

ONTOLOGISMO VERSUS FUNCIONALISMO

FÁBIO GUEDES DE PAULA MACHADO ¹ – WILSON DORNELAS RODRIGUES FILHO²

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo demonstrar, pormenorizadamente, as características e peculiaridades do ontologismo, entendido também como a chamada escola finalista e que teve como maior expoente teórico o alemão Hans Welzel, e o funcionalismo, entendido tanto em seu aspecto mais moderado, no chamado funcionalismo teleológico-racional de Claus Roxin, como também em sua vertente mais radical, exposta e defendida por Günther Jakobs. Neste diapasão, buscou-se demonstrar os fundamentos filosóficos e metodológicos de cada sistema, para assim se chegar às suas consequências jurídicas com vistas a contrastá-los, de modo que possamos demonstrar a forma como ocorreu e ainda ocorre a superação da corrente ontológica pelo pensamento funcionalista, no âmbito do Direito Penal pátrio. O projeto de pesquisa foi desenvolvido na Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis, sob a orientação do Professor Dr. Fábio Guedes de Paula Machado, fez-se, por opção metodológica, em pesquisas bibliográficas de obras nacionais e estrangeiras, para se obter um amplo conhecimento sobre o tema, de forma a estruturá-lo com o fim de compreendê-lo e aplicá-lo, e ainda doutrinária, uma vez que estão centradas nessas as maiores discussões acerca do ontologismo e do funcionalismo e a relação de superação e contraposição existente entre ambos. O método dedutivo empregado consiste em se partir de aspectos previamente concebidos para se aplicar em casos particulares. Em se tratando de Direito, caracteriza-se em partir de normas e princípios que irão fundamentar e legitimar a aplicação aos casos concretos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal, Ontologismo, Funcionalismo, Metodologia, Política Criminal.

¹ Docente da Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis, Universidade Federal de Uberlândia. Avenida João Naves de Ávila, 2121, Campus Santa Mônica – Bloco 3D – Uberlândia – MG. CEP 38408-100.

² Bacharel pela da Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis – UFU. Bolsista de Iniciação científica FAPEMIG/UFU (2009/2010). Rua Itumbiara, 1108, ap. 02, Bairro Aparecida. CEP 38400-624. Uberlândia – MG. wilson_fl@hotmail.com.

ABSTRACT: The following work has the objective of showing, in details, the characteristics and peculiarities of the ontologism, also known as the Finalistic School and the Functionalism, comprehended this much in its temperate aspect, in Claus Roxin's so called Rational-Teleological Functionalism, as also in its more radical case, exposed and defined by Gunther Jakobs. This way, the methodological and philosophical grounds of each system were sought to be demonstrated, so as to aim the legal consequences and their contrasts, showing how the overcoming of the ontological concept by the functionalist thinking occurred and still occurs in the paternal Criminal Law.

KEY WORDS: Criminal Law, Ontologism, Functionalism, Methodology, Criminal Policy.

INTRODUÇÃO

A presente investigação científica buscou analisar duas grandes correntes de pensamento dentro do Direito Penal, quais sejam o finalismo, entendido como ontologismo em razão da concepção filosófica e metodológica que fora utilizada, e o funcionalismo, sendo este também entendido como normativismo, seja em seu aspecto moderado ou mesmo radical. O objetivo geral do trabalho converge no sentido de demonstrar o porquê, a forma e mesmo os limites em que vem ocorrendo a superação do ontologismo pelo pensamento normativista e suas implicações no Direito Penal pátrio, bem como nas decisões político criminais.

Dito dessa maneira cumpre a análise do ontologismo, pelo estudo do pensamento de Welzel, e o funcionalismo com as considerações pertinentes aos estudos de Claus Roxin e Günther Jakobs.

Preambularmente, cabe desde já demonstrar que um dos pontos fundamentais da superação do finalismo pela corrente de pensamento funcionalista, cinge-se a questão metodológica de cada um desses sistemas.

Mir Puig, nesse diapasão, esclarece que o subjetivismo metodológico e o relativismo valorativo representaram os dois pontos fundamentais da crítica de Hans Welzel ao neokantismo. Assim, a transposição do subjetivismo pelo objetivismo constitui o fundamento metodológico da teoria do delito desenvolvida pelo finalismo³.

As considerações de Antônio Luís Chaves Camargo convergem no mesmo sentido, ao esclarecer que Welzel afirmava que a filosofia jurídica neokantiana teria sido uma teoria

³ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. 2ª ed. Montevideo-Buenos Aires: Editorial IB de F, 2002, p. 196.

complementar do positivismo, na qual a manutenção do conceito positivista teria sido causa fundamental do fracasso neokantista, ao lado do relativismo e do formalismo⁴.

Segundo aduz Gracia Martín, uma teoria e um método como os desenvolvidos pelo finalismo, somente se pode chegar se, da resposta que se obtenha da pergunta sobre a função e os fins do direito penal se seguir uma nova pergunta acerca das condições e da possibilidade de realização daquela função e daqueles fins. Caso esta nova pergunta conduza, posteriormente, a uma indagação que leve ao conhecimento de ditas condições de possibilidade, e se, finalmente, se quiser configurar o Direito Penal como um sistema conforme aquelas condições de possibilidade de realização de sua função e de seus fins⁵.

Claus Roxin, na fundamentação metodológica do seu sistema funcionalista, assevera que o sistema jurídico-penal deve alicerçar-se teleologicamente, ou seja, sobre pontos de vistas valorativos. Estes devem atuar imediatamente sobre a construção do sistema, de forma que a justiça o caso concreto estará garantida, na medida em que essa situação pode ser proporcionada por um Direito vinculado à lei. A outra consequência seria a de que o sistema só poderá excluir as soluções que se mostrem inconciliáveis com as suas finalidades⁶. Quanto ao funcionalismo encabeçado por Günther Jakobs a sua base metodológica está estreitamente vinculada com a teoria dos sistemas de Luhmann, derivando também desta, as bases filosófica do seu pensamento.

Ademais, antes de adentrarmos a discussão em si, é de salutar relevância uma digressão para que possamos tecer algumas linhas sobre o desenvolvimento epistemológico do Direito Penal.

O desenvolvimento epistemológico do Direito Penal, influenciado pelas as mudanças sócio-culturais, impelia os doutrinadores à busca constante, por meio da dogmática, de conceitos e institutos mais coerentes e capazes de garantir ao Direito Penal a melhor via para a realização do seu fim, que não se confunde com a sua razão de ser, acabando por criar movimentos que foram superados pelos subsequentes.

