



OS EFEITOS DA CONCEPÇÃO DO INJUSTO PENAL

THE EFFECTS OF THE CONCEPTION OF CRIMINAL INJUSTICE

Maria Fernanda Salesse Pereira¹

RESUMO : O injusto penal foi conceituado através dos penalistas Franz Von Liszt, Ernest Beling, Edmund Mezger, Mayer e Welzel. Também foram verificados os conceitos de ilicitude, antijuridicidade para entender os elementos do tipo penal e, ao final se percebe que os conceitos dogmáticos são importantes para a legislação penal. O método a ser utilizado será o comparativo buscando doutrinas, leitura de artigos e jurisprudências e a técnica de pesquisa será bibliográfica junto com pesquisa de caso a fim de se concluir sobre o assunto.

Palavras- chave: Injusto Penal; Ilicitude; Antijuridicidade.

ABSTRACT: The unjust criminal was conceptualized through the penitentiaries Franz Von Liszt, Ernest Beling, Edmund Mezger, Mayer and Welzel. The concepts of unlawfulness, anti-juridicality to understand the elements of the criminal type were also verified, and in the end one realizes that dogmatic concepts are important for criminal legislation. The method to be used will be comparative searching doctrines, reading articles and jurisprudence and the research technique will be bibliographical along with case research in order to conclude on the subject.

Keywords: Unjust Criminal; Unlawfulness; Antijuridicity.

¹ Graduada em Direito pelo Centro Universitário Toledo. Advogada e Pós-Graduada em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário Toledo.

INTRODUÇÃO

O objetivo do trabalho é verificar a relação entre o tipo penal e a ilicitude através da teoria *ratio essendi*, também chamada de teoria dos elementos negativos do tipo (tipo total de injusto), bem como a teoria *ratio cognoscendi*. Conforme veremos, para a doutrina, a primeira teoria possui duas vertentes e a segunda é a mais adequada. Salienta-se que no presente trabalho analisaremos as teorias que discorrem sobre o conceito de injusto penal, logo vêm às definições terminológicas. E, tendo em vista a esses vários conceitos da dogmática, pode-se afirmar que os elementos do delito foram se moldando com os estudos do injusto penal e ao final mostrar os seus efeitos.

1. O INJUSTO PENAL NA TEORIA DO CRIME

1.1 O Conceito de Injusto Penal

A definição de injusto penal vem sendo discutida desde o final do século XIX por alguns penalistas.

Franz Von Liszt e Ernest Beling, defensores do sistema clássico, o injusto consiste no fato típico, antijurídico e culpável, conforme discorre André Estefan: “Para os penalistas clássicos, o crime continha dois aspectos, a saber, um objetivo, composto pelo fato típico (ação + tipicidade) e pela antijuridicidade, e outro subjetivo, integrado pela culpabilidade. (2012, p.271)”. Já para o penalista Edmund Mezger a tipicidade era um estudo da antijuridicidade, dissertado pelo citado Autor:

O fato típico e antijurídico (injusto), somado à culpabilidade, compunha os requisitos do crime. A culpabilidade, no entanto, possuía três elementos, conforme se mencionou, e não era mais compreendida como mero liame psicológico que unia o autor ao fato (por meio do dolo ou da culpa), mas como a constatação da *reprovabilidade do ato* praticado pelo agente. (2012, p. 276/277).

E o penalista Mayer define o injusto como um fato típico, antijurídico e imputável. (ESTEFAN, 2012, p.2716)

Expondo de uma melhor forma, a averiguação de que a conduta é típica, isto é, se encontra descrita perfeitamente na legislação e antijurídica que é a contradição entre uma conduta e o ordenamento jurídico e concluído esses fatos temos o injusto penal, ou melhor, quando se menciona a palavra injusto penal quer dizer que o fato típico e a antijuridicidade já foram objetos de estudo, ficando, agora o estudo sobre a culpabilidade do sujeito, assim explicou Rogério Greco: “o injusto, portanto, e a conduta já valorada como ilícita.” (2012, p.181).

Esse conceito não se mistura com o tipo total do injusto porque, aqui, a tipicidade é estudada junto com a antijuridicidade, proposto pelos defensores da teoria *ratio essendi*, por isso o nome tipo total. Rogério Greco discorre em sua obra:

Ao contrario, para aqueles que adotam um *tipo total de injusto* não existem dois momentos distintos para sua analise, mas um único, vale dizer, ou o fato é típico e ilícito desde o inicio da analise, ou e um fato também permitido desde a sua origem, uma vez que, para essa teoria, o estudo analítico do crime e composto somente por duas características: tipo total de injusto (conduta típica e ilícita) e culpabilidade. (2012, p.181).

