

Revista de
Estudos Criminais

REVISTA DE ESTUDOS CRIMINAIS

ANO XI – 2013 – Nº 48

Diretores

Elton José Donato
Fabio Roberto D'Avila
Giovani Agostini Saavedra

Conselho Editorial

Alexandre Wunderlich (Pontifícia Universidade Católica/RS)
Álvaro Sanchez Bravo (Universidade de Sevilha)
Aury Lopes Jr. (Pontifícia Universidade Católica/RS)
Arndt Sinn (Universidade de Osnabrück, Alemanha)
David Sanchez Rúbio (Pontifícia Universidade Católica/RS)
Elizabeth Cancelli (Universidade de Brasília)
Fabio Roberto D'Avila (Pontifícia Universidade Católica/RS)
Fauzi Hassan Choukr (Universidade de São Paulo)
Gabriel José Chittó Gauer (Pontifícia Universidade Católica/RS)
Geraldo Prado (Universidade Federal do Rio de Janeiro)
Giovani Agostini Saavedra (Pontifícia Universidade Católica/RS)
Luiz Eduardo Soares (Universidade Federal do Rio de Janeiro)
Rodrigo Moraes de Oliveira (Pontifícia Universidade Católica/RS)
Rui Cunha Martins (Universidade de Coimbra)
Ruth Maria Chittó Gauer (Pontifícia Universidade Católica/RS)
Tomás Grings Machado (Universidade do Vale do Rio dos Sinos /RS)
Vittorio Manes (Universidade de Salento, Itália)

Conselho do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (www.itecrs.org)

Andrei Zenkner Schmidt
Alexandre Wunderlich
Daniel Gerber
Felipe Cardoso Moreira de Oliveira
Fabio Roberto D'Avila
Jader da Silveira Marques
Marcelo Machado Bertoluci
Paulo Vinícius Sporleder de Souza
Rodrigo Moraes de Oliveira
Salo de Carvalho

Uma publicação do ITEC (Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais) e da SÍNTESE.

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de responsabilidade de seus autores. Os originais não serão devolvidos, embora não publicados. Os artigos são divulgados no idioma original ou traduzidos.

Os acórdãos selecionados para esta Revista correspondem, na íntegra, às cópias dos originais obtidas na Secretaria do Supremo Tribunal Federal e dos demais tribunais.

E-mail para remessa de artigos: conselho.editorial@iob.com.br

REVISTA DE ESTUDOS CRIMINAIS – ANO XI – Nº 48

Periodicidade trimestral – Tiragem 2.000 exemplares

ASSINATURAS:

São Paulo: (11) 2188-7507 – Demais Estados: 0800.7247900

SAC e Suporte Técnico:

São Paulo e Grande São Paulo (11) 2188-7900

Demais Estados: 0800.7247900

www.sintese.com

SÍNTESE: Uma empresa do GRUPO IOB



IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda.