Considerando tal desenvolvimento epistemológico e demonstrando os antecedentes históricos dos objetos de estudo do presente projeto de pesquisa, atentemo-nos para as

⁴ CAMARGO, Antônio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 29.

⁵ GRACIA MARTÍN, Luis. El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito. *Revista Electronica de Ciencia Penal y Criminologia*, n. 06-07, 2004, p. 07:1-07:22.

⁶ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. 3ª ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 231.

principais fases desse desenvolvimento, que culminou com o surgimento, já no século passado, do ontologismo e do funcionalismo.

A chamada escola positiva irrompeu como consequência do pensamento penal. A metodologia característica desta escola penal foi importada das chamadas ciências da natureza, que na época tiveram um forte progresso pautado na observação empírica. Assim, nos dizeres de Silva Sánchez, o objeto de análise e sistematização características da dogmática neste período é o direito positivado⁷.

Ademais, destaca Bitencourt que os principais fatores que explicam o surgimento da Escola Positiva são a ineficácia das concepções clássicas acerca da diminuição da criminalidade, bem como o descrédito das doutrinas metafísicas e a difusão da filosofia positivista. Ademais, enumera ainda a aplicação metodológica de observação quanto ao estudo do homem, tendo como consequência a análise da criminalidade⁸.

E é exatamente nesse contexto de ideias e transformações que irrompe o movimento denominado cientificismo, ou seja, uma atitude mental que via na ciência a possibilidade de solucionar todos os problemas do indivíduo e da sociedade. Não era visto só como um instrumento do conhecer, mas como verdadeiro saber de salvação.

A corrente positivista, enquanto cientificismo, ainda que aplicado no âmbito da ciência jurídico penal, defendia que o modelo de certeza reinante nas ciências físico-matemáticas – o método positivo – absorveria progressivamente todas as questões que se punham ao espírito humano, cabendo à ciência a tarefa de reorganizar a sociedade, com ordem e progresso.

De acordo com a lei dos três estados (teleológico ou fictício, metafísico ou abstrato e positivo ou científico), passa-se com o positivismo do estado metafísico ao científico, ao se limitar à observação empírica – fatos e suas conexões causais. A única atividade científica era aquela fundada na experiência apreendida pelo método causal-explicativo (positivismo naturalista), como, por exemplo, a criminologia (escola positiva italiana). A ciência jurídica, segundo esse movimento, será verdadeira ciência, enquanto estiver fundada sobre fatos indiscutíveis.

O positivismo científico converte-se em positivismo jurídico, de cunho normativista (e formal), em uma adaptação metodológica fiel às ciências naturais. Assinale-se, portanto, que o positivismo jurídico tem suas raízes em disciplinas alheias ao Direito. Nesse sentido, na teoria jurídica, a limitação ao fático e existente na realidade significa a preocupação exclusiva

⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximacion al Derecho Penal contemporâneo*. Barcelona: Bosch, 1992, p. 51.

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, volume 1. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 69.

com o Direito positivo, sendo irrelevante seu conteúdo de valor. A realidade jurídica, então, é estudada à margem dos fenômenos sociais.

Neste diapasão, resta claro que o positivismo jurídico pretendeu resolver todas as questões postas dentro dos limites do Direito positivo, dando um tratamento formal à conduta humana que seria definida como delituosa. Assim, pode-se dizer que a tipicidade consistia na descrição objetiva do fato com resultado externo, previsto no tipo e que indicava ainda indício de antijuridicidade. Para tanto, a ação era concebida em sua forma puramente naturalística e estruturava-se com um tipo objetivo-descritivo. Os aspectos subjetivos do fato delituoso tinham lugar na culpabilidade, que possuía um aspecto subjetivo e descritivo e era concebida como uma relação psicológica do autor com o fato e com a antijuridicidade⁹.

Por outro lado e seguindo o desenvolvimento da dogmática penal, surge o neokantismo a partir de 1860, que aparece como superação do positivismo, e não necessariamente como sua negação. A partir da última década do século XIX, houve forte reação contra a mentalidade positivista, tendo como lema exatamente a volta à metafísica¹⁰.

Assevera Luiz Regis Prado que os principais movimentos filosóficos dessa época foram o historicismo e o neokantismo. O primeiro buscou diferenciar ciências naturais e espirituais, com base em seu objeto, enquanto o segundo procurou demonstrar a necessidade de distingui-las pelo seu método e deu lugar a duas tendências: A Escola de Marburgo (Cohen, Notarp, Stammler) e a escola de Baden ou Subocidental alemã (Windelband, Rickert, Lask, Mayer, Radbruch, Sauer), de grande repercussão no campo jusfilosófico e jurídico-penal¹¹.

Tem-se, portanto, uma nova visão em relação ao método de abordagem da ciência jurídica, bem como a proposta de nova definição para conceitos já existentes. Assim, a metodologia utilizada no neokantismo é o realismo axiológico, que, ao contrário da escola anterior, considera de vital importância a manifestação dos juízos de valor, uma vez que, em razão do objeto de estudo do Direito Penal, inviável seria não considerar dessa forma. Há que se destacar ainda que o dolo e a culpabilidade, segundo formulação teórica do neokantismo, passam a ter caráter normativo.

Decorre desta corrente de pensamento, o juízo de valoração jurídica a partir da consideração do Direito como ciência cultural, afastando o viés metodológico naturalista que

⁹ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Culpabilidade no Direito Penal*. São Paulo: Quartier Latina, 2010, p. 43.

¹⁰ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, parte geral: arts. 1º a 120*. 8ª ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 90.

¹¹ PRADO, op. cit., p. 90.

marcou o positivismo jurídico e passando-se a valorar os institutos da teoria geral do delito, notadamente a ilicitude e a culpabilidade¹².

A chamada teoria finalista, que entendemos melhor denominada de ontologismo, irrompeu como a escola penal que se seguiu ao neokantismo. O ontologismo, por sua vez, teve como expoente teórico o alemão Hans Welzel, que, na década de 30, com intuito de superar o positivismo, uma vez que a escola neokantista não logrou êxito em tal objetivo, elaborou sua teoria, trazendo nova perspectiva sobre o Direito Penal, fundamentado nas estruturas lógico-objetivas e nas concepções psicológicas.

Ademais, conforme destaca Eugenio Raúl Zaffaroni, a corrente de pensamento que se seguiu ao modelo neokantista teve sua fundamentação e aperfeiçoamento pelos estudos de Hans Welzel, que se voltou decididamente ao modelo aristotélico, aduzindo que a vontade não pode ser separada de seu conteúdo, ou seja, da sua finalidade, na medida em que toda conduta humana deve ser voluntária e toda vontade direcionada à consecução de um fim¹³.

