XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO

PAULO CESAR CORREA BORGES

CARLOS ALBERTO MENEZES

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito penal, processo penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Carlos Alberto Menezes, Nestor Eduardo Araruna Santiago, Paulo Cesar Correa Borges– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-045-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito penal. 3. Processo penal. 4. Constituição I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE). CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

O Grupo de Trabalho n. 4 - Direito Penal, Processo Penal e Constituição - contou com trinta e três artigos aprovados para as respectivas apresentações, que ocorreram no dia 04 de junho de 2015, sob a coordenação dos penalistas Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (UNIFOR), Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (UNESP-Franca) e Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes (UFS). Os artigos foram agrupados segundo a temática desenvolvida, permitindo uma interlocução entre os autores e demais debatedores, oriundos de diferentes programas de pós-graduação vinculados ao Sistema Nacional de Pós-Graduação.

Os desafios contemporâneos das Ciências Penais e das suas interdisciplinariedades com o Direito Constitucional perpassaram as pesquisas apresentadas, propiciando ricos debates, embora premidos pela relação quantidade-qualidade.

Além disso, as perspectivas garantistas e funcionalistas também estiveram presentes nos artigos, propiciando até a busca de superação de uma visão dicotômica das duas correntes. Diversificados foram os temas: a teoria da dupla imputação; responsabilidade penal da pessoa jurídica; direito penal ambiental; tráfico de órgãos; crimes transfronteiriços; criminalidade organizada; doutrina do espaço livre de direito; controle de convencionalidade; criminal compliance; proteção penal dos direitos humanos; multiculturalismo; crimes cibernéticos; crueldade contra animais; direito penal tributário; direito penal do inimigo; expansão do direito penal; e necessidade de descriminalização de certos tipos penais.

Até a teoria geral do processo penal teve sua utilidade questionada. Questões práticas, no âmbito do processo penal foram debatidas, tais como a homologação, ou não, do pedido de arquivamento de investigação criminal, em foro por prerrogativa de função ou em inquérito policial; a execução provisória da pena privativa da liberdade; flexibilização das normas relativas a usuários de drogas; inversão do contraditório; inovação de tese defensiva na tréplica no Júri, o sigilo das votações, fundamentação e a repercussão de seus julgamentos na mídia; psicologia do testemunho; risco no processo penal; medida de segurança; e prisões cautelares.

O Grupo de Trabalho cumpriu seu objetivo de reunir pesquisadores de todo o país para a reflexão teórico-prática de diversos temas que estão presentes na pauta das Ciências Penais, bem como para a atualização e compartilhamento de novos recortes epistemológicos relativos ao Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Constitucional.

Os artigos que foram aprovados, pelo sistema do duplo cego, foram submetidos à crítica dos debates proporcionados no Grupo Temático e, uma vez mais, estão sendo publicados no livro que ora se apresenta a toda a comunidade acadêmica, e que permitirão uma análise crítica por aqueles pesquisadores e especialistas que, se não puderam participar dos debates orais, poderão aprofundar a interlocução com os produtos de outras pesquisas, que já vem sendo desenvolvidas e que culminaram com as suas produções e poderão servir de referência para outros estudos científicos.

Isto, por si mesmo, já está a indicar a excelência do resultado final e a contribuição de todos os co-autores e dos coordenadores do livro, para a valorização da Área do Direito.

A oportunidade do livro decorre dos debates atuais sobre o populismo penal que, invariavelmente, recorre a bandeiras político-eleitoreiras, subjacentes a propostas de recrudescimento do tratamento penal para as mais variadas temáticas, sem ao menos ter por parâmetros científicos proporcionados pelos pesquisadores das Ciências Sociais Aplicadas, dentre as quais o Direito e, mais particularmente, o Direito Penal, Processual Penal e Constitucional.

Aracaju-SE, junho de 2015.

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (UNIFOR), Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (UNESP-Franca) e Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes (UFS).

ANTIJURIDICIDADE: CONCEITO, CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO E A DOUTRINA DO ESPAÇO LIVRE DE DIREITO

ILLEGALITY: CONCEPT, DEFENCES AND DOCTRINE OF FREE AREA OF LAW

Marcela Siqueira Miguens

Resumo

Uma das questões sempre presente na dogmática penal é a busca de um conceito de ação. Chegar-se a um conceito jurídico penal de ação representa fundar o direito punitivo a partir da atuação de uma pessoa (nullum crimen sine conducta). A conceituação da ação na teoria do delito cumpre a função de delimitar e direcionar o poder punitivo em direção aos fatos que são perigosos ou lesivos a bens jurídicos. Partindo desta premissa, pretende-se abordar no presente artigo, a partir da conceituação da antijuridicidade, as diferentes posições concernentes às suas funções e à sua relação com o tipo penal. Apresenta-se também a doutrina do espaço livre de direito, como construção que se propõe à exclusão de determinadas condutas da própria valoração jurídica, antecedendo o juízo de antijuridicidade.

Palavras-chave: Antijuridicidade; causas de justificação; doutrina do espaço livre de direito

Abstract/Resumen/Résumé

One of the recurring issues in criminal dogmatic is the search for a concept of action. To get into the criminal concept of action means to support the punitive law from an action of a person (nullum crimen sine conducta). The concept of action in crime theory plays the role of defining and directing the punitive power towards the facts that are dangerous or harmful to legal interests. On this assumption, we intend to address in this article, from the conceptualization of illegality, the different positions concerning their functions and its relationship to the criminal type. The doctrine of free area of law aslo presentes itself, such as construction that proposes the exclusion of certain conduct of its own legal valuation, preceding the sense of illegality.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Illegality; defences; doctrine of free area of law

Introdução

A antijuridicidade apresenta-se na doutrina como um dos elementos do crime, considerando a sua imprescindibilidade na conformação do delito. Para a maior parte da doutrina, o crime, sob a perspectiva analítica, apresenta-se como a ação ou omissão, típica, antijurídica e culpável.

Desta forma, o presente trabalho pretende demonstrar as etapas de construção de um conceito de antijuridicidade, por sua vez e por certo, indissociável da construção do próprio conceito de delito.

