

ANTI JURIDICIDADE MATERIAL E DOSIMETRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

ANDRÉ VINÍCIUS DE ALMEIDA¹

RESUMO: Um dos possíveis meios de definição do conceito de crime ou delito é a separação dos seus componentes. Isolando-se o instituto da antijuridicidade e tomando-o no contorno mais amplo de contradição da conduta típica com os fins da ordem jurídica que regula a vida comum, enseja-se ao aplicador da lei, ao proferir sentença condenatória, apreciar mais precisamente as consequências do delito, que não podem ser apreciadas apenas com lastro no juízo de tipicidade. Assim, as consequências do delito, como circunstância judicial que deve ser considerada por ocasião da dosimetria da pena privativa de liberdade, compreendem necessariamente a dimensão graduável que o conceito de antijuridicidade material desempenha na teoria do delito.

Palavras-chave: Direito penal. Antijuridicidade. Pena privativa de liberdade. Dosimetria da pena.

ABSTRACT: One of the possible ways of defining the concept of crime or offense is the separation of its components. Isolating the unlawfulness and taking it in the broadest outline of the criminal offense to the purposes of the law regulating the common life, it gives rise to the law enforcer, when pronouncing the condemnatory sentence, examine in a more precise way the consequences of the crime, which is not restricted to the simple offense to the law. Thus, the consequences of the crime, as judicial circumstance which should be considered during the dosimetry of deprivation of liberty, necessarily understand the gradable dimension to the concept of material unlawfulness plays in the theory of crime.

Keywords: Criminal law. Unlawfulness. Deprivation of liberty. Sanction imposition.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1 O CONCEITO ANALÍTICO DE DELITO

2 ANTIJURIDICIDADE. ANTIJURIDICIDADE FORMAL E ANTIJURIDICIDADE MATERIAL

3 INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

¹ Procurador de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Doutor e Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

4 DOSIMETRIA DA PENA: ANTIJURIDICIDADE MATERIAL E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME

CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

Os ordenamentos jurídico-penais hodiernos, em sua extensa maioria, disciplinam que a imposição de sanção penal demanda prévia demonstração, por meio do processo-crime, da existência de uma conduta humana típica, antijurídica² e culpável, ou seja, subsumível a descrição normativa prévia, contrária ao Direito e fruto de decisão livre de um ser humano responsável e no pleno exercício de suas faculdades mentais.

Esse proceder, todavia, é por vezes considerado de forma mecânica e sem maior relevância por ocasião do estabelecimento da quantidade de pena privativa de liberdade que deverá ser imposta em razão da prática de uma conduta criminosa e, em consequência, na definição dos demais consectários legais (regime prisional, eventual substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, aplicação do *sursis*, etc.).

É bem verdade que, tomando-se o exemplo do ordenamento vigente no Brasil, a dosimetria da pena segue regras e critérios bem determinados, ainda que se conceda ao magistrado razoável esfera de discricionariedade, dele exigindo-se, nesse âmbito de liberdade, apenas fundamentação plausível.

Quanto a esse aspecto, recobram especial relevo dois dispositivos legais, presentes no Código Penal brasileiro, a saber, o artigo 68 – que disciplina o denominado sistema trifásico de aplicação da pena privativa de liberdade – e o artigo 59 – cujos critérios regulam essencialmente a determinação da pena-base, que nas etapas subsequentes serão menos afetadas por aspectos inerentes às categorias dogmáticas da tipicidade, ilicitude e culpabilidade, do que pelas razões de política criminal ditadas pelo legislador penal e consagradas em circunstâncias agravantes e atenuantes e em causas de modificação da pena.

² Parte da doutrina critica a expressão “antijuridicidade” e, por conseguinte, o adjetivo “antijurídico”, preterindo-os em favor de “ilicitude” e “ilícito”, respectivamente. Sem demérito dos autores que assim o fazem, defendendo sua opção com argumentos tão válidos quanto aqueles que escolheram os primeiros termos, no presente estudo utilizaremos de uns e outros sem lhes conferir qualquer posição de primazia.

Em larga escala, pois, no momento de dimensionamento da resposta estatal ao delito, escapa ao magistrado a riqueza proporcionada pela própria ciência do Direito penal, nem sempre refletida adequadamente no texto limitado e estéril das leis penais.

A práxis forense evidencia uma profusão de intentos de prestigiar elementos dogmáticos e institutos como o dolo, o maior aporte de delitivo de determinados codelinquentes e o acentuado grau de reprovação da conduta ao agente, mas muitas dessas tentativas bem intencionadas de corretamente individualizar a sanção penal, em atenção ao comando constitucional, findam por ser limitadas ou suprimidas nas instâncias revisoras, normalmente sob a imputação de se correlacionarem a circunstâncias inerentes à própria prática delitiva.

Sem embargo, para fins do presente estudo pretende destacar-se uma categoria dogmática em raras oportunidades surpreendida nos julgados pátrios, que é a da antijuridicidade, notadamente sobre a pouco considerada vertente material. Como afirmado nas linhas anteriores, conforma-se o julgador com a simples verificação, diante da prática da conduta típica, de inexistirem causas de exclusão da antijuridicidade, para que prossiga no exame da culpabilidade e, por fim, proceda à dosimetria da pena.

Pretende-se, outrossim, evidenciar a relevância do conceito material de antijuridicidade para, a partir das possibilidades que essa concepção oferece, defender-se a adoção de critério adicional para orientação das providências relativas ao estabelecimento da pena privativa de liberdade, em especial na sua primeira etapa.

Nessa linha, após estudo breve do conceito tripartido ou analítico do delito, discorreremos sobre a antijuridicidade material e sobre a análise das regras atinentes à aplicação da reprimenda, apresentando ao fim propostas para que o grau de relevância de ofensa à ordem jurídica possa ser também considerado pelo juiz quando da dosimetria da pena.

1 O CONCEITO ANALÍTICO DE DELITO

Ao longo da evolução do Direito penal, vários e distintos foram os significados dados ao conceito de crime.

