⁸, segundo qual a ação consistiria em não evitar uma lesão a determinado bem jurídico³⁹.

Visando delimitar essa ideia de “não evitar uma lesão” e, dessa forma, não cair na infrutífera e errônea equivalência dos antecedentes causais⁴⁰ (já que com a ideia de evitabilidade poder-se-ia parar no conhecido episódio de Adão e Eva), os

³³ Em defesa do finalismo posiciona-se Hirsch, para quem “*Es correcto que una acción sólo consiste en un hecho activo. Ya se dijo que el concepto de acción no debe confundirse con un concepto general de comportamiento que conduzca a una fórmula, de por sí improductiva, unificadora del mínimo común a cualquier forma de comportamiento humano. Los mandatos existentes tras los delitos omisivos tienen por objeto una acción en el sentido elaborado por el «finalismo»: precisamente la acción que debe llevar a cabo el autor, normalmente una acción de salvación. Mientras que en los delitos cometidos por vía activa el hecho consiste en una acción realizada, en los delitos omisivos consiste en su no realización. En esta medida se trata, por tanto, de una diferencia como la que media entre «a» y «no a». Los presupuestos del delito omisivo se determinan por ello de forma autónoma. Se muestra con esto que en ellos el dolo ya pertenece al tipo del injusto, ya que en la pregunta acerca de si se llevó a cabo o no la acción voluntaria, la decisión a favor o en contra de la salvación adquiere ya relevancia en la esfera del injusto*” HIRSCH, Hans Joachim. *Acerca de la critica al finalismo*. Op. cit., p. 18.

³⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais*, op. cit., p. 255.

³⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais*, op. cit., p. 254.

³⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais*, op. cit., p. 255.

³⁷ Vale registrar que negar a qualidade de um conceito geral de ação não significa negar a eventual existência de uma finalidade no atuar humano, que pode, sim, existir em determinadas hipóteses. O principal problema reside em verificar se o conceito final de ação, tal como proposto por Hans Welzel, cumpre às exigências dogmáticas para ser considerado como um conceito geral de ação.

³⁸ “*El punto de vista decisivo de todas estas teorías se denomina ‘principio de evitabilidad’, cuya primera formulación válida se encuentra en Kahrs. La acción del Derecho penal es el no evitar evitable en posición de garante. Com ello se refiere a que tanto el autor de una comisión y la omisión, exatadamente igual ambos, no evitan ‘algo’*” ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Op. cit., p. 247, 32.

³⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais*, op. cit., p. 257.

⁴⁰ Até porque, segundo Roxin, “*teóricamente se puede evitar ininterrumpidamente todo lo posible interfiriendo em cualesquiera cursos causales*” ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Op. cit., p. 247, 32.

defensores dessa concepção exigem uma “*posición de garante, em el sentido de una ‘responsabilidad especial’ del autor limitada a determinados grupos de personas*”⁴¹:

*Dicha cualida es reconocida de modo general em la mayoría de los delitos omisivos como presupuesto de la realización del tipo, pero según la concepción de Herzberg, y em contra de la opinión casi unánime, se da asimismo em los delitos comisivos, en cuanto que ‘em el movimiento corporal delictivo se actualiza como foco potencial de peligro’ y de esse modo se hace responsable de la evitación del resultado*⁴².

Contudo, esse é um conceito igualmente nebuloso, porque compartilha diversos defeitos das teorias que pretendeu superar. Como frisado, os mandamentos e restrições penais são normativos, isto é, derivam de uma exigência típica, de uma posição instituída pela própria legislação. Dessa maneira, parece irrefutável rebater que a ideia de ação negativa culmina na violação ao elemento de ligação:

*En primer lugar, porque se trata de um concepto de acción que incluye el tipo y por tanto restringido al Derecho penal. Asi pues, lo que ofrece el concepto nede acción es más bien uma caracterización del actuar típico; ya el concepto de la no evitación sólo tiene sentido se si presupone um deber de evitar, que em Derecho penal se deriva del tipo.*⁴³

Por demais, nos termos lançados, a ideia de evitabilidade parece apenas abranger “os chamados ‘crimes de resultado’, não cumprindo assim, já por aqui, a função de classificação”⁴⁴. Diz-se isso porque o conceito de evitabilidade parece deixar entrever uma lesão naturalística ao bem jurídico, o que não é verdade, já que desnecessária nos crimes formais e impossíveis nos crimes de mera conduta. É por isso que o Professor Jorge de Figueiredo Dias sustenta que a ideia de evitabilidade possui maior afinidade “com a doutrina da imputação objetiva e, por conseguinte, com problemas do tipo, não com a acção como tal”⁴⁵.

Por último:

El concepto negativo de acción apenas puede cumplir tampoco la función delimitadora. Em primer lugar, el contracontror omitivo frente a las tendencias destructivas de la propia psique comienza em la esfera

⁴¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, p. 247, 32.

⁴² ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, p. 248, 32.

⁴³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, p. 249, 35.

⁴⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais, op. cit.*, p. 257.

⁴⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais, op. cit.*, p. 257.

exclusivamente intraanimicam incluso antes de la toma de decisión, y se mueve así em el terreno de la pura cogitatio. Y además, aunque es cierto que los efectos corporales condicionados de modo puramente somático y no dominables por la voluntariedad son 'inevitables', también son 'inevitables' los cursos causales imprevisibles, que hay que excluir solamente em el tipo, los errores de prohibición excluyentes de la culpabilidad o los hechos de um enajenado, que sin embargo también son acciones para el concepto negativo de acción.⁴⁶

Portanto, pode-se sustentar que tal conceito de ação não pode se apresentar como um conceito geral de ação, válido como base para as ulteriores predicções.

2.5. O Conceito Pessoal de Ação

Desde a derrocada do finalismo, com o reconhecimento necessidade de referenciais normativos aos dados empíricos, a teoria da ação perdeu gradativamente seu status para a teoria do delito.

Essa falta de interesse teve seu estopim quando o funcionalismo passou a questionar se, na prática, poderia ser vantajoso o conceito jurídico-penal de ação para solucionar problemas concretos do Direito Penal.

A partir desses questionamentos, introduzidos na dogmática pelo próprio Roxin⁴⁷, a doutrina perdeu gradativamente o interesse em desvendar a ação penal, pois não vislumbrou sua importância para resolver reais entraves dogmáticos:

Nas últimas décadas o conceito de ação desceu do pedestal que ocupou, durante a maior parte do século XX, nos estudos da Ciência do Direito Penal. Esta degradação do conceito de ação tem causa com o surgimento das teorias funcionalistas penais e com a consolidação de um pensamento crítico de rejeição à teoria finalista da ação⁴⁸.