O ilustre professor Hans Welzel parte da concepção de que o ser humano é, pois, capaz de agir (entenda essa ação como ação comissiva e omissiva) previamente orientado por seu poder cognitivo de antever, na medida do possível, os efeitos e as consequências diretas e indiretas da sua conduta. O indivíduo é, então, capaz de se determinar a partir desse conhecimento.

Dessa forma, o ponto de partida do modelo final de ação é a distinção entre fato natural e ação humana: o fato natural é fenômeno determinado pela causalidade, um produto mecânico de relações causais cegas; a ação humana é acontecimento dirigido pela vontade consciente do fim. Na ação humana, a vontade é a energia produtora da ação, enquanto a consciência do fim é sua direção inteligente: a finalidade dirige a causalidade para configurar o futuro conforme o plano do autor. Na teoria de Welzel, a vontade consciente do fim é a espinha dorsal da ação, enquanto o acontecimento causal é a resultante de comportamentos causais preexistentes. A finalidade é, por isso, – figurativamente falando – vidente, a causalidade, cega¹⁴.

A ação na teoria finalista é, pois, a realização da atividade final: o saber causal, adquirido pela experiência e preservado como ciência, fundamenta a capacidade humana de

¹² MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Prescrição penal prescrição funcionalista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 40-41.

¹³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 5ª ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 379.

¹⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – Parte Geral - 2ª ed*. Curitiba: ICPC e Lúmen Júris, 2007, p. 85-86.

prever as consequências possíveis da ação, de propor diferentes fins e de dirigir planificadamente a atividade para realização do fim. Assim, na formulação clássica de Welzel:

Ação humana é exercício de atividade final. Ação é, por isso, acontecimento final, não meramente causal. A finalidade ou o sentido final da ação se baseia no poder humano de prever, em determinados limites, por força de seu saber causal, os possíveis efeitos de sua atividade, propor-se diferentes fins e dirigir, planificadamente, sua atividade para a realização destes fins. (...) Porque finalidade se baseia na capacidade da vontade prever, em determinados limites, as consequências da intervenção causal, e através desta, dirigi-la planificadamente para a realização do fim, a vontade consciente do fim, que dirige o acontecer causal, é a espinha dorsal da ação final¹⁵.

Insta salientar que, por isso, a interpretação estrita da finalidade, segundo a qual esta compreenderia tão somente as consequências que constituem o fim perseguido pelo autor e no máximo as por ele consideradas necessariamente ligadas à consecução do fim proposto¹⁶; seria, portanto, rechaçada a extensão da finalidade a todas as consequências previstas pelo autor como possíveis, abrangendo somente as previstas e para as quais determinou a finalidade do seu agir.

Outrossim, como produto da evolução inerente ao Direito Penal, surgiu posteriormente, embora alguns estudiosos, como o penalista e professor espanhol Jesús María Silva Sánchez, considerem que a corrente que se seguiu tenha sido somente uma acentuação dos aspectos teleológicos já existentes, o chamado funcionalismo¹⁷. Este, salvo melhor entendimento, teve como marco o ano de 1970, quando o mestre alemão Claus Roxin publicou a obra *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (Política criminal e sistema jurídico-penal), momento no qual se notou uma verdadeira evolução da ciência do Direito Penal. O funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs, teve como base o pensamento de Niklas Luhmann (que, no âmbito do Direito Penal, origina o funcionalismo estratégico, normativista, conhecido por "radical"). Dessa forma, vejamos o pensamento do mestre Claus Roxin, maior expoente do chamado funcionalismo teleológico-racional.

Quando do início de sua obra *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*, Roxin cita uma famosa frase de Franz v. Liszt, qual seja “O direito penal é a barreira intransponível da

¹⁵ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*. 11ª Ed. Trad. esp. De Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editora Jurídica de Chile, 1970, p. 50-51.

¹⁶ CERESO MIR, José. Ontologismo e normativismo na teoria finalista. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira dos Professores de Ciências Penais*, ano 1:9-23, 2004.

¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona: J. M. Bosch Editor S.A., 1992.

política criminal”¹⁸, na qual, segundo Liszt e ainda corroborado pelo pensamento de Roxin, diz haver ainda uma relação de tensão entre o direito penal e a política criminal, a questão parece-nos mais atual do que nunca. A frase supracitada aduz de forma sucinta que de um lado existe o direito penal como ciência social e do outro, como ciência jurídica.

Roxin, por sua vez, busca vencer essa dicotomia, demonstrando que os critérios de política criminal, por meio de um sistema penal aberto, devem permear o Direito Penal, para assim atender ao fim a que se destinam tanto o Direito Penal como o próprio Direito como um todo, qual seja, o de garantir a funcionalidade e a eficácia do sistema social e de seus subsistemas, revelando-se, a rigor, a sua metodologia. Ainda perdurou o entendimento de que o Direito Penal - entenda nesse sentido a lei penal - seria, conforme abertamente aduziu Liszt, a magna carta do delinquente, exercendo, pois, uma função garantística, que protegeria não a coletividade, mas o indivíduo que contra ela se levantou, concedendo a este o direito de só ser punido sob os pressupostos e dentro dos limites legais. Roxin, então, assevera que Liszt não desejava o que seria sua ideia de fim: que no caso concreto pudesse ser decidido de maneira vantajosa para a coletividade sem nenhuma das fórmulas artificiais dos criminalistas clássicos. Liszt pensava que, enquanto estivermos empenhados em proteger a liberdade do indivíduo em face do arbítrio ilimitado do poder estatal, enquanto nos ativermos ao princípio, *nullum crimen, nulla poena sine lege*, a rígida arte de uma interpretação de leis que opere com princípios científicos manterá a sua importância política. Desses fundamentos deriva que o objetivo dos esforços sistemáticos será estranho a qualquer orientação político-criminal, devendo opor-se a ela. Observe que a citação a Liszt é recorrente, haja vista que se pode atribuir a ele a atual estrutura do delito em seus fundamentos.

