

O conceito de déficit semântico do tipo penal a partir da filosofia analítica de Ludwig Wittgenstein

The Concept of Semantic Deficit in Criminal Typification from the Perspective of Ludwig Wittgenstein's Analytical Philosophy.

Jônatas Alexandre Rocha Júnior¹

Universidade Federal do Ceará.

Sumário: 1. Introdução; 2. Funções do tipo no Direito Penal; 3. Déficit semântico do tipo a partir da filosofia analítica de Ludwig Wittgenstein; 3.1. O pensamento do segundo Wittgenstein; 3.2. O déficit semântico dos tipos penais à luz da filosofia da linguagem ordinária; 4. Conclusão; 5. Referências Bibliográficas.

Resumo: O presente trabalho tem por objeto o conceito de déficit semântico do tipo a partir da filosofia analítica de Ludwig Wittgenstein. Para tal, inicia conceituando o tipo no direito e enquanto substrato da teoria do delito, abordando a relevância do tema a partir das funções do tipo numa perspectiva constitucional. Em seguida, apresenta o pensamento de Wittgenstein em suas duas fases, dando ênfase à filosofia da linguagem ordinária. Por fim, a partir das bases do pensamento do filósofo, o trabalho propõe um conceito de *déficit* semântico do tipo penal, utilizando como parâmetro a correspondência dos termos utilizados no preceito do tipo com a linguagem comum.

Palavras-chave: Taxatividade. Tipo penal. Wittgenstein.

Abstract: This study examines the concept of semantic deficit in criminal offense definitions through the lens of Ludwig Wittgenstein's analytical philosophy. To this end, it begins by conceptualizing the notion of offense within legal doctrine and as a fundamental element of criminal theory, highlighting its significance from a constitutional perspective. Next, it explores Wittgenstein's philosophy in both its early and later stages, with particular emphasis on ordinary language philosophy. Finally, drawing on the philosopher's theoretical foundations, the study proposes

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

a definition of semantic deficit in criminal offenses, using as a parameter the correspondence between the terms employed in statutory provisions and common language.

Keywords: Taxativity. Criminal Offense Definition. Wittgenstein.

1. INTRODUÇÃO

O conceito de tipo é basilar para o direito. Em última análise, o raciocínio silogístico característico da aplicação das normas fundamenta-se na noção de aplicação de tipos abstratos a casos concretos. Essa percepção é tão relevante para a compreensão do fenômeno jurídico que está presente no pensamento de Pontes de Miranda² e Paulo de Barros Carvalho³, além de outros nomes relevantes no campo da teoria do direito.

Com efeito, o tipo é o resultado de um processo de abstração generalizante⁴. Isto é, a partir das particularidades individuais da realidade, colhendo-se o que é comum e repetitivo, se chega a um padrão normativo ideal. Quando condutas ou fatos se amoldam a esse padrão, o direito responde prescrevendo uma dada consequência jurídica. Essa consequência, por sua vez, é imposta por uma coação que idealmente altera a realidade, com o fim de que ela se adeque ao que está prescrito no tipo, em uma interação circular.

Nesse processo, a linguagem desempenha um papel fundamental. Por meio dela é possível identificar e descrever a reiteração desses comportamentos ou fenômenos fáticos. Além disso, a enunciação do tipo e a prescrição de sua consequência são processos que se dão linguisticamente. O direito, enquanto conjunto de expressões emanadas por órgãos de autoridade no exercício de

² O conceito mais importante da teoria do direito de Pontes de Miranda é o de incidência, que pode ser sintetizado na seguinte proposição: para dado suporte fático, a norma preceitua uma consequência jurídica; materializando-se o suporte fático da norma, ela imediatamente produz efeitos, fazendo valer a consequência anteriormente preceituada. Vide: MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 2022. Ebook.

³ Ao tratar da regra matriz de incidência, o autor trabalha os conceitos de hipótese e consequência, também em um raciocínio silogístico. Vide: CARVALHO, Paulo Barros de. *Curso de direito tributário*. 30. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Ebook.

