

BEM JURÍDICO E NORMA PENAL: A FUNÇÃO DA ANTINORMATIVIDADE NA TEORIA DO CRIME

LEGAL GOOD AND CRIMINAL NORM: THE FUNCTION OF THE ANTINORMATIVITY ON THE CRIME THEORY

Cláudio Brandão¹

Resumo

A norma penal é o imperativo que nasce da síntese entre o tipo e o bem jurídico. Este imperativo, criado na época do idealismo alemão, é fundamental para o método penal, pois está na estrutura dos elementos do crime. A investigação da norma e do seu valor correspondente é o objeto da presente pesquisa.

Palavras-chaves

Norma penal. Bem jurídico. Método. Ciência penal

Abstract

The penal norm is the imperative that arises from the synthesis between the legal type and the legal good. This imperative, created at the time of German idealism, is fundamental to the penal method, since it is in the structure of the elements of crime. The investigation of the norm and its corresponding value is the object of the present research.

Keywords

Penal norm. Legal good. Method. Penal science.

1. Introdução

¹ Professor Titular de Direito Penal. Professor dos Programas de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e da Faculdade Damas da Instrução Cristã. Professor da Universidade Federal de Pernambuco.

O *bem jurídico*, enquanto instituição penal com uma função teleologicamente orientada, foi desenvolvido a partir da afirmação do método neokantista, impulsionado pela escola sudocientista alemã no início do século XX. A bipartição metodológica, que originou ao lado do método das ciências naturais, cujo ato gnosiológico era a explicação, o método das ciências culturais com o seu correspondente ato gnosiológico da compreensão, possibilitou a penetração no direito da filosofia dos valores. Com este método se desenvolveu sobremaneira na ciência penal o *bem jurídico*, no mesmo passo em que também se desenvolveu o conceito tripartido de crime. Contudo, a vinculação da filosofia dos valores ao método proposto por aquela escola não significa que o conceito de valor fosse desconhecido pelos penalistas anteriores, tampouco significa que as construções conceituais por eles feitas foram desprezadas.

Antes da escola de Baden – a sudocientista alemã – operar essa guinada metodológica, Karl Binding, cuja afiliação teórica em muito se distancia do neokantismo e se situa no idealismo alemão, já tinha formulado muitas das denominações-chaves da ciência penal. Com efeito, deve-se a ele a denominação *culpabilidade* (obtida através da tradução do vocábulo latino *imputatio* para o alemão *Schuld*) bem como a denominação *bem jurídico* (*Rechtsgut*).

Deve-se ressaltar que a importância desse autor não reside apenas na nomenclatura das instituições. Muito ao contrário. Binding promoveu a primeira grande transformação dos paradigmas vigentes nas ideias penais, por isso operou ele a primeira revolução científica do direito penal. Ressalte-se que a proposição de Binding sobre o bem jurídico guarda relação com o conceito de valor, mas, por óbvio, não é estruturada em face da concepção tripartida de crime, tampouco é estruturada em face do método neokantista. Por conseguinte, se

tomarmos exclusivamente esses dois critérios, a compreensão da construção teórica por ele proposta fica simplificada e, sobretudo, incompleta. Tendemos a dizer que o conceito de bem jurídico é formal, sem adentrar no real significado da *norma* no contexto de uma definição unitária de crime. Com efeito, no âmbito de uma concepção unitária, a *forma* tem um impacto completamente diverso daquele que seria presente em um conceito tripartido de delito.

Nessa toada, a visão do bem jurídico em função da norma, que não se confunde com a lei, tal como dizia Binding, é o fundamento da *antinormatividade penal*, elemento presente na hodierna ciência e atual chave hermenêutica da tipicidade. No âmbito da culpabilidade, também se diz, com acerto, que o erro de proibição direto é o desconhecimento da *norma proibitiva*, não da lei. Assim, a conceituação de *norma*, como *imperativo de comportamento associado a um juízo de valor* é, nas ideias contemporâneas acerca do delito, absorvida e resignificada por meio da tripartição operada pelas instituições da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, enquanto elementos da ciência do direito penal.

Porém, a matriz da antinormatividade não é do tempo presente, pois ela reside em Binding. Por isso, a sua concepção de bem jurídico, referida à norma supra legal, ainda hoje opera efeitos nas instituições penais. Isto acontece com naturalidade, em face do papel depurador que o método tripartido do crime e a filosofia dos valores possuem. Por conseguinte, descortinar o conceito de bem jurídico naquele cientista e investigá-lo em face das atuais instituições do direito penal é o objeto dessa pesquisa.

2. A localização do gérmen do *bem jurídico* enquanto *valor* na síntese das ideias penais: o papel da escolástica tardia ibérica

Desde a formulação de Binding, o bem jurídico é visto como um *valor*. Binding o definiu como um valor social, o que fez com que essa instituição penal não tivesse pertinência com a vida privada, nem com a correspondente esfera regulatória desse setor, o direito privado².

Ponha-se em relevo que foi a inserção e a sistematização do conceito de valor no âmbito das ideias penais que possibilitou o suporte conceitual para a criação do conceito de bem jurídico, sendo muito importante situar como e porque se deu essa inserção. Tal tarefa não é fácil, por que o direito penal sempre esteve presente nos registros da história do Homem. A pena é uma das evidências mais antigas da estruturação de uma sociedade, porquanto é uma forte manifestação do poder de sujeição e controle do *outro*. Assim, esteve ela presente desde as pinturas rupestres até as primeiras formas de escrita, o que se

²Binding defendeu que o *bem jurídico* não é uma categoria da teoria geral do direito, posição que encontra coerência com a transformação que o conceito sofreu com a inserção no direito do método valorativo proposto pela escola de Baden. Por esse motivo, encontram-se afirmações como a de Amelung, segundo a qual embora a dogmática penal considere o conceito de bem jurídico uma criação exclusiva sua, outras disciplinas jurídicas se utilizam desse conceito, por essa razão devemos considerá-lo como uma instituição da teoria geral do direito. Cf. AMELUNG, Kunt. El concepto de “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In: *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* REFENDEHL, Roland, editor. Barcelona: Marcial Pons. 2007. P.227.

dá inicialmente – nas sociedades simples, que se caracterizam pela indiferenciação das funções – como resposta do grupo à ação que quebra o *tabu* religioso³.

Isto significa que antes mesmo da separação do comando de comportamento estritamente religioso – o *fas* – do comando determinado pela norma jurídica – o *ius* – o gérmen do direito penal já existia, fazendo-se presente em uma gama variada de fontes, de maneira assistemática. Com efeito, é importante registrar que no século sexto, com a recompilação ordenada pelo imperador Justiniano, cerca de dez séculos depois denominada de *Corpus Juris Civilis*, houve a reunião de parte do direito romano que definia uma gama de infrações penais: o livro terrível do *Digesta*. Tal reunião é de invulgar importância porque, conforme apontou Wieacker⁴ a base na qual foi fundada a ciência jurídica ocidental está nela contida. Na seara específica do direito penal, ela representa o conjunto conceitual no qual foi formada a *Parte Especial* da significativa maioria dos códigos penais ocidentais. No *Digesta* está a definição do peculato, da concussão, do estelionato, dentre muitas outras. O direito penal, dessarte, estrutura-se inicialmente através da definição dos crimes em

³ Sobre o tema, consulte-se Jiménez de Asúa, *in verbis*: “Aquella serie de prohibiciones, a las que, con una frase polinésica se llama ahora *tapú* o *tabú* tienen origen mágico y religioso, y significa retribución en vida: Edelson Best dice que *tapú* entre los mayores significa prohibición, una multiplicación de ‘no harás’. No es incorrecto llamar a esas prohibiciones la ley de los dioses que no deben ser infringidas. La penalidad, por la desobediencia de esos mandatos tácitos es el retiro de protección de la divinidad”. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Buenos Aires: Losada, p. 235.