Nesta breve introdução, faz-se a ressalva acerca do termo escolhido para se referir a este elemento do crime: *antijuridicidade*. Ela é utilizada no lugar da expressão *ilicitude*, que é inclusive adotada pelo Código Penal brasileiro. Estes termos são compreendidos em regra como sinônimos, sendo a antijuridicidade a expressão adotada pela maioria das obras de referência aqui utilizadas.

A antijuridicidade é aqui compreendida como elemento do crime, representando a contradição entre a conduta humana e uma norma permissiva ou proibitiva. Os aspectos material e formal da antijuridicidade serão apresentados, bem como a definição da necessidade de enxergar na antijuridicidade, além de seus elementos objetivos, certa direção da vontade, que compõe sua faceta subjetiva.

A análise do elemento antijuridicidade leva necessariamente à consideração das suas excludentes, em regra agrupadas de acordo com a ocorrência de uma situação de necessidade, de atuação do direito e também da falta de interesse do titular do bem agredido. Em relação às excludentes, é possível, como se pretende descrever, apontar características gerais, bem como pressupostos, também de ordem geral, necessários a sua configuração.

A partir da conceituação da antijuridicidade, serão abordadas as diferentes posições concernentes às suas funções e à relação com o tipo penal, destacando a sua função indiciária. Por sua vez, procura-se, a partir desta relação estabelecida, destacar a proposta doutrinária da teoria dos elementos negativos do tipo, como um retorno à concepção bipartida de crime.

Por fim, apresenta-se a doutrina do espaço livre de direito, uma construção que se propõe à exclusão de determinadas condutas da própria valoração jurídica, algo que antecede o juízo de antijuridicidade, apontando condutas não puníveis sobre as quais não se poderia atribuir o caráter de antijurídicas.

1. Conceito de crime: perspectiva analítica

Em regra, a teoria do delito, na delimitação de seu objeto, propõe três grandes definições do mesmo, a partir de diferentes aspectos, determinando o conceito formal, o conceito material e o conceito analítico de delito.

Em linhas gerais, pode-se dizer que o crime, sob uma perspectiva formal, é considerado como todo fato proibido pela lei sob a ameaça de pena. Nesse seu conceito mais aparente, a sanção penal representa sua matéria definidora[1], como o ponto de referência comum a todos os preceitos jurídico-penais.[2]

O conceito material de crime se relaciona ao seu conteúdo valorativo. Esta definição, BRUNO aponta como decorrência da delimitação do delito natural, idealizada por Garófalo, uma vez que as concepções iniciais do positivismo criminológico acerca do criminoso nato afirmavam um impulso natural para o crime. Sendo assim, por coerência com a própria teoria, seria necessária uma definição de crime para além unicamente da determinação legal.[3] Para a concepção material, integra o crime entendido como "toda ação ou omissão proibida pela lei, sob a ameaça de pena" a ofensa a um bem ou valor da vida social.

Contudo, para ZAFFARONI *et alii*[4], os conceitos de delito não se contrapõem, como se sugeriria em razão da sua diferenciação, mas antes entremeiam seus elementos. Assim, uma concepção formal, imprescindível, uma vez que ressalta o princípio da legalidade, além de demonstrar o caráter discricionário da criminalização primária, não pode afastar o conteúdo de valor, ou violaria o princípio da lesividade. Em sentido contrário, uma definição puramente material, que põe em destaque este princípio, promoveria um retorno a sua mencionada origem, retornando à ideia do delito natural.

De toda forma, não se pretende proceder, neste momento, a uma discussão sobre o conceito de crime, muito mais ampla do que o objeto do presente trabalho. Considerando como aspecto do delito que se pretende abordar a antijuridicidade, utiliza-se a compreensão da mesma como elemento do crime, que é trazida, ou sistematizada, por uma perspectiva analítica.

---

[1] BRUNO, Aníbal. *Direito Penal. Parte geral. Tomo I*. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 281.
[2] ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito.* Traducción de la 2ª edición alemana y notas: Diego-Manuel Luzún Peña; Miguel Díaz y Garcia Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 41.
[3] BRUNO, Aníbal, *op. cit.*, p. 282.
[4] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro, segundo volume: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade.* 2ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 21.

Esta perspectiva, por sua vez, não poderia deixar de trazer em si definições formais e materiais, sendo utilizada para possibilitar ao sistema penal o conhecimento dos elementos que, caso presentes, determinarão e permitirão o exercício do poder punitivo.[5]

A construção de um conceito de delito a partir da análise de seus elementos constitutivos, como aponta FRAGOSO[6], tem sua primeira manifestação em Carmignani, na primeira metade do século XIX, mas já estando implícita em diversos predecessores. Carmignani, ao definir as *forças* constitutivas do fato delituoso, no lugar dos elementos do crime, distinguiria a força moral da força física. Quanto à primeira, teríamos a culpabilidade e o dano moral do delito; em relação à segunda, a ação com que o agente executa o "desígnio malvado" e o dano material do delito.

Partindo-se destas definições, FRAGOSO identifica a origem da definição bipartida das forças ou elementos do crime, com o reconhecimento de um elemento objetivo e de um elemento subjetivo, que iria despontar como doutrina no século seguinte. Assim, no início do século XX, a teoria do delito, na construção das categorias do seu conceito analítico, tinha como característica a definição do injusto como objetivo e a culpabilidade considerada psicologicamente.[7]

A conceituação dos elementos do crime trazia a distinção entre um aspecto objetivo e outro subjetivo, sendo o primeiro, portanto, uma ação ou omissão típica e o segundo, a vontade criminosa ou a negligência.[8] Na conceituação bipartida de delito, a tipicidade e a antijuridicidade formariam uma unidade, o tipo penal reuniria os elementos positivos e as justificações os elementos negativos de injusto.