R. Antonio Nagib Ibrahim, 350 – Água Branca

05036-060 – São Paulo – SP

Caixa Postal 60036 – 05033-970

Telefones para Contatos

Cobrança: São Paulo e Grande São Paulo (11) 2188.7900

Demais localidades 0800.7247900

SAC e Suporte Técnico: São Paulo e Grande São Paulo (11) 2188.7900

Demais localidades 0800.7247900

E-mail: sacsintese@sintese.com

Renovação: Grande São Paulo (11) 2188.7900

Demais localidades 0800.7283888

www.sintese.com

SUMÁRIO

- 7 Sensibilidades Jurídicas, Moralidades e
 Processo Penal: Tradições Judiciárias e
 Democracia no Brasil Contemporâneo
 (*Roberto Kant de Lima*)
- 35 Novos Discursos, Novas Práticas? Uma Análise das
 Inovações no Campo do Controle do Crime no Brasil
 (*Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo e*
 Fernanda Bestetti de Vasconcellos)
- 55 A Punição do Sofrimento Psíquico no Brasil:
 Reflexões sobre os Impactos da Reforma Psiquiátrica
 no Sistema de Responsabilização Penal
 (*Salo de Carvalho e Mariana de Assis Brasil e Weigert*)
- 91 Crise de Substância do Princípio da Legalidade:
 O Caráter Hermenêutico da Tipicidade Penal
 (*Jader Marques*)
- 113 Adolescente em Conflito com a Lei: um Estudo
 com Adolescentes Que Cumprem Medidas
 Socioeducativas em Meio Aberto
 (*Fernanda de Vargas, Juliana Kerch da Silva*
 e Silvio José Lemos Vasconcellos)
- 129 Reflexões sobre a Pena Criminal e a Liberdade de Vontade
 (*Orlando Faccini Neto*)
- 165 O *Habitus* do Controle do Crime no Brasil
 (*Julio Pinheiro Faro*)
- 197 A *Serenidade* para com as *Coisas do Direito*
 Penal: no Limiar entre o *Pensamento Que*
 Medita e o *Pensamento Que Calcula*
 (*João Alves Teixeira Neto*)
- 209 A Tributação do Comércio de Entorpecentes
 (*Fernanda Figueira Tonetto*)

A SERENIDADE PARA COM AS COISAS DO DIREITO PENAL: NO LIMIAR ENTRE O PENSAMENTO QUE MEDITA E O PENSAMENTO QUE CALCULA

JOÃO ALVES TEIXEIRA NETO*

RESUMO: O presente ensaio procura estabelecer um diálogo com o texto *Serenidade*, de Martin Heidegger, de modo a trazer as reflexões do filósofo para o campo do direito penal. O objetivo é desvelar a serenidade para com as coisas do direito penal.

PALAVRAS-CHAVE: Serenidade; coisas do direito penal; pensamento que medita; pensamento que calcula; dogmática jurídico-penal; filosofia penal.

ABSTRACT: This essay seeks to establish a dialogue with the text *Serenity* of Martin Heidegger, to bring the philosopher's reflections to the field of criminal law. The goal is to unveil the serenity for the things of criminal law.

KEYWORDS: Serenity; things of criminal law; meditates thought; calculative thinking; dogmatic legal criminal; criminal philosophy.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O *locus* de encontro entre a dogmática jurídico-penal (*pensamento que calcula/técnica*) e a filosofia penal (*pensamento que medita/filosofia*); 2 A *serenidade* para com as *coisas do direito penal*; 3 Da necessidade de uma *serenidade* para com as *coisas do direito penal*; 3.1 O "perigo" da dogmática jurídico-penal (*Die Gefahr*); 3.2 A "salvação" da dogmática jurídico-penal (*Die Kehre*?); Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

A *serenidade* para com as coisas (*die Gelassenheit zu den Dingen*) nos permite buscar o que há de melhor no *pensamento que calcula*, e, ao mesmo tempo, resistir às tentações do não pensar, resistir às "ameaças de morte da Filosofia"¹, pois a *serenidade* mostra que os dois tipos de pensamentos, calculador e meditativo, são indispensáveis, "legítimos e necessários", nas pala-

* Doutorando e Mestre em Ciências Criminais (PUCRS), Especialista em Direito Penal e Política Criminal (UFRGS), Coordenador Estadual Adjunto do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM).

1 SOUZA, Ricardo Timm. *Sobre a construção do sentido: o pensar e o agir entre a vida e a Filosofia*. São Paulo: Perspectiva, 2003. p. 41.

bras de Heidegger². No texto *Serenidade*, o filósofo procura acentuar a aproximação entre *pensamento que calcula* e mundo técnico. Heidegger conclui que a *serenidade* para com as coisas é a “atitude do sim e do não simultâneos em relação ao mundo técnico”³. Aqui o autor está a falar em pensar a técnica, não usá-la cegamente, pois “reina em todos os processos técnicos um sentido que reclama o fazer e o deixar estar do homem”⁴. A *serenidade*, enquanto a busca de um equilíbrio entre *pensamento que medita* e *pensamento que calcula*, nos parece soar como um imperativo: fazer o que pode ser feito e deixar estar o que não pode (*Tun und Lassen*).