⁴ WIEACKER, Franz. *Römische Rechtsgeschichte*. München: Beck. 1988. P.4

espécie – isto é, da *Parte Especial* – não havendo nessa citada estruturação nenhuma construção que se refira ao *bem jurídico*.

A *Parte Geral* do direito penal foi construída através da aplicação de conceitos da filosofia sobre os crimes em espécies já estabelecidos. É relevante por em destaque, inclusive, que somente houve a estruturação de uma *Parte Geral* porquanto se aplicou concretamente um método, o qual era a característica da escola que dominou o direito da baixa idade média, a partir de 1250: a escola dos comentaristas⁵. O método consistia na aplicação das quatro causas da

⁵ Sobre o método que originou a parte geral do direito penal, pode-se afirmar que “Os pós-glosadores tinham o declarado intento de utilizar toda a experiência jurídica construída pelos romanos para a solução dos conflitos da sua época, assim, desejavam aplicar aquele conhecimento na sua práxis forense. Todavia, o desafio que se punha deitava suas raízes na situação sócio política vivida por eles, completamente diversa da situação à época dos romanos. Ao estudar o direito romano, os comentaristas partiram de casos práticos da sua época, e não do texto do Digesto, em face do seu manifesto intento de dar uma utilidade forense maior ao *jus*. Baseado nos analíticos de Aristóteles, que não era mais – isto a partir da alta escolástica – um autor proibido, utilizaram-se de um método que foi chamado de *mos italicus*. Esse método se resume nas seguintes operações: *prolego*, análise do texto até se deparar com a leitura correta; *promitto*, exposição do problema em seu conjunto; *scindo*, divisão e análise de cada um dos elementos do problema; *casum figuro*, apresentação de exemplos e analogias; *de causas*, enunciação das quatro causas aristotélicas (material, formal, eficiente e final); *connoto*, recapitulação e exposição geral dos resultados obtidos; e *obiicio*, auto-formulação de objeções e resposta. Os comentários que escreviam os juristas desta escola, para além de denominá-la, deram causa ao desenvolvimento do gênero de literatura jurídica denominados de tratados. A coincidência de opinião entre os juristas comentadores era de grande importância para a aplicação do direito da época, era chamada de *communis opinio*; quando havia a unanimidade, chamava-se *comunissima opinio*. Por fim, um último esclarecimento sobre o método dos comentaristas: os juristas desta escola puderam extrair uma vantagem do conhecimento do Digesto desenvolvido pelos glosadores para identificar a natureza

filosofia primeira de Aristóteles⁶, nomeadamente a causa formal, a material, a eficiente e a final, chamadas de causas primeiras do ser, para extrair a reflexão sobre as instituições jurídicas. Nesse contexto, Tibério Deciano produziu uma teoria significativamente importante para o direito penal, pois buscava as causas primeiras dos crimes, desenvolvendo uma obra que representou a primeira parte geral estruturada da história das ideias penais. Ele extraiu os elementos comuns dos crimes existentes através de quatro pilares: o primeiro era a *lei*, tratada segundo a noção da época que se esteava nos conceitos de *lei eterna*, *lei natural* e *lei humana*, que foi tida como causa formal do crime; o segundo pilar era o *dolo*, já estruturado segundo o conceito de vontade, o qual representava a causa material do crime; o terceiro pilar era a ação, visto como causa eficiente do crime, pois essa causa confere ao crime *condição de existência*; e, por fim, os motivos, como causa final, o que representava que eles graduariam a pena, tal como já graduavam a penitência atribuída em face do pecado, segundo o *Manual dos penitentes*.

dos institutos jurídicos presentes na compilação justinianéia, mas com a diferença que o seu método possibilitava a realização de um processo autônomo de atribuição de definições jurídicas aos institutos presentes no referido Digesto”. BRANDÃO, Cláudio. *Lições de História do Direito Canônico e História do Direito em Perspectiva*. Belo Horizonte. Dplacido. 2017. Pp.185-186.

⁶ “These methods had been developed in a cultural context that was still deprive of knowledge of Posterior Analytics, and was therefore unprepared for welcoming the Aristotelian logical canons imposed by Parisian Scholasticism. In fact, the study of law carried out in Bologna took the verba of the law as its essential and inevitable starting point for all hermeneutic reasoning”. MILLER, Fred. BIONDI, Carrie-Ann (coord). *A history of the philosophy of law from the ancient greeks to the scholastics*. Dordrecht:Springer. 2007. P.145.

Note-se que tampouco na primeira *Parte Geral* há referência ao *bem jurídico*. Isto é bastante compreensível vez que os elementos do método da escola dos comentaristas eram extraídos dos *analíticos* e da *metafísica* aristotélica, não do conjunto da obra do estagirita. Com efeito, não fazem parte daquelas obras conceitos com o de *frônese* (φρόνησις), presente na ética enquanto sabedoria prática que se dirige a discernir uma virtude, portanto, para discernir um valor.

A obra de Deciano foi publicada na Itália postumamente, chegando ao escrutínio público no século XVI, mesmo período histórico no qual, na península ibérica, o pensamento capitaneado pela escola de Salamanca, dava os passos para fazer brotar o gérmen do *bem jurídico*. Com efeito, muitas das conclusões hoje extraídas da epistemologia penal, como é o caso da vinculação proporcional da pena à culpabilidade e da possibilidade do costume derrogar uma lei penal, foram expressamente defendidas por Francisco de Vitória⁷. Pois bem, é também em Vitória, no escrito *De legibus*, que podemos extrair as conceituações que dão o gérmen para a construção do conceito de *bem jurídico*.

Deve-se registrar aqui que o pensamento de Vitória não influenciou a dogmática alemã, que foi o motor propulsor do multi referido conceito de bem jurídico, de forma remota. Muito ao contrário. As ideias penais de Vitória estão na raiz do pensamento tanto da chamada doutrina alemã do direito natural (*Naturrechtlehre*), a qual pertencem Hugo Grotius e Samuel Puffendorf, quanto do

⁷Sobre o tema, consulte-se: BRANDÃO, Cláudio. Francisco de Vitoria and the Dogmatic Root of the Contemporary Criminal Law. In: *International Legal Studies III*. Bernd Oppermann *et al*, editor. Halle an der Saale: Universitätsverlag Halle-Wittenberg. 2016. Pp.42-43.

idealismo alemão, que tem em Binding o seu maior representante, no campo da ciência do direito.

Sobre o tema, registre-se que

“a escolástica tardia espanhola (da qual Vitória é o protagonista) e sua doutrina do direito natural, que posteriormente foi assimilada por Hugo Grotius no período da doutrina alemã do direito natural e pelo idealismo alemão, teve um papel determinante na sistematização do conceito de pena”.⁸

Francisco de Vitória interpretou a cultura medieval à luz do antropocentrismo proposto pela escola de Salamanca⁹. Assim, assimilou ele muitas das ideias penais de Tomás de Aquino¹⁰,

⁸ Tradução livre de: „*Die Spanische Spätscholastik un Naturrechtslehre, die durch Hugo Grotius an die deutsche Naturrechtslehre und an den deutschen Idealismus weitergegeben wurde, hat bei der Systematierung des Strafberiffes eine maßgebliche Rolle gespielt*“. MAIHOLD, Harald. *Strafe für fremde Schuld?* Köln:Böhlau. 2005. P.2.

⁹ Sobre o tema: BRANDÃO, Claudio. La raíz del derecho penal en Francisco de Vitoria. In: Maria de la Paz Pando Ballesteros; Pedro Garrido Rodriguez; Alicia Muñoz Ramirez. (Ed.). *El cincuentenario de los pactos internacionales de derechos humano de la ONU*. Salamanca: Universidad de Salamanca. 2018. Pp. 181 e ss.

