

# CULPABILIDADE E MERECIMENTO DE PENA: APLICAÇÃO DOS CONCEITOS E CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS A DELITOS AMBIENTAIS

**CLÁUDIO RIBEIRO LOPES**

Mestre em Direito: Tutela de Direitos Supra-Individuais pela Universidade Estadual de Maringá, professor de Direito Penal, nas Faculdades Integrado e na UNOESTE, membro da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais e do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

**Resumo:** No que se refere à pena, as expressões culpabilidade e merecimento podem muito bem traduzir a idéia motriz de um direito penal democrático. Especificamente, a culpabilidade não pode ser vista, exclusivamente, como o pressuposto da pena, pois o delito, configurado como o injusto culpável é o pressuposto e não uma parcela do mesmo ou uma estrutura dogmática alijada de seu contexto, como parte minoritária da doutrina penal brasileira defende. Nessa perspectiva é que se analisa a sua aplicabilidade em sede dos delitos ambientais, destacando rigorosa crítica às posturas normativistas, quer pela desconfiguração roxiniana da culpabilidade, quer por sua absoluta prescindibilidade jakobiana. Em arremate, não se prescinde dessa categoria, tendo em vista o escopo de manter, fielmente, um conceito pessoal de injusto, também em sede de delitos ambientais.

**Palavras-chave:** Culpabilidade – Pena – Merecimento – Delitos ambientais.– Meio Ambiente.

**Resumen:** En lo que concierne a la pena, las expresiones culpabilidad y merecimiento traducen a la perfección la idea rectora de un derecho penal democrático. En este sentido, no es únicamente la culpabilidad, sino el delito como injusto culpable, el presupuesto de la pena. Se analiza en este artículo el merecimiento de pena en los delitos contra el medio ambiente, especialmente las posturas normativistas. Se defiende la importancia de la culpabilidad como elemento del concepto de delito, con la adopción de la noción de injusto personal también en el ámbito de los delitos ambientales.

**Palabras-clave:** Culpabilidad – Pena – Merecimiento – Delitos contra el medioambiente.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 O conceito de delito pela doutrina brasileira; 3 Culpabilidade como (um) pressuposto da pena; 4 Merecimento de pena; 5 Crítica às posturas normativistas; 6 Aplicabilidade ao bem jurídico-penal ambiente.

## 1 INTRODUÇÃO

O *ius puniendi* estatal está adstrito a uma série de princípios que, geralmente, têm encontrado assento constitucional. De igual forma, a questão sobre o exercício do direito de punir do Estado, surgido em virtude da realização de um injusto culpável, se relaciona com o merecimento de pena e, nesse sentido, com a culpabilidade pelo fato, mormente em se tratando de um Estado de direito social e democrático, como o brasileiro.

A realização pelo ser humano do injusto apenas pode ser censurada a partir da concepção do merecimento de pena.

Nesse sentido, tem-se a culpabilidade enquanto reprovabilidade da decisão de vontade.

Não sem motivo, Hans Welzel afirmara: “no juízo de culpabilidade, examina-se a reprovabilidade da vontade típica e antijurídica [...]”<sup>1</sup>.

Nessa perspectiva, em que não se prescinde, absolutamente, do conceito de culpabilidade, é que se irá analisar o problema do merecimento de pena, até porque esta deve operar, no dizer de Günther Stratenwerth, como “retribuição da culpabilidade”<sup>2</sup> pelo fato.

Nesse sentido, Hans Joachim Hirsch destaca que “[...] é preciso destacar que a culpabilidade refere-se sempre ao fato, e, portanto, pressupõe necessariamente, no Direito Penal, um ilícito típico”<sup>3</sup>.

Dessa forma, as questões que podem ser vertidas sobre o merecimento de pena estão vinculadas, neste artigo, à teoria do delito, sendo de bom alvitre destacar que não se deve confundir o merecimento de pena com

---

<sup>1</sup> WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 89.

<sup>2</sup> STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal*. Parte General I. El hecho punible. 4. ed. Trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p. 30. (Trad. Livre)

<sup>3</sup> HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho Penal*. Obras Completas. Libro Homenaje. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1999. p. 151. (Trad. livre)

sua necessidade, esta última inserida na categoria da punibilidade, e, portanto, por coerência com a proposta aqui assumida, alheia à configuração do injusto culpável, este, fundamento da imposição da pena, também em sede dos delitos ambientais.

Sob esse prisma, optou-se por investigar o posicionamento da doutrina brasileira a respeito do conceito de delito, uma vez que influenciará, diretamente, no papel da culpabilidade.

## 2 O CONCEITO DE DELITO PELA DOUTRINA BRASILEIRA

Para Bento de Faria, crime ou delito “é um fato proibido por lei sob a ameaça de uma pena”<sup>4</sup>. Ainda para o autor, “é um ato penalmente ilícito”<sup>5</sup>. Também indica que o delito é “completado por elementos que o integram – material e psíquico”<sup>6</sup>. Destaca, como integrantes do elemento material, a ação criminosa (a ação positiva e a omissão negativa), o resultado, conceituando-o como o efeito determinante de um dano ou de um perigo para um bem ou interesse e a relação de causalidade material entre a ação e o resultado (causa eficiente). Compõe o elemento psíquico com a vontade consciente e livre, manifestada externamente, sendo que a consciência da ilicitude estará implícita na vontade do agente.

Basileu Garcia<sup>7</sup>, na esteira de Franz von Liszt, distingue conceitos formais e substanciais de crime. Formalmente, crime é o acontecimento a que a legislação relaciona a pena como conseqüência de direito. Substancialmente, é o fato que, lesando ou pondo em perigo bens ou interesses jurídicos, mereça converter-se em ilícito penal, por meio da lei repressiva. Informa o autor existir, à época, pronunciada tendência a identificar o delito como a ação humana antijurídica, típica, culpável e punível, inserindo o elemento psíquico (vontade) na culpabilidade. Para o referido autor, o conceito analítico de delito informa cinco categorias fundamentais, incluindo-se a punibilidade.

---

<sup>4</sup> FÁRIA, Bento de. *Código penal brasileiro (comentado)*. Parte geral: arts. 1 a 41 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Record, 1958. v. II. Primeira Parte, p. 115.

<sup>5</sup> Id. *ibid.*, p. 116.

<sup>6</sup> FÁRIA, Bento de, *op. cit.*, p. 118.

<sup>7</sup> GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 4. ed. rev. e atual. 24. tir. São Paulo: Max Limonad, 1975. v. I, t. I, p. 193 e 195.

Magalhães Noronha aponta a definição do crime sob os aspectos formal, cuja referência é a lei – crime é a conduta humana que viola a lei penal; e substancial, definição esta que, segundo o autor, visa à consideração ontológica do delito, às razões que levam alguém a praticá-lo. Destaca que esse conceito pode ser obtido por meio da valoração de bens-interesses. Assim, a essência desse conceito reside na “ofensa ao bem jurídico”<sup>8</sup>. Logo, crime é a conduta humana que lesa ou expõe a perigo um bem jurídico protegido pela lei penal.

Para esse autor, o conceito dogmático (analítico) de delito é a ação típica, antijurídica e culpável. Nitidamente, nega os postulados basilares finalistas no que se refere à alocação do dolo (elemento subjetivo) e da culpa (elemento normativo) na conduta, destacando que a culpabilidade é o local adequado para a análise do elemento subjetivo do delito<sup>9</sup>.

O texto examinado data de 1985, portanto posterior à reforma penal (13/07/1984). Ainda assim, o autor insiste em que, legalmente, não se teria aceitado a orientação finalista<sup>10</sup>, apesar de citar o fato de que, efetivamente, a reforma modificou a estrutura do tratamento jurídico-penal do erro. Como garantia de sua posição, cita Ricardo Antunes Andreucci<sup>11</sup>, para quem a filosofia do Código de 1940 teria sido mantida pela reforma.

Estranhamente, apesar de negar a teoria da ação finalista, destaca que a culpabilidade, além de ser o “elemento subjetivo do delito”<sup>12</sup>, é, também, reprovabilidade, enquanto juízo de reprovação social<sup>13</sup>.

Com efeito, a culpabilidade não pode ser, ao mesmo tempo, local de alocação dos elementos subjetivos/normativos do delito e da própria reprovabilidade pela prática do injusto; há uma incompatibilidade lógica nesses pressupostos, se se adota, como no Brasil, por lei, o injusto da tentativa.

José Frederico Marques também é partidário da subdivisão do conceito de delito em formal e material. Segundo ele, em seu sentido formal, o crime é a conduta ilícita que, por meio da lei, recebeu forma jurídico-penal; no sentido material, crime é a lesão de um bem jurídico penalmente

---

<sup>8</sup> NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. Introdução e Parte Geral. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. v. 1, p. 94.

