

ANTI JURIDICIDADE (*)

Heleno Cláudio Fragoso

1. O reconhecimento da antijuridicidade, como característica geral do fato punível, ocorreu em data relativamente recente. Encontramos no direito romano, casos de exclusão da ilicitude, como a legítima defesa e o estado de necessidade, bem como o consentimento do ofendido, nos crimes privados¹, todavia sem a fixação de um princípio geral. A exclusão da ilicitude aparecia confusamente, junto à ausência de culpabilidade e à exclusão de punibilidade, por ausência de *dolus*². Essa situação não se modificou no direito canônico e no direito comum medieval.

A BOHEMERO se deve a primeira clara referência ao requisito da antijuridicidade. Em seu *Elementa iurisprudentiae criminalis*, 1732, definia: *delicta sunt spontaneae actiones vel omissiones legibus contrariae quibus obligatio ad poenam cohaeret*³, afirmando a inexistência de crime quando as ações puníveis fossem de forma excepcional, permitidas⁴. Embora em fins do séc. XVIII a legítima defesa se destacasse do homicídio, penetrando conceitualmente na parte geral, nas exposições doutrinárias e nos códigos, não se atingiu, senão tardiamente, em fins do séc. XIX, a precisa conceituação da antijuridicidade e das causas de sua exclusão.

Entre os tratadistas do século passado, FEUERBACH, por exemplo, incluía como condição necessária do crime a ausência de fundamento jurídico na ação, que a tornasse conforme ao direito⁵. BERNER entendia, na primeira edição de seu famoso tratado, que o crime é ofensa ao direito e inexistente quando há supressão do direito pela vontade do ofendido (consentimento), pela vontade do Estado e pelas situações de estado de necessidade e legítima defesa⁶. PELEGRINO ROSSI incluía a legítima defesa entre as causas que justificam os crimes. Todavia, situava as causas de

¹ MOMMSEN, *Droit Pénal Romain*, trad. Duquesne, 1907, vol. III, p. 405.

² LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, p. 178; VON HIPPEL, *Strafrecht*, vol. II, p. 182.

³ Vol. I, cap. II, §29.

⁴ Vol. II, cap. I, §27 (*in casibus specialiter permissis*). Entendia, porém, BOHEMERO, que a legítima defesa constitui ausência de dolo.

⁵ FEUERBACH, *Lehrbuch*, 14ª edição, §32.

⁶ BERNER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1875, págs. 118 e seguintes. Cf. também a 18ª edição (1898), p. 94, e ainda HÄLSCHNER, *System des preussischen Strafrechts*, vol. I, 1858, p. 231 e SCHÜTZE, *Lehrbuch*, 1874, p. 82.

justificação, junto às causas que excluem os crimes, entendendo que em ambas há legitimidade intrínseca do ato⁷.

CARRARA, embora aceitasse em relação à legítima defesa a idéia da *coação da vontade*, que remonta a PUFFENDORF, ensinava que o fundamento da legitimidade é a cessação do direito de castigar da sociedade, estabelecendo a teoria da defesa pública subsidiária⁸. Todavia, não chegou a formular qualquer sistema no que concerne à antijuridicidade, que mal vislumbrou. A legítima defesa, por exemplo, é estudada no capítulo da *coação*, referente ao grau em relação à vontade do agente, o que significa estudo das causas que afetam a parte subjetiva do crime.

Esses defeitos da doutrina penal do século passado eram, em grande parte, devidos à errônea compreensão da essência do crime, considerado então como ofensa a um direito, bem como à precária formulação da teoria do fato punível.

O desenvolvimento preciso processou-se, ainda uma vez, na doutrina alemã, com a obra de ADOLF MERKEL, sustentando a unidade de todo ilícito, como ofensa ao direito objetivo⁹ e especialmente com a obra de BINDING, que, com sua teoria das normas, entendia que o ilícito é o contrário à norma: *Alles Unrecht ist Normwidrigkeit*. O valor metodológico da teoria de BINDING em tema de antijuridicidade foi notável por conduzir à fixação do entendimento de que antijurídico é o contrário ao direito como norma¹⁰. Todavia, como MERKEL, BINDING afirmava que o ilícito não pode ser objetivo, pois a conduta contrária ao direito só pode ser dolosa ou culposa: não existe um ilícito não culposo¹¹. Contra essa limitação já se opunha JELLINEK, cabendo a VON LISZT, desde a primeira edição de seu *Tratado*, publicada em 1881 destacar a antijuridicidade como característica conceitual objetiva do crime, situando-a destacadamente no sistema¹².

⁷ PELEGRINO ROSSI, *Traité de Droit Pénal*, 1872, vol. II, p. 7.

⁸ CARRARA, *Programma*, §291.

⁹ MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, 1867, vol. I, p. 41; Id., *Lehrbuch*, 1889, p. 23. Opondo-se a HEGEL, que sustentava a existência de três espécies de ilícito, MERKEL afirmava: “Quando contrapomos o ilícito civil ao ilícito penal, não devemos assim supor uma divisão da ação antijurídica, porém, ao invés, uma distinção das conseqüências jurídicas do ilícito.”

¹⁰ HELLMUTH MAYER, *Strafrecht*, p. 102, afirma que a teoria da antijuridicidade surgiu com as *Normas*, de BINDING, BELING, aceitando em sua essência a teoria das normas, identificava a contrariedade à norma (*Normwideigkeit*) com a antijuridicidade (*Rechtswidrigkeit*).

¹¹ BINDING, *Normen*, 1ª ed., 1872, vol. I, p. 135: “Uma ação contrária ao direito, deve ser dolosa ou culposa; só existe ilícito culpável, e não sem culpabilidade. O que se designa por ilícito objetivo é puro caso fortuito.

¹² VON LISZT, *Lehrbuch*, 1881, §22: “Crime é a ação antijurídica, ou mais propriamente, movimento corpóreo voluntário com resultado antijurídico. O resultado deve contradizer à norma.” Para toda a exposição histórica, cf. VON HIPPEL, *Lehrbuch*, vol. II, p. 182.

2. Antijurídico é o contrário do direito. Essa definição é, todavia, puramente nominal e tautológica, pouco adiantando do conceito que se busca estabelecer¹³. Por esse motivo, tem sido apreciável a elaboração doutrinária no sentido de oferecer mais firme conceituação da antijuridicidade.

Devemos assinalar que a expressão *antijuridicidade* tem sido impugnada por alguns autores, que preferem *antijuridicidade*¹⁴. Na Alemanha, os autores empregam a *Rechtswidrigkeit* (antijuridicidade), ao lado da expressão *Unrecht* (ilícito ou injusto), em geral, indiferentemente como sinônimos¹⁵.

