

# A importância da conceituação da antijuridicidade para a compreensão da essência do crime

CLÁUDIO ROBERTO C. B. BRANDÃO

## SUMÁRIO

1. Da antijuridicidade. 2. Conceituação de Mezger. 3. Conceituação de Beling. 4. Conceituação de Welzel. 5. Conceituação de Maurach. 6. Conceituação de Antolisei. 7. Conceituação de Battaglini. 8. Conceituação de Bettioli. 9. Conceituação de Petrocelli. 10. Conceituação de Bruno. 11. Conceituação de Hungria. 12. Conceituação de Reale Júnior. 13. A conceituação de Everardo Luna. 14. A antijuridicidade objetiva. 15. A antijuridicidade subjetiva. 16. A antijuridicidade formal e material.

## 1. Da antijuridicidade

A antijuridicidade também é denominada de injuridicidade ou ilicitude. Pode ser definida como a relação de contrariedade do fato do homem com o Direito. Como salta aos olhos, essa relação não existe no mundo fenomênico dos fatos, por isso ela é uma categoria lógica, uma criação da mente humana. A importância dessa relação é tamanha que, sem ela, a conduta do homem sequer chega a ser considerada criminosa, por isso ela é a categoria lógica *mais importante do Direito Penal*. Ela traduz a essência do crime. Considerá-la como um elemento do mesmo é um erro e uma tautologia. Erro porque é a essência; tautologia porque, sendo um crime um fato jurídico, seus elementos têm de ser, necessariamente, jurídicos<sup>1</sup>.

Faz prova de ser a antijuridicidade a essência do crime o fato de todos os elementos do crime só adquirirem significação jurídico-penal à luz da antijuridicidade. A culpabilidade

---

(As citações em italiano foram traduzidas pelo autor para facilitar a leitura do texto).

<sup>1</sup> LUNA, Everardo da Cunha. *Estrutura Jurídica do Crime*. 4 ed. São Paulo : Saraiva. 1994. p. 49.

a partir da doutrina de Welzel, qual seja, a Teoria Finalista, é a consciência da antijuridicidade; a ação humana só se transmutará em *injusto* à luz do juízo de valor que a torna contrária às exigências do Direito; a tipicidade – que de início foi considerada por seu criador (Ernst von Beling) como indício da antijuridicidade – evoluiu para ser a *ratio cognoscendi* da antijuridicidade.

*O crime é uma violação a uma proibição legal, definida em lei, sob ameaça de uma pena. A antijuridicidade traduz-se nessa proibição. Ela é um juízo de valor negativo ou desvalor, que atribui ao fato do homem a qualidade de ser contrário ao Direito, dando à ação o caráter não-querido pelo Ordenamento Jurídico.*

A antijuridicidade é uma inferência feita pelo julgador, que encerra um juízo de valor, o qual expressa dois significados: 1º) Que a ação humana foi contrária às exigências do Direito; 2º) Que o agente não poderia omitir-se de praticar esta ação. Ocorre que, por ser a antijuridicidade puro juízo de valor, não pode ser regulada pelo Direito. Como sabido, o Direito regula condutas, não juízos. Se não é regulada pelo Direito, a antijuridicidade nunca pode ser elemento do crime. É, enfatizamos, sua essência.

Agora vem-nos o questionamento: como o julgador fará o juízo de contrariedade ao Direito? Fá-lo-á livremente, ou fá-lo-á *vinculadamente*?

O juiz utilizar-se-á, primeiramente, da relação de adequação da ação com a norma, ou seja, deve utilizar-se da tipicidade. Nesses termos, como dito, a tipicidade é a *ratio cognoscendi* da antijuridicidade. Em segundo lugar, deve o juiz analisar se o conteúdo proibitório da norma penal deve ser afastado, por estar a ação abrangida por uma causa que exclua a antijuridicidade. Daí se conclui que o juízo de antijuridicidade é feito vinculadamente, tendo como base o tipo penal.

Quando o julgador reconhece que a ação humana não poderia ser omitida, ela passa a ser uma ação *justificada*, ou seja, conforme às exigências do Direito, e por isso reveste-se de juridicidade. Desse modo, a ação humana abrangida pelas causas de justificação (excluentes de ilicitude) não é simplesmente uma ação tolerada pelo Direito, mas uma ação querida pelo Direito.