O pensamento de Roxin apresenta pontos fundamentais aptos a demonstrar, sobremaneira, que o finalismo e seu método ontológico já não são mais capazes de solucionar, coerentemente, os problemas que se apresentam. Assim, considera que a tarefa da lei não se esgota mais nessa função garantística e que a essência da sua teoria seria a mais pura necessidade de que a Política Criminal possa penetrar na dogmática penal. Neste diapasão:

Visto deste modo, é indubitável que a desistência na tentativa não é um problema jurídico-político geral, mas um problema especificamente político-criminal. O conceito de voluntariedade, ao qual está vinculado o efeito liberador de pena na desistência, deve ser interpretado normativamente, e através da teoria dos fins da pena. No caso de alguém que erguera o braço para desferir seu golpe mortífero ao abaixar, porque, no último instante não encontrara a coragem para matar a vítima,

¹⁸ ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 1-2.

*não pode ser de interesse para a voluntariedade da desistência a pergunta, empiricamente quase insolúvel, sobre se para o agente era psicologicamente possível prosseguir. Decisivo é, muito mais, que a desistência pareça irracional segundo a perspectiva do ofício criminoso, e, por isso mesmo, represente uma volta para a legalidade.*¹⁹

Em seu sistema teleológico-funcional, Roxin procede a uma ampla normatização de todas as categorias do sistema, convencido de que somente esta via, e não a "vinculação" ontológica do finalismo, permite coordenar a dogmática e a Política Criminal, salvando o sistema. Em suma, o sistema de Roxin apresenta-se como uma síntese entre o pensamento dedutivo (valorações político-criminais) e indutivo (composição de grupos de casos), o que é algo profundamente inovador e tendente à obtenção de grandes resultados, porque se esforça por atender, a uma só vez, as exigências de segurança e de justiça, ambas inerentes à ideia de direito. De outra parte, não se pode afirmar que as bases de Roxin se moldam ao normativismo extremo, uma vez que permanece sempre atento à resistência da coisa, sem, contudo, render culto às estruturas lógico-reais, como faz o finalismo ortodoxo, garantindo a abertura e o dinamismo do sistema.

Anteriormente, ressaltou-se que a corrente funcionalista possui dois ramos que se dividem, segundo a orientação jurídico-metodológica que seguem. A segunda orientação funcionalista, pois, é denominada pela doutrina como "radical", procede de Günther Jakobs, vindo por consequência a se basear nos termos metodológicos do instrumental fornecido pela teoria dos sistemas sociais. É o funcionalismo sistêmico com origens nos estudos sociológicos de Niklas Luhmann.

Produto de uma concepção funcionalista extrema ou radical, a ação aparece na obra de Jakobs como parte da teoria da imputação (conduta da pessoa/infração à norma/culpabilidade), que, por sua vez, deriva da função da pena. Estabelece-se quem deve ser punido para a estabilidade normativa: a pessoa é punida porque agiu de modo contrário à norma e culpavelmente²⁰. O citado autor alemão sustenta a tese de que o Direito Penal possui como escopo primordial a reafirmação da norma, buscando, assim, fortalecer as expectativas dos seus destinatários.

Dessa forma, o funcionalismo do alemão Jakobs parte da premissa de que a lei penal deve, acima de tudo, proteger a norma em si mesma, e a pena seria, então, o instituto capaz de demonstrar ao delincente, bem como a toda a sociedade, que a norma que fora infringida

¹⁹ ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

²⁰ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª edición, Marcial Ponz, 1.997, p.156.

pela conduta do sujeito é vigente e, portanto, tanto deve ser respeitada. Esse funcionalismo, assim como o de Roxin, busca a colocação de conceitos de política criminal no âmbito da dogmática penal, a fim de garantir funcionalidade ao Direito como um todo, assim como superar a noção de que o Direito Penal deve funcionar apenas como uma garantia para o delinquente, demonstrando que aquele deve ser uma garantia para toda a sociedade, atendendo às expectativas dos indivíduos.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Como se depreende do próprio título da investigação científica, qual seja, ontologismo versus funcionalismo, orientamo-nos, na presente investigação, no sentido de demonstrar os aspectos da superação do ontologismo (cujo sinônimo para fins didáticos é a chamada corrente finalista) pelo funcionalismo, o porquê e a forma como isso ocorreu e ocorre e, uma vez exposto o desenvolvimento epistemológico do Direito Penal, fundamental apresentar o marco atual dessa discussão.

No desenrolar da dogmática penal e da política criminal, um dos aspectos que têm levantado discussões nos últimos tempos é o relativo à metodologia que deve servir de base ao desenvolvimento dogmático. Ainda quando se contempla o esforço para estabelecer uma vinculação entre dogmática penal e política criminal, grande parte da discussão gira em torno da questão metodológica, que por sua vez está por trás de toda construção dogmática. E, dessa forma, no debate dos critérios dogmáticos em torno do conceito de delito e dos elementos que os estruturam, destacam-se os conhecidos sistemas do finalismo e do funcionalismo.

É fácil notar e entender o porquê da discussão ter se incrementado, uma vez que o ontologismo (finalismo), que buscou a superação do sistema do causalismo, pautado no positivismo naturalístico, tem experimentado, nos últimos tempos, a oposição e conseqüente superação do chamado funcionalismo, que por sua vez, possui ao menos duas vias distintas, com dois expoentes consideráveis: a primeira é a de Claus Roxin, que objetiva separar o método dedutivo-axiomático do finalismo que condiciona a análise dos problemas jurídicos como considerações basicamente lógico-abstratas. A outra via é seguida basicamente por Günther Jakobs, que centra a sua censura ao finalismo notadamente no método ontológico, que vincula o legislador, assim como a própria ciência do Direito Penal, às estruturas lógico-objetivas. O renomado estudioso germânico aduz ainda, de forma categórica e triunfal, que

assistimos ao declive da dogmática de base ontológica, surgindo em seu lugar uma dogmática de base normativa e teleológica²¹.

Cumprido neste momento fazer uma digressão necessária. Ambos os expoentes do funcionalismo sofrem uma clara influência hegeliana em suas construções sistemáticas, assim como do pensamento neokantiano da filosofia dos valores, dando, assim, em uma nítida oposição ao sistema ontológico, preponderância ao aspecto normativo-teleológico dos diferentes conceitos e considerações em torno da estrutura do delito e dos pressupostos da pena. Tal concepção procura levar a sua culminação ao sistema teleológico (funcional) do Direito Penal, consistente em construir as categorias do sistema orientadas pelos fins políticos criminais do Direito Penal, para que aquele que opera com o direito – segundo se afirma – possa contar com conceitos flexíveis, ao contrário das construções e conceitos fechados, que há muito já não são capazes de responder racional e adequadamente às questões que se colocam.