Antijuridicidade é valoração sobre o caráter lesivo de um fato. Como diz BETTIOL, a antijuridicidade não é elemento do fato, de natureza sensorial: é um juízo. Não é elemento igual ao fato: é um juízo de valor sobre o fato, em relação às exigências de tutela da norma penal. Trata-se de um juízo de desaprovação do fato perpetrado, sem que, em linha de princípio, esse juízo seja dependente da desaprovação que se refere ao elemento psicológico do crime, ou seja, a culpabilidade¹⁶. Essa é a concepção dominante, que vê a antijuridicidade (em seu aspecto formal), como comportamento que viola a norma penal. WELZEL adverte que a afirmação de que a antijuridicidade é um *juízo de valor* ou um *juízo de desvalor* sobre o comportamento, precisa de uma retificação: a antijuridicidade certamente não é um juízo, mas uma qualidade de desvalor, que o comportamento, por força de sua contradição com a ordem jurídica, possui. O juízo de valor que o juiz realiza, apenas constata essa relação contraditória¹⁷.

A antijuridicidade é, portanto, uma idéia de relação ou de contraste entre o fato e o direito¹⁸.

¹³ M.E. MAYER, *Lehrbuch*, p. 174.

¹⁴ ASÚA, *Tratado*, vol. III, p. 831.

¹⁵ MEZGER, *Studienbuch*, p. 85; ASÚA, *Tratado*, vol. III, p. 829. WELZEL, *Strafrecht*, p. 42, porém, distingue: “A antijuridicidade é uma relação; o ilícito, porém, é algo substancial: o próprio comportamento antijurídico. Antijuridicidade é um predicado; ilícito, um substantivo. Existe um específico ilícito jurídico penal, civil ou administrativo, mas só há uma antijuridicidade. Todas as matérias proibidas nos vários setores do direito são antijurídicas para toda a ordem jurídica”. MEZGER, *Leipziger Kommentar*, p. 10, opondo-se a esse entendimento, afirma que a antijuridicidade não é uma propriedade que ela recebe através de uma valoração. Categoria do *Valor*, e não do *Ser*. Tanto na antijuridicidade como no ilícito, trata-se exclusivamente de uma valoração normativa do objeto, e nesse sentido de uma *relação*, de uma *referência* do objeto à norma que lhe é contraposta. A distinção entre antijuridicidade e ilícito conduz ainda a uma noção intermediária entre antijuridicidade e culpabilidade, o que é supérfluo e errôneo.

¹⁶ BETTIOL, *Dir. Pen.*, p. 242.

¹⁷ WELZEL, *Strafrecht*, p. 48.

¹⁸ PETROCELLI, *L'Antigiuridicità*, p. 96: *L'antigiuridicità esprime una pura ide adi rapporto*. ANIBAL BRUNO, *Dir. Pen.*, p. 347: “A antijuridicidade de um fato é esse contraste em que ele se apresenta, em relação às exigências da ordem jurídica.” DELITALA, *Il fatto*, p. 30: *Rapporto fra una azione umana ed una regola di diritto, e più precisamente un rapporto di contraddizione*. ANTOLISEI, *Manuale*, p. 132.

Essa contrariedade, no entanto, refere-se ao direito como um todo unitário. Não existe uma antijuridicidade exclusivamente penal. Essa conclusão é hoje mais ou menos tranqüila. Surgiu com a obra de MERKEL, seguido por JHERING e JELLINEK. Afirmou ele não ser possível identificar qualquer característica de natureza jurídica, capaz de separar o ilícito penal do ilícito civil, opondo-se, assim, à concepção que se iniciou com HEGEL (*Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, p. 22), sobre a distinção essencial entre o crime e o ilícito civil¹⁹. Esse entendimento parte da afirmação básica relativa à unidade de toda a ordem jurídica²⁰. Como diz MEZGER, a suposta antijuridicidade só penal, contradiz a natureza mesma do direito como ordenação *unitária* de vida. O tipo jurídico-penal não é, portanto, uma espécie do injusto circunscrito à esfera especial do direito punitivo, mas um *injusto* especialmente delimitado e com especiais conseqüências jurídicas, que tanto fora como dentro do âmbito do Direito Penal representa uma contradição com o direito²¹.

Em sentido contrário, BINDING afirmava que a diferença fundamental entre as conseqüências jurídicas do crime e do ilícito penal (pena e reparação do dano), não é conciliável com a unidade do ilícito²². BINDING sustentava a diversidade da antijuridicidade, entendendo que esta é violação do direito subjetivo, havendo, portanto, tantos tipos de ilícito quantos direitos subjetivos²³. A doutrina dominante, porém, reconhece que a ordem jurídica de um Estado é logicamente uma unidade e que todo ilícito é violação a proibições ou mandados que visam à tutela de determinados valores da vida social²⁴.

¹⁹ MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, 1867, vol. I, p. 4 e seguintes. A essência do ilícito não se determina pela eventual conseqüência da ilicitude, mas pela essência do direito (objetivo), em cuja negação aparece. Cf. VON HIPPEL, *Strafrecht*, vol. I, p. 30.

²⁰ H. A. FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit*, 1911, p. 115: Da unidade do conjunto da ordem jurídica, segue-se a unidade da antijuridicidade. Não existe uma espécie particular de ilícito civil. Mesmo o ilícito civil é contrário à norma, e, pois, desobediência à vontade do Estado. Contra HELLMUTH MAYER, *Strafrecht*, p. 49: Evidentemente, da unidade de uma ordem, não se pode deduzir a unidade das partes que a compõem.

²¹ MEZGER, *Tratado*, vol. I, p. 375. Nesse sentido, também MEYER-ALLFELD, *Lehrbuch*, p. 122: “A ordem jurídica é unitária, sendo impossível que um comportamento seja antijurídico para o Direito Penal, quando uma norma extra penal o declara conforme o direito.” WELZEL, *Das neue Bild*, p. 15: A antijuridicidade é, portanto, a contrariedade da realização da conduta típica com a ordem jurídica como um todo.

²² BINDING, *Normen*, vol. II, p. 291.

²³ BINDING, *Normen*, vol. II, p. 299. Contra a *unidade* do antijurídico, HELLMUTH MAYER, *Strafrecht*, p. 45; PETROCELLI, *L'Antigiuridicità*, p. 7; HEGLER, *Die Merkmale des Verbrechens*, ZStW, vol. 36, p. 29, nota 31, e *Frank Festgabe*, p. 274; HOLD V. FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, vol. I, p. 333; vol. II, p. 50; SCHAFFSTEIN, *Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht*, ZStW, vol. 55, p. 26.

²⁴ VON HIPPEL, *Strafrecht*, vol. I, p. 30; MAURACH, *Lehrbuch*, p. 269; SAUER, *Strafrechtslehre*, p. 53; MITTERMAIER, ZStW, vol. 44, p. 7; LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, p. 145, nota 4; BELING, *Esquema (Grundzüge)*, p. 23; MESSINA, *L'antigiuridicità nella teoria del reato*, 1942, p. 164. ANIBAL BRUNO, *Dir. Pen.*, vol. I, p. 347: “A antijuridicidade é, entretanto, um atributo geral, em relação a toda a ordem jurídica, não particular ao direito punitivo.” Admite, todavia, que se fale, como WELZEL, num ilícito penal, civil, administrativo, etc. Da unidade não se segue a relevância penal de toda a antijuridicidade. Cf. ASÚA, *Tratado*, vol. III, p. 845.