⁴ DERZI, Misabel de Abreu Machado. Tipo ou conceito no direito tributário? *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 31, 30/31, 1987/1988, págs. 213-260.

poder, se dá por meio de processos de significação que são, em essência, linguísticos⁵.

Assim, qualquer ruído de comunicação ou interpretação no processo de tipificação é potencialmente ofensivo à função social do direito. Nesse contexto, o presente trabalho pretende formular um conceito de *déficit* semântico do tipo a partir do pensamento de Ludwig Wigenstein, de modo a, a partir da filosofia da linguagem ordinária, fixar parâmetros para aferir se estão ou não preenchidos os requisitos mínimos de taxatividade, exigidos pelo princípio constitucional da legalidade.

Considerando a importância dos tipos para o campo do direito penal, bem como a significação social do exercício do poder punitivo por meio dele exercido, para fins de recorte, este trabalho dará ênfase ao fenômeno do *déficit* linguístico aplicado a esse campo do direito, a despeito dos conceitos abordados serem potencialmente relevantes em outros ramos, como no direito tributário ou administrativo sancionador.

2. FUNÇÕES DO TIPO NO DIREITO PENAL

O direito penal, influenciado pelo positivismo jurídico⁶, numa perspectiva operacional, utiliza o método analítico, antes próprio das ciências naturais, para definir os critérios de imputação dos delitos⁷. O método analítico consiste em decompor um fenômeno complexo em partes mais simples, a fim de que seja viável apreendê-lo e sistematizá-lo⁸.

O crime é um fenômeno complexo. Suas causas e consequências, objeto da criminologia, são multifatoriais; as variáveis que o circundam são de difícil cognição⁹. Não obstante, para fins de aplicação do direito penal, o conceito analítico de crime decompõe e simplifica sua existência a um conjunto delimitado

⁵ WARAT, Luís Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. Ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1984. p. 24.

⁶ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. 3. Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. P. 106.

⁷ REBOUÇAS, Sérgio. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 83.

⁸ VALELEJO, Manuel Jaén. Los puntos de partida de la dogmática penal. *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*. ISSN 0210-3001, Tomo 48, Fasc/Mes 1, 1995, págs. 57-70.

⁹ Vide: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Criminologia: contribuição para a crítica da economia da punição*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

de fatos naturalísticos, jurídicos e psíquicos, previamente estabelecidos pela dogmática ou ciência do direito.

Destarte, o Código Penal Brasileiro expressamente adota a teoria finalista da ação para definir o crime analiticamente, conceituando-o, por conseguinte, como fato típico, antijurídico, praticado por agente culpável¹⁰. O estudo da antijuridicidade/culpabilidade escapa dos estritos limites deste trabalho. Mas o fato típico é relevante, por sua relação com o tipo penal.

Diz-se que há fato típico quando existe conduta, nexa causal, resultado e tipicidade¹¹. A tipicidade, pilar do fato típico, consiste na “subsunção, a justaposição, a adequação de uma conduta da vida real a um tipo legal de crime”¹². Desse modo, a tipicidade separa condutas penalmente irrelevantes daquelas que terão significação penal, a partir dos critérios estabelecidos pelo tipo.

Assim, considerando que o tipo delimita as fronteiras do ilícito, a segurança jurídica de dado sistema penal está condicionada aos tipos penais satisfazerem exigências mínimas de clareza e precisão¹³, na medida em que, somente nessas circunstâncias, é possível ao cidadão orientar suas condutas pelo direito. Nas palavras de Assis de Toledo, para que a lei desempenhe seu papel pedagógico, deve ser facilmente acessível a todos¹⁴.

Segundo Nilo Batista, o princípio da legalidade pode ser compreendido “não apenas na acepção da `previsibilidade da intervenção do poder punitivo do estado`, que lhe confere Roxin, mas também na perspectiva subjetiva do `sentimento de segurança jurídica` que postula Zaffaroni”¹⁵. Isto é, a precisão na definição dos preceitos dos tipos permite que o cidadão atue com segurança na realidade social.