Entretanto, contrariando o questionamento que introduziu⁴⁹, Roxin não abriu mão de conceituar ação. Em sua visão, a incapacidade de oferecer respostas satisfatórias

⁴⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, p. 250, 38.

⁴⁷ ROXIN, Claus *Apud* BUSATO, Paulo César. *Direito Penal & ação significativa. Op. cit.*, p. 99.

⁴⁸ LOBATO, José Danilo Tavares. *Há espaço para o conceito de ação na teoria do delito do século XXI?*. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=141>. Acesso em: 21 de setembro de 2014.

⁴⁹ "Em escrito publicado em 1962, sustentava o autor – na linha do que se tem defendido aqui – que nenhuma teoria da ação poderia constituir a base do sistema penal, acrescentando que 'não se pode solucionar nenhum problema jurídico com conceitos que são prévios aos conteúdos de sentido jurídico'. Após esse primeiro momento de ceticismo, todavia, o autor revê o seu posicionamento e passa a empreender esforços em sentido diametralmente oposto, propondo uma nova teoria da ação, por ele denominada de conceito pessoal" D'AVILA, Fábio Roberto. *O conceito de ação em direito penal, op. cit.*, 158.

e significativas à teoria analítica do delito não implica em negar um conceito de ação que precede ao tipo⁵⁰, eis que, ainda que o estudo tivesse início no tipo, a ação estaria descrita no tipo, revelando um interesse em conhecer “o que é a ação”:

No se puede dejar sencillamente de lado la cuestión de la acción. En efecto, incluso aunque se comience la estructura sistemática por el tipo, no se puede por menos que hablar de acción típica o de conducta típica; pero en tal caso se plantea de inmediato la cuestión de qué es esa “acción” o la “conducta”, a la que se atribuye la calificación de “típica”. Además, tiene que haber un substrato común al que se puedan vincular las valoraciones jurídicopenales, pues si según opinión casi unánime no son adecuados para ello fenómenos como pensamientos, vis absoluta, etc., entonces los hechos que parecen idóneos para una posible valoración han de diferenciarse de los que no son idóneos para ello mediante cualidades positivas detallables, que los convierten en “acciones”; y no esnada supérfluo buscarlas, sobre todo debido a la función sistemática del concepto de acción (como elemento de enlace o unión)⁵¹.

Partindo dessa premissa e, então, procurando cumprir os requisitos do conceito geral de ação, Roxin propõe que a ação seria a manifestação da personalidade, ou seja, aquilo que se pode atribuir a um ser humano “como centro de acção anímico-espiritual”⁵²:

Um concepto de acción ajustado a su función se produce se si entiende la acción como “manifestación de la personalidad”, lo que significa lo siguiente: en primer lugar es acción todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico-espiritual de acción, y eso falta en caso de efectos que parten únicamente de la esfera corporal del hombre, o “del ámbito material, vital y animal de ser”, sin estar sometidos al control del “yo”, de la instancia conductora anímico-espiritual del ser humano.⁵³

⁵⁰ “Las graves objeciones que se pueden formular contra todos los conceptos de acción desarrollados hasta hoy han dado lugar a que de modo creciente se saque la resignada conclusión de que hay que abandonar la idea de un concepto de acción pretípico y com validez general, y que em su lugar, como ya tenía em mente Radbruch, hay que erigir la tipicidade em concepto fundamental del sistema del Derecho Penal. Según esta opinión, em el marco del tipo también se puede satisfacer la necesidad de excluir de antemano ciertos fenómenos como objeto de valoración jurídicopenal. Y como de todos modos, del concepto de acción no se pueden deducir consecuencias prácticas, es muy frecuente considerar como poco fructífero seguir realizando esfuerzos dogmáticos em torno al mismo; pues realmente, injusto y culpabilidad son com mucho las categorías dogmáticas más importantes. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, p. 251, § 8, 40.

⁵¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, p. 251, § 8, 40.

⁵² ROXIN, Claus *Apud* DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais. Op. cit.*, p. 257.

⁵³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, § 8, 42, p. 252.

Nesse conceito, dois elementos sobressaem: a voluntariedade e a expressão do pensamento. Não há ação sem a presença de algum desses elementos: “por exemplo, o indivíduo que tem vontade de assassinar o prefeito de sua cidade e não a externaliza, não pratica qualquer ação, do mesmo modo que a pessoa que, em um surto convulsivo, quebra os copos de vidro de uma loja”⁵⁴.

Defendendo o cumprimento das funções, Roxin entende que:

*Em primer lugar, el concepto de acción como manifestación de la personalidad es idóneo como elemento básico, al abarcar todas las formas de manifestación de la conducta delictiva y, aparte de ello, todo que em campo prejuridico tiene sentido calificar como “acciones”. La acciones dolosas e imprudentes son manifestaciones de personalidad tanto como las omisiones. E incluso la omisión por imprudencia inconsciente es una manifestación de la personalidad que se le puede imputar al sujeto como infracción de la norma y contraría a la prohibición, como obra suya*⁵⁵.

Como elemento de união, aduz que:

*La manifestación da personalidad, que enlaza com la forma prejuridica de entender la acción, sin distanciarse de la concepción ordinaria de la vida de um modo naturalista (como “el movimiento muscular”) o normativista (“como la no evitación evitable”), y que simultaneamente abarca gráficamente el fragmento de la realidad relevante para uma primera y previa valoración jurídica. Dicho concepto designa el “substantivo” al que se pueden vincular sin fuerza, y sin que fueran prejuzgadas por ello, todas las demais valoraciones juridicopenales. Describir um delito como manifestación de la personalidad típica, antijurídica y culpable se ajusta exatamente a la situación real.*⁵⁶

Por fim, como delimitação, defende que:

*La planificación delictiva, situada todavia em la fase de las ideas, em el caso concreto se puede explorar com métodos psicológicos, pero desde luego cae de antemão fuera del campo del Derecho penal; pues aunque es cierto que em el pensamiento vive la personalidad de su criador, sin embargo falta la “manifestación”*⁵⁷

⁵⁴ LOBATO, José Danilo Tavares. *Há espaço para o conceito de ação na teoria do delito do século XXI?* Op. cit.

⁵⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, § 8, 54, p. 258.

⁵⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, § 8, 54, p. 258.

⁵⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, § 8, 57, p. 260.