¹⁰Cite-se como exemplo Schlosser e Willoweit, que iniciam o estudo da teologia da pena sob a rubrica: “Sobre a Teoria Penal de Tomás de Aquino e a sua recepção na escolástica tardia espanhola: o exemplo de Francisco de Vitória”. No original: “*Zur Straftheorie von Thomas von Aquin und ihrer Rezeption in der spanischen Spätscholastik: das Beispiel Francisco de Vitória*”. SCHLOSSER, Hans; WILLOWEIT,

compreendendo as violações penais sobretudo como um pecado, cuja resposta – a pena – teria como fundamentação uma doutrina ética (eudemonismo), que visa a felicidade do homem, no mundo terreno e no sobrenatural. Partindo da tripartição da escolástica medieval relativa à lei – lei divina, lei natural e lei humana – defende Vitória que a lei humana é submetida a uma *valoração*, pois ela deve ser ordenada para o bem comum. No pensamento de Vitória, não é a lei humana que confere o caráter de bem ou de mal ao objeto por ela tutelado, porque o mérito ou demérito de algo reside no fato dele ser bom ou mau. Decorrerá, assim, da lei divina a atribuição do caráter de bom ou de mau aos objetos.

Diz-nos textualmente o salamantino:

“pois o fundamento do mérito ou do demérito de algo reside em que ele seja bom ou mau. Por conseguinte, o primeiro que faz a lei divina é converter em bom ou mau o que em si mesmo era indiferente. (...) A circuncisão era indiferente e se transformou em algo bom mediante a promulgação de uma lei.”¹¹

A valoração do objeto se extrai de forma independente da lei humana, porquanto se atribuiu de maneira logicamente independente dela, através da lei divina, um signo positivo (objeto bom) ou um signo negativo (objeto mau). Como já salientou Amelung, os valores existem em função dos sujeitos que os atribuem. Os sujeitos avaliadores podem

Dietmar. *Neue Wege strafrechtsgeschichtlicher Forschung*. Köln:Böhlau. 1999. P.313.

¹¹ VITÓRIA, Francisco. *De legibus*. Salamanca:Universidad de Salamanca e Universidade de Gênova. 2010. P.139.

ser vários: Deus, a comunidade cultural, a sociedade, a comunidade política representada pelo legislador e o indivíduo¹². Na criação conceitual de Vitória, o sujeito avaliador é Deus.

Importa aqui ressaltar que a finalidade da lei é afirmar um valor. Esse posicionamento será de significativa importância para a construção teórica da epistemologia penal que nasce no século XIX por meio do idealismo alemão, a qual herdou significativos traços conceituais da doutrina de Francisco de Vitória.

3. O nascimento conceitual do bem jurídico sua coordenação com a epistemologia penal de seu tempo.

3.1. A noção de sistema e a constituição da epistemologia penal

Foi o desenvolvimento da teoria do crime que deu ao direito penal cientificidade¹³. A epistemologia penal, nesse panorama, nasceu

¹² AMELUNG, Kunt. El concepto de “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In: *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* REFENLDEHL, Roland, editor. Barcelona: Marcial Pons. 2007. P.228.

¹³ Muñoz Conde, ao assinalar que a ciência do direito penal possui uma orientação criminológica e outra jurídica, assim define a orientação jurídica: “La orientación jurídica emplea un método tecnicojurídico o dogmático que sirve para interpretar y sistematizar las normas jurídicas que se refieren al delito y a sus consecuencias”

com a teoria do crime, que se revela como o método através do qual uma ação passa a ela pertencer. A doutrina alemã construiu, sobre o tema, uma sucessão de instituições que foi denominada de sistema tripartido. Esse sistema, estruturado na tipicidade, na antijuridicidade e na culpabilidade, somente se institucionalizou no período compreendido entre o final do século XIX e o começo do século XX e ganhou importância ímpar para a epistemologia penal graças ao método neokantista proposto pela escola de Baden, que compreendeu esses elementos à luz da filosofia dos valores¹⁴.

É o conceito tripartido do crime que dará os cânones para o estabelecimento de um padrão teórico que converterá uma ação em crime. Por esse motivo, ele é em si mesmo um método, possibilitando a construção de uma jurisprudência racional e estabelecendo padrões conceituais que são susceptíveis de extrair cânones para a separação entre o delito e a conduta penalmente não delituosa.

(MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Montevideo-Buenos Aires:BdeF. 2001. P.163). Nesse contexto, a pena é investigada na ciência penal como consequência, sua causa é o crime; como já apontou há muito Tobias Barreto, a razão da pena está no crime (BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*, T. II. São Paulo:Record. 1991. P.102). Assim, “a dogmática penal é sustentada através de três grandes pilares: a teoria da pena, a teoria do crime e a teoria da lei penal. A teoria do crime, entretanto, é a que mais se desenvolveu, com vistas a conferir cientificidade ao direito penal” (BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4ª edição. Coleção Ciência Criminal Contemporânea. São Paulo:Atlas. 2015. P.1).

¹⁴ “La influencia de RADBRUCH y de la filosofía neokantiana de la "escuela sudoccidental alemana" en la ciencia de derecho penal germánico fue enorme. (...)Conceptos como el de causas supralegales de justificación, función teleológica del bien jurídico o la teoría normativa de la culpabilidad tuvieron su origen o fueron desarrollados sobre la base de esos presupuestos.” MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Montevideo- Buenos Aires:BdeF. 2001. Pp.179-180.

Jescheck, sobre o tema, afirma que

“Os elementos gerais do conceito de crime, que estão sintetizados na teoria do crime, possibilitam, ao contrário, uma jurisprudência racional, corretamente ligada e igualitária”¹⁵.

Esses três elementos – tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade – agregarão a si institutos construídos de forma esparsa ao longo da história das ideias penais, como o dolo, a imputabilidade, a legítima defesa, dentre outros, e o seu mérito está na organização intelectual que outorgam à argumentação jurídica, possibilitando um padrão de racionalidade.

A teoria das normas foi construída antes da formulação do conceito tripartido de crime, estando ela fundada em uma conceituação monolítica e unitária de delito. Mas referida teoria foi deveras importante na história da epistemologia penal, pois conferiu cânones que possibilitaram o tratamento metodológico do delito na sua época, representando assim um método que tratou o direito penal através dos postulados da cientificidade. Por isso já se afirmou, com todo acerto, que a primeira revolução científica do direito penal foi protagonizada por Binding, *verbis*:

“A primeira revolução científica, no sentido destacado, é a obra do criador da teoria das normas, isto é, de Karl Binding, e esteve

¹⁵ Tradução livre de: *“Die allgemeinen Merkmale des Verbrechensbegriffs, die in der Lehre vom Verbrechen zusammengefaßt werden, ermöglichen dagegen eine rationale, sachgebundene und gleichmäßige Rechtsprechung”*. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Lehrbuch des Strafrechts*. Berlin:Duncker & Humblot. 1988. P.175.

influenciada pelo idealismo alemão, que pretendeu dar uma fundamentação moral ao Direito Penal”¹⁶.

3.2. A construção do sistema penal fundamentado em *imperativos*

A denominação *bem jurídico* foi construída por Karl Binding, no século XIX, no contexto da investigação sobre a norma jurídica e sobre as suas violações. Segundo o autor

“o conjunto conceitual garantido pelas normas como bens são enquadrados como bens capitais do ordenamento jurídico. Eles são a mesma coisa que bens jurídicos”.¹⁷

Entretanto, as definições dadas por Binding não são submetidas ao padrão epistemológico tripartido, anteriormente citado, construído pela dogmática alemã. Muito ao contrário, o fundamento da citada definição está na noção de *imperativo*, tão importante no direito penal

¹⁶ PEREZ ALONSO, Esteban Juan. Las revoluciones científicas del Derecho Penal: Evolución y estado actual de la dogmática jurídico-penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 50. Fasc. 1-3. Madrid: Boletín Oficial del Estado. 1997. P.187.

