

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS**

RAQUEL LIMA SCALCON

**ILÍCITO E PENA:
MODELOS OPOSTOS DE FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO PENAL
CONTEMPORÂNEO**

Porto Alegre
2011

RAQUEL LIMA SCALCON

**ILÍCITO E PENA:
MODELOS OPOSTOS DE FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO PENAL
CONTEMPORÂNEO**

Dissertação de Mestrado apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (Mestrado e Doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Ciências Criminais.

Área de Concentração: Sistema Penal e Violência

Linha de Pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos

Orientador: Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila

Porto Alegre
2011

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S281i Scalcon, Raquel Lima
 Ilícito e pena: modelos opostos de fundamentação do
 direito penal contemporâneo / Raquel Lima Scalcon. – Porto
 Alegre, 2011.
 148 f.

Diss. (Mestrado) – Faculdade Direito, Pós - Graduação
em Ciências Criminais, PUCRS.

Orientador: Fabio Roberto D'Avila.

1. Direito Penal. 2. Ilícito Penal. 3. Política Criminal. 4.
Bem Jurídico. I. D'Avila, Fabio Roberto. II. Título.

CDD 341.5

Bibliotecária Responsável

Ginamara Lima Jacques Pinto
CRB 10/1204

RAQUEL LIMA SCALCON

**ILÍCITO E PENA:
MODELOS OPOSTOS DE FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO PENAL
CONTEMPORÂNEO**

Dissertação de Mestrado apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (Mestrado e Doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Ciências Criminais.

Aprovada pela Banca Examinadora em 19 de dezembro de 2011.

Banca Examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Fabio Roberto D’Avila
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Brasil

Examinador: Prof. Dr. Davi de Paiva Costa Tangerino
Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ – Brasil

Examinador: Prof. Dr. Luciano Feldens
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Brasil

“A vida de qualquer das estrelas que a gente podia contemplar num trecho da 80, ao viajar de Des Moines a Lincoln, costumava durar milhões de anos ou, no momento em que a contemplávamos, podia ter morrido milhões de anos antes, e o viajante que a contemplava nem sequer desconfiava disso. Podia se tratar de uma estrela viva ou podia se tratar de uma estrela morta. Às vezes, conforme a gente encarasse esse assunto, ele carecia de importância, pois as estrelas que a gente vê de noite vivem no reino da aparência. São aparência, da mesma maneira que os sonhos são aparência. De tal modo que o viajante (...) não sabe se o que contempla na imensa noite são estrelas, ou se, pelo contrário, são sonhos”.

RESUMO

A presente pesquisa centra-se na análise de modelos ou de tentativas teóricas de fundamentação do Direito Penal na Contemporaneidade que tenham por ponto de partida ou a noção de *ilícito (Unrecht) penal*, ou a noção de *pena criminal*. Nesse contexto, visa a investigar em qual destes núcleos de valor – o *ilícito* ou a *pena* – deve situar-se o seu fundamento. Para tanto, tem por hipótese que propostas teóricas de fundamentação do Direito Penal a partir do ilícito conferem-lhe um fundamento *retrospectivo*, ao passo que propostas teóricas de fundamentação do Direito Penal a partir da pena atribuem-lhe um fundamento *prospectivo*, ou seja, voltado ao futuro. Estas últimas seriam inconsistentes porque *consequencialistas* e, dessa forma, incompatíveis com o conceito de fundamento sustentado nesta investigação, necessariamente voltado ao passado ou ao presente. A fim de realizar os objetivos aos quais se propõe, o estudo é inaugurado com uma distinção entre os conceitos de *sentido, fundamento, função e estrutura* do Direito Penal. A seguir, elabora-se uma breve evolução histórica do seu fundamento nas diversas teorias do delito (causal, neoclássica e final), chegando-se às propostas Contemporâneas. Após, o trabalho volta-se ao exame analítico e crítico de duas específicas tentativas teóricas atuais de fundamentação do Direito Penal, uma que parte da *pena* (o funcionalismo teleológico-racional, de Claus Roxin) e outra que parte do *ilícito* (a concepção onto-antropológica, de José Francisco de Faria Costa). Durante tal percurso, adentra ainda no estudo dos seguintes problemas teóricos: consequencialismo, instrumentalização do conceito de crime, limites da relação entre Dogmática Penal e Política Criminal, diferenciação material da ilicitude penal frente às demais ilicitudes e conceituação das noções de bem jurídico penal e de ofensividade. Percorrido esse caminho, são apresentados, ao final, o fundamento e a função do Direito Penal *sugeridos* por esta investigação, concluindo-se que o seu *lugar de sentido* na Contemporaneidade deve residir na noção constitucionalmente vinculada de *ilícito (Unrecht) penal*; o seu fundamento, na de *ofensa* a bens jurídicos penalmente relevantes, e a sua função, na de *tutela* subsidiária de bens jurídicos penalmente relevantes.