Portanto, vislumbra-se que o injusto típico e o tipo total de injusto são termos diferentes mesmo que estudam a figura típica e antijurídica e, ainda, a corrente predominante no Brasil é a tripartida, isto é, fato típico + antijurídico + culpável, conforme se verá abaixo.

2. DEFINIÇÕES TERMINOLÓGICAS

2.1 Ilicitude e Antijuridicidade

A maioria da doutrina adota ambas as palavras como sinônimas, a exemplo de Rogério Greco e André Estefan respectivamente, ou seja, a conduta do agente não está permitida no ordenamento jurídico.

Ilicitude, ou antijuridicidade, e a relação de antagonismo, de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico. Quando nos referimos ao ordenamento jurídico de forma ampla, estamos querendo dizer que a ilicitude não se resume a matéria penal, mas sim que pode ter natureza civil, administrativa, tributaria etc. Se a conduta típica do agente colidir com o ordenamento jurídico penal, diremos ser ela penalmente ilícita. (2012, p. 316).

Cuida-se a antijuridicidade ou ilicitude da contrariedade do fato com o ordenamento jurídico (enfoque puramente formal ou “ilicitude formal”), por meio da exposição a perigo de dano ou da lesão a um bem jurídico tutelado (enfoque material ou “ilicitude material”). (2012, p. 378).

Em vista disto, se percebe a uniformização desta terminologia e no presente artigo também serão usadas as palavras como sinônimas.

2.2 Ilicitude e Injusto Penal

O injusto penal nada mais é do que a junção do fato típico com a ilicitude, porque a medida que o tipo penal descreve uma conduta proibida, a ilicitude é a contradição desta conduta com o ordenamento jurídico, conforme Juarez Tavares (2000, *apud* LOPES 2012, p.14):

A composição do injusto penal se dá com a união do tipo penal e da ilicitude. Esses institutos não perdem as suas características de categorias autônomas da teoria do crime. Formam, juntos, um conceito maior: o injusto penal. Assim, enquanto o tipo penal descreve uma conduta proibida, a ilicitude determina uma relação de contradição entre essa conduta e a totalidade da ordem jurídica.

Roxin (2008, *apud* LOPES, 2012, p. 15) coloca o injusto penal também como a união da ação, do tipo e da ilicitude². Concluindo, o posicionamento do primeiro Autor nos parece mais aceitável justamente por unir os elementos do delito, quais sejam a tipicidade e a ilicitude, formando um conceito maior.

3. ELEMENTOS COMPONENTES DO INJUSTO PENAL: O TIPO PENAL

O tipo legal de crime é uma forma abstrata/ genérica no qual se explica as condutas do ordenamento jurídico, sejam elas proibitivas ou não. Esse conceito é adotado pelo Direito Penal.

Ocorre que, em 1906 Beling regulou o conceito de tipo penal dizendo que a tipicidade estava separada da antijuridicidade e da culpabilidade. Assim, o causalista se preocupava

com o comportamento humano no mundo exterior, ou seja, na ilicitude que averigua os juízos valorativos.

Ressalta-se que Beling o crime tinha dois aspectos porque houve a separação entre as partes objetivas e subjetivas. Nesse sentido, André Estefan discorre:

O fato típico integrava-se de ação (em sentido lato ou conduta) + tipicidade; nos crimes materiais, além destes, o resultado naturalístico e o nexo de causalidade (baseado na teoria da equivalência dos antecedentes). A antijuridicidade, que era decorrência da tipicidade do fato (embora fosse dela totalmente independente — Beling), dava-se com a ausência de alguma causa de justificação (ou excludente de antijuridicidade) e se compunha de elementos puramente objetivos. A culpabilidade, por fim, tinha a imputabilidade (entendida como capacidade de ser culpável) como seu pressuposto e se verificava com a constatação de que houve dolo ou culpa. (2012, p. 273).

Com o passar do tempo, devido a importância em conceituar o injusto penal houve vários estudos e mudanças neste conceito, mas sem deixar de lado a teoria causalista. Logo, para a teoria neokantista de Edmund Mezger o aspecto valorativo era analisado no Direito, expressando uma valoração negativa da Lei.

O injusto, ademais, persistia com natureza puramente objetiva, muito embora Mezger já admitisse que, em alguns casos (segundo ele), haveria de se reconhecer excepcionalmente a presença de “elementos subjetivos do injusto”[...] O fato típico continha os mesmos elementos, isto é, conduta (ação ou omissão) + tipicidade. Nos crimes materiais, além destes, o resultado naturalístico e o nexo de causalidade (baseado na teoria da equivalência dos antecedentes ou *conditio sine qua non*) (ESTEFAN, 2012, p. 275/276).

