

# DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL: SUA COMPREENSÃO E OS PRESSUPOSTOS ARGUMENTATIVOS DAS ESCOLAS PENAIS

Túlio Teixeira Campos\*

**Resumo:** *A dogmática se apresenta como um conjunto de premissas argumentativas indispensáveis ao desenvolvimento do conhecimento, as quais os desdobramentos posteriores não podem negar. Aplicado à ciência do Direito, esse conceito estabelece um sistema coerente de proposições, institucionalmente organizado e de conteúdo normativo, construído para solucionar questões práticas. A partir dessa coerência argumentativa, no campo do Direito Penal, sucederam-se escolas teóricas diferentes, voltadas, cada uma delas, para realidades e problemas sociais diversos. O positivismo, o neokantismo, o finalismo e o funcionalismo se estruturam em marcos firmes e ganham mais sentido quando compreendidos historicamente.*

**Palavras-chave:** *Dogmática jurídica; positivismo; neokantismo; finalismo; funcionalismo.*

**Abstract:** *Dogmatic is presented as a set of argumentative assumptions indispensable for the development of knowledge, which the subsequent developments can not deny. Applied to the science of law, this concept provides a coherent system of propositions, institutionally organized and legislative content, built to resolve practical issues. From that argumentative coherence in the field of criminal law, different theoretical schools succeeded, focusing, each of them, to various social problems and realities. The positivism, the neokantism, the finalism and funcionalism were structured in firm supports and earn more sense when understood historically.*

**Keywords:** *Legal dogmatic; positivism; neokantism; finalism; funcionalism.*

## Introdução

O que é dogmática jurídico-penal? Qual a sua finalidade para a estruturação e desenvolvimento do Direito Penal?

As respostas a essas questões podem ser elaboradas, ao menos inicialmente, a partir da compreensão dos conceitos de *dogmática* e *dogmática jurídica*. Assim, este trabalho pretende

---

\* Advogado. Mestrando em Direito Empresarial pela Universidade de Itaúna.

abordar, entre outros aspectos, as definições de *dogmática* e *dogmática jurídica* e apontar a finalidade na compreensão dessas definições.

Somente a partir dessa compreensão, pode-se estudar adequadamente as escolas do Direito Penal que se sucederam historicamente – quando, então, poder-se-ão analisar alguns pressupostos jurídico-penais dessas escolas –, a saber, positivismo, neokantismo, finalismo e funcionalismo, que são abordados neste estudo.

Desde já, advirta-se de que não se pretendem esgotar todos os conceitos jurídicos construídos por cada uma das escolas penais indicadas, mas, a partir da compreensão de *dogmática jurídica*, apenas apresentar os pressupostos sobre os quais elas se desenvolveram, para, então, permitir uma adequada interpretação das proposições jurídicas por elas criadas, ou seja, da *dogmática jurídico-penal* que as permitem estruturar-se.

## 1 Dogmática e dogmática jurídica

Na lição do Professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, “não há Direito sem uma *dogmática* onde as palavras tenham um sentido aceito pela maioria, ainda que elas escorreguem e, de tanto em tanto, mereçam – e tenham – uma alteração de curso.”<sup>1</sup> Em verdade, ainda que a *dogmática* seja necessária ao Direito, não se chegou a atribuir-lhe um único conceito<sup>2 3</sup>.

Assim sendo, como entender, então, a *dogmática*?

O Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>4</sup> apresenta questões relevantes para uma compreensão inicial do conceito.

Uma disciplina pode ser definida como *dogmática* na medida em que considera certas premissas, em si e por si arbitrárias (isto é, resultantes de uma decisão), como vinculantes para o estudo, renunciando-se, assim, ao postulado da pesquisa independente. Ao contrário das disciplinas zetéticas, cujas questões são infinitas, as *dogmáticas* tratam de questões finitas. Por isso, podemos dizer que elas são regidas pelo que chamaremos de *princípio da proibição da negação*, isto é, princípio da não-negação dos pontos de partida de sérias argumentativas, ou ainda *princípio da*

<sup>1</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei*. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre, n. 3, p. 37-44, 2005, p. 37.

<sup>2</sup> ALEXY, Robert. *Argumentação dogmática*. In: ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Scild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p. 241-258, p. 241.<sup>3</sup> Robert Alexy, no mesmo livro, sugere que o significado predominante entre os juristas volta-se para o entendimento de *dogmática jurídica* como ciência jurídica, no sentido mais estreito e apropriado do termo.

<sup>4</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1988, p. 48.

*inegabilidade dos pontos de partida* (Luhmann, 1974).<sup>5</sup>

A dogmática, portanto, refere-se às premissas argumentativas indispensáveis ao desenvolvimento do conhecimento, as quais os desdobramentos posteriores não podem negar, pois essas premissas formam uma base coerente e são pressupostas na própria argumentação. Uma disciplina dogmática possui “marcos”<sup>6</sup> firmes que estruturam o pensamento.

Entretanto, o próprio Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior adverte que uma disciplina considerada dogmática não tem sua função reduzida a afirmar os dogmas, pura e simplesmente<sup>7</sup>. Esses “marcos” e as regras de interpretação permitem uma liberdade no trato com a experiência normativa, ao fazer que o pensamento, de maneira coerente, possa desenvolver-se<sup>8</sup>. Em outras palavras, a dogmática não é restrição à liberdade de pensamento<sup>9</sup>.

A Ciência Jurídica vale-se dessa característica da dogmática na sua estruturação, de forma a guardar coerência sistêmica. “Essa ordem que lhe aparece como um dado, que eles aceitam e não negam, é ponto de partida inelutável de qualquer investigação.”<sup>10</sup> A partir disso, pode-se qualificar a dogmática como jurídica, eis que utilizada na Ciência Jurídica.

(...), não podemos esquecer que o estudo dogmático do direito está ligado a uma dupla abstração. Ou seja, como não existe sociedade sem dogmas, pois, sem pontos fixos de referência, a comunicação social (interação humana) é impossível (por exemplo, sem a fixação básica do sentido das palavras é-nos impossível falar um com o outro, daí a idéia de língua como um *código*), toda comunidade elabora suas normas. Mas as normas só não bastam. Sua ambigüidade e vagueza (afinal, elas se expressam por palavras) exigem também regras de interpretação. É preciso saber dizer não só qual é a norma, mas também o que ela significa. Ora, as normas (ou dogmas de ação) são, elas próprias, um produto abstrato<sup>11</sup> e as regras sociais de interpretação (dogmas que dizem como devem ser entendidas as normas) são também um produto abstrato. Temos, pois, um produto abstrato, as regras, que tem por objeto outro produto abstrato, as normas. Daí a dupla abstração (no sentido de isolar normas e regras dos seus condicionamentos zetéticos).<sup>12</sup>

No entanto, essa dupla abstração do conhecimento jurídico dogmático deve ser útil à interpretação de determinada realidade social, diante do que entendemos que ele é referido a uma pragmática.

Por isso, em se tratando de dogmática jurídica, podem-se perceber ao menos três atividades, quais sejam, “(1) aquela de descrever a lei em vigor, (2) aquela de sujeita-la à (sic)

<sup>5</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Obra citada, p. 48-49.

<sup>6</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Obra citada, p. 49.

<sup>7</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Obra citada, p. 50.

<sup>8</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Obra citada, p. 50.

<sup>9</sup> Essa questão será melhor detalhada adiante.

<sup>10</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Obra citada, p. 49.

<sup>11</sup> Ainda que as normas, em si, se apresentem como algo abstrato, entendemos que elas, em última análise, são criadas com referência em aspectos pragmáticos, o que é detalhado adiante a partir do texto de Robert Alexy.

<sup>12</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Obra citada, p. 49-50.

uma análise conceitual e sistemática e (3) aquela de elaborar propostas sobre a solução do problema jurídico.”<sup>13</sup> Essas atividades corresponderiam às dimensões descritivo-empírica – com a descrição e o prognóstico das práticas nos tribunais, lógico-analítica – com a análise de conceitos legais e investigação das relações lógicas entre as diversas normas e princípios e normativo-prática – por meio de interpretações justificadas com base na lei ou com fundamento em deficiências práticas<sup>14</sup>.

O que Alexy<sup>15</sup> sugere é que a dogmática jurídica não se restrinja a um nível puramente abstrato ou metafísico. Enquanto sistema conceitual coerente, a dogmática jurídica deve estar apta a solucionar, a partir justamente das normas dadas, questões práticas que se colocam ao Direito.

Alexy<sup>16</sup> propõe a definição do conceito de dogmática jurídica com base no preenchimento de determinadas condições. Dessa forma, uma vez que a dogmática jurídica permite uma base para argumentos, ela deve ser compreendida como agregações de proposições, as quais “se relacionam com as normas atuadas e com a lei causal, mas não são idênticas com a descrição de normas ou de regras ou *rationes decidendi* afirmadas nas decisões judiciais”<sup>17</sup>, pois os tribunais também podem participar do desenvolvimento da dogmática, partindo das proposições, de maneira que o sistema interpretativo não seja simplesmente um registro de codificações ou exaurido pelas decisões precedentes. Acrescente-se que as proposições da dogmática jurídica devem ainda formar “um todo coerentemente inter-relacionado”, de forma inexistir contradições entre as proposições, já que “os mesmos conceitos jurídicos ocorrem em formulações de diferentes proposições e até o ponto em que contêm os mesmos conceitos jurídicos há o escopo de relações de inferência entre eles, com base nesses conceitos”<sup>18</sup>. Ademais, na dogmática existe uma organização institucional da ciência jurídica, pois as proposições são compostas, justificadas e testadas no contexto dessa ciência. O aspecto institucional dessa organização da dogmática permite uma ampliação das discussões em termos de escala de tempo – com a possibilidade de se retomá-las posteriormente – e de sua matéria tema – permitindo que os efeitos de uma solução possam ser testados relativamente às soluções de outras questões, de forma que, por institucionalização, pode-se entender uma relativa coerência de pensamento em referência às

---

<sup>13</sup> ALEXY, Robert. Obra citada, p. 241.