1 O LOCUS DE ENCONTRO ENTRE A DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL (PENSAMENTO QUE CALCULA/TÉCNICA) E A FILOSOFIA PENAL (PENSAMENTO QUE MEDITA/FILOSOFIA)

A tecnologia moderna deixa de nascer de uma verdade contemplada pela ciência, surgindo antes, como diz Heidegger, de uma “exigência” posta pelo homem à natureza para esta entregar-lhe sua energia acumulada. Assim, a tecnologia dogmática, ao contrário da *jurisprudencia* romana, torna-se uma provocação, uma interpelação da vida social, para extrair dela o máximo que ela possa dar. A tecnologia jurídica atual força a vida social, ocultando-a, ao manipulá-la [...].⁵

a) A dogmática jurídico-penal⁶, enquanto técnica⁷, vem parecendo ser o campo fértil do *pensamento que calcula*. Disso já nos adverte Ferraz Júnior,

2 HEIDEGGER, Martin. *Serenidade*. Lisboa: Instituto Piaget, 2000. p. 13.

3 Idem, p. 24.

4 Idem, p. 25.

5 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 86.

6 Figueiredo Dias assevera que a dogmática jurídico-penal “é e deve permanecer aplicação do direito, dotada dos seus pressupostos metodológicos específicos e comandada por finalidades prático-normativas autónomas” (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra, t. I, 2007. p. 19). Para Sporleder de Souza, “a dogmática penal tem suas origens no positivismo jurídico e toma como objeto de sua análise o Direito Positivo. A dogmática do Direito Penal tem a tarefa de conhecer o sentido dos preceitos jurídico-penais positivos e desenvolver suas interpretações de modo sistemático” (SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *A criminalidade genética*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 27 e 28).

7 A dogmática jurídico-penal é a técnica própria do direito penal, tendo em vista ser ela hoje considerada tecnologia: “Podemos observar que, em sua transformação histórica, o saber

quando sustenta que “a idéia do cálculo em termos de relação custo/benefício está presente no saber jurídico-dogmático da atualidade”⁸. A dogmática jurídico-penal calcula praticamente tudo (*dogmática-jurídico-penal-pensamento-que-calcula*): o *quantum* das penas; a escolha dos bens jurídicos; o *modus* de ofensa a tais bens (dano e perigo); a escolha do sujeito passivo do crime; o próprio cálculo, *in casu*, da pena; e, também, principalmente, o(s) sentido(s) utilitarista(s) da pena.

b) Mas se a dogmática jurídico-penal tem sido o campo fértil do *pensamento que calcula*, e sabendo que o *locus* de encontro com a *serenidade* precisa do *pensamento que medita*, onde estará ele, em relação às *coisas do direito penal*? Para nós, a resposta parece estar na filosofia penal. Se a dogmática é técnica, e, notadamente, por isso é *pensamento que calcula*; se o *pensamento que medita*, por excelência, é o pensamento filosófico (a atitude do pensamento filosófico); então, a morada do *pensamento que medita*, em relação às *coisas do direito penal*, não pode ser outra que não na filosofia penal (*filosofia-penal-pensamento-que-medita*)⁹. E a *serenidade* para com as *coisas do direito penal* seria justamen-

jurídico foi tendo alterado seu estatuto teórico. De saber eminentemente ético, nos termos da prudência romana, foi atingindo as formas próximas do que se poderia chamar hoje de saber tecnológico. [...] Desse modo, podemos dizer que a ciência dogmática cumpre as funções típicas de uma tecnologia. Sendo um pensamento conceitual, vinculado ao direito posto, a dogmática pode instrumentalizar-se a serviço da ação sobre a sociedade. [...] Nesses termos, um pensamento tecnológico é, sobretudo, um pensamento fechado à problematização de seus pressupostos – suas premissas e conceitos básicos têm de ser tomados de modo não problemático – a fim de cumprir sua função: criar condições para a ação. No caso da ciência dogmática, criar condições para a decidibilidade de conflitos juridicamente definidos” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Op. cit., p. 84 e 85).