Por fim, trazemos à baila a consideração de Bettiol. Ele acentua que são os valores que dão conteúdo e motivação às figuras singulares do

crime e, apesar de considerar a antijuridicidade como elemento do crime, reconhece que

“entre os elementos constitutivos do crime não há outro que dê tamanha tonalidade e relevo à matéria quanto a contradição do fato com as exigências do Direito, vale dizer, esse choque entre o fato e a norma”<sup>2</sup>.

## 2. Conceituação de Mezger

Os autores alemães deram uma significativa contribuição para a compreensão da antijuridicidade. Os principais expoentes da doutrina da antijuridicidade tedesca são Edmund Mezger, Ernst von Beling, Hans Welzel e Reinhart Maurach.

Mezger afirma que a antijuridicidade é um juízo sobre a ação, pelo qual a questão da ação adquire uma determinação jurídico-normativa:

“O juízo, que a ação contrasta com o ordenamento jurídico e com a norma legal, caracteriza qualitativamente a ação como ‘ilícita’ ou na verdade ‘antijurídica’”<sup>3</sup>.

Salienta ainda que, no Direito Penal, uma ação é vedada ou permitida, não havendo meio termo. Por isso a ação é lícita ou ilícita, não há a ação antijuridicamente indiferente<sup>4</sup>.

Considera o Professor de Direito Penal da Universidade da Baviera a antijuridicidade como uma ofensa objetiva ao Direito, posto que o juízo de ilicitude reveste a ação como um todo, mas recai especialmente sobre o seu elemento constitutivo essencial: a exteriorização da manifestação da vontade.

## 3. Conceituação de Beling

Beling entende que a antijuridicidade não comporta divisões. Quando uma ação é antijurídica, ela o é em todos os ramos do Direito; porém quando ela extrapola certos limites objetivamente previstos na lei, estará sujeita a uma sanção penal. Não há que se falar, pois, em uma antijuridicidade administrativa, civil,

<sup>2</sup> BETTIOL, Giuseppe. *Diritto Penal*. Tradução de Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo : Revista dos Tribunais. 1977. p. 358-359.

<sup>3</sup> MEZGER, Edmund. *Diritto Penale*. Tradução italiana de Filippo Mandalari. Padova : CEDAM, 1935. p. 182.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 181-182.

tributária, penal, etc., visto que ela é uma só para todo o Ordenamento.

A antijuridicidade da conduta, para o professor da Universidade de Munique, é o pressuposto geral da sanção penal. Quando uma conduta não entra em contradição com o Ordenamento Jurídico, *não há que se falar em ação punível na esfera penal, ainda quando contradiga um Ordenamento estranho, como a moral ou os costumes, ou, ainda, quando ocorram delitos putativos ou delitos imaginários.*<sup>5</sup>

#### 4. Conceituação de Welzel

Welzel define a antijuridicidade como “el desacuerdo de la acción con las exigencias que impone el derecho que se realizan en la vida social”<sup>6</sup>. A ação é constituída de uma unidade de elementos objetivos e subjetivos; o elemento objetivo é a modificação no mundo exterior e o subjetivo consiste no psiquismo do agente.

Para o professor da Universidade de Bonn e criador da doutrina finalista da ação, a antijuridicidade é um juízo de valor objetivo, feito sobre o substrato exterior da ação, qual seja, a modificação no mundo exterior. Esse juízo se realiza tendo como base uma escala geral, a saber: o Ordenamento Social-Jurídico.

Sintetiza o Mestre de Bonn:

“frecuentemente se denomina como un ‘juicio de valor’ negativo o ‘juicio de desvalor’ del derecho sobre la acción, en lo que se debe tener siempre presente el gráfico del término, ya que la antijuridicidad no es, naturalmente, un mero juicio de disvalor, sino una característica de disvalor de la acción. Por ello, la antijuridicidad es un juicio de valor ‘objetivo’”<sup>7</sup>.

#### 5. Conceituação de Maurach

Maurach inova a teoria da antijuridicidade em seu *Tratado de Direito Penal*. Afirma que, apesar de aparentemente paradoxal, a teoria da antijuridicidade é a teoria do jurídico e não do

<sup>5</sup> BELING, Ernst von. *Esquema de Derecho Penal*. Tradução castelhana de Sebastián Soler. Buenos Aires : Depalma, 1944. p. 21-22.

<sup>6</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal: parte general*. Tradução castelhana de Carlos Fontan Balestra. Buenos Aires : Depalma, 1956. p. 57.