<sup>14</sup> ALEXY, Robert. Obra citada, p. 241.

<sup>15</sup> ALEXY, Robert. Obra citada, p. 243-244.

<sup>16</sup> ALEXY, Robert. Obra citada, p. 244-245.

<sup>17</sup> ALEXY, Robert. Obra citada, p. 244.

<sup>18</sup> ALEXY, Robert. Obra citada, p. 244.

proposições da dogmática jurídica. Por fim, a dogmática jurídica possui um conteúdo normativo, no sentido de que suas proposições decidem questões que não podem ser solucionadas exclusivamente por argumentos empíricos.

Com essas condições, pode-se, portanto, compreender a dogmática jurídica como um sistema coerente de proposições, institucionalmente organizado e de conteúdo normativo, construído para solucionar questões práticas (aspecto pragmático da dogmática jurídica).

E nesse sentido, não se pode atrelar dogmática a dogmatismo, este entendido como um impedimento ao rompimento do *status quo*<sup>19</sup>. A dogmática se assenta em pressupostos que não impedem o desenvolvimento do pensamento voltado para a solução de questões práticas; quando, sob determinados pressupostos argumentativos, um pensamento não se torna apto a dar respostas a questões reais, é preciso repensar, então, esses mesmos pressupostos<sup>20</sup>. É justamente o aspecto pragmático da dogmática jurídica que permite o surgimento de novas escolas teóricas. Isto é, uma dogmática jurídica coerente impõe certos limites epistemológicos na interpretação da realidade, mas é justamente diante desses limites que se permite o desenvolvimento ou a modificação dos pressupostos jurídicos sobre os quais determinada ciência se assenta – como se verá logo adiante dentro das funções da dogmática.

As modificações, para cada autor, ocorrerão a partir de alterações nos pressupostos sobre os quais a ciência jurídica (ou parte dela) em determinada época se constrói e desenvolve.

Além disso, por ser a ciência jurídica uma ciência social ou, como pretende Günther Jakobs, humanista<sup>21</sup>, pode-se afirmar que “todo conhecimento depende do contexto”<sup>22</sup>, donde se pode falar que inexistem uma única verdade, ou pressupostos (dogmáticos) verdadeiros que determinam a construção de uma doutrina.

“(…), existem diversas disciplinas – e a ciência do Direito, sem dúvida alguma, faz parte delas, provavelmente ao lado de todas as ciências do espírito e também de algumas disciplinas fundamentais das ciências naturais – que se pode separar simultaneamente ou numa densa sucessão histórica de vários contextos sem que houvesse um [conhecimento] entre eles que demonstrasse ser o único teoricamente correto: nesse caso, essas ciências coexistem ou se sucedem num breve espaço de tempo em distintas configurações, e a única questão decisiva pode ser a de determinar qual é o contexto em que se alcança a maior densidade explicativa a respeito daquelas questões que se colocam urgentes num determinado momento.”<sup>23</sup>

---

<sup>19</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Obra citada, p. 37

<sup>20</sup> Nesse sentido, dá-se a oportunidade para o surgimento de novas escolas doutrinárias, mas sem dispensar a estruturação de um conhecimento em pressupostos dogmáticos.

<sup>21</sup> JAKOBS, Günther. **Ciência do Direito e ciência do direito penal**. Tradução Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. (Coleção estudos de direito penal: v.1.), p. 7.

<sup>22</sup> JAKOBS, Günther. Obra citada, p. 5.

<sup>23</sup> JAKOBS, Günther. Obra citada, p. 5-6.

Em última medida, a dogmática jurídica contemplaria ao menos seis funções de valor positivo: (1) a de estabilização, em razão de um certo estabelecimento institucional das proposições; (2) a de desenvolvimento, já que pressupostos estáveis estão sujeitos a um estudo mais detido, o que, conseqüentemente, faz surgir discussões mais densas do que aquelas instauradas *ad doc*; (3) a função redutora de encargo, pelo fato de os argumentos em uma discussão terem sido previamente examinados e aceitos; (4) a informativa, ao apresentar conceitos básicos, que melhoram o ensino e a aprendizagem e, por que não, a própria aplicação da norma; (5) a função controladora, pois permite controlar a compatibilidade lógica das proposições, considerando-se a unidade sistêmica; (6) e a função heurística, ao permitir o desenvolvimento e a solução de problemas<sup>24</sup>.

Compreendidos esses aspectos da dogmática jurídica, pretende-se neste estudo apresentar os pressupostos iniciais, fundamentais, de algumas doutrinas do Direito Penal, situadas logicamente em contextos diversos e que permitiram o desenvolvimento da própria ciência do Direito Penal. Assim, fala-se em diversos pressupostos sobre os quais, desde o século XVIII, a dogmática jurídico-penal se construiu e se desenvolveu, sendo certo que vários desses pressupostos não se limitam ao âmbito do Direito Penal.

Não se pretendem examinar todos os institutos de Direito Penal desenvolvidos à luz de cada doutrina. No entanto, alguns conceitos serão examinados como forma de compreender os pressupostos das diferentes escolas.

## 2 Positivismo

Por trás da conformação da dogmática jurídico-penal, que se desenvolveu a partir do século XVIII, assentava-se o pensamento Iluminista derivado da noção de contrato social<sup>25</sup>. “A base dessa interpretação é que as pessoas cedem aos Estados o exercício da violência para a defesa de seus interesses individuais.”<sup>26</sup>

Certamente, Hobbes levou a cabo grandes esforços para demonstrar que o titular [o Estado] não exercerá de modo completamente arbitrário o poder recebido, mas os limites que o titular deverá por inteligência observar não limitam sua legitimidade, mas em todo caso a efetividade de suas ordens, que continuam sendo legítimas. Essa

<sup>24</sup> ALEXY, Robert. Obra citada, p. 253-255.

<sup>25</sup> YACOBUCCI, Guillermo Jorge. As grandes transformações do direito penal tradicional. Tradução Lauren Paoletti Stefanini e revisão Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes. In: GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **As grandes transformações do direito penal tradicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Segunda parte, p. 27-141. Série as ciências criminais no século XXI, v.13, p. 50.

<sup>26</sup> YACOBUCCI, Guillermo Jorge. Obra citada, p. 51.

concepção tem seu momento culminante na afirmação de que somente o Estado pode identificar o que é justo e injusto, dizendo-se de outro modo, isso se rege exclusivamente pelo Direito positivo, independentemente de qual seja o conteúdo deste.<sup>27</sup>

Em última medida, no modelo derivado de Hobbes, o Direito positivado pelo Estado era necessário a uma convivência pacífica, mesmo que não se pudesse prescrever previamente seu conteúdo; era mais vantajoso àqueles submetidos ao poder estatal aceitar leis positivadas, ainda que arbitrárias, a permanecer em um estado de incerteza e insegurança, cuja ameaça em violar direitos individuais era constante<sup>28</sup>.

É nesse sentido que o positivismo derivado do pensamento hobbesiano não necessariamente implica um niilismo valorativo, já que o conteúdo do ordenamento jurídico é determinado em última medida relativamente pela vontade do titular<sup>29</sup> - em que há efetivamente algum valor pressuposto.

Considerada essa situação, ao longo da segunda metade do século XIX, o pensamento científico das ciências penais “viu, [pois], no dado real do Direito positivo o material empírico suscetível de observação científica e adotou frente ao mesmo um método descritivo e classificatório próximo em parte ao empregado pelas ciências naturais”<sup>30 31</sup>.

Pela perspectiva do positivismo naturalista, o *status* científico de qualquer ramo do conhecimento humano dependia da possibilidade de uma demonstração da veracidade de seus conceitos orientada pelos critérios das ciências exatas e naturais. Segundo Abbagnano, uma das teses fundamentais do positivismo é a de que ‘a ciência é o único conhecimento possível, e o método da ciência é o único válido (...) a metafísica (...) não tem nenhum valor’.

A demonstração da validade científica dos conceitos de qualquer ramo do conhecimento, portanto, estava calcada em método empírico, consistente em repetir uma experiência por inúmeras vezes e, observada a comunhão de resultados, extrair uma lei geral, mediante a descrição do fenômeno e sua resultante. Basicamente, os passos metodológicos são dois: observar e descrever o fenômeno.<sup>32</sup>

As ciências penais, então, visavam a um pensamento científico próximo das ciências naturais, em contraposição a qualquer pretensão de interpretação metafísica do Direito Penal.

O positivismo representava a idéia de uma “lei natural tomada no sentido de relação

<sup>27</sup> JAKOBS, Günther. Obra citada, p. 9.

<sup>28</sup> JAKOBS, Günther. Obra citada, p. 10-11.

<sup>29</sup> JAKOBS, Günther. Obra citada, p. 10-11.

<sup>30</sup> MIR PUIG, Santiago. Limites del normativismo em Derecho penal. **Revista Electrónica de Ciência Penal y Criminología**, n. 07-18, p. 18:1-18:24, 2005. Disponível em <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>> Acesso em 27 fev 2007, p. 18:3.