A despeito de haver coincidências básicas e elementos aglutinantes entre ambos os pensamentos (leia-se ontologismo e funcionalismo), as diferenças são marcantes, como bem destaca o Professor Silva Sánchez, já que aparecem tanto no método como nas premissas político-criminais que cada sistema toma como referência.

Nesse sentido, Roxin, ao orientar a dogmática e a política criminal, acolhe as finalidades político-criminais de um modo mais amplo, de forma a orientar os fins do próprio Direito Penal e não só os fins da pena. De outro lado, Jakobs, a partir da necessidade de uma nova normatização conceitual, acolhe sem maiores limitações a atribuição à pena de reformular normativamente as categorias e os conceitos. Insta salientar sempre que o sistema funcionalista proposto por Jakobs admite certos limites externos e permite ainda caracterizar o seu sistema como funcionalismo sistêmico, pela clara influência do pensador Luhmann em sua construção²².

De toda forma, ainda que a presente investigação científica se pautar nas considerações acerca da superação do ontologismo pelo funcionalismo, também entendido como normativismo, e em suas implicações no âmbito da teoria do delito com as consequentes influências em futuras modificações legislativas no âmbito penal, não podemos perder de

²¹ MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. Ontologismo o normativismo como base de la dogmática penal y de la política criminal. *Congreso Internacional Facultad de Derecho de La Uned*. Madrid: 6 al 10 de novembro de 2000.

²² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Política Criminal y nuevo Derecho Penal*. Barcelona: Bosh, 1997, p. 18.

vista que o tipo de política criminal deve corresponder às exigências mínimas de um Estado Democrático de Direito.

Como ressaltado, as análises dos critérios de política criminal são necessárias na atual fase do Direito Penal, embora não possam dissociar das premissas do Estado Democrática de Direito. Logo, surge uma diferença marcante, e também um ponto claro de superação por parte do funcionalismo, uma vez que o método ontológico do finalismo não se encontra em possibilidade de manter uma vinculação estreita com as finalidades político-criminais, sendo que tais finalidades só podem ser alcançadas de forma plausível pelos critérios característicos do funcionalismo.

Assim, o funcionalismo de Roxin possui características que o torna o mais apto e lógico sistema de direito penal dentro de um Estado Democrático de Direito. A teoria unificadora da pena proposta por Roxin, representa muito mais do que uma justificação para o *jus puniendi*, na medida em as limitações e justificações trazidas por esta, garantem a conformidade com o modelo atual de Estado e ainda com a proteção da dignidade da pessoa humana, ou seja, a construção encontra fundamento na existência de valores comuns²³

Como exposto alhures, no tocante à política criminal e as suas implicações na construção da teoria do delito no âmbito do pensamento funcionalista, não se pode afastar as implicações do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, princípios fundamentais devem orientar a atual política criminal, dentre os quais se encontram o da legalidade, o da legitimidade, da *ultima ratio*, o do bem jurídico, o princípio da culpabilidade e o da racionalidade das penas.

A dogmática penal exige uma análise detida acerca do seu conceito e da sua função, posto que é esse um dos pontos divergentes entre os sistemas de pensamento do ontologismo e do funcionalismo. Nesse diapasão, a dogmática penal é entendida por Roxin como a disciplina que se preocupa com a interpretação, a sistematização, o desenrolar dos preceitos legais e das opiniões científicas no âmbito do Direito Penal e cujo objetivo é o estudo do Direito Penal positivo, que tem como função explicar o conteúdo das regras jurídicas e sua conexão interna²⁴.

De outro lado, Hans Welzel, que foi o expoente do pensamento ontológico, entende a dogmática como a ferramenta para a correta interpretação dos textos positivos, elucidando

²³ DIAS, Jorge de Figueiredo. Resultados y problemas em la construcción de un sistema de Derecho Penal funcional y racionalmente final. *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona: José Maria Bosh Editor, 1995, p. 448.

²⁴ MORENO HERNÁNDEZ, op. cit., p. 584.

ainda as ideias, os princípios e os institutos que a lei carrega, construindo e sistematizando sobre essa base uma teoria completa²⁵.

Nesse sentido, o pensamento normativista de Roxin permite aduzir que a legislação e a jurisprudência possuem considerável esfera de decisão para precisar conceitos que sejam cultural e socialmente delineados, de forma que nem um ontologismo puro, nem mesmo um normativismo livre de dados empíricos seriam adequados. Assim, o pensamento ontológico de Welzel e seu esforço em vincular o legislador e a própria dogmática a conceitos pré-jurídicos se mostrou incompleto e equivocado. Mas, por outro lado, não se pode também sustentar, como a pouco ressaltado, um normativismo totalmente livre de uma base real²⁶.

A despeito da consideração moderada de Roxin, alguns estudiosos, notadamente quando se referem ao funcionalismo defendido por Jakobs, asseveram que a formação de conceitos puramente normativistas necessariamente resultará em conceitos vazios que não resolvem o problema jurídico²⁷.

A despeito de muitos estudiosos empreenderem seus esforços no sentido de colocar a dogmática penal como um estudo da arte pela arte, ou ainda como uma discussão abstrata e desconectada da realidade, a verdade é que é exatamente graças às contribuições dogmáticas que o Direito Penal tem evoluído, seja com a nova interpretação dos institutos penais ou mesmo com a criação de novas estruturas, e talvez nesse ponto seja manifesta e límpida a diferença no sentido da superação do ontologismo pelo funcionalismo. O que se tem hoje de fato é que as construções sistemáticas da dogmática têm procurado apontar os critérios para a solução de problemas concretos, influenciando inclusive em decisões político-criminais para garantir os direitos fundamentais das pessoas frente ao poder do Estado.

Assim, partindo da base de que a dogmática jurídico-penal deve cumprir uma função importante, consistente em oferecer credibilidade e segurança jurídica para os seres humanos em sociedade, para os efeitos político-criminais no marco de um sistema penal de um Estado Democrático de Direito, surge a questão sobre qual das construções sistemáticas atualmente enfrentadas – finalismo ou funcionalismo – pode oferecer maior segurança jurídica para as pessoas, além disso, possibilitar que o Direito Penal cumpra da melhor maneira sua missão de proteger bens jurídicos, se levarmos em conta os métodos dos quais partem.

²⁵ MORENO HERNÁNDEZ, op. cit., p. 584.

²⁶ ROXIN, Claus. Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 65, 2007, p. 16.

²⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. La relación entre ontologismo y normativismo em la dogmática jurídico-penal. Tradução de Mariana Sacher. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Revista dos Tribunais, n. 44, 2003, p. 17-18.

