

A ANTIJURIDICIDADE

Josiane Pilau Bornia¹

1 - Origem e conceito de antijuridicidade

Antes de se adentrar nos precisos contornos da antijuridicidade, faz-se necessário nos reportarmos à origem do termo antijuridicidade.

Assim, VON HIPPEL atribui a BÖHMER que conota como elemento do delito a *ação livre* (comissiva ou omissiva), a *antijuridicidade*, a *culpabilidade* e a *punibilidade*. Todavia, BÖHMER jamais usou a expressão antijuridicidade, pois sua obra *Elementa jurisprudentiae criminalis* (1732) foi escrita em latim.

A contrariedade às normas jurídicas constitui o fundamento *formal* do conceito atual de antijuridicidade, expressado de modo mais preciso no termo *Unrecht*, usado por BINDING no primeiro volume de seu *Die Normen* (1872) protestando contra o sentido vago de seu significado puramente negativo de “ausência de direito”, em circunstância em que se poderia usar o vocábulo “antijuridicidade”. Binding foi o primeiro jurista que tratou de antijuridicidade com este termo preciso, embora FEUERBACH afirmasse que a ciência do Direito Penal positivo emana dos fundamentos gerais das ações antijurídicas.

Quanto à terminologia ilicitude e antijuridicidade são termos empregados como sinônimos. Nossos penalistas, porém, por influência dos autores de língua espanhola e italiana, utilizam com maior freqüência, em vez do primeiro, a palavra antijuridicidade, para exprimir um dos elementos fundamentais do conceito jurídico do crime. CARNELUTTI aponta o equívoco de se atribuir ao delito, fenômeno jurídico por excelência, o caráter antijurídico, acarretando uma aparente contradição, pois “que o delito seja um ato ou um ato jurídico e, ao mesmo tempo, um fato ou um ato antijurídico”².

Nesta linha de pensamento, o correto é afirmar-se que o delito é um fato jurídico, classificado, em uma das ramificações deste, entre os denominados atos ilícitos. Pode-se, assim, dizer ilicitude, sem incorrer naquela contradição apontada por CARNELUTTI.

¹ Mestre em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá, Professora de Introdução ao Direito e Direito Penal no Centro Universitário de Maringá – CESUMAR.

² CARNELUTTI apud TOLEDO, Francisco de Assis. *Reforma Penal*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 01.

O Código Penal, na Parte Geral, utiliza o termo correto ilicitude, conforme consta no artigo 21, onde se fala em “erro sobre a ilicitude do fato”; no parágrafo único desse mesmo dispositivo, quando menciona “consciência da ilicitude do fato”; e na rubrica lateral do artigo 23, que relaciona as causas de justificação, ao dizer “exclusão da ilicitude”.

Neste sentido, merece aplausos o legislador pátrio por ter afastado a tradução pouco precisa da palavra composta alemã *Rechtswidrigkeit*, que significa, *literalmente*, *contrariedade ao direito (não ao jurídico)*. Com efeito, “ilícito é o fato que contraria o ordenamento jurídico”. Por isso é que WELZEL define a ilicitude como sendo “a contradição entre a realização do tipo de uma norma proibitiva e o ordenamento jurídico como um todo ...”³.

Outros doutrinadores como EVERALDO DA CUNHA LUNA e NÉLSON HUNGRIA preferem o termo injuricidade em vez de antijuridicidade, por acharem a expressão mais simples. No entanto, ambos exprimem a idéia de contrariedade, de negação do direito, porque todo anti nada mais é do que um simples não⁴.

Cabe ressaltar que as normas jurídicas configuram uma ordem – ordem normativa, de normas -, mas esta ordem jurídica não se esgota na previsão de normas jurídicas proibitivas pois há também os preceitos permissivos.

É preciso esclarecer que, neste aspecto, a antijuridicidade não surge do direito penal, mas sim de todo ordenamento jurídico porque a normatividade pode ser afastada por um preceito permissivo que pode originar-se de qualquer parte do direito⁵.