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral - arts. 1º a 120 (vol. 1)*. 28. Ed. São Paulo: Saraiva, 2022. Ebook.

¹¹ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2015. Ebook.

¹² TOLEDO, Francisco Assis de. *Princípios básicos de direito penal*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 84.

¹³ OLIVÉ, Juan Carlos Ferré. PAZ, Miguel Ángel Nuñez. OLIVEIRA, William Terra de. BRITO, Alexis Couto de. *Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 86.

¹⁴ Op. Cit. p. 21-29.

¹⁵ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal*. 11. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 67.

O tipo penal, dessa forma, desempenha um papel fundamental no escopo de um Estado de Direito: delimitar o conteúdo do ilícito. E o faz por meio da linguagem. Nesse contexto, para que desempenhe esse papel, a dogmática estabelece alguns critérios de clareza e precisão que devem ser satisfeitos, consubstanciados no postulado “*lex certa*”, ou princípio da taxatividade¹⁶.

O princípio de taxatividade exige que os preceitos penais sejam formulados com precisão, atuando em três direções: na perspectiva da comunidade, permitindo que as pessoas conheçam claramente as condutas proibidas e as consequências legais, na do legislador, que deve criar leis penais detalhadas, evitando termos vagos que permitam interpretações arbitrárias; e na do julgador, garantindo que a aplicação da lei seja restrita ao que foi explicitamente previsto, vedando a analogia *in malam partem*¹⁷.

Nessa linha, Beccaria já acreditava que a obscuridade das leis contribuía com o aumento exponencial da criminalidade¹⁸. Posteriormente, Feuerbach lançou as bases para o princípio da legalidade e seus correlatos ao formular o brocardo “*nullum crimen, nulla poena sine previa lege*”¹⁹. A partir desse ponto, o exercício do poder punitivo não é mais considerado vingança pública, mas efetivamente surge o direito penal enquanto uso racionalizado do poder de punir²⁰.

Tamanha é a importância dessas balizas que o Estado totalitário nazifascista alemão desconstruiu a república de Weimar a partir da paulatina inserção de conceitos vagos no ordenamento jurídico, especialmente com o fim de que a lei se adequasse à ideologia nacional-socialista²¹. No âmbito penal, os inimigos do regime foram amplamente perseguidos por meio da criação de crimes habituais, cuja legitimação baseou-se em conceitos vagos e

¹⁶ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Direito penal, estado e constituição*. São Paulo: IBCCRIM, 1997. p. 109

¹⁷ OLIVÉ, Juan Carlos Ferré. PAZ, Miguel Ángel Nuñez. OLIVEIRA, William Terra de. BRITO, Alexis Couto de. Op. Cit. pp. 87-88.

¹⁸ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 36.

¹⁹ DE BEM, Leonardo Schimitt. MARTINELLI, João Paulo. *Direito penal: lições fundamentais: parte geral*. 7. Ed. Belo Horizonte: D’Placito, 2022. p. 85.

²⁰ BATISTA, Nilo. Op. Cit. p. 72.

²¹ ABOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno*. São Paulo: Thompson Reuters, 2021. p. 133.

indeterminados, como “pessoas estranhas à comunidade” ou “culpabilidade por condução de vida”²².

Logo, a ausência de precisão linguística na determinação dos preceitos dos tipos, em última instância, viola a legitimidade democrática da norma, a separação de poderes e representa um risco à própria democracia²³. Por essa razão, é imprescindível que existam critérios para que se afira o que significa, rigorosamente, a taxatividade. Para esse fim, a filosofia analítica de Ludwig Wittgenstein pode fornecer referências importantes, como será demonstrado adiante.