3. O mais importante dissídio que se estabelece em tema de antijuridicidade, refere-se ao seu caráter de objetividade, com exclusão, em princípio, de qualquer aspecto subjetivo da ação.

Evidentemente, o problema prende-se à natureza da ordem jurídica. Uma concepção subjetiva do ilícito remonta a MERKEL e deflue, necessariamente, da *teoria dos imperativos*, que se deve a THON, segundo a qual a ordem jurídica é constituída por um complexo de proibições e ordens, que se dirigem aos súditos, correspondendo o ilícito à violação de tais normas²⁵. Essas proibições e ordens dirigem-se à vontade das pessoas imputáveis. Em conseqüência, só se pode reconhecer uma ofensa a essas proibições, ou seja, um ilícito, com referência à vontade, e não relativamente a acontecimentos naturais ou atividades humanas que não podem ser atribuídas à vontade imputável²⁶. A antijuridicidade é, em suma, transgressão a um comando do Estado²⁷. O inimputável não pode praticar ação antijurídica. Não há antijuridicidade sem culpa.

Na Itália surgem muitos valorosos e destacados defensores da concepção subjetivista do ilícito, entre os quais se destaca PETROCELLI. Partindo também do caráter imperativo do direito, este grande mestre ensina que o direito opera essencialmente sobre a vontade humana e por meio da vontade humana. As normas jurídicas destinam-se somente aos imputáveis. A antijuridicidade, portanto, é inconcebível fora do elemento subjetivo da desobediência ao comando, ou seja, não é concebível por si só, separada da culpabilidade. Os dois fenômenos são distintos, sob certo aspecto, por oportunidade metodológica, mas não são, em realidade, senão dois aspectos da mesma coisa, os quais se fundem e interpenetram entre si²⁸. Identifica, assim, a antijuridicidade na vontade da ordem jurídica, por um lado, e na vontade do sujeito que desobedece, por outro²⁹.

²⁵ MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, vol. I, p. 42: O direito caracteriza-se como conteúdo de comandos e proibições de caráter jurídico; o ilícito, portanto, como ofensa a tais comandos ou proibições. A obra famosa de THON é *Rechtsnorm und Subjectives Recht*, 1878. Existe excelente tradução italiana, de Alessandro Levi, Cedam, 1951. THON coloca-se, porém, entre os objetivistas. Cf. nota 55, infra. Contra a teoria dos imperativos, entre outros, KELSEN, *Hauptprobleme*, p. 189.

²⁶ HOLD V. FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, vol. I, p. 355, afirmava se esta uma lógica conseqüência.

²⁷ Partindo da teoria dos imperativos, além de HOLD V. FERNECK, sustenta a concepção subjetivista, GRAF ZU DOHNA, *Rechtswidrigkeit*, 1905. Para MEZGER, *Tratado*, vol. I, p. 277, o mais conseqüente defensor da teoria subjetiva do injusto, construindo seu argumento sobre a teoria dos imperativos, é HOLD V. FERNECK, que chega à completa equiparação de culpabilidade e injusto. KOHLRAUSCH, *Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung*, 1910, p. 12, integra-se na corrente subjetivista, porque entende que a imputabilidade é pressuposto da antijuridicidade. HELLMUTH MAYER, *Strafrecht*, p. 105, situa-se também nessa corrente, afirmando que não há ilícito sem culpa e culpa sem ilícito. Só o ilícito civil pode ser puramente objetivo. O ilícito penal objetivo não se distinguiria dos fatos naturais danosos. BINDING é geralmente incluído entre os subjetivistas, mas sua posição é peculiar. Na primeira edição das *Normen*, 1872, vol. I, p. 135, afirmava ele que todo ilícito é violação culpável da norma, não havendo ilícito sem culpa. Na sua última edição, porém, reconhece a existência do ilícito sem culpa (vol. II, 1914, p. 228).

²⁸ PETROCELLI, *L'Antigiuridicità*, p. 37.

²⁹ PETROCELLI, *L'Antigiuridicità*, p. 43. O indivíduo humano desprovido de vontade, não é destinatário, mas objeto do comando jurídico (p. 45).

ANTOLISEI, por seu turno, afirma não ser possível pronunciar um juízo sobre a licitude ou ilicitude de um comportamento humano, sem se considerar a situação de vontade do mesmo. Não existe uma antijuridicidade objetiva. A antijuridicidade, referindo-se ao crime em seu complexo, não pode ser nem objetiva nem subjetiva: simplesmente a relação de contradição entre o fato, unitariamente considerado, e os ditames da ordem jurídica³⁰.

A concepção subjetiva da antijuridicidade deu um passo adiante com o ceito de *ilícito pessoal*, introduzido por WELZEL, sob influência da distinção ética fundamental de N. HARTMANN, entre o valor dos fatos e o valor do ato³¹. Entende WELZEL que a causação de um resultado, ou seja, a lesão de um bem jurídico, não esgota o ilícito, sendo a ação antijurídica tão-somente instrumento de determinado agente. O escopo por ele fixado para o fato objetivo; a sua atitude ao praticá-lo; os deveres que o obrigam, tudo isso determina decisivamente a ilicitude do fato, junto à eventual lesão do bem jurídico. A antijuridicidade é sempre desaprovação de um fato, referido a determinado agente. O ilícito é ilícito “pessoal” da ação referido ao agente³². A lesão de um bem jurídico (ou seja, o desvalor do resultado), só tem significação dentro do quadro de uma ação pessoalmente antijurídica (desvalor da ação). O desvalor da ação é o desvalor geral de todo o delito. O desvalor dos fatos (a lesão ou perigo de um bem jurídico) é momento independente de numerosos delitos (crimes de resultado e de perigo). Mas, o desvalor dos fatos pode faltar no caso concreto, sem eliminar o desvalor da ação, como no crime impossível³³.

Parece evidente que a concepção de WELZEL, introduz no campo do ilícito elemento característico da culpa, motivo pelo qual a principal crítica dirigida a essa

³⁰ ANTOLISEI, *Manuale*, págs. 136/7. Para eloqüente argumentação contra a antijuridicidade objetiva, cf. ANTOLISEI, *Scritti di Diritto Penale*, 1955, p. 83 e seguintes. Subjetivistas, igualmente, PAOLI, *Dir. Pen. It.*, p. 63; SANTORO, *Circostanze*, p. 84; ROCCO, *L'oggetto del reato*, p. 142, nota 8; CARNELUTTI, *Teoria*, p. 26; GRISPIGNI, *Dir Pen.*, vol. II, p. 13, admitindo, porém, que se fale em *aspetto objetivo da antijuridicidade*, do ponto de vista dos bens ofendidos e do sujeito passivo da ofensa; MESSINA, *L'antigiuridicità nella teoria del reato*, 1942, p. 36; MORO, *Antijuridicidad*, p. 105 (considerando a culpa mero elemento da antijuridicidade). Cf. p. 74.

³¹ WELZEL, *Festschrift für Kohlrausch*, 1944, p. 104. Sobre a idéia básica de VON WEBER, da construção dos tipos de delito, relativamente ao desvalor da ação e do resultado, oriunda da mesma influência, cf. HELENO FRAGOSO, *Objeto do Crime*, in *Lições de Direito Penal*, 1962, vol. 2, p. 580. HELIO TORNAGHI, *A questão do crime formal*, 1944, p. 133, com seu fino espírito de jurista, teve a mesma intuição, aplicando-a, porém, a seu conceito de crime formal.