8 Idem, p. 86.

9 A filosofia penal deve ser aqui compreendida como a filosofia do direito no âmbito das *coisas do direito penal*. Para facilitar a compreensão do que se está a propor, necessário se faz o esclarecimento do conceito de filosofia do direito: “O termo Filosofia do Direito pode ser empregado em acepção lata, abrangente de todas as formas de indagação sobre o valor e a função das normas que governam a vida social no sentido do justo, ou em acepção estrita, para indicar o estudo metódico dos pressupostos ou condições da experiência jurídica considerada em sua unidade sistemática [...] Não se deve estranhar que tenha havido pensamento filosófico-jurídico, desde quando surgiu a Filosofia, no Ocidente ou no Oriente, em cada área cultural segundo distintas diretrizes. É que o homem é levado naturalmente a filosofar sobre todos os acontecimentos dotados de validade universal, ou seja, sobre todas as formas de vida que se revelem constantemente presentes no decurso de sua experiência histórica. Se onde está o homem aí está o Direito, não é menos certo que

te, para nos valer de uma preciosa figura de linguagem utilizada por Faria Costa, “a ponte entre o direito penal e a filosofia penal”¹⁰.

2 A SERENIDADE PARA COM AS COISAS DO DIREITO PENAL

A dogmática jurídico-penal estaria para o *pensamento que calcula* (*dogmática-jurídico-penal-pensamento-que-calcula*), assim como a filosofia penal estaria para o *pensamento que medita* (*filosofia-penal-pensamento-que-medita*), da mesma forma que a *ponte* estaria para a *serenidade*. Se a *serenidade* é valorar na mesma medida, e no mesmo horizonte compreensivo, o *pensamento que calcula* e o *pensamento que medita*, então a *ponte* é valorar na mesma medida, e no mesmo horizonte compreensivo, a dogmática jurídico-penal e a filosofia penal. Se a *serenidade* é a serenidade para com as coisas, a *ponte* é a *serenidade* para com as *coisas do direito penal*. Mas qual o sentido de tal relação ou mesmo identificação? Esta relação/identificação entre a construção de Heidegger e de Faria Costa, embora possa ser considerada simples, não pode ser considerada simplista, e, não obstante possa parecer trivial ao leitor desatento, ou um inútil contorcionismo jurídico-filosófico para o raso, guarda o germe de uma (re)abertura de olhos às *coisas do direito penal*. Toda a relação/identificação aqui proposta não trata de um reducionismo, mas sim de um estreitamente

onde está o Direito se põe sempre o homem com a sua inquietação filosófica, atraído pelo propósito de perquirir o fundamento das expressões permanentes de sua vida ou de sua convivência” (REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 285 e 286).

- 10 FARIA COSTA, José de. *Linhas de direito penal e filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 208. A figura da ponte, enquanto recurso argumentativo – quando utilizado por Faria Costa, em um contexto ligeiramente diferente – vem a esculpir a *lux solaris* do sentido da pena (criminal): “Julgamos que a problemática – como tentaremos, em seguida, mostrar – do sentido da pena (criminal) só se densifica e cristaliza em refrações constantes no encontro do pensamento inerente ao direito penal e aqueloutro a que ligada a filosofia penal. Por isso nos socorremos da figura da ponte, enquanto lugar de união entre duas margens, duas ordens de reflexão, sobre o real ético-social. Daí que a ponte, menos que instrumento, menos do que lugar de passagem, ela é, sobretudo, topos inescapável de crítica, de conflito mas também sítio onde se pode ir mais fundo e mais longe para se perceber por que é que carregamos o fardo de punir” (Idem, p. 207-208). Faria Costa, em outros escritos, retoma a utilização da figura da ponte, mas agora no plural: “A reafirmação do fundamento, da finalidade, do sistema e da função, enquanto traços caracterizadores do direito penal, não é uma benfeitoria teórica sumptuária, mas antes uma necessidade, porquanto é pela análise e aprofundamento daquelas questões que as ‘pontes’ com a disciplina do direito penal se fazem ou constroem” (FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de direito penal: fragmenta iuris poenalis*. Coimbra: Coimbra, 2009. p. 20).