O crime é uma figura unitária. Seus elementos tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade não são partes que se juntam, mas que se integram no fato punível. Seria como um prisma onde os componentes são representados por suas faces e não como partes.

Vários são os conceitos formulados sobre antijuridicidade. Dentre eles podem ser citados o de SANTORO: a antijuridicidade é “a contradição do fato, eventualmente adequado ao modelo legal, com a ordem jurídica. Não

³ WELZEL *apud* TOLEDO, Francisco de Assis. *Reforma Penal*, São Paulo: Saraiva, 1985, p. 02.

⁴ LUNA, Everaldo da Cunha. *Estrutura Jurídica do Crime e outros estudos*, 3ª ed., Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 1970, p. 45.

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal – Parte General*, 2ª ed., Buenos Aires: Ediar, 1975, p. 409.

⁶ SANTORO, Artubo *apud* MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*, volume II, 1ª ed. e atualizada, Campinas: Bookseller, 1997, p. 130.

basta, portanto, para haver crime, que uma conduta humana corresponda materialmente ao tipo que a lei descreve: é preciso, além disso, que constitua a lesão de um interesse alheio juridicamente protegido”⁶.

MIGUEL REALE explica: “a antijuridicidade constitui uma qualidade do comportamento, qualidade atribuível ao comportamento através de um juízo de valor objetivo consistente na apreciação de sua contrariedade ao direito”⁷.

Com inteira propriedade escreve SEBASTIÁN SOLER que a ação tem que ser valorada não somente perante a lei que ordinariamente se limita a descrevê-la, mas também perante a norma que é o pressuposto da lei. Quando o resultado do exame afirma a existência de um conflito entre o fim que o direito persegue e o fato, concluímos que se trata de um fato ilícito. Para que haja delito, é preciso que exista uma relação de contradição entre o ato de um homem e o direito⁸.

Oportuna a lição de LUIZ REGIS PRADO que preleciona que o elemento conceitual do delito – ilicitude – manifesta além da contrariedade de um fato a todo o ordenamento jurídico, é também, um juízo de ilicitude, pois enquanto a subsunção do fato concreto ao tipo legal, ou seja, o juízo de tipicidade, tem um aspecto positivo, o juízo de ilicitude, destaca um caráter negativo diante da inexistência de uma norma permissiva⁹.

Corroborando esta idéia tem-se o mestre espanhol FRANCISCO MUÑOZ CONDE: “o Direito Penal não cria a antijuridicidade, senão seleciona, por meio da tipicidade, uma parte dos comportamentos antijurídicos, geralmente os mais graves, cominando-os com uma pena”. Continua, este exímio estudioso afirmando que a prática de um fato típico acarreta a suspeita do fato ser também antijurídico (indiciária da tipicidade); mas esta presunção pode ser afastada se apresentar uma causa de justificação excludente da antijuridicidade. No entanto, não se verificando qualquer causa, constatada a antijuridicidade e o próximo elemento será a culpabilidade¹⁰.

Nas palavras de HANS WELZEL “é um juízo de valor negativo (juízo de desvalor) sobre a conduta típica, aferido objetivamente no âmbito das relações, o que não quer dizer seja a antijuridicidade objetiva, pois o seu

⁷ REALE JÚNIOR, Miguel. *Dos estados de necessidade*, São Paulo: José Bushatsky, 1971, p. 11.

⁸ SOLER, Sebastián *apud* MARTINS, José Salgado. *Direito Penal- Introdução e Parte Geral*, São Paulo: Saraiva, 1974, p. 175.

⁹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 201.

¹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*, tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 85.

objeto _ a conduta típica de um homem _ constitui uma unidade de elementos objetivos e subjetivos”. E, continua: “a antijuridicidade é indiciada pelo tipo. Sobre as condutas que a ele se encaixam, recai a presunção de serem antijurídicas. Não existem tipos antijurídicos, mas realizações antijurídicas do tipo”¹¹.

Explicando HELENO CLÁUDIO FRAGOSO que a expressão juízo empregado por WELZEL está no sentido figurado. “O sujeito desse juízo não é o agente nem o juiz, mas o ordenamento jurídico. Diz-se antijurídica a conduta juridicamente considerada um desvalor da vida social¹².