Ao passo que a estrutura típica se tornou valorativa, mesmo que de forma excepcional, passou a existir dentro do injusto penal o nexo entre o tipo penal e a ilicitude.

Posteriormente, a teoria finalista de Welzel a conduta é uma atividade final humana e não um comportamento simplesmente causal, segundo Mirabete:

Para a teoria finalista da ação (ou da ação finalista), como todo comportamento do homem tem uma finalidade, a conduta é uma atividade final humana e não um comportamento simplesmente causal. Como ela é um fazer (ou não fazer) voluntário, implica necessariamente uma finalidade. Não se concebe vontade de nada ou para nada, e sim dirigida a um fim. (2000, p. 102/103).

No mesmo sentido:

Entende-se por teoria finalista da ação aquela que sustenta ser a conduta humana um acontecer *final*, e não meramente causal. A finalidade se mostra presente porque o ser humano, graças ao seu saber causal (conhecedor das leis de causa e efeito), pode direcionar seus atos para a produção de um resultado *querido*. Ação e finalidade, portanto, são inseparáveis. (ESTEFAN, 2012, p. 280).

Esta teoria que colocou o dolo e a culpa no fato típico, ao contrário das anteriores que colocaram estes elementos na culpabilidade. Após regularem a finalista cuja teoria que se tornou referência ao estudo dos delitos e do injusto penal, surgiu a teoria social dizendo que a ação é conduta relevante, dessa forma:

Visando suprir esta (suposta) falha, surgiu a *teoria social da ação* (Wessels e Jescheck). Segundo esta, a ação deveria ser entendida como a *conduta socialmente relevante, dominada ou dominável pela ação e dirigida a uma finalidade*. Tal concepção não angariou muitos adeptos, dentre outros motivos, pelo fato de que a teoria social da ação faz com que condutas socialmente aceitas constituam irrelevantes penais, o que, em última análise, significa a revogação de uma lei penal por um costume social. (ESTEFAN, 2012, p. 283).

Por fim, o que nos interessa para esta última teoria é que a definição de crime mantém igual das demais, isto é, fato típico, ilícito e culpável e, ainda concorda com a anterior em deixar os elementos subjetivos na ação (dolo e culpa).

4. A TEORIA DA RATIO ESSENDI E A TEORIA DA RATIO COGNOSCENDI

Em razão dos comentários do referido tema, se tornou necessário esclarecer as teorias. O conceito de injusto penal fica mais adequado na teoria *ratio essendi*, e, agora é o momento de explicar, ainda que brevemente as suas variantes. André Estefan coloca o posicionamento de Mezger:

Fase da *ratio essendi* da ilicitude (Mezger — 1931): Mezger atribui ao tipo função constitutiva da ilicitude, de tal forma que, se o fato for lícito, será atípico. A ilicitude faz parte da tipicidade. O tipo penal do homicídio não seria matar alguém, mas matar alguém fora das hipóteses de legítima defesa, estado de necessidade etc. (2012, p.297).

A princípio, a primeira vertente para essa teoria é que ou o fato é típico e antijurídico desde o início, ou é atípico e lícito por causa das justificações. A segunda corrente é a do tipo total de injusto que também se denomina como teoria dos elementos negativos do tipo que propõe a junção do tipo com a ilicitude, ou seja, temos uma valoração da ilicitude definida dentro do tipo, ao contrário da primeira em que a figura típica traz um juízo provisório da ilicitude. Por isso a segunda corrente foi a adotada. Dessa maneira, Rogério Greco discorre na obra:

Para a teoria dos elementos negativos do tipo, não se estuda primeiramente a conduta típica para somente depois levar a efeito a análise de sua antijuridicidade. Para que possa ser considerada típica a ação, devesse ela também ser ilícita, ou seja, não permitida pelo ordenamento jurídico, em face da inexistência de uma causa de justificação. (GRECO, 2012, p.180).

A teoria da *ratio cognoscendi* o tipo penal não era meramente descritivo, havia valoração desta proibição descrita, de acordo com André Estefan:

Fase do caráter indiciário da ilicitude ou da *ratio cognoscendi* (Mayer — 1915): a tipicidade deixa de ter função meramente descritiva, representando um indício da antijuridicidade. Embora se mantenha a independência entre tipicidade e antijuridicidade, admite-se ser um indício da outra. Pela teoria de Mayer, praticando-se um fato típico, ele se presume ilícito. Essa presunção, contudo, é relativa, pois admite prova em contrário. Além disso, a tipicidade não é valorativamente neutra ou descritiva, de modo que se torna admissível o reconhecimento de elementos normativos e subjetivos do tipo penal. (ESTEFAN, 2012, p. 297).