3. DÉFICIT SEMÂNTICO DO TIPO A PARTIR DA FILOSOFIA ANALÍTICA DE LUDWIG WITTGENSTEIN

Antes de adentrar na aplicação das ideias do filósofo ao conceito que se pretende construir no presente trabalho, mister uma breve digressão sobre as linhas gerais do pensamento de Ludwig Wittgenstein, em especial, sobre a obra *Investigações Filosóficas*, que, conforme será exposto, muito tem a contribuir com a construção de uma teoria constitucional da taxatividade dos tipos penais.

3.1 O PENSAMENTO DO SEGUNDO WIGGENSTEIN

O pensamento de Ludwig Wiggenstein é dividido pela literatura especializada em ao menos duas fases²⁴. Em que pesem terem o mesmo objeto- a linguagem-, pode-se dizer que a segunda fase da obra do filósofo austríaco está em clara oposição à primeira²⁵. Para Oliveira, “Wittgenstein desenvolve seu pensamento na segunda fase como uma crítica radical à tradição filosófica

²² CONDE, Francisco Muñoz. *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo: estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*. 4. Ed. Tirant lo Blanch: Valencia, 2005. p. 51.

²³ Idem. p. 88.

²⁴ Em que pese alguns especialistas defenderem um Wittgenstein intermediário. Vide: ZALTA, Edward N. (org.). “Ludwig Wittgenstein”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/Entries/wittgenstein/>. Acesso em: 04 set. 2024.

²⁵ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. Ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 117.

ocidental da linguagem, cuja expressão última havia sido precisamente o *Tractatus*²⁶.

O filósofo, em linhas gerais, representa uma continuidade da tradição empirista inglesa, predominantemente anti-metafísica, sendo, assim, um expoente da filosofia analítica²⁷, tradição filosófica caracterizada pelo enfoque na análise conceitual e lógica da linguagem, e pela preocupação em esclarecer problemas filosóficos com clareza, rigor argumentativo e método crítico²⁸.

Destarte, o primeiro Wiggstein, em sua empreitada de responder aos grandes problemas filosóficos de seu tempo, conclui o *Tractatus Logico-Philosophicus*, principal obra desse período, alegando que “acerca daquilo que não se pode falar, tem que se ficar em silêncio”²⁹. Em outros termos, a tese defendida é que os limites do mundo correspondem estritamente aos limites da linguagem, pois o que não pode ser expresso pela lógica não pode ser pensado e, portanto, não pode ser objeto da filosofia.

Neste primeiro momento, a abordagem, no que diz respeito a linguagem, é pictórica. Isto é, se toda a análise proposta no Tratado parte da noção de proposição, tem-se a proposição como uma exata representação dos fatos, na linha do que se denominou teoria objetivista da linguagem³⁰. Representar, neste caso, significa apresentar fielmente, tal como faz uma pintura ou fotografia. Por isso, o termo “pictórica”³¹.

Assim, o filósofo, em sua incipiente fase, inferiu que tudo o que pode ser expresso pela linguagem necessariamente corresponde aos fatos, de modo que a linguagem pode descrever a realidade com precisão, utilizando-se de estruturas lógicas; há, assim, perfeita correspondência lógica entre as estruturas linguísticas e a realidade; cabe ao filósofo tão somente constatar-la³².

²⁶ Idem. Idibem.

²⁷ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Wittgenstein e o desaparecimento da filosofia. *Revista de Ciências Sociais*, Fortaleza, v.6, n.1/2, 1975, pp.83-97.

²⁸ GLOCK, Hans-Johann. *O que é filosofia analítica?* Porto Alegre: Penso, 2011. Ebook.

²⁹ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado lógico-filosófico*. 6. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. p. 142.

³⁰ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. Ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 121.

³¹ LIMA JÚNIOR, Manoel Ferreira. O Lugar dos Fatos na Teoria Pictórica. *Argumentos*, Ano 2, n.º 3 – 2010. pp. 46-50.