Deve-se, ainda, auscultar as palavras emitidas por GIUSEPPE BETTIOL: “numa concepção teleológica do direito penal, o primado cabe indubitavelmente à antijuridicidade. Entre os elementos constitutivos do crime não há outro que dê tamanha tonalidade e relevo à matéria quanto o da contradição do fato com as exigências do direito, vale dizer o “choque” entre o fato e a norma”¹³. Mas esta desconformidade da ação humana e o direito não é comprovado como faziam os clássicos que analisavam a questão sob o ângulo visual de todo formalista e mecânico, como se houvesse ações e reações entre o fato e a norma: “o fato viola a norma, a norma reage e reintegra com a pena a lesão infligida ao direito”¹⁴

Roberto Lyra Filho e Luiz Vicente Cernicchiaro pontualizam que não há fato que seja juridicamente neutro; ou ele será penalmente lícito ou ilícito. A ilicitude, antijuridicidade ou ilegitimidade, é verificada no caso concreto (fato-infração penal), do enquadramento entre o fato e a norma. “A criminalidade ou antijuridicidade decorre da tipicidade do fato (*reato fatto*)”¹⁵.

Odin Indiano do Brasil Americano conceitua a ilicitude destacando o primado da norma. Na sua opinião a norma visa limitar as liberdades individuais em função dos bens ou interesses de cada qual e de todos. Por isso é bilateral. Logo, ao direito de agir de uns adapta-se a obrigação de respeitar a esfera do permitido aos demais co-associados. Entretanto, nem

¹¹ WELZEL, Hans *apud* TUBENCHLAK, James. *Teoria do crime: o estudo do crime através de suas divisões*, Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 38.

¹² FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*, 1ª ed, rev. por Fernando Fragoso, Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 181.

¹³ BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*, tradução de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971, p. 358-9.

¹⁴ *Idem, ibidem*, p.360

¹⁵ LYRA FILHO, Roberto e CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Compêndio de direito penal*, São Paulo, Bushtsky, 1972, p.127.

sempre um direito subjetivo corresponde à obrigação de outrem. Podem ser meros interesses protegidos pelo ordenamento jurídico¹⁶.

De conseguinte, a iliceidade é contrariedade à norma e, ao mesmo tempo, lesão de bens ou de interesses juridicamente protegidos¹⁷.

Diferentemente, observa HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, reportando-se a MAX ERNEST MAYER, “essa definição é todavia, puramente nominal e tautológica, pouco adiantando do conceito que se busca estabelecer. Por esse motivo tem sido apreciável a elaboração doutrinária no sentido de oferecer mais firme conceituação da antijuridicidade”¹⁸.

Por sua vez, FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO diz que “a afirmação de que a ilicitude (ou antijuridicidade) é relação de contrariedade entre uma conduta humana e o direito, embora verdadeira, não basta para satisfazer nossa curiosidade, por sugerir outra questão mais complicada, qual seja a de saber quando uma conduta humana contrária o direito ou a norma jurídica”¹⁹.

Segue explicando JAIR LEONARDO LOPES que muitos doutrinadores sustentam que a conduta é contrária ao direito quando lesa ou expõe a perigo um bem ou valor protegido pela norma jurídica.

Contudo, citado autor sustenta que a ilicitude, para efeitos penais, não se baseia apenas na lesão ao bem jurídico ou sua exposição a perigo. E, continua afirmando, pode haver lesão ao bem jurídico ou sua exposição a perigo e a conduta não ser antijurídica. Exemplifica expressando o homicídio cometido em legítima defesa. Conclui, deste modo, que a ilicitude não se confunde com a lesão ao bem jurídico ou a sua exposição a perigo.

2 - Antijuridicidade e injusto penal

A antijuridicidade e o injusto costumam ser empregados na mesma acepção. Entretanto, conforme leciona HANS WELZEL, aquela é um predicado, e este um substantivo. A antijuridicidade é unitária, dizendo respeito a todo o ordenamento jurídico, ao passo que o injusto é a forma de conduta antijurídica mesma, existindo, pois, um injusto penal específico, do mesmo modo que há um injusto civil ou administrativo específico²⁰.