<sup>9</sup> Id. *ibid.*, p. 95.

<sup>10</sup> Id. *ibid.*, p. 96.

<sup>11</sup> ANDREUCCI, Ricardo Antunes. *Reforma penal...op. cit.*, p. 117.

<sup>12</sup> Id. *ibid.*, p. 95.

<sup>13</sup> Id. *ibid.*, p. 100-101.

tutelado.

Esse autor denomina o conceito analítico (ou dogmático) como conceito formal. Assim sendo, crime é o fato típico, antijurídico e culpável<sup>14</sup>. Às categorias fundamentais do delito dá o nome “elementos”<sup>15</sup>. Não obstante não inclui a punibilidade como elemento integrante do delito, posto que, segundo ele, esta configuraria “conseqüência ou resultado do crime”<sup>16</sup>.

Dessa forma, adota a noção tripartida de delito, prescindindo da idéia clássica de que o crime se decomporia em elementos material e moral. Porém apresenta seu conceito de culpabilidade, de matiz causalista, nela inserindo os elementos subjetivos, o que o afasta, decididamente, das concepções ontológicas de Hans Welzel.

Aníbal Bruno, também causalista, de igual forma destaca os conceitos formal e material do crime. Para ele, formalmente, crime é “todo fato que a lei proíbe sob a ameaça de uma pena”<sup>17</sup>. Repele, com veemência, o conceito de crime natural, de Garofalo, dando primazia ao princípio da legalidade. Já sob o aspecto material (ou conceito sociológico), para o referido autor, crime é “um ato que ofende ou ameaça um bem ou interesse jurídico julgado fundamental para a coexistência social e por isso protegido pelo Estado sob a ameaça de uma pena”<sup>18</sup>.

Partindo do conceito formal de delito, constrói seu conceito analítico, decompondo-o nos seus elementos constitutivos: ação típica, antijurídica e culpável. Como causalista, ainda aloca os elementos subjetivos, puros e normativos, na culpabilidade, destacando que tais elementos é que justificam o juízo de reprovação da ordem de direito.

Também não compartilha da concepção finalista que desloca o dolo e a culpa da culpabilidade para a estrutura inicial da teoria do crime – a ação. É, portanto, adepto do conceito naturalista de ação, chegando, mesmo, a profetizar que o conceito de crime perderia a sua estrutura essencial no finalismo<sup>19</sup>.

---

<sup>14</sup> MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Campinas: Millennium, 2002. v. II, p. 9.

<sup>15</sup> Id. *ibid.*, p. 10.

<sup>16</sup> Id. *ibid.*, p. 16.

<sup>17</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Parte Geral. 5. ed. rev. e atual. por Raphael Cirigliano Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2003. t. I, p. 173.

<sup>18</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito Penal...op. cit.*, p. 175.

<sup>19</sup> Id. *ibid.*, p. 190.

Para Nélson Hungria, crime é o “ilícito penal”<sup>20</sup> – conceito jurídico. De forma mais precisa, crime é o fato (humano) típico – elemento material-objetivo, injurídico, isto é, contrário ao direito e culpável – elemento moral-subjetivo – a relação subjetiva que vincula o fato ao agente, onde se situam o dolo e a culpa *stricto sensu*<sup>21</sup>.

Segundo esse autor, a punibilidade configura “nota específica do crime”<sup>22</sup> que, “por considerações de oportunidade ou de política criminal”<sup>23</sup>, não pode ser considerada na construção dogmática da teoria jurídica do crime. À época dessa 3ª edição (1955), o autor nem fazia qualquer referência às idéias de Hans Welzel.

Na 6ª edição de sua obra, Nélson Hungria persiste em afirmar que o crime “é o ilícito penal”<sup>24</sup>. Dogmaticamente, destaca que o crime é o fato humano típico, contrário ao direito e imputável a título de dolo ou culpa<sup>25</sup>. Não inclui a periculosidade subjetiva como categoria ou elemento do crime e continua a defender que a punibilidade é a “nota particular”<sup>26</sup> do crime. Segue defendendo que a culpabilidade é a relação subjetiva que vincula o fato ao agente (causalidade psíquica). Dessa forma, demonstra haver continuado atrelado ao causalismo, pois entende que “o agente deve ter querido livremente a ação ou omissão e o dolo (resultado) ou, pelo menos, a ação ou omissão (culpa *stricto sensu*)”<sup>27</sup>.

Interessa destacar-se, aqui, que, num apêndice à 6ª edição, Nélson Hungria menciona que a culpabilidade é “pressuposto ou condição tão-somente da punibilidade, embora possa funcionar, como efetivamente funciona, segundo sua maior ou menor intensidade, na mensuração da pena *in concreto*”<sup>28</sup>. No mesmo texto, mais adiante, insiste em que “a culpabilidade é simplesmente a consciente e livre direção da vontade para um resultado antijurídico ou para uma ação ou omissão que se deve prever

---

<sup>20</sup> HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955. v. I, t. II, p. 6.

<sup>21</sup> Id. *ibid.*, p.7.

<sup>22</sup> Id. *ibid.*, p. 24.

<sup>23</sup> Id. *ibid.*, p. 24.

<sup>24</sup> HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. I, t. II, p. 4.

<sup>25</sup> Id. *ibid.*, p. 4-5.

<sup>26</sup> Id. *ibid.*, p. 18.

<sup>27</sup> Id. *ibid.*, p. 17.

<sup>28</sup> HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. 6. ed...op. cit., p. 385.

como capaz de produzir um resultado *contra jus*<sup>29</sup>.

Ao término de seus apontamentos, o referido autor critica Welzel, ligando sua teoria à culpabilidade do caráter e a um Direito Penal do autor. Com efeito, nada mais equivocado, uma vez que Hungria parece demonstrar parco conhecimento do finalismo, enquanto teoria que busca o resgate da condição de dignidade do ser humano, com sua concepção pessoal de injusto.

Para Heleno Cláudio Fragoso, a teoria do delito “constitui a parte essencial do sistema do Direito Penal”<sup>30</sup>. Destaca a concepção italiana bipartida de delito – força moral e força física do delito, afirmando que Carmignani e Carrara “recusavam à antijuridicidade a categoria de característica ou elemento do crime”<sup>31</sup>.

Entretanto manifesta adesão à concepção tripartida de delito (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), referindo-se, inicialmente, à culpabilidade como categoria que compreende “o dolo e a culpa *stricto sensu*, como determinação da vontade contrária ao dever”<sup>32</sup>.

Essa obra, contudo, data de 1983 e, nesse momento, Fragoso já manifestava sua conversão ao finalismo, principalmente pelos escritos de Maurach e do próprio Welzel, no que pertine à justificação da teoria para os crimes culposos. Passou a inserir as características subjetivas (dolo/culpa) no tipo, entendendo a culpabilidade como “a reprovação do ordenamento jurídico pela realização do injusto típico”<sup>33</sup>.

Para o referido autor, entretanto, as condições objetivas de punibilidade, ainda que exteriores ao tipo, são “condições do crime e não da pena”<sup>34</sup>, o que parece de todo equivocado à luz da teoria da ação finalista.

João Mestieri foi um dos pioneiros a adotar, no Brasil, a teoria da ação finalista, no início da década de 1970, decorrendo, daí, a importância de seus escritos. Critica, com agudez, as teorias causais, destacando que possuem “um sentido naturalista”<sup>35</sup> e que, por isso, ou seja, por incluírem

---

<sup>29</sup> Id. *ibid.*, p. 388.

<sup>30</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao código penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. I, t. II, p. 396.

<sup>31</sup> Id. *ibid.*, p. 397.

<sup>32</sup> Id. *ibid.*, p. 398.

<sup>33</sup> Id. *ibid.*, p. 408.

<sup>34</sup> Id. *ibid.*, p. 409.

<sup>35</sup> MESTIERI, João. *Teoria elementar do Direito Criminal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Edição do autor, 1990, p. 148.

o resultado, indissociavelmente, no conceito de ação, não conseguiriam justificar a punição da tentativa; ou, melhor dizendo, o injusto típico da figura tentada do crime.

Apesar de reconhecer certa evolução nas concepções causalistas, como, por exemplo, a adoção de um “conceito social de ação”<sup>36</sup>, pontua que tal evolução não trouxe “qualquer transformação essencialmente distinta da elaboração original”<sup>37</sup>. Logo, continuava-se a manter o conteúdo do querer (dolo) na culpabilidade<sup>38</sup>.

Sobre o finalismo, destaca que “a teoria da ação vale tanto para o delito consumado como para as outras formas de aparição do fato punível, como o delito por ação culposa e o omissivo”<sup>39</sup>.