Palavras-Chave:

Direito Penal – Sentido – Fundamento – Função – Funcionalismo Penal – Política Criminal – Concepção Onto-Antropológica – Bem Jurídico – Ofensividade

ABSTRACT

The aim of this paper is to analyze models of contemporary Criminal Law foundations which are based on the idea of *unlawful (Unrecht)* or the idea of *criminal sanction*. In this context, it aims at investigating in which core must reside its foundations. Moreover, the research hypothesizes that the theories issued from unlawful are granted a *retrospective* foundation, while the theories issued from criminal sanction are granted a *prospective* foundation. These last theories would be not consistent because *consequentialist* and, this way, incompatible with the concept of foundation scaffolded in this research, aimed at the past or the present. In order to develop this study, a distinction among the concepts of *meaning, foundation, function* and *structure* of Criminal Law is established. Subsequently, a brief historical evolution from its foundations in the diverse theories of the delict (causal, neoclassic and final) to actual proposals is elaborated. Then, the study examines two specific theories on Criminal Law foundation, one issued from *criminal sanction* (the Claus Roxin's functionalism) and another issued from *unlawful* (the onto-anthropological conception from José Francisco de Faria Costa). In this process, the following theoretical problems are faced: consequentialism, crime concept instrumentalization, boundaries between Criminal Law and Criminal Policies, qualitative distinction of criminal unlawfulness and other unlawfulnesses and definition of criminal legal interest and offensivity. Finally, this research proposes the foundation and the function of Criminal Law, concluding that its meaning must reside in the idea of criminal *unlawful (Unrecht)*; its foundation, in the *offense* of relevant criminal legal interests, and its function, in the subsidiary *protection* of relevant criminal legal interests.

Key Words:

Criminal Law – Meaning – Foundation – Function – Criminal Functionalism – Criminal Policies – Onto-Anthropological Conception – Legal Interest – Offensivity

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1 O PROBLEMA DO FUNDAMENTO DO DIREITO PENAL NA CONTEMPORANEIDADE	18
1.1 SENTIDO, FUNDAMENTO E FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: DISTINÇÕES PRELIMINARES	18
1.1.1 Fundamento e função	18
1.1.2 Estrutura e sentido	22
1.1.3 Sentido, fundamento, função e estrutura: cruzamentos necessários	24
1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO FUNDAMENTO DO DIREITO PENAL	24
1.2.1 Concepção clássica (causal) do delito	24
1.2.1.1 Proposta de fundamento filosófico: Positivismo Naturalista	24
1.2.1.2 Metodologia do Direito Penal	26
1.2.1.3 Elementos do crime e sua estruturação	27
1.2.1.4 Contributos reconhecidos e críticas opostas	30
1.2.2 Concepção neoclássica do delito	32
1.2.2.1 Proposta de fundamento filosófico: Neokantismo	32
1.2.2.2 Metodologia do Direito Penal	33
1.2.2.3 Elementos do crime e sua estruturação	35
1.2.2.4 Contributos reconhecidos e críticas opostas	37
1.2.3 Concepção finalista do delito	39
1.2.3.1 Proposta de fundamento filosófico: Fenomenologia	39
1.2.3.2 Metodologia do Direito Penal	40
1.2.3.3 Elementos do crime e sua estruturação	42
1.2.3.4 Contributos reconhecidos e críticas opostas	44
1.3 CONCEPÇÕES CONTEMPORÂNEAS DO DIREITO PENAL	46
1.3.1 O apontado esgotamento explicativo (ou a perda de <i>sentido</i>) das categorias “tradicionais” do Direito Penal na sociedade do risco	47
1.3.2 Fundamento de base ontológica (<i>ilícito</i>) ou funcionalista (<i>pena criminal</i>): duas possibilidades opostas de fundamentação do Direito Penal	51
2 TENTATIVA TEÓRICA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO PENAL A PARTIR DA PENA. A CONCEPÇÃO FUNCIONALISTA TELEOLÓGICA DE CLAUS ROXIN (NORMATIVISMO DUALISTA)	57
2.1 ANÁLISE DAS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS E ELABORAÇÕES DA TEORIA	57