¹⁶ AMERICANO, Odin Indiano do Brasil. *Manual de direito penal*, São Paulo: Saraiva, 1985, p. 106.

¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 106.

¹⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio *apud* LOPES, Jair Leonardo. Curso de direito penal: parte geral, 2ª ed. ver., ampl. e atual, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p.136.

¹⁹ TOLEDO, Francisco de Assis *apud* LOPES, Jair Leonardo, *op. cit.*, p. 136.

²⁰ TUBENCHLAK, James, *op. cit.*, p. 39.

Nélson Hungria e Heleno C. Fragoso assim distinguem a antijuridicidade e o injusto. “Antijuridicidade é a relação contraditória entre o fato típico e a norma. (...) Injusto é a conduta ilícita em si mesma considerada. A antijuridicidade é unitária para todo o ordenamento jurídico e não pode ser maior ou menor. O que é antijurídico no campo do direito penal será também em outros setores do direito. O injusto é suscetível de ser mais ou menos grave”²¹.

Luiz Regis Prado esclarece que a antijuridicidade é um predicado, um estímulo de determinadas formas de ação/omissão. O injusto é a própria ação valorada como ilícita. Ela teria aspecto substantivo. O conceito de injusto engloba ação típica e ilícita²².

3 - Tipicidade e antijuridicidade

Há autores que sustentam que o tipo é *ratio essendi* do injusto, logo desapareceria a antijuridicidade e não a tipicidade quando ocorresse um motivo de justificação. Na realização típica somente algumas ações são antijurídicas e as demais se qualificam de justificadas, sendo impossível dizer que o tipo é indiciário do injusto.

Para BELING o tipo é a descrição objetiva do crime, e a imagem reitora é desprovida de conteúdo valorativo, não constituindo indício de antijuridicidade. Seria puramente objetivo, descritivo, não existindo elementos subjetivos, o que perdeu o sentido na doutrina moderna.

Segundo o estudo das normas, MAYER considera a tipicidade e a antijuridicidade elementos distintos e relacionados, em virtude de sua antijuridicidade indiciária da tipicidade. A tipicidade não constitui a antijuridicidade, é somente um indicador. Acertada a posição de SAUER, ao considerar que a tipicidade é a antijuridicidade tipificada²³.

Heleno Cláudio Fragoso esclarece que a conduta típica é, em regra, antijurídica, exercendo a tipicidade como indício da antijuridicidade. “Em conseqüência, a análise da antijuridicidade se resume ao exame da ocorrência, na realização da conduta típica, de causas de justificação, que excluam a ilicitude. Daí dizer-se que a teoria da antijuridicidade é, na prática, uma

²¹ HUNGRIA, Nélson e FRAGOSO, Heleno Cláudio, *op. cit.*, p. 580.

²² PRADO, Luiz Regis, *op. cit.*, p. 203.

²³ SAUER *apud* COSTA, Alvaro Mayrink da. *Direito penal- parte geral*, vol. I, tomo II, 6ª ed., rev., ampliada e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, 1998.

teoria conforme ao direito, pois se trata de saber se a conduta está ou não justificada”²⁴.

Essa função indiciária do tipo revela-se plenamente nos chamados tipos fechados, isto é, naqueles tipos que contêm, por completo, a descrição da conduta incriminada. Entretanto, nos tipos abertos, em que são exemplos os crimes culposos e comissivos por omissão, essa função desaparece. Nos primeiros, ou seja, nos crimes culposos, comportamento delituoso não está expresso de forma completa, há referência apenas ao resultado. A descrição típica deverá ser complementada com a ação ou omissão contrária ao dever objetivo de cuidado.