A base do finalismo, segundo o referido autor, repousa sobre a idéia elementar de que o ser humano tem capacidade de prever as possíveis conseqüências futuras de seu agir e, portanto, devido a essa representação futura, dirigir sua vontade, a fim de obter o que almeja.

Desse modo, partindo da premissa de que a causalidade é a “simples resultante da combinação das condições circunstancialmente concorrentes”<sup>40</sup>, conclui que a finalidade consiste num “atuar dirigido conscientemente com vistas ao objetivo colimado”<sup>41</sup>.

Na esteira do finalismo, Francisco de Assis Toledo defende a idéia de que o conceito material de crime é “insuficiente para a dogmática penal”<sup>42</sup>. Adota a concepção tripartida de delito – ação típica, ilícita e culpável, criticando a inclusão feita por Basileu Garcia e Néelson Hungria da punibilidade como categoria do delito, porque “a pena criminal, como sanção específica do Direito Penal, ou a possibilidade de sua aplicação, não pode ser elemento constitutivo, isto é, estar dentro do conceito do crime”<sup>43</sup>.

Para o autor, a punibilidade é conseqüência do crime. Já a culpabilidade representa “um juízo de reprovação jurídica”<sup>44</sup>, endereçado àquele ser

---

<sup>36</sup> Id. *ibid.*, p. 149.

<sup>37</sup> Id. *ibid.*, p. 150.

<sup>38</sup> Id. *ibid.*, p. 149.

<sup>39</sup> Id. *ibid.*, p. 150.

<sup>40</sup> Id. *ibid.*, p. 150.

<sup>41</sup> Id. *ibid.*, p. 150.

<sup>42</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. 8. tir. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 80.

<sup>43</sup> Id. *ibid.*, p. 81.

<sup>44</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal...op. cit.*, p. 86.

humano que tinha condições de agir de outro modo e preferiu não fazê-lo. Portanto, dentro de uma visão verdadeiramente finalista, o autor despe a culpabilidade do conteúdo da vontade.

Cláudio Brandão destaca que, quando se dá ênfase ao preceito da norma penal, se tem o conceito formal do crime; ao revés, se a ênfase está no conteúdo, exsurge o conceito material<sup>45</sup>. Este último relaciona-se com o valor tutelado – o bem jurídico. Explicita o referido autor ser a missão do direito penal tutelar bens jurídicos<sup>46</sup>.

Seguindo a tradição do finalismo, define crime como “uma ação típica, antijurídica e culpável”<sup>47</sup>. Por culpabilidade, destaca ser “um juízo de reprovação pessoal, feito a um autor de um fato típico e antijurídico”<sup>48</sup>.

Por outro lado, pontua que, no Direito Penal brasileiro, há discrepância doutrinária acerca de se incluir a culpabilidade como categoria fundamental e, portanto, ligada ao conceito do crime ou alheia a essa configuração. Combate a idéia da concepção bipartida do delito, informando que “o próprio crime – e não somente a culpabilidade – é o pressuposto da pena”<sup>49</sup>.

Para Jair Leonardo Lopes, filiado à teoria finalista, o fato (crime), “além de ser ação humana e ilícita, há de ser também culpável, para que possa ser punível”<sup>50</sup>.

Miguel Reale Júnior, estruturalmente, define: “o delito se compõe da ação típica, em suas faces positiva e negativa, e da culpabilidade”<sup>51</sup>.

Juarez Tavares entende que o finalismo e o neokantismo se aproximam na forma como tratam o resultado, não o priorizando, destacando, contudo, os aspectos subjetivos e direcionadores da conduta<sup>52</sup>. Para ele, o finalismo assumiu a proposta neokantiana de Mayer, que toma a tipicidade como indiciária da ilicitude<sup>53</sup>; e, ainda, Hans Welzel teria estabelecido uma

<sup>45</sup> BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 6.

<sup>46</sup> Id. *ibid.*, p. 7.

<sup>47</sup> Id. *ibid.*, p. 12 e 14.

<sup>48</sup> Id. *ibid.*, p. 12.

<sup>49</sup> Id. *ibid.*, p. 14.

<sup>50</sup> LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal*. Parte Geral. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 139.

<sup>51</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Parte Geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. II, p. 147.

<sup>52</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 137.

<sup>53</sup> Id. *ibid.*, p. 141.

concepção de injusto eminentemente pessoal – referida a determinado autor.

Expõe que o finalismo inovou em dois aspectos importantes:

1º) subordinou toda a estrutura do injusto ao conceito final de ação (ontológico) e, assim, fez com que o dado ôntico limitasse a ação legislativa, no sentido de que os esquemas reais não podem ser modificados pela vontade, conveniência ou interesses do legislador; 2º) politicamente, conferiu à norma penal a função primária de proteção dos valores ético-sociais, uma vez que o sentido da ação se transforma no elemento essencial de configuração do injusto, em lugar do resultado, idéia do causalismo.

Para Eugenio Raúl Zaffaroni, o conceito de delito é construído como “conduta típica, antijurídica e culpável”<sup>54</sup>. Tal conformação exige juízos sucessivos, até que se chegue à estrutura completa do crime. O injusto é composto pela conduta típica e antijurídica, somando-se a culpabilidade como uma das categorias fundamentais, tem-se o delito.

Luiz Luisi escreve que as várias concepções da ação interferiram, diretamente, na elaboração da tipicidade. Destaca a concepção naturalista, segundo a qual a ação é a vontade objetivada, isto é, a percepção no mundo real de um comportamento que alterou seu contexto. Assim sendo, o tipo não pode apresentar “conotações valorativas e subjetivas”<sup>55</sup>; abstrai-se todo o conteúdo da vontade. Pela concepção social, a ação é um conceito valorado por sua significação social. Segundo o referido autor, citando Karl Engisch, a ação é “o voluntário produzir de conseqüências socialmente relevantes”<sup>56</sup>. Entretanto, há um problema que se destaca, porquanto essa teoria se bifurca em duas direções: a primeira indica a valoração pelo meio cultural – padrões axiológicos dominantes; a segunda, a valoração dada pela ordem jurídica. Entende a conduta como a produção de um resultado causada pela vontade do agente. Também afasta da conduta o conteúdo da vontade, o que a aproxima das concepções causalistas.

Todavia, pela concepção finalista, a ação humana é realidade que já se encontra organizada num contexto ontológico previamente definido

---

<sup>54</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro. Parte Geral*. 5. ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 371.

<sup>55</sup> LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987. p. 33.

<sup>56</sup> Id. *ibid.*, p. 34.

para a disciplina jurídica<sup>57</sup>. Os conceitos normativos apenas identificam e descrevem essa realidade ontológica. Por conseguinte, a ação humana é uma "realidade ordenada"<sup>58</sup>. Os atos do querer e do conhecimento humanos são apreendidos em sua essência, da qual se pode destacar que ambos sempre se voltam para uma meta, um objetivo.

Dessa feita, identifica-se, no conceito de ação, a finalidade do querer humano, indissociável de seu agir. Resta, portanto, destacar-se que o tipo penal, "[...] por consistir na conceituação da conduta, inclui, como dado basilar, o conteúdo da vontade"<sup>59</sup>. Por conseguinte, o dolo e a culpa estão vinculados ao contexto do tipo penal exclusivamente, dando-se à culpabilidade nova roupagem, inteiramente normativa, despida dos elementos subjetivos.

Para Luiz Regis Prado, podem-se destacar três conceitos básicos de delito: formal (nominal), que é a relação de contrariedade entre o fato e a lei penal; material (substancial), que se refere ao conteúdo do ilícito, tratando-se da lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico, que pode apresentar-se com caráter individual, coletivo ou difuso; analítico (dogmático), que se revela pela decomposição das partes constitutivas do delito<sup>60</sup>. Portanto, para fins estritamente didático-pedagógicos, delito é a ação ou omissão típica, ilícita e culpável.

O mencionado autor adota a concepção do ontologismo, no sentido de que esses elementos se encontram em uma seqüência lógico-necessária, posto que não pode haver culpabilidade, sem que, antes, preexista a ilicitude; e, esta, por sua vez, sem que haja, previamente, a tipicidade, decorrente da conduta humana.

Seguindo um comentário feito, em apêndice, por Nélon Hungria e ratificado por René Ariel Dotti, em 1976<sup>61</sup>, alguns autores defendem a idéia de uma concepção bipartida de delito como o fato típico e antijurídico; à culpabilidade reservam a característica exclusiva de mero pressuposto para aplicação da pena.