<sup>7</sup> Ibidem, p. 57.

antijurídico. Isso se dá porque a função da antijuridicidade é revelar quais ações estão acobertadas pelas causas de justificação. Assim

“la teoría de la antijuridicidad es, en la práctica, una teoría de lo conforme al derecho, a saber, la presentación de aquellas conductas que, apesar del cumplimiento del tipo, son, en caso particular, no antijurídicas, y por lo tanto irrelevantes para el Derecho Penal.”<sup>8</sup>

Para o professor da Universidade de Munique, a ilicitude se limita à caracterização negativa do ato humano. Com a tipificação da conduta, esse juízo provisoriamente se instala e torna-se definitivo se não for acobertado por uma causa justificante.

#### 6. Conceituação de Antolisei

A “Escola Italiana” é indubitavelmente a que, em toda a história do Direito Penal, maior contribuição deu ao desenvolvimento da doutrina sobre a antijuridicidade. A primeira tese exclusivamente sobre antijuridicidade, e – podemos afirmar sem temor – até hoje insuperada, foi a de Bagio Petrocelli. Também doutrinam com maestria sobre o tema Giuseppe Bettiol, Francesco Antolisei, Giulio Battagline.

Antolisei considera a antijuridicidade como a contradição, o contraste da conduta com um preceito do Ordenamento Jurídico. Diz, com muita precisão, que a antijuridicidade não é um elemento do crime, pois é a essência mesma, o crime em si. Como o crime é uma infração a uma norma penal, essa relação de contradição exaure sua essência.

Com relação à essência da antijuridicidade, esta traduz-se em um juízo, mais precisamente um juízo de relação. É um juízo sobre a ação humana, para reconhecer o fato como contrário a um preceito do Direito. Tal juízo é efetuado pelo juiz, que é o intérprete do Ordenamento, o qual considera o fato como contrário aos fins do Estado, reproduzindo

“em si a valoração do ordenamento jurídico, o qual, ao proibir um fato, reveste-o da reprovação, considerando-o como contrário aos fins do Estado.”<sup>9</sup>

<sup>8</sup> MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Tradução de Juan Cordoba Roda. Barcelona : Ariel, 1962. p. 347.

<sup>9</sup> ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale: parte generale*. Milão : Giuffrè, 1947. p. 95-96.

O professor de Direito penal da Universidade do Torino não admite que a antijuridicidade seja objetiva ou subjetiva, é simplesmente a relação de contradição do fato unitariamente considerado, pois

“A antijuridicidade, como caráter essencial ao crime, é imanente a ele: investe-o na sua totalidade, isto é, em todos os fatores que o constituem.”<sup>10</sup>

## 7. Conceituação de Battaglini

Battaglini acentua que a antijuridicidade existe em todos os ramos do Direito, pois todos apresentam contradição do fato com a norma, sendo correto falar-se em antijuridicidade penal, administrativa, civil, etc. O crime é constituído do ilícito penal, não interessando a este ramo do Direito os outros ilícitos.

Quanto à natureza da antijuridicidade, diz o professor da Universidade de Pavia que esta “não pode ser elemento (e nem mesmo característica) do crime porque... é o crime mesmo!”<sup>11</sup> Desse modo, o doutrinador considera a antijuridicidade como o crime em si, a essência mesma do delito.

## 8. Conceituação de Bettiol

Bettiol, em excepcional trabalho, afirma que a antijuridicidade é a violação do fato à norma. O fato viola a norma e a norma reage e reintegra com a pena a lesão ao Ordenamento. Define-a como a “valoração que realiza o juiz acerca do caráter lesivo de uma conduta humana”.<sup>12</sup>

A relação entre fato e valor, que é feita em consonância com a norma, cabe basicamente ao Direito Penal. Fora da esfera dos valores, o Direito Penal perde sua razão de existir e se transforma num instrumento de arbítrio. São precisamente os valores que dão o contorno ao crime e dão o conceito intrínseco da ação humana. É por meio dos valores que o legislador vai atribuir o sentido do justo e do injusto, do certo e do errado. É, destarte, a valoração que leva o legislador a considerar

<sup>10</sup> Ibidem, p. 98.

<sup>11</sup> BATTAGLINE, Giulio. *Diritto Penale*: parte generale. 3. ed. Pádua : CEDAM, 1949. p. 162.