³² WELZEL, *Strafrecht*, p. 56: *Rechtswidrigkeit ist immer die Missbilligung einer auf einen bestimmten Täter bezogene Tat. Unrecht ist Täterbezogenes, “personales” Unrecht*. Em consequência, a ilicitude do mesmo acontecimento pode ser diversa, para cada um dos partícipes, como no caso de peculato em que concorre quem não é funcionário.

³³ WELZEL, *Strafrecht*, p. 57. Para entender o alcance do exemplo de WELZEL, vejam-se as referências feitas em nossa obra *Conduta Punível*, 1962, p. 211, sobre o crime impossível na jurisprudência alemã. Seguindo a WELZEL, NOLL, *Uebergesetzliche Rechtsfertigungsgründe*, 1955, p. 31.

teoria esdrúxula é a de que confunde a culpa e o injusto, tornando inseparáveis os conceitos³⁴. Como nota WÜRTEMBERGER, o juízo de valor sobre a atitude pessoal do agente em relação a seu ato e à ordem jurídica total, relativamente a seus direitos e deveres, refere-se à culpa e não ao ilícito. Por outro lado, WELZEL, em seu enquadramento básico, esquece-se de que a Ética individual distingue-se, em pontos essenciais, da Ética do direito (*Rechtsethik*), que se determina, em primeira linha, pela proteção e tutela a valores e bens do indivíduo e da coletividade³⁵.

4. Opondo-se à concepção subjetiva, surgiu a teoria objetiva da antijuridicidade, de índole privatística e remontando a IHERING³⁶. Essa teoria tornou-se dominante, especialmente com a obra de NAGLER, permitindo nítida separação entre a antijuridicidade e a culpabilidade. Afirma que a concepção subjetiva esquece a dupla função do direito, que não é apenas imperativo, mas também regulamentação externa da vida social, através de normas de valoração, que constituem juízos sobre determinados acontecimentos e estados, do ponto de vista do direito. O ilícito constitui contradição objetiva com os preceitos jurídicos. A teoria dos imperativos, por outro lado, apresenta problemas no que concerne à ação antijurídica dos inimputáveis, à responsabilidade objetiva e, na legítima defesa, à injustiça da agressão. MAURACH afirma que a antijuridicidade é um juízo sobre o fato, não sobre a personalidade. A concepção subjetiva esquece a duplicidade bem como a hierarquia da função do direito. É claro que o direito ordena, mas não há qualquer ordem sem o pressuposto de uma situação, que a faça surgir. Há, no direito, uma função de valoração e uma função de determinação. O juízo de ilicitude liga-se à função de valoração, que tem por objeto relações gerais de vida e especialmente ações humanas, sem se considerar se o autor tem ou não capacidade de autodeterminação³⁷. LISZT-SCHMIDT assinalam também que o reconhecimento do caráter objetivo da antijuridicidade, não importa em negar a teoria dos imperativos, embora seja muito discutível se a acentuação exclusiva do caráter imperativista esclareça completamente a essência do direito. Existe uma dupla função no direito, que é norma de determinação (*Bestimmungsnorm*), mas também norma de valoração (*Bewertungsnorm*). A medida de valor das normas jurídicas é

³⁴ GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, ZStW, vol. 67, p. 46; WÜRTEMBERGER, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, 1959, p. 57.

³⁵ WÜRTEMBERGER, *Geistige Situation*, págs. 60 e 66, onde apresenta crítica exaustiva e definitiva à teoria do ilícito pessoal. Cf. também, MAURACH, *Lehrbuch*, p. 261, assinalando que a teoria da antijuridicidade limita-se à caracterização negativa do fato, sendo um juízo sobre o acontecimento e não sobre a personalidade.

³⁶ IHERING, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, 1867, P. 5.

³⁷ MAURACH, *Lehrbuch*, p. 262. Entende que a concepção objetiva da antijuridicidade não está em contraste com a teoria finalista. Para WELZEL, *Strafrecht*, p. 42, a antijuridicidade só é objetiva no sentido de um juízo de valor *geral*; seu objeto, a ação, porém, é uma unidade de elementos objetivos (do mundo exterior) e subjetivos. No sentido do texto, BETTIOL, *Dir. Pen.*, p. 242: *L'antigiuridicità si è manifesta in un giudizio di disapprovazione del fatto perpetrato senza che in linea di principio questo giudizio sai dipendente della disapprovazione che riguarda l'elemento psicologico del reato, vale a dire, la colpevolezza.*

aplicável a todas as ações³⁸. A ordem jurídica primeiramente valorosa as ações humanas segundo sua direção objetiva, depois impõe aos súditos não realizarem culpavelmente as ações antijurídicas³⁹. A essência do ilícito está na lesão do interesse juridicamente protegido⁴⁰.

Afirma-se, por outro lado, a inconveniência metodológica da concepção subjetiva, pois implica necessariamente em confusão da antijuridicidade com a culpabilidade⁴¹. Com o aparecimento dos elementos subjetivos do injusto, verificou-se que a teoria objetiva não impede que o juízo de antijuridicidade dependa, em muitos casos, de um momento subjetivo, de modo que nem todo subjetivo pertence à culpabilidade.

5. A antijuridicidade, segundo antigo entendimento estabelece-se de forma puramente formal, através do sistema de regra-exceção, com a fixação da tipicidade. É antiga a insatisfação com esse critério, que conduz a uma formulação negativa da antijuridicidade, sem revelar o conteúdo material do injusto⁴². A primeira distinção entre antijuridicidade material e formal deve-se a VON LISZT, sob influência de

³⁸ LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, p. 174. MEZGER, *Tratado*, págs. 341/3, esclarece que das normas jurídicas de valoração deduzem-se as *normas subjetivas de determinação*, que se dirigem ao súdito concreto do direito. A lesão destas normas é decisiva não para o *injusto*, mas para a *culpabilidade*. Cf. *Studienbuch*, p. 86. No sentido da concepção objetiva, que é, como dissemos, amplamente dominante, pronunciam-se também, DELITALA, *Il fatto*, p. 21 (*È anti-giuridico ogni comportamento che, oggettivamente considerato, contrasta con gli scopi dell'ordinamento giuridico, o, in breve, col. Diritto oggettivo, nella sua funzione di valutazione dei fatti*). MITTERMAIER, *ZStW*, vol. 44, p. 11; SABATINI, *Istituzioni*, vol. I, p. 236; MAGGIORE, *Dir. Pen.*, p. 289; LOEFFLER, *Unrecht und Notwehr*, *ZStW*, vol. 21, p. 537; BELING, *Lehre vom Verbrechen*, *ZStW*, vol. 36, p. 19 e *Frank Festgabe*, págs. 270 e 302; FISCHER, *Rechtswidrigkeit*, 1911, p. 134; M.E. MAYER, *Lehrbuch*, p. 10; VON HIPPEL, *Strafrecht*, vol. I, págs. 26/7; MEYER-ALLFELD, *Lehrbuch*, p. 120; NAGLER, *Binding Festschrift*, p. 47; VON BAR, *Gesetz und Schuld*, vol. III, p. 1; HEINITZ, *Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit*, 1926, p. 26; SOLER, *Der. Pen.*, vol. I, págs. 344/5. A doutrina brasileira segue, igualmente, a concepção objetiva da antijuridicidade: NELSON HUNGRIA, *Comentários*, vol. I, p. 199; ANÍBAL BRUNO, *Dir. Pen.*, vol. I, p. 350; JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Curso*, vol. II, p. 109; MAGALHÃES NORONHA, *Direito Penal*, 1963, vol. I, p. 124.