Está claro que, para determinar quais as premissas político-criminais que serão como ponto de referência para orientar a dogmática penal nesta vinculação, o tipo de política criminal a ser seguida deverá ser aquele que corresponda às exigências do Estado Democrático de Direito, o qual, por sua vez, se baseia em uma série de princípios fundamentais que têm a função de limitar o poder penal do Estado e, conseqüentemente, garantir os direitos individuais frente ao exercício desse poder.

É óbvio que a opção por uma política criminal que se ajuste às exigências democráticas de direito não pressupõe mais a função ou os fins aos quais correspondem a pena nem resolve automaticamente o problema em torno da fórmula como o Direito Penal pode cumprir a missão político criminal que se lhe atribui. Tampouco a eleição de um determinado tipo de política criminal vincula-nos necessariamente ao específico tipo de método a seguir nas construções sistemáticas, no sentido de que ele tenha de ser dedutivo ou indutivo, ontológico ou normativo, etc., a não ser que o mais bem dito método dependa do enfoque que o teórico ou dogmático queira dar ao seu objeto de análise e o que busca com ele, assim como das próprias características do objeto do estudo, ao qual igualmente se podem reconhecer ou não estruturas pré-jurídicas, segundo a importância que se dê aos dados da realidade.

Quanto ao tipo de política criminal, esta pode derivar da necessidade de se observar certos princípios fundamentais que de alguma maneira orientam a dogmática penal. A título de elucidação, em uma política criminal própria de um Estado Democrático de Direito, mister observar princípios como *nullum crimen sine previa lege* (não há crime sem lei anterior), *nullum crimen sine conducta* (não há crime sem que haja conduta), *nullum crimen sine culpa* (não há crime sem culpa), *ultima ratio* do Direito Penal.

Destarte, insta salientar que, por trás dos referidos conceitos, existe uma concepção filosófica em torno do ser humano, do Estado e do Direito Penal, cuja realização deve orientar a tarefa da dogmática jurídico penal, para que esta responda às exigências daquela. Não se deve admitir, contudo, que a dogmática jurídico penal seja utilizada indistintamente também para a realização dos fins político-criminais que se apartem dos princípios anteriormente assinalados, o que conduziria inexoravelmente para que o Estado Democrático de Direito se revelasse incoerente e inconsistente²⁸.

Exposto isso, outra questão se coloca. É fato que foi Roxin o primeiro a demonstrar de maneira clara a necessidade de se orientar a dogmática penal pela política criminal, na medida

²⁸ MORENO HERNÁNDEZ, op. cit., p. 586.

em que a primeira, quando do desenvolvimento do seu papel na conceituação e construção dos institutos penais, deve cumprir determinada função para efeitos político-criminais. Do outro lado, a política criminal influi na dogmática penal, para que possam, juntas, buscar a realização dos fins do Direito Penal, dentro de um Estado Democrático de Direito. Isso posto, surge de imediato a interrogação sobre se a dogmática penal, anterior ao pensamento de Roxin, prescindia totalmente das considerações político-criminais. A elucidação da referida indagação mostra-se necessária e conveniente, na medida em que esse é, como já salientado ao longo do trabalho, um dos pontos de superação do ontologismo, pelo pensamento funcionalista.

Creemos, todavia, que resultaria injusto considerar que estudiosos como o professor Welzel, defensor e precursor da corrente finalista e de seu método ontológico, assim como Liszt e Binding, esses últimos representantes da escola causalista, tenham desenvolvido suas considerações sistemáticas de forma diametralmente oposta às considerações político-criminais²⁹.

Claro está que os representantes das escolas penais anteriores ao funcionalismo dedicaram parte de seus trabalhos e estudos das construções teóricas para que estas pudessem incidir sobre a realidade na solução de problemas concretos. É certo, contudo, que referidas contribuições eram esporádicas, não tinham uma metodologia clara e voltada para a funcionalidade do sistema e ainda, sem primar necessariamente pela observância dos fins do Direito Penal, como ao contrário fez Roxin com o funcionalismo.

Dispensável é retomar neste ponto todos os traços e diferenças já aduzidas, entretanto, mister abordarmos mais um aspecto de superação do ontologismo pelo funcionalismo, qual seja a Teoria da Imputação Objetiva, que em muito supera a teoria final da ação do finalismo.

A Teoria da Imputação Objetiva, cuja contribuição é assaz relevante para o atual estágio do Direito Penal, consiste em juízo de valoração realizado em dois níveis, segundo critérios distintos: primeiro, a atribuição do tipo objetivo, conforme o critério da realização do risco; segundo, a atribuição do tipo subjetivo, conforme critério da realização do plano, especialmente relevante em relação aos desvios causais.

A imputação do tipo objetivo consiste na atribuição do resultado de lesão do bem jurídico ao autor, como obra dele. A atribuição do resultado de lesão do bem jurídico pressupõe, primeiro, a criação de um risco para o bem jurídico pela ação do autor e, segundo, a realização do risco criado pelo autor no resultado de lesão do bem jurídico. Em regra, a

²⁹ MORENO HERNÁNDEZ, op. cit., p. 590-591.

relação de causalidade entre ação e resultado representa realização do risco criado pela ação do autor e constitui fundamento suficiente para atribuir o resultado ao autor, como obra dele – mesmo na hipótese de desvios causais cuja verificação concreta amplia o risco de lesão do bem jurídico.

O princípio de atribuição do tipo objetivo, definido como realização de risco criado pelo autor, significa que a atribuição é excluída se a ação do autor não cria risco do resultado, ou se o risco criado pelo autor não se realiza no resultado. Assim, tal assertiva impeliu-nos a concluir inexoravelmente que, quando da hipótese de ausência de risco no resultado, que por sua vez abrange as hipóteses em que a ação do autor não cria risco do resultado ou reduz o risco preexistente de resultado, fica afastada a imputação objetiva do resultado ao autor da ação. Ainda nesse sentido, o resultado também não poderá ser atribuído ao autor como realização do risco de lesão do bem jurídico nos casos de substituição de um risco por outro, ou seja, quando o risco não permitido que o autor criou com a sua ação anterior não se realiza no resultado típico, ou ainda em hipóteses de contribuição da vítima para o resultado.

Cabe ressaltar que, embora já houvéssemos colocado a questão metodológica como sendo um dos pontos principais de diferenciação, mister se faz a retomada deste ponto, a fim inclusive de se aduzir diferenças outras entre o ontologismo e o funcionalismo. Aquele, corrente finalista, aplica o método ontológico, e este, o método normativo-teleológico. O primeiro destaca que a ciência do Direito Penal deve procurar analisar as estruturas dadas *a priori* a fim de que o legislador não incorra em contradições quando da regulação efetiva e uma vez que terá um critério seguro para a ordenação valorativa da vida em sociedade.