¹⁷ Tradução livre de: “*Der Inbegriff der durch Normen gesicherten Güter bildet das Güter kapital der Rechtsordnung. Es sind dieselben Rechtsgüter*”. BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*. Band. I. Aalen:Scientia Verlag. 1991. P. 340.

desde o século XIX até os dias atuais, já que é nela que se fundamenta o hodierno conceito de antinormatividade.

Com efeito, a metodologia proposta por Binding se utiliza de outro paradigma, nomeadamente a dicotomia entre a *lei penal* e a *norma*. O Estado, que possui o direito subjetivo de punir, indica pela *lei penal* o conjunto de elementos objetivos e subjetivos que se constituem como crimes.

Em Binding, o direito penal não se destina a tutelar direitos subjetivos. Assim, o autor contratriava parte da doutrina penal do século XIX, a qual categoriacamente afirmava ser a tutela dos direitos subjetivos o objeto da tutela penal¹⁸. É recorrente, por essa razão, a

¹⁸ Esse posicionamento é o de Feuerbach: “Quien excede los límites de la libertad jurídica comete una lesión jurídica o injuria. (...) Por ende, crimen es, en el más amplio sentido, una injuria contenida en una ley oebakm o una acción contraria al derecho del otro, conminada en una ley penal”. FEUERBACH, Anselm von. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi. 1989. P.64. Sobre o tema, registre-se que “se é fato que não houve reação da dogmática científica nascente no Século XIX em face da necessidade de argumentação acerca da existência de um objeto de tutela penal, encetada a partir da formulação de legalidade na obra de Feuerbach, não se pode dizer o mesmo sobre o conteúdo desta tutela: a conceituação de interesse e direito subjetivo é, pois, posta em xeque. Com efeito, a polêmica sobre o conteúdo da tutela penal é protagonizada por Birnbaum, ainda na primeira metade do Século XIX, e é nesta polêmica que surge a conceituação de bem vinculada à referenciada tutela penal.” BRANDÃO, Claudio. *Tipicidade Penal: Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. 2ª ed. Coimbra: Almedina. 2014. P.115. Porém, o conceito de bem proposto por Birnbaum não logrou limitar o poder de punir, sobre o tema assevera Bechara “tal pretensão limitadora foi depois patrocinada por um conceito de bem patrocinado por Birnbaum, assumindo caráter concreto, embora não se tenha logrado estabelecer seu conteúdo permitiu a ampliação da intervenção penal para abranger comportamentos contra a moral e os sentimentos

afirmação que a lei penal na obra de Binding não guarda relação com os direitos subjetivos, ou mesmo a afirmação que aponta um rompimento do autor com a noção de direito subjetivo. Essas afirmações, entretanto, são simplificações indevidas, as quais traduzem uma manifesta incorreção, pois para Binding a lei penal se situa em meio ao direito subjetivo, porque a finalidade de todas as proposições jurídicas é originar direitos subjetivos ou mandatos, aos quais se lhes correspondem ou condutas positivas ou atitudes omissivas.

Com efeito, diz o autor:

“É a finalidade principal de todas as proposições jurídicas originar, conservar e regular a existência de direitos subjetivos e obrigações, assim, eles permanecem inalterados nos seus efeitos, desde que o campo dos direitos subjetivos permaneça em conformidade com a vontade da lei. A lei só pode ser encontrada no meio desses direitos subjetivos.”¹⁹

É da lógica compreensiva da lei que nasce a *norma*. A norma é o imperativo, é o comando de conduta que determina o dever de atuar ou de omitir um determinado comportamento. Binding afirma que a norma se origina quando o tipo penal, que corresponde ao enunciado

religiosos.” BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin. 2014. P.102

¹⁹ Tradução livre de: *“Ist es Hauptzweck aller Rechtssätze einen Bestand subjektiver Rechte und Pflichten zu schaffen, zu erhalten, zu regeln, so bleiben sie in ihren Wirkungen ungestört so lange das Gebiet der subjektiven Rechte dem Gesetzeswillen konform bleibt. Das Gesetz kann also nur im Medium dieser subjektiven Rechte getroffen werden”*. BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*. Band. I. Aalen:Scientia Verlag. 1991. P. 293

legal da conduta ameaçada com a pena, é logicamente convertido em um comando. Segundo ele

“Essencialmente, encontramos esse mandamento [norma] convertendo a primeira parte dos enunciados do direito penal em um comando”²⁰.

A norma reside em um plano supra legal, pois determina uma conduta positiva ou negativa que compreende o comportamento esperado pelo direito²¹. É da norma que os elementos que transformam

²⁰ Tradução livre de: “*Dieses Gebot finden wir im Wesentlichen durch Umwandlung des ersten Teils der Strafrechtssätze in einen Befehl*”. BINDING, Karl. *Die Normen und Ihre Übertretung*. T.I. Aalen:Scientia. 1991. P.45. Binding conclui seu pensamento afirmando que batizou esse comando legal de *norma*: “Este comando legal é o que eu chamo de norma”. (Tradução livre de: “*Dieser gesetzliche Befehl ist es, den ich die Norm nenne.*” BINDING, Karl. *Die Normen und Ihre Übertretung*. T.I. Aalen:Scientia. 1991. P.45)

²¹ Caso não exista a realização destes comandos normativos, haverá a violação do direito, isto é, a antijuridicidade. Como os comandos somente podem ser dirigidos em face de quem tem capacidade para compreendê-los, não é possível desvincular a antijuridicidade da culpabilidade, já que a vontade geral, expressada através da norma, visa submeter e comandar a vontade individual, sendo ambas as vontades qualificadas por Binding como racionais. Segundo o autor todos os imperativos (proibições ou mandatos do direito) só adquirem sentido se dirigidos a quem tem capacidade de compreendê-los, *verbis*: “Uma proibição ou mandato do direito, enquanto uma exigência de uma vontade geral racional à vontade individual racional somente pode ser dirigida a quem tem capacidade para cumpri-la. (Tradução livre de: „*Ein rechtliches Verbot oder Gebot als Forderung des vernünftigen Gemeinwillens an der vernünftigen Einzelwillen kan sich nur an solche richten, die jeweilen die Fähigkeit haben ihm zu entsprechen.*“ BINDING, Karl. *Die Normen und Ihre Übertretung*. T.I. Aalen:Scientia. 1991. P.243). Por isso sentencia Binding que: “Há apenas a antijuridicidade culpável e não há nenhuma antijuridicidade que não seja culpável”. (Tradução livre de: “*Es geibt nur verschuldetes und kein*

metodologicamente uma ação em crime são extraídos, nomeadamente a culpabilidade e a antijuridicidade. Por esse motivo, a epistemologia penal proposta por Binding é de natureza supra legal: a antijuridicidade não é a violação da lei, mas sim do comando de comportamento extraído logicamente a partir dela, mas não há antijuridicidade que não seja ao mesmo tempo culpável, pois o imperativo somente se destina a quem tem capacidade de compreendê-lo. Nesse panorama, o plano mais importante, porque fundamenta a epistemologia penal é o da norma, não o da lei. Por esse motivo, afirmou Binding que:

“A norma cria a contradição ao direito, a lei penal as elementares criminosas da ação.”²²

Assim, o *bem jurídico* não ocupará aqui uma função supra legal de interpretação teleológica na teoria do crime, pois isso é papel da *norma*. Note-se que o bem jurídico não reside no contexto conceitual da antijuridicidade culpável, mas é na norma que residem os elementos antijuridicidade e culpabilidade. Por isso ela já é o equivalente funcional do bem jurídico do conceito tripartido do crime.