<sup>12</sup> BETTIOL, op. cit., p. 360. Ver também BETTIOL, Giuseppe, MANTOVANI, Luciano Pettoello. *Diritto Penale*. 124. ed. Padova : CEDAM, 1986. p. 325.

determinados fatos como delitos.

Todo problema do Direito Penal adquire sentido quando relacionado à antijuridicidade. Não só o valor tutelado ajuda na compreensão do crime, mas também interfere na compreensão da posição do sujeito passivo na causa, na capacidade de delinquir e na intensidade do dolo. Isto posto, numa visão teleológica do crime, a antijuridicidade é o elemento principal, que dá forma à teoria do delito.

Para o professor da Universidade de Pádua, a antijuridicidade é um elemento do crime,

“mas um elemento diverso daquele naturalístico sobre o qual o crime sempre se lastreia. Ela se resolve num juízo de que um fato é lesivo a um bem jurídico. Essa lesão realmente não tem uma realidade perceptível aos sentidos”<sup>13</sup>. “Todos os elementos do crime são, portanto, polarizados para a antijuridicidade”.<sup>14</sup>

## 9. Conceituação de Petrocelli

Petrocelli, na sua magistral tese *L'antigiuridicità*, define a antijuridicidade como a qualidade do fato de ser contrário ao Direito. Na realidade, como os fatos advindos dos animais e das forças da natureza modernamente estão excluídos do Direito Penal, só o fato do homem, decorrido da manifestação da vontade humana, pode contrariar o Direito.

Porque o Direito manifesta a sua vontade mediante as normas, a antijuridicidade é a violação dessas normas. Toda norma tutela um interesse e impõe um dever. A ação humana, destarte, contraria o dever imposto e o interesse tutelado. Com relação à contrariedade do interesse juridicamente protegido, a antijuridicidade é formal e material; com relação à contrariedade do dever imposto ao homem, é objetiva e subjetiva.

A ação antijurídica viola a norma. É certo que não viola a letra da norma, a qual continua intacta, mas toda norma é dotada de uma autoridade e de uma força ideal que junte o homem a se comportar conforme o que é regulado por ela. É esta autoridade e força ideal que é violada pela ação, qualificando-a de antijurídica, posto que

<sup>13</sup> BETTIOL, op. cit. p. 364. BETTIOL, MANTOVANI, op. cit. p. 328-329.

<sup>14</sup> BETTIOL, op. cit. p. 361. BETTIOL, MANTOVANI, op. cit. p. 326.

“A respeito da abstrata validade jurídico-positiva, na verdade, há uma autoridade e força ideal da lei, elemento indivisível e potente de sua validade e eficácia, que a infração indubitavelmente golpeia”.<sup>15</sup>

Isto se dá vez que o ato vai diretamente de encontro ao imperativo da norma, violando, como dito, uma obrigação jurídica e agredindo o interesse tutelado. Por isso se define pura e simplesmente a antijuridicidade como a contradição da conduta humana com a norma do Direito.

Para o professor da Universidade de Nápoles, a antijuridicidade é um elemento do crime, e não se deve confundir esse elemento com o fato antijurídico, o qual é o crime em si. O fato antijurídico é composto da antijuridicidade, da culpabilidade e do fato, enquanto a antijuridicidade, abstratamente considerada, é uma relação de contradição. Não pode ser considerada como o crime em si, *posto que* versa

“apenas sobre parte do crime, bem se pode definir, sobre esse aspecto, a característica que o fato assume quando reúne em si todos os coeficientes aptos a produzir o contraste com a norma e os efeitos jurídicos desta estabilidade.”<sup>16</sup>

## 10. Conceituação de Bruno

Dos autores brasileiros que mais se destacaram no estudo da antijuridicidade, selecionamos os conceitos de Everardo da Cunha Luna, Miguel Reale Júnior, Aníbal Bruno e Nelson Hungria. Everardo Luna foi um dos autores nacionais que mais se debruçou no estudo do problema, posto que trata dele em sua *Estrutura Jurídica do Crime* – que é citado por Bettiol e Mantovani – e em seus trabalhos *Injuridicidade e Antijuridicidade*. Reale Júnior escreveu sua tese de livre-docência sobre o tema, com o título de *Antijuridicidade Concreta*; esta também citada por Bettiol. Bruno e Hungria trataram do tema em seus *Direito Penal e Comentários ao Código Penal*, respectivamente.