2.1.1 A concepção clássica de Liszt acerca da “Ciência conjunta do Direito Penal” (<i>die gesamte Strafrechtswissenschaft</i>)	58
2.1.2 A proposta contemporânea de Roxin sobre a “Ciência conjunta do Direito Penal (<i>die gesamte Strafrechtswissenschaft</i>): uma nova relação entre Direito Penal Normativo e Política Criminal	60
2.1.3 O normativismo dualista de Roxin: normativização dos conceitos limitada pelas peculiaridades da matéria objeto de regulação	65
2.1.4 Alguns alcances concretos do método funcionalista teleológico de Roxin na atribuição de conteúdo aos elementos do crime	67
2.2 “FUNDAMENTO” DO DIREITO PENAL: PROTEÇÃO SUBSIDIÁRIA DE BENS JURÍDICOS POR MEIO DA PROMOÇÃO DOS FINS POLÍTICO-CRIMINAIS DA “MODERNA TEORIA DA PENA” (PREVENÇÃO GERAL-ESPECIAL)	70
2.3 DO ILÍCITO (<i>UNRECHT</i>) À PENA: CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS ACERCA DA FUNDAMENTAÇÃO FUNCIONALISTA DO CRIME	74
2.3.1 Da inversão metodológica: o “para quê” (<i>função</i>) no lugar do “porquê” (<i>fundamento</i>)	74
2.3.2 O problema do recurso à política criminal para fundamentar o sistema jurídico-penal: da indevida assunção de uma perspectiva consequencialista no Direito Penal	77
2.3.3 Da demasiada “hipertrofia” do conceito de Política Criminal em Claus Roxin ..	82
2.3.4 Da complexa – e ainda controversa – questão dos fins da penal criminal	84
2.3.5 Uma inconsistência concreta da aplicação do método: o conceito de <i>Responsabilidade</i>	91
3 TENTATIVA TEÓRICA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO PENAL A PARTIR DO ILÍCITO. A CONCEPÇÃO ONTO-ANTROPOLÓGICA DE JOSÉ FRANCISCO DE FARIA COSTA	95
3.1 ANÁLISE DAS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS E ELABORAÇÕES DA TEORIA	95
3.1.1 O Cuidado (<i>Sorge</i>): matriz ontológica do ser social	96
3.1.1.1 A noção de Cuidado em Heidegger: o <i>ser do estar-aí</i>	96
3.1.1.2 A noção de Cuidado em Faria Costa: estrutura necessariamente relacional	98
3.1.2 O ilícito penal material: <i>ruptura ou destruição de uma relação de cuidado-de-perigo</i>	100
3.2 FUNDAMENTO DO DIREITO PENAL: RELAÇÃO ONTO-ANTROPOLÓGICA DE CUIDADO-DE-PERIGO	104
3.3 DA PENA AO ILÍCITO (<i>UNRECHT</i>): DA NECESSÁRIA REVALORIZAÇÃO DO ILÍCITO COMO FUNDAMENTO DO DIREITO PENAL (OU DO RETORNO AO “PORQUÊ” EM LUGAR DO “PARA QUÊ”)	105
3.3.1 Da ilicitude penal: critérios para uma tentativa de diferenciação	107
3.3.1.1 Da conceituação de bem jurídico penalmente relevante	109
3.3.1.2 Da noção de ofensividade em Direito Penal	111
3.3.1.2.1 Proposta de definição estipulativa do conceito jurídico-penal de ofensa	112
3.3.1.2.2 Fundamento constitucional da ofensividade: direito de liberdade e postulado da proibição de excesso	115
3.3.1.2.3 Natureza normativa da ofensividade: regra <i>constitutiva</i> limitadora do conteúdo das norma produzidas pelo legislador	120
3.3.2 Dos juízos de “dignidade penal” (<i>Strafwürdigkeit</i>) e de “necessidade penal” (<i>Strafbedürfnis</i>): conceituação, aplicação e reformulação	125

