



Copyright© 2019 by Juarez Tavares
Editor Responsável: Aline Gostinski
Capa e Diagramação: Carla Botto de Barros

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México

JUAREZ TAVARES

Catedrático de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Brasil

LUIS LÓPEZ GUERRA

Magistrado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha

OWEN M. FISS

Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha

T228 Tavares, Juarez
Teoria do Injusto Penal / Juarez Tavares. - 4.ed. - São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019.
412p.

ISBN: 978-85-9477-348-7

1. Direito Penal. 2. Doutrinas. 3. Teoria. I. Título.

CDU: 343.2.04

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais.

A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei nº 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à Tirant Empòrio do Direito Editorial Ltda.



Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.

Avenida Nove de Julho nº 3228, sala 404, ed. First Office Flat

Bairro Jardim Paulista, São Paulo - SP

CEP: 01406-000

www.tirant.com.br - editoria@tirant.com.br

Juarez Tavares

TEORIA DO INJUSTO PENAL

4ª Edição



tirant
lo blanch

Teoria

por causas especiais é lícita a lesão de interesses juridicamente protegidos".³²⁹ Mais tarde, VON LISZT enuncia o conceito de antijuridicidade material: antijurídico é o fato que ofende ou põe em perigo um bem jurídico.³³⁰

Apesar da contribuição de VON LISZT, os partidários da teoria causal, especialmente BELING, não inovaram acerca desse conceito, apenas estabeleceram, por força da noção de tipo, a nítida separação entre a conduta proibida e a conduta lícita. Essa observação, porém, já havia sido feita por VON LISZT em seu tratado, ainda que anteriormente ao conceito de tipo, ao salientar que a análise da antijuridicidade deveria resumir-se na indagação acerca da incidência ou não de uma causa de justificação,³³¹ o que significava que o juízo sobre a ilicitude deveria pressupor a realização de uma ação causal, prevista como proibida.

(c) O NEOKANTISMO

A inovação sobre esta matéria coube aos neokantianos. Inicialmente MAX ERNST MAYER trouxe à consideração o enunciado de que a antijuridicidade se consubstanciaria através de dois juízos: um juízo provisório com a realização do tipo, resultante da violação de uma regra de conduta e um juízo definitivo, através da negativa de uma causa de justificação.³³² Com isso, confere-se um acento especial na relação tipo/antijuridicidade, atribuindo ao primeiro o caráter de indício da segunda. O trunfo dessa concepção não está em atribuir ao tipo o caráter indiciário da antijuridicidade, mas sim, de abrir a possibilidade de um enfoque sistêmico das causas de justificação, em que tipo e causas de justificação se contrapunham através do binômio regra/exceção.

Aprofundando esta análise, MEZGER acentua, por outro lado, que a antijuridicidade deveria ser aferida em dois estágios: no primeiro, situando a conduta do agente em face da norma objetiva de valoração; no segundo, caracterizando-a quanto à execução do tipo de delito. A antijuridicidade passa a ser, então, o elemento principal do delito, o qual assume a característica especial de uma antijuridicidade típica.

Mas, há ainda um outro problema. Com essa posição, MEZGER reconhece afinal que o delito comporta dois juízos, um objetivo e outro subjetivo, correspondentes, respectivamente, a uma norma de determinação objetiva,

cujá violação implica a antijuridicidade, e a uma norma de determinação subjetiva, deduzida da primeira e que fundamenta a culpabilidade.³³³ O injusto aqui é, assim, deduzido da violação a uma norma de valoração que se dirige a todos, diversamente da culpabilidade, que está associada a uma norma de dever, que se vincula somente a quem esteja pessoalmente obrigado ao seu cumprimento.³³⁴ Com isso, descarta-se definitivamente a concepção de MERKEL de que a imputabilidade constituiria um pressuposto do injusto.³³⁵ Dada, entretanto, a particularidade de se atribuir ao tipo a condição de *ratio essendi* da antijuridicidade, a lesão de bem jurídico, que fundamentava a antijuridicidade material de VON LISZT, passa a assumir o papel de conteúdo material do injusto típico,³³⁶ função que, desde então, vem sendo exercida dentro do tipo de injusto. Ademais, aperfeiçoa MEZGER a sistematização dos elementos subjetivos do injusto, reconhecendo-lhes desde logo dupla função: como fundamento do próprio tipo de injusto e como integrantes das causas de justificação legais e extralegais.³³⁷ De qualquer modo, MEZGER reconhece que o juízo de antijuridicidade deve ser efetuado objetivamente e que a imputação pessoal é questão a ser decidida na culpabilidade.³³⁸

(d) O FINALISMO

Por influência da doutrina anterior, cujos antecedentes estão em VON WEBER no sentido de incluir o dolo no tipo de injusto,³³⁹ o finalismo, ao acolher esta mesma estrutura e ainda fundamentando-a através do conceito ontológico de ação final, tratou do injusto como injusto pessoal, quer dizer, o injusto deve ser atribuído a uma determinada pessoa, daí ganhando relevância a questão do desvalor do ato.³⁴⁰

Mas, apesar disso, o finalismo regressou à fase anterior ao neokantismo, ao conceber o juízo de antijuridicidade como um juízo deliberativo: o tipo constitui um indício de antijuridicidade, confirmado definitivamente com a ausência de qualquer causa de justificação. Com a introdução do conceito de injusto pessoal, em que o importante passa a ser o modo e a forma de

333. MEZGER, Edmund. (Nota 295), p. 340 *et seq.*

334. MEZGER, Edmund. (Nota 295), vol. I, p. 343.

335. Entre nós, adotando praticamente a posição de Merkel: REALE JÚNIOR, Miguel. *Antijuridicidade Concreta*, S. Paulo, 1974, p. 93.

336. MEZGER, Edmund. (Nota 295), vol. I, p. 398.

337. MEZGER, Edmund. (Nota 295), vol. I, p. 349.

338. MEZGER, Edmund. (Nota 295), vol. I, p. 354 *et seq.*

339. WEBER, Helmuth von. *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, Jena, 1935.

340. WELZEL, Hans. (Nota 294), p. 91 *et seq.*

329. LISZT, Franz von. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1ª edição, 1881, § 22.

330. LISZT, Franz von. (Nota 329), 21ª edição, 1919, p. 132.

331. LISZT, Franz von. (Nota 329), 1ª edição, § 22.

332. MAYER, Max Ernst. (Nota 293), p. 173.