Bruno considera a antijuridicidade como elemento do crime. O crime é formado pela

antijuridicidade e a tipicidade, e é punível quando se reveste da culpabilidade. Define o Catedrático da Faculdade de Direito do Recife a antijuridicidade de um fato como

“esse contraste em ele se apresentar em relação às exigências da ordem jurídica, ou mais propriamente esse contraste entre o fato e a norma.”<sup>17</sup>

A antijuridicidade é uma categoria comum a todos os ramos do Direito, não sendo exclusiva do Direito Penal. Não há que se falar, destarte, em uma antijuridicidade penal, mas é possível falar-se em ilícito penal. Esse ilícito é a ação antijurídica revestida da tipicidade.

A antijuridicidade como a contradição do fato do homem e da norma do Direito é a antijuridicidade formal. Mas, em que pese a existência da antijuridicidade formal, com um exame mais apurado, como a norma jurídica tutela um interesse, materialmente a antijuridicidade é a contradição do fato com o interesse protegido pela norma. Essa contradição exprime a anti-socialidade da ação.

A antijuridicidade formal transcende o Direito. Ela preexiste a ele, devendo o legislador atender à formalização da antijuridicidade material a fim de que o Direito Penal corresponda às exigências da sociedade. Sem a mencionada *formalização da antijuridicidade*, não é possível falar-se em existência de delito, por força do princípio *nullum criinen, nulla poena sine lege*.<sup>18</sup>

Bruno conclui seu entendimento afirmando que esse juízo de contradição tem de ser feito no seu aspecto objetivo. *Isto se dá porque a reprobabilidade da ação independe das condições psicológicas do agente, visto que ela é feita a partir da sua realidade objetiva, qual seja, da modificação ocorrida no mundo exterior.*

## 11. Conceituação de Hungria

Hungria considera a antijuridicidade como um elemento do crime. Para ele o crime constitui uma ação a um só tempo típica e antijurídica. Define a ação antijurídica como aquela que está positivamente em contradição com a ordem jurídica, porque a excepcional licitude de uma conduta típica só é encontrada na órbita do Direito positivo.

<sup>15</sup> PETROCELLI, Bagio. *L'antiguiridicità*. 2. reimp. Padova : CEDAM. 1947. p. 14.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>17</sup> BRUNO, Anibal. *Direito Penal*. Rio de Janeiro : Forense, 1956. p. 347.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 348-350.

A antijuridicidade deve sempre ser inferida objetivamente, “isto é, não depende da opinião do agente, nem estão condicionadas a sua capacidade de Direito Penal”.<sup>19</sup> Desse modo, não importa se o fato é cometido por um louco ou uma criança, que tornaria a ação impunível por inimputabilidade, ou se o agente age acobertado com uma causa de isenção de pena; a antijuridicidade do fato sempre subsiste.

Por fim, o Ministro do Supremo Tribunal Federal e revisor do Código Penal de 1940 atribui à antijuridicidade a terminologia de *injuridicidade*, denominação inicialmente aceita por Everardo Luna e Heleno Cláudio Fragoso, mas depois repelida por estes em virtude de estar em desacordo com a maioria da doutrina.

## 12. Conceituação de Reale Júnior

Reale Júnior, em sua obra *Antijuridicidade Concreta*, qualificada por Bettiol, em seu *Diritto Penale* (edição de 1986), como um estudo profundo e moderno, ensina que o Direito é um elemento da cultura. Destarte, o Direito está sujeito à modificação pelo condicionamento social. Os valores que constituem a realidade cultural estão em constante mudança, e é desses valores culturais mutantes que se depreende a noção de uma

“antijuridicidade pré-normativa, ou melhor, de uma antijuridicidade genérica ainda não consubstanciada em preceitos precisos e certos”<sup>20</sup>. “Há, portanto, em cada época, uma antijuridicidade genérica, pré-normativa, parte desta atmosfera que constitui o mundo circunstante, que está presente na consciência jurídica dos indivíduos e que irá presidir e inspirar todo o ordenamento”<sup>21</sup>.