³⁹ DELITALA, *Il fatto*, p. 21.

⁴⁰ VON HIPPEL, *Strafrecht*, vol. II, p. 187. A antijuridicidade objetiva significa um juízo de desvalor sobre o fato; a culpa, o juízo de desvalor sobre o agente.

⁴¹ ANIBAL BRUNO, *Dir. Pen.*, vol. I, p. 351: Com a concepção subjetiva “o conceito do injusto perde a sua precisão de contornos em face do elemento culpável do crime. Chega-se a um momento em que estas duas características se confunde. E esta confusão é contrária à clareza metódica dentro da moderna construção do conceito do fato punível e dos princípios fundamentais do direito vigente, que reclama uma culpabilidade bem definida e distinta do caráter objetivo do ilícito”. M. E. MAYER, *Lehrbuch*, p. 10 (*wissenschaftliches Bedürfnis*); MEZGER, *Tratado*, vol. I, p. 344. THON, *Rechtsnorm und Subjectives Recht*, 1878, PÁGS. 71, 78/9, e BIERLING, *Kritik der juristischen Grundbegriff*, vol. III, 1905, p. 41, embora partindo da teoria dos imperativos, chegam ao objetivismo, reconhecendo as necessidades da prática, concluindo que a norma jurídica dirige-se também ao inimputável. TORNAGHI, *A questão do crime formal*, 1944, p. 85 (“A admissão de uma antijuridicidade puramente objetiva, independente da culpabilidade, é uma conquista do método”). Contra a concepção objetiva, a *Escola de Kiel*. Cf. SCHAFFSTEIN, *Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht*, *ZStW*, vol. 55, p. 26 (identificando a antijuridicidade e a culpabilidade). GOLDSCHMIDT, *Frank Festgabe*, vol. I, p. 428, uniu, em uma síntese, ambas as concepções, com sua teoria da norma de dever (*Pflichtnorm*), que se dirige ao interno, situada ao lado da norma jurídica (*Rechtsnorm*), que se dirige ao comportamento externo. Seguindo a GOLDSCHMIDT, OEHLER, *Sawer Festgabe*, p. 265.

⁴² ASÚA, *Tratado*, vol. III, p. 848.

IHERING, na 12^a e 13^a edição de seu *Tratado*, publicada em 1903. Formalmente, antijurídica seria a ação que viola a norma do Estado, ou seja, a proibição ou comando estabelecido pela norma jurídica. Materialmente antijurídica, a ação que representa um comportamento antisocial⁴³. Deve-se, todavia, a GRAF ZU DOHNA, a primeira tentativa de formulação de um princípio geral sobre a essência do ilícito, em sua famosa obra, aparecida em 1905⁴⁴. Procurava DOHNA dar um passo adiante, tendo em vista o desenvolvimento doutrinário que até então já se tinha feito, identificando-se o crime substancialmente na ofensa a um bem ou interesse jurídico. Afirmava constitui um círculo vicioso a configuração da antijuridicidade da conduta simplesmente pela realização do tipo. A antijuridicidade não pode referir-se à ameaça penal, devendo estar no campo do direito que se situa fora do Direito Penal. DOHNA partia da teoria das normas⁴⁵, embora sua concepção se desenvolva dentro da teoria do direito justo, formulada por STAMMLER, a quem DOHNA dedica sua obra⁴⁶.

Antijurídico não é o que é proibido, e enquanto é proibido; mas, ao contrário, deve afirmar-se que é proibido pela ordem jurídica o que ela reconhece, e enquanto o reconhece, antijurídico⁴⁷. Antijurídico é o comportamento que corresponde ao tipo de um delito legalmente determinado, e que nessa condição seja injusto. É injusto o comportamento que, na condição especial em que se apresenta, não corresponde à concepção do ideal social de uma comunidade de homens livres, o que se determina indagando-se se o comportamento constitui justo meio para justo fim⁴⁸. É evidente que a própria lei pode ser injusta, mas até prova em contrário deve presumir-se que o legislador somente proíbe comportamentos injustos. Mas não é possível declarar-se a invalidade do direito vigente injusto, de modo que a fórmula visa, em última análise, estabelecer um critério para os casos de justificação ou exclusão da antijuridicidade⁴⁹.

⁴³ VON LISZT, *Lehrbuch*, 12^a e 13^a edições, 1903, p. 140.

⁴⁴ GRAF ZU DOHNA, *Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestände strafrechtlicher Handlungen*, 1905.

⁴⁵ BINDING, *Normen*, vol. II, p. 154, distinguindo entre norma e lei penal, afirma que a lei penal não cria o delito: tão-somente pune o que já antecedentemente se reconhecia merecedor de pena.

⁴⁶ STAMMLER, *Die Lehre von den richtigen Rechte*, 1902, p. 15: “Direito justo é aquele que, em determinada situação, corresponde à idéia fundamental do direito.”

⁴⁷ DOHNA, *Die Rechtswidrigkeit*, p. 27.

⁴⁸ DOHNA, *Die Rechtswidrigkeit*, págs. 49/50. Como nota HEINITZ, *Das Problem der materialen Rechtswidrigkeit*, 1926, p. 59, DOHNA, de acordo com a terminologia de STAMMLER, não toma como ponto de partida o conceito, mas a idéia do direito.

⁴⁹ *Aufbau der Verbrechenlehre*, p. 30: O princípio regulativo que fundamenta as dirimentes é o de que a antijuridicidade material se exclui quando a ação concreta, considerada em face da idéia fundamental do direito, como ordem de tutela da cultura de nosso povo, revela ser um justo meio para um justo fim. Aparece, aqui, porém, uma afirmação categórica: “Só pode ser formalmente antijurídica a ação típica que seja também materialmente antijurídica.” (Cf. ademais, *Recht und Irrtum*, 1925, p. 9 (não pode ser antijurídico o meio adequado para realizar um fim justo). As idéias de GRAF ZU DOHNA são acolhidas por DE MARISCO, *Dir. Pen.*, págs. 92 e 143.