<sup>31</sup> Tradução livre: “(...) vio en el dato real del Derecho positivo el material empírico susceptible de observación científica y adoptó frente al mismo um método descriptivo y clasificadorio próximo en parte al empleado por las ciencias naturales.”

<sup>32</sup> GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em Direito penal**: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Série as ciências criminais no século XXI; v.12), p. 63-64.

constante e invariável entre os fenômenos”<sup>33</sup>, que implicaria uma conclusão infalível a uma experiência real<sup>34</sup>. A norma, serviria, pois, de fundamento a justificar as mesmas consequências jurídicas a situações semelhantes.

No setor do direito, por isso mesmo, ganha relevância a separação entre o *ser* e *dever-ser*, configurando-se o direito exclusivamente a partir das normas positivadas (...) pelo qual possam ser avaliadas como corretas ou incorretas.<sup>35</sup>

Esse positivismo que conformou a dogmática jurídico-penal do século XIX, em realidade, possuía um claro significado político<sup>36</sup> decorrente daquela situação histórica: como parte das aspirações humanísticas do Iluminismo foram convertidas em Direito positivo, optar pela subordinação da doutrina jurídica ao Direito vigente era, de certa forma, levar a cabo uma realização histórica dos ideais iluministas, era reafirmar esses ideais ao fazer cumprir uma norma positivada<sup>37</sup>. Nesse sentido, “a noção de contrato social como fonte geradora da legitimação política”<sup>38</sup> colocou os direitos dos indivíduos no centro da proteção penal. Houve, portanto, uma positivação de direitos individuais que seriam, em última medida, protegidos legitimamente pelo Estado, desde que aceita a noção de um contrato social como forma de afastar o estado de perigo pré-social.

E, assim, a subordinação da doutrina jurídica como um todo e, inclusive, penal, ao Direito positivo realizava um dos fundamentos do próprio Direito àquela época, qual seja, a segurança jurídica que, por sua vez, representava o princípio fundamental do Estado de Direito<sup>39</sup>. À medida que a uma norma jurídica, que representava a positivação de direitos individuais, fosse assegurada uma constante interpretação, garantida estaria a segurança jurídica nas soluções a respeito dos direitos individuais violados.

Esse método positivista, de interpretar o Direito Penal sob pressupostos formalistas e que excluía juízos de valor, acrescentava “uma forma facilmente objetiva de analisar, reconstruir e aplicar o Direito que parecia blindá-lo frente ao perigo de manipulação subjetiva por parte do intérprete”.<sup>40 41</sup>

E aqui a ausência de juízos de valor *na interpretação da norma* deve ficar bem entendida: ainda que no momento de produção da norma esses juízos valorativos pudessem

<sup>33</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 14.

<sup>34</sup> TAVARES, Juarez. Obra citada, p. 14.

<sup>35</sup> TAVARES, Juarez. Obra citada, p. 15.

<sup>36</sup> MIR PUIG, Santiago. Obra citada, p. 18:4.

<sup>37</sup> MIR PUIG, Santiago. Obra citada, p. 18:4.

<sup>38</sup> YACOBUCCI, Guillermo Jorge. Obra citada, p. 51.

<sup>39</sup> Para o Direito Penal, essa segurança jurídica era traduzida pelo princípio da legalidade (MIR PUIG, 2005).

<sup>40</sup> MIR PUIG, Santiago. Obra citada, p. 18:4.

<sup>41</sup> Tradução livre: “(...) una forma fácilmente objetivable de analizar, reconstruir y aplicar el Derecho que parecía blindar-lo frente al peligro de manipulación subjetiva por parte del intérprete.”

ser fonte de sua criação, certo é que, uma vez positivada, a interpretação a ser dada ao Direito deveria seguir uma forma constante e invariável. A segurança jurídica nas soluções a respeito dos direitos individuais violados estaria na garantia de que a uma mesma norma seria dada igual interpretação jurídica, mesmo que a sua criação fosse motivada por vários aspectos ou valores.

Mir Puig<sup>42</sup> identificou, na Alemanha, Binding como um primeiro teórico desse positivismo jurídico, que pretendeu cientificidade ao Direito Penal, excluindo juízos de valor e limitando seu objeto ao Direito positivo. Tal limitação quanto ao objeto do Direito Penal chegou mesmo a fazer com que Mir Puig<sup>43</sup> classificasse o positivismo de Binding como “normativismo”, no sentido de restringir o objeto de estudo jurídico às normas positivas, excluindo qualquer aspecto filosófico ou da realidade não jurídica.

Von Liszt caracterizou uma segunda versão do positivismo jurídico, que compartilhou a utilização de um método descritivo e classificatório que excluía o filosófico e os juízos de valor, mas se diferenciou por tender pontes à consideração da realidade empírica não jurídica.<sup>44 45</sup>

Mir Puig<sup>46</sup> classificou a doutrina de Von Liszt como um positivismo jurídico com matiz naturalista. O aspecto natural decorria, assim, da realidade observável, natural.

Exemplos desse positivismo naturalista de *von Liszt* estão em seu conceito de ação, entendida como “qualquer movimento corporal, (...), quer dizer, o movimento muscular posto em marcha por um ato psíquico ativado pela representação de seu conteúdo”<sup>47 48</sup>, bem como o de culpabilidade, que a concebe sob as formas de dolo e culpa, mas a reduz “a elementos psicológicos evitáveis, quer dizer, a elementos descritivos que permitem um juízo de valores geral-objetivos e independentes de uma valorização subjetiva do juiz”<sup>49 50</sup>. Tanto em um quanto em outro conceito, Franz von Liszt acaba por fundamentar suas construções em elementos empíricos e não puramente normativos. Há, evidentemente, um esforço do autor em demonstrar a formação de conceitos desprovidos de juízos de valor já que remete suas

---

<sup>42</sup> MIR PUIG, Santiago. Obra citada, p. 18:3.

<sup>43</sup> MIR PUIG, Santiago. Obra citada, p. 18:3.

<sup>44</sup> MIR PUIG, Santiago. Obra citada, p. 18:4.

<sup>45</sup> Tradução livre: “Von Liszt caracterizó una segunda versión del positivismo jurídico, que comparó la utilización de un método descriptivo y clasificatorio que excluía lo filosófico y los juicios del valor, pero se diferenció por tender puentes a la consideración de la realidad empírica no jurídica (...)”.

<sup>46</sup> MIR PUIG, Santiago. Obra citada, p. 18:4.

<sup>47</sup> BACIGALUPO, Silvina. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Barcelona: Bosch, 1998, p. 71.

<sup>48</sup> Tradução livre: “(...) cualquier movimiento corporal, (...), es decir, el movimiento muscular puesto em marcha por un acto psíquico activado por la representación de su contenido.”

<sup>49</sup> BACIGALUPO, Silvina. Obra citada, p. 71.

<sup>50</sup> Tradução livre: “(...) a elementos psicológicos evitables, es decir, a elementos descriptivos que permiten un juicio de valores general-objetivos e independientes de una valoración subjetiva del juez (...)”.

interpretações da realidade a aspectos objetivos e descritivos constatáveis ao exame da norma.

Outro exemplo positivista é Beling, cuja definição do conceito de tipo talvez tenha sido a mais importante contribuição à teoria do delito, sendo que as construções posteriores do delito partem desse conceito<sup>51</sup>. Em Beling, o traço positivista assim é marcante, tal como menciona Juarez Tavares<sup>52</sup> ao identificar naquele autor a compreensão do tipo como a descrição objetiva e neutra do desenrolar de uma conduta, previamente identificada em lei e na qual são determinantes para sua identificação o movimento do agente e o resultado produzido. O resultado é parte integrante de uma ação que lhe deu causa, de forma que não há falar-se em crime sem resultado. Vale ressaltar que para Beling, mesmo nos delitos formais ou delitos omissivos próprios há resultados identificáveis, ainda que qualificáveis como estritamente jurídicos<sup>53</sup>.

No plano do Direito Penal, essa relação constante e necessária entre a realidade e a norma jurídica desenvolvida pelos positivistas deu base ao conceito de causalidade<sup>54</sup>, donde se pode, portanto, antever a estruturação dos pressupostos que deram origem à teoria causal.

E assim é que, dentro da teoria causal,

em sua primeira formulação do conceito de tipo, BELING partiu, por um método puramente dedutivo, da norma legal da previsão dos fatos criminosos. Superando as idéias anteriores que o confundiam com todas as circunstâncias concretas do fato (corpo de delito), passou a conceber o tipo como o conjunto de circunstâncias caracterizadas abstratamente do delito, conforme sua definição legal. Com esse aporte puramente conceitual e não fático, BELING pôde criar um novo elemento para a definição de delito, tratado de modo objetivo e neutro, como exigia o dogma causal.<sup>55</sup>

Ora, daí se percebe que a teoria causal ou a dogmática jurídico-penal baseada em pressupostos finalistas é, nitidamente, positivista. A compreensão da realidade passa a ser decorrente de um método dedutivo e, conseqüentemente, os resultados atingidos podem, inclusive, ser até mesmo antevistos.

### 3 Neokantismo

Apesar do desenvolvimento de uma doutrina positivista desde o século XVIII, o

---

<sup>51</sup> TAVARES, Juarez. Obra citada, p. 131.

<sup>52</sup> TAVARES, Juarez. Obra citada, p. 132.