Esta teoria acerca dos elementos do delito se mostrou insuficiente, pois ao se considerar o injusto de forma unicamente objetiva, a determinadas condutas restaria impossível sua individualização prescindida de uma análise que considerasse aspectos subjetivos. Temos a exemplo, tomando o delito de homicídio em nosso Código Penal, a distinção entre o homicídio simples e o homicídio cometido "para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro crime".[9]

Como para a concepção bipartida não se fazia a distinção entre tipicidade e antijuridicidade dentro do injusto penal, houve a necessidade de se agregar outro elemento, uma

[5] *Idem*.
[6] FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal. A nova parte geral.* Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 144.
[7] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro. Parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 395.
[8] FRAGOSO, Heleno Cláudio, *op. cit.*, p. 149.
[9] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, *op. cit.*, p. 394.

vez que uma série de condutas antijurídicas e culpáveis não consistia em delitos. Assim, compreendia-se o crime como a conduta antijurídica, culpável e punível. A punibilidade seria a exigência de que a ordem jurídica impusesse ao fato uma sanção penal, presentes os componentes anteriores.

A partir da obra de Beling, em 1906, com o desenvolvimento da sua teoria do tipo, introduziu-se a tipicidade ao conceito de crime[10], destacada dos outros dois elementos e inserida junto à antijuridicidade no injusto penal, ainda mantendo a sua estrutura objetiva, conhecido como o sistema clássico de delito.

Posteriormente, como ruptura do esquema "objetivo-subjetivo", notou-se a necessidade de incorporação de elementos subjetivos do injusto como forma de precisar seu conteúdo.[11] Em outro sentido, também a culpabilidade não poderia ser explicada somente com base em elementos subjetivos.

A distinção entre um injusto essencialmente objetivo e a culpabilidade fundamentalmente subjetiva ainda se fazia presente nessa nova estruturação do delito, o sistema neoclássico ou o neokantismo, só que admitindo as necessárias exceções. MEZGER, nesse sentido, afirmava que a antijuridicidade representa um juízo impessoal-objetivo realizado pelo ordenamento jurídico sobre o fato, que, por sua vez, poderia conter elementos subjetivos. O injusto se refere ao aspecto externo, objetivo, bem como, apresentado em caráter de exceção, ao aspecto interno, com os elementos subjetivos do injusto.[12]

Ainda em relação à antijuridicidade, SOUZA e JAPIASSÚ[13] apontam que a mesma, no sistema neoclássico, passa a se revestir da ideia de danosidade social para se chegar à compreensão do injusto penal, algo para além da integração subjetiva.

SOUZA e JAPIASSÚ ao descrever o momento seguinte na construção da teoria do crime, trazem a perspectiva totalizadora da Escola de Kiel, que surge a partir dos anos 1930, entre o neokantismo e o finalismo e, sob a égide do Nazismo, torna-se central no desenvolvimento da dogmática jurídico-penal. Esta escola teve seu fim com o término do referido regime e trouxe proposições condizentes com a adoção de um Direito Penal do autor.[14]

---

[10] BRUNO, Aníbal, *op. cit.*, p. 289.
[11] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, *op. cit.*, p. 398.
[12] MEZGER, Edmund. *Derecho penal. Libro de estudio. Parte general.* Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958, p. 81-82.
[13] SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal. Parte geral.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 142.
[14] "Em síntese, propuseram uma perspectiva intuitiva, baseada na noção de infração do dever, restringindo as possibilidades de causas de justificação e exculpação, introduzindo a teoria do tipo de autor (Direito Penal do autor). Isto possibilitou a manipulação de vários conceitos, culminando no irracionalismo, no decisionismo, no arbítrio protagonizado pela Gestapo e, com isso, na autossupressão da própria Ciência do Direito Penal." *op. cit.*, p. 143.

Como assevera MIR PUIG, a Escola de Kiel buscava elevar a pretensões científicas os princípios do direito positivo nacional-socialista. Assim, como a própria ideologia que representou, baseou-se no irracionalismo, uma manifesta negação da racionalidade do direito por meio de um programa ambicioso, rechaçando a lógica e priorizando uma interioridade essencial da vida, em razão de uma "pobreza" dos conceitos abstratos.

Na realidade, se ocultava a sua real e já mencionada finalidade: atribuir caráter científico às ideias penais de Hitler. Como exemplo, o autor traz a derrogação do princípio da legalidade com a admissão da analogia *contra reo* e a criminalização das condutas contra o "são sentimento do povo alemão".[15]

Posteriormente, tivemos no desenvolvimento da teoria do crime as formulações finalista e funcionalista. O finalismo, centro da discussão dogmática penal nas duas décadas que se seguiram ao fim da Primeira Guerra Mundial, traz um novo sistema do direito penal, desenvolvido por Hans Welzel. Parte-se de um novo conceito de ação, onde o homem, por meio de uma antecipação mental, pode controlar o curso causal, elegendo os meios necessários para alcançar determinado objetivo.[16]

Desta maneira, como uma das mais marcantes mudanças do finalismo, aponta-se o deslocamento do dolo e também a culpa para o injusto.[17] SOUZA e JAPIASSÚ apontam três mudanças fundamentais: a consciência da antijuridicidade passa a integrar a culpabilidade; a distinção entre erro de tipo (excluindo o dolo, e, por conseguinte, a tipicidade) e erro de proibição (excluindo a culpabilidade) e, em relação ao concurso de pessoas, a participação condicionada à presença do dolo no fato principal.[18]

A necessidade de desenvolver um modelo de Direito Penal que não resultasse na inflexibilidade de suas estruturas, uma vez que o finalismo abrangeu posições como a consideração como elemento decisivo para o conceito de injusto somente o desvalor da ação, dá espaço a uma nova elaboração teórica. O funcionalismo surge a partir dos anos 1970, como ponto central a vinculação das categorias do delito às *finalidades* do Direito Penal, havendo inúmeras orientações, idealizadas por diferentes autores.[19]

---

[15] MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases Del derecho penal. Concepto y método*. 2ª edición. Buenos Aires: B de F, 2003, p. 236 *et seq*.
[16] ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Tradução e introdução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 200.
[17] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal. Parte geral, 1*. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 269.
[18] SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano, *op. cit.*, p. 144.
[19] *Ibidem*, p. 145.