Ensina Jiménez de Asúa, com a profundidade que lhe é peculiar, terem sido muitos os termos utilizados no antigo Direito romano para designar o ato delitivo em geral³, tendo predominado a expressão “delito”, derivada do verbo “delinquir”, cujo sentido mais acolhido é o de “desviar-se” ou “abandonar (uma lei)” (1992, p. 21). Esse vocábulo foi adotado de forma praticamente irrestrita nos países de língua espanhola, ao contrário do que, surpreendentemente,

³ Entre eles: *scelus, fraus, maleficium, flagittum, facinus, peccatum, probrum, delictum, crimen*.

se colheu no Direito italiano, que optou pela rubrica *reato*, derivada do correlativo grego de *culpa* que, de seu turno, é de origem sânscrita (*atyaya*, de *ati* + *i*, *transire* = transgressão). E, ainda segundo o mesmo mestre, prestigiou-se no Direito francês a expressão *infraction* como ampla o suficiente para reunir as classes *crimes* e *délits* (1992, p. 22-23)⁴.

Vocábulos à parte, o conceito propriamente de crime, delito ou infração variou igualmente conforme a etapa de evolução do Direito penal e, sobretudo, o próprio método considerado para propositura do sentido do termo:

Uma teoria do fato punível deve começar pela definição de seu objeto de estudo, o conceito de fato punível. As definições de um conceito podem ter natureza *real*, *material*, *formal* ou *operacional*, conforme mostrem a origem, os efeitos, a natureza ou os caracteres constitutivos da realidade conceituada. Assim, definições *reais* explicariam a gênese do fato punível, importantes para delimitar o objeto de estudo da criminologia; definições *materiais* indicariam a gravidade do sano social produzido pelo fato punível, como lesões de bens jurídicos capazes de orientar a formulação de políticas criminais; definições *formais* relevariam a essência do fato punível, como violação da norma legal ameaçada com pena, enfim, definições *operacionais* identificariam os elementos constitutivos do fato punível, necessários como método analítico para determinar a existência concreta de ações criminosas (CIRINO DOS SANTOS, 2006, p. 71-72).

Sob a perspectiva material ou substancial, o crime seria considerado a partir de sua danosidade para a coletividade, devendo ser proibido pela lei penal aquilo que, em determinado momento histórico, a sociedade entenda deva ser objeto de proibição (PRADO, 2002, p. 206), pela perturbação às suas condições essenciais, pelo estado de ânimo do agente, pela forma de execução da conduta ou, ainda, pelo antagonismo com a Moral (GARCIA, 1980, p. 211).

Pela ótica formal ou nominal, o delito seria simplesmente a violação da lei penal, ou seja, a prática de conduta previamente definida por um tipo penal, como afirmavam Liszt e Manzini.

Por fim, buscou-se cindir num conceito analítico, dogmático ou estruturado, as suas possíveis distintas partes constitutivas, buscando uma sequência lógica necessária: “só uma ação ou omissão pode ser típica; só esta última pode ser ilícita e apenas quando ilícita tem a possibilidade de ser culpável” (PRADO, 2002, p. 207).

Esse último modo de conceber o delito, que mais de perto interessa ao presente ensaio, embora traduza a opinião dominante com a qual concordamos, encontra-se distante de se afigurar

⁴ Limitamo-nos, aqui, à consideração de países de línguas latinas. Todavia, pela relevância do Direito penal alemão, merecem destaque as expressões utilizadas no seu sistema tripartido (*Verbrechen* e *Vergehen* – traduzidos por Jiménez de Asúa como crime e rompimento, respectivamente – e *Übertretung* – contravenção).

uniforme raciocínio. De fato, a teor do trabalho de Basileu Garcia, acima referido, seria viável conceituar “o delito como sendo a ação humana, antijurídica, culpável e punível” (1980, p. 214)⁵.

E ainda, ao lado de uma posição tripartida e de uma quadripartida, surpreende-se a orientação bipartida, nas palavras de Miguel Reale Júnior: “[...] o delito se compõe de ação típica, em suas faces positiva e negativa, e da culpabilidade” (2004, p. 147).

E há ainda formas outras de conhecer, pela mesma perspectiva metodológica, o fenômeno delitivo, pois variam as concepções acerca do relacionamento entre as destacadas categorias, especialmente entre tipicidade e antijuridicidade.

2 ANTIJURIDICIDADE. ANTIJURIDICIDADE FORMAL E ANTIJURIDICIDADE MATERIAL

Ao estudarmos o conceito analítico de crime, verificamos que três aspectos ou facetas dos delitos são tratados de forma *estratificada*, na linguagem de Zaffaroni: tipicidade, ilicitude ou antijuridicidade e culpabilidade (2004, p. 14).

Verificamos, igualmente, que somente há sentido em se falar de ilicitude, no direito penal, quando já constatada a existência de um fato típico, bem como que somente sobre o injusto penal, vale dizer, sobre o fato típico e antijurídico, recai o juízo de reprovação.

É importante perceber e ter sempre em mente ser esse um modelo de avaliação abstrata e intelectual do delito que, ao contrário, é um ente único ou um todo orgânico. Bem verdade que, por vezes, afigura-se tarefa complexa distinguir os limites entre tipicidade e antijuridicidade, sendo possível encontrar com alguma frequência, no tipo penal, referências expressas à ilicitude – os denominados elementos normativos referentes à ilicitude (PRADO, 2002, p. 294) –, além de outros que induzem à valoração global do fato (ROXIN, 1979, p. 122; 131). Além disso, há hipóteses nas quais dificilmente haverá espaço para determinadas causas de justificação, pois o próprio juízo de tipicidade se incumbirá da afirmação da sua ilicitude⁶.

Percebe-se, outrossim, a necessidade de consideração dos vários institutos que integram o conceito de delito nas suas relações recíprocas, o que tampouco exime o operador jurídico de as ponderar em momentos subsequentes ao da afirmação do delito, como, por exemplo, por ocasião da determinação da sanção penal.

⁵ Posição compartilhada, na Itália, por Marinucci e Dolcini, como alerta Miguel Reale Júnior (2004, p. 146).