Foram muitas e importantes as objeções apresentadas à concepção de GRAF ZU DOHNA. Basicamente, porém, afirma-se que sua fórmula é demasiadamente vaga e imprecisa⁵⁰ e que se situa além do campo jurídico, fazendo a eficácia do direito depender de critérios extra-jurídicos, comprometendo-lhes assim a segurança e a certeza⁵¹. BELING, por exemplo, dizia que a teoria de DOHNA apresentava confusão entre o ideal legislativo e o resultado da legislação⁵². Incisivamente, NAGLER afirmava que o princípio aventado, em última análise, não nos diz quando a ação determinada assume o caráter de justo meio para um fim justo, e que a revolta contra a lei termina por conceder supremacia ao juiz, substituindo, nos casos concretos, à condenação imparcial e segura da lei, uma concepção individual crítica do magistrado⁵³.

Entre outras fórmulas aventadas, convém mencionar a de SAUER, exposta em vários de seus trabalhos⁵⁴. Para o grande professor, a idéia do direito significa a garantia de interesses. Para o grande professor, a idéia do direito significa a garantia de interesses, que segundo sua tendência geral, em sua maior probabilidade proporcionam proveito, ou que, pelo menos, são mais úteis que danosos (*wenigstens mehr nützen als schaden*), em contraposição aos interesses que negam essa tendência geral. É materialmente justificada, no caso concreto, uma ação dirigida a garantir um interesse, que, segundo sua tendência geral (*allgemeinen Tendenz*), mais favorece que prejudica, e que também de forma geral deveria favorecer mais que prejudicar⁵⁵. Formalmente, antijuridicidade significa contrariedade à lei; materialmente, contrariedade com a justiça social, bem como com o bem comum, isto é, dano ou periculosidade social. O ilícito material é a negação da idéia do direito: a determinação de sua essência é função da Filosofia do Direito. O bem comum estatal deve ser determinado de acordo com as

⁵⁰ HEGLER, *Die Merkmale des Verbrechens*, ZStW, vol. 36, p. 38 (*entweder viel zu vag, unübersehbar und deshalb gefährlich oder ganzichtsagend*). Para KOHLRAUSCH, *Rechtswidrigkeit*, ZStW, vol. 25, p. 661, a fórmula do justo meio para o justo fim é puramente tautológica. BETTIOL, *Dir. Pen.*, p. 232; HEINTZ, *Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit*, p. 60; PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, p. 105. BINDING diz que DOHNA procurou estabelecer a existência ou a preexistência de uma antijuridicidade sociológica (*Normen*, vol. II, p. 153) inadmissível. HEINTZ pensa que essa crítica é improcedente, pois GRAF ZU DOHNA apenas sustentava que para a antijuridicidade é necessário, além da transgressão à norma, a injustiça da ação.

⁵¹ MEYER-ALLFELD, *Lehrbuch*, p. 121; NAGLER, *Der Begriff der Rechtswidrigkeit, Frank Festgabe*, vol. I, p. 347, mostra que a fórmula do justo meio para o justo fim funda-se no antigo direito positivo prussiano. Esse princípio era um bem comum dos grandes pensadores do direito natural (GROTIUS, HOBBS, CHRISTIAN WOLFF). HOBBS, *De cive*, c. I, 8: *jus ad finem dat jus ad media necessaria*. No *Leviatã*, c. 18: *Quicumque in finem jus habet, jus etiam in media habet*.

⁵² BELING, *Lehre vom Verbrechen*, p. 32: Quem considera a periculosidade social entre as características constitutivas do crime, confunde, evidentemente, o ideal da legislação, com a essência do produto legislativo.

⁵³ NAGLER, *Der heutige Stand, Binding Festschrift*, p. 350.

⁵⁴ SAUER, *Gesetz und Rechtsgefühl*, ZStW, vol. 33 (1912), p. 794; *Grundlagen des Strafrechts*, 1921, p. 391 e *Allgemeine Strafrechtslehre*, 1949, p. 47.

⁵⁵ SAUER, *Gesetz und Rechtsgefühl*, p. 794. Criticando a fórmula de GRAF ZU DOHNA, SAUER afirma que o fim só se refere ao sujeito, ao passo que a *tendência geral* constitui um critério objetivo e firme. Assim, por exemplo, uma intervenção cirúrgica arriscada, com escassa margem de êxito, será jurídico segundo a fórmula de GRAF ZU DOHNA, mas será antijurídica segundo o princípio da tendência geral do ato (p. 806).

funções culturais e os fins do Estado. Justo é o julgamento e a consideração de um homem e de sua atuação na medida em que correspondem ao bem comum⁵⁶. A antijuridicidade material conceitualmente corresponde a um acontecimento que, segundo sua tendência geral generalizada, mais dano do que proveito (ideal, cultural) proporcional, à comunidade estatal (ou seja, a comunidade de povo consistente no Estado), ou que acarreta mais desvalores que valores culturais⁵⁷.

MAX ERNST MAYER, igualmente formulou um conceito de antijuridicidade material. Com seu fino espírito de jurista, esclarecia, porém, que o conceito não é utilizável de *lege lata*, pois tem valor subsidiário, no caso de não haver disposição legal. Em tal hipótese, o conteúdo do ilícito deve ser considerado tendo-se em vista se a ação é meio adequado à obtenção de um fim reconhecido como justo pelo legislador. Uma definição real do ilícito, que corresponda à nominal, só pode ser encontrada, partindo-se de um ponto de vista que esteja fora do direito. Não para voltar as costas ao direito, mas para fazê-lo objeto de observação. Antijurídico é o comportamento que contravém às normas de cultura reconhecidas pelo Estado⁵⁸. A antijuridicidade material reside no contraste entre o fato e as normas de cultura, ou seja aquele conjunto de comandos e proibições que, para regular a vida em comum, derivam da moral, da religião e do costume, criando o modo de pensar e de sentir, ou seja, a cultura de determinado povo em determinada época⁵⁹.

A idéia de antijuridicidade material esteve sempre presente nas numerosas edições subseqüentes do *Tratado* de VON LISZT, identificada com o comportamento socialmente danoso. Entendia ele que a lesão ou periclitación de um bem jurídico só é materialmente antijurídica quando contrasta com os fins da ordem jurídica que regula a vida em comum. Apesar de sua direção contra interesses juridicamente protegidos, a ação será conforme ao direito se e enquanto corresponder àqueles fins da ordem

⁵⁶ SAUER, *Strafrechtslehre*, págs. 47/48.

⁵⁷ SAUER, *Strafrechtslehre*, p. 51. É possível uma contradição entre o direito material e o formal (a lei). Nesse caso, o último deve prevalecer, por causa da segurança jurídica (p. 44). Praticamente, o conceito de ilicitude material e o formal (a lei). Nesse caso, o último deve prevalecer, por causa da segurança jurídica (p. 55). Praticamente, o conceito de ilicitude material limita-se, em regra, às causas de justificação (*Rechtfertigungsgründer*) (p. 54). Todavia, num de seus primeiros trabalhos (*Gesetz und Rechtsgefühl*), p. 810), SAUER chegou a sugerir uma fórmula legislativa, que seria a seguinte: “Não é antijurídico o comportamento que evidentemente é dirigido a ser mais favorável que prejudicial ao bem comum, ou ao bem do indivíduo, desde que tal comportamento, de modo geral, revele essa finalidade.” ASÚA, *Tratado*, vol. III, p. 856, também se mostra favorável a uma fórmula ampla, *que justifique*. Para NAGLER, *Der Begriff der Rechtswidrigkeit*, *Frank Festgabe*, vol. I, p. 346, a fórmula de SAUER é inteiramente impraticável (*ganz unpraktikabeln Formel*).