³² JANKE, Wolfgang. *A revolução filosófica de Wittgenstein: uma introdução ao Tractatus logico-philosophicus*. 2. Ed. São Paulo: Loyola, 1995. p. 34.

Convicto de que tinha resolvido todos os problemas filosóficos relevantes, após um período como professor na Inglaterra, Wittgenstein abandonou a filosofia e passou a dedicar-se a atividades cotidianas³³. Sem embargo, suas experiências dessa época o levaram a paulatinamente rever suas posições anteriores, ressignificando seu entendimento sobre a natureza e uso da linguagem.

Se no *Tractatus* a proposição era uma imagem isomorfa dos fatos por ela representados, em sua nova concepção, a proposição deixa de ser um modelo exato da realidade para ser uma hipótese, ou seja, uma representação que pode ser contextualmente alterada conforme as circunstâncias³⁴. Desse modo, se antes havia uma correspondência exata entre proposição e fato, agora não necessariamente.

Daí, o significado das palavras não é uma imagem mental, mas o seu uso em um determinado contexto, estando, por conseguinte, indissolivelmente condicionado ao conjunto de ações, usos e instituições que circundam o ato de fala³⁵. A partir de suas experiências cotidianas, o filósofo lançou as bases para a filosofia da linguagem ordinária, contraposta à teoria objetivista da linguagem que outrora defendeu³⁶.

Tal conceituação considera a centralidade da linguagem na vida humana, expressa até mesmo em sociedades pré-linguísticas, mesmo nas articulações intersubjetivas mais íntimas³⁷. Contudo, o segundo Wittgenstein preocupa-se em entender a fundo a verdadeira natureza da linguagem. Criticando a ideia de imagens mentais pré-existentes na psique do sujeito cognoscente, o filósofo alega que o significado das palavras decorre de um dado contexto social³⁸.

³³ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. Ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 94.

³⁴ MORENO, Arley R. *Wittgenstein: os labirintos da linguagem*. 2. Ed. São Paulo: Moderna, 2009. p. 46.

³⁵ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *A metafísica do ser primordial: L. B. Puntel e o desafio de repensar a metafísica hoje*. São Paulo: Loyola, 2019. p. 73.

³⁶ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. Ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 126.

³⁷ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Comunicação, Ética e Cidadania. *Revista de Ciências Sociais*, Fortaleza, v.36, n.1/2, 2005, pp.73-88.

³⁸ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. São Paulo: Nova Cultura, 1999. p. 166.

Dessa forma, para o Wittgenstein tardio, a linguagem é essencialmente *práxis*, de modo que a questão fundamental passa a ser “como a linguagem é usada”. O agir comunicativo, assim, é um ato direcionado à ação, e não uma representação de um objeto pré-definido aprioristicamente³⁹.

No entanto, seu estudo enquanto objeto é viável na medida em que existe uma “rede complexa de semelhança entre usos” de dadas palavras, que possibilita ao sujeito compreender o significado do que é dito em um determinado jogo de palavras, em outros termos, em dada conjectura fática⁴⁰.

Isto é, em suas *investigações filosóficas*, o austríaco abandona a ideia de uma linguagem com estrutura fixa, dando ênfase à *práxis*, entendida como realização da razão na relação sujeito-objeto⁴¹. Não obstante, ao entender que é possível compreender a linguagem a partir de seu uso compartilhado, Wittgenstein rechaça o relativismo absoluto, presente em outras matrizes filosóficas⁴².

O sujeito, assim, não é mais transcendental, mas ele próprio está inserido num mundo em que os conceitos estão intrinsecamente relacionados às convenções e práticas sociais contextualmente variáveis⁴³. Desse modo, a despeito de uma palavra ter a mesma grafia e som, seu significado dependerá do uso. Wittgenstein, no que diz respeito à linguagem, substancializa a célebre frase de Ortega y Gasset: “yo soy yo y mi circunstancia”⁴⁴.