Da mesma forma, Rogério Greco discorre na obra: “A regra, segundo a teoria da *ratio cognoscendi*, é a de que quase sempre o fato típico também será antijurídico, somente se concluindo pela licitude da conduta típica quando o agente atuar amparado por uma causa de justificação.” (2012, p. 309/310).

Portanto, havendo tipicidade, possivelmente haverá ilicitude, tornando o conceito de injusto penal mais complexo. E, manteve a independência entre tipo e ilicitude. A partir da definição desta teoria a teoria do injusto começou a ser a mais adequada.

5. APLICAÇÕES DA TEORIA DO TIPO TOTAL DO INJUSTO NO MOMENTO JUDICIANTE

Neste tópico será exposta a aplicação do tipo total do injusto e, um exemplo que se poderia dizer é no caso da teoria do tipo total do injusto impedir o oferecimento da denúncia ou queixa por não comprovar a ilicitude, quer dizer, se não consegue provar essa proibição da conduta teremos uma atipicidade. (aqui afastou o mero indiciamento da teoria *ratio cognoscendi*).

Outro exemplo que se questiona é a aplicação desta teoria com bem jurídico. Como explicado no trabalho, há muitas questões ligadas a valoração da ilicitude. O exemplo é o envolvimento do princípio da insignificância utilizado pelos Tribunais. Em um primeiro momento, o Supremo Tribunal Federal aplicou o princípio conforme os requisitos objetivos e, num segundo momento, não aplicou o princípio devido a reincidência (critério subjetivo), deslocando a situação para a culpabilidade do agente:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TENTATIVA DE FURTO. CRIME IMPOSSÍVEL, FACE AO SISTEMA DE VIGILÂNCIA DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL. INOCORRÊNCIA. MERCADORIAS DE VALOR INEXPRESSIVO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. 1. O pleito de absolvição fundado em que o sistema de vigilância do estabelecimento comercial tornou impossível a subtração da coisa não pode vingar. As pacientes poderiam, em tese, lograr êxito no intento delituoso. Daí que o meio para a consecução do crime não era absolutamente ineficaz. 2. A aplicação do princípio da insignificância há de ser criteriosa e casuística, tendo-se em conta critérios objetivos. 3. A tentativa de subtração de mercadorias cujos valores são inexpressivos não justifica a persecução penal. O Direito Penal, considerada a intervenção mínima do Estado, não deve ser acionado para reprimir condutas que não causem lesões significativas aos bens juridicamente tutelados. 4. Aplicação do princípio da insignificância justificada no caso. Ordem deferida a fim de declarar a atipicidade da conduta imputada às pacientes, por aplicação do princípio da insignificância. (STF, HC 97129, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 11/05/2010, DJe-100 DIVULG 02-06-2010 PUBLIC 04-06-2010 EMENT VOL-02404-02 PP-00300)

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. TENTATIVA DE FURTO. ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: INVIABILIDADE. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. REINCIDÊNCIA. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A tipicidade penal não pode ser percebida como o trivial exercício de adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade, é necessária uma análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, no sentido de se verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado. 2. O princípio da insignificância reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato na seara penal, apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma penal. 3. Para a incidência do princípio da insignificância, devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato - tais como a

mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada. 4. No caso dos autos, em que o delito foi praticado com a invasão do domicílio da vítima, não é de se desconhecer o alto grau de reprovabilidade do comportamento do Paciente. 5. A reincidência, apesar de tratar-se de critério subjetivo, remete a critério objetivo e deve ser excepcionada da regra para análise do princípio da insignificância, já que não está sujeita a interpretações 229 doutrinárias e jurisprudenciais ou a análises discricionárias. O criminoso reincidente apresenta comportamento reprovável, e sua conduta deve ser considerada materialmente típica. 6. Ordem denegada. (STF, HC 97772, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 03/11/2009, DJe-218 DIVULG 19-11- 2009 PUBLIC 20-11-2009 EMENT VOL-02383-02 PP-00320)

Ademais, portar ou possuir uma arma desmuniada sempre gerou polêmica quanto a ofensividade, mas a posição dominante na jurisprudência é de manter-se crime pelo fato de ser crime de perigo abstrato, isto é, não precisa provar a lesão ao bem jurídico, tendo em vista que a conduta já é incriminadora.