⁵⁸ M.E. MAYER, *Lehrbuch*, págs. 179/180.

⁵⁹ M.E. MAYER, *Lehrbuch*, p. 173. As normas de cultura constituem exigências éticas, sociais e políticas, em suma, “o código dos profanos”, em contraposto ao código da lei, e servem também de critério para estabelecer se um fato deve ou não ser considerado crime. Cf., ainda, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, *StrAbh*, Heft 50 (1903). ASÚA, *Tratado*, vol. III, p. 865, resolve a questão da antijuridicidade material com o critério das normas de cultura, de M.E. MAYER, entendendo que elas dão o verdadeiro sentido do injusto.

jurídica e da vida humana em comum. Esse conteúdo material do ilícito é independente da correta apreciação pelo legislador: é metajurídico. A norma jurídica o tem como precedente: não o cria. A antijuridicidade formal e a material, podem ajustar-se, mas podem também não corresponder. Em caso de contradição, o juiz está obrigado à observância da lei, pois a correção do direito vigente situa-se além de sua competência. Conclui-se daí que o valor da antijuridicidade material está apenas em sua aplicação no campo das discriminantes⁶⁰.

Os juristas do nacional-socialismo que compunham a chamada *Escola de Kiel* aderiram firmemente à concepção material do ilícito, identificando a antijuridicidade do fato com o sã sentimento do povo alemão, sobre o justo e o injusto (*gesunde Volksempfindung; gesund Volksanschauung über Recht und Unrecht*), o qual declaravam fonte originária de todo direito no Estado nacional-socialista. Segundo SCHAFFSTEIN, o Estado que assinale o caráter autoritário do Direito Penal, deve necessariamente abandonar a identidade entre antijuridicidade e contrariedade à lei, pois um máximo de efetividade na luta contra o crime somente pode realizar-se com base numa concepção material do delito⁶¹.

O debate em torno a um conceito material de antijuridicidade, provocou fundas divergências doutrinárias. Para muitos, a antijuridicidade é puramente formal, e se determina pelo contraste do comportamento com as exigências da norma⁶². ROCCO

⁶⁰ LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, págs. 176/177. No sentido do primado da antijuridicidade formal, igualmente, ZIMMERL, *Aufbau des Strafrechtssystems*, 1930, p. 40. Admitindo a distinção entre antijuridicidade material e formal, KOHLRAUSCH-LANGE, *Strafgesetzbuch*, p. 8 (aproveitando o primeiro conceito para resolver a questão da violência esportiva, intervenção cirúrgica, etc.). Favorável também à antijuridicidade material, TORP, *Die Lehre von der rechtswidrigen Handlung in der nordischen Rechtswissenschaft*, ZStW, vol. 23 (1903, p. 96).

⁶¹ SCHAFFSTEIN, *Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht*, ZStW, vol. 55, p. 19. Tais idéias estavam então em grande voga. MEZGER, *Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht*, ZStW, vol. 55, p. 6, chegou a prever que a antijuridicidade material dominaria o Direito Penal do futuro (*der Gedanke der materiellen Rechtswidrigkeit wird das kommende Strafrecht beherrschen*). A adesão de MEZGER às idéias então dominantes, sob influência da situação política, é mancha negra na carreira do grande jurista. Veja-se também, na mesma tendência, FREISSLER, *Deutsches Strafrecht*, 1935, p. 12 (*Unrecht ist der Angriff auf die Volksgemeinschaft, der Verstoss gegen die Grundlage der volkischen Lebens*). HENKEL, *Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht*, ZStW, 55, p. 37: “A norma como norma jurídica visa à proteção do povo: como norma jurídico-penal, a evitar o comportamento prejudicial ao povo (comunidade). Assim sendo, a antijuridicidade é igual à danosidade ao povo (*Volksschädlichkeit*).” Na mesma tendência, v. GEMMINGEN, *Die Erfassung der Rechtswidrigkeit im System eines Willensstrafrechts, Deutsches Strafrecht*, 1935, p. 105. A antijuridicidade puramente formal constituiria expressão de uma tendência política liberal.

⁶² Sustentam que a antijuridicidade tem caráter puramente formal: HOLD VON FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit, 1903, vol. I, p. 381*; BELING, *Lehre vom Verbrechen*, p. 32, e *Esquema (Grundzüge)*, p. 23; FRANK, *Kommentar*, p. 67; ROCCO, *L'oggetto del reato*, p. 476 (A antijuridicidade é sempre e necessariamente formal; a antijuridicidade material é apenas o dano ou perigo de dano causado pela ação delituosa); MESSINA, *L'antigiuridicità nella teoria del reato*, 1942, p. 164; BAUMGARTEN, *Aufbau der Verbrechenlehre*, 1913, p. 210; MEYER-ALLFELD, *Lehrbuch*, p. 120; NAGLER, *Frank Festgabe*, p. 346; BINDING, *Normen*, vol. II, p. 152; HEGLER, *Merkmale des Verbrechens*, SZtW, vol. 36, p. 38; STOOSS, *Die Strafrechtswidrigkeit*, ZStW, vol. 24 (1904), p. 319; COSTA E SILVA, *Código Penal*, 1943, p. 59; GRISPIGNI, *Dir. Pen.*, vol. I, p. 340 (*La cosiddetta antigiuridicità materiale è il motivo prelegislativo per l'incriminazione del fatto, e, come tale, può servire solo quale critério d'interpretazione; ma nulla autorizza a farne un elemento costitutivo del reato*). A concepção de GRISPIGNI é substancialmente a de HEINITZ e WAGNER.

diz que a ilicitude jurídico-penal formal é a única e verdadeira ilicitude jurídica; a chamada ilicitude jurídico-penal material não é a ilicitude jurídica penal, mas é, ao invés, o dano ou perigo de dano imediato: uma constitui a essência e a natureza mesma do crime, o outro é apenas um elemento constitutivo do crime, com a ação e a culpa⁶³. PETROCELLI, opondo-se a esse entendimento, afirmava que a antijuridicidade exprime pura idéia de relação, e se um conteúdo deve ser-lhe atribuído, este não pode ser mais do que o juízo do valor contido na norma, e de que são objetos os elementos objetivo e subjetivo da ação⁶⁴. Temos aqui duas concepções que possuem o mesmo significado. Os que entendem que a antijuridicidade material é o conteúdo da antijuridicidade formal, chegam substancialmente ao mesmo resultado dos que praticamente negam a existência de qualquer antijuridicidade material⁶⁵. Entre estes últimos estava BELING, pois dizia que a chamada antijuridicidade material não pertence ao direito positivo, não podendo, pois, o direito penal operar com ela⁶⁶.