3.4 (QUAL) O LUGAR DE SIGNIFICAÇÃO DO DIREITO PENAL NA CONTEMPORANEIDADE (?): TENTATIVA DE ATRIBUIÇÃO DE FUNDAMENTO E DE FUNÇÃO AO DIREITO PENAL <i>DESTE TEMPO</i>	132
CONSIDERAÇÕES FINAIS	135
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	138

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa centra-se na análise de modelos ou de tentativas teóricas de fundamentação do Direito Penal na Contemporaneidade. Eis o tema do trabalho. Sobre tal objeto propõem-se, ainda, outros dois importantes recortes: o primeiro visa a definir *quais* modelos de fundamentação serão estudados; o segundo, a especificar *sob qual* perspectiva proceder-se-á ao seu exame.

No que tange à primeira delimitação, as propostas analisadas resumir-se-ão àquelas que têm por ponto de partida ou a noção de *ilícito (Unrecht) penal*, ou a noção de *pena criminal*¹. Quanto à segunda, esclarece-se que tais teorias serão estudadas, primordialmente, sob o viés do *fundamento* que atribuem ao Direito Penal Contemporâneo, mas, paralelamente, também sob o ângulo do *sentido* e da *função* que lhe conferem.

Nesse contexto, o problema a que se visa investigar pode ser assim formulado: em qual destes núcleos de valor – o *ilícito* ou a *pena* – deve situar-se o fundamento do Direito Penal, isto é, o seu *lugar de sentido* na Contemporaneidade? Para tanto, tem-se por hipótese que propostas teóricas de fundamentação do Direito Penal a partir do ilícito conferem-lhe um fundamento *retrospectivo*, ao passo que propostas teóricas de fundamentação do Direito Penal a partir da pena atribuem-lhe um fundamento *prospectivo*, ou seja, voltado ao futuro. Estas últimas seriam inconsistentes porque *consequencialistas* e, dessa forma, incompatíveis com o conceito de fundamento sustentado nesta investigação, necessariamente voltado ao passado ou ao presente.

Isso esclarecido, passa-se à apresentação da justificativa da pesquisa. Defende-se que a sua importância decorre, em primeiro lugar, da necessária busca de um fundamento para o

¹ Esse recorte ampara-se em: LAMPE, Ernst Joaquim. Sobre la estructura ontológica del injusto punible. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 16, ano IV, p. 31-47, jan./mai. 2004, p. 31. Mesmo Liszt já reconhecia que “o crime e a pena são, pois, as duas ideias fundamentais do Direito Penal” (LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Traduzido por José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899, tomo I, p. 2).

Direito Penal Contemporâneo. É dizer: do encontro de um porquê ou de uma razão objetivo-material que o legitime nesta época de aceleração social, de mudanças e de incertezas, de cuja imensa complexidade nem mesmo ele escapa. Daí o afirmado esgotamento explicativo das suas categorias tradicionais diante das demandas desse novo paradigma. Perda, esta, que acaba por ensejar a procura de um fundamento de validade capaz de novamente conferir legitimidade – e devolver sentido – ao Direito Penal Contemporâneo. Não por razão outra é que se mostra importante um estudo acerca dos modelos teóricos atuais a partir dos quais se pretende (re)construir tal fundamento.