⁶ Tome-se por exemplo o delito de abuso de autoridade e a justificante do estrito cumprimento do dever legal. Ao se afirmar que a autoridade atuou com abuso, inviável recorrer-se o agente à dita causa de exclusão da ilicitude, pois é incompatível com a constatação do cabal preenchimento do tipo penal.

Como dito, há mais de um arcabouço doutrinário que buscou relacionar as categorias da tipicidade e da antijuridicidade.

Assim, seguindo-se o escólio de Luiz Regis Prado, em direito penal se entende a antijuridicidade como a contrariedade de um fato típico à totalidade do ordenamento jurídico, sendo analisada sempre sob a perspectiva negativa: “a realização de toda ação prevista em um tipo de injusto de ação doloso ou culposo será antijurídica, enquanto não concorrer uma causa de justificação” (PRADO, 2002, p. 313).

Sob tal ótica, a tipicidade da conduta é indicativa de sua ilicitude, sendo a tipicidade a *ratio cognoscendi* da antijuridicidade.

Juarez Cirino dos Santos apresenta a orientação diametralmente oposta:

A relação entre antijuridicidade e tipicidade depende da natureza bipartida ou tripartida do conceito de fato punível: na concepção bipartida de fato punível, tipicidade e antijuridicidade representam uma unidade conceitual, em que o tipo reúne os elementos positivos e as justificações os elementos negativos do tipo de injusto; na concepção tripartida de fato punível, tipicidade e antijuridicidade são conceitos autônomos no âmbito do tipo de injusto e, portanto, a relação funciona como regra e exceção: se a tipicidade da ação indica a antijuridicidade e as causas de justificação excluem a antijuridicidade, **então toda ação típica é antijurídica, exceto as ações típicas justificadas**. Em regra, o legislador descreve nos tipos legais ações realizadas ou omitidas contrárias ao direito, ou seja, ações ou omissões de ação antijurídicas, excepcionalmente permitidas nas situações concretas denominadas *justificações*, como a legítima defesa, o estado de necessidade etc. Logo, a tipicidade não seria simples *ratio cognoscendi*, mas a própria *ratio essendi* da antijuridicidade. (2006, p. 217-218. Os destaques são do original).

Historicamente, recobra ainda relevo a teoria do *tipo total de injusto*, em que a tipicidade e antijuridicidade formam um todo unitário e indissolúvel. Edmund Mezger, para quem o tipo penal seria fundamento da antijuridicidade, explica:

O que atua tipicamente atua também antijuridicamente, enquanto não exista uma causa de exclusão do injusto. O tipo jurídico-penal que descreve dito atuar típico possui, portanto, a mais alta significação em ordem à existência da antijuridicidade penalmente relevante da ação: *é fundamento real e de validade (“ratio essendi”) da antijuridicidade*, ainda que sob reserva, sempre, de que a ação não apareça justificada em virtude de uma causa especial de exclusão do injusto. (1955, p. 375-376. Grifo no original).

Como decorrência dessa orientação, surgiu a denominada *teoria dos elementos negativos do tipo penal*, caracterizada pelo fato de que o tipo penal compreenderia, como elementos negativos, as causas de justificação da conduta. Assim, somente se poderia cogitar de tipicidade quando, ademais de preenchidos os elementos objetivos e subjetivos do tipo, inexistissem concomitantemente causas de exclusão da antijuridicidade.

Todavia, o que esse debate deixa claro é uma certa despreocupação doutrinária com a definição do conceito específico de antijuridicidade ou ilicitude. Nessa linha, já afirmava Francisco de Assis Toledo, parafraseando Stratenwerth, “que sob o título de ‘ilicitude’ costuma-se tratar do que, em verdade, constitui o tema das causas de sua exclusão. [...] A ilicitude mesma de que se trata permanece, contudo, um mistério. Nenhuma constatação direta sobre a sua existência no caso concreto” (1984, p. 1-2). E pontua de igual modo, com esteio em Gallo, o professor Miguel Reale Júnior: “a antijuridicidade seria a constatação de que a ação é típica pela ausência de causas de justificação, ou seja, o que já se contém na compreensão do fato típico” (2004, p. 147).

Buscando superar-se essa limitação, pode-se afirmar ser a ilicitude ou antijuridicidade a relação de contrariedade com o Direito, considerado este em sua totalidade: “a relação de antagonismo que se estabelece entre uma conduta humana voluntária e o ordenamento jurídico, de sorte a causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem jurídico tutelado” (TOLEDO, 1984, p. 8).

Jescheck explica do seguinte modo a afirmação ou demonstração teórica da antijuridicidade:

Para a proteção da convivência da pessoa na comunidade o legislador estabelece normas de comportamento vinculantes que se denominam normas jurídicas. Estas últimas ou prescrevem um fazer positivo que afeta valores dignos de promoção [...] ou proíbem um comportamento lesivo de algum deles [...]; as normas jurídicas consistem, pois, em mandatos ou proibições. De acordo com isso, a essência da antijuridicidade se divisa em que uma conduta infringe um dever de ação ou omissão contido em uma norma jurídica. Esse aspecto é denominado antijuridicidade formal [...]. [...] Uma ação é antijurídica em um sentido material quando se atém ao menoscabo do bem jurídico protegido pela norma correspondente. (2002, p. 250).

A alusão à contrariedade entre conduta e ordem jurídica, de um lado, e à lesão ao bem jurídico penalmente tutelado efetivamente enseja importante distinção entre antijuridicidade formal e material.

A Franz Von Liszt se atribui papel de destaque na evolução do instituto, a quem emprestou o caráter de pedra angular do conceito e características do delito, além de criar a expressão antijuridicidade material, com as consequências que lhe são inerentes (JIMENEZ DE ASÚA, 1992, p. 965), entre as quais a ideia de que a lesão ou o perigo de lesão a um bem jurídico só é materialmente antijurídica quando é contrária aos fins do ordenamento jurídico regulador da convivência (ROXIN, 1997, p. 559).

A dicotomia é por vezes questionada. Assis Toledo, por exemplo, afirma ser “perfeitamente dispensável” (1984, p. 10). Outros a reputam incorreta, pois a antijuridicidade formal seria a própria tipicidade (BITENCOURT, 2007, p. 294; JESUS, 2005, p. 358; REYES ECHANDÍA, 1999, p. 39).