Outros, porém, afirmam o primado da antijuridicidade material ou negam a existência de uma antijuridicidade *formal*, identificando esta última com a tipicidade. BETTIOL, por exemplo, ensina que não tem razão de existir uma antijuridicidade sem conteúdo, pois um fato é antijurídico somente porque está em contraste com as exigências da norma, ou seja, porque lesa aquele bem particular que a norma tutela. Nega, assim, a distinção entre antijuridicidade material e formal, pois da antijuridicidade só se pode dar noção *unitária*, que é a do fato lesivo de um bem jurídico. Fora desse conteúdo, não há antijuridicidade, que é, em última análise, uma valoração que o juiz realiza sobre o caráter lesivo de um comportamento humano⁶⁷.

Ceticamente, conclui o nosso ANIBAL BRUNO, porém, afirmando que essa busca do conteúdo do conceito do ilícito conduz às origens do Direito, ao terreno onde

⁶³ ROCCO, *L'oggetto del reato*, p. 447. ANTOLISEI, *Manuale*, p. 138: “A valoração do fato com base em critérios extra ou metajurídicos pode ser útil para a crítica da lei, mas não pode dar vida à antijuridicidade diversa e distinta da que resulta da própria lei. Isto não significa que a antijuridicidade seja apenas formal: ela tem um conteúdo, que consiste na ofensa do interesse protegido pelo direito, o que representa o *aspetto substancial* da antijuridicidade.” De acordo: MARTUCCI, *Appunti sugli elementi del reato*, 1935, p. 67; HEGLER, *Frank Festgabe*, vol. I, p. 270; MAGGIORE, *Dir. Pen.*, vol. I, p. 291.

⁶⁴ PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, p. 96. “O termo *formal* não deve conduzir a engano, porque está a demonstrar uma idéia de relação, não já um *quid* privado de conteúdo. Este é a manifestação do juízo e da vontade do legislador” (p. 98). ROCCO confunde o conteúdo da antijuridicidade com o conteúdo do fato antijurídico (p. 109). A antijuridicidade diz-se *formal*, não com referência à forma, no sentido de exterioridade (como pensa FROSALI, *Corso*, vol. II, p. 154), mas enquanto atua exclusivamente com a verificação da relação de contrariedade entre o fato e a lei (p. 115). De acordo: MANZINI, *Trattato*, vol. I, p. 205.

⁶⁵ ANÍBAL BRUNO, *Dir. Pen.*, págs. 348/350: “A antijuridicidade material só pode ser tomada em consideração na aplicação do direito, como conteúdo da antijuridicidade formal. O domínio da chamada antijuridicidade material não coincide necessariamente com o do ilícito formal e, se um se apresenta discordante do outro, é a este último, isto é, à definição legal, que fica subordinado o juiz, podendo apenas recorrer à noção de antijuridicidade material como elemento de interpretação da norma.”

⁶⁶ BELING, *Lehre vom Verbrechen*, p. 137. Contra a distinção, HAFTER, *Lehrbuch*, vol. I, p. 85; KERN, *Grade der Rechtswidrigkeit*, ZStW, vol. 64, p. 257.

⁶⁷ BETTIOL, *Dir. Pen.*, págs. 236 e 250. Veja-se também ASÚA, *Tratado*, vol. III, p. 865.

mergulham as raízes do fenômeno jurídico, mas aí o que se pode colher é um conceito que exprime um anti-social, mas não necessariamente um antijurídico.⁶⁸

Conclusão

6. Sendo o crime, essencialmente, um conceito jurídico, é evidente que a antijuridicidade constitui o seu aspecto nuclear e fundamental.

Antijuridicidade é o contraste entre o fato e o direito, como norma objetiva de valoração. Embora vivamente criticada a concepção objetiva da antijuridicidade, deve, a nosso ver, ser mantida. Trata-se, como dizia MAX ERNST MAYER, de uma necessidade científica, de altíssimo valor metodológico, para o ensino e a aplicação do direito penal e a sistematização da teoria do fato punível. Pensamos também que a afirmação do caráter objetivo do ilícito não importa em negar a teoria dos imperativos. A concepção subjetiva leva a confusão inafastável entre a antijuridicidade e a culpabilidade, inclusive para os partidários da teoria finalista (em relação aos crimes culposos).

Antijurídico é o contrário ao direito com regulamentação externa da vida social, tendo sua essência na ofensa aos valores tutelados pela norma. A antijuridicidade é, portanto, um juízo de valor relativamente ao fato, em face das exigências da ordem jurídica como um todo.

Tendo em vista a unidade da ordem jurídica, não há uma antijuridicidade exclusivamente penal. A distinção que WELZEL procura introduzir entre antijuridicidade e ilicitude, não afeta a essência das coisas, enquanto se refere ao fato e à qualificação do fato. Podemos falar de um ilícito penal e de um ilícito civil, sem perder de vista, no entanto, a unidade de todo o antijurídico.

A tipicidade de fato é, em regra, *indício* da antijuridicidade. Estabelecida a tipicidade do fato pode-se concluir que será ele provavelmente antijurídico. Essa regra, no entanto, não prevalece nos casos em que há referências à ilicitude do comportamento na própria definição da conduta punível. Nos crimes em que há a chamada ilicitude especial, é possível que a antijuridicidade do fato seja excluída através de norma permissiva extrapenal. A doutrina dominante entende que nos crimes comissivos por omissão existe uma antijuridicidade especial, decorrente do dever

⁶⁸ ANIBAL BRUNO, *Dir. Pen.*, vol. I, p. 349. FLORIAN, *Trattato*, p. 402, porém, entende que a antijuridicidade material constitui o germe de um filão que pode ter um seguimento importantíssimo.

jurídico de agir. Segundo nosso entendimento, esse dever jurídico não se situa no plano da antijuridicidade⁶⁹. Se assim fosse, no entanto, em tais crimes a tipicidade não seria indício da antijuridicidade, que dependeria sempre da verificação da existência do dever jurídico de agir.

7. Antijurídico é o fato contrário às exigências do direito. Isso significa que a antijuridicidade tem necessariamente um conteúdo, que é dado pela ofensa aos valores tutelados pela norma. A atenção dada ao conceito de antijuridicidade material ajusta-se à tendência dominante do Direito Penal moderno, que se desenvolve no sentido da substituição dos conceitos puramente formais e descritivos, por conceitos materiais e valorativos. Tendência essa que procura, assim, introduzir no direito punitivo critérios válidos para a realização da justiça material.

As idéias até agora aventadas, no entanto, apenas servem para fundamentar a aplicação analógica das causas de justificação e para nortear a interpretação da lei penal. Havendo contradição entre a antijuridicidade material e a formal, esta última deve prevalecer, tendo em vista a conveniência em não abalar a segurança e a certeza do direito. Em caso algum, porém, pode a idéia de antijuridicidade material servir para a incriminação de fatos não expressamente previstos, ou seja, não formalmente antijurídicos. É perfeitamente compreensível a atração dos regimes totalitários por essa concepção.

Só é possível acolher a antijuridicidade material como *conteúdo* da antijuridicidade formal. No atual estado da evolução doutrinária somente em relação às discriminantes é possível admitir o conceito de antijuridicidade material com todas as suas implicações.

(*) Artigo publicado na *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n.º 7, na década de 1960.

⁶⁹ Cf. HELENO C. FRAGOSO, *Conduta Punível*, 1961, p. 185.