Entretanto, para a segurança das relações jurídicas, é necessária uma normatização desta antijuridicidade genérica. O Direito, com efeito, é fato, norma e valor, e é norma que constitui o momento culminante onde estão em contínua tensão o fato e o valor. A norma se instala devido à razão reflexa, mas não se distancia da

<sup>19</sup> HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 42. ed. Rio de Janeiro : Forense, v. 1, t. 2, p. 22

<sup>20</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. *Antijuridicidade concreta*. São Paulo : Bushatsky,. 1974. p. 2.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 6.

realidade cultural, posto que está voltada para o concreto, tanto no momento de sua criação, como no momento de sua interpretação e aplicação.

A antijuridicidade concreta, ainda não normatizada, é, pois, apenas a antijuridicidade na forma larvar e elementar. É o proibido pré-normativo, que precisa ser regulamentado pelo Direito, visto que a dita normatização é

“a qualidade científica culminante do Direito, que expressa, de forma abstrata, objetivações resultantes da incidência valorativa sobre os dados fáticos”<sup>22</sup>.

Para o Professor da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, o tipo penal não pode ser considerado como mera descrição. Ele está impregnado de conteúdo valorativo, podendo ser considerado a expressão legal da antijuridicidade. Toda ação típica, desse modo, é antijurídica; incidindo as causas de justificação, não há adequação típica, porque o agente não atua com o fim de violar o valor tutelado na norma, mas age com o intuito de resguardar outro valor, o qual também é protegido pelo Direito.

A antijuridicidade, desta feita, é um juízo que não acrescenta nada ao fato que já não lhe seja próprio, porque, antes da positividade do ilícito pela tipicidade, este já traz consigo o caráter de proibido, de injusto.

“Ao juiz cumpre compreender, pelo ângulo e perspectiva do Direito, esse caráter *do fato*, presente em sua realização e que se infere no sentido que o anima, favorável ou contrário a um valor cuja positividade é imposta pelo ordenamento”<sup>23</sup>.

## 13. A conceituação de Everardo Luna

Everardo da Cunha Luna define a antijuridicidade como a “relação de contrariedade entre a ação humana e a norma do Direito”<sup>24</sup>. Relacionar é contrapor um objeto ao outro, sendo, na antijuridicidade, os termos relacionados à ação humana e à norma do Direito. A ação é o fato valorizado, a norma, o fato valorizante.

A ação humana, o primeiro dos termos relacionados, é a unidade dialética entre querer e fazer. A contradição do “fazer” com a norma

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>23</sup> *Ibidem*. Nota de rodapé à página 49.

<sup>24</sup> LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de Direito Penal*. São Paulo : Saraiva, 1995. p. 113.

dá origem à antijuridicidade objetiva; a contradição do “querer” com a norma dá origem à antijuridicidade subjetiva. As concepções objetiva e subjetiva da antijuridicidade, destarte, são decorrentes da ação humana.

A norma jurídica, o segundo dos termos relacionados na definição da antijuridicidade, é a unidade dialética entre preceito e conteúdo. A contradição da ação humana com o preceito da norma origina a antijuridicidade formal; a contradição da ação humana com o conteúdo da norma origina a antijuridicidade material. Assim, as concepções formal e material da antijuridicidade decorrem da norma jurídica.

Para o Catedrático de Direito Penal da Faculdade de Direito do Recife, não existe propriamente uma antijuridicidade formal em contraposição a uma antijuridicidade material, nem uma objetiva em contraposição a uma subjetiva. A antijuridicidade é uma só, havendo, apenas, o aspecto objetivo, subjetivo, formal e material, que coexistem e não se excluem.<sup>25</sup>

A antijuridicidade é um juízo, juízo de contrariedade ao Direito, de valor negativo ou desvalor. Como puro juízo, existe no sentido objetivo do ser e não no sentido material do fato. A antijuridicidade constitui a essência do crime, e esse dito juízo de valor é uma *abstração jurídica*.

#### 14. A antijuridicidade objetiva

A antijuridicidade objetiva tem sua mais remota origem na doutrina da responsabilidade objetiva, ou reponsabilidade sem culpa.

Na responsabilidade objetiva não se considera nenhum outro elemento para a configuração do delito, senão o puro ato de *fazer ou não fazer* do agente. Este agente não precisa ser pessoa humana, pois é sabido historicamente que se puniam coisas e animais que agissem de modo “criminoso”.

*Em síntese, na responsabilidade objetiva só se observa a ocorrência do dano, desprezando-se toda circunstância e elemento de cunho subjetivo, aí incluídos a qualidade do sujeito e a manifestação da vontade na prática do ato.*

A antijuridicidade objetiva é um juízo de valor objetivamente feito, o qual relaciona a ação à norma. É óbvio que não se desprezam

os elementos e circunstâncias de ordem subjetiva; todavia – para esta corrente – as valorações subjetivas interessam a um elemento do crime, qual seja, a culpabilidade.