Sem embargo, há diversos argumentos em prol do prestígio da aludida diferenciação:

[...] a *antijuridicidade formal* exprime a contradição do comportamento concreto com o conjunto das proibições e permissões do ordenamento jurídico, como **qualidade invariável** de toda ação típica e antijurídica; a *antijuridicidade material* exprime a lesão injusta do bem jurídico, como **dimensão graduável** do conteúdo de injusto das ações típicas e antijurídicas. Por exemplo: furto de coisa de pequeno valor possui a mesma antijuridicidade formal de furto de coisa de grande valor [...] furto de coisa de grande valor tem maior conteúdo de injusto que furto de coisa de pequeno valor [...]. A distinção é importante por várias razões: primeiro, indica diferença entre *antijuridicidade* [...] e *injusto* [...]; segundo, em situações específicas, permite descaracterizar a antijuridicidade formal determinada pela mera literalidade da lei [...] (CIRINO DOS SANTOS, 2006, p. 218-219. Os grifos são do original).

O aparecimento do instituto é recorrente na literatura especializada, ora assumindo feições metajurídicas ou supralegais ancoradas em subjetivismo formal ou sociológico. Na apreciação desse arcabouço doutrinário, Fabián Balcarce esclarece que para Graf zu Dohna a ação se afigurava como antijurídica quando não representava meio justo para alcançar-se um fim igualmente justo, enquanto Sauer defendia ser antijurídica a ação que mais prejudicava do que beneficiava o Estado. De se agregar, ainda, a orientação de cunho objetivo, defendida por Mayer, segundo a qual a contrariedade a uma norma de cultura é que denotaria a antijuridicidade (BALCARCE, 2001, p. 64).

Franz von Liszt definia a antijuridicidade material, em contraposição à antijuridicidade formal, como o ataque aos interesses vitais dos particulares ou da coletividade, protegidos por normas jurídicas. Mas sua concepção admitia algumas concessões.

Em primeiro lugar, deveria essa regra ser interpretada restritivamente, porquanto naturalmente não de se estabelecer conflitos entre interesses distintos: o fim da convivência humana conduz à necessidade de que, na ponderação dos interesses, seja sacrificado o interesse de menor importância quando somente se pode conservá-lo à custa do interesse superior. E prossegue o autor alemão, em suas próprias palavras:

A lesão ou risco de um bem jurídico só será materialmente contrária ao Direito quando estiver em contradição com os fins da ordem jurídica que regula a vida comum; esta lesão ou risco será materialmente legítima, apesar de dirigida contra interesses juridicamente protegidos, no caso e na medida em que responda a esses fins da ordem jurídica e, por conseguinte, à mesma convivência humana (LISZT, 1999, p. 336-337).

Em segundo lugar, Liszt aponta para o fato de ser o conteúdo material da infração independente de sua exata apreciação pelo legislador, pois ele não cria a norma jurídica que, antes, se encontra ante ele. Assim, afirma, a antijuridicidade material e a antijuridicidade formal podem coincidir, mas também discrepar. “Não é presumível uma contradição semelhante entre o conteúdo material do ato e sua apreciação jurídica positiva, mas não é impossível” (LISZT, 1999, p. 337).

Com isso, enquanto a antijuridicidade formal se caracteriza pela relação que se estabelece entre a conduta e a norma penal, a antijuridicidade material se prende ao conteúdo desvalioso da conduta, sem confundir-se, todavia, com o antissocial. A qualificação de uma conduta como social ou antissocial importa valoração sociológica, mas não necessariamente jurídica, não apenas porque o social é um *prius* em relação ao jurídico, mas sobretudo porque aquele é um conceito de maior amplitude (REYES ECHANDÍA, 1999, p. 7).

Roxin afirma igualmente a importância prática da antijuridicidade material: a) permite realizar graduações do injusto e aproveitá-las dogmaticamente; b) proporciona meios auxiliares para interpretação da teoria do tipo e do erro e para solucionar outros problemas dogmáticos; c) torna possível formular os princípios nos quais se baseiam as causas de exclusão do injusto e determinar o seu alcance (ROXIN, 1997, p. 559).

A distinção entre antijuridicidade formal e material relaciona-se, pois, igualmente à ideia de injusto penal, expressão por meio da qual se pretende designar a conduta típica e simultaneamente antijurídica. O interessante dessa construção, à luz da antijuridicidade material, é que o injusto penal, ao contrário da simples tipicidade, é graduável, ou seja, há injustos mais ou menos graves, sendo justamente o grau de afetação ao bem jurídico e ao Direito como um todo. Assim, “o injusto caracteriza o desvalor da ação (e, se o caso, do resultado)” (ROXIN, 1997, P. 202).

Os rendimentos da identificação de uma antijuridicidade material nos conduzirão, como se verá a seguir, a defender que o momento de determinação da sanção penal, em especial a quantidade de pena privativa de liberdade, se dê também em atenção à magnitude da ofensa da conduta ao ordenamento jurídico e à coletividade, quando o grau de lesão ao bem jurídico possa orientar o Magistrado, junto a outros critérios, no estabelecimento da adequada resposta do Estado à prática delitiva.

3 INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

A individualização da sanção penal, entendida como a imposição particularizada da pena levando-se em consideração a natureza do delito, o grau de reprovabilidade da conduta ao agente e as suas condições pessoais, tem natureza constitucional no Brasil (Constituição Federal, artigo 5º, incisos XLVI, XLVIII e L).

Para Guilherme de Souza Nucci, a individualização da pena tem o significado de “eleger a justa e adequada sanção penal, quando ao montante, ao perfil e aos efeitos pendentes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que co-autores ou mesmo co-réus” (2005, p. 31).

Essa importante missão há de desenvolver-se em três etapas distintas, conquanto interligadas, razão pela qual se fala em individualização legal, individualização judicial e individualização executória. Assim, deve se dar em abstrato – por ocasião da *cominação* da sanção –, em concreto – quando, findo o processo-crime, é *aplicada* ou *determinada* a reprimenda pelo Magistrado – e em sede de *execução* da pena.