3.2 O DÉFICIT SEMÂNTICO DOS TIPOS PENAIIS À LUZ DA FILOSOFIA DA LINGUAGEM ORDINÁRIA.

Como visto no primeiro capítulo, a precisão terminológica dos tipos penais e sua compreensão pelo jurisdicionado são fundamentais para garantia de segurança jurídica e, em última instância, para a própria legitimação do poder

³⁹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *A metafísica do ser primordial: L. B. Puntel e o desafio de repensar a metafísica hoje*. São Paulo: Loyola, 2019. p. 74.

⁴⁰ Idem. p. 75.

⁴¹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Filosofia enquanto autorreflexão da razão. *Revista de Ciências Sociais*, Fortaleza, v.4, n.1, pp.65-92.

⁴² CONTE, Jaimir. O conceito de linguagem em Wittgenstein: uma análise das Investigações Filosóficas. *Veritas - Revista de Filosofia da PUCRS*, v. 49, n. 2, p. 85-102, 2004.

⁴³ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. São Paulo: Nova Cultura, 1999. p. 95.

⁴⁴ ORTEGA Y GASSET, José. *Meditaciones del Quijote*. Madrid: Revista de Occidente, 1914. p. 43.

punitivo; mormente quando levado em conta que a culpabilidade do agente é aferida a partir de sua capacidade de compreender o caráter ilícito de sua conduta e orientar-se em sentido contrário⁴⁵.

Em paralelo, o advento do modo de produção capitalista culminou numa crescente elevação dos riscos sociais. Para Ulrich Beck, em uma sociedade pós-industrial “a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos”⁴⁶. Isto é, a marcha para o progresso tem como efeito colateral uma produção sistemática e generalizada de situações arriscadas contra bens juridicamente relevantes para a sociedade, como a vida, a integridade física, a incolumidade pública etc.⁴⁷.

Nesse contexto, o direito penal, cujos principais institutos foram criados em um contexto totalmente diverso, adapta-se a essa nova realidade fazendo uso de tipos penais vagos, indeterminados e abstratos⁴⁸. O emprego de tais técnicas, conforme a doutrina majoritária, não é por si só ilegal⁴⁹. O problema surge quando a imprecisão e indeterminação destes tipos penais é tão ampla que é impossível ao jurisdicionado orientar-se pelo direito.

Como tipo penal representativo do fenômeno, tem-se o delito de gestão temerária, positivado no art. 4º, parágrafo único da Lei n.º 7.492/1986 (Lei dos crimes contra o sistema financeiro nacional), cuja redação é a seguinte: “se [a gestão] é temerária”. Para Sérgio Rebouças: “cuida-se aqui genuinamente de um tipo vago, com alcance normativo incontrolável, diante da excessiva abertura

⁴⁵ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 44.

⁴⁶ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. Ed. São Paulo: Editora 34. p. 23.

⁴⁷ Para compreender o fenômeno, basta pensar sobre como o ato de ser um simples pedestre é cada vez mais arriscado na proporção em que as tecnologias de mobilidade se desenvolvem. Um cidadão do Séc. XXI corre um incalculável número de riscos em comparação a um transeunte medieval. Quem é atropelado por um automóvel está muito mais suscetível a morrer do que quem é atropelado por um cavalo. Tal raciocínio estende-se ao uso das inúmeras tecnologias disponíveis. Basta pensar que alguns minutos de exposição às correntes elétricas que alimentam eletrodomésticos do cotidiano são mais do que suficientes para levar um ser humano a óbito.

⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Buenos Aires: B de F, 2006. p. 11.

⁴⁹ REBOUÇAS, Sérgio. Op. Cit. p. 173.

da elementar temerário, que pode até mesmo invadir o âmbito da culpa stricto sensu em um tipo que se pretende doloso”⁵⁰.

Tem-se aí um tipo cuja abertura conceitual viola a taxatividade. Nesse contexto, a partir da filosofia de Wittgenstein, é possível identificar o que exatamente na redação desse tipo legal culminou em tamanho *déficit* semântico. Para isso, o ponto de partida será as premissas traçadas anteriormente, isto é, a filosofia da linguagem de Ludwig Wittgenstein.