<sup>53</sup> TAVARES, Juarez. Obra citada, p. 132.

<sup>54</sup> Juarez Tavares (2003, p. 14) faz referência à causalidade como a conexão necessária entre fenômenos.

<sup>55</sup> TAVARES, Juarez. Obra citada, p. 132.

neokantismo surgiu na teoria jurídica alemã na segunda metade do século XIX<sup>56</sup> e chegou ao Direito Penal antes mesmo que ao Direito privado<sup>57</sup>. Ele representava uma tentativa de superação do positivismo, com a volta do pensamento à metafísica, sendo certo que pretendeu diferenciar as ciências naturais e as espirituais através do método<sup>58 59</sup>.

De forma mais clara: a fase neokantiana representou um rompimento com a pretensão de reduzir a análise do crime à constatação de um fenômeno natural, físico, centrado na relação de causa e efeito. Expurgou-se do direito penal a idéia de crime como fenômeno cuja explicação seria adequada às *ciências do ser*, tentativa da doutrina jurídico-penal positivista-naturalista que se justificava, sobretudo, pelo absoluto desprestígio ocupado pelas ciências do espírito na segunda metade do século XIX.<sup>60</sup>

Houve, dentro do neokantismo, duas escolas: “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-penal.”<sup>61</sup>

Muito importante para o desenvolvimento da ciência penal foi a obra de Stammler, considerado o fundador da moderna Filosofia do Direito<sup>62</sup>, cujo objeto de estudo seria o “sistema de formas puras que envolvem as noções jurídicas”<sup>63</sup>, encontradas por meio do método crítico, de origem kantiana, que estabeleceu uma separação entre a forma pura do pensamento e a matéria<sup>64</sup>. Esse sistema de formas puras representava, ao fim, uma maneira de se desenvolverem as noções jurídicas com um método próprio das ciências do espírito.

Afirmou Durant, refletindo sobre a *Crítica da razão pura*, de Kant, que ‘a razão pura deve indicar o conhecimento que não vem através dos nossos sentidos, mas é independente de toda a experiência sensorial’. É dizer, abstrai-se tudo o que é perceptível sensorialmente, pela experiência (método empírico), para obter a razão pura (verdade na sua essência). Se o método empírico é descartado, recorre-se a método distinto: a compreensão do objeto.<sup>65</sup>

Por mais, entre a forma pura do pensamento (constituída *a priori*) e matéria (substância contingente), perceptível sensorialmente, há uma relação lógica de condicionante e condicionado<sup>66</sup>. “A forma pura é a diretriz que condiciona o pensamento jurídico. Só o

<sup>56</sup> PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito penal brasileiro**: v.1: Parte Geral, art. 1º a 120. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 100.

<sup>57</sup> MIR PUIG, Santiago. Obra citada, p. 18:4.

<sup>58</sup> PRADO, Luiz Régis. Obra citada, p. 100-101.

<sup>59</sup> De uma maneira geral, a referência ao método é útil para diferenciar as ciências naturais das ciências espirituais. Entretanto, para o Direito penal baseado em pressupostos neokantianos, há necessidade de se recorrer ainda aos valores, como ao longo do texto resta demonstrado.

<sup>60</sup> GUARAGNI, Fábio André. Obra citada, p. 93.

<sup>61</sup> PRADO, Luiz Régis. Obra citada, p. 100-101.

<sup>62</sup> PRADO, Luiz Régis. Obra citada, p.101.

<sup>63</sup> PRADO, Luiz Régis. Obra citada, p.101.

<sup>64</sup> PRADO, Luiz Régis. Obra citada, p.101.

<sup>65</sup> GUARAGNI, Fábio André. Obra citada, p. 95.

<sup>66</sup> PRADO, Luiz Régis. Obra citada, p.101.

método formal ordenador tem um valor absoluto e incondicionado”<sup>67</sup>.

E, as noções jurídicas, portanto, seriam decorrentes de um método, em si mesmo, com validade absoluta e incondicionada, desenvolvido por meio da razão pura, sem qualquer remissão à experiência sensorial. E, em última medida, a idéia de justiça dessas noções jurídicas ou proposições jurídicas seria decorrente de um fiel cumprimento do método estabelecido aprioristicamente.

Toda essa forma de se desenvolver o conhecimento das ciências do espírito decorreu da própria teoria do conhecimento de Kant.

A forma como Kant responde os problemas colocados à teoria do conhecimento pelas correntes racionalista e empirista ficou conhecida como uma espécie de revolução copernicana. Copérnico já havia demonstrado que o universo é finito e, por isso mesmo, a Terra não poderia ser o centro do cosmo e o Sol não é um planeta, mas uma estrela, sendo a Terra que gira ao seu redor, e não o contrário, como acreditavam os antigos e medievais. Para Kant, racionalistas e empiristas estavam buscando um ‘centro’ falso e inexistente, quando afirmavam ser a realidade racional em si mesma e, assim, inteligível. Dessa maneira, *‘colocaram a realidade exterior ou os objetos do conhecimento no centro e fizeram então a razão, ou o sujeito do conhecimento girar em torno deles’* (CHAUÍ, 1994:77). É aí que surge a revolução proposta por Kant, quando este afirma que é o sujeito de conhecimento – razão crítica – que deve ser o centro do conhecimento e não o contrário (...).<sup>68</sup>

A produção do conhecimento é resultado da relação do sujeito cognoscente e do objeto cognoscível, devendo prevalecer a razão (sujeito cognoscente) sobre a realidade, já que é aquela que escolhe o objeto para a sua cognição<sup>69</sup>.

De tudo isso e em oposição ao positivismo, os neokantianos desenvolvem seus argumentos afirmando que o Direito e, principalmente o Direito Penal, não pode ser compreendido sob a teoria da causalidade, pois não integra o mundo das ciências naturais, e sim o mundo teleológico, o da finalidade, com uma lógica e métodos próprios<sup>70</sup>.

É a possibilidade de escolha, própria de toda finalidade, o critério que separa o querer da percepção. Esta última ordena os fenômenos segundo a forma de pensamento na relação de causa e efeito, aquela disciplina a relação de meio e fim. Fim é um objeto a ser produzido, realizado, e o meio é o instrumento, a causa para consegui-lo. A direção, o tipo, de acordo com o qual se ordena a consciência quando propõe fins e escolhe meios, recebe o nome de *querer*. Advirta-se que esse querer não tem significação psicológica alguma, não designa nenhum processo psíquico de vontade. É somente um método de ordenação impessoal (não psíquico) de dados de consciência: uma estrutura, uma ordenação lógica, independentemente de qualquer ato volitivo real. Mas a ciência jurídica finalista não vai além do conceito condicionado na matéria que se apresenta historicamente como Direito positivo. Este último, como produto intelectual, método de ordenação dos pensamentos, consta de dois elementos: as particularidades concretas com conteúdo limitado e o

<sup>67</sup> PRADO, Luiz Régis. Obra citada, p.101.

<sup>68</sup> CUNHA, José Ricardo Ferreira. Modernidade e ciência: algumas posições epistemológicas. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, Pontifícia Universidade Católica, Departamento de Direito, v. 9, n. 16, p. 88-123, jan./jul. 2000, p. 114.

<sup>69</sup> CUNHA, José Ricardo Ferreira. Obra citada, p. 115.

<sup>70</sup> PRADO, Luiz Régis. Obra citada, p. 102.

conceito de Direito como modo formal do querer. O conceito de Direito constitui a forma do querer e as especialidades concretas do conteúdo integram sua matéria. Aqui não há criação e sim fiel reprodução, livre de elementos abstratos ou ideais.<sup>71</sup>

Além de demonstrar a necessidade de um método próprio para explicar os conceitos jurídico-penais, a dogmática jurídico-penal, assentada em pressupostos neokantianos, revelou a incapacidade da doutrina positivista em explicar elementos centrais da teoria do delito, sem recorrer a elementos valorativos<sup>72</sup>.

Windelband e, sobretudo, Rickert desenvolveram uma fundamentação neokantiana das ciências do espírito ou culturais como dotadas de um método distinto ao das ciências naturais e ao das formais, método que distingue as ciências culturais por exigir referência a valores (...)<sup>73 74</sup>.

E é assim que os neokantianos pretenderam compreender os conceitos jurídico-penais sob aspectos valorativos sem renunciar à pretensão de cientificidade<sup>75</sup>. O Direito Penal possuiria um método de estudo próprio, concebido aprioristicamente, e destinado a realizar determinados valores.

Para Escola de Baden, de matiz cultural, o peculiar da ciência do Direito é sua referência a valores que têm certos fins (aspecto teleológico). O Direito é uma realidade cultural (como um fator real da cultura), isto é, referida a valores. Só pode ser definido como o 'conjunto de dados da experiência que têm o 'sentido' de pretenderem realizar a *idéia de direito*.

O Direito resultaria, portanto, da referência do mundo real ao mundo dos valores, ambos com naturezas diversas<sup>76</sup>. “O valor, diz Rickert, não *é*, mas *vale*. A realidade é consistente.”<sup>77</sup> E a idéia de valores vincula o Direito a fatores culturais, representativos de algo socialmente construído.

Lask e, sobretudo, Radbruch desenvolveram os argumentos de Rickert. Radbruch conceituou o Direito como a “realidade que possui o sentido de estar a serviço do valor jurídico, da Idéia de direito” que representaria, em verdade, a idéia de justiça<sup>78</sup>. O Direito é o meio para se atingir a justiça e também “instrumento de realização da segurança e certeza jurídica.”<sup>79</sup>

<sup>71</sup> PRADO, Luiz Régis. Obra citada, p. 102.