Na ciência atual, faz-se a interpretação supra legal do direito penal para aumentar o âmbito de liberdade, fundamentada no critério

unverschuldetes Unrechts“BINDING, Karl. *Die Normen und Ihre Übertretung*. T.I. Aalen:Scientia. 1991. P.244). Deste modo, o conjunto legal de elementos do crime (*Tatbestand*) será considerado apenas como a expressão legal do crime, não se vinculado como um elemento necessário ao seu conceito, já que a idéia do crime se perfaz com a realização de um injusto culpável.

²² Tradução livre de: “*die Norm schafft die rechtswidrige, das Strafgesetz die verbrecherische Handlung*. BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*. Band. I. Aalen:Scientia Verlag. 1991. P.134.

do bem jurídico, como no exemplo do Princípio da Insignificância. O bem jurídico construído por Binding não tinha esse papel, visto que ele foi identificado como o pressuposto formal da norma. Porém, somente podemos compreender o sentido e o alcance dessa conceituação formal de bem jurídico partindo do conceito monolítico de crime, proposto por aquele autor. Com efeito, o conceito de crime em Binding é unitário, porque os elementos que o compõe não se separam coordenadamente, mas, ao contrário, fazem parte de uma interrelação substancial, como aspectos de um mesmo ser. Nesse conceito, é a própria norma que é supra legal, por isso a norma – que é unida substancialmente ao bem jurídico – é o equivalente funcional da teleologia que o bem jurídico possui na ciência contemporânea.

Herdamos de Binding importantes instituições. Isto faz dele uma autor capital para a resignificação que o *bem jurídico* e o conceito de *norma* terão na atualidade, pois ambos serão subsumidos em uma chave interpretativa da epistemologia penal, a saber: a antinormatividade.

Binding identifica no bem jurídico o *objeto de sistematização do direito penal* e, aos olhos do legislador, que é o ente que o constrói, todo bem jurídico possui um *valor social*²³.

Segundo Binding, caberá ao legislador escolher quais serão os objetos de tutela da lei penal, visto que é ele quem monopoliza a criação do conceito legal do crime (*Tatbestand*). Pois bem, o legislador ao monopolizar o conceito de crime (*der Gesetzgeber siener*

²³ BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*. Band. I. Aalen:Scientia Verlag. 1991. P.340.

*Verbrechensbegriffe...*²⁴ [O legislador e o seu conceito de crime...]) faz emergir dele a conceituação da lesão jurídica (*Rechtsverletzung*).

Nesse panorama, o conceito de bem jurídico, por ocasião da criação de sua nomenclatura, será o pressuposto *formal* da norma, não se dissociando do Estado, por meio de sua atividade legislativa, que o cria. Assim, Binding não propõe um conceito que abranja a teoria geral do direito, mas ao contrário, exclui qualquer vinculação do bem jurídico com o direito privado, localizando-o de forma definitiva – e, ressalte-se, excludente – no direito público. Por essa natureza formal, escreve Binding:

“O bem jurídico é um conceito da ciência do direito público, não do direito privado”²⁵

O legislador, entretanto, encontra limites na sua construção do bem jurídico. O valor social que não pode ser destruído ou lesionado não admite o seu reconhecimento como bem jurídico, pois partindo da realidade existencial, as exigências da lógica condicionam a valoração jurídica²⁶.

²⁴ BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*. Band. I. Aalen:Scientia Verlag. 1991. P. 340.

²⁵ Tradução livre de “*Das Rechtsgut ist ein Begriff der Wissenschaft des öffentlichen, nicht des Privatrechts.*” BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*. Band. I. Aalen:Scientia Verlag. 1991. P. 341.

²⁶ BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*. Band. I. Aalen:Scientia Verlag. 1991. P.340

4. A antinormatividade penal e sua vinculação com os elementos do conceito tripartido do crime referidos à conduta

A definição da antinormatividade é extraída da compreensão lógica do tipo penal. A norma, que é um comando de comportamento, positivo ou negativo, que revela a conduta esperada pelo direito, também se compreende em face do valor que o ordenamento jurídico pretende tutelar.

Um exemplo esclarecerá a questão. O tipo penal de *sequestro e cárcere privado* diz:

“Art. 148. Privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado. Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.”

Pois bem, a lei descreve uma conduta positiva, a privação da liberdade mediante o sequestro ou o cárcere privado. Entretanto, o comportamento esperado pelo Estado é negativo, isto é, que não se prive ninguém de sua liberdade mediante o sequestro ou o cárcere privado, porque aquela conduta é considerada *digna de uma pena*. O comando de comportamento que se extrai do tipo é chamado de *norma*.

Note-se que a norma é vista através do tipo. Porquanto a conduta positivamente prevista na descrição legal viola o bem jurídico, sabe-se que ela, quando realizada, é tida como *digna de uma pena*, isto é, ela é intrinsecamente desvaliosa. Aí reside a relação necessária entre norma e bem jurídico: o comportamento esperado

compreendido logicamente em função do tipo tem a finalidade de conservar um valor, que é protegido através da lei penal, esse valor é o bem jurídico. Por isso, no exemplo dado, a norma visa tutelar a liberdade pessoal, através do comando negativo de não sequestrar ou manter em cárcere privado pessoa humana, compreendido da descrição típica positiva.

Nesse contexto, a antinormatividade reside no *injusto penal*. Não obstante, isso não significa que ela não guarda relação com a culpabilidade. Note-se que o juízo de culpabilidade tem por objeto o autor do injusto, isto é, a pessoa e a sua base de reprovação reside na consciência potencial de antijuridicidade²⁷, que é das mais complexas instituições da ciência penal²⁸. Caso o sujeito não possua aquela consciência de antijuridicidade por erro inevitável, haverá a exclusão da culpabilidade por erro de proibição.

É pelo erro de proibição que extraímos a relação entre antinormatividade e culpabilidade. A espécie normal dessa dirimente – o erro de proibição direto – não é definida através do desconhecimento da lei, mas sim através do desconhecimento da *norma proibitiva*, que impede a valoração negativa do comportamento. Por conseguinte, no erro de proibição direito, desconhece-se a antinormatividade. Neste sentido, é sempre precisa a síntese de Zaffaroni:

²⁷ JESCHESCK, Hans-Heinrich. *Lehrbuch des Strafrechts*. Berlin:Duncker und Humblot. 1988. P.407.

²⁸ Traga-se à colação, sobre o tema, a advertência de Chaves: “A consciência da ilicitude, como elemento que informa todo o comportamento reprovável, tem sido o conceito mais difícil de se estabelecer no direito penal” CHAVES DE CAMARGO, Antônio Luís. *Culpabilidade e Reprovação Penal*. São Paulo:Sugestões Literárias. 1994. P. 155.

“erro direto de proibição é o que recai sobre a norma mesma, quer dizer, sobre a representação da valoração jurídica do ato conforme a norma proibitiva.”²⁹

A antinormatividade é portanto, uma chave interpretativa, que se origina no injusto e atinge também a culpabilidade, possibilitando ao método penal um elo no plano lógico, o qual dá harmonia à sucessão necessária e ordenada de elementos, de modo que nem a culpabilidade possa se antepor ao injusto, nem – no âmbito do injusto – a antijuridicidade possa se antepor à tipicidade.

É nesse contexto que se afirma ser a antinormatividade uma chave interpretativa da epistemologia penal.

4.1. Norma e tipo penal

O direito penal somente confere relevância a uma conduta se houver a sua descrição legal sob a ameaça de uma pena, através do *tipo penal*. Dessarte, o que não é reduzido a um tipo, perante o direito penal, será um comportamento indiferente. No caso brasileiro, o incesto ilustra bem a função do tipo penal em separar o penalmente indiferente do penalmente relevante: a relação sexual entre parentes próximos é moralmente reprovável, mas não será objeto da consideração do direito penal, porque atualmente não é tida, pelo ordenamento jurídico, como uma ação ameaçada com a pena. Assim, a

²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de Derecho Penal*. T.IV. Buenos Aires: Ediar. 1996.P. 190.

relevância penal se constrói a partir de um esquema conceitual, previsto em uma lei, que individualiza, através dos signos linguísticos, a conduta considerada como digna de uma pena.