O neopositivismo jurídico, influenciado pela teoria objetivista da linguagem, aproxima-se das ideias do primeiro Wittgenstein na medida em que defende o uso de uma linguagem técnica ideal, dissociada da linguagem cotidiana e capaz de apresentar os conceitos com precisão quase inerrante, sendo, portanto, mais vantajosa ao jurista. Contudo, nas palavras de Warat, o Wittgenstein tardio “passa a acreditar que linguagem natural é correta e que as dificuldades linguísticas surgem porque os filósofos a reconstituem deficientemente”⁵¹.

Defender a primeira tese e, portanto, filiar-se ao neopositivismo sem restrições, é aproximar-se de correntes mais autoritárias. Se a linguagem utilizada na elaboração da norma não considera seus destinatários, tal norma possui duvidosa legitimidade democrática⁵². Além disso, por propositalmente fazer uso de uma linguagem que não é comum ao destinatário da norma, dificilmente atenderá minimamente ao que é exigido pelo princípio da taxatividade penal⁵³.

Por outro lado, se a análise parte dos pressupostos da filosofia da linguagem compartilhada, defendida pelo segundo Wittgenstein, é possível aferir que o tipo penal da gestão temerária, bem como outros tipos igualmente vagos, não satisfaz aos pressupostos de taxatividade porque ignora os diversos jogos

⁵⁰ ALBUQUERQUE, Cândido. REBOUÇAS, Sérgio. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: comentários à Lei 7.492/1986 e à Lei 6.385/1976*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2022. p. 122.

⁵¹ WARAT, Luís Alberto. Op. Cit. p. 65.

⁵² HABERMANS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 311.

⁵³ Não se nega as contribuições do positivismo jurídico para o direito, em especial para o direito penal. Contudo, a corrente neopositivista que aqui se rechaça é aquela que se vincula a criação de uma linguagem técnica alienante, isto é, absolutamente divorciada do uso comum da língua.

de linguagem de uso das palavras que o compõe, ou seja não considera seu uso compartilhado⁵⁴.

Dessa forma, se uma palavra pode ter usos diversos conforme o seu contexto, o legislador deve, ao redigir um tipo penal, apontar com precisão o contexto em que a palavra está sendo utilizada ou escolher palavras que, em conjunto, conduzam o destinatário da norma ao contexto no qual o seu significado possa ser aferido com clareza e precisão, sob pena de violação ao princípio da taxatividade.

Assim, considerando que o uso comum da palavra possibilita ao interlocutor identificar determinados padrões, o legislador não pode ignorar por completo o uso padrão que a sociedade dá a determinado termo. A elementar “temerária”, por exemplo, tem seu significado condicionado ao contexto em que é utilizada, e não *a priori*, como demonstrou Wittgenstein. Portar uma arma numa comunidade pacífica pode ser temerário, mas se o indivíduo a porta em um campo de guerra, é prudente.

Dessa forma, o jogo de palavras utilizado, “se [a gestão da instituição financeira] é temerária”, possui certo *déficit* semântico na medida em que não conduz o destinatário da norma a um contexto em que ele possa, a partir do uso compartilhado da fala, aferir o que é ou não temerário e, portanto, orientar sua conduta conforme aquilo que o direito lhe exige.

O delito de homicídio, por outro lado (matar alguém), a despeito de ter uma redação curta, possibilita ao jurisdicionado deduzir o conteúdo do injusto de uma simples leitura, na medida em que o uso compartilhado da palavra “matar” ao lado de “alguém” implica o ato de levar um sujeito humano a óbito, tal que qualquer leitor, sem maiores dificuldades, infere o significado da norma.

Logo, à luz do segundo Wigenstein, há *déficit* semântico de dado tipo penal sempre que não for possível deduzir, das palavras empregadas, um contexto, em consonância com o seu uso comum e cotidiano, que possibilite ao destinatário da norma entender, com precisão, o significado empregado e o exato e preciso conteúdo do injusto penal.