Conclui, então, que:

El concepto personal de acción aqui desarrollado es um concepto normativo. Es normativo porque el criterio de la manifestación de la personalidad designa de antemano el aspecto valorativo decisivo, que es el que cuenta jurídicamente para el examen de la acción. También es normativo em la medida em que em los terrenos fronterizos atiende a uma decisión jurídica correspondiente a esa perspectiva valorativa. Pero no es normativista, ya que acoge em su campo visual la realidad de la vida lo más exactamente pisible y es capaz de considerar em todo momento los últimos conocimientos de la investigación empírica.⁵⁸

Por se tratar de um conceito genérico, a teoria pessoal de Claus Roxin parece escapar dos problemas atribuídos aos outros conceitos de ação. Porém, sua proposta não permanece isenta:

Cabe perguntar se definir ação como exteriorização da personalidade é, realmente, oferecer uma base para identificar o que é ação do que não é, ou significa somente utilizar uma expressão sinônima e, por conseguinte, levar a cabo um mero jogo de palavras. Dado que os preceitos de exteriorização ou manifestação da personalidade não são menos problemáticos que ação, de me inclino, em princípio, pelo segundo (...) o funcionalismo teleológico é moderado porque não acaba de ser funcionalismo⁵⁹.

Fora o mencionado jogo de palavras, acredita-se que o “comportamento só pode muitas vezes constituir-se como expressão da personalidade na base de uma prévia valoração como juridicamente relevante, também aqui se antecipando, nesta parte, a sua tipicidade⁶⁰”.

Aliás, os problemas relacionados à base da exteriorização da personalidade ficam ainda mais evidentes quando notado que *expressão da personalidade* não remete a qualquer sistema pré-jurídico ou pré-típico e, por isso, “não tem aptidão para se constituir em *genus proximus* de todo o sistema jurídico do facto punível⁶¹”:

A menos, é claro, que se diga que uma tal caracterização actua pura e simplesmente dentro do sistema social da acção (equivalendo nomeadamente ao critério da evitabilidade); caso em que, porém,

⁵⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, § 8, 67, p. 265.

⁵⁹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador *Apud* BUSATO, Paulo Cesar. *Direito Penal & ação significativa. Op. cit.*, p. 141.

⁶⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais, op. cit.*, p. 258.

⁶¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais, op. cit.*, p. 258.

as críticas de que a concepção pessoal da acção é passível são precisamente aquelas mesmas que podem validamente ser dirigidas ao conceito social de acção⁶².

Por demais:

Já à partida, percebe-se uma problemática dependência, senão mesmo identidade, entre as noções de personalidade e inevitabilidade/controlabilidade: para que uma determinada manifestação humana possa ser considerada manifestação da personalidade, é preciso ser, ao menos, dominável pela vontade e pela consciência. Esse recurso, presente também na teoria social, sujeita-se às mesmas críticas lá formuladas. Dominabilidade e controlabilidade não são propriamente elementos ontológicos, mas sim critérios de imputação⁶³.

Outra crítica se dirige à função de delimitação:

Não é o conceito apriorístico de acção que cumpre a função de delimitação, antes são os resultados da delimitação que se reputam correctos, as mais das vezes obtidos em função das exigências normativas dos tipos, que depois vão ser atribuídos ao conceito, ao seu conteúdo e limites. Que *vg.*, acontecimentos naturais, comportamentos de animais, puros actos praticados sob vis compulsiva, meras cogitações possam não ser considerados expressões da personalidade, eis o que pode aceitar-se. Se bem não deva omitir-se que concepções pessoais, modos de ser, de pensar e de agir constituem lídimas expressões da personalidade sem que todavia tenham de traduzir-se em acções penalmente relevantes; a menos, uma vez mais, que se ponha como condição prévia indispensável que elas exprimam comportamentos socialmente relevantes. Como se não compreende porque não possam acções jurídico-penalmente relevantes, sob certas condições – comportamentos de entes colectivos, actos reflexos ou automáticos –, ser consideradas expressões da personalidade: se o são ou não é coisa que em definitivo deverá depender das exigências típicas e não de qualquer conceito geral de acção.⁶⁴

⁶² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais*, *op. cit.*, p. 258.

⁶³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais*, *op. cit.*, p. 258.

⁶⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais*, *op. cit.*, p. 259.

Sobre o ponto de delimitação, aliás, nota-se que a ideia de um conceito pessoal de ação parece contraditória com a própria metodologia do funcionalismo teleológico⁶⁵. Ocorre que, aparentemente ignorando seu fundamento normativo, o conceito acaba excluindo a possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica, que, mesmo diante de controvérsias, poderia ser considerada um legítimo interesse político-criminal⁶⁶.

2.6. Os Horizontes da Ação

Diante dos problemas relacionados aos requisitos do conceito de ação⁶⁷, bem como da sua incerta capacidade de solucionar problemas dogmáticos práticos, a doutrina começou a procurar alternativas:

O atendimento a todas essas exigências, de modo a justificar a função básica estrutural aspirada pelo conceito unitário de ação, tem-se revelado, entretanto, demasiadamente problemático. As tentativas, levadas a cabo por inúmeras elaborações, revelam falhas, embora não coincidentes, em pontos substancialmente diversos e de difícil correção. Essas falhas, já há algum tempo, vêm sendo objeto de crítica não só pela literatura especializada, como por inúmeros manuais de direito penal, e, nesta medida, também elemento propulsor de teorias alternativas.⁶⁸

De forma geral, três foram os caminhos trilhados pela doutrina que buscou redimensionar o conceito de ação no sistema: o primeiro, negando a importância ao

⁶⁵ O ponto central no funcionalismo de Roxin consiste em identificar a valoração político-criminal que subjaz a cada conceito da teoria do delito e desenvolvê-lo de modo a que atenda essa função. Porém, frise-se que a política criminal é apenas o primeiro passo para análise do sistema. Isso porque Roxin continua, sim, sustentando a ampla introdução de dados empíricos em seu sistema. A peculiaridade incide quando dados empíricos não vinculam ao legislador ou sequer possuem, de pronto, solução para problemas jurídicos. Esses dados necessitariam de um referencial normativo, pois, somente assim, poderiam desempenhar uma função adequada no sistema.

⁶⁶ Não se pretende aqui discutir essa tendência, mas parece-nos que “há muitas razões para se opor a responsabilidade penal da pessoa jurídica, mas o conceito de ação não é uma delas” (D’ÁVILA, Fábio Roberto. *O conceito de ação em direito penal*, op. cit., 159).

⁶⁷ Confira-se, em tom cético, a seguinte afirmação de Figueiredo Dias, questionando os benefícios de um conceito de ação: “As exigências que, do ponto de vista metódico-funcional acima assinalado, se fazem – e devem na verdade ser feitas – ao conceito de ação parecem, em definitivo, contraditórias, no sentido de que mutuamente se excluem. Se o conceito de ação deve assumir o que Jescheck chama de função de classificação, parece certo que a sua conformação há-de ser imputada a um sistema pré-típico, seja ele o sistema ôntico-final ou antes o normativo-social. Mas pode então o conceito exercer simultaneamente a ‘função de definição e ligação’, arrogando-se o mínimo de conteúdo material necessário para que as posteriores determinações da tipicidade, da ilicitude e da culpa e da punibilidade possam ser conexas com o conceito, sem que todavia este em medida alguma as antecipe e pré-determine?” DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais*, op. cit., p. 251/252.