Já nos crimes comissivos por omissão, a conduta típica depende de transgressão do dever jurídico de impedir o resultado. As situações de fato de que deflui tal dever estão previstas na lei (art. 13, parágrafo 2º do Código Penal), cabendo ao magistrado averiguar se o sujeito assumiu ou se lhe foi imposta a condição de garante da não superveniência do resultado, determinando desta forma a conduta típica.

Outra hipótese de tipo aberto é a daqueles que se faz referência à ilicitude, com o emprego de expressões como “indevidamente” (arts. 151, 151, parágrafo 1º, II, 162 do Código Penal); “sem justa causa” (arts. 153, 154 do Código Penal); “sem permissão legal” (artigo 292 do Código Penal). “A conduta típica depende aqui da transgressão de normas a que a incriminação do fato se refere e que devem ser necessariamente consideradas pelo juiz para estabelecer a tipicidade do comportamento do agente”²⁵.

Comprova-se desta exposição a verdadeira distinção que se pode traçar entre a tipicidade e a antijuridicidade, para fixar que a segunda não pode ser integrante necessária da primeira, como pretendem os defensores da antijuridicidade formal, pois é provável que haja causas de justificação que impeçam o reconhecimento da antijuridicidade, sem óbices ao reconhecimento da existência do fato típico²⁶.

²⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio, op. cit., p. 182.

²⁵ *Idem*, *ibidem*, p. 183.

²⁶ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes de mera conduta*, 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975, p.86.

4 - Natureza

4.1. - Antijuridicidade formal e material

A doutrina consagra, em geral, dois aspectos da antijuridicidade.

Para aníbal bruno a antijuridicidade formal se define como contrariedade a norma de Direito. Segundo ele, ao lado desta há a antijuridicidade material ou substancial que não é a simples contradição do fato e a norma, mas o contraste entre o fato e as condições existenciais da sociedade, as condições de estabilidade e persistência da vida associada, condições que tuteladas pelo Direito se constituem em bens jurídicos.²⁷

E, continua, “a chamada antijuridicidade material deve atender o legislador para que o ilícito formulado nas leis corresponda à realidade das exigências sociais. Ela é que lhe traça os limites dentro dos quais deve manter-se na definição dos fatos puníveis. Só devem ser declarados passíveis de pena os fatos que violem ou ameacem condições existenciais”²⁸.

Conclui, afirmando que as exigências e interesses fundamentais da comunidade serão elencados pelo Direito através do preceito legislado. Ratifica o autor que não há Direito fora da lei, e disto resulta que o domínio da antijuridicidade material não se identifica estritamente com o do ilícito formal, e, se um se apresenta desconforme o outro, é a este último, isto é, à definição legal que fica subordinado o juiz, podendo apenas recorrer à noção da antijuridicidade material como elemento de interpretação da norma²⁹.

Perfilhando o mesmo entendimento tem-se PIETRO NUVOLONE que conceitua a antijuridicidade formal como a “contrariedade do fato à norma” e antijuridicidade material “no contraste entre o fato e os interesses merecedores de tutela jurídica em determinada comunidade”³⁰.

MAURACH ensinou “que a injuricidade formal está na ação típica, e que a injuricidade material está nessa mesma ação típica, porém não coberta por uma causa de justificação”³¹.

²⁷ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, parte geral, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 356.

²⁸ *Idem*, *ibidem*, p. 357-8.

²⁹ *Idem*, *ibidem*, p. 358.

³⁰ NUVOLONE, Pietro. *O sistema do direito penal*, volume 1º (tradução de Ada Pellegrini Grinover), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981, p.116. Nesse sentido: JORGE, William Wanderley, *Curso de Direito Penal – parte geral*, vol. I, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.274; MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 134.

³¹ MAURACH *apud* TUBENHLAK, James. *Teoria do Crime: o estudo do crime através de suas divisões*, Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 48.

A mesma posição toma WELZEL, ao considerar que a ação típica de uma norma de proibição é sempre contrária ao direito, pois a ordem jurídica se compõe de normas de ordem e de proibição e de consentimento, “a injuricidade é, assim, a relação de contrariedade entre a realização do tipo e o ordenamento jurídico como um todo, não apenas entre a realização típica e uma norma isolada”³².