Para Aglaia Cynthia Bacchieri dos Santos, que apresenta visível

---

<sup>57</sup> Id. *ibid.*, p. 37.

<sup>58</sup> Id. *ibid.*, p. 39.

<sup>59</sup> LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal...* op. cit., p. 41.

<sup>60</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte Geral. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 1, p. 241-243.

<sup>61</sup> DOTTI, René Ariel. *O incesto*. Curitiba: L. Técnica, 1976, p. 173 et seq.

influência das idéias de Walter Coelho<sup>62</sup>, a culpabilidade, por constituir um dado normativo que se refere “ao agente do fato delituoso, e não do fato do sujeito, funciona como mero pressuposto de aplicação da pena, não integrando a estrutura do conceito de crime”<sup>63</sup>.

De igual forma, Damásio Evangelista de Jesus destaca a culpabilidade como um “pressuposto da imposição da pena”<sup>64</sup>. Outros autores acompanham a tese: Julio Fabbrini Mirabete<sup>65</sup>, Celso Delmanto<sup>66</sup> e Flávio Augusto Monteiro de Barros<sup>67</sup>.

A idéia fundamental desse setor da doutrina brasileira reside em conferir-se demasiado prestígio à linguagem formal estatuída pelo legislador. Com efeito, aqueles que defendem a retirada da culpabilidade do conceito dogmático de crime o fazem sob os seguintes argumentos:

Quando o legislador penal se refere à ilicitude, geralmente emprega expressões similares a “não há crime”, “não se pune o aborto”, “não constituem injúria ou difamação punível”, “não constitui crime” etc. Já, para se referir à culpabilidade, as expressões empregadas estariam relacionadas à isenção de pena ou à punibilidade do agente criminoso<sup>68</sup>.

Segundo os defensores dessa corrente, o próprio Hans Welzel teria afirmado que a culpabilidade seria o pressuposto para a aplicação da pena<sup>69</sup>.

Resta pontuar-se que Luiz Flávio Gomes, embora negue a culpabili-

---

<sup>62</sup> COELHO, Walter. *Teoria geral do crime*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. v. 1, p. 34.

<sup>63</sup> SANTOS, Aglaia Cynthia Bacchieri dos. *Perspectiva jurídico-analítica do crime*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 50.

<sup>64</sup> Id. *ibid.*, p. 459.

<sup>65</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. Parte Geral. 23. ed. rev. e atual. por Renato N. Fabbrini, São Paulo: Atlas, 2006. v. 1, p. 97.

<sup>66</sup> DELMANTO, Celso et al. *Código penal comentado*. 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 18.

<sup>67</sup> BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito penal*. Parte Geral. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1, p. 116.

<sup>68</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. Parte Geral. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 455. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual...* op. cit., p. 84 e 192. BARROS, Flávio Augusto Monteiro de, op. cit., p. 117.

<sup>69</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro. A culpabilidade na reforma penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 75, v. 605, mar. 1986, p. 265. É provável que esse argumento tenha como fonte uma equivocada e injustificável interpretação de Hans Welzel, que, ao tratar dos elementos da reprovabilidade, aparentemente, destaca a mesma como pressuposto da pena. (Idem. *O novo sistema...* op. cit., p. 143).

dade enquanto elemento estrutural do crime insere, estranhamente, a punibilidade abstrata como categoria fundamental do delito<sup>70</sup>. Assim o faz devido à sua vinculação ao funcionalismo teleológico. Com efeito, não se perfilha essa posição, uma vez que ela apresenta menoscabo à segurança jurídica e tende a destruir a coerência sistemática inerente às concepções ontológicas.

### 3 CULPABILIDADE COMO (UM) PRESSUPOSTO DA PENA

Feitas as necessárias alocações dos posicionamentos doutrinários brasileiros sobre o conceito de delito, é preciso estabelecerem-se os pontos que apontarão as possíveis consequências para a definição mais plausível da culpabilidade.

As concepções causalistas não podem ser aceitas, porque, muito embora não divirjam, estruturalmente, do finalismo, quanto ao rol dos elementos do delito (tipicidade, ilicitude e culpabilidade), a inserção do elemento subjetivo do crime na culpabilidade configura um grave equívoco, pois, invariavelmente, leva à confusão do juízo de reprovação, inerente à idéia de culpabilidade, com o móvel da conduta humana (vontade, no dolo; e normatividade, na culpa *stricto sensu*).

Aparentemente, a idéia básica dos causalistas de que, na culpabilidade, deve ser considerada a relação subjetiva que vincula o fato ao agente, é fruto da confusão existente sobre a natureza jurídica do elemento subjetivo do delito e a potencial consciência da ilicitude. Nesse sentido, a descoberta dos elementos subjetivos do injusto fez rechaçar-se, por si só, quase totalmente, a tese causalista.

Nessa perspectiva, o núcleo, o ponto fulcral das características subjetivas do crime devem, necessariamente, ser inseridos na conduta, visto que se se parte da premissa ontológica do agir humano, não se pode prescindir da idéia da finalidade do querer humano, indissociável do conceito de ação (conduta), principalmente nas legislações que acolhem o injusto da tentativa, como a brasileira. Por outro lado, não se imagina, na atualidade do ponto de vista prático, um modelo de legislação penal que não puna a tentativa de delito.

---

<sup>70</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: Parte Geral: teoria constitucionalista do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 3, p. 35.

Assim, segundo Welzel, a culpabilidade se torna a reprovabilidade da decisão de vontade, motivo pelo qual o dolo e a culpa *stricto sensu* devem estar localizados no início da estrutura do delito – na ação ou omissão típica –, para que não ocorram inseguranças jurídicas na configuração do injusto penal e da própria magnitude da culpabilidade, enquanto juízo pessoal de reprovação jurídica.

Por outro lado, a postura minoritária de determinado setor da doutrina penal brasileira erra, gravemente, por ignorar a concepção tripartida da estrutura do delito, com exclusão da culpabilidade em sua edificação, uma vez que, não é a culpabilidade, isoladamente, o pressuposto da imposição da pena: o delito é o pressuposto da pena. Logo, todas as categorias fundamentais – e aqui não se inclui a punibilidade, por sua permeabilidade – são pressupostos lógicos e sucessivos da imposição da pena.

Os fundamentos empregados na tentativa de justificação da tese da corrente finalista à brasileira devem ser rechaçados.

Para Juarez Tavares, “[...] não se pode dizer que o pressuposto da pena seja tão-somente a culpabilidade, mas, igualmente, todos os demais elementos do delito e ainda as condições objetivas de punibilidade”<sup>71</sup>. De igual forma, Ângelo Roberto Ilha da Silva expressa que “a afirmativa de que a culpabilidade é pressuposto de pena é correta, mas isso, só por si, não possui o condão de alijar a categoria da estrutura do delito”<sup>72</sup>.

Nesse sentido, o delito é o pressuposto da pena, e não apenas a culpabilidade, uma vez que as categorias estruturais do conceito de delito compõem, segundo Luis Gracia Martín, numa sucessão de elementos ordenados de modo lógico, em que as “notas ou caracteres do conceito analítico de delito são categorias valorativas parciais que incidem sobre a ação e seu autor, que se relacionam entre si de uma forma lógica”<sup>73</sup>.

No que respeita à afirmação de que o próprio Welzel teria construído a tese ora refutada, com efeito, nada mais equivocado, pois o criador da doutrina da ação finalista jamais afirmou tal idéia. Antes, ao contrário, sempre fez questão de frisar que o conceito de culpabilidade, acrescido aos

---

<sup>71</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Teorias do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 109.

<sup>72</sup> SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. A culpabilidade como requisito do crime. *Ciências Penais – Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, ano 3, n. 5, jul./dez. 2006, p. 240.

<sup>73</sup> GRACIA MARTÍN, Luis. *Fundamentos de dogmática penal: una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*. Barcelona: Atelier, 2006. p. 66. (trad. livre)

de tipicidade e de ilicitude, é que conformaria o delito<sup>74</sup>.

Se se adota essa posição minoritária, a culpabilidade restará esvaziada de seu conteúdo de reprovação, desvinculada da base do injusto, possibilitando, aí sim, que essa categoria possa ficar à mercê de influências e especulações que a afastem de um Direito Penal garantista, alijando-a do injusto, que não pode prescindir da mesma para a configuração de seu conceito pessoal, isto é, afeto, em essência, ao ser humano, ponto fundamental da doutrina ontológica. Aliás, frise-se que o isolamento da culpabilidade da estrutura do injusto põe em risco a própria legitimidade do sistema de Direito Penal<sup>75</sup>.