Os três momentos devem observar, entre outros aspectos, os fins atribuídos à pena criminal pelo ordenamento jurídico.

Embora a discussão acerca das teorias da pena em muito escape ao limite estreito do presente ensaio, não há como não se assentarem algumas linhas gerais, como premissas à proposta que se faz de consideração da antijuridicidade material no momento de individualização judicial da sanção.

O tema guarda relação direta com a legitimação do direito penal e, embora o embate entre teorias absolutas e relativas se afigure infinito e não menos turvo com o surgimento de teorias mistas ou ecléticas, exerce o fundamental papel de manter a reflexão sobre a legitimação da pena pública, um parâmetro crítico segundo o qual se possa medir a realidade, na expressão de Stratenwerth:

Isso pode-se fazer, se baseado em constatações e necessidades bem concretas, inclusive de modo mais sensato e preciso que uma concepção funcional-sistêmica onicompreensiva, com a qual, devido a seu grau de abstração, qualquer coisa se pode pôr em consonância. Ameaçar com a pena pública e impô-la é – como uma forma precária de interação social – um processo altamente complexo, com muitas facetas, com consequências desejadas e indesejadas, diretas e indiretas, previsíveis e desconhecidas, que não podem ser reduzidas a uma simples relação causa-efeito. A teoria da pena tem que configurar o marco dentro do qual se unam a seu propósito todos estes aspectos, com a liberdade de complementá-los e revisá-los segundo o estado de nossos conhecimentos empíricos e critérios teóricos, mas que obriga, antes de tudo, a controlar uma ou outra vez as decisões normativas que subjazem ao reconhecimento e à classificação dos possíveis fins da pena. Em outras palavras, o discurso sobre o

sentido e fim da pena não é um negócio que estaria concluído, se houvésssemos encontrado de uma vez por todas a resposta “correta”, senão uma daquelas tarefas para a qual não poderá haver uma solução definitiva (1996, p. 37-38).

É bem verdade que o Código Penal brasileiro oferece importante parâmetro normativo, consubstanciado na necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime (artigo 59, *caput*), tendo tais expressões, não obstante, sido objeto de considerações doutrinárias lançadas em sentidos distintos.

A expressão *reprovação* não surge, no aludido dispositivo de lei, como sinônimo de retribuição. A retribuição, tradicionalmente vinculada às teorias absolutas, traduz a ideia de equivalência entre crime e sanção: “assim, *reprovação* não se confunde com retribuição e deve ser entendida a partir da moderna concepção da culpabilidade como medida da pena” (JUNQUEIRA; DUEK MARQUES, 2006, p. 18). Os mesmos autores afirmam que a prevenção de que trata o artigo 59 do Código Penal é a prevenção geral positiva, voltada a “reforçar os valores contidos na norma penal” (2006, p. 18).

É contrário o pensamento de Rogério Greco, segundo o qual a norma em comento consagra a teoria mista ou unificadora da pena, pois “conjuga a necessidade de reprovação com a prevenção do crime, fazendo, assim, com que se unifiquem as teorias absoluta e relativa, que se pautam, respectivamente, pelos critérios da retribuição e da prevenção” (2003, p. 541).

Outro não é o entendimento de Juarez Cirino dos Santos, embora seja ele mais preciso no conceituar as expressões utilizadas no artigo 59 do estatuto penal:

No Brasil, o Código Penal consagra as *teorias unificadas* ao determinar a aplicação da penal “conforme seja necessário e suficiente para **reprovação e prevenção do crime**” (art. 59, CP): a *reprovação* exprime a ideia de retribuição da culpabilidade; a *prevenção* do crime abrange as modalidades de *prevenção especial* (neutralização e correção do autor) e de *prevenção geral* (intimidação e manutenção/reforço da confiança na ordem jurídica) atribuídas à pena criminal. (2006, p. 463).

O dispositivo penal em comento, que inaugura o processo de individualização judicial da pena por se constituir a primeira etapa do designado sistema trifásico⁷ previsto no artigo 68 do

⁷ Pode se ter como exceção ao critério trifásico a operação de estabelecimento da pena de multa: “a pena de multa merece consideração à parte, porque o critério para sua fixação obedece, *primordialmente*, à situação econômica do réu (art. 60, *caput*). Entretanto, o legislador também estabeleceu uma faixa para a eleição do juiz, variando de 10 a 360 dias-multa (art. 49, *caput*). Após a escolha do número de dias-multa, deve o magistrado optar pelo valor do dia-multa, entre valores que variam de 1/30 a 5 vezes o salário mínimo. O critério respeita, pois, duas fases. Na primeira, para eleição do número de dias-multa, entretanto, leva-se em conta, de regra e na medida do possível, o sistema trifásico (art. 68) e, na segunda, para fixação do valor do dia-multa, utiliza-se a situação econômica do acusado” (NUCCI, 2005, p. 183-185). Luiz Regis Prado reporta-se igualmente a fixação da multa mediante procedimento que “obedece a duas fases absolutamente distintas” (2002, p. 517). Sem embargo de tais opiniões, no Distrito Federal tem sido admitida a utilização do sistema trifásico para estabelecimento da sanção pecuniária, como exemplifica o julgado da Apelação Criminal nº 2010 03 1 023667-6: “a pena de multa deve ser proporcional à pena privativa de liberdade fixada e, em observância ao critério trifásico, deve ser reduzida quando estabelecida

mesmo código, segue relacionando os critérios para determinação da quantidade de pena – as denominadas *circunstâncias judiciais* –, estabelecendo a necessidade de indicação do regime inicial de cumprimento e de verificação da possibilidade de sua substituição por pena restritiva de direitos.

Essa primeira etapa, mormente no tocante à estipulação do *quantum* de pena privativa de liberdade, é fundamental para todo o processo de individualização judicial da sanção penal, pois sobre essa quantidade, em regra, serão realizadas as demais operações⁸, inclusive com reflexo direto no estabelecimento do regime prisional.

Com isso, especial relevo recobram as *circunstâncias judiciais*, em número de 08 (oito), a saber: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima.