De toda forma, após essa breve exposição do desenvolvimento da teoria do crime a partir de algumas de suas características, pode-se afirmar que a dogmática penal se fixou, em regra, no que concerne às categorias do conceito analítico de crime, nos seguintes elementos: ação ou omissão, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Essa é a abordagem que proporciona uma base teórica para que seja possível e segura a aplicação da lei penal, pois se procede à verificação da existência do delito a partir da presença de seus elementos essenciais.[20]

No que se refere especificamente à antijuridicidade, é possível notar a variação do seu conteúdo no desenvolvimento da teoria do crime, relacionada à variação da conceituação bipartida do delito para a tripartição, trazendo a tipicidade e a antijuridicidade como elementos autônomos. Nota-se, ademais, a incorporação dos elementos subjetivos ao injusto penal, modificando a concepção da antijuridicidade como unicamente um aspecto objetivo e externo do crime.

Essas considerações servem como ponto de partida para uma definição da antijuridicidade e de seus caracteres presentes na construção da dogmática jurídico-penal, compreendendo a mesma como um dos elementos do crime.

2. Antijuridicidade como elemento conceitual do crime

A juridicidade e a antijuridicidade, de acordo com SANTOS, são os conceitos mais gerais do ordenamento jurídico, sendo que a antijuridicidade pode ser compreendida como a contradição que se dá entre a conduta humana e uma norma permissiva ou proibitiva.[21]

O sistema punitivo do Estado se expressa por meio da proibição de determinadas condutas e imposição de outras, estando descritas nos variados tipos de delito.[22] Como afirma ROXIN, uma ação típica deve ser antijurídica, proibida. A tipicidade, em regra, indicia a antijuridicidade. Isto porque o legislador não criaria um tipo penal, descrevendo uma conduta, caso ela não fosse normalmente proibida.[23]

Desta forma, atribui-se à tipicidade esta função indiciária da antijuridicidade[24], que estará presente a não ser que ocorra uma causa de justificação. MUÑOZ CONDE determina,

[20] *Ibidem*, p. 157.
[21] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte geral*. 3ª edição. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008, p. 225.
[22] FRAGOSO, Heleno Cláudio, *op. cit.*, p. 186.
[23] ROXIN, Claus. ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*., p. 191.
[24] Como se referirá a seguir, existem compreensões divergentes a respeito das relações entre tipicidade e antijuridicidade, dentre as quais se destacará a teoria dos elementos negativos do tipo.

portanto, que o juízo de antijuridicidade, em termos práticos, é aferido por meio de uma constatação negativa, que é a ausência da causa de justificação.[25]

Como assevera FRAGOSO, a antijuridicidade não é termo sinônimo de injusto. Sendo a primeira a relação de contrariedade entre fato típico e norma, o injusto é a conduta ilícita e ela uma qualidade deste. No injusto se compreende a ação típica e antijurídica. O ilícito pode ter naturezas distintas, o ilícito penal, o ilícito administrativo, o ilícito civil; já a antijuridicidade, esta é una, um atributo geral em relação à ordem jurídica como um todo e não particular ao Direito Penal.[26]

A antijuridicidade apresenta dois aspectos distintos, um de caráter formal e outro de caráter material. A antijuridicidade formal é a realização da conduta típica, a contradição do fato com as normas jurídicas. Já a antijuridicidade material representa a lesão que o comportamento proibido causa ao interesse jurídico protegido, ou seja, retrata o desvalor da lesão ou do perigo causado ao bem jurídico.

Para SOUZA e JAPIASSÚ, as consequências da face material da antijuridicidade são a construção jurisprudencial do princípio da insignificância, a possibilidade de existência de causas supralegais excludentes da antijuridicidade e a despenalização de determinados comportamentos típicos em razão da desnecessidade de se proteger penalmente certos bens. [27]

[25] MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 85-86.
[26] FRAGOSO, Heleno Cláudio, *op. cit., loc. cit.*
[27] SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano, *op. cit.*, p. 217-218.

3. Antijuridicidade e antinormatividade

Quando se trata da definição de antijuridicidade, há a menção a outro elemento presente no ordenamento jurídico: a antinormatividade. A ordem jurídica é composta pelo conjunto de normas jurídicas (ordem normativa) e pelos preceitos permissivos. A antinormatividade pode ser compreendida como a contradição do fato realizado à norma que se antepõe ao tipo legal. Desta forma, a conduta penalmente típica também será, necessariamente, antinormativa.[28]

Contudo, há que se ressalvar que a mera adequação da conduta ao tipo legal, por si só, não é suficiente para determinar a antinormatividade. Isto porque, considerando-se que o tipo penal é criado pelo legislador para tutelar o bem jurídico contra condutas proibidas pela norma, algumas ações ou omissões, embora formalmente se adequem ao modelo descrito, não podem ser consideradas contrárias às normas ou lesivas ao bem jurídico.

Assim, é necessária uma análise em relação à afetação do bem jurídico que, segundo ZAFFARONI e PIERANGELI, seria uma etapa subsequente ao juízo de tipicidade. Uma vez que comprovada a tipicidade legal, haveria a indagação acerca da antinormatividade. Em estando esta comprovada, poder-se-ia concluir pela tipicidade penal da conduta.[29]

Como já mencionado anteriormente, a antijuridicidade surge não só do direito penal, mas da ordem jurídica como um todo, uma vez que o preceito permissivo que neutraliza a antinormatividade da conduta pode advir de qualquer lugar do direito. Aqui os autores tomam como exemplo o hoteleiro que vende a bagagem do freguês, no caso de haver perigo na demora, o que, em tese configuraria o delito de apropriação indébita, previsto no artigo 168 do Código penal - conduta antinormativa, mas que não é antijurídica, levando-se em conta o preceito permissivo previsto no Código Civil.[30]

4. Excludentes de antijuridicidade ou causas de justificação

Assumindo a tipicidade como indiciária da antijuridicidade, com todas as considerações feitas anteriormente, temos as causas de justificação como seus elementos de negação. Assim,