#### 4 MERECIMENTO DE PENA

Quer enquanto princípio constitucional<sup>76</sup>, como categoria dogmática integrante do conceito de delito<sup>77</sup> ou como estrutura lógico-objetiva<sup>78</sup>, a culpabilidade emerge a partir da concepção do ser humano livre e, nesse sentido, também chega a constituir-se em fundamento e limite de toda pena, porquanto, partindo da noção de livre-arbítrio humano, culmina na reprovabilidade da própria decisão (ou resolução) de vontade do ser humano<sup>79</sup>, como agente “capaz de responder pelas consequências decorrentes de seus atos”<sup>80</sup>.

Nesse sentido, relaciona-se com o merecimento de pena, dentro de uma concepção pessoal de injusto, que se revela a partir do desvalor da ação e do resultado, integrantes da concepção de injusto finalista, aqui perfilhada.

A reprovabilidade, que integra a culpabilidade enquanto uma das

<sup>74</sup> *Idem*. *O novo sistema...* op. cit., p. 87.

<sup>75</sup> *Id.* *ibid.*

<sup>76</sup> CERESO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español*. Parte General. Madrid: Tecnos, 2002. v. III, p. 16.

<sup>77</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso...* op. cit., p. 421. BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro. *Ciências Penais* – Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, ano 1, n. 1, jul./dez./2004, p. 178 et seq.

<sup>78</sup> WELZEL, Hans. *O novo sistema...* op. cit., p. 93 et seq.

<sup>79</sup> CERESO MIR, José. Culpabilidad y pena. *Obras Completas*, II, Lima: Ara, 2006, p. 255. No mesmo sentido, PRADO, Luiz Regis. *Curso...* op. cit., p. 427, BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 131. Culpabilidade... op. cit., p. 171.

<sup>80</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso...* op. cit., p. 420.

estruturas conceituais do delito é um juízo valorativo que recai sobre a vontade de ação<sup>81</sup>, posto que, em última instância, apesar de os elementos subjetivos estarem alocados no tipo, interferem no juízo de reprovação daquela resolução de vontade, tendo em vista que inexiste culpabilidade sem a pré-existência da ilicitude e essas, sem que sejam antecedidas pela tipicidade<sup>82</sup>.

Os problemas – insolúveis – que se destacam do embate entre o determinismo e o indeterminismo não devem servir, para refutar o conceito finalista de culpabilidade.

Desse modo, a questão que versa sobre a prova empírica da efetiva capacidade de o ser humano poder agir de uma outra forma, isto é, motivar-se ou não pela norma, deve ser relegada, uma vez que não há como se construir qualquer sistema jurídico-penal, sem que se prescindia desse dado, posto que segundo Luiz Regis Prado, “isso vem a sinalizar apenas para a debilidade material desse fundamento, que não se acha consolidado, nem é indiscutível [...]”<sup>83</sup>.

Nesse sentido, José Cerezo Mir afirma ser possível a comprovação empírica de alguns elementos importantes para o juízo de culpabilidade, como, por exemplo, a prova feita sobre o nível de inteligência e de experiência de vida do delinqüente, bem como as questões referentes à personalidade do mesmo<sup>84</sup>.

Reafirma essa proposição o referido autor, dizendo: “o ser humano, de acordo com os conhecimentos da moderna Antropologia, é um ser que se caracteriza precisamente pela capacidade de autodeterminação conforme um sentido”<sup>85</sup>. É a expressão da liberdade de vontade, enquanto capacidade humana de poder reger-se de conformidade com os fins, já muito antes destacada por Hans Welzel<sup>86</sup>.

A negação, pura e simples, do livre-arbítrio, levada a cabo pelo determinismo “[...] é insustentável, simplesmente porque não se pode querer

---

<sup>81</sup> CERZO MIR, José. Comentário anotado em WELZEL, HANS. *O novo sistema jurídico-penal...* op. cit., p. 90.

<sup>82</sup> WELZEL, Hans. *O novo sistema...* op. cit., p. 57.

<sup>83</sup> Idem. *Curso...* op. cit., p. 422.

<sup>84</sup> Idem. *Curso...* op. cit., p. 39.

<sup>85</sup> Id. *ibid.*, p. 41.

<sup>86</sup> Id. *Causalidad y acción*. In: *Estudios de Derecho Penal*. Trad. Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Buenos Aires: Julio César Fraira Editor, 2003. p. 133. WELZEL, Hans. *O novo sistema...* op. cit., p. 100.

atribuir culpa a alguém senão por atos causados em virtude de ação [...]”<sup>87</sup>.

Assim sendo, é razoável que se recorra à cláusula salvadora, por meio da qual é preferível prescindir-se de uma constatação empírica acerca do livre-arbítrio humano, legitimando o Direito Penal, em razão da idéia precípua de que tanto o determinismo quanto o indeterminismo não logram comprovação<sup>88</sup>. Por conseguinte, o merecimento de pena deve restar adstrito à concepção fundamental encontrada em Hans Welzel, segundo a qual, “em contraste fundamental com o animal, o homem caracteriza-se negativamente por uma grande liberdade de formas inatas e instintivas de conduta e positivamente pela capacidade e pela incumbência de descobrir e realizar por si mesmo a conduta correta por meio de atos inteligentes”<sup>89</sup>.

Nesse contexto, de conformidade com o aspecto antropológico destacado pelo referido autor, o homem é visto como um ser responsável e, portanto, capaz de determinar-se conforme um sentido<sup>90</sup>, uma vez que, segundo Hans Welzel, “A finalidade, o caráter final da ação, baseia-se no fato de que o homem, graças ao seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as possíveis conseqüências de sua conduta, designar-lhe fins diversos e dirigir sua atividade, conforme um plano, à consecução desses fins. Graças ao seu saber causal prévio, pode dirigir seus diversos atos de modo que oriente o suceder causal externo a um fim e o domine finalisticamente”<sup>91</sup>.

Nessa perspectiva, comparecem, também, os aspectos caracteriológico e categorial dessa culpabilidade<sup>92</sup>. O primeiro diz respeito à direção dos impulsos anímicos, uma vez que se relaciona com a regulação, pelo homem, de seus impulsos com base na finalidade e no valor. O segundo está relacionado à liberdade de vontade, enquanto capacidade de autodeterminação, conforme os fins projetados por si próprio.

Essa concepção traz, em si, a idéia de resgate da dignidade huma-

<sup>87</sup> ALMEIDA, Gabriel Bertin de. A crise do conceito tradicional de culpabilidade, segundo o Direito Penal contemporâneo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 9, n. 35, jul./set. 2001, p. 39.

<sup>88</sup> HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho Penal...* op. cit., p. 156.

<sup>89</sup> WELZEL, Hans. *O novo sistema...* op. cit., p. 27.

<sup>90</sup> CERESO MIR, José. *Culpabilidad...* op. cit., p. 272.

<sup>91</sup> WELZEL, Hans. *O novo sistema...* op. cit., p. 95.

<sup>92</sup> Id. *ibid.*, p. 96-102.

na, que se funda na liberdade, pressuposto existencial do homem, cuja negação pode levar à funcionalização do ser humano e, por conseguinte, a propostas que esvaziem uma concepção pessoal de injusto, como pretende Günther Jakobs<sup>93</sup>. Ou de uma forma não tão radical mas também funcional, Claus Roxin<sup>94</sup>, com sua descaracterização da culpabilidade. Não por outro motivo, Armin Kaufmann destaca que “a liberdade do homem, quaisquer que sejam seus limites e o sentido em que se entenda, constitui a primeira condição do ser ético, o pressuposto de ética e direito”<sup>95</sup>.

Não obstante defende-se que “[...] só uma vontade (antijurídica ou uma ação (típica, antijurídica) pode ser culpável, no sentido relevante para o Direito Penal”<sup>96</sup>. Nesse diapasão, o merecimento de pena deve restar imune às tentativas de se funcionalizar o sistema por meio de uma inversão ilógica de seus pressupostos.

O injusto culpável supra-individual, que descreve as condutas lesivas ao ambiente, também não deve prescindir da concepção da liberdade humana como referencial da culpabilidade, vale dizer, do próprio merecimento de pena, sob pena de restar fundamentado em conceitos exclusivamente normativos, possivelmente carreadores de insegurança jurídica, por ignorar a condição humana, afrontando, inclusive e até mesmo o vetor constitucional dessa dignidade enquanto valor constitucional fundante, mormente em Estados de direito democráticos e sociais, como o brasileiro.

## 5 CRÍTICA ÀS POSTURAS NORMATIVISTAS

Por conseguinte, a teoria sistêmica de Günther Jakobs, que arranca de um ponto de vista exclusivamente normativo, pelo qual o fim de proteção e confirmação das normas irá justificar, isoladamente, os meios para a legitimação do Direito Penal, deve ser rechaçada, posto que tende a proporcionar a despersonalização do injusto, afastando o Direito Penal de seu conteúdo ético-valorativo, negando à culpabilidade seu *status* na teoria do

---

<sup>93</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General*. Trad. Joaquin Cuello Contreras et all. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 173-177.