⁶⁸ D’ÁVILA, Fábio Roberto. *O conceito de ação em direito penal*, op. cit., p. 138.

conceito de ação⁶⁹; o segundo, preservando tão somente a função de delimitação⁷⁰; o terceiro, desposando-o como o primeiro nível da referência analítica⁷¹.

Em que pese à controvérsia, acredita-se que apenas este último caminho parece ser o mais recomendado para um desenvolvimento saudável e proveitoso da construção analítica do delito⁷².

2.7. A Ação como um Problema de Imputação ao Tipo Objetivo

Durante muitos anos, a doutrina debateu-se para encontrar um conceito adequado de ação, supondo que as funções pudessem construir uma estrutura sólida para as demais valorações jurídicas.

No entanto, em posição diametralmente oposta, pretende-se redimensionar a ação, despojando-a do primeiro nível de referência analítica, para inseri-la como um problema de imputação ao tipo objetivo.

Para provar o que se pretende dizer, pergunta-se: que proveito haveria em devassar a essência do comportamento humano, sem que esta conclusão possua um tipo objetivo como referência? Isto é, de que adiantaria qualificar um comportamento humano como “ação” ou “não ação” (final, social, negativa ou pessoal), se esta conclusão não se voltar a um modelo penal? Nenhuma, responde-se.

Ora, quando o legislador recortou, selecionou e descreveu uma realidade social em um tipo penal, além da materialização do princípio da legalidade, estava,

⁶⁹ “As graves objeções contra todas as concepções de ação, em especial aos conceitos ontológicos, que serviram de base ao desenvolvimento de todo um sistema jurídico-penal levaram a doutrina a um crescente desencanto com o tema. A evidente incapacidade de rendimento prático do conceito de ação não se limitou a reduzir suas funções. Muitos autores passaram a considerar que o estudo jurídico-penal poderia prescindir do conceito de ação” BUSATO, Paulo César. *Direito Penal & ação significativa*. Op. cit., p. 112.

⁷⁰ “Assinalar ao conceito o desempenho de um papel secundário no sistema teleológico, essencialmente corresponde, uma vez mais se diz, à função de delimitação ou função ‘negativa’ de excluir da tipicidade comportamentos jurídico-penalmente irrelevantes” DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais*, Op. cit., p. 261. Também nesse sentido: HASSEMER, Winfried *Apud* BUSATO, Paulo César. *Direito Penal & ação significativa*. Op. cit., p. 100. Conforme crítica já formulada, “atribuir uma função de delimitação à ação sem lhe designar um conteúdo próprio e exclusivo que lhe permita exercer essa função, “resultando, ao fim e a cabo, em um esforço de autonomização, por todo o exposto, inútil, desnecessário e, no âmbito da própria tipicidade, metodologicamente inadequado” (D’ÁVILA, Fabio Roberto. *O conceito de ação em direito penal*, op. cit., 140).

⁷¹ “Las graves objeciones que se pueden formular contra todos los conceptos de acción desarrollados hasta hoy han dado lugar a que de modo creciente se saque la resignada conclusión de que hay que abandonar la idea de un concepto de acción pretípico y com validez general, y que em su lugar, como ya tenía em mente Radbruch, hay que erigir la tipicidade em concepto fundamental del sistema del Derecho Penal. Según esta opinión, em el marco del tipo también se puede satisfacer la necesidad de excluir de antemano ciertos fenómenos como objeto de valoración jurídicopenal. Y como de todos modos, del concepto de acción no se pueden deducir consecuencias prácticas, es muy frecuente considerar como poco fructífero seguir realizando esfuerzos dogmáticos em torno al mismo; pues realmente, injusto y culpabilidad son com mucho las categorías dogmáticas más importantes” ROXIN, Claus. *Derecho penal*, Op. cit., p. 251, § 8, 40. Roxin, contudo, rejeita essa posição, alertando que “aunque se comience la estructura sistemática por el tipo, no se puede por menos que hablar de acción típica o de conducta típica; pero em tal caso se plantea de inmediato la cuestión de qué es esa “acción” o la “conducta”, a la que se atribuye la calificación de “típica” ROXIN, Claus. *Derecho penal*, Op. cit., p. 251, § 8. Nesse sentido: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais*. Op. cit., p. 261.

⁷² Atento aos estritos limites do trabalho, não será possível realizar uma digressão sobre cada tendência de cada autor. Confira-se, sobre o tema, as referências bibliográficas lançadas na nota de rodapé nº 9.

desde já, declarando quais comportamentos possuíam relevância penal, sendo inócuo qualificar como “ação” ou “não ação” um comportamento claramente atípico como, por exemplo, cumprimentar o vizinho ou levar o cachorro para passear. Com efeito, parece irrefutável afirmar que a única ação que realmente interessa ao direito penal é aquela selecionada e descrita pelo legislador no tipo penal.

Essas reflexões demonstram que o conceito de ação não possui suficiência argumentativa em si, ou seja, não diz nada ao direito penal, mas, antes, seus contornos identificam-se e convergem com o problema em que está envolto toda a doutrina do fato punível: limites e regras de imputação ao modelo típico.

Embora dela extraia outras consequências, sobre o tema, Günther Jakobs esclarece que:

Nos últimos vinte anos discutiu-se apenas sobre o conceito de ação; chegou-se a um acordo em posições mais ou menos causalistas ou finalistas. A discussão que se desenvolveu ultimamente no âmbito da teoria geral do injusto se refere à assim chamada de teoria da imputação objetiva, isto é, aquela teoria que já no tipo objetivo diferencia entre a relação causal e a relação de imputação em um sentido mais estrito. Pois bem, segundo os representantes dessa teoria, a imputação objetiva é algo comum a toda classe de injusto. Apareceu, então, além do conceito de ação, um novo segmento da teoria geral do injusto? Saliento que isso não é assim, sendo que se trata de um só problema, isto é, que a teoria da relação específica de imputação objetiva pontualiza o conceito de ação. A normatização que supõe a teoria da imputação objetiva não tem por objeto algo que esteja à margem da ação, e sim que se refere a própria ação⁷³.

Partindo da premissa de que a ação é mesmo um problema de subsunção ao tipo objetivo, seus contornos não devem ser buscados com a sobrecarga ao tipo subjetivo, como pretenderam finalistas⁷⁴, tampouco com conceitos pré-jurídicos de ação, mas com revistos conceitos normativos de alcance da tipicidade incriminadora, através da teoria da imputação objetiva⁷⁵. Afinal:

⁷³ JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. Trad. Andre Luis Callegari. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2ª ed, p. 54.