[28] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, *op. cit.*, p. 567.
[29] *Ibidem*, p. 456.
[30] *Ibidem*, p. 568.

em relação a algumas ações típicas, pela particular posição em que o agente se encontra, elas são compreendidas pelo direito como lícitas.[31]

FRAGOSO sistematiza as causas de justificação em três grupos, de acordo com a situação que lhes dá causa. Temos, desta forma, as causas que decorrem de uma situação de necessidade (o estado de necessidade e a legítima defesa), as que decorrem da atuação do direito (o exercício regular de direito e o estrito cumprimento de dever legal) e as que decorrem de uma situação de ausência de interesse (o consentimento do ofendido).[32]

No que se refere ao ordenamento pátrio, as causas de exclusão da antijuridicidade podem ser encontradas no próprio Código Penal, na Parte Geral, em seus artigos 23 e seguintes, e também há as reguladas pela Parte Especial. Ademais, temos como possível a exclusão com base no direito consuetudinário, como resultado da totalidade do ordenamento jurídico e também as causas previstas na legislação extravagante, bem como na lei processual penal.[33]

Estas causas são os tipos permissivos presentes em nosso ordenamento jurídico, que pressupõem, por certo, a existência de uma tipicidade proibitiva. Assim, o tipo permissivo seleciona, entre as condutas revestidas de antinormatividade, ou típicas, aqueles que permite.

As causas excludentes teriam por exigência a presença de um elemento subjetivo, pois como já visto, há a necessidade de compreensão da antijuridicidade para além do seu aspecto objetivo, em contraposição à ideia de que ela se exclui simplesmente pela verificação objetiva das hipóteses de exclusão.

Da mesma forma em que se tem o injusto fundado no desvalor da ação e no desvalor do resultado, a sua exclusão também deve se pautar sob um juízo de valor sobre a ação e sobre o resultado das excludentes. Assim, a exclusão da antijuridicidade depende da presença de pressupostos objetivos e também da existência de certa direção da vontade positivamente valorada.[34] Em outras palavras, já que os dois tipos, o proibitivo e o permissivo atuam individualizando condutas, ambos têm por necessidade componentes objetivos e subjetivos.

As hipóteses de justificação, presentes os seus elementos, não só impedem a imposição ao autor do fato típico de uma sanção penal, como também tornam o fato lícito, aprovado pelo ordenamento jurídico.

---

[31] BRUNO, Aníbal, *op. cit.*, p. 366.
[32] Tais causas são encontram-se esquematizadas desta forma pela doutrina pátria, que as define e aponta os requisitos necessários a sua configuração.
[33] SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano, *op. cit.*, p. 218.
[34] PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro. Volume 1. Parte geral.* 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 360-361.

Deste fato decorrem algumas consequências, como explicita MUÑOZ CONDE. Pode-se extrair que, diante de um ato justificado não cabe a legítima defesa, uma vez que ela pressupõe uma agressão injusta; a participação em um ato justificado, por seu turno, também será justificada; exime o juízo de culpabilidade sobre o autor do fato e, por fim, as causas de justificação têm por limite o âmbito de proteção do bem que se permite agredir, seja a hipótese de renúncia pelo seu titular, de importância sobre o outro, ou de aplicação do direito. Significa esta última afirmação que qualquer extralimitação no exercício de uma causa de justificação será antijurídica, o que a doutrina denomina de excesso nas causas justificantes.[35]

A regra que existe, portanto, é que uma conduta típica não será antijurídica se presente hipótese de exclusão. Interessante notar, todavia, que ao se proceder à análise de determinados tipos penais e dos bens jurídicos a ele referentes, nota-se que a utilização das causas de exclusão da antijuridicidade não é possível, ou seja, não são elas aplicáveis de forma absoluta no ordenamento jurídico.

Na *Era dos direitos*, BOBBIO afirma a existência de direitos fundamentais, que são, em realidade, construções históricas, apontando o seu caráter de flexibilidade. O direito à vida, por exemplo, considerado em regra objeto de máxima proteção pelos ordenamentos jurídicos, um tabu social civilizatório, não é absoluto. A supressão da vida pode encontra hipóteses de justificativa dentro do próprio ordenamento.

Para BOBBIO, todavia, haveria dois direitos não passíveis de flexibilização ou limitação, direitos cuja violação não encontraria justificação: o direito de não ser escravizado e o direito de não ser torturado.

> Inicialmente, cabe dizer que, entre os direitos humanos, como já se observou várias vezes, há direitos com estatutos muito diversos entre si. Há alguns que valem em qualquer situação e para todos os homens indistintamente: são os direitos acerca dos quais há a **exigência de não serem limitados nem diante de casos excepcionais**, nem com relação a esta ou àquela categoria, mesmo restrita, de membros do gênero humano (é o caso, por exemplo, do **direito de não ser escravizado** e **de não sofrer tortura**). Esses direitos são privilegiados, porque não são postos em concorrência com outros direitos, ainda que também fundamentais. Porém, até entre os chamados direitos fundamentais, os que não são suspensos em nenhuma circunstância, nem negados para determinada categoria de pessoas, são bem poucos: em outras palavras, são bem poucos os direitos considerados fundamentais que não

[35] MUÑOZ CONDE, Francisco, *op. cit.*, p. 91-92.

> entram em concorrência com outros direitos também considerados fundamentais, e que, portanto, não imponham, em certas situações e em relação a determinadas categorias de sujeitos, uma opção.[36]

Portanto, sob esta ótica, a escravização e a tortura dos seres humanos nunca se apresentariam como opções necessárias à preservação de outros direitos como práticas institucionalizadas, em que se pesem formulações teóricas e a ocorrência de episódios em sentido contrário.[37] Essas seriam hipóteses de fatos típicos onde não seria possível a aplicação de qualquer das causas excludentes de antijuridicidade.

Em relação à tortura, nota-se presente na doutrina a discussão sobre sua flexibilização nos chamados "casos de bomba-relógio", apesar de encontrar defensores, é muito criticada pela doutrina, que rechaça qualquer possibilidade de institucionalização da tortura.