Sobre o tipo penal e a norma escreveu Welzel que:

“o tipo – tanto se está descrito na lei de um modo exaustivo, como se há de ser completado pelo juiz – é o conteúdo das normas proibitivas do direito penal, por exemplo, das proibições: não deves matar, furtar, cometer adultério, dirigir sem observar o cuidado devido, etc. Ambas, as normas proibitivas e o tipo (matéria das normas), pertencem à esfera ideal (espiritual-irreal). O tipo é uma figura conceitual, que descreve formas possíveis de conduta humana. A norma proíbe a realização destas formas de conduta”.³⁰

Partamos, pois, da advertência dada por Welzel, que vê no tipo o conteúdo da norma, para extrair a diferenciação conceitual entre ambos.

É exemplo de tipo penal, a fórmula conceitual e legal: “Matar alguém. Pena – reclusão, de seis a vinte anos.” A metodologia penal aponta, entretanto, que este tipo tem um conteúdo, a saber: a proteção do valor vida, *in casu*, o bem jurídico tutelado, que reside no plano axiológico³¹. Pois bem, a finalidade do tipo é a tutela daquele valor. *É*

³⁰ WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*. Montevideo: BdF. 2002. P. 74

³¹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Bases para uma Teoria Geral da Parte Especial do Direito Penal*. Tese de Livre-Docência. São Paulo:S.E.D. 2012. P.84

através da síntese entre a fórmula do tipo e o bem jurídico tutelado, que representa a teleologia da forma típica, que se extrai a norma penal. Com efeito, a norma é vista pelo espelho do tipo, mas não se confunde com ele. A norma estabelece o comando de comportamento, isto é, o *imperativo*. No esteio de Binding, já anteriormente citado, a norma determina uma conduta positiva ou negativa que compreende o comportamento esperado pelo direito. No caso desse exemplo, pois, a norma é não se deve matar.

Note-se que o comportamento esperado pelo direito é negativo (não matar), enquanto a fórmula do tipo é descrita através de um comportamento positivo (matar alguém). A norma, por conseguinte, é proibitiva. Isto se dá porque ela, ao representar o comportamento esperado pelo direito, é sempre compreendida à luz do seu objeto de tutela, nomeadamente o *bem jurídico*.

Para conhecer a antinormatividade, é necessário traçar a linha divisória entre tipo penal e norma³². O tipo penal pertence à lei, está na lei e é lei³³, ele é uma descrição legal imaginada pelo legislador para

³² “Quando o legislador cria um tipo penal ele elabora uma fórmula conceitual e associa a esta fórmula uma pena. Tal fórmula, entretanto, não se confunde com a norma penal. Com efeito, se é verdade que se pode afirmar que a norma penal decorre do tipo, não se pode, por isso, identificar o tipo com a norma, já que ambos possuem diferentes funções na dogmática penal. O tipo é toda construção conceitual prevista em uma lei que individualiza o comportamento proibido pelo direito sob a ameaça de uma pena. Essa construção conceitual é uma fórmula linguística, que esquematiza os elementos que diferenciam o comportamento penalmente relevante do comportamento penalmente indiferente.”. BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade Penal: Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. 2ª ed. Coimbra:Almedina. 2014. P.55.

³³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de Derecho Penal*. T. III. Buenos Aires: Ediar. 1981. P. 223

a punição posterior das condutas que se amoldarem ao seu enunciado. A norma não está na esfera da lei, mas é uma decorrência lógica que é extraída do tipo, por isso a norma reside na esfera da lógica: *ela é um produto da lógica compreensiva do tipo*.

O tipo permite ver através dele a norma, que é um imperativo de comportamento, positivo ou negativo, mas esse imperativo existe de maneira logicamente autônoma ao próprio tipo. Para exemplificar, tomemos um crime comissivo e um crime omissivo. Na lesão corporal (art. 129 do Código Penal), o tipo é “ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem”, mas a norma que se extrai dele é: não se deve realizar ofensas a integridade corporal ou à saúde de outrem; no delito de omissão de notificação de doença (art. 269 do Código Penal), o tipo estabelece “deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença de notificação compulsória”, mas a norma que se extrai deste tipo é: deve o médico efetuar a comunicação à autoridade pública de toda doença de notificação compulsória. Assim, a norma decorre do tipo como um imperativo³⁴ positivo ou negativo, mas não se confunde com ele.

Nesse panorama

“A norma, extraída da definição do tipo, é uma decorrência dos elementos que tornam a proibição conhecida e inteligível, isto é, da hipótese de conduta, abstratamente

³⁴ Neste sentido Mir Puig: “Presupone, pues, que la norma posee naturaleza imperativa (que es una prohibición o un mandato), lo que se verá más adelante que compartimos” MIR PUIG, Santiago. *Introducción a la Bases del Derecho Penal*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF. 2003. P. 21

considerada, traduzida em signos linguísticos e comunicada pela lei, que descreve o tipo, tornando aquela proibição individualizada. Assim, a sanção cominada como consequência da realização da conduta positiva ou negativa não pode integrar a norma, já que ela está fora da hipótese de comportamento abstratamente definida que possibilita a extração lógica da norma.”³⁵

Toda realização típica viola o comando de comportamento extraído logicamente da lei e o seu consequente objeto de proteção (o bem jurídico), ainda que essa ação esteja justificada por outro preceito permissivo, por isso se disse que toda ação típica é antinormativa. Assim, a ação antinormativa sempre será desvaliosa, já que a norma extrai o seu comando de comportamento para a afirmação do valor protegido, o bem jurídico. Neste sentido, as relações entre norma e injusto também terão a sua matéria extraída a partir do tipo: *uma conduta antinormativa, mesmo que justificada, terá uma carga de desvalor, o que se verifica, enfatize-se, em face do bem jurídico*. Com efeito, um homicídio em legítima defesa não pode ser valorativamente equivalente à produção da morte de um mosquito, porque, mesmo que a ação seja permitida pelo ordenamento jurídico, um valor foi concretamente atingido por ela, *in casu*, a vida. Passemos, pois, às relações entre o injusto e a norma.

³⁵ BRANDÃO, Claudio. *Tipicidade penal: Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. 2ª ed. Coimbra:Almedina. 2014. P.59.

4.2. Norma e injusto

Segundo Zaffaroni:

“em síntese, com a averiguação da tipicidade não conhecemos ainda a contrariedade desta conduta com o ordenamento jurídico, mas sim com a norma proibitiva, quer dizer, a antinormatividade. A antinormatividade é a contradição da conduta com a norma proibitiva e a antijuridicidade é a contrariedade desta conduta com o ordenamento jurídico (no qual harmonicamente se complementam normas proibitivas com preceitos permissivos). A antinormatividade se conhece ao nível da tipicidade, mas a antijuridicidade não”.³⁶

Quando alguém realiza uma conduta típica, esta relação de adequação entre a conduta concretamente realizada e o tipo legal é chamada de tipicidade. Por sua vez, a conduta típica sempre violará a norma, que é o imperativo de comportamento, construído em face do bem jurídico, que se extrai do tipo. Por isso, toda conduta típica é antinormativa. Como afirmou Welzel, quando se realizar uma conduta descrita conceitualmente no tipo penal, será esse comportamento

³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de derecho penal*. T. III. Buenos Aires: Ediar. 1981. Pp. 224-225

qualificado como antinormativo, porque a ação entrou em contradição com o comando ideal da norma³⁷.