<sup>72</sup> MIR PUIG, Santiago. Obra citada, p. 18:5.

<sup>73</sup> MIR PUIG, Santiago, Obra citada, p. 18:5.

<sup>74</sup> Tradução livre: “Windelband y, sobre todo, Rickert desarrollaron una fundamentación neokantiana de las ciencias del espíritu o culturales como dotadas de un método distinto al de las ciencias naturales y al de las formales, método que distingue a las ciencias culturales por exigir referencia a valores.”

<sup>75</sup> MIR PUIG, Santiago. Obra citada, p. 18:5.

<sup>76</sup> PRADO, Luiz Régis. Obra citada, p. 103.

<sup>77</sup> PRADO, Luiz Régis. Obra citada, p. 103.

<sup>78</sup> RADBRUCH *apud* PRADO, Luiz Régis. Obra citada, p. 105.

<sup>79</sup> PRADO, Luiz Régis. Obra citada, p. 104.

A Filosofia do Direito versa sobre o Direito que deve ser; ‘não do Direito *positivo*, mas do Direito *justo*; não do Direito, mas do *valor*, do sentido e do *fim* do Direito; em uma palavra, da *Justiça*’. As principais características desse pensamento são: relativismo dos juízos de valor, racionalismo – a razão pura como meio do conhecer – e, teoria das antinomias.<sup>80</sup>

A metodologia própria do Direito e que faz compreender o dualismo metodológico a diferenciar as ciências naturais e as ciências espirituais, pautado na idéia do *ser* e o *dever-ser*<sup>81</sup>, é retomada como instrumento a auxiliar a compreensão do Direito. E, assim,

(...), os preceitos do dever-ser [que qualificam o Direito], os juízos de valor, as valorações, não podem fundar-se *indutivamente* sobre verificações do existente, mas só *dedutivamente* sobre outros preceitos [método kantiano] outros juízos de valor, outras valorações de idêntica natureza.<sup>82</sup>

A metodologia valorativa seria, portanto, referida a outros juízos de valor da mesma natureza que, entretanto, seriam superiores. E esses juízos de valor pautariam, de uma forma lógica, proposições acerca do ser.

Assim, a compreensão de Direito, sobretudo Penal, para os neokantianos, não se restringe à metodologia de construção do conhecimento tal qual desenvolvida por Kant, mas remete essa compreensão a aspectos culturais, valorativos, que os autores neokantianos entendem ser indispensáveis à compreensão do Direito.

Sob um ponto de vista pragmático, a modificação dos pressupostos perpetrada pelo neokantismo se dá por dois instrumentos: com o processamento de elementos normativos do tipo e com a teoria de elementos subjetivos do injusto<sup>83</sup>.

Na concepção de Beling, o tipo era objetivo e neutro, portanto objeto sensível sob aspecto causal. No neokantismo, o injusto é produto de uma criação normativa, sem referência real, como resultado de juízos de valor, tendo em vista o objetivo do legislador, que tanto pode ser a proteção de bens jurídicos quando de qualquer outra situação estatal de conveniência.<sup>84</sup>

No neokantismo, a proteção jurídica promovida pelas normas penais acaba sendo um resultado teleológico, pois a busca do legislador volta-se para a manutenção de determinado *status*<sup>85</sup> ou para determinada finalidade; o injusto passa a ser visto desde uma perspectiva de dano social<sup>86</sup>, eis que sua construção é referida a um valor construído coletivamente (cultural).

---

<sup>80</sup> PRADO, Luiz Régis. Obra citada, p. 104.

<sup>81</sup> PRADO, Luiz Régis. Obra citada, p. 105.

<sup>82</sup> RADBRUCH *apud* PRADO, Luiz Régis. Obra citada, p. 105.

<sup>83</sup> TAVARES, Juarez. Obra citada, p. 134.

<sup>84</sup> TAVARES, Juarez. Obra citada, p. 135.

<sup>85</sup> TAVARES, Juarez. Obra citada, p. 136.

<sup>86</sup> BACIGALUPO, Silvina. Obra citada, p. 104.

A transformação mais relevante promovida pelo neokantismo reside na relação tipo-antijuridicidade<sup>87</sup>.

O tipo não é mais o elemento identificador da antijuridicidade (*ratio cognoscendi*), mas seu fundamento (*ratio essendi*). Isto quer dizer que o injusto possui elementos próprios e, ao contrário dos demais ramos do direito, tem uma forma especial de aparecimento, ou seja, através da realização de uma conduta prevista na lei como crime. Esta compreensão conjunta da tipicidade e da antijuridicidade não possui efeitos em si malévolos, mas proporciona e dá base para que nela se inicie uma subjetivação do injusto, que já se havia feito com elementos subjetivos de justificação.<sup>88</sup>

Nesse sentido, a ação não é apenas um movimento físico, mas uma conduta relevante ao Direito em função de seu significado social e que pode depender da intenção do agente; a antijuridicidade passa a ser dotada de um juízo de desvalor, que independe de aspectos puramente causais<sup>89</sup>.

#### 4 Finalismo

O autor central da dogmática jurídico-penal finalista foi Welzel, que parte, inicialmente, de uma visão fenomenológica e, posteriormente, ontológica para desenvolver seu pensamento<sup>90</sup>.

O principal questionamento de Welzel aos neokantianos foi a centralidade destes em argumentos metodológicos subjetivistas, cujo caráter valorativo de um fato seria buscado pelos homens<sup>91</sup>. Em realidade, Welzel não nega a dimensão valorativa de cada fato, mas entende que o seu significado procede do próprio fato<sup>92</sup> e não da interpretação que lhe é atribuída subjetivamente. Ou seja, a dimensão valorativa no Direito Penal seria algo inerente ao próprio fato – próprio do ser – e não decorrente da interpretação de determinado fato que seria realizada pelos homens.

Esse limite postulado pelo finalismo teve desenvolvimento na Alemanha em uma situação histórica peculiar. No pós-guerra, quando se desenvolveu o finalismo, buscava-se limitar o poder estatal, com o fim de impedir a repetição de excessos praticados pelo nazismo<sup>93</sup>. À medida que se conseguia uma interpretação dos fatos ou da ação lastreada em

<sup>87</sup> TAVARES, Juarez. Obra citada, p. 136.

<sup>88</sup> TAVARES, Juarez. Obra citada, p. 137.

<sup>89</sup> MIR PUIG, Santiago. Obra citada, p. 18:5.

<sup>90</sup> BACIGALUPO, Silvina. Obra citada, p. 105.

<sup>91</sup> MIR PUIG, Santiago. Obra citada, p. 18:5.

<sup>92</sup> MIR PUIG, Santiago. Obra citada, p. 18:6.

<sup>93</sup> MIR PUIG, Santiago. Obra citada, p. 18:6.

pressupostos ontológicos, de certa forma, evitava-se o subjetivismo neokantiano<sup>94</sup>.

Para tanto, o pensamento de Welzel é levado a cabo a partir de outros ramos do conhecimento científico<sup>95</sup>, já que foi desenvolvido sobre a base de argumentos que seriam próprios do ser.

Welzel pretende mostrar que os objetos sobre os quais o Direito se constrói são os mesmos, diante do que os conceitos então formulados não deveriam ser diferentes<sup>96</sup>. O elemento a ser considerado é o fato de que o mesmo objeto não se apresenta, em sua totalidade, para todas as ciências; ao contrário, a realidade demonstra que as diversas ciências estudam somente parte de um mesmo objeto, o que levaria à conclusão da existência de somente uma verdade<sup>97</sup>. Os objetos estudados pelo Direito Penal são os mesmos estudados por outras ciências, mas vista sob uma perspectiva diferente, diante do que as respostas colhidas por outras ciências na compreensão desses mesmos objetos devem também ser consideradas pelo Direito Penal<sup>98</sup>.

Sob essa perspectiva, o conhecimento de determinado objeto é, em princípio, amorfo, e não o objeto em si mesmo, pois este já possui um conceito e significados que lhe são próprios, porém, desconhecidos da ciência que o pretende estudar pela primeira vez<sup>99</sup>.

Quanto à teoria penal da causalidade, para Welzel, o erro cometido por ela foi se orientar por um conceito de causalidade que é próprio das ciências exatas (naturais), cuja única explicação para um sucesso real se baseava na cadeia de causalidade<sup>100</sup>. Tal pressuposto dogmático era alheio a conceitos próprios do Direito Penal. “Sem dúvida, Welzel sustenta que já não se pode afirmar que essa [o pressuposto da cadeia de causalidade] seja a única explicação do desenvolvimento de um sucesso.”<sup>101 102</sup>

E nesse sentido é que ele expressa que a formação de conceitos jurídicos de objetos submetidos a alguma forma de valorização tem dois momentos distintos: um primeiro

---

<sup>94</sup> Mir Puig (2005, p. 18:7) faz uma interessante crítica a essa pretensão limitadora do ontologismo de Welzel ao afirmar que a sua teoria do delito decorrente da ação final (como base do injusto) e o poder de atuar de outro modo (como base para a culpabilidade) tem uma capacidade de limitar o legislador um tanto quanto reduzida, pois não dizem a que ações finais culpáveis poderão ou não impor um castigo e tampouco qual o critério a orientar a classe e a quantidade de pena a ser aplicada em cada caso.