Por outro lado, o funcionalismo entende que a dogmática penal deve orientar-se aos fins político-criminais, para que o jurista possa contar com conceitos flexíveis, os quais pela flexibilidade só podem ser normativos, ou seja, passíveis de uma valoração, e não subordinados como os são na concepção finalista pelo método ontológico. Tal visão fica evidente quando Roxin, valendo-se do método normativo-teleológico, busca justificar a pena estatal, analisada sem perder de vista os fins do Direito Penal, buscando responder a três perguntas, quais sejam: de onde se origina o direito do Estado de submeter as pessoas a sanções tão enérgicas, como são as do Direito Penal; a segunda questão trata daquilo que deve ser proibido a estas em caso de pena; e a terceira diz respeito à configuração da pena e, uma vez respondidas as duas anteriores, é preciso ainda se saiba como e com que finalidade essa pena pode ser empregada.

CONCLUSÕES

Ocorre, então, que a dogmática penal e a política criminal são dois pontos cruciais de diferenciação entre o ontologismo e o funcionalismo e importam em uma análise sobre qual tipo de política criminal e qual dogmática se esteja referindo, uma vez que existe uma diversidade de critérios em torno de uma e de outra. Assim, a partir do elo que se pode estabelecer entre os fins político-criminais do Direito Penal, pode-se alcançar da melhor maneira, pelos critérios fornecidos pela dogmática penal, mais concretamente, os conhecidos sistemas do delito: causalismo, finalismo (ontologismo) e funcionalismo. Outrossim, é a partir da perspectiva de cada um dos sistemas que se conheceria o alcance que poderia ter a política criminal, sobretudo no que concerne as garantias individuais.

Contudo, quando se afirma com tanta segurança que as construções sistemáticas em torno do Direito Penal, destacadamente no que se refere ao funcionalismo, derrubam totalmente as considerações ontológicas e, portanto, que todo o sistema deve ser visto a partir de uma perspectiva eminentemente normativista (ou teleológica), tal assertiva não parece ser de todo convincente.

Com efeito, alguns aspectos da construção dogmática tem um fundamento ontológico. A mesma norma jurídico penal em torno da qual se erguem as diversas discussões dogmáticas tem sua própria estrutura e essência, que não lhe são dadas pelo legislador - que por sua vez decide quanto à forma, posto que o conteúdo ele só seleciona, uma vez que este é dado previamente pela realidade. É sabido que o objeto de regulação da norma penal é a conduta humana, cuja estrutura ontológica foi colocada, sobretudo por Welzel, Hartmann e outros, sendo também conhecidas as consequências que se extraem dela para a construção do conceito de delito - que motivou à época a polêmica entre causalismo e finalismo - como também para a política criminal.

Cumprido destacar que a posição defendida por Welzel, ou seja, o seu pensamento ontológico teve influência e importância indiscutíveis. Ele buscou, tanto na base filosófica como na científica, desenvolver um sistema que buscasse critérios capazes de limitar o poder penal do Estado, partindo de bases filosóficas distintas - em torno do ser humano, do Estado e do Direito Penal - e ainda de concepções políticas e científicas diferentes, estabelecendo como um dos critérios para a limitação do *ius puniendi* estatal - sobretudo em uma época em que o sistema político alemão era eminentemente autoritário -, as estruturas lógico objetivas que, como já assinalamos, se encontram nos próprios objetos de regulação das normas penais.

Ademais, resulta incorreto afirmar que os conceitos elaborados a partir das considerações das estruturas lógico objetivas (conceitos ontológicos) não se podem atender aos fins político-criminais do Direito Penal; por isso, consideramos que resulta igualmente incorreto que com tais conceitos se desatendam os aspectos normativos. Pelo contrário, quando se toma como ponto de partida o Direito Positivo, busca-se a sua base real para se evitar arbitrariedades no exercício do poder penal, para que assim o Direito Penal, como instrumento político criminal que é não se converta em instrumento de sujeição do ser humano, mas esteja a serviço dele. Os fins político-criminais do Direito Penal são, pois, no finalismo de Welzel, muito claros.

Cabe ressaltar inclusive que o próprio Roxin, expoente do funcionalismo teleológico racional, reconheceu que a teoria final da ação, com seu giro nas estruturas ontológicas e na realidade social, buscou restabelecer, não sem êxito, a referência da dogmática penal à realidade, devolvendo a toda teoria da ação e do tipo a plasticidade de uma pura descrição de sucesso.

Com as considerações acima, surge imediatamente a indagação acerca da propriedade em se afirmar que as ideias, os conceitos e as categorias que buscam dar um caráter pré-jurídico, como é o caso do finalismo, carecem realmente de fecundidade para a política criminal, quando se busca bases firmes para se garantir a segurança jurídica dos próprios conteúdos da lei penal, bem como uma mais justa e racional interpretação e aplicação desta.

Apesar de o funcionalismo de Roxin ter dado grande e inestimável contribuição ao avanço do Direito Penal, na medida em que claramente vinculou e demonstrou a importância dos conceitos dogmáticos contribuírem para o aperfeiçoamento da política criminal e vice-versa, há que se dizer que nenhum teórico de política criminal ou mesmo da dogmática penal que seja racional e opte por um Direito Penal garantidor poderá negar a importância prática do conceito final da ação, cuja estrutura ôntica de alguma maneira limita o poder penal estatal, como objeto de regulação das normas penais e como base da estrutura do delito.

Ocorre que o ontologismo, após dar inúmeras contribuições para a teoria do delito, parece ter-se esgotado em sua capacidade de rendimento. Inclusive, a título de exemplo, o expoente do finalismo Hirsch parece nada mais fazer do que criticar tudo que tem sido criado desde a morte de seu professor Welzel, considerado este o expoente do ontologismo.

A questão é que o sistema finalista pretende fornecer soluções acabadas, o que não passa de uma confissão de sua incapacidade de fornecer respostas a complexos problemas normativos. Embora pareça claro que o funcionalismo e suas construções sistemáticas em torno do Direito Penal derrubaram todas as considerações ontológicas e que todos os

institutos e categorias devem agora ser vistos por uma perspectiva eminentemente normativo-teleológica, tal assertiva não é no todo correta. Não é de todo absurdo pensar que algumas categorias dogmáticas se dêem um fundamento ontológico.