A *culpabilidade* – compreendida nesse momento não como categoria do conceito de crime (imputabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade), mas como *reprovabilidade* – deve ser destacada como critério reitor máximo, como indica Paganella Boschi:

Ao nosso ver, o circuito poderá ser fechado mediante a consideração e utilização do único critério que preside todo o processo [de fixação da pena], qual seja, o da culpabilidade, porque é ela que fundamenta a condenação e ao mesmo tempo limita a quantificação da pena. Se examinarmos mais atentamente a estrutura do método trifásico poderemos concluir que foi talvez só por desatenção que o legislador consignou no início e não no fim do texto do artigo 68 do CP a expressão ‘atendendo-se ao critério do artigo 59 deste Código’, porque, como parece claro, é a pena final que deve ser individualizada e não só a pena-base. Recomendando, então, a utilização da culpabilidade graduada na primeira fase do método trifásico como critério para a quantificação das causas de pena da segunda fase do método de três fases [...] (2011, p. 241).

Entre as demais, importa-nos mais especificamente as relacionadas às consequências do delito, notadamente no que é possível conectá-las com a antijuridicidade material anteriormente analisada.

4 DOSIMETRIA DA PENA: ANTIJURIDICIDADE MATERIAL E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME

Segundo a doutrina especializada, por consequências do crime deve entender-se “o mal causado pelo crime, que transcende o resultado típico” (NUCCI, 2005, p. 226). São efeitos que

em número excessivo de dias-multa” (Segunda Turma, Rel. Desembargador Roberval Casemiro Belinati, julgado em 05/05/2011, publicado no DJU em 23/05/2011).

⁸ Embora em sede de circunstâncias agravantes e atenuantes (segunda fase) não haja indicação de frações ou quantidades fixas de elevação ou redução da sanção, devem elas guardar proporcionalidade com a pena imposta na primeira fase, havendo sólido entendimento doutrinário e jurisprudencial que orienta a manutenção, em regra, de um máximo de 1/6 (um sexto) de alteração nesse momento.

“às vezes podem, outras vezes não, ser visualizados no mundo fenomênico” (BOSCHI, 2011, p. 179).

Os autores que se dedicam ao estudo do tema, invariavelmente, alertam para que não se confundam as consequências da conduta delitiva com o resultado (natural ou jurídico) previsto no tipo penal:

[...] para poderem ser valorados negativamente como circunstância judicial, devem ser estranhos aos elementos que compõem a figura típica simples ou qualificada e às causas legais de modificação da pena (agravantes, atenuantes, majorantes e minorantes) porque, se assim não fosse, os resultados ou consequências da infração perfectibilizariam os tipos e, ao mesmo tempo, autorizariam maior exasperação das penas-bases respectivas, em nítido desrespeito ao princípio do *ne bis in idem* (BOSCHI, 2011, p. 179).

Assim, o resultado morte, no crime de homicídio, ou a incapacitação para realização das atividades corriqueiras no delito de lesões corporais qualificadas, seriam exemplos das consequências inerentes ao tipo penal, que não poderiam, segundo esse pensamento, orientar a operação de dosimetria da pena pelo Magistrado.

A jurisprudência pátria segue similar entendimento, valendo-se de fórmulas similares à que consignou o Superior Tribunal de Justiça quando da apreciação e julgamento do *Habeas Corpus* nº 275.496/MG, de relatoria da Eminente Ministra Laurita Vaz:

[...] 3. Mostra-se indevida a exasperação da pena-base, pela valoração negativa dos motivos, consequências e culpabilidade do crime, mediante a utilização de circunstâncias inerentes ao próprio tipo penal e de critérios igualmente inválidos. Redução do aumento da pena-base que se impõe. [...] (HC 275.496/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 02/09/2014).⁹

O tema foi igualmente objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, para quem “o mero desfalque patrimonial não pode, de forma automática ou mecânica, justificar a elevação da pena-base de crime inserido no Título dos Crimes contra o Patrimônio, no caso, o roubo majorado” (*Habeas Corpus* nº 110.471/RS, Rel. Ministro Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 13/12/2011, DJe 15/02/2012).

⁹ O julgado refere-se a suposto de prática de tráfico de entorpecentes. No mesmo sentido, em hipótese de estelionato, pode ser referido o *Habeas Corpus* nº 246.658/SP, de que se destaca: “[...] 4. A pena-base não pode ser descolada do mínimo legal com esteio em elementos constitutivos do crime ou com fundamento em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva, para justificar a exasperação, como ocorrido, na hipótese, em relação às consequências do crime” (HC 246.658/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 02/09/2014). E, ainda: “PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS INERENTES AO TIPO. 1. O dano patrimonial é inerente ao tipo de furto, afinal o prejuízo causado à vítima é próprio dos crimes contra o patrimônio. 2. Ausente algum elemento que demonstre a sua excepcionalidade no caso concreto, não pode figurar como circunstância judicial negativa. Precedente. 3. Agravo regimental improvido” (AgRg nos EDcl no REsp 1442561/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 19/08/2014).

A mesma orientação é acolhida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, como se colhe em aresto da lavra da 2ª Turma Criminal em caso de roubo:

[...] O prejuízo sofrido pela vítima que não tem restituídos os bens subtraídos não pode justificar a elevação da pena-base, a título de análise desfavorável das consequências do crime, a menos que a subtração resultasse prejuízo vultoso, com grande impacto sobre o patrimônio da vítima e perceptível redução de seus bens. [...] (Acórdão n. 806584, 20120510105663APR, Relator: SOUZA E AVILA, Revisor: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 24/07/2014, Publicado no DJE: 28/07/2014. Pág.: 247).¹⁰

É bem verdade que as cortes pátrias não se omitem no reconhecimento de que, efetivamente, há hipóteses em que as consequências da conduta criminosa afiguram-se de maior magnitude, a demandar o recrudescimento da sanção penal¹¹.