Da mesma forma, a pesquisa encontra justificativa na tentativa de resgate das propostas de fundamentação do Direito Penal a partir da noção de *ilícito*, que estão praticamente esquecidas em razão do predomínio – não seria exagero falar em “hegemonia” – de fundamentações de caráter *funcionalista*². Todavia, as propostas funcionais, conquanto dominantes, não são mais do que meros fragmentos de um todo. Elas representam *determinadas* possibilidades, mas não *todas* as possibilidades de construção do Direito Penal na Contemporaneidade.

Por tal razão, este estudo se propõe a analisar, ao lado da teoria teleológica-funcional de Claus Roxin – modelo de fundamentação funcionalista –, a teoria onto-antropológica de José Francisco de Faria Costa, enquanto importante representante das propostas de fundamentação do Direito Penal a partir do ilícito. É claro que também tais teorias não passam de fragmentos de um todo inatingível e, diga-se logo, assim serão tratadas neste estudo. Não obstante, em razão, de um lado, da sua importância e da sua repercussão e, de outro, dos limites da presente pesquisa, que não pretende – nem conseguiria – ser exauriente, o seu objeto central de análise limita-se às tentativas de fundamentação do Direito Penal Contemporâneo desenvolvidas por Roxin e por Faria Costa.

² No contexto brasileiro, duas importantes pesquisas, uma realizada junto ao Ministério Público do Rio Grande do Sul (2004), com participação de 48,5% de seus membros, e outra junto ao Ministério Público Federal (2008), com participação de 20% de seus integrantes, indicaram que muitos daqueles que exercem a pretensão acusatória estatal têm uma acentuada inclinação por orientações funcionalistas em sentido *lato*. Os entrevistados, quando questionados com qual corrente de pensamento sobre a criminalidade e o sistema penal mais se identificavam, assim se manifestaram: (i) MPF – “Defesa Social” (34,7%); “Nenhuma das alternativas” (22,8%); “Funcionalismo Penal” (15%); “Garantismo Penal” (13,2%); “Tolerância Zero” (12,6%) e “Outra” (1,2%) (AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Org.). *Perfil Socioprofissional e Concepções de Política Criminal do Ministério Público Federal* [recurso eletrônico]. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2010, p. 52); (ii) MP/RS – “Tolerância Zero” (54,4%); “Funcionalismo Penal” (26,9%); “Nenhuma das alternativas” (22,1%) e “Garantismo Penal” (8,2%) (AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Perfil Socioprofissional e Concepções de Política Criminal do MP/RS*. In: XII Congresso Brasileiro de Sociologia – GT 25, 2005, Belo Horizonte. Anais do XII Congresso Brasileiro de Sociologia, 2005, p. 11-7. Disponível em: <http://www.sbsociologia.com.br/portal/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=61&Itemid=171> Acesso em: 30 ago. 2011).

Intentando-se realizar tais desideratos, a exposição dos argumentos estará orientada pelo seguinte plano de trabalho: o primeiro capítulo será inaugurado com uma tentativa de diferenciação entre os conceitos de *sentido*, *fundamento*, *função* e *estrutura* do Direito Penal. Estabelecidas as características que os identificam e os distinguem entre si, sustentar-se-á que tais categorias devem relacionar-se não de qualquer forma, mas de um específico e peculiar modo. Tanto a diferenciação quanto a inter-relação sugerida serão pressupostos indispensáveis para a estruturação e o desenvolvimento das considerações subsequentes deste estudo, bem como para a sua devida compreensão pelo leitor.