⁷⁴ “Uma recusa, em princípio, à imputação objetiva encontra-se hoje somente entre o muito reduzido círculo dos finalistas, os quais não desejam levar a cabo a exposta mudança do ponto de gravidade dogmático para o tipo objetivo, e sim manter a dominância do lado subjetivo do tipo, favorecido pela teoria finalista da ação” ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal. Op. cit.*, p. 126.

⁷⁵ O próprio Roxin reconhece que: “a imputação objetiva, ao considerar a ação típica uma realização de um risco não permitido dentro do alcance do tipo, estrutura o ilícito à luz da função do direito penal. Esta teoria utiliza-se de valorações constitutivas da ação típica, abstraindo de suas variadas manifestações ônticas” (ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal. Op. cit.*, p. 79).

É o bem jurídico o fundamento desde o qual é possível determinar que ações podem ser atribuídas a um tipo legal determinado e quais ficam sem consideração para o Direito Penal, em outras palavras, a ação por si só não diz absolutamente nada para o Direito penal, é o bem jurídico o que permite que uma determinada ação apareça como relevante para o Direito penal⁷⁶.

Assim, o desenvolvimento da teoria da imputação objetiva poderia lograr, com maior segurança e fidelidade ao sistema de proteção do bem jurídico, a correta delimitação e a precisa fronteira entre o permitido e o proibido; no caso, entre uma “ação” ou uma “ausência de conduta”⁷⁷: “a teoria da imputação objetiva do comportamento aporta o material com cuja ajuda se pode interpretar o resultado posto em marcha por uma pessoa com um acontecer socialmente relevante ou irrelevante, como um acontecer estranho ou adaptado, como que, socialmente, se considerou mérito ou, especialmente, como que se destaca de modo negativo o resultado. Sem este material de interpretação, o resultado não é mais do que um conglomerado naturalista, na melhor das hipóteses, algo que o indivíduo persegue, curso causal, ou um curso causal psicologicamente sobredeterminado; em todo caso, não é mais do que um amálgama heterogêneo de dados que não adquiriram significado social algum. Só a imputação objetiva converte esse referido amálgama em algo comunicativamente relevante, em algo compreensível. Com outras palavras: só aquilo que é objetivamente imputável pode denominar-se num sentido geral ação.”⁷⁸

Abandonando, pois, a histórica primazia da ação como categoria autônoma, encontrar-se “tipos de ilícito”, onde o legislador, cumprindo seu desiderato, já selecionou as ações tipicamente relevantes sobre as quais devem incidir as predicacões jurídicas. Nesse sistema:

O conceito de ação, redimensionado em sua importância, continua a cumprir um papel fundamental da teoria geral do crime. Torna-se elemento constitutivo do fato típico e passa a exercer, em essência, a função de referente comportamental para fins de imputação, abandonando as funções de união, classificação e, inclusive, a função de delimitação⁷⁹.

Como acertadamente frisado, perde o sentido discutir os antigos conceitos de classificação, de ligação e delimitação, pois a matéria é classificada pelo próprio

⁷⁶ BUSTOS RAMIREZ, Juan *Apud* BUSATO, Paulo César. *Direito Penal & ação significativa*. *Op. cit.*, p. 116.

⁷⁷ Partindo dessa premissa, vê-se que os resultados obtidos com os “requisitos de delimitação” não passam de critérios de “imputação indevidamente antecipados”, que resultam, “não raramente, confusas, contraditórias e, em termos metodológicos, impossíveis conclusões” (D’ÁVILA, Fábio Roberto. *O conceito de ação em direito penal*, *op. cit.*, p. 145).

⁷⁸ JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. Trad. Andre Luis Callegari. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2ª ed, p. 54.

⁷⁹ D’ÁVILA, Fábio Roberto. *O conceito de ação em direito penal*, *op. cit.*, p. 136.

legislador, contornada e delimitada pelas exigências normativas da teoria da imputação objetiva, alinhando a proibição ao bem jurídico.

2.8. Possíveis Críticas

A crítica geralmente atribuída reside na suposta falta de capacidade crítica do direito penal em relação à “ação tipificada”, eis que “ação” e “tipo” confundir-se-iam como “seleção” e “forma de aparição”, fazendo a pergunta do “por que essa ação” sempre voltar-se ao tipo e vice-versa. Isto é: ação seria aquilo que o legislador assim qualificou e ponto final⁸⁰.

Em última análise, muitos críticos aproximam essa posição ao funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs, asseverando que não seria possível criticar ou limitar o direito penal como reclama o Estado Democrático de Direito⁸¹.

Nesse sentido caminha Roxin:

No se puede dejar sencillamente de lado la cuestión de la acción. En efecto, incluso aunque se comience la estructura sistemática por el tipo, no se puede por menos que hablar de acción típica o de conducta típica; pero en tal caso se plantea de inmediato la cuestión de qué es esa “acción” o la “conducta”, a la que se atribuye la calificación de “típica”. Además, tiene que haber un substrato común al que se puedan vincular las valoraciones juridicopenales, pues si según opinión casi unánime no son adecuados para ello fenómenos como pensamientos, vis absoluta, etc., entonces los hechos que parecen idóneos para una posible valoración han de diferenciarse de los que no son idóneos para ello mediante cualidades positivas detallables, que los convierten en “acciones”; y no esnada supérfluo buscarlas, sobre todo debido a la función sistemática del concepto de acción (como elemento de enlace o unión)⁸².

Certamente, toda normatização de conceitos traz consigo inúmeros riscos. Todavia, nem mesmo o finalismo com seu sistema ontológico-fenomenológico logrou construir um sistema imaculado; ao revés⁸³. Ora, se os preceitos dogmáticos tivessem

⁸⁰ A propósito, suspeita-se que, por receio de que a funcionalização da ação pudesse conduzir a uma migração absoluta para a norma, Roxin venha buscar uma alternativa a normatização completa do conceito de ação.

⁸¹ Nesse sentido: “se todos os juízos dogmáticos tivessem como fonte a respectiva codificação vigente, com frequência não haveria base científica alguma para criticar um preceito vigente por sua contrariedade ao científico e exigir sua modificação” HIRSCH, Hans Joachim *Apud* BUSATO, Paulo César. *Direito Penal & ação significativa*. *Op. cit.*, p. 117.

⁸² ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. *Op. cit.*, p. 251, § 8, 40.