(aproximação) de horizontes teóricos, com o fito de refinar o pensamento em relação às *coisas do direito penal*.

Então, este refinar o pensamento em relação às *coisas do direito penal* nos permite enxergar o “perigo” da dogmática jurídico-penal, no uso do pensamento que lhe tem sido próprio (o *pensamento que calcula*)¹¹. Mas o refinar o pensamento em relação às *coisas do direito penal* também nos permite enxergar a virtude da filosofia penal, posteriormente “salvação”¹², no uso do pensamento que lhe é próprio (o *pensamento que medita*): a possibilidade de *realmente pensar*¹³. A dogmática jurídico-penal, que é técnica, e, portanto, *pensamento que calcula*, não tem sido sede para o desenvolvimento do *pensamento que medita*, pois a sua finalidade última tem sido a sua própria utilidade (instrumentalidade). Já a filosofia penal, que é reflexão, e, portanto, *pensamento que medita*, não é sede para a busca de utilidades, instrumentalidades, posto que não seja técnica, mas sim é sede para *realmente pensar*.

Surge uma primeira questão:

1. Quando se está a fazer filosofia penal, buscando utilidades, instrumentalidades, buscando a melhor relação custo/benefício, como nesta hipótese poderia a filosofia penal não ser sede para a busca de utilidades? Parece-nos que – quando se busca utilidades e instrumentalidades – não se está a fazer filosofia penal, mas sim dogmática jurídico-penal.

Surge uma segunda questão:

2. Quando se está a fazer dogmática jurídico-penal, buscando o *pensamento que medita*, buscando *realmente pensar*, como nesta hipótese poderia a dogmática jurídico-penal não ser sede para o encontro com o *pensamento que medita*? Entendemos que quando se busca o *pensamento que medita*, quando se busca *realmente pensar*, já não se está mais a fazer dogmática jurídico-penal, no sentido que lhe vem sido atribuído, mas sim filosofia penal.

Surge uma terceira questão:

11 Permitiremo-nos adiar, em algumas linhas, a exposição daquele que consideramos ser o “perigo” da dogmática jurídico-penal, para apresentá-lo em 3.1.

12 A ideia da “salvação” da dogmática jurídico-penal será desenvolvida em 3.2.

13 O *realmente pensar* aqui deve ser compreendido como o que Heidegger chama de “pensar, segundo o modo dos pensadores”, ou seja, aquilo que a ciência não faz: “[...] a ciência não pensa. Ela não pensa porque, segundo o modo de seu procedimento e de seus recursos, ela jamais pode pensar – a saber, pensar segundo o modo de seus pensadores”. (HEIDEGGER, Martin. O que quer dizer pensar?. In: *Ensaio e conferências*. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 115).

3. Quando se está a fazer dogmática jurídico-penal, buscando utilidades, instrumentalidades, buscando a melhor relação custo/benefício; mas também se está, conjuntamente¹⁴, a fazer filosofia penal, buscando o *pensamento que medita*, buscando *realmente pensar*, contudo dizendo sim e não à dogmática jurídico-penal e à filosofia penal; nesta hipótese, onde reina o fazer e o deixar estar em relação às *coisas do direito penal*, o que se desvela? Defendemos que nesta hipótese é desvelada a *ponte*. Eis que aí deve estar a *serenidade* para com as *coisas do direito penal*, postura de renovação, que confere um lugar privilegiado ao direito penal, do qual jamais poderia ser privado.