<sup>95</sup> BACIGALUPO, Silvina. Obra citada, p. 106.

<sup>96</sup> BACIGALUPO, Silvina. Obra citada, p. 106.

<sup>97</sup> BACIGALUPO, Silvina. Obra citada, p. 106.

<sup>98</sup> BACIGALUPO, Silvina. Obra citada, p. 106.

<sup>99</sup> BACIGALUPO, Silvina. Obra citada, p. 106.

<sup>100</sup> BACIGALUPO, Silvina. Obra citada, p. 107.

<sup>101</sup> BACIGALUPO, Silvina. Obra citada, p. 107.

<sup>102</sup> Tradução livre: “Sin embargo, Welzel sostiene que ya no puede afirmar que esa sea la única explicación del desarrollo de un suceso.”

momento ontológico e um segundo, normativo<sup>103</sup>.

(...) o ordenamento jurídico determina que fenômenos ontológicos quer valorar e conectar com uma determinada consequência jurídica, mas o que o ordenamento jurídico não pode fazer é modificar os fenômenos quando leva a cabo referida tipificação de uma conduta no Código penal. Os tipos penais somente podem refletir um material ontologicamente predeterminado, mas não podem é modificar sua estrutura ontológica. Daí deduz Welzel para a metodologia da ciência do Direito penal que, certo que sempre se deverá tomar como ponto de partida o tipo penal, para compreender o conteúdo e realizar uma correta valoração da determinação do conceito jurídico se deverá ter presente a estrutura ontológica.<sup>104 105</sup>

Assim, a (re)formulação de conceitos jurídico-penais a partir da busca de valores providos por outros ramos do conhecimento, bem como do próprio Direito Penal, acabou por levar Welzel à reestruturação do conceito de ação com fundamento em pressupostos ontológicos<sup>106</sup>.

Uma vez que cabe ao Direito Penal regular, exclusivamente, ações humanas, a nova compreensão de que se tem sobre homem proporcionará também seu conceito no Direito Penal<sup>107</sup> e o desenvolvimento da doutrina de Welzel. O ponto inicial, então, começa “(...) a partir de uma antropologia filosófica como base para a compreensão da composição espiritual do homem e, em última instância, para compreender a relação existente entre a personalidade e a culpabilidade”<sup>108 109</sup>. Sendo assim, inevitavelmente os resultados obtidos por outras ciências quanto à compreensão do homem são necessários ao desenvolvimento da dogmática penal finalista<sup>110</sup>.

A questão central do Direito Penal passaria por reconhecer se o homem possuiu uma posição especial no mundo diante dos animais, pois destes não se exige responsabilidade sob a perspectiva penal<sup>111</sup>. Scheler e Gehlen dão as bases filosóficas para o desenvolvimento desta questão<sup>112</sup>.

<sup>103</sup> BACIGALUPO, Silvina. Obra citada, p. 107.

<sup>104</sup> BACIGALUPO, Silvina. Obra citada, p. 107.

<sup>105</sup> Tradução livre: “(...) el ordenamiento jurídico determina qué fenómenos ontológicos quiere valorar y conectar con una determinada consecuencia jurídica, pero lo que el ordenamiento jurídico no puede hacer es cambiar los fenómenos cuando lleva a cabo dicha tipificación de una conducta en el Código penal. Los tipos penales sólo pueden reflejar un material ontológicamente predeterminado, pero lo que no pueden es modificar esa estructura ontológica. De ahí deduce Welzel para la metodología de la ciencia del Derecho penal que, si bien siempre deberá tomar como punto de partida el tipo penal, para poder comprender contenido y realizar una correcta valoración de la determinación del concepto jurídico se deberá tener presente la estructura ontológica.”

<sup>106</sup> BACIGALUPO, Silvina. Obra citada, p. 108.

<sup>107</sup> BACIGALUPO, Silvina. Obra citada, p. 108.

<sup>108</sup> BACIGALUPO, Silvina. Obra citada, p. 108.

<sup>109</sup> Tradução livre: “(...) a partir de una antropología filosófica como base para la comprensión de la composición espiritual del mismo y, en última instancia, para comprender la relación existente entre la personalidad y la culpabilidad.

<sup>110</sup> BACIGALUPO, Silvina. Obra citada, p. 108.

<sup>111</sup> BACIGALUPO, Silvina. Obra citada, p. 108.

<sup>112</sup> BACIGALUPO, Silvina. Obra citada, p. 109.

Scheler sustenta ser o homem um ser livre em relação a seu entorno, quando comparado aos animais, já que a sua constituição não se encontra submetida ao meio ou ao seu instinto, além, ainda do fato de ela estar desligada existencialmente<sup>113</sup>. Gehlen, a partir dessa idéia, estabelece uma relação entre a posição de dependência dos animais a seus instintos e ao seu meio, diante da liberdade do homem em relação a esse meio<sup>114</sup>. Gehlen relaciona essa independência/liberdade do homem à falta de especialidade diante de um meio:

o homem carece de sentidos e de instintos naturais suficientes e, precisamente por isso, tem – em comparação com os animais – uma necessidade de dependência durante sua infância consideravelmente mais ampla que os animais. A falta de <preparação> para responder a um determinado meio faz com que o homem somente possa existir por sua indeterminação frente ao mesmo. Portanto, o homem é um ser atuante, quer dizer, que somente pode superar a falta de preparação frente ao meio através de uma atividade planejada, dirigida a um fim e baseada na experiência.<sup>115 116</sup>

Eis, então, a capacidade do homem em conduzir suas ações a um fim, o que o diferenciaria dos animais<sup>117</sup>.

A partir dessa interpretação de homem, são construídos os conceitos de ação e culpabilidade, já que foram introduzidos elementos psicológicos e sociológicos na dogmática penal<sup>118</sup>.

A Welzel interessa também, dessa forma, o significado da ação, mas este não é o significado que nós, homens, a atribuímos, senão aquele que pertence à própria natureza da ação, no sentido que se constitui sua estrutura lógico-objetiva<sup>119</sup>.

Admitia [Welzel] que uma mesma coisa possa ser contemplada em mais de um de seus aspectos possíveis: por exemplo, o homem pode ser estudado em sua natureza biológica, coisa que faz a medicina, e também pode ser estudado em sua natureza racional, coisa que faz a psicologia, mas se isto é possível é porque o homem tem em si mesmo ambos os aspectos. Do mesmo modo, a ação humana pode considerar-se desde o ponto de vista causal-naturalístico, que é o que fazemos quando nos importam os movimentos musculares, mas há de ser tomado em sua dimensão de

<sup>113</sup> BACIGALUPO, Silvina. Obra citada, p. 109.

<sup>114</sup> BACIGALUPO, Silvina. Obra citada, p. 109.

<sup>115</sup> BACIGALUPO, Silvina. Obra citada, p. 109.

<sup>116</sup> Tradução livre: “(...) el hombre carece de sentidos y de instintos naturales suficientes y, precisamente por ello, tiene – en comparación con los animales – una necesidad de dependencia durante su niñez consideravelmente más larga que los animales. La falta de <preparación> para responder a un determinado entorno hace que el hombre sólo pueda existir por su indeterminación frente al mismo. Por lo tanto, el hombre es un ser actuante, es decir, que sólo puede superar la falta de preparación frente al entorno por medio de una actividad planeada, dirigida hacia a un fin y basada en la experiencia.”

<sup>117</sup> BACIGALUPO, Silvina. Obra citada, p. 109.

<sup>118</sup> BACIGALUPO, Silvina. Obra citada, p. 109.

<sup>119</sup> MIR PUIG, Santiago. Obra citada, p. 18:6.

finalidade quando tratamos de descobrir seu específico significado humano, porque este não depende de nós, senão de referida finalidade.<sup>120 121</sup>,

Isso pode ser afirmado porque o homem é um ser atuante.

Por tudo isso, ao Direito Penal cumpre um papel de determinar quais são as ações delitivas, o que se dá através da proteção de valores essenciais à vida social, bem como prevenir que ações futuras voltem a romper com o ordenamento jurídico, garantindo, pois, uma segurança e constância de valores ético-sociais, estes protegidos por sua normatização<sup>122</sup>.

A dogmática jurídico-penal finalista deixa de priorizar o resultado e dá maior atenção aos aspectos direcionais e subjetivos da conduta<sup>123</sup> que são determinados ontologicamente.

## 5 Funcionalismo

É interessante observar que os pressupostos de uma dogmática jurídico-penal funcionalista desenvolvem-se justamente em razão da limitação da teoria finalista, o que, mais uma vez, leva-nos ao entendimento de que dogmática não se confunde com dogmatismo.

Tanto as correntes hermenêuticas quanto analíticas abandonaram a proposta de captar e explicar “essências”, o que seria próprio da ontologia<sup>124</sup>. E, afastando as bases desse ontologismo, o funcionalismo volta-se para imprescindibilidade da mediação lingüística na construção de conceitos sociais. Se, para o finalismo, era fundamental a compreensão ontológica de determinados conceitos, para o funcionalismo se torna determinante a mediação lingüística para a estruturação do Direito Penal.

(...) nossa aproximação com o mundo está fundamentalmente mediada pela linguagem que utilizamos para nos referirmos a ele. As palavras não são puros reflexos necessários das coisas, senão nosso modo de ver as coisas. Ao dar nome a uma coisa elegemos qual parte da realidade caberá dentro desse nome. Nem se pretenda que a realidade física decide antes da linguagem onde começa uma coisa e onde começa outra: a natureza não está dividida nas coisas que nós distinguimos mediante palavras. E o alcance e sentido das palavras não nos vêm imposto, mas surge por acordo entre os interlocutores: é convencional. E no mundo da cultura, o

<sup>120</sup> MIR PUIG, Santiago. Obra citada, p. 18:6.