Elaborar-se-á, também, uma breve evolução histórica da fundamentação do Direito Penal, a qual abrangerá a teoria *causal*, a *neoclássica* e a *finalista* do delito. Ao final do capítulo haverá, ainda, uma introdução às propostas contemporâneas de fundamentação do Direito Penal, as quais serão classificadas tendo por critério os dois *núcleos de sentido e de valor* a partir do qual podem construir tal fundamento: o *ilícito penal* e a *pena criminal*.

O segundo capítulo centrar-se-á no estudo de uma específica tentativa teórica de fundamentação do Direito Penal a partir da *pena*, qual seja, o funcionalismo teleológico-racional (ou dualista), desenvolvido por Claus Roxin. Em um primeiro momento, intentar-se-á expor, a partir do método analítico, as suas características mais relevantes, bem como indicar o fundamento pelo qual pretende construir o Sistema Jurídico-Penal. Já em um segundo momento, proceder-se-á a um exame crítico dessa elaboração teórica, apontando-se, de forma argumentada, eventuais acertos e contributos ou equívocos e inconsistências verificados.

O terceiro e último capítulo será dedicado a uma determinada tentativa teórica de fundamentação do Direito Penal a partir do *ilícito*, qual seja, a concepção onto-antropológica, desenvolvida por Faria Costa. Inicialmente, apresentar-se-ão, de forma analítica, as suas características principais, bem como será apontado o fundamento que confere ao Direito Penal na Contemporaneidade. Posteriormente, proceder-se-á ao seu estudo crítico, questionando-se os limites e as possibilidades de distinção *qualitativa* entre a ilicitude penal e as demais ilicitudes.

Para tanto, será preciso enfrentar o intrincado problema dos juízos de dignidade penal (*Strafwürdigkeit*) e de necessidade penal (*Strafbedürfnis*), bem como estudar os critérios que, segundo este trabalho, devem pautá-los: trata-se das noções de (i) bem jurídico penalmente relevante e de (ii) ofensividade. Percorrido esse caminho, apresentar-se-ão o fundamento e a função do Direito Penal sugeridos por esta investigação, a partir do questionamento acerca do seu *lugar de sentido* na Contemporaneidade.

A título introdutório, adverte-se, por fim, que a assumida incompletude e a insuperável temporalidade deste estudo cobram um preço: possíveis equívocos. Todavia, caso o presente trabalho, mesmo com os erros que certamente o integram, seja capaz de contribuir, de algum modo, para um Direito Penal mais humano e, em termos dogmáticos, mais conforme à Constituição, ele terá atingido seu objetivo fundamental. Esse é, pois, o horizonte de sentido que orientou a escrita.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Encerra-se aqui o percurso deste estudo. Embora seja este um lugar de chegada, é concomitantemente um retorno ao de partida, pois, nas palavras de T. S. Elliot, em *Little Gidding*: “não cessaremos de explorar, e o fim de toda a nossa exploração, será chegar ao ponto de partida e o lugar reconhecer ainda, como da primeira vez que o vimos”. Assim, valorando-se o caminho percorrido, acredita-se ser possível sustentar as seguintes proposições:

I. O sentido do Direito Penal é o que se entende por Direito Penal, ou seja, é o significado a ele atribuído. Questão, pois, que é nuclear e decisiva, já que a única capaz de fundá-lo e constitutivamente sustentá-lo.

II. O fundamento do Direito Penal é o seu “porquê”, o qual responde a um juízo de validade acerca da sua existência. A perspectiva do fundamento é axiológica (referente a valores protegidos pelos princípios que regem o Ordenamento Jurídico) e autônoma (relativa a valores que integram o Sistema Jurídico, não a fins que lhe são externos); o seu tempo, o presente ou o passado. Porém, esse tempo não é apenas cronológico, mas antes lógico, eis que a legitimidade do Direito Penal *pressupõe* um fundamento de validade.

III. A função do Direito Penal é o seu “para quê”, respondendo a um juízo de oportunidade, de cálculo ou de conveniência acerca dos efeitos e dos fins do Direito Penal. A perspectiva da função é pragmática (concernente às consequências) e heterônoma (a questão nuclear são os efeitos do Direito Penal, não ele em si mesmo); o seu tempo, o futuro.