<sup>94</sup> ROXIN, Claus, *Sentido y limites de la pena estatal*. In: *Problemas básicos del Derecho Penal*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Madrid: Réus, 1976. p. 27.

<sup>95</sup> KAUFMANN, Armin. *La misión del Derecho Penal*. In: *La reforma del Derecho Penal II*. Trad. Santiago Mir Puig. Barcelona: Bellaterra, 1981. p. 15. (Trad. livre)

<sup>96</sup> WELZEL, Hans. *O novo sistema...* op. cit., p. 89.

delito, já que a concebe como um derivado da prevenção geral<sup>97</sup>, como manifestação da falta de fidelidade ao direito<sup>98</sup>, o que faz resultar na própria negação do merecimento de pena, uma vez que este se direcionará, então, à reafirmação da vigência da norma, fundada nas expectativas sociais sobre a capacidade do sistema em estabilizar suas próprias normas.

Dessa perspectiva sistêmica, é preciso advertir-se sobre o desaparecimento do dever ser e dos valores, com a conseqüente subversão do conceito de bem jurídico, em que este se encontraria, a final, à disposição da racionalidade normativa. Nesse aspecto, para Armin Kaufmann, “inclusive o bem jurídico vida ficaria à disposição da racionalidade final [...]”<sup>99</sup>, afrontando a Constituição com a possível negação desse bem jurídico, cuja transcendência não se pode questionar com reflexos bastante graves, até mesmo em sede do ambiente, numa visão relativamente antropocêntrica do conceito<sup>100</sup>, aqui perfilhada.

Por outro lado, apresenta-se a proposta teleológica de Claus Roxin, que, partindo da idéia central de que o Direito Penal se defronta com a pessoa por meio da ameaça, a imposição e a execução da pena, preconiza que cada um desses estágios deve merecer uma distinta fundamentação.

Com isso, desenvolve sua teoria unificadora dialética<sup>101</sup>, segundo a qual a cominação penal deve restar justificada pela necessidade de proteção que se vincula aos fins de prevenção geral de bens jurídicos e prestações de serviços estatais.

A imposição da pena resultaria legitimada, a partir de uma síntese derivada da combinação entre sua necessidade para a comunidade em geral e a autonomia pessoal do delinqüente, funcionando a culpabilidade, aqui, apenas como limite da pena.

A execução restaria justificada pelo fim de ressocialização do criminoso, reforçando-se os fins de prevenção especial no marco do livre

---

<sup>97</sup> Id. *Derecho Penal: Parte General. Fundamentos y teoria de la imputación*. 2. ed. corr. Trad. Joaquín Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 29.

<sup>98</sup> Id. *Fundamentos do Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari. Colab. Lúcia Kalil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 42.

<sup>99</sup> Id. *ibid.*, p. 21.

<sup>100</sup> PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com a análise da Lei n. 11.105/2005)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 78.

<sup>101</sup> ROXIN, Claus. *Sentido y limites...* op. cit., p. 33.

desenvolvimento da personalidade humana.

Nesse sentido é seguido por Sergio Moccia, para quem a política criminal e a teoria da pena, se encontram no ápice da construção jurídico-penal<sup>102</sup>. Dessa forma, o referido autor reformata a teoria do delito para considerar as categorias fundamentais a partir do ponto de vista de sua função político-criminal, com destaque para a culpabilidade, que passa a ser entendida apenas em termos de prevenção, acabando por se converter, meramente, num dos elementos de uma categoria mais ampla, à qual denominam responsabilidade<sup>103</sup>.

Francisco Muñoz Conde, também na esteira dos ensinamentos de Claus Roxin, adverte que “a correlação entre culpabilidade e prevenção geral, quer dizer, a defesa de determinados interesses, legítimos ou ilegítimos, por meio da pena, é, pois, evidente”<sup>104</sup>.

Nessa perspectiva teleológica, pretende-se que a política criminal desempenhe uma função garantista no sentido de delimitar a intervenção punitiva estatal<sup>105</sup>. Não obstante se questiona, aqui, quais são os pressupostos que podem dar à política criminal a segurança suficiente a ponto de convertê-la num limite ao exercício punitivo do Estado? Parece de todo inconveniente que se pretenda uma tal construção, que deixa à margem de um determinado plano de governo, a função de limitar a intervenção penal.

De que forma a política criminal pode ser convertida em limite do Direito Penal, é a indagação que Sergio Moccia não consegue explicar satisfatoriamente. Isto, porque, sua concepção traz consigo uma certa ingenuidade quanto aos instrumentos de controle político do poder e mais, quanto às vicissitudes decorrentes das razões de política criminal e sua infinita capacidade mutante. Por óbvio, a segurança jurídica acaba por perecer, num modelo teórico como o teleológico roxiniano.

Em assim sendo, essa última proposta teórica igualmente deve ser rechaçada. Primeiro, por se encontrar inteiramente adstrita aos princípios e razões de política criminal, extremamente voláteis e cambiantes, o

---

<sup>102</sup> MOCCIA, Sergio. *El Derecho Penal entre ser y valor: función de la pena y sistemática teleológica*. Trad. Antonio Bonanno. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2003. p. 8.

<sup>103</sup> Id. *ibid.*, p. 14.

<sup>104</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 129.

<sup>105</sup> Id. *ibid.*, p. 17.

que pode acarretar insegurança jurídica para a teoria do delito; segundo, porque acaba por negar suas próprias afirmações quanto à definição da culpabilidade, uma vez que pretende reformatá-la, para desconsiderá-la como um dos fundamentos da pena, mas, ao mesmo tempo, pretende recepcionar suas consequências, enquanto limite da sanção penal.

Nesse sentido, essa teoria estaria negando as premissas da culpabilidade, porém tentando assumir suas consequências, o que resultaria de todo injustificado e incoerente, uma vez que, segundo deduz José Cerezo Mir, “se se abandona o princípio da culpabilidade, no sentido de que esta constitui o fundamento e o limite da pena, não é possível manter, ao mesmo tempo, todas as suas consequências [...]”<sup>106</sup>.

Disso decorre que a aceitação, junto à prevenção geral negativa, pela teoria de Roxin, seguida por Enrique Gimbernat Ordeig<sup>107</sup>, da prevenção geral positiva, sob o formato da exemplaridade, exige partir-se da pena justa, aquela adequada à medida da culpabilidade e, por conseguinte, à pena retributiva, um conceito negado pela teoria em questão; a incoerência do raciocínio dessa teoria é evidente.

## 6 APLICABILIDADE AO BEM JURÍDICO-PENAL AMBIENTE

Em sede do bem jurídico-penal ambiente, aquele que realiza uma conduta descrita como um injusto, por sua própria condição humana, verificados os elementos da reprovabilidade, passa a ser merecedor de pena, em princípio. Nesse sentido, relacionando-se a culpabilidade com o merecimento de pena, restaria assegurado um dos limites ético-sociais do Direito Penal, conservando-se seu conteúdo de instrumento de controle social, que não prescinde do respeito à dignidade humana.

Contudo, a partir desse merecimento, já verificado, não acarretará, como medida inafastável, a imposição da pena, uma vez que esta poderá restar excluída em decorrência de outros fatores, vinculados à punibilidade do agente e, nesse sentido, à própria necessidade de pena. Nessa temática, Hans Welzel afirmara que “todo grau de culpabilidade dá lugar, em

---

<sup>106</sup> Id. Culpabilidad... op. cit., p. 257.

<sup>107</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. ¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal? En: *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho*, en homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa. Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1970, p. 495.

princípio, à punibilidade”<sup>108</sup>.

No que diz respeito a proposta deste artigo, isto é, à temática dos delitos ambientais, tem-se que a culpabilidade de vontade deva ser, aqui, também inteiramente recepcionada, destacando-se que o merecimento de pena, em sede de crimes ambientais, ficará, de igual forma, adstrito aos referenciais aspectos antropológico, caracteriológico e categorial, numa concepção estritamente finalista. Daí decorre ser imprescindível discutir-se a questão sobre o cerne da culpabilidade, deixando-se o problema dos fins da pena para a categoria da punibilidade.

Frise-se que a culpabilidade comparece como um “[...] moderno princípio de política criminal ao mesmo tempo em que se apresenta como um dos elementos integrantes do conceito analítico de delito”<sup>109</sup>. Além disso, precipuamente pode ser destacada como uma estrutura lógico-objetiva<sup>110</sup>.