⁸³ “Se neokantismo pôde ser criticado por seu excessivo normativismo, o finalismo, que de início tentou superá-lo, negando a separação entre ser e dever ser (o dualismo metodológico), depois voltou a ela, e pior: pondo a tônica no ser. No esforço de polemizar com o neokantismo, acabou o finalismo voltando à falácia naturalista, pensando que o conhecimento da estrutura pré-jurídica já resolvia por si só o problema jurídico. E certos finalistas foram tão longe em seu culto às estruturas lógico-reais que, sob o argumento de que “o direito só pode proibir ações finalistas” baniram o resultado do ilícito, declarando a tentativa

como única fonte de referência o direito posto, de fato, a norma acabaria selecionando um comportamento sem controle, facilitando políticas criminais do “inimigo”.

Entretanto, a crítica ignora que esse resultado apenas frutificaria com o rompimento de uma teoria crítica do bem jurídico, logo, limitadora da intervenção estatal⁸⁴. A teoria crítica do bem jurídico é o ponto nevrálgico entre funcionalizar um conceito e exigir legitimação da norma penal, reputado como essencial no funcionalismo ora apresentado. Assim, se na base do sistema for estabelecido um discurso racional e crítico, a intervenção penal seria legítima, não havendo qualquer incompatibilidade com os postulados do Estado Democrático de Direito.

3. Tomada de Posição: a Ação como Referencial Material de Interpretação Típica.

3.1. A Questão da Ilícitude

Durante muitos anos, a doutrina esforçou-se para desvendar a estreita e conturbada relação entre a matéria típica sua ligação com o âmbito de proibição. Entretanto, ainda hoje, a literatura produzida e reproduzida pela chamada doutrina majoritária não foi capaz de desvendar e delimitar a correta relação entre tais valorações.

Ainda que com fundamentações distintas, significativa parcela da doutrina insiste em separar a tipicidade da ilicitude como elementos distintos, sustentando, em breve resumo, que o tipo e a ilicitude teriam objetivos⁸⁵ ou significações⁸⁶ distintas. Ora, aceita a premissa de que o tipo possui função de prevenção geral negativa, enquanto a ilicitude possui uma significação concreta de conflito de interesses, forçosamente

inidônea ou crime impossível o protótipo do delito, que merecia a mesma pena da consumação” GRECO, Luis. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. Disponível em: <<http://www.grupos.com.br/group/.../Messages.html?action=download>> Acesso em: 18 de abril de 2015, p. 6.

⁸⁴ Sobre o tema, confira-se excelente abordagem em: ROXIN, Claus. *Derecho penal*, *Op. cit.*, § 2, 1, p. 51 e seguintes.

⁸⁵ Para Hans Welzel, a tipicidade seria um elemento puramente conceitual, “a descrição concreta da norma proibida”, enquanto a ilicitude seria a contradição da realização de uma norma proibitiva com o ordenamento jurídico em seu conjunto. “Dado que o ordenamento jurídico quer criar, com suas normas e preceitos permissivos, uma ordem valorosa da vida social, a realização antijurídica do tipo é uma conduta que menospreza essa ordem valorosa. Por isso se diz, frequentemente, que a antijuridicidade é um juízo de desvalor da conduta típica. É preciso ter em conta, todavia, o caráter metafórico dessa expressão. O sujeito desse juízo de desvalor não é um indivíduo (ou sequer o juiz), mas o ordenamento jurídico como tal” (WELZEL, Hans. *Novo sistema jurídico-penal*. *Op. cit.*, p. 63). Logo, “quando concorre alguma causa de justificação, a realização do tipo não é antijurídica. As causas de justificação não excluem, por conseguinte, a tipicidade e uma conduta, mas tão somente sua antijuridicidade” WELZEL, Hans. *Novo sistema jurídico-penal*. *Op. cit.*, p. 77.

⁸⁶ “Os tipos servem realmente para a realização do princípio *nullum crimen* e dele deve derivar a estrutura dogmática. A antijuridicidade, pelo contrário, é o setor de soluções sociais do conflito, o campo em que se chocam os interesses individuais opostos aos das exigências sociais, com as necessidades do indivíduo” ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. *Op. cit.*, p. 30. Mantendo-se nessa linha, Roxin, confirma que “*hay razones a favor de mantener el tipo, em el sentid del tytpus delictivo, como una categoria autónoma frente a la antijuridicidade*” ROXIN, § 10, nº 19, p. 286.

dever-se-ia concluir que o tipo penal de homicídio procura motivar as pessoas a não matar em legítima defesa⁸⁷, posição absolutamente insustentável.

Contrariando o pensamento majoritário, pretende-se demonstrar com esses questionamentos que a separação entre a tipicidade e a ilicitude não é acertada nem mesmo em uma análise analítica. Além de gosto por sistemas, tal divisão parece ignorar o sentido empreendido pelo ser humano quando atua no mundo⁸⁸ e, por conseguinte, a forma como esse comportamento é percebido e descrito nos modelos legais.

3.2. Introduzindo o Problema: Questionamentos de Aula

Durante o desenrolar de uma aula sobre a teoria geral do crime, perguntei aos alunos: “Como sabem, o artigo 121 do Código Penal destina uma pena de seis a vinte anos a quem “matar alguém”. Contudo, pergunto, a quem se dirige esse comando? Isto é, quando o legislador elaborou o tipo de homicídio, pensava naquele que mata por pura maldade ou em alguém que mata para se defender?”.

De forma uníssona, responderam: “Pensava em quem mata por maldade, porque isso é ilícito!”. Imediatamente, repliquei:

Por que, então, quando uma pessoa mata outrem em legítima defesa, a doutrina majoritária realiza adequação típica no art. 121, do Código Penal, que vocês acabaram de falar que não se destina a essa hipótese, para somente após declarar sua licitude?

Concluí:

Afinal, será que o legislador teria concebido como típico um comportamento que ele mesmo considerou lícito através de um tipo permissivo? Até que ponto, então, seria necessário reavaliar um comportamento que se amolda a um modelo penal, logo, relevante para o sistema penal, para afirmar sua afronta ao ordenamento jurídico?

⁸⁷ Crítica formulada por: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais*, *Op. cit.*, p. 268.

⁸⁸ Redimensionar o conceito de ação significa superar a ideia de uma tipicidade puramente descritiva, com função meramente preventiva, bem como a incompreensível noção de um tipo indiciário ou um tipo total, para um modelo interpretativo, composto de sentido e valor. Isso porque “não é a natureza que ensina o que é ação, como pretendia a escola de V. Liszt com sua separação do físico e do psíquico, e o conceito de ação tampouco pode se extrair da ontologia, como normalmente se sustenta que Welzel pretendeu demonstrar com seu ponto de partida desde a finalidade do atuar humano, sendo que no âmbito do conceito de ação o decisivo é interpretar a realidade social, torna-la compreensível na medida em que está relacionada com o direito penal” (JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. *Op. cit.*, p. 56/57).