Sobre o direito de não ser escravizado mencionado por BOBBIO, cabe trazer como exemplo a hipótese prevista em nosso Código Penal, no seu artigo 149, que traz o crime de "redução à condição análoga de escravo". Em relação a este crime, há um consenso sobre a invalidade do consentimento do ofendido como causa excludente da antijuridicidade, dada a proteção do *status libertatis*, uma vez que o mesmo tem dimensão distinta da simples privação da liberdade, ou, ainda, do constrangimento ilegal (estes sim, flexibilizáveis e, em tese, passíveis da existência das excludentes).

5. Tipicidade e antijuridicidade: a teoria dos elementos negativos do tipo

[36] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 18-19.

[37] Um exemplo foi o caso Metzler-Gäfgen-Daschner, na Alemanha. "O diretor adjunto da polícia de Frankfurt am Main, Wolfgang Daschner, ordenou a um subordinado que, durante o interrogatório (levado a cabo no dia 1º de outubro de 2002) ameaçasse o detido, Magnus Gäfgen – que havia sequestrado, no dia 27 de setembro de 2002, um menino de 11 anos, Jakob von Metzler – para que Gäfgen revelasse onde ocultara o sequestrado. Se Gäfgen não cooperasse, lhe foi dito que sofreria dores inimagináveis. O detido, impressionado com a ameaça, acabou por revelar o paradeiro da criança, que já havia morrido antes do interrogatório, asfixiada pela fita isolante com a qual havia sido amordaçada. Em 20 de dezembro de 2004, Wolfgang Daschner e o agente de policia que obrou sob seu comando foram condenados pelo delito do § 343 StGB, coação para obter uma declaração – Aussageerpressung)". GRECO, Luís. *As regras por trás da exceção – reflexões sobre a tortura nos chamados "casos de bomba-relógio"*. Revista Unicuritiba, V. 23, n. 7, 2009, p. 236.

Sobre as relações entre a tipicidade a antijuridicidade, ZAFFARONI e PIERANGELI afirmam ser possível notar três proposições distintas. A primeira delas, que quase não encontra mais defesa pela doutrina, é de que a tipicidade não possui uma função indicadora da antijuridicidade, sendo conhecida como a teoria do "tipo avalorado". A segunda posição, sustentada por Mayer, aborda a tipicidade como uma presunção *iuris tantum*, ou seja, passível de prova em contrário, da antijuridicidade, que é a teoria utilizada como base para a exposição anterior, conhecida como teoria do "tipo indiciário".

Como terceira proposição, tem-se a tipicidade como *ratio essendi* da antijuridicidade. Esta terceira posição, segundo os referidos autores, se desenvolve em duas vertentes: a primeira delas afirma que a tipicidade, em regra, implica na antijuridicidade, podendo esta, todavia, ser excluída se presente uma causa de justificação, é a teoria do "tipo de injusto". Haveria uma afirmação *a priori* da antijuridicidade, para uma posterior negação da mesma.

A outra vertente, a teoria dos "elementos negativos do tipo", tem por base um retorno ao conceito bipartido de crime, anterior à introdução do conceito de tipo penal. Esta teoria surge como proposta dogmática a reunião dos elementos da tipicidade e da antijuridicidade que, como visto, até a redefinição trazida por Beling em 1906, formavam uma unidade. [38]

A teoria dos elementos negativos do tipo criou o conceito de tipo total de injusto, agregando todos os elementos fundamentadores e excludentes do injusto. Assim, nega autonomia às causas excludentes da ilicitude, que devem estar agregadas ao tipo de delito como requisitos negativos. Para esta teoria, o dolo do agente abrange não só os dados materiais do tipo, como também a inexistência das causas de justificação, não há dolo quando as mesmas estão presentes.

Como afirma URBINA GIMENO[39], há a tendência de alguns autores em considerar o conceito bipartido de crime como condicionado à formulação da teoria dos elementos negativos do injusto. Contudo, essa afirmação não seria correta, uma vez que, segundo o mesmo, outras fundamentações poderiam servir à teoria bipartida, que não só e referida teoria.

Atribui-se a Binding uma das primeiras formulações representando o que se aproxima da posterior formulação da teoria dos elementos negativos do tipo. A presença de uma norma permissiva restringe a aplicação da norma, fazendo com que ela deixe de ser uma norma absoluta e passe a ser uma norma condicionada ("não deve matar" – "não deve matar se não

[38] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, *op. cit.*, p. 453 *et seq.*

[39] URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de. *La teoría de los elementos negativos del tipo: ¿una invención jurídico-penal? In:* Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat. Tomo II. GARCÍA VALDES, Carlos *et al* (Coord.). Madrid: Edisofer, 2008.

houver circunstância que permita ou obrigue a fazê-lo"). Isso traria uma fundamentação muito próxima à ideia de que as causas de justificação seriam elementos negativos de um tipo global de injusto. Contudo, o próprio Binding rechaçou a teoria dos elementos negativos do tipo.

Merkel é considerado um dos fundadores da teoria, na primeira edição do seu Tratado, em 1889, tratando dos elementos negativos do tipo, exemplificando como um deles a legítima defesa. Utiliza a expressão "tipo", se referindo ao que se chamaria de "tipo total", ou seja, o conjunto de requisitos materiais a cuja presença se condiciona a imposição de uma pena, encaixando-se também nesta conceituação as excludentes de culpabilidade.

Frank promoveu a teoria dos elementos negativos do tipo, afirmando que a antijuridicidade não é um elemento positivo do tipo, mas que sua ausência é um elemento negativo. Foi criticado nessa afirmação, uma vez que se as causas de justificação são elementos negativos do tipo, toda ação típica seria antijurídica.

No Brasil, destaca-se como adepto desta teoria REALE JÚNIOR, que utiliza a expressão "antijuridicidade concreta" para determinar que não há *tipicidade* caso a conduta descrita não seja antijurídica. Portanto, ocorrendo uma causa de justificação, não haveria adequação típica.