A averiguação da antinormatividade, portanto, não abrange a contradição da conduta com o ordenamento jurídico, que é a antijuridicidade, mas abrange a contradição do comportamento com a norma proibitiva. Assim, podemos concluir que *a antinormatividade é plenamente concretizada com a realização de uma conduta que se amolde a um tipo penal, pois toda conduta amoldada àquele viola a norma que logicamente se extrai da sua definição legal.*

Porém, o direito penal não somente contém mandatos de proibição de comportamentos, extraídos dos tipos penais, mas também contém preceitos permissivos, que são as causas de justificação. Neste panorama, os preceitos permissivos dão a autorização para a realização das condutas típicas³⁸. Tomando o exemplo anteriormente citado (matar alguém) e da norma dele decorrente (não se deve matar), temos que também ter em conta a existência de preceitos no ordenamento jurídico que autorizam a realização da morte de um ser humano em determinadas circunstâncias, como é o caso da morte provocada em decorrência da legítima defesa. Se for aplicável à ação homicida a legítima defesa, aquela conduta que provocou a morte de alguém será

³⁷ WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*. Montevideo-Buenos Aires: BdF. 2002. P. 74

³⁸ Como alertou Welzel, cabe ressaltar que a antijuridicidade é sempre vinculada a uma ação: “A antijuridicidade é sempre a contradição entre a conduta real e o ordenamento jurídico. Não o tipo (como figura conceitual), mas sim somente a sua realização pode ser antijurídica. Não há tipos antijurídicos, mas sim somente realizações antijurídicas do tipo. WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*. Montevideo-Buenos Aires: BdF. 2002. P. 75

antinormativa, mas não será antijurídica³⁹. *Em síntese: enquanto a relação entre a tipicidade e a antinormatividade é necessária, a relação entre a antinormatividade e a antijuridicidade é contingente.*

Esta dita relação contingente que se verifica entre a antinormatividade e a antijuridicidade se fundamenta no fato da antijuridicidade ser a contradição da ação que realiza um tipo penal, com o ordenamento jurídico. A antijuridicidade supõe um juízo que tem por base as normas aplicáveis ao caso, tomadas em seu conjunto, não sendo realizado, por conseguinte, apenas com o comando da norma proibitiva. Caso exista, portanto, uma causa de justificação autorizando a realização da conduta típica, a antijuridicidade é excluída, enfatize-se, porque ela é um juízo de contradição daquela com o ordenamento jurídico em seu conjunto. Assim, *para a conduta antinormativa ser também antijurídica, é necessário se verificar a inexistência de uma causa de justificação.*

O tipo penal não permite o acesso ao conhecimento dos preceitos permissivos⁴⁰, mas tão só da norma proibitiva, porque sua função se traduz em nos proporcionar o conhecimento da proibição. A investigação acerca de uma possível permissão para a realização da conduta antinormativa é, por questão de coerência e de lógica, necessariamente posterior à norma proibitiva e pertencerá ao plano da

³⁹ Neste sentido Gracia Martin: “Una acción que contradice a una norma de determinación es una acción antinormativa, y si en las circunstancias concretas en que se realizó no concurre ninguna causa de justificación será, además, una acción antijurídica” GRACIA MARTIN, Luis. *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal.* Barcelona: Atelier. 2006. P. 303

⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de derecho penal.* T. III. Buenos Aires: Ediar. 1981. P. 224.

antijuridicidade. Por esse motivo, *no âmbito do injusto, a localização específica da antinormatividade é na esfera da tipicidade.*

A verificação da antinormatividade da ação nada nos diz acerca de sua punibilidade⁴¹. A antinormatividade é uma condição necessária para a punibilidade, mas não uma condição suficiente para tanto. Com efeito, ela esgota apenas a primeira fase da conceituação do crime, qual seja, a tipicidade. Porém, só é possível chegar ao juízo posteriores do conceito do crime se a ação for antinormativa, já que é o tipo que permite conhecer o conteúdo da proibição, a qual gera a norma penal. A norma é a base através da qual se deslinda o juízo de antijuridicidade, porque tem ele por objeto a própria ação antinormativa, pois se investigará, conforme dito anteriormente, se ela está justificada por algum preceito permissivo.

Conclusões

Os impactos da relação entre o bem jurídico e a norma são significativos. Eles fazem convergir, na seara do direito penal, questões relativas à legalidade e à lesividade, que intrinsecamente estão vinculados ao seu método e, conseqüentemente, à interpretação baseada nos postulados científicos. Assim, para além de integrar o conceito tripartido do delito, a *norma* será um elemento determinante

⁴¹ Neste sentido, Gracia Martin: “Ahora bien, con la antinormatividad de una acción, todavía no se comprueba nada, en principio, acerca de su punibilidad”. GRACIA MARTIN, Luis. *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*. Barcelona: Atelier. 2006. P. 303

para a fixação dos próprios contornos definitórios da metodologia penal.

A norma penal se origina através da compreensão lógica do tipo. O tipo traz em sua descrição os signos linguísticos que dão a conhecer a matéria da proibição, que é tida como digna de uma pena, isto é, que acarreta a pena – tida como um sofrimento – como a consequência pela sua realização. Entretanto, a norma não se confundirá com o tipo, pois enquanto ele é descrito por meio de um modelo abstrato de conduta, a norma é compreendida como um imperativo, isto é um comando de comportamento. Porque o comando de comportamento traduz a conduta esperada pelo direito, a norma será originada na síntese entre o tipo e o bem jurídico protegido, estando impregnada de juízo de valor. Isto quer dizer que o comportamento esperado tem como fundamento a tutela de um valor, isto é, a tutela de um bem jurídico. Com efeito, não há comportamento esperado sem que exista a atribuição de um signo positivo em face da pertinência da ação ou omissão com o que foi indicado pelo direito; de outra parte, há a atribuição de um signo negativo ao comportamento que não foi pertinente com a indicação do direito. Ao ser formada pela síntese extraída através do tipo penal e do bem jurídico tutelado, a norma é um comando de comportamento valorado através do referido bem jurídico, o que fará convergir em si dois princípios fundantes do direito penal: a legalidade e a lesividade.

Com efeito, não há norma penal sem tipo. Este último representa um catalisador, que depura o direito penal de todo proceder que não estiver proibido pelos limites linguísticos da descrição legal do comportamento ameaçado com a pena. O tipo, nesta toada, cumpre o princípio da legalidade, pois ao fixar os limites legais do comportamento relevante para a seara penal, exclui dela toda ação ou

omissão que estiver fora dos limites descritos da sua fórmula. A exigência de taxatividade, que é uma decorrência do princípio da legalidade, também gravita em torno da norma. Dos signos linguísticos do tipo, que contêm a matéria da proibição, devem ser extraídos os contornos individualizadores do comando de comportamento, isto é do imperativo fundado na norma.

A substância do tipo é a tutela de um valor. O tipo penal que não tutela um valor é vazio de conteúdo, isto é, não apresenta um resultado jurídico *lesivo*. Assim, sem o bem jurídico que confira a ele substância, o tipo penal se transforma em um instrumento de arbítrio. O valor traduz a substância do tipo penal e informa o signo axiológico da conduta que a norma requer. Neste panorama, sem o bem jurídico, a norma não tem a potência de lesividade, a qual fundamenta a consequência do direito penal, nomeadamente, a pena. Com efeito, é a carga axiológica do bem jurídico que possibilita um resultado lesivo em face da realização do comportamento típico. Por conta do desvalor deste resultado, o não cumprimento da norma é percebido como o comportamento não esperado pelo direito.

Isto significa que a *norma penal* congrega em sua essência dois princípios, a um só tempo: o princípio da legalidade e o princípio da lesividade.

Sobre o tema, mais uma nota. Registre-se que o princípio se origina na compreensão da regra, mas também ele não se confunde com a regra, operando efeitos na interpretação penal, independente de previsão expressa. Aliás, tal característica é presente em todos os ramos do direito, tome-se como exemplo o princípio da proporcionalidade no direito administrativo, ou o princípio de ninguém ser obrigado ao impossível (*ad impossibilitur nemo tenetur*) no direito obrigacional.