<sup>121</sup> Tradução livre: “Admitía que una misma cosa pueda ser contemplada en más de uno de sus aspectos posibles: por ejemplo, el hombre puede ser estudiado en su naturaleza biológica, cosa que hace la medicina, y también en su naturaleza racional, cosa que hace la psicología, pero si ello es posible es porque el hombre tiene en sí mismo ambos aspectos. Del mismo modo, la acción humana puede considerarse desde el punto de vista causal-naturalístico, que es lo que hacemos cuando nos importan los movimientos musculares, pero ha de tomarse en su dimensión de finalidad cuando tratamos de descubrir su específico significado humano, porque éste no depende de nosotros, sino de dicha finalidad.”

<sup>122</sup> BACIGALUPO, Silvina. Obra citada, p. 110-111.

<sup>123</sup> TAVARES, Juarez. Obra citada, p. 137.

<sup>124</sup> MIR PUIG, Santiago. Obra citada, p. 18:7.

que construímos os seres humanos, todavia é maior a liberdade criadora das palavras, porque os elementos culturais são criações coletivas consensuais mediante palavras – por certo, a linguagem é, por sua vez, a criação cultural básica, paradigma de todas as demais.<sup>125 126</sup>

A dogmática jurídico-penal, enquanto construção social, não pode se basear em uma perspectiva ontológica ou naturalística, já que os próprios conceitos jurídicos tratam de construções humanas, referidas a valores<sup>127</sup> ou, como também se pretende, ao normativo<sup>128</sup>. E a idéia de um “normativismo” no Direito Penal em Mir Puig diz respeito à fundamentação político-criminal que permite ao legislador liberdade de escolha, quando da proteção de bens jurídicos ou das penas a serem impostas aos delitos tipificados. Assim, ao optar por tipificar determinada conduta ou proteger por meio do Direito Penal certo bem jurídico, nada mais faz o legislador do que normatizar um fato dentre outras opções que lhes são dadas, diante do que não há que se fazer, portanto, qualquer referência aos aspectos ontológicos do fato normatizado para interpretá-lo. O Direito Penal representaria uma opção legislativa, portanto, construção humana, voltada para o cumprimento de determinados fins. A construção e a interpretação a serem dadas, então, ao Direito Penal, seriam feitas e justificadas socialmente.

Em uma perspectiva funcionalista, não se pode negar que ao Direito Penal seja irrelevante uma base empírica para que os seus aspectos normativos possam influir adequadamente na realidade<sup>129</sup>; vale dizer, ainda que o Direito Penal seja constituído socialmente e implique a representação de fatos abstratos, não significa que possa formar-se sem uma base pragmática. É justamente a base empírica que apresenta elementos à criação da norma jurídica.

Luiz Régis Prado<sup>130</sup> e também Santiago Mir Puig<sup>131</sup> situam o funcionalismo dentro de um conceito maior, que seria o normativismo, justamente pela idéia de normatização de fatos jurídicos. Dentro desse normativismo, haveria dois movimentos distintos, mas construídos

<sup>125</sup> MIR PUIG, Santiago. Obra citada, p. 18:7.

<sup>126</sup> Tradução livre: “(...) aproximación al mundo está fundamentalmente mediada por el lenguaje que utilizamos para referirnos a él. Las palabras no son puros reflejos necesarios de las cosas, sino nuestro modo de ver las cosas. Al dar nombre a una cosa elegimos qué parte de la realidad cabrá dentro de ese nombre. Ni siquiera la realidad física decide antes del lenguaje dónde empieza una cosa y dónde comienza otra: la naturaleza no está dividida en las cosas que nosotros distinguimos mediante palabras. Y el alcance y sentido de las palabras no nos viene impuesto, sino que surge por el acuerdo de los hablantes: es convencional. En el mundo de la cultura, el que hemos construido los seres humanos, todavía es mayor la libertad creadora de las palabras, porque los elementos culturales son creaciones colectivas consensuadas mediante palabras – por cierto, el lenguaje es a su vez la creación cultural básica, paradigma de todas las demás.”

<sup>127</sup> A referência a valores surge quando eles são incorporados à norma jurídica por meio de uma decisão, em última medida, política.

<sup>128</sup> MIR PUIG, Santiago. Obra citada, p. 18:7.

<sup>129</sup> MIR PUIG, Santiago. Obra citada, p. 18:8.

<sup>130</sup> PRADO, Luiz Régis. Obra citada, p. 111.

<sup>131</sup> MIR PUIG, Santiago. Obra citada, p. 18:6.

sobre argumentos funcionalistas. O primeiro pretende

permeiar o sistema jurídico-penal de aspectos teleológicos e axiológicos (normativismo funcional *teleológico*); o outro, de matiz radical, que procura a renormatização total do sistema penal, em bases sistêmicas (normativismo funcional *sistêmico*). A distinção entre ambos está no ponto de partida da renormatização do sistema e suas categorias e no grau de absolutização do fator metodológico funcionalista. Mas a diferença principal reside nas referências funcionais em razão das quais se assinalam conteúdos aos conceitos. Ademais, o primeiro se preocupa com os fins do Direito Penal, e não só com os fins da pena, como o segundo.<sup>132</sup>

O normativismo teleológico-funcional, em grande parte desenvolvido por Claus Roxin, possui uma preocupação de ordem prática, que é salvar o sistema por meio de capacidade para solucionar problemas<sup>133</sup>. De uma maneira objetiva, a intervenção do Direito Penal seria necessária, de acordo com a realidade social, à solução de problemas que afetam a sociedade estruturalmente.

Define-se o sistema penal com base em critérios teleológicos ou finalísticos decorrentes de decisões político-criminais. Em outras palavras, assinala-se à dogmática uma função político-criminal (sistema penal *teleologicamente orientado*).<sup>134</sup>

É certo que esse argumento retoma aspectos de uma dogmática neokantiana voltada para valores, entretanto, dela se distingue em função de uma sistematização jurídico-penal, representada pelas bases político-criminais da teoria dos fins da pena<sup>135</sup>. O sistema penal é construído atendendo a finalidades valorativas que convergem diretamente como mecanismo a configurar o sistema; a justiça é atendida à medida que se atenda aos fins da lei<sup>136</sup>. Toda a construção do sistema penal somente pode ocorrer com base em orientações políticas.

Dentro dessa perspectiva, atribuem-se funções político-criminais a cada categoria do delito: atribui-se à ação uma função limitativa; preventivo-geral e garantista ao tipo; solução de conflitos sociais e de unidade da ordem jurídica à ilicitude e realizadora da político-criminal da finalidade da pena à culpabilidade. A ação é valorada no tipo de acordo com a necessidade abstrata de pena, cujo fim é preventivo geral. No tipo de injusto 'se encaminha a ação típica concreta, com todos os elementos reais da respectiva situação. (...). No aspecto político criminal, o juízo de injusto se caracteriza por três funções: soluciona colisões de interesses de forma relevante para a punibilidade de um ou vários intervenientes (...); serve de pondo de enlace para as medidas de segurança e outras conseqüências jurídicas (...); e entrelaça o Direito Penal com todo o ordenamento jurídico e integra suas valorações decisivas'. Por último, 'na categoria delitiva da 'responsabilidade' (...), trata-se de saber se o agente individual merece uma pena pelo injusto praticado. O pressuposto mais importante da responsabilidade é, como sabido, a culpabilidade do agente (...). Mas esta não é

---

<sup>132</sup> PRADO, Luiz Régis. Obra citada, p. 111-112.

<sup>133</sup> PRADO, Luiz Régis. Obra citada, p. 112.

<sup>134</sup> PRADO, Luiz Régis. Obra citada, p. 112.

<sup>135</sup> PRADO, Luiz Régis. Obra citada, p. 112.

<sup>136</sup> PRADO, Luiz Régis. Obra citada, p. 112-113.

único pressuposto, deve-se acrescentar ademais uma necessidade preventiva de punição.<sup>137</sup>

O neokantismo se estrutura, por certo, em valores. Mas inexistente um valor “hierarquicamente superior”<sup>138</sup> a orientar suas proposições jurídicas, o que permitiria uma grande liberdade de criação e interpretação das normas. Por outro lado, o funcionalismo adota um valor, “ou uma finalidade, como norte para a construção de todos os conceitos e níveis analíticos em Direito Penal. Os conceitos, assim, passam a estar vinculados uns aos outros pelo fato de voltarem-se à (sic) uma mesma finalidade.”<sup>139</sup> Essa finalidade, que supera o relativismo axiológico, é o fim de prevenção do Direito penal<sup>140</sup>.

Há, portanto, toda uma orientação teleológica e sistemática do Direito Penal, normativamente constituída em um mecanismo de referência a valores.

Já o funcionalismo sistêmico faz referência, no domínio das ciências sociais, ao sociólogo Niklas Luhmann, sendo a função do Direito Penal – conforme Jakobs – garantir a estabilidade do sistema social<sup>141</sup>.