*A antijuridicidade é, destarte, um juízo onde se depreende uma reprovação da ação, tendo em vista exclusivamente o conteúdo proibitório da norma, definindo-a Mezger “como uma ofensa objetiva à regra de valoração do direito”<sup>26</sup>. Alheia-se, pois, a qualquer valoração de ordem ética ou social, tendo como única e exclusiva referência o Ordenamento Jurídico.*

Resumimos a noção de antijuridicidade *objetiva*, reportando-nos aos precisos argumentos de Petrocelli, que preceituam que a relação de contradição sobre a qual se funda a antijuridicidade tem com seu termo o fato e a norma de direito, *mas esta não subjetivamente como fonte de obrigação. A norma jurídica, por conseguinte, é vista apenas como ordenamento objetivo.*<sup>27</sup>

Entretanto, sabe-se que nem todo elemento subjetivo corresponde somente à *culpabilidade*. Do mesmo modo, nem todo *elemento objetivo* corresponde à antijuridicidade.

A teoria da antijuridicidade objetiva, com efeito, é inconciliável com alguns aspectos da antijuridicidade, que são subjetivos. São denominados de elementos subjetivos do injusto, e podem ser encontrados em vários tipos penais.

Podemos exemplificar este entendimento com a conduta do art. 159 do Código Penal:

“Art. 159. Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate.”

Nesse tipo penal há dois elementos subjetivos.

O primeiro está contido na expressão *para si ou para outrem*. Essa expressão traz uma finalidade da conduta interna do agente, posto que só no âmbito intersubjetivo é que o agente direcionará o produto do crime para um destinatário.

O segundo está na expressão *com o fim de*, porque o objetivo, a finalidade, depende da vontade do agente.

Asúa ensina que os elementos subjetivos do antijuridicidade existem, ainda que não estejam expressamente previstos no tipo, posto que só esse elemento subjetivo é hábil para diferenciar,

<sup>25</sup> Idem. *Injuridicidade*. Recife : UFPE, 1970. p. 158.

<sup>26</sup> MEZGER, op. cit. p. 184.

<sup>27</sup> PETROCELLI, op. cit. p. 35.

por exemplo, “el reconocimiento médico sobre el corpo de una muchacha, de la apalpación impudica del sátiro”.<sup>28</sup>

## 15. A antijuridicidade subjetiva

A antijuridicidade subjetiva apregoa a antijuridicidade como parte da conduta interna do agente. Já não é mais juízo de valor objetivamente feito, porque – para esta corrente – a antijuridicidade confunde-se com a concepção psicológica da culpabilidade.

Essa concepção foi baseada na doutrina de Hegel, vez que este não distingue o direito da moral, sendo o direito apenas uma ordenação ética objetiva. Com efeito, não importa para a configuração da antijuridicidade a exteriorização da conduta, visto que o ato antijurídico torna-se perfeito e acabado com a simples vontade criminosa do agente.

A antijuridicidade subjetiva teve seu ponto culminante na Alemanha, durante o período nazista. Nesta época surgiu a escola penal cognominada Escola de Keil, *que se prestou a dar um subsídio filosófico às atrocidades e arbitrariedades cometidas pela Alemanha hitlerista*.

Doutrinava esta Escola que o Direito Penal era um direito de luta, devendo-se lutar contra a periculosidade criminal, com o fim de extinguí-la. Quem revele periculosidade deve ser sancionado antes de praticar o ato criminoso, pois o ato antijurídico perfaz-se com a vontade de praticá-lo.

Cada indivíduo tem uma parcela de dever para com o povo, e a antijuridicidade é a violação desse dever. Ocorre que esse dever não é captado por todos, mas só por uma seleta minoria de indivíduos, quais sejam, os seus líderes.

Esta vontade de delinquir e, por consequente, de trair o dever para com o povo é originada de bacilos que surgem no corpo do ser humano por conta da vontade de cometer delitos. Surge, pois, a Bacteriologia Criminal.