Para tanto, traz o exemplo da legítima defesa:

> Ao atuar em legítima defesa, o agente quer, por exemplo, matar o agressor, mas não age, pressupõe o legislador, em função de um menosprezo ao valor vida, mas em função de um outro valor, cuja positividade também é tutelada por outros modelos jurídicos, qual sejam, os valores vida, integridade física, honra, patrimônio, segurança do Estado. Se o agente quis o evento morte do agressor, a sua intenção, entretanto, não se voltava contra o valor tutelado, mas apenas o fato era o meio adequado e necessário para que ele defendesse outro valor. A intenção axiologicamente significativa e negativa que integra o dolo inexiste na legítima defesa. Assim sendo, incorre adequação típica, porque em legítima defesa, estado de necessidade ou exercício regular de direito, a posição valorativa própria da ação, por presunção legal, em vista da presença desses requisitos, não se dirige à negação do valor tutelado e materialmente ofendido.[40]

A teoria dos elementos negativos do tipo foi objeto de críticas, especialmente para os finalistas, mas continuou sendo explorada pelos estruturadores de uma teoria bipartida de delito.

[40] REALE JÚNIOR, Miguel. *Antijuridicidade concreta*. São Paulo: José Bushatsky, 1974, p. 53

Como visto, o nosso ordenamento é formado não só por normas proibitivas, mas também permissivas. A questão do conflito de destas normas se resolveria, de acordo com Minas-von Savigny, de algumas formas entre as quais aponta a teoria dos elementos negativos do tipo.[41]

A primeira delas seria a de que, em havendo entre as normas em relação de subordinação, uma terceira regularia essa colisão, pois se estabelece que só será aplicada a consequência jurídica de uma delas. Haveria, portanto, três premissas. A primeira premissa determina a norma proibitiva, que sanciona a conduta. A segunda, a norma permissiva. A terceira premissa diz que se a norma permissiva é aplicável, a proibitiva não será. Nega-se a aplicação da norma.

A segunda forma de resolução do conflito seria a hipótese em que, havendo dois enunciados, um deles é proibitivo, determinando a aplicação de uma consequência jurídica e o outro afastaria a aplicação da consequência jurídica.

A terceira compreenderia a teoria dos elementos negativos. Aplica-se a norma proibitiva se, no caso concreto, não se manifestou nenhum elemento de negação do tipo. Para o sujeito que atua o ordenamento jurídico não ofereceria uma dupla qualificação à conduta, ou seja, primeiro permitida e depois proibida. Desde o início, a conduta é permitida. A legítima defesa é tomada como exemplo: a partir do momento em que o sujeito inicia a ação em legítima defesa essa ação já é permitida. Haveria duas normas, mas do ponto de vista prático somente uma mensagem normativa, a da permissão.

Para os defensores da teoria dos elementos negativos do tipo, ela evitaria a impressão de que há uma contradição entre normas, transforma uma situação de colisão em uma hipótese de heterogeneidade, nenhuma conduta se encaixa na proibição e na permissão ao mesmo tempo.

Por certo, é questionável a relevância lógica e teórica de uma impressão. De acordo com URBINA GIMENO, esta teoria se trata não somente da relação entre tipo e antijuridicidade, mas é uma teoria geral sobre o conflito de normas, em que se pese a existência de teorias alternativas que se adéquam melhor ao desenvolvimento atual da teoria do delito. De toda forma, a moderna e majoritária doutrina do Direito Penal afirma que a tipicidade e a antijuridicidade constituem fases distintas e inconfundíveis de valoração do fato punível.

6. A doutrina do "espaço livre de direito"

[41] URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de, *op. cit.*

De acordo com KAUFMANN[42], o conceito de espaço livre de direito é utilizado para compreensão e interpretação da norma jurídica - determinar o que seria elegível pela regulação jurídica e o que seria atribuível ao espaço livre de direito. De acordo com Larenz, uma lei só poderia ter lacunas se elas não se referem a uma questão que tenha sido deixada ao espaço livre do direito.

KAUFMANN determina haver uma distinção entre o que *não é regulado* pelo direito e o que *não é valorado* pelo direito. O espaço livre de direito seria aquilo que não é valorado pelo direito – algo que se conhece juridicamente, mas que não se valora.

Assim sendo, teríamos nesse espaço comportamentos que são juridicamente relevantes, mas que uma categorização como lícitos ou ilícitos seria inadequada. Nesse espaço se diz o que *não é punível*, sem afirmar se ele não é ilícito, ou não é censurável ou qualquer outra coisa.

O autor questiona sobre as condutas realizadas o espaço livre de direito poderem ser classificadas somente como lícitas ou ilícitas. Assim, traz o exemplo da Tábua de Carnéades. Nesse exemplo, há dois náufragos e uma tábua capaz de sustentar apenas um deles, evitando o seu afogamento e morte. Desta forma, um deles, afastando o outro à força, consegue se salvar.

Seria, dogmaticamente, um estado de necessidade exculpante[43], estando caracterizada a ilicitude. Isso é entender que agir de acordo com as normas proibitivas ou permissivas do ordenamento jurídico significaria os dois morrerem ou um dos dois morrer voluntariamente.

Também descreve a situação do médico-chefe que, tendo dois pacientes feridos graves e um equipamento apenas para realizar o salvamento, escolhe um dos dois. Aqui também, independente da escolha, ele estaria agindo ilicitamente (pois também se trata de estado de necessidade exculpante). Não há causa de justificação que possa defender a escolha ter recaído sobre um e não sobre o outro.

Assim, não deveria se atribuir o caráter de antijuridicidade para as condutas que ocorrem no espaço livre de direito, mas também não se poderia classificá-las como lícitas, pois há a lesão de bens jurídicos que são protegidos pelo ordenamento e também não há nenhuma regra que diga que toda pessoa deva agir de tal maneira, por exemplo, no caso da tábua, que toda pessoa que esteja nessa situação tenha o dever de subjugar a outra para sobreviver.