Objetivada porém a pretensão de traçar a função do direito penal dentro do sistema social, parte Jakobs do fato de que a vigência segura e estável das normas é imprescindível para manter os contratos sociais, no âmbito de um sistema social. Esta frase exige toda uma série de pressupostos de entendimento.<sup>142</sup>

A argumentação de Luhmann é levada adiante por Günther Jakobs ao pretender atribuir ao Direito Penal uma função (1) estabilizadora, com argumentos que acabam por reconhecer grande relevância às noções de (2) auto-referência e circularidade, como um mecanismo de auto-reprodução do sistema, capaz de criar “sua própria estrutura e os elementos que a compõem”<sup>143</sup> e, ainda, em razão de uma (3) diferenciação entre os sistemas sociais – incluindo-se aqui o subsistema do Direito – e os sistemas psíquicos<sup>144</sup>. O subsistema do Direito Penal, com o fim de estabilizar a ordem social, criaria um conjunto de normas que, se violadas, justificariam a sua intervenção com o objetivo de ver atendido seu fim.

(1) Assim, inicialmente, ao sistema do Direito Penal seria atribuída a função de pacificação ou estabilização social. Como ensina Juarez Tavares:

<sup>137</sup> PRADO, Luiz Régis. Obra citada, p. 113-114.

<sup>138</sup> GUARAGNI, Fábio André. Obra citada, p. 242.

<sup>139</sup> GUARAGNI, Fábio André. Obra citada, p. 242.

<sup>140</sup> GUARAGNI, Fábio André. Obra citada, p. 242.

<sup>141</sup> Segundo Fábio André Guaragni (2005, p. 271) “em Luhmann, a identificação do sistema social dá-se mediante o procedimento de diferencia-lo do seu entorno ou ambiente. Diz Luhmann: ‘... sistema e entorno, enquanto constituem as duas partes de uma forma, podem sem dúvida existir separadamente, mas não podem existir, respectivamente, um sem o outro. A unidade da forma permanece pressuposta como diferença ...’”

<sup>142</sup> GUARAGNI, Fábio André. Obra citada, p. 273.

<sup>143</sup> PRADO, Luiz Régis. Obra citada, p. 114.

<sup>144</sup> GUARAGNI, Fábio André. Obra citada, p. 273.

(...) o papel funcional do direito relacionado ao futuro de suas comunicações explica a necessidade da simbolização de toda a ordem jurídica, cujas normas podem ser compreendidas como uma estrutura de expectativas simbolicamente generalizadas. Isto quer dizer que a simbolização desempenha a função estabilizadora do sistema.<sup>145</sup>

(2) No argumento da teoria sistêmica, haveria, ainda, no sistema do Direito Penal uma “auto-referência sistêmica [que] vem a ser o mecanismo gerador da ordem sistêmica (estrutura) e das unidades sistêmicas (elementos)”<sup>146</sup>.

Isso porque o sistema jurídico, enquanto subsistema social, caracteriza-se ainda pela presença de um código binário, de natureza normativa, representado pelo lícito/ilícito<sup>147</sup>. E é justamente esse código binário que permite ao subsistema do direito auto-reproduzir-se<sup>148</sup>.

O Direito é, então, um subsistema social autopoietico de comunicação, ou seja, um sistema comunicativo *normativamente* fechado. Sua particularidade como sistema social é ser *normativo*. O Direito, como regulador social, delimita o âmbito das expectativas normativas de conduta.<sup>149</sup>

Ao admitir a criação de um sistema normativo capaz de identificar lícito/ilícito e, o próprio Direito Penal imporia uma função estabilizadora, ao garantir o restabelecimento da norma não cumprida, conseqüentemente, ter-se-ia como conseqüência uma forma de auto-reafirmação ou auto-reprodução.

(3) Além disso, Jakobs entende que a criação e manutenção do sistema do Direito Penal não estariam atreladas a pressupostos psicológicos, mas sociais.

Explica-se! Os elementos constitutivos dos sistemas são comunicações e não os seres humanos, já que o que dá origem aos sistemas, em se tratando de ciências sociais, é o ato comunicativo que permite uma conduta padronizada<sup>150</sup>. Ao final, é essa conduta padronizada e construída, comunicativamente, capaz de gerar a estabilidade social.

Nesse sentido, foi Günther Jakobs quem primeiro desenvolveu os pressupostos sobre os quais se ergue a teoria funcionalista sistêmica. Ele inverte a ordem lógica, ao conceituar o delito e suas categorias desde os fins da pena, com uma função preventiva geral positiva<sup>151</sup>. A positividade aqui compreendida enquanto aspecto a restabelecer a norma positiva violada à

<sup>145</sup> TAVARES, Juarez. Obra citada, p. 72.

<sup>146</sup> PRADO, Luiz Régis. Obra citada, p. 115.

<sup>147</sup> PRADO, Luiz Régis. Obra citada, p. 115.

<sup>148</sup> PRADO, Luiz Régis. Obra citada, p. 115.

<sup>149</sup> PRADO, Luiz Régis. Obra citada, p. 115.

<sup>150</sup> PRADO, Luiz Régis. Obra citada, p. 115.

<sup>151</sup> PRADO, Luiz Régis. Obra citada, p. 116.

custa do responsável<sup>152</sup>.

É uma reação diante da infração à norma, pela qual são reafirmadas tanto a sua vigência como da ordem jurídica. Isso resulta da confiança adstrita às normas jurídicas e da *fidelidade* ao Direito. O delito é visto como indício de falta de fidelidade ao Direito (é o ato comunicativo que atenta contra essa fidelidade) que põe em perigo a vigência do sistema normativo, derivando daí a resposta penal, como reafirmação daquele.<sup>153</sup>

### Considerações finais

O surgimento e o conseqüente desenvolvimento de qualquer Ciência se estrutura sobre pressupostos que conformam o pensamento, e os conceitos, por exemplo, construídos sobre esses pressupostos precisam manter uma fidelidade científica, sob pena de não se conseguir, nem mesmo qualificar certa área do conhecimento como científica<sup>154</sup>.

Assim, na Ciência jurídica, cumpre à dogmática exercer esse papel de atribuir os marcos às diversas correntes que surgiram historicamente.

Dentro do Direito Penal, os pressupostos sobre os quais se assentaram positivistas, neokantianos, finalistas e funcionalistas condicionaram o pensamento científico em cada época.

As noções de certo e errado aplicadas aos conceitos penais criados e estruturados dentro de cada uma das escolas apresentadas somente têm valor quando fundamentadas nos pressupostos sobre os quais cada uma das escolas se desenvolve. Nesse sentido, não se pode pretender analisar o conceito de delito, construído pelos positivistas, à luz de “marcos” funcionalistas. A estruturação de uma doutrina segue “marcos” anteriores que são necessários ao desenvolvimento dessa doutrina.

Eventual limitação teórica surgida no desenvolvimento de uma doutrina pode ser superada com a reformulação dos pressupostos teóricos que a estruturam, com o fim de manter coerência argumentativa.

É interessante observar que as escolas penais apresentadas se situaram e se situam historicamente – isto é, sem perder de vista a realidade –, o que nos leva à conclusão da

<sup>152</sup> PRADO, Luiz Régis. Obra citada, p. 116.

<sup>153</sup> PRADO, Luiz Régis. Obra citada, p. 116.

<sup>154</sup> Nesse sentido, muito vale a lição de Günther Jakobs (2003, p. 5), no sentido de que “por ciência entendo o conjunto dos conhecimentos ordenados em função de princípios; para tanto, o princípio ordenador não deve ser entendido como aditamento externo do conhecimento, mas como esquema de interpretação dentro do qual os dados – que de outro modo estariam isolados – ordenam-se reciprocamente, adquirindo somente nesse momento o caráter de conhecimento.”

estruturação delas a partir de aspectos pragmáticos, de maneira que não se pode concluir por um conhecimento centrado exclusivamente em aspectos metafísicos.

Ainda que a construção dos pressupostos dogmáticos sobre os quais se estruturam o positivismo, o neokantismo, o finalismo e o funcionalismo possa referir-se a um conhecimento metafísico, esse conhecimento, em última medida, é formado para atender às necessidades de uma realidade social e facilitam, enormemente, a sua compreensão.

### **Referências**

ALEXY, Robert. Argumentação dogmática. In: ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Scild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p. 241-258.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre, n. 3, p. 37-44, 2005.

CUNHA, José Ricardo Ferreira. Modernidade e ciência: algumas posições epistemológicas. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, Pontifícia Universidade Católica, Departamento de Direito, v. 9, n. 16, p. 88-123, jan./jul. 2000.

BACIGALUPO, Silvina. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Barcelona: Bosch, 1998.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1988.

GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em Direito penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Série as ciências criminais no século XXI, v.12.

JAKOBS, Günther. **Ciência do Direito e ciência do direito penal**. Tradução Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. (Coleção estudos de direito penal: v.1.)

MIR PUIG, Santiago. Limites del normativismo em Derecho penal. **Revista Eletrónica de**

**Ciência Penal y Criminología**, n. 07-18, p. 18:1-18:24, 2005. Disponível em <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>> Acesso em 27 fev 2007.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito penal brasileiro**: v.1: Parte Geral, art. 1º a 120. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VICÉN, Felipe González. Sobre el neokantismo lógico-jurídico. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante, Espanha, n. 2, p. 27-54, 1985. Disponível em <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01474174522381695209079/index.htm>> Acesso em 19 jun 2007.

YACOBUCCI, Guillermo Jorge. As grandes transformações do direito penal tradicional. Tradução Lauren Paoletti Stefanini e revisão Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes. In: GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **As grandes transformações do direito penal tradicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Segunda parte, p. 27-141. Série as criminais no século XXI, v.13.