Nesse sentido, temos os *Habeas Corpus* de nº 102087, 102826 e 103826, da segunda turma do Supremo Tribunal Federal firmando o entendimento e mais este julgado abaixo:

EMENTA: PENAL. HABEAS CORPUS. PORTE DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. INTELIGÊNCIA DO ART. 14 DA LEI 10.826/2003. TIPLICIDADE RECONHECIDA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. ORDEM DENEGADA. I. A objetividade jurídica da norma penal transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da liberdade individual e do corpo social como um todo, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança coletiva que a lei propicia. II. Mostra-se irrelevante, no caso, cogitar-se da eficácia da arma para a configuração do tipo penal em comento, isto é, se ela está ou não muniada ou se a munição está ou não ao alcance das mãos, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para cuja caracterização não importa o resultado concreto da ação. III. Habeas corpus denegado. (STF, HC 96072, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 16/03/2010, DJe-062 DIVULG 08-04-2010 PUBLIC 09-04-2010 EMENT VOL-02396-01 PP-00157)

Nota-se que não existe um parâmetro para fundamentar as decisões porque todos os julgamentos se tornam casuístico e acaba não verificando a forma valorativa dos tipos penais, pois discutir a insignificância e a ofensividade, de certa forma estão aceitando a valoração dos tipos penais. Portanto, é admissível a utilização do conceito dogmático no Direito Penal. E, por meio desses exemplos se verifica que o conceito de tipo total do injusto ajuda na resolução dos problemas valorativos, ou seja, o entendimento do injusto penal, seus elementos são necessários na aplicação da legislação penal.

CONCLUSÃO

No trabalho, no primeiro momento foi preciso conceituar o injusto penal segundo os penalistas Franz Von Liszt, Ernest Beling, Edmund Mezger, Mayer e Welzel através das teorias causalista, neokantista e finalista. Em um segundo momento se estudou as definições terminológicas de ilicitude, antijuridicidade e injusto penal, para depois entender o elemento do tipo penal. Posteriormente relacionamos o tipo penal e a ilicitude dentro das teorias *ratio essendi* também chamada de teoria dos elementos negativos do tipo (tipo total de injusto), bem como a teoria *ratio cognoscendi*. E, tendo em vista a esses vários conceitos da dogmática, pode-se afirmar que os elementos do delito foram se moldando com os estudos do injusto penal. Portanto, são necessários na aplicação da legislação penal os conceitos dogmáticos, por não verificar, na prática, a valoração dos tipos penais e, o que ajuda nesta resolução é a teoria do tipo total do injusto.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (primeira turma). Habeas Corpus: HC 97772 RS. Relator: Ministra Cármen Lúcia, 20 de novembro de 2009. Disponível: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5656067/habeas-corpus-hc-97772-rs>. Acesso: 16 de maio de 2018.

_____, Supremo Tribunal Federal (primeira turma). Habeas Corpus: HC 96072 RJ. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 16 de março de 2010. Disponível: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8552390/habeas-corpus-hc-96072-rj>. Acesso: 16 de maio de 2018.

_____, Supremo Tribunal Federal (segunda turma). Habeas Corpus: HC 97129 RS. Relator: Ministro Eros Grau, 11 de maio de 2010. Disponível: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14352179/habeas-corpus-hc-97129-rs?ref=juris-tabs>. Acesso: 16 de maio de 2018.

COSTA, A.M.D. Evolução histórico- dogmática da teoria do injusto. Revista da emerj, vº 9, nº 35, 2006. Disponível: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista35/revista35_77.pdf. Acesso: 14 de maio de 2018.

Diferença entre injusto penal e tipo total de injusto. Blog Lado Direito. Disponível: <http://www.blogladodireito.com.br/2013/12/diferenca-entre-injusto-penal-e-tipo.html#.WwMGgO4vzIV>. Acesso: 14 de maio de 2018.

ESTEFAM, André. *Direito penal esquematizado: parte geral* / André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves. São Paulo: Saraiva, 2012.

FURQUIM, G. A estrutura do conceito de tipo de injusto. Jus Brasil. Disponível: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/475697715/a-estrutura-do-conceito-de-tipo-de-injusto>. Acesso: 14 de maio de 2018.

GRECO, Rogerio. *Curso de direito penal* / Rogerio Greco. - 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. 824p.

LOPES, Luciano Santos. *Injusto penal: a relação entre o tipo e a ilicitude* / Luciano Santos Lopes. – Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. 225p.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*/ Julio Fabbrini Mirabete. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

STF. 2ª Turma reafirma entendimento sobre porte de arma sem munição. 28 de fevereiro de 2012. Disponível: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=201191>. Acesso: 16 de maio de 2018.