¹⁰ Na mesma linha: “PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO. ART.155, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DOSIMETRIA DA PENA. VALORAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL REFERENTE ÀS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. PREJUÍZO CAUSADO À VÍTIMA. REFORMA. DANO INERENTE AO TIPO. AUSÊNCIA DE EXPRESSIVO DANO PATRIMONIAL. CAUSA DE AUMENTO FUNDADA IGUALMENTE NO PREJUÍZO EXPERIMENTADO PELA VÍTIMA. EXCLUSÃO. PENA DE MULTA. REDIMENSIONAMENTO. RECURSO PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. 1. A majoração da pena-base em face da análise desfavorável das consequências do crime merece reparos, na medida em que o prejuízo experimentado pela vítima, mencionado na sentença, constitui, a meu ver, efeito inerente ao próprio tipo penal em questão (furto), não autorizando, per se, a elevação da pena-base. Conforme jurisprudência deste eg. Tribunal, a valoração negativa dessa circunstância é admissível apenas no caso de expressivo dano patrimonial, não caracterizado nos autos. [...] 3. Recurso conhecido e PROVIDO” (Acórdão n.808499, 20090910255327APR, Relator: HUMBERTO ADJUTO ULHÔA, Revisor: NILSONI DE FREITAS, 3ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 31/07/2014, Publicado no DJE: 05/08/2014. Pág.: 279); “PENAL. FURTO NOTURNO. RÉU QUE ADENTRA OFICINA MECÂNICA NA CALADA DA NOITE E SUBTRAI VÁRIAS PEÇAS, EQUIPAMENTOS MECÂNICOS E FERRAMENTAS DO SEU INTERIOR. PROVA SATISFATÓRIA DA MATERIALIDADE E AUTORIA. PRETENSÃO MINISTERIAL À REPARAÇÃO CIVIL DO DANO. IMPROCEDÊNCIA; AUSÊNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. [...] 3 A exasperação da pena-base escorada nas consequências do crime não é justificada quando estas se apresentam dentro da normalidade para o tipo, em que o valor dos prejuízos nada tem de extraordinário, conforme assentou em decisão recente o Supremo Tribunal Federal. [...] 5 Desprovemento da apelação acusatória, unânime, e provimento parcial ao defensivo, maioria” (Acórdão n. 649354, 20101010059344APR, Relator: GEORGE LOPES LEITE, Revisor: SANDRA DE SANTIS, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 15/01/2013, Publicado no DJE: 31/01/2013. Pág.: 130).

¹¹ Como exemplificam os seguintes arestos: “PENAL. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. ATO DE RECONHECIMENTO DO RÉU. AUTORIA. PROVAS. DOSIMETRIA DA PENA. EMPREGO DE ARMA. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. CORRUPÇÃO DE MENOR. [...] Presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, correto o aumento da pena-base. É cabível a análise desfavorável das consequências do crime, pois não se deve igualar o delito em que a vítima teve todos os bens restituídos àquele em que esta tem de suportar o efetivo prejuízo em razão da não recuperação. [...] Apelação parcialmente provida” (Acórdão n.809500, 20130510099737APR, Relator: MARIO MACHADO, Revisor: SANDRA DE SANTIS, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 31/07/2014, Publicado no DJE: 02/09/2014. Pág.: 193); “APELAÇÃO CRIMINAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ARTIGO 241 DA LEI N. 8.069/90, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 10.764/2003. PRODUIR FOTOGRAFIA PORNOGRÁFICA ENVOLVENDO ADOLESCENTE. RECURSO DA DEFESA. PRELIMINAR. COISA JULGADA. ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL PROMOVIDO PELO PARQUET. DESARQUIVAMENTO. DISPONIBILIZAÇÃO DE PROVA MATERIAL DO CRIME AO MINISTÉRIO PÚBLICO. PROVA NOVA. CONTINUIDADE DAS INVESTIGAÇÕES. POSSIBILIDADE. MÉRITO. ABSOLVIÇÃO. CONSUNÇÃO ENTRE DELITOS SEXUAIS E O CRIME PREVISTO NO ESTATUTO MENORISTA. INVIABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONTINÊNCIA E CONTEÚDO ENTRE AS INFRAÇÕES PENAIAS. ATIPICIDADE. FOTOGRAFAR. NÚCLEO VERBAL RETIRADO DO TIPO (ART. 241 DO ECA) APÓS A EDIÇÃO DA LEI N. 10.764/2003. INVIABILIDADE.

Sem embargo, em todas essas situações e de forma praticamente invariável, a referência da jurisprudência e da própria doutrina é sempre ao tipo penal e a suas circunstâncias básicas ou derivadas.

Todavia, distinto poderia ser o panorama, sem que se pretenda aqui atentar contra o princípio *ne bis in idem*, se o enfoque se dá não somente em relação à tipicidade, ultrapassando, ao contrário, esse limite estreito para abranger a ideia de injusto penal – ou injusto pessoal – e da antijuridicidade material.

Claus Roxin, justamente ao discorrer sobre a antijuridicidade material, assevera:

A antijuridicidade formal não permite aumentos nem distinções qualitativas. Um furto de 10.000 marcos em sentido formal não é menos antijurídico que um de 10 marcos, posto que em ambos os casos se infringe igualmente a proibição do § 242. E, assim mesmo, a antijuridicidade formal do homicídio, enquanto infração de uma proibição, não é distinta da do furto. Ao contrário, o injusto material de um furto de 10.000 marcos supera ao de um de 10 marcos nos milhares, do mesmo modo que a danosidade ou nocividade social de um homicídio supera em muito a de um furto e em comparação com esta é qualitativamente distinta por completo. Agora bem, **como a quantidade e a qualidade do injusto material são essenciais para o grau de culpabilidade e, por sua vez, a medida desta tem grande importância para a medição da pena, a pena resulta decisivamente co-determinada pelo injusto material do fato** (ROXIN, 1997, p. 559. Grifo nosso).

Similar raciocínio é o de Juarez Cirino dos Santos, que acrescenta o exemplo da qualidade invariável da realização do tipo básico de um crime em relação às suas variações privilegiadas ou qualificadas, como ações igualmente contrárias ao Direito, embora graduável a dimensão da lesão de bens jurídicos em tais hipóteses (2006, p. 218-219).