Os princípios, tais como as normas, também residem na compreensão lógica das regras, tal como a norma penal reside na compreensão lógica do tipo. Deste modo, na questão específica referente à norma penal, será ela o veículo condutor que possibilitará aos princípios realizarem efeitos concretos na seara da epistemologia penal, mais especificamente no método tripartido do delito.

A função de limitar o poder de punir, atribuída ao bem jurídico, também deverá ser aqui relacionada. É impossível dar ao poder as características de um conceito metafísico, pois ele se realiza exclusivamente em função de uma condição real de mando. Isto significa que a substância do poder é concreta, nunca ideal. Isto posto, um objeto ideal, como o bem jurídico – ou mesmo a norma – por si só, não é capaz de realizar essa limitação. Porém, o poder de punir tem uma pretensão de legitimidade nos Estados Democráticos de Direito, que é associada ao método através do qual esse poder se perfaz. O bem jurídico e a norma são critérios para abertura epistemológica da forma do tipo com fundamento no valor, portanto serão eles instrumentos disponíveis na argumentação jurídica para que a pretensão de legitimidade transmude-se, no âmbito de um fato concreto, em decisão consoante padrões de justiça. Em síntese: são objetos ideais para a mensuração e realização – e crítica – de um direito penal proporcional e justo.

Por fim, com referência ao âmbito do injusto na dogmática penal, destacam-se as seguintes conclusões pontuais:

1. É através da síntese entre a fórmula do tipo e o bem jurídico tutelado, que representa a teleologia da forma típica, que se extrai a norma penal. A norma penal, compreendida através daquela síntese, por uma intelecção lógica, é um imperativo de

comportamento que indica a ação ou omissão esperada pelo direito. A não realização do imperativo é a antinormatividade. A norma não está na esfera da lei, mas é uma decorrência lógica que é extraída do tipo, por isso a norma reside na esfera da lógica: ela é um produto da lógica compreensiva do tipo.

2. A antinormatividade é plenamente concretizada com a realização de uma conduta que a amolde a um tipo penal, pois toda conduta amoldada àquele viola a norma que logicamente se extrai da sua definição legal. No âmbito do injusto, a localização específica da antinormatividade é na esfera da tipicidade, que é o elemento do conceito tripartido o qual contém o tipo e o bem jurídico. Será por meio da antinormatividade que a tipicidade terá um nexó metodológico com todos os outros elementos do crime.
3. Na teoria do crime a antinormatividade é uma chave interpretativa, pois ela conecta no injusto a tipicidade à antijuridicidade, já que a ação somente poderá ser antijurídica se for primeiramente antinormativa. Além disso, conecta o injusto à culpabilidade, pois a base de reprovação da culpabilidade, nomeadamente a consciência potencial de antijuridicidade, é perfazida com a compreensão do signo negativo atribuído em face da realização do comportamento antinormativo.
4. Enquanto a relação entre a tipicidade e a antinormatividade é necessária, a relação entre a antinormatividade e a antijuridicidade é contingente. Para a conduta antinormativa ser também antijurídica, é necessário que não exista um preceito permissivo – ou seja, uma causa de exclusão da

antijuridicidade – autorizando a referida conduta antinormativa. Se não houver uma causa de exclusão de antijuridicidade, a conduta antinormativa será também antijurídica, isto se dá porque toda conduta antinormativa já é intrinsecamente desvaliosa, em face do bem jurídico.

5. O injusto penal se completa quando a conduta antinormativa não está justificada, por uma causa de exclusão de antijuridicidade. Ao desvalor da violação do bem jurídico, por conta da realização do comportamento típico, unir-se-á a ausência de uma autorização do ordenamento para a violação daquele bem, perfazendo-se no injusto, a um só tempo, tanto o desvalor em face da conduta, quanto o desvalor em face do resultado.
6. A lesão jurídica, no âmbito do direito penal, realiza-se no plano axiológico. É recorrente na dogmática penal afirmar-se que o crime viola um bem jurídico, não um objeto material. O que dá substância a essa afirmação é a antinormatividade. Com efeito, a norma penal somente aponta a conduta esperada pelo direito em face da conservação de um valor por ele tutelado, isto faz com que, à guisa de exemplo, no crime de homicídio a lesão será produzida em face da violação do valor vida (bem jurídico), não em face do cadáver (objeto material).
7. A culpabilidade é um juízo de reprovação pessoal, que representa a censura feita ao homem. Todavia essa censura será sempre um juízo derivado, porque dependerá da realização prévia de um injusto. Não há possibilidade de se censurar o autor de um comportamento típico e antijurídico (injusto) sem a realização anterior do referido injusto. Na base da reprovação

pessoal estará a consciência potencial da antijuridicidade, que não é conceituada à luz do conhecimento da lei, mas sim do conhecimento da norma proibitiva.

Referências

AMELUNG, Kunt. El concepto de “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In: *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* REFENLDEHL, Roland, editor. Barcelona: Marcial Pons. 2007.

BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*, T. II. São Paulo: Record. 1991

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin. 2014.

BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*. Band. I. Aalen: Scientia Verlag. 1991.

BRANDÃO, Cláudio. Francisco de Vitoria and the Dogmatic Root of the Contemporary Criminal Law. In: *International Legal Studies III*. Bernd Oppermann *et al*, editor. Halle an der Saale: Universitätsverlag Halle-Wittenberg. 2016

BRANDÃO, Claudio. La raíz del derecho penal en Francisco de Vitoria. In: Maria de la Paz Pando Ballesteros; Pedro Garrido Rodriguez; Alicia Muñoz Ramirez. (Org.). *El cincuentenario de los*

pactos internacionales de derechos humano de la ONU. Salamanca: Universidad de Salamanca. 2018.

BRANDÃO, Cláudio. *Lições de História do Direito Canônico e História do Direito em Perspectiva*. Belo Horizonte. Dplacido. 2017.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4ª edição. Coleção Ciência Criminal Contemporânea. São Paulo:Atlas. 2015.

BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade Penal: Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. 2ª ed. Coimbra:Almedina. 2014

CHAVES DE CAMARGO, Antônio Luís. *Culpabilidade e Reprovação Penal*. São Paulo: Sugestões Literárias. 1994.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Lehrbuch des Strafrechts*. Berlin:Duncker & Humblot. 1988.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Buenos Aires: Losada.1956.

FEUERBACH, Anselm von. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi. 1989.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Bases para uma Teoria Geral da Parte Especial do Direito Penal*. Tese de Livre-Docência. São Paulo:S.E.D. 2012.

MAIHOLD, Harald. *Strafe für fremde Schuld?*Köln:Böhlau. 2005.

MILLER, Fred; BIONDI, Carrie-Ann (coord). *A history of the philosophy of law from the ancient greeks to the scholastics*. Dordrecht:Springer. 2007.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a la Bases del Derecho Penal*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF. 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Indroducción al derecho penal*. Montevideo:BdeF. 2001.

PEREZ ALONSO, Esteban Juan. Las revoluciones científicas del Derecho Penal: Evolución y estado actual de la dogmática jurídico-penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 50. Fasc. 1-3. Madrid: Boletín Oficial del Estado. 1997.

SCHLOSSER, Hans; WILLOWEIT, Dietmar. *Neue Wege strafrechtsgeschichtlicher Forschung*. Köln:Böhlau. 1999

VITÓRIA, Francisco. *De legibus*. Salamanca:Universidad de Salamanca e Universidade de Gênova. 2010

WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*. Montevideo: BdF. 2002.

WIEACKER, Franz. *Römische Rechtsgeschichte*. München:Beck. 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de Derecho Penal*. T. III. Buenos Aires: Ediar. 1981.