James Tubenchlak discorda frontalmente das concepções supra mencionadas, por achar que é “demasiado sutil dizer-se que um fato praticado em legítima defesa contraria a norma, não o direito; é injurídico formalmente, mas materialmente jurídico”³³.

Luiz Regis Prado sintetiza os conceitos de antijuridicidade formal e material, expressando que a primeira é a “contradição entre o comportamento do agente e a norma penal, sendo formalmente antijurídica em virtude do indício fundamentador da ação típica”; e que a segunda, surge “em decorrência da transgressão da norma, acabando por lesar ou pôr em perigo bens jurídicos por ela protegidos. Aliás, afirma que o conteúdo material, na verdade, inexistente, correspondendo em um dado constitutivo do fato típico, sob o ângulo de ofensa a bens jurídicos”³⁴.

Soma-se a este entendimento, o de FRANCISCO MUÑOZ CONDE para quem “a essência da antijuridicidade é a ofensa a um bem jurídico protegido pela norma que se torna infringida com a realização da ação. Na medida em que não ocorra essa ofensa ao bem jurídico não se poderá falar de antijuridicidade, por mais que aparente ou formalmente exista uma contradição entre a norma e a ação”³⁵.

A antijuridicidade material também é formal. A relação da antijuridicidade formal e material não existem separados, mas sinteticamente. Esta é a opinião de EVERARDO DA CUNHA LUNA, que diferencia o dano material e a lesão jurídica, que é conteúdo da antijuridicidade, pois o “dano material incide sobre o bem jurídico, a lesão jurídica incide sobre a relação entre o bem jurídico e o titular do direito. (...) O dano material, que incide sobre o bem jurídico, pode estar presente na ação antijurídica, na ação justificada, na ação deficiente e até no fato que nem sequer constitui ação. Pertence ao tipo, no sentido da teoria geral do direito; ao tipo penal, porém, só pertence se estiver ínsito na lesão jurídica”³⁶.

³² WELZEL *apud* TUBENCHLAK, James, *op. cit.*, p. 48.

³³ TUBENCHLAK, James, *op. cit.*, p. 48.

³⁴ PRADO, Luiz Regis, *op. cit.*, p. 202-3.

³⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, *op. cit.*, p. 87.

³⁶ LUNA, Everaldo da Cunha, *op. cit.*, p. 116-7.

Inovando os conceitos aparecem Nélson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso, para quem o tipo de injusto, que constitui indício da antijuridicidade, reflete o tipo de conduta proibida ou imposta sob ameaça de pena. Deste modo, a ação típica será antijurídica se não se apresentar causa de justificação. “Pode-se dizer que a realização da conduta que corresponde ao tipo de injusto constitui antijuridicidade formal. Materialmente antijurídica é a conduta típica que não está coberta por causa de exclusão da ilicitude”³⁷.

Giuseppe Bettiol baseado numa concepção teleológica da antijuridicidade apresenta uma noção unitária de antijuridicidade formal e material. Esclarecendo que a teoria da antijuridicidade foi impulsionada por M.E.MAYER com a teoria das normas de cultura, pela qual um fato deve ser considerado antijurídico apenas enquanto contraste com as concepções éticas, sociais, políticas dominantes. Por conseguintemente, um fato, embora típico, se ajustado às exigências peculiares de uma norma de cultura, não se pode afirmar que seja antijurídico. Todavia, a teoria das normas de cultura, na opinião do citado doutrinador, não deve ser invocada na matéria referente a antijuridicidade como elemento do crime, e sim no relativo às fontes substanciais do direito penal. Não servem elas de conteúdo da antijuridicidade material mas apenas de critério para a interpretação³⁸.

“Concluindo”, diz o autor, “poder-se-á dizer que a contraposição entre antijuridicidade formal e antijuridicidade material não tem uma suficiente razão para ser mantida viva, porque é antijurídico apenas aquele fato que pode ser julgado lesivo de um bem jurídico”³⁹. Como apanágio desta idéia pode-se aferir uma síntese da concepção formal e da concepção substancial que se reveste de caráter unitário.