3.3. Resposta: a (I)Licitude Tipificada

Certamente, ao descrever um comportamento, o legislador não positivava um modelo teórico, mas parte do mundo concreto, de um fato reiterado das interações humanas sociais, conferindo a essa demanda social uma solução penal. Afinal, “o direito penal não cria condutas humanas, mas apenas as seleciona, atribuindo-lhes determinado valor”⁸⁹:

No momento da criação da regra jurídica, o legislador ao formular o modelo jurídico abstrato não paira nas alturas de uma construção meramente teórica, mas parte de dados de realidade, de um fato reiterado, de uma situação conflituosa real sobre a qual cabe impor uma solução justa. Assim, o legislador perscruta essa realidade relevante repetidamente ocorrida para definir quais os seus elementos básicos característicos. Desse modo, reproduzindo uma expressão de Engisch, o legislador caminha do real ao real por via do abstrato, ou seja, colhe da realidade os dados com que constrói o modelo, o qual se amolda ao comportamento futuro, pela presença no fato concreto dos dados elementares invariáveis descritos na norma. Com a fixação do invariável elementar tem-se o perfil do objeto, a conformidade por trás da diversidade, de modo a se construir um modelo pelos traços fundamentais de um comportamento, cabendo ao observador estabelecer as regularidades existentes em uma ordem uniforme. A norma nasce a partir dos conflitos que surgem e estão a exigir uma solução pacífica, fruto da avaliação do legislador sobre qual das forças valorativas presentes é a mais justa a orientar a imperativa determinação do considerado justo. No campo das normas penais o legislador constrói modelos jurídicos a partir da realidade que vem a recortar, elevando ao plano abstrato ações que constituem um todo indecomponível, cujas partes se inter-relacionam e se polarizam em torno de um sentido, de um valor, que se apresenta negado pela ação delituosa ou de um valor que, nas circunstâncias, é considerado superior ao valor lesado. A estrutura normativa não brota de elucubração do legislador, mas nasce de uma tensão própria da tarefa de, a partir do real, do concreto, formular um paradigma, um modelo de ações previsíveis. No dizer de Mackinney, “o tipo constituído é uma simplificação do concreto”⁹⁰.

⁸⁹ SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Teoria do tipo penal*. Op. cit., p. 33.

⁹⁰ REALE JUNIOR, Miguel. *A culpabilidade e o drama do Lord Jim*. Disponível em: <www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_05_04341_04367.pdf>. Acesso em: 15 de dezembro de 2013.

Sendo assim, os comportamentos sociais não são percebidos pelo legislador como meros “fazer” ou “não fazer”, mas portam certa finalidade e determinam uma comunicação social.

Através de técnicas legislativas e de uma tomada de valor⁹¹, o legislador consegue identificar no meio da sociedade duas grandes espécies de comportamentos humanos: um ilícito, que precisa ser inibido, e outro lícito, estimulado.

A partir de então, em respeito ao princípio da legalidade, o legislador comunica-se com a sociedade através de modelos penais, sempre atento aos valores e desvalores sociais que fundamentaram a criação do modelo legal.

Dessa maneira, o ponto nodal da teoria do crime consiste em compreender analiticamente a seguinte tensão: compreender o sentido e o alcance das condutas descritas na lei, extraídas pelo legislador do seio social; e interpretar a real conduta humana de quem atua, para adequá-la ao correspondente tipo.

3.3.1. Os Tipos Penais Incriminadores

Valendo-se de juízo de valor sociológico, no momento da sua formação, o tipo penal incriminador inegavelmente traduz um desvalor, um comportamento pernicioso que embarça a ordem social. Do contrário, seria ininteligível pensar que o legislador fosse capaz de descrever um comportamento humano como típico, cominando uma sanção penal, se este não carregasse consigo ilicitude ou que fosse autorizado por lei. Sendo assim, toda tipicidade incriminadora reclama a existência da ilicitude como seu fundamento de existência⁹².

Logicamente, parece incompreensível separar analiticamente a tipicidade incriminadora da ilicitude, pois, definitivamente, a tipicidade incriminadora é a forma de manifestação (comunicação social) da ilicitude em matéria penal.

Sendo, pois, a tipicidade incriminadora naturalmente ilícita (por essência), para se adequar a esse comando abstrato, a concreta vontade consciente humana (dolo) deve ser dirigida ao menosprezo do bem jurídico, conforme o modelo de comportamento selecionado pelo legislador. Afinal, ao contrário do que imaginou Welzel, a vontade consciente não é dirigida à pura consecução do verbo típico, senão representa a busca por determinado valor social. Dito positivamente: quando alguém infringe um preceito penal incriminador, não pretende simplesmente realizar o verbo típico, mas procura aquilo que a conduta representa (deseja, por exemplo, a eliminar a vida por maldade; subtrair certo patrimônio por ganância; ao invés de simplesmente “matar” ou “subtrair”).

⁹¹ “Não vivemos no mundo de maneira indiferente, sem rumos ou sem fins. Ao contrário, a vida humana é sempre uma procura de valores. Viver é indiscutivelmente optar diariamente, permanentemente, entre dois ou mais valores. A existência é uma constante tomada de posição segundo valores. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. Saraiva: São Paulo, 25ª ed., 2001, p. 24.

⁹² Vale frisar que essa ilicitude não é elemento do tipo incriminador, como pretendeu a teoria dos elementos negativos, ou sequer está em estado indiciário, como pensou Hans Welzel. A ilicitude é a qualidade do tipo, seu fundamento de existência a partir do sistema de seleção e proteção de bens jurídicos.

Tome-se como exemplo um homicídio: quando alguém atua com o desiderato de eliminar a vida de outrem por crueldade, pratica consciente e voluntariamente o verbo típico “matar”. Todavia, muito além do verbo, o homicida deseja aquilo que essa conduta representa: deseja negar arbitrariamente a vida humana.

Observe-se, então, que negar arbitrariamente a vida humana foi justamente o elemento social que levou o legislador a positivar o artigo 121 do Código Penal.

Portanto, “a tipicidade dessa conduta revela, por si só, a sua ilicitude, pois constitui um fato contrário ao direito, praticado de acordo com o modelo legal elaborado pelo legislador, a partir dos desvalores sociais”⁹³.

3.3.2. Os Tipos Permissivos (Tipos de Justo)

Certamente, o sistema criminal não exaure nas previsões incriminadoras, mas também atua de forma positiva ou permissiva. A elaboração de um tipo penal permissivo também é um reflexo social, através do qual o legislador declara a inexigibilidade de outro comportamento⁹⁴ diante de uma situação de perigo, legitimando determinado comportamento lesivo, desde que atendidos os requisitos legais. Em outras palavras: os tipos permissivos revelam hipóteses em que o legislador deixou transparente a ausência de ilicitude, pois não são praticadas em função de um desvalor social.