Este artigo restringir-se-á a analisar se a culpabilidade, enquanto princípio constitucional<sup>111</sup> e como uma das três categorias estruturais do conceito analítico de delito, pode servir, para fundamentar e limitar a pena, por ser esta uma conseqüência jurídica do delito.

Por outro lado, adota-se, como método, em identidade, o de Luis Gracia Martín, que adverte “[...] opta-se por um método radicalmente oposto às tendências atuais que pretendem definir o pressuposto do fato punível – a teoria do delito – em função da conseqüência jurídica”<sup>112</sup>.

A Lei dos Crimes Ambientais brasileira, expressamente e em várias passagens, adota a culpabilidade. Em seu art. 2º, ao tratar do concurso de pessoas; no art. 6º, incisos I (gravidade do fato, que se relaciona com o injusto; os motivos da infração, relacionados à censurabilidade da conduta, e, as suas conseqüências para a saúde pública e o meio ambiente, relacionados tanto ao injusto como à culpabilidade propriamente dita), II e III.

O inciso II merece um detalhamento: muito embora haja posiciona-

<sup>108</sup> WELZEL, Hans. *O novo sistema...* op. cit., p. 143.

<sup>109</sup> ROCHA, Fernando Antonio Galvão da. A culpabilidade como fundamento da responsabilidade penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 83, v. 707, set. 1994, p. 277.

<sup>110</sup> WELZEL, Hans. *O novo sistema...* op. cit., p. 87 et seq.

<sup>111</sup> Reconhece-se que se trata de princípio implícito na Carta de Garantias. “No Direito brasileiro, encontra-se implicitamente agasalhado, em nível constitucional, no artigo 1º, III (dignidade da pessoa humana), corroborado pelos artigos 4º, II (prevalência dos direitos humanos), 5º, caput (inviolabilidade do direito à liberdade), e 5º, XLVI (individualização da pena) [...]”. PRADO, Luiz Regis. *Curso...* op. cit., p. 139.

<sup>112</sup> Id. *Fundamentos...* op. cit., p.165.

mento finalista respeitável que defende que a agravação pela reincidência não configura a manifestação de um Direito Penal de autor – uma “culpabilidade pela conduta de vida”<sup>113</sup>, perfilha-se, aqui, a tese de que a reincidência revela, sim, um resquício de um Direito Penal não liberal.

Se se defendem os postulados estritamente finalistas, pelos quais a culpabilidade é a reprovabilidade de uma decisão de vontade, não parece coerente que se estabeleça a gradação da medida da pena pela reincidência e se pretenda repaginá-la para designar um instituto de uma culpabilidade pelo fato, como pretende José Cerezo Mir<sup>114</sup>.

A culpabilidade pela reincidência pode receber as mesmas críticas que os detratores fazem aos delitos qualificados pelo resultado: tem ligações com a objetivização da responsabilidade penal e permite que fundamentos da moral penetrem o núcleo do Direito Penal.

Veja-se: quando se pune o criminoso ambiental, agravando-se a pena por entender ser maior a culpabilidade pela ocorrência da reincidência, se está a utilizar de argumentos ligados à retribuição, sim, mas, também à prevenção geral positiva, à exemplaridade. Nesse sentido, dita agravação tem por fundamento a exasperação do reforço geral de fidelidade ao Direito, ou, consoante destaca Luigi Ferrajoli, “promovem o conformismo das condutas”<sup>115</sup>. Nessa perspectiva, a culpabilidade restaria penetrada pelos fins de prevenção geral positiva, o que não é compatível com a postura estritamente finalista acolhida neste trabalho.

No mesmo sentido, Hans Joachim Hirsch destaca: “[...] o princípio de culpabilidade não concerne, unicamente aos requisitos do terceiro nível do delito. É necessário atentar para a idéia de que a culpabilidade está sempre referida ao fato”<sup>116</sup>.

Por conseguinte, a responsabilidade se dá pelo resultado. Se assim é, não se pode admitir uma culpabilidade nos moldes dos dispositivos da legislação brasileira – Código Penal e Lei Ambiental – uma vez que se revelam dissonantes com o modelo finalista da estrutura da culpabilidade.

Partindo-se da premissa de que a culpabilidade é concebida como a reprovabilidade pessoal da conduta antijurídica, conforme anota José

---

<sup>113</sup> CEREZO MIR, José. *Curso...* op. cit., p. 45-46.

<sup>114</sup> Id. *ibid.*

<sup>115</sup> CEREZO MIR, José. *Curso...* op. cit., p. 222.

<sup>116</sup> Id. *ibid.*, p. 150-151.

Cerezo Mir<sup>117</sup>, é preciso questionar se ela pode funcionar como fundamento e limite da pena ou apenas como um seu limite, como propõe determinado setor da doutrina<sup>118</sup>.

Nessa perspectiva, põe-se em relevo o conceito material de culpabilidade, na esteira do pensamento de José Cerezo Mir<sup>119</sup> e Luiz Regis Prado<sup>120</sup>, segundo o qual a liberdade, vinculada à dignidade da pessoa humana, extraída do contexto normativo, gizada na Constituição, alicerça, enquanto valor, o conceito em si.

Nesse sentido, ressalta-se que a culpabilidade, enquanto princípio, “[...] é uma exigência do respeito à dignidade da pessoa humana”<sup>121</sup>, não se prescindindo desta, sob a condição de valor fundamental do Estado, de forma a afastar qualquer tentativa de resgate da concepção da responsabilidade penal objetiva<sup>122</sup>.

Por conseguinte, enfrentando as teorias que negam à culpabilidade o papel de fundamento da pena, é preciso advertir para detalhes que têm sido ignorados pelas posturas normativistas e por determinado setor da doutrina ontologista sul-americana<sup>123</sup>.

Claus Roxin, com o teleologismo, pretende servir-se de todas as conseqüências da culpabilidade enquanto limite da pena. No entanto recusa-se a utilizar do conceito como um de seus fundamentos.

A pretensão roxiniana busca direcionar-se a aproximar a dogmática da realidade<sup>124</sup>, cunhando, político-criminalmente, pela teoria dos fins da pena, as categorias do delito, em especial, a culpabilidade<sup>125</sup>. Para o referido autor, “os limites da faculdade estatal de punir só podem resul-

---

<sup>117</sup> Id. *Culpabilidad...*, p. 255.

<sup>118</sup> ROXIN, Claus. *Sentido y limites...*, p. 24-31.

<sup>119</sup> Id. *Culpabilidad...*, p. 255-256.

<sup>120</sup> CEREZO MIR, José. *Curso...* op. cit., p. 433.

<sup>121</sup> CEREZO MIR, José. *Curso...*, p. 16-17.

<sup>122</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 102-105.

<sup>123</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa; Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 267. Do mesmo autor: *La culpabilidad en el Siglo XXI*. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, ano 7, n. 28, out./dez.1999, p. 66.

<sup>124</sup> Id. *Política criminal...*, p. 83.

<sup>125</sup> Id. *ibid.*, p. 67. No mesmo sentido, SANTANA, Heron José de. O futuro do direito penal ambiental: legalidade e tipicidade na Lei de Crimes Ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 9, n. 34, abr./jun. 2004, p. 134.

tar da finalidade que tem o Direito Penal no âmbito do ordenamento estatal<sup>126</sup>. O posicionamento normativista da teoria roxiniana é muito evidente<sup>127</sup>.

É estranho que se pretenda isso, uma vez que essa dita aproximação com a realidade não parece poder derivar exclusivamente da política criminal.

Na área ambiental, por exemplo, em que se verificam algumas hipóteses em que a punibilidade do delito é extinta com base no comportamento pós-delitivo positivo do agente<sup>128</sup> – art. 27 e 28, da Lei n. 9.605/98 – quando, inclusive se pode prescindir da efetiva reparação do dano ambiental, seja porque essa é impossível de ser alcançada, apesar de todos os esforços do delinqüente ou porque resta inviável, não justifica seja isso tratado em sede de culpabilidade, como pretende Claus Roxin<sup>129</sup>.

São questões que derivam das razões de política criminal, as quais podem ser alteradas a qualquer momento, em face da política governamental do Estado<sup>130</sup>.

O referido autor, inclusive, chega a afirmar que a culpabilidade se relaciona com o merecimento de pena. Entretanto, como a reconstrói a partir dos fins da pena, descaracterizando-a de sua essência como juízo de censura, traz para sua configuração elementos exóticos – os fins da pena – e a própria categoria da punibilidade, relacionada à necessidade de pena.

Roxin, então, funde numa só categoria, excessivamente ampla, o merecimento e a necessidade de pena e a denomina por responsabilidade, na qual “[...] se decide quais dentre os comportamentos ilícitos necessitam de pena e em quais deles a pena pode ou deve ser dispensada”<sup>131</sup>.