4.2. - Antijuridicidade objetiva e subjetiva

A doutrina objetiva da antijuridicidade foi a dominante, na Alemanha, desde JHERING, ensejando a ilicitude objetiva: “o motivo peremptório da lei penal não reside na imoralidade subjetiva do açambarcador, mas no perigo objetivo que o fato constitua para a sociedade”⁴⁰.

³⁷ HUNGRIA, Nélson e FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*, vol. I, tomo II, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 583. Corroborando esse entendimento: PRADO, Luiz Regis, *op. cit.*, p. 203.

³⁸ BETTIOL, Giuseppe, *op. cit.*, p. 381.

³⁹ *Idem, ibidem*, p. 382.

⁴⁰ JHERING, Rudolf von *apud* LUNA, Everaldo da Cunha, *op. cit.*, p. 118.

Deste modo, a antijuridicidade é objetiva, segundo os autores de língua alemã e de língua ibérica, consistindo num juízo sobre a ação enquanto externo fazer. Exigem que haja ação em seus momentos interno e externo, mas afirmam que o juízo sobre o interno querer refere-se à culpabilidade e não à antijuridicidade.

Neste sentido, na primeira fase, o juízo de antijuridicidade incide sobre o fazer externo da ação apenas animado pela vontade existencialmente considerada, incidindo sobre o conteúdo da vontade o juízo de culpabilidade.

Na segunda fase do pensamento, o juízo de antijuridicidade tem, como objeto, a ação em seus momentos de fazer e de querer, objetivo e subjetivo, mas a antijuridicidade, como juízo, é objetiva, e o juízo de culpabilidade, transcendendo o querer constitutivo da ação, é representado pela consciência da antijuridicidade. A primeira fase pertence ao pensamento penalista clássico alemão, e a segunda, ao pensamento penalista finalista.

Em síntese, a teoria subjetiva ressalta que o comando da lei só é dirigido às pessoas imputáveis, pois só elas podem assimilar as ordens e proibições contidas na norma jurídica. O erro dessa doutrina é fundir no mesmo momento os juízos da antijuridicidade e da culpabilidade, confundindo uma com a outra⁴¹.

Já para a teoria objetiva, a antijuridicidade consiste no juízo de valoração acerca da lesividade do fato praticado, que se mostra contrário ao direito. O caráter pessoal do acusado, ou seja, a sua qualidade de inimputável, não influi na antijuridicidade. Inegável o caráter objetivo da antijuridicidade. Esta subsiste independentemente da culpabilidade. O juízo de culpabilidade é posterior ao da antijuridicidade. Não há culpabilidade sem antijuridicidade, da mesma forma que não há antijuridicidade penal sem tipicidade (a recíproca não é verdadeira)⁴².

Entretanto, certos penalistas consideram que para ocorrer as excludentes de ilicitude, deve existir o requisito subjetivo da justificativa, consistente na consciência do agir conforme o direito, não podem negar que, dentro do juízo da antijuridicidade, há um componente subjetivo, enfraquecendo o caráter objetivo da antijuridicidade⁴³.

⁴¹ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de, *op. cit.*, p. 236.

⁴² *Idem, ibidem*, p. 236.

⁴³ *Idem, ibidem*, p. 237.

4.3. - Antijuridicidade genérica e específica

Antijuridicidade genérica é a que se situa fora do tipo legal incriminador. Neste caso, o dolo é natural, não havendo necessidade, para a sua caracterização, de estender-se à ilicitude do fato⁴⁴.

Por outro lado, a antijuridicidade específica ocorre quando o tipo penal contém elementos referentes à ilicitude da conduta. Exemplo: arts.151 (“indevidamente”), 153 e 154 (“sem justa causa”), 345 (“salvo quando a lei permite”) etc. Nesses casos, tipicidade e antijuridicidade fundem-se num único juízo, porquanto a ilicitude antecipa a sua posição para situar-se no interior do tipo legal.

É certo que a denominada antijuridicidade específica, na verdade, constitui elemento normativo do tipo.