Ocorrendo, então, a incidência dos tipos penais permissivos, inexistirá adequação típica a um preceito incriminador, tendo em vista que o comportamento lícito não encontrará subsunção a um tipo incriminador por manifesta ausência de ilicitude. Conforme já destacado, a tipicidade delitiva carrega consigo a ilicitude como elemento material, fundamento de existência; tanto é assim que foi selecionada pelo legislador e dotada de um preceito secundário de punição. Como, então, nas hipóteses permissivas não existe ilicitude, essa conduta deverá adequar-se em um tipo permissivo (ou tipo de justo), como uma conduta dirigida à preservação de um bem jurídico.

A questão pode ser exemplificada com a legítima defesa: quando o legislador penal selecionou e positivou o tipo penal de homicídio doloso, pensava somente em comportamento ilícitos. Do contrário, seria imperioso concluir que o legislador, de forma bipolar, previu como típico um comportamento que ele mesmo considerou lícito. Como no exemplo narrado o agente não atuou com intenção de menosprezar o bem protegido pela lei, mas atuou para preservar a vida, não houve adequação típica ao art. 121 do Código Penal por ausência de ilicitude, mas direta e exclusiva adequação ao art. 25 do Código Penal (tipo de justo).

⁹³ SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Teoria do tipo penal*. Op. cit., p. 80.

⁹⁴ Veja-se sobre esse ponto: VELO, Joe Tennyson. *O juízo de censura penal, o princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências*. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1993. Seguindo os ensinamentos de Bettiol, tive a oportunidade de defender que a inexigibilidade de outra conduta é o elemento material que atua por trás dos tipos permissivos e das hipóteses dirimentes: REID, Tiago de Lima Santos. *Inexigibilidade de conduta diversa: Planos de referência e aplicação extralegal*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano X, nº 11, p. 357.

3.3.3. Síntese

Com tais fundamentos, a presente proposta afasta-se dois equívocos: primeiro do finalismo, que estabelece uma tipicidade neutra, anêmica e sem sentido teleológico, submetendo a ela comportamentos diametralmente opostos como o lícito e o ilícito⁹⁵.

Em segundo lugar, rebatendo as críticas de Welzel quanto aos defeitos decorrentes da fusão entre o tipo e a ilicitude⁹⁶, observe-se que a legítima defesa não estaria nivelada ao mesmo plano de um fato atípico como, por exemplo, a morte de um mosquito, porque a morte de um mosquito não estaria sujeito à valoração jurídica por falta referência a um tipo objetivo, conforme teoria da imputação objetiva, enquanto a legítima defesa estaria prevista em um tipo penal de justo, não havendo que se falar em mesma significação jurídica⁹⁷.

4. Ponto de Chegada

A base do sistema ora apresentado reside em interpretar a conduta humana (ação) e o sentimento que forjou a norma (modelo interpretativo), ao invés de simplesmente julgar o tipo como descritivo, abarcando toda sorte de ânimos.

Com efeito, segundo precisa lição de Reale Junior, “o que define o caráter antijurídico da ação é o sentido que a anima, a posição valorativa que a colabora e que está abstratamente revelada no tipo”⁹⁸.

Referências

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal & ação significativa: Uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. Vol. 1, 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

D'AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. *Revista de Estudos Criminais*, ano XII, nº 54, 2014.

D'ÁVILA, Fabio Roberto. *O conceito de ação em direito penal, linhas críticas sobre a adequação e utilidade do conceito de ação na construção teórica do crime*. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/a_penal.pdf>. Acesso em: 05 de maio de 2015.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. Parte geral, tomo I. 2ª ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007.

⁹⁵ “O querer matar, com menosprezo ao valor vida, não pode ser equiparado ao querer defender-se, pois esta segunda é animada por um sentido positivo, de preservação de um bem jurídico socialmente relevante”. SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Teoria do tipo penal*. Op. cit., p. 80.

⁹⁶ Segundo Welzel, “nestas condições, a morte de um homem produzida em legítima defesa, teria a mesma significação que a morte de um mosquito. Ambos seriam atípicos” WELZEL, Hans *Apud* SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Teoria do tipo penal*. Op. cit., p. 82.

⁹⁷ Em sentido próximo: SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Teoria do tipo penal*. Op. cit., p. 83.

⁹⁸ REALE JUNIOR, Miguel. *Antijuridicidade concreta*. José Bushatsky: São Paulo, 1971, p. 136.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal, parte geral*. 2ª ed. São Paulo: Jose Bushatsky, 1977.

GRECO, Luís. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. Disponível em: <<http://www.grupos.com.br/group/ /Messages.html?action=download>>. Acesso em: 18 de abril de 2015.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Vol. 1, 8ª ed. Niterói: Impetus, 2007.

HIRSCH, Hans-Joachim. *Acerca de la crítica al finalismo*. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1994428.pdf>>. Acesso em: 01 de agosto de 2015.

JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. Trad. Andre Luis Callegari. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

JESUS, Damásio Evangelista. *Direito penal*. Vol.1. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

LOBATO, José Danilo Tavares. *Há espaço para o conceito de ação na teoria do delito do século XXI?* Disponível em: <<http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rconid=141>>. Acesso em: 21 de setembro de 2014.

MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito em el estado social y democratic de derecho*. 2ª ed. Barcelona: Bosch, 1982.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O conceito material de culpabilidade, o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana*. Salvador: Juspodivm, 2010.

REALE JUNIOR, Miguel. *A culpabilidade e o drama do Lord Jim*. Disponível em: <www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_05_04341_04367.pdf>. Acesso em: 15 de dezembro de 2013.

REALE JUNIOR, Miguel. *Antijuridicidade concreta*. São Paulo: José Bushatsky, 1971.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

REID, Tiago de Lima Santos. Inexigibilidade de conduta diversa: Planos de referência e aplicação extralegal. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano X, nº 11.

REID, Tiago de Lima Santos. *Somos realmente finalistas?* Análise e crítica do sistema proposto por Hans Welzel. Disponível em <<http://emporiododireito.com.br/somos-realmente-finalistas-analise-e-critica-do-sistema-proposto-por-hans-welzel-por-tiago-de-lima-santos-reid/>>.

ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general, tomo I: Fundamentos*. La estructura de la Teoría del Delito. Traducción y notas de la 2ª edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Civitas, España: Thompson Reuters.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROXIN, Claus. *Novos estudos de direito penal*. Trad. Alaor Leite: São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Teoria do tipo penal*. São Paulo: Direito, 2001.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal, parte geral*. São Paulo: Elsevier, 2012.

VELO, Joe Tennyson. *O juízo de censura penal, o princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: Uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011.