⁵⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig. Op. Cit. p. 73.

4. CONCLUSÃO

A partir da filosofia do segundo Wittgenstein, é possível aferir parâmetros para que se constate se determinado tipo penal atende aos requisitos mínimos exigidos pelo princípio da taxatividade. Sempre que o legislador se dissocia do uso comum de determinada palavra, ou não indica o contexto que possibilite ao leitor da norma deduzir o significado dos termos empregados, configura-se um cenário de leis penas ambíguas, vagas e demasiadamente abstratas, que são, por conseguinte, inconstitucionais.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno*. São Paulo: Thompson Reuters, 2021.
- ALBUQUERQUE, Cândido. REBOUÇAS, Sérgio. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: comentários à Lei 7.492/1986 e à Lei 6.385/1976*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2022.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. São Paulo: Editora 34.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral - arts. 1º a 120 (vol. 1)*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CARVALHO, Paulo Barros de. *Curso de direito tributário*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Criminologia: contribuição para a crítica da economia da punição*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.
- CONDE, Francisco Muñoz. *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo: estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

- CONTE, Jaimir. O conceito de linguagem em Wittgenstein: uma análise das Investigações Filosóficas. *Veritas - Revista de Filosofia da PUCRS*, v. 49, n. 2, p. 85-102, 2004.
- DE BEM, Leonardo Schimitt. MARTINELLI, João Paulo. *Direito penal: lições fundamentais: parte geral*. 7. ed. Belo Horizonte: D'Placito, 2022.
- DERZI, Misabel de Abreu Machado. Tipo ou conceito no direito tributário? *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 31, 30/31, 1987/1988, págs. 213-260.
- GLOCK, Hans-Johann. *O que é filosofia analítica?* Porto Alegre: Penso, 2011.
- HABERMANS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- JANKE, Wolfgang. *A revolução filosófica de Wittgenstein: uma introdução ao Tractatus logico-philosophicus*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1995.
- LIMA JÚNIOR, Manoel Ferreira. O Lugar dos Fatos na Teoria Pictórica. *Argumentos*, Ano 2, n.º 3, 2010. pp. 46-50.
- LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Direito penal estado e constituição*. São Paulo: IBCCRIM, 1997.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- MORENO, Arley R. *Wittgenstein: os labirintos da linguagem*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2009.
- OLIVEIRA, Juan Carlos Ferré; PAZ, Miguel Ángel Nuñez; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *A metafísica do ser primordial: L. B. Puntel e o desafio de repensar a metafísica hoje*. São Paulo: Loyola, 2019.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Comunicação, Ética e Cidadania. *Revista de Ciências Sociais*, Fortaleza, v.36, n.1/2, 2005, pp.73-88.

- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Filosofia enquanto autorreflexão da razão. *Revista de Ciências Sociais*, Fortaleza, v.4, n.1, pp.65-92.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Wittgenstein e o desaparecimento da filosofia. *Revista de Ciências Sociais*, Fortaleza, v. 6, n. 1/2, 1975. pp. 83-97.
- ORTEGA Y GASSET, José. *Meditaciones del Quijote*. Madrid: Revista de Occidente, 1914.
- REBOUÇAS, Sérgio. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Buenos Aires: B de F, 2006.
- TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. 3. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
- TOLEDO, Francisco Assis de. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- VALELEJO, Manuel Jaén. Los puntos de partida de la dogmática penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, ISSN 0210-3001, Tomo 48, Fascículo/Mês 1, 1995, págs. 57-70.
- WARAT, Luís Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1984.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. São Paulo: Nova Cultura, 1999.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado lógico-filosófico*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.
- ZALTA, Edward N. (org.). "Ludwig Wittgenstein". *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/Entries/wittgenstein/>. Acesso em: 04 set. 2024.