Parte da doutrina assevera que a injuridicidade é geral, não se podendo prever a injuricidade especial, de uma injuricidade penal: o direito penal é sanção, dizem os seguidores de ROUSSEAU. A posição oposta alega a realidade ontológica da injuricidade penal, com o apoio de HEGEL.

As duas linhas de pensamento não tratam do cerne da questão. O direito penal é sancionador e constitutivo, como constitutivos e sancionadores são todos os ramos do direito. Mas, as normas penais, têm aspecto que as distingue e caráter comum: são normas jurídicas, têm uma só substância. O jurídico é o geral, e o penal, o especial⁴⁵

Giuseppe Bettiol considera que esta classificação é inócua, não encontrando mais o seu significado de ser, servindo apenas como referência histórica⁴⁶.

5 - Conclusão

O ordenamento jurídico se configura pela reunião sistemática de normas jurídicas coercitivas, que poderão conter conteúdo proibitivo ou permissivo, que visam a preservar a paz social e a consecução dos objetos sociais.. O conteúdo de citadas normas é estipulado com intuito de proteção dos bens considerados relevantes em dada sociedade.

O crime, por sua vez, é a violação ou o perigo de lesão a um bem

⁴⁴ *Idem, ibidem*, p. 237.

⁴⁵ TUBENCHLAK, James., *op. cit.*, p. 50.

⁴⁶ BETTIOL, Giuseppe, *op. cit.*, p. 382.

jurídico penalmente tutelado, não haverá infração penal sem a conduta humana, importante para o Direito Penal, que esteja em contraste com a ordem jurídica.

A antijuridicidade, sendo uma das facetas do crime, representa a inadequação de um ato comissivo ou omissivo à descrição típica da norma penal incriminadora, ou seja, reflete o contraste da conduta realizada pelo agente e o comando da ordem jurídica, sendo a ilicitude da ação ou omissão o traço fundamental do delito.

O crime tem sua existência condicionada a um juízo normativo, por consequência a tipificação de tal conduta é corolário dos princípios do Estado de Direito: o sujeito só poderá ser punido mediante a prática de ato considerado crime em lei formal. Logo, a adequação típica é o primeiro momento da qualificação jurídico-penal do fato, a próxima fase que sucede é a conformidade ou antagonismo com a ordem jurídica.

A ilicitude determina a contrariedade do comportamento humano frente a ordem jurídica vigente em certo momento e em determinado espaço territorial.

6 - REFERÊNCIAS

- AMERICANO, Odin Indiano do Brasil. *Manual de direito penal*, São Paulo: Saraiva, 1985.
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*, tradução de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, parte geral, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- COSTA, Alvaro Mayrink da. *Direito penal- parte geral*, vol. I, tomo II, 6ª ed., rev., ampliada e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal: parte geral*, 2ª ed. ver., ampl. e atual, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*, 1ª ed, rev. por Fernando Fragoso, Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- HUNGRIA, Nélson e FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*, vol. I, tomo II, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- JORGE, William Wanderley, *Curso de Direito Penal – parte geral*, vol. I, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- LUNA, Everaldo da Cunha. *Estrutura Jurídica do Crime e outros estudos*, 3ª ed., Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 1970.
- LYRA FILHO, Roberto e CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Compêndio*

- de direito penal*, São Paulo, Bushtsky, 1972.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*, volume II, 1ª ed. e atualizada, Campinas: Bookseller, 1997.
- MARTINS, José Salgado. *Direito Penal- Introdução e Parte Geral*, São Paulo: Saraiva, 1974.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*, tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.
- NUVOLONE, Pietro. *O sistema do direito penal*, volume 1º (tradução de Ada Pellegrini Grinover), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes de mera conduta*, 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Dos estados de necessidade*, São Paulo: José Bushatsky, 1971.
- TUBENCHLAK, James. *Teoria do crime: o estudo do crime através de suas divisões*, Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Reforma Penal*, São Paulo: Saraiva, 1985.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal – Parte General*, 2ª ed., Buenos Aires: Ediar, 1975.