CONDUTA DE PRODUZIR FOTOGRAFIA DESCRITA NA DENÚNCIA. DIFERENCIAÇÃO INOCORRENTE ENTRE AS EXPRESSÕES FOTOGRAFIAR E PRODUZIR FOTOGRAFIA. PRECENTES DO STJ. IDADE DAS VÍTIMAS. ERRO DE TIPO. NÃO OCORRÊNCIA. CONSENTIMENTO DAS VÍTIMAS. IRRELEVÂNCIA PARA A CARACTERIZAÇÃO DO CRIME. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PENAS-BASE. AUMENTO. CULPABILIDADE. VÍTIMA COM GRAU DE PARENTESCO COM A RÉ. ELO DE CONFIANÇA CONFIGURADO. CONDIÇÃO DESFAVORÁVEL À RÉ. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. UTILIZAÇÕES DE AMEÇAS DE MAL GRAVE E FUTURO. PREMEDITAÇÃO. NARRATIVA DE FATO INVERÍDICO FEITO PELA RÉ PARA ATRAIR A VÍTIMA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. CONTEXTO FÁTICO QUE REVELA ABALO PSICOLÓGICO NA VÍTIMA. ASPECTO NEGATIVO. DUAS VÍTIMAS. CÚMULO MATERIAL. ART. 69 DO CP. INOCORRÊNCIA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS QUANTO À CONTINUIDADE DELITIVA SIMPLES. ART. 71, *CAPUT*, DO CP. CUSTAS PROCESSUAIS. LEI N. 1.060/1950. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAS. PRELIMINAR AFASTADA. [...]7. As consequências do crime (art. 59 do CP) podem ser consideradas de forma negativa, caso haja elementos objetivos que evidenciem que a vítima sofreu abalo moral. Sem prejuízo da ofensa ao seu direito de liberdade sexual e corporal, inerentes ao tipo (art. 241 do ECA), a ofensa moral severa deve ser levada em consideração na fixação da pena-base. No caso dos autos, a vítima, após a prática do crime, chegou a sua residência chorando muito, ocasião em que, vencendo o temor das ameaças sofridas, relatou para a sua genitora todo o episódio criminoso. [...]11. Preliminar afastada. No mérito, recursos do Ministério Público e do réu parcialmente providos e da ré desprovido” (Acórdão n.816098, 20060510052673APR, Relator: SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, Revisor: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 28/08/2014, Publicado no DJE: 05/09/2014. Pág.: 195).

É possível, assim, com lastro na compreensão mais ampla do tipo de injusto e com lastro na antijuridicidade material, suplantar o mal colocado óbice do princípio *ne bis in idem*.

Se esse princípio ostenta a dimensão que lhe conferiu o artigo 8º, item 4, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), segundo o qual “*o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos*”, ou mesmo a maior magnitude sustentada pela doutrina – para a espanhola Estrella Escuchuri Aisa, “*o ne bis in idem material se traduz na proibição de sancionar ou castigar duas vezes pelo mesmo fato, e, em sua vertente processual, o princípio supõe que ninguém possa ser julgado duas vezes pelos mesmos fatos (não pode haver dois processos com o mesmo objeto)*” (2004, p. 121), a verificação de que o tipo penal não esgota por si só todo o conteúdo do injusto autoriza o Magistrado a exercer ainda de forma mais plena o seu mister de individualizar a pena, lastreando-se, ao determinar as consequências do delito, na magnitude da lesão ao ordenamento jurídico, ou seja, na antijuridicidade material.

CONCLUSÃO

A doutrina penal, como se pôde perceber, se propôs a distinguir entre a simples contrariedade da conduta típica ao Direito – chamando-a de *antijuridicidade formal*, por alguns identificada singelamente com a tipicidade – e o grau de ofensa ao ordenamento jurídico, estabelecendo o que se convencionou denominar de *antijuridicidade material*. A antijuridicidade material, à qual se atrela o injusto penal, é, por conseguinte, dimensão graduável, pois o comportamento típico pode apresentar maior ou menor danosidade social.

Se ao Magistrado, por ocasião da prolação do édito condenatório, é imposta a individualização da pena, a consideração global das circunstâncias judiciais e a (des)valoração da culpabilidade e das consequências do delito, em particular, o autoriza a modular a sanção penal, especialmente a pena privativa de liberdade, para que considere o grau de afetação da conduta à ordem jurídica, reprimendo mais ou menos severamente o agente, conforme tenha atentado contra o bem jurídico penalmente tutelado.

A consideração da antijuridicidade material, outrossim, o autoriza a suplantar a ideia de que a lesão ao bem jurídico é inerente ao tipo penal, pois esta, como se viu, importa considerar igualmente por ocasião da verificação da antijuridicidade que, ao contrário do que comumente se procede, não se resume à constatação da inexistência de causas de justificação da conduta.

Por tais motivos, a quantidade e a qualidade do injusto material são essenciais para a medição da pena, que pode e deve ser modulada com lastro na maior ou menor extensão das

consequências do delito, sem que se prenda o aplicador da lei à excepcionalidade da gravidade do fato.

REFERÊNCIAS

BALCARCE, Fabián I. **La antijuridicidad penal**. Principios generales. Córdoba: Mediterránea, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: IPCP; Lumen Juris, 2006.

ESCUCHURI AISA, Estrella. **Teoría del concurso de leyes y de delitos**. Bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2004.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1980. v. I, t. I.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 3. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General. 5. ed. Granada: Comares, 2002.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**. 28. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. 4. ed. Buenos Aires: Losada, 1992. t. III.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. Os fins da pena no Código Penal Brasileiro. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 167, p. 18, out. 2006.

LISZT, Franz von. **Tratato de derecho penal**. 4. ed. Madrid: Reus, 1999. t. II.

MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. Tomo I.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. I.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. **Antijuridicidad**. 4. ed. Santa Fe de Bogotá, 1999.

ROXIN, Claus. **Teoría del tipo penal**. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico. Versión castellana del Prof. Dr. Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1979.

_____. **Derecho penal. Parte general**. Traducción de la 2ª edición alemana. Madrid: Civitas, 1997.

STRATENWERTH, Günter. **¿Que aporta la teoría de los fines de la pena?** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Ilícitude penal e causas de sua exclusão**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Ediar, 2004. t. III.