IV. A estrutura do Direito Penal relaciona-se com as necessidades, de ordem prática, para a concretização das determinações das normas penais e para o devido funcionamento das instituições encarregadas dessa realização. Trata-se, pois, de problemas de cunho organizacional (de *modus operandi*), estrutural ou de divisão de poder (e da correlata responsabilidade), os quais são externos às questões nucleares do Direito Penal em si.

V. Há uma necessária e fundante relação de prejudicialidade entre o que se entende por Direito Penal (*sentido*), por que existe o Direito Penal (*fundamento*); para que serve o Direito Penal (*função*) e como realizar os fins do Direito Penal (*estrutura*). Todavia, uma investigação cujo desiderato seja responder a tais questionamentos, notoriamente profundos e complexos, não pode ter a ambição nem da eternidade, nem da verdade, eis que, invariavelmente, as conclusões se modificarão em razão da *temporalidade* característica do sujeito que se pôs a refletir: o Homem.

VI. A elaboração teórica funcionalista de Claus Roxin encontra o fundamento do Direito Penal na função de proteção subsidiária de bens jurídicos mediante a promoção das finalidades político-criminais da pena de prevenção geral e especial, proposta que apresentou as seguintes inconsistências: (a) equivocada pretensão de fundamentar o Direito Penal a partir de uma função (isto é, de um objetivo a ser futuramente atingido); (b) atribuição de excessiva relevância à obtenção de determinados efeitos concretos a partir da aplicação dos conceitos de dogmática penal (consequencialismo); (c) ensejo de um monopólio axiológico dos fins de Política Criminal frente aos princípios fundamentais de Direito Penal Normativo; (d) carência de demarcação minimamente segura do conceito de Política Criminal; (e) demasiada redução da complexidade inerente à discussão acerca das funções da pena e (f) funcionalização do próprio conceito de crime, a partir da noção de responsabilidade (*Verantwortlichkeit*).

VII. A elaboração teórica de José Francisco de Faria Costa encontra o fundamento do Direito Penal na relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo. A ilicitude penal, em termos materiais, consubstancia-se na destruição ou na ruptura de específicas relações de cuidado-de-perigo mediatizadas sob a forma de tipos penais, as quais se originam do desdobramento da relação originária nos mais diversos planos da realidade.

VIII. A tentativa de diferenciação do ilícito penal dos demais ilícitos deve pautar-se pelos juízos de dignidade penal e de necessidade penal (este, na perspectiva *negativa* e *positiva*), a partir dos critérios do bem jurídico e da ofensividade. Dessa forma, o crime é materialmente compreendido como *ofensa a bem jurídico*.

IX. Para que possa ostentar relevância penal, o bem jurídico deve guardar relação de analogia material com os valores expressa ou implicitamente reconhecidos pela Constituição (teoria constitucional *ampla* do bem jurídico).

X. A ofensividade é uma regra implícita com assento constitucional, de natureza constitutiva, que versa sobre a produção jurídica e cuja eficácia é delimitadora do conteúdo material ou substancial do exercício do poder legiferante penal. Tal regra não apenas veda ao

legislador a elaboração de tipos penais desprovidos de ofensa ao bem jurídico objeto da norma, como também exige do aplicador a verificação da sua efetiva ocorrência no caso concreto. O descumprimento da exigência de ofensividade pelo legislador, aliado à inviabilidade do seu resgate pelo intérprete, enseja a invalidade (inconstitucionalidade) material da norma subjacente produzida em desacordo com suas determinações.

XI. O fundamento do Direito Penal Contemporâneo deve ser o de *ofensa* a bens jurídicos, enquanto refração, no âmbito normativo-penal, do empobrecimento ou da ruptura de uma relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo; a função, a de *tutela* de bens jurídicos, cujo efetivo alcance, todavia, é contingente, projetando-se *incertamente* para o futuro.