Nessa perspectiva, Ricardo Breier expõe “a premissa de que os fato-

<sup>126</sup> Id. *Estudos...*, p. 32.

<sup>127</sup> BREIER, Ricardo. Ciência penal pós-finalismo: uma visão funcional do Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, n. 46, jan./fev. 2004, p. 108. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992. p. 69.

<sup>128</sup> Tratam-se das figuras de delito com pena máxima privativa de liberdade cominada de até dois anos e daquelas cuja pena mínima cominada não ultrapasse um ano. Em ambas as hipóteses exige-se seja o dano ambiental reparado, em princípio.

<sup>129</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, op. cit., p. 74.

<sup>130</sup> Como exemplo, pode ser citado o problema advindo da transposição das águas do Rio São Francisco no Nordeste brasileiro, já que se trata de uma política governamental que deve trazer reflexos gravíssimos ao meio ambiente.

<sup>131</sup> Id. *Estudos...*, p. 68.

res sociais seriam alheios ao Direito Penal estava com os dias contados”<sup>132</sup>. Defende, ainda uma concepção pela qual “não incidirá a culpabilidade quando no caso concreto a necessidade dos fundamentos da prevenção geral ou especial for desnecessária [...]”<sup>133</sup>.

Não obstante, equivocou-se o referido autor, pois a doutrina ontológica jamais defendeu o distanciamento dos fatores sociais; pelo contrário, quando Hans Welzel apresenta-a, destacando as categorias lógico-objetivas, inerentes ao mundo do ser, estava justamente buscando esse liame com a realidade, pois para o criador do finalismo “[...] as categorias do conhecimento são também categorias do ser, isto é, que não são apenas categorias gnoseológicas, mas (de modo primário) categorias ontológicas”<sup>134</sup>.

Por outro lado, também equivocou-se com relação à confusão que opera entre culpabilidade e as necessidades utilitárias de prevenção, talvez o grande equívoco das posturas funcionalistas. Não é razoável, do ponto de vista da segurança jurídica, que os fins de prevenção ou quaisquer outros relacionados às razões de política criminal, venham a operar dentro da estrutura dogmática do delito.

De forma diversa, Luiz Flávio Gomes, vinculado às posturas roxinianas, defende que “de qualquer modo, apesar das censuras doutrinárias, nosso legislador não abandonou definitivamente a função retributiva da resposta penal (CP, art. 59, in fine). Consequentemente, não há como negar que seja a culpabilidade, no nosso sistema, fundamento da pena (na medida em que estabelece como critério punitivo reitor a pena justa e merecida, isto é, a pena proporcionar à gravidade objetiva do fato e à culpabilidade do autor)”<sup>135</sup>

A defesa feita pelo referido autor tem por base apenas o argumento de autoridade: a lei penal brasileira expressamente adota os fins de retribuição, logo, nada mais há a fazer, a não ser lamentar, do ponto de vista doutrinário, essa escolha.

Com efeito, tem-se que a visão desse autor pode não ser a mais razoável.

---

<sup>132</sup> Id. *ibid.*, p. 106.

<sup>133</sup> Id. *ibid.*, p. 109.

<sup>134</sup> WELZEL, Hans. *O novo sistema...* op. cit., p. 13.

<sup>135</sup> *Idem*. *Proporcionalidade e a tríplice função da culpabilidade no Direito Penal*. São Paulo: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, Edição Especial, n. 107, out. 2001, p. 11.

vel.

Conquanto seja inquestionável que o Código Penal pátrio tenha adotado, expressamente, tanto na exposição geral de motivos da Reforma da Parte Geral (1984), como no próprio texto do art. 59, a dualidade dos fins da pena – retribuição e prevenção –, certo é que, a partir da construção científica que inspirou a Reforma – finalismo –, não se poderia jamais prescindir de uma concepção unitária a respeito das teorias da pena, segundo a qual o efeito preventivo que se persiga jamais poderá vir divorciado da pena justa, a pena adequada à culpabilidade<sup>136</sup>.

Para Armin Kaufmann, muito embora as propostas normativistas pretendam deduzir que é possível apelar-se à prevenção geral positiva para determinar os pressupostos de imposição da pena, isso não é correto<sup>137</sup>.

O referido autor expõe que a finalidade da pena, a produção de uma atitude de respeito às normas jurídicas de conduta, no entender de Hans Welzel, pressupunha a imposição da pena justa, a pena calcada no delito, no fato antijurídico reprovável. Nesse sentido, não se poderá jamais prescindir da culpabilidade enquanto fundamento, também, da pena.

Entretanto, a postura roxiniana tem recebido inúmeras críticas, principalmente no que se refere à sua fundamentação. Sabe-se que “ainda que assuma como única função do princípio da culpabilidade a tarefa político-criminal de limitação da pena [...] os limites da responsabilidade penal sempre têm a ver com a sua fundamentação”<sup>138</sup>.

Deve-se destacar, também, outra perspectiva normativista. O funcionalismo sistêmico, de Günther Jakobs, como já antes mencionado, expõe que o fim de proteção e confirmação das normas irá justificar, isoladamente, os meios para a legitimação do Direito Penal, pois seu fim não é a proteção de bens jurídicos.

A partir dessa concepção, o referido autor renuncia à culpabilidade como reprovabilidade de decisão de vontade, tratando-a como um juízo

---

<sup>136</sup> GIL GIL, Alicia, *Prevención general positiva y función ético-social del Derecho Penal*. In: Díez Ripollés, José Luis, Romeo Casabona, Carlos Maria, Gracia Martín, Luis; Higuera Guimerá, Juan Felipe (Ed.). *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*. Libro homenaje al profesor doctor José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2002. p. 10.

<sup>137</sup> Id. *ibid.*, p. 19.

<sup>138</sup> Feijoo Sánchez, Bernardo. *Retribución y prevención general: un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2007. p. 247-248. (Trad. Livre)

de inadaptação do sujeito ao papel que a sociedade lhe confia<sup>139</sup>. Por conseguinte, a culpabilidade se transforma em defeito de motivação daquele que detém o papel social<sup>140</sup> e o fim da pena é simplesmente garantir a vigência da norma<sup>141</sup>.

Uma das principais críticas que lhe podem ser endereçadas, refere-se ao aniquilamento do conceito pessoal de injusto, tão caro à dogmática de Welzel, cuja conseqüência será, para a teoria de Jakobs, a “dessubjetivação da responsabilidade penal, comprometendo o conceito de culpabilidade com todas as suas garantias e supervalorizando o interesse do Estado e da manutenção do sistema e da expectativa de vigência das normas”<sup>142</sup>.

Outra crítica, bastante aguda que sofre a doutrina jakobiana, segundo expõe Tatiana Machado Corrêa, é que as conseqüências do conceito funcional de culpabilidade são incompatíveis à luz desse princípio num Estado democrático de direito<sup>143</sup>. Por conseguinte, um conceito meramente instrumental não reúne condições para servir, sequer como limite, muito menos como fundamento da pena (e, nesse aspecto, Jakobs parece coerente, pois o expurgou de seu sistema, diferentemente de Roxin).

O funcionalismo sistêmico, então, considera o ser humano como um subsistema do todo social, negando-se o caráter antropológico das ações humanas, e, nesse sentido, a pessoa é reduzida a um mero garantidor da norma, pelo papel que deve desempenhar (expectativas sociais). A possibilidade de adentrar ao ordenamento posturas que conclamem legalmente à responsabilidade penal objetiva é real na proposta sistêmica.

Por todo o exposto até aqui, quanto aos fins eventualmente perseguidos por meio da sanção penal ambiental, trata-se de um problema afeto à necessidade de pena, conceito relacionado à punibilidade, na concepção aqui gizada. A culpabilidade, não obstante, na esteira da concepção aqui perfilhada, deve servir como fundamento e limite da pena, por se

---

<sup>139</sup> JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional. Moderna dogmática penal - Estudios compilados*. Trad. Manoel Cancio Meliá et al. México: Porrúa, 2002. p. 4.

<sup>140</sup> CORRÊA, Tatiana Machado. Crítica ao conceito funcional de culpabilidade de Jakobs. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, n. 51, nov./dez. 2004, p. 220.

<sup>141</sup> Id. *ibid.*, p. 223.

<sup>142</sup> YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. A influência da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann na teoria da pena. *Ciências Penais - Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. São Paulo, ano 1, n. 00, 2004, p. 290.

<sup>143</sup> Id. *ibid.*, p. 224.

apresentar expurgada das questões relacionadas à prevenção ou outros motivos ligados à necessidade de pena.