De toda forma, há que se pensar que a futura tarefa da dogmática penal será a de continuar buscando a superação do mero formalismo, inclusive quanto às estruturas ontológicas que se encontram incertas no objeto de regulação das normas penais e no objeto de estudo da dogmática penal. Essa busca e análise dos conteúdos ontológicos dos diversos institutos jurídico-penais que podem pôr limites às recorrentes e desenfreadas formas de exercício do poder penal deve ser um dos objetivos que orientam a tarefa da futura dogmática jurídico-penal, se é que realmente se quer que ela cumpra a elevada missão de oferecer segurança jurídica, assim como a de proporcionar as bases teóricas para uma adequada política criminal.

Isso implica que o reconhecimento das estruturas ontológicas não deve de modo algum ser considerado como um recurso para obstacularizar a realização dos objetivos político-criminais que correspondem ao Direito Penal; ao contrário, constitui um dos diversos mecanismos que buscam que a consecução desses objetivos político-criminais se realize de maneira mais racional. Deve-se ter presente, na tarefa de elaborar construções sistemáticas e de determinar os conteúdos conceituais de certas categorias do Direito Penal que serviram para sustentar a estrutura do conceito de delito e dos pressupostos da pena, que os sistemas penais e as políticas criminais – como manifestações do poder estatal – não são uniformes; são eles que requerem os maiores e mais precisos critérios limitadores do *ius puniendi*.

O que ocorre é que o funcionalismo, além de resolver questões complexas e intransponíveis pelo ontologismo, dado o posicionamento metodológico e conceitual de que este último se valeu, foi capaz de aglutinar a dogmática penal e a política criminal, onde o desenvolvimento de uma influencia nos institutos da outra, embora ambas, também esta é uma conquista do funcionalismo, estejam com vistas aos fins de um Estado Democrático de Direitos com todas as suas garantias inerentes. Nesse Estado, o Direito Penal deve ser mais uma das várias garantias das pessoas, com uma intervenção racional e legítima.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, volume 1. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CALLEGARI, André Luís. A imputação objetiva no direito penal. In: RT 764 (1999).

CAMARGO, Antônio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CANCIO MELIÁ; PEÑARANDA RAMOS; SUAREZ GONZÁLEZ. *Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*. In: JAKOBS, *Estudios*.

CEREZO MIR, José. Ontologismo e normativismo na teoria finalista. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. São Paulo, ano 1: 9-23, 2004.

_____. Ontologismo y normativismo en el finalismo de los años cincuenta. *Revista de Derecho Penal*. Montevideo, 95-105, 2005.

GRACIA MARTÍN, Luis. El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito. *Revista Electronica de Ciencia Penal y Criminologia*, n. 06-07, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Resultados y problemas en la construcción de un sistema de Derecho Penal funcional y racionalmente final. *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona: José Maria Bosh Editor, 1995.

HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, v.3: 144-157, 2003.

_____. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. *Periódico Pena y Estado*. Barcelona, 23-26, 1991.

_____. *Fundamentos del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1984, p. 36 e ss, 428.

_____. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Trad. esp. Sérgio Antonio Fabris. 1ª Ed. Porto Alegre: ISBN, 2005, p. 456

_____. La ciência jurídico penal em la República Federal Alemana. *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Lima, v.1: 451-502, 1993.

_____. Perspectivas del derecho penal futuro. *Revista Penal*. Barcelona, v.1: 37-41, 1998.

_____. *Persona, mundo y responsabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

_____. *Seguridad por intermedio del derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª Ed. Marcial Ponz, 1997, p.156.

_____. _____. Trad. esp. Joaquin Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 560 e ss, 1.113.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Culpabilidade no Direito Penal*. São Paulo: Quartier Latina, 2010.

_____. *Prescrição penal prescrição funcionalista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MIR PUIG, Santiago. Antijuridicidad objetiva y antimormatividade em derecho penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, v.47: 5-28, 1994.

_____. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. 2ª ed. Montevideo-Buenos Aires: Editorial IB de F, 2002.

_____; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. La política criminal en Europa. *Crimen y Castigo*. Buenos Aires, 127-158, 2001.

_____. *Función fundamentadora e función limitadora de la prevención general positiva*, em: *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Ariel, Barcelona, 1994.

_____. Limites do normativismo no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v.15: 197-221, 2007.

_____. Significado e alcance da imputação objetiva em direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v.13: 173-201, 2005.

_____. Valoraciones, normas y antijuridicidad penal. *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Lima, nº 15: 305-330, 2004.

MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. Ontologismo o normativismo como base de la dogmática penal y de la política criminal. *Congresso Internacional Facultad de Derecho de La Uned*. Madrid: 6 al 10 de novembro de 2000.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, parte geral: arts. 1º a 120*. 8ª ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ROXIN, Claus. *Dogmática penal y política criminal*. Lima: IDEMSA, 1998.

_____. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências. *Revista Brasil de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 65, 2007.

_____. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. 3ª Ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. La problemática de la imputación objetiva. *Cuadernos de Políticas Criminales*. Madrid, nº 39: 749-769, 1989.

_____. Lãs nuevas corrientes de política criminal en la República Federal Alemana. *Nuevo Pensamento Penal*. Buenos Aires, 387-394, 1972.

_____. Observaciones sobre la adecuación social en el derecho penal. *Cuardenos de doctrina y jurisprudencia penal*. Buenos Aires, v.7: 81-94, 2001.

_____. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: São Paulo: Renovar, 2002.

_____. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

_____. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v.9: 2001.

_____. *Tratado de Derecho Penal – Parte General*. Barcelona: Civitas, 1997, p.252, v.1.

_____. _____. Barcelona: Civitas, 1997, p.252, Tomo I.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona: J. M. Bosch Editor S. A , 1992.

_____. *Política Criminal y nuevo Derecho Penal*. Barcelona: Bosh, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – Parte Geral - 2ª ed* . Curitiba: ICPC e Lúmen Júris, 2007.

SCHÜNEMANN, Bernd. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. *Revista de Derecho Penal*. Montevideo, 127-142, 2005.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*. 11ª Ed. Trad. esp. De Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editora Jurídica de Chile, 1970.

_____. *El nuevo sistema del derecho penal - una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Trad. esp. José Cerezo Mir. Madrid: J.C. Faria, 1964, p. 25 e ss.

_____. *Estudios de derecho penal, Estudios sobre el sistema de derecho penal – Causalidad y acción, Derecho penal y filosofía*. Montevideo - Buenos Aires: IB de F, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 5ª ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.