

STJ00096505

RAQUEL LIMA SCALCON

Doutoranda em Direito Penal pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Possui mestrado pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e graduação pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, onde é Professora Substituta de Direito Penal e Criminologia.

ILÍCITO E PENA

**Modelos Opostos de Fundamentação
do Direito Penal Contemporâneo**

GZ
EDITORA

Rio de Janeiro
2013

1ª edição – 2013

© Copyright
Raquel Lima Scalcon

Capa
Elisa Janowitz

CIP – Brasil. Catalogação-na-fonte.
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

S293i

Scalcon, Raquel Lima

Ilícito e pena: modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo / Raquel Lima Scalcon. – Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013.

195 p.

ISBN 978-85-62027-17-8

1. Direito penal 2. Processo penal. I. Título.

13-1264.

CDU: 343.1(81)

O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafadores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei nº 9.610/98).

As reclamações devem ser feitas até noventa dias a partir da compra e venda com nota fiscal (interpretação do art. 26 da Lei nº 8.078, de 11.09.1990).

Reservados os direitos de propriedade desta edição pela
GZ EDITORA

Travessa do Paço nº 23, sala 1.208 – Centro
CEP: 20010-170 – Rio de Janeiro – RJ
Tels.: (0XX21) 2240-1406 / 2240-1416 – Fax: (0XX21) 2240-1511
contato@editoragz.com.br
www.editoragz.com.br

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

sys 970656

ÍNDICE SISTEMÁTICO

AGRADECIMENTO	IX
RESUMO	XI
ABSTRACT	XIII
APRESENTAÇÃO	XIX
PREFÁCIO	XXI
INTRODUÇÃO	1
1. O PROBLEMA DO FUNDAMENTO DO DIREITO PENAL NA CONTEMPORANEIDADE	5
1.1. SENTIDO, FUNDAMENTO E FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: DISTINÇÕES PRELIMINARES	5
1.1.1. Fundamento e função	5
1.1.2. Estrutura e sentido	11
1.1.3. Sentido, fundamento, função e estrutura: cruzamentos necessários	13
1.2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO FUNDAMENTO DO DIREITO PENAL	13
1.2.1. Concepção clássica (causal) do delito	14
1.2.1.1. Proposta de fundamento filosófico: Positivismo Naturalista	14
1.2.1.2. Metodologia do Direito Penal	16
1.2.1.3. Elementos do crime e sua estruturação	17
1.2.1.4. Contributos reconhecidos e críticas opostas	20
1.2.2. Concepção neoclássica do delito	23
1.2.2.1. Proposta de fundamento filosófico: Neokantismo	23
1.2.2.2. Metodologia do Direito Penal	25
1.2.2.3. Elementos do crime e sua estruturação	27

1.2.2.4. Contributos reconhecidos e críticas opostas	30
1.2.3. Conceção finalista do delito	31
1.2.3.1. Proposta de fundamento filosófico: Fenomenologia	31
1.2.3.2. Metodologia do Direito Penal	34
1.2.3.3. Elementos do crime e sua estruturação	35
1.2.3.4. Contributos reconhecidos e críticas opostas	38
1.3. CONCEPÇÕES CONTEMPORÂNEAS DO DIREITO PENAL.....	41
1.3.1. O apontado esgotamento explicativo (ou a perda de sentido) das categorias “tradicionalis” do Direito Penal na sociedade do risco.....	42
1.3.2. Fundamento de base ontológica (ilícito) ou funcionalista (pena criminal): duas possibilidades opostas de fundamentação do Direito Penal.....	47
2. TENTATIVA TEÓRICA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO PENAL A PARTIR DA PENA. A CONCEPÇÃO FUNCIONALISTA TELEOLÓGICA DE CLAUD ROXIN (NORMATIVISMO DUALISTA)	55
2.1. ANÁLISE DAS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS E ELABORAÇÕES DA TEORIA	55
2.1.1. A concepção clássica de Liszt acerca da “Ciência conjunta do Direito Penal” (<i>die gesamte Strafrechtswissenschaft</i>)	56
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: normatização 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	69
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)	72

2.3. DO ILÍCITO (<i>UNRECHT</i>) À PENA: CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS ACERCA DA FUNDAMENTAÇÃO FUNCIONALISTA DO CRIME.....	78
2.3.1. Da inversão metodológica: o “para quê” (função) no lugar do “porquê” (fundamento)	78
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	81
2.3.3. Da demasiada “hipertrofia” do conceito de Política Criminal em Claus Roxin	88
2.3.4. Da complexa – e ainda controversa – questão dos fins da penal criminal	90
2.3.5. Uma inconsistência concreta da aplicação do método: o conceito de Responsabilidade	99
3. TENTATIVA TEÓRICA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO PENAL A PARTIR DO ILÍCITO. A CONCEPÇÃO ONTO-ANTROPOLÓGICA DE JOSÉ FRANCISCO DE FARIA COSTA...	105
3.1. ANÁLISE DAS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS E ELABORAÇÕES DA TEORIA	105
3.1.1. O Cuidado (<i>Sorge</i>): matriz ontológica do ser social	106
3.1.1.1. A noção de Cuidado em Heidegger: o <i>ser do estar-aí</i>	107
3.1.1.2. A noção de Cuidado em Faria Costa: estrutura necessariamente relacional	110
3.1.2. O ilícito penal material: ruptura ou destruição de uma relação de cuidado-de-perigo.....	112
3.2. FUNDAMENTO DO DIREITO PENAL: RELAÇÃO ONTO-ANTROPOLÓGICA DE CUIDADO-DE-PERIGO	116
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”)	118
3.3.1. Da ilicitude penal: critérios para uma tentativa de diferenciação	120
3.3.1.1. Da conceituação de bem jurídico penalmente relevante	123
3.3.1.2. Da noção de ofensividade em Direito Penal	125

3.3.1.2.1. Proposta de definição estipulativa do conceito jurídico-penal de ofensa	126
3.3.1.2.2. Fundamento constitucional da ofensividade: direito de liberdade e postulado da proibição de excesso	130
3.3.1.2.3 Natureza normativa da ofensividade: regra <i>constitutiva</i> limitadora do conteúdo das normas produzidas pelo legislador	136
3.3.2. Dos juízos de “dignidade penal” (<i>Strafwürdigkeit</i>) e de “necessidade penal” (<i>Strafbedürfnis</i>): conceituação, aplicação e reformulação	143
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>	151
/	
CONSIDERAÇÕES FINAIS	155
BIBLIOGRAFIA	159