O suicídio também, segundo KAUFMANN, deveria ser uma dessas hipóteses, não sendo considerado lícito ou ilícito. Desta forma, para a teoria do livre espaço de direito, estas

---

[42] KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. *(Cap. 15. A doutrina do "espaço livre de Direito")*. 3ª edição. Lisboa: Caloustre Gulbenkian, 2007.

[43] Ressalve-se que o Código Penal brasileiro não adotou a teoria diferenciadora entre estado de necessidade justificante e exculpante. O Código Penal Militar, por sua vez, adota a diferenciação ao tratar do conflito entre determinados bens e o dever de servir à Pátria.

questões não se colocariam uma vez que haveria uma terceira via que não considerar como lícito ou ilícito, que é a da não valoração, abster-se de realizá-la, pois assim se caminharia para uma sociedade mais tolerante, não taxando de típicas estas condutas referidas e outras mais que possam ser justificadas.

Conclusão

Os conceitos formal, material e analítico do delito, que são apresentados em categorias distintas, possuem em sua essência e significação direta relação. Afirmar que o crime é todo fato proibido pela lei sob a ameaça de pena é determinar um aspecto formal do qual não se pode prescindir. De toda forma, somente esta definição não se faz suficiente para a criminalização de uma conduta e subsequente imposição de uma pena.

Desta insuficiência surge a necessidade de um conteúdo valorativo a ser conferido ao crime, uma vez que sua configuração está vinculada à ofensa ou exposição a perigo de um bem ou valor da vida social. A perspectiva analítica de crime disseca o fenômeno a partir da descrição dos seus elementos, condicionando-o, por sua vez, à presença dos mesmos. É a partir da reunião destes conceitos que o sistema penal pode exercer o seu poder punitivo.

O conceito analítico se define a partir dos seus elementos: ação ou omissão, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. A evolução da teoria do crime traz essa concepção tripartida de delito e aponta como necessários a todas estas qualidades da conduta a presença dos elementos objetivo e subjetivo, um uma alteração da concepção do injusto como objetivo e externo e da culpabilidade como subjetiva e interna.

Nessa seara, a antijuridicidade pode ser definida como a contradição entre o fato típico e a norma. Em que se pesem as divergências apresentadas pela doutrina, parece lógica a definição da tipicidade como indiciária da antijuridicidade, portanto, o fato típico será antijurídico, a menos que se esteja diante de uma das hipóteses de exclusão.

Ou, ainda, o que não parece distante desta conclusão, considerar a antinormatividade como a contradição do fato realizado à norma específica que se antepõe ao tipo legal e a antijuridicidade como a ausência de qualquer preceito permissivo posterior a esse juízo.

Estes preceitos permissivos são as excludentes de antijuridicidade ou causas de justificação. Por opção metodológica, não foram elas abordadas individualmente, com a descrição dos seus requisitos e pressupostos amplamente descrita na doutrina, uma vez que o objetivo, neste momento, foi o de traçar sua essência geral.

Assim, nota-se que, apesar de existir pensamento em contrário, razoável é a exigência para a configuração das excludentes do seu elemento subjetivo, uma direção da vontade positivamente valorada, além dos componentes objetivos.

Havendo uma excludente que preencha os requisitos objetivo e subjetivo, não haverá crime, uma vez que ausente a antijuridicidade. Como apresentado, esta exclusão não pode ser

aplicada de forma absoluta, em se tratando de determinados bens jurídicos sobre os quais uma agressão nunca restaria justificada. Para fundamentar esta afirmação, parte-se da concepção de Norberto Bobbio sobre a existência dos direitos fundamentais e inflexíveis de não ser torturado e de não ser escravizado, dos quais poderia derivar a inclusão de outros direitos.

O trabalho ainda apresenta duas proposições diferentes das tradicionalmente abordadas e relacionadas à antijuridicidade a discussão sobre a teoria dos elementos negativos do tipo e a doutrina do espaço livre de direito.

A teoria dos elementos negativos do tipo, trazendo um conceito total de injusto, ao reunificar a tipicidade e a antijuridicidade nega autonomia às excludentes, que são agregadas ao tipo de delito como elementos negativos. A sua proposta seria a de evitar a impressão de que haveria uma contradição de normas, a partir do momento de início da ação, se presente a excludente, ela já é permitida.

Contudo, há que se ressaltar que esta teoria põe em pé de igualdade as condutas não conhecidas, posto que não relevantes ao direito às condutas conhecidas, tipificadas, mas não contrárias ao direito em razão de serem justificáveis. Assim, cabe o exemplo dado de que para esta teoria as ações de matar um mosquito e um ser humano em legítima defesa são atípicas da mesma forma.

A doutrina do espaço livre de direito, por sua vez, como se apresentou, propõe uma terceira via para as condutas, para além da qualidade de jurídicas ou antijurídicas, distinguindo o que é regulado pelo direito daquilo que é valorado por ele. Segundo se propõe, seria uma alternativa para a não atribuição da qualidade de típicas às condutas justificadas.

Referências bibliográficas

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal. Parte geral, 1*. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal. Parte geral. Tomo I*. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal. A nova parte geral.* Rio de Janeiro: Forense, 1987.

GRECO, Luís. *As regras por trás da exceção – reflexões sobre a tortura nos chamados "casos de bomba-relógio"*. Revista Unicuritiba, V. 23, n. 7, 2009.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 3ª edição. Lisboa: Caloustre Gulbenkian, 2007.

MEZGER, Edmund. *Derecho penal. Libro de estudio. Parte general.* Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases Del derecho penal. Concepto y método*. 2ª edición. Buenos Aires: B de F, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro. Volume 1. Parte geral.* 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Antijuridicidade concreta*. São Paulo: José Bushatsky, 1974.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Tradução e introdução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito.* Traducción de la 2ª edición alemana y notas: Diego-Manuel Luzún Peña; Miguel Díaz y Garcia Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte geral*. 3ª edição. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal. Parte geral.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de. *La teoría de los elementos negativos del tipo: ¿una invención jurídico-penal? In:* Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat. Tomo II. GARCÍA VALDES, Carlos *et al* (Coord.). Madrid: Edisofer, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro, segundo volume: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade.* 2ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro. Parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.