Modernamente, o festejado penalista italiano Petrocelli doutrina a antijuridicidade subjetiva, porém com fundamentos totalmente diversos dos da Escola de Keil. Para o mestre da Universidade de Napoli, se é da vontade humana que depende a atuação do Direito e o

cumprimento de suas normas, é também da vontade humana que depende o contrário. É, portanto, da manifestação de vontade contrária à ação regulada pelo Direito, com o ato contrário ao querido pelo Direito, que surge o fato antijurídico.

A manifestação de vontade humana viola, não a letra da norma, a qual permanece intacta, mas o comando ideal desta. A norma, portanto, impõe um dever ao sujeito, que é violado, e é nesta violação do dever que surge a antijuridicidade, que é subjetiva.

## 16. A antijuridicidade formal e material

A dicotomia antijuridicidade formal e material foi formulada por Franz von Litz, por influência de Rudolf von Jhering. Para Litz, o Direito tem por objeto a defesa *dos interesses da vida humana*. Os interesses protegidos são os bens jurídicos, os quais não são criados pelo Direito, mas preexistem a ele.

O Direito, pois, existe para proteger os interesses. A maneira de se proteger o multirreferenciado interesse é por meio da coação, encontrada na norma. Tal coação advém do fato de que a ordem jurídica é uma ordem de luta, posto que ela utiliza a força para dobrar a vontade individual ante a vontade coletiva.

São três as formas de coação do Estado: 1ª) Execução coativa ou forçada. 2ª) Restabelecimento das coisas ao estado anterior. 3ª) Pena, como castigo à desobediência.

É na terceira forma que o Direito Penal se manifesta. O Direito Penal tem a missão peculiar de aplicar

“La defensa más enérgica de los interés especialmente dignos y necesitados de protección, por medro de la amenaza y execución de la pena, considerada como un mal contra el delincuente”.<sup>29</sup>

O crime é um ato contrário ao Direito, e a reprovação que recai neste ato é dupla. O crime é formalmente antijurídico e materialmente antijurídico.

É formalmente antijurídico porque é uma transgressão a uma norma estabelecida pelo Direito; é materialmente antijurídico porque é uma conduta contrária à sociedade, violando os interesses vitais desta.

<sup>28</sup> JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Direito Penal*. Buenos Aires : Losada. 1951. t. 2, p. 717.

<sup>29</sup> LIZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal*. Tradução de Luís Jimenez de Asúa. Madrid : Réus, [192-?]. t. 2, p. 9.



A antijuridicidade material, isto é, a anti-socialidade da ação, independe de sua exata apreciação pelo legislador, porque a norma jurídica não cria a anti-socialidade da ação. Na realidade, a tarefa do legislador é apenas a de positivizar o interesse juridicamente protegido<sup>30</sup>.

## Bibliografia

- ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale: parte generale*. Milão : Guiffrè, 1947.
- BATAGLINE, Giulio. *Diritto Penale: parte generale*. 31. ed. Padova : CEDAM, 1949.
- BELING, Ernst von. *Esquema de Derecho Penal*. Traducción Sebastian Soler. Buenos Aires : Depalma, 1944.
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Tradução Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1977.
- \_\_\_\_\_, MANTOVANI, Luciano. *Diritto Penale: parte generale*. 12. ed. Padova : CEDAM, 1986.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Rio de Janeiro : Forense, 1956. t. 1.
- HUNGRIA, Néelson, FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1978. v. 1, t. 2.
- JIMENEZ DE ASÚA, Luís. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires : Losada. 1953. t. 3.
- LIZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción Luís Jimenez de Asúa. Madrid : Réus. [192-?]. t. 3.
- LUNA, Everardo Cunha. *Capítulos de Direito Penal*. São Paulo : Saraiva, 1985.
- \_\_\_\_\_. *Estrutura jurídica do crime*. 44. ed. São Paulo : Saraiva, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Injuridicidade*. Recife : UFPE, 1970.
- MAURACH, Reinhart. *Tratado De Derecho Penal*. Traducción Juan Córdoba Roda. Barcelona : Ariel, 1962.
- MEZGER, Edmund. *Diritto Penale: parte generale*. Traduzione Filippo Mandalari. Padova : CEDAM, 1935.
- PETROCELLI, Bagio. *Lantiguiridicità*. 21. reimpr. Padova : CEDAM, 1947.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Antijuridicidade concreta*. São Paulo : Bushatsky, 1974.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal: parte general*. Traducción Carlos Fontan Balestra. Buenos Aires : Depalma, 1956.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 335-336.