3 DA NECESSIDADE DE UMA SERENIDADE PARA COM AS COISAS DO DIREITO PENAL

A necessidade da *ponte*, da *serenidade* para com as *coisas do direito penal*, vale dizer, da utilização conjunta da dogmática jurídico-penal com a filosofia penal, se dá por uma razão muito simples: “A ciência não pensa”¹⁵. São as palavras de Heidegger:

14 Por “utilização conjunta da dogmática jurídico-penal com a filosofia penal” devemos entender o ato de fazer a dogmática jurídico-penal, mas, ao mesmo tempo, pensá-la por meio da filosofia penal. Stein, por outro caminho, parece apontar o destino que ambicionamos, um destino de diálogo entre ciência e filosofia, entre dogmática jurídico-penal e filosofia penal: “Gostaríamos de ver surgindo interesses filosóficos, manifestando-se esforços de encontrar formas abstratas de apresentação de problemas e interrogações, e que tudo isso não tivesse sua origem no restrito âmbito da Filosofia. Por que não esperar, de diversos campos das ciências e de pessoas, com os mais diversos interesses de conhecimento, uma sadia pretensão de misturar-se com os debates e estudos filosóficos? Podemos imaginar que um Prêmio Nobel de Biologia, ou de estudo do cérebro, não quisesse desaparecer, com o seu reconhecimento, do debate intelectual. Podemos imaginar que ele venha com pretensões sobejamente justificadas, de discutir sobre o seu conhecimento com filósofos. E não apenas com filósofos para ouvi-los, mas para apresentar-lhes as suas idéias filosóficas, certamente vazadas num repertório lingüístico e conceitual muito diferente do repertório usual dos filósofos. Estamos num tempo em que isso não apenas irá acontecer, mas já está ocorrendo em muitos campos teóricos mundo afora” (STEIN, Ernildo. *Inovação na filosofia*. Ijuí: Unijuí, 2011. p. 18).

15 HEIDEGGER, Martin. O que quer dizer pensar? In: *Ensaios e conferências*, p. 115. Gauer analisa a ciência por outra perspectiva, mas dentro do mesmo caminho: “Há muito de crença nas verdades científicas, assim como muito de otimismo acerca das vantagens que o conhecimento traz para a humanidade. Nesse sentido, é possível concordar com a idéia de que a ciência, além de elucidar, é cega a respeito de sua própria aventura” (GAUER, Ruth Maria Chittó Gauer. *A fundação da norma: para além da racionalidade histórica*. Porto Alegre: Edipucrs, 2011. p. 126).

A ciência não pensa. Ela não pensa porque, segundo o modo de seu procedimento e de seus recursos, ela jamais pode pensar – a saber, pensar segundo o modo dos pensadores. Que a ciência, porém, não possa pensar, isso não é uma deficiência e sim uma vantagem. Somente esta vantagem assegura à ciência a possibilidade de, segundo o modo de pesquisa, introduzir-se num determinado domínio de objetos e aí instalar-se. A ciência não pensa. Esta é uma afirmação que escandaliza a representação habitual.¹⁶

Portanto, a dogmática jurídico-penal, enquanto ciência do direito penal, enquanto técnica, “não pensa”¹⁷. Ela simplesmente calcula, ainda que não trabalhe constantemente com números. E não há nada errado nisso, em verdade, antes de ser uma falha, como visto, esta característica é uma virtude. O fato de a ciência “não pensar”, revelando-se isto como uma qualidade, não impõe grandes dificuldades de compreensão, pois é próprio das ciências, quaisquer que sejam, se ocupar da “solução de problemas”¹⁸. E a solução de problemas “não requer pensamento”, ou seja, não requer *pensamento que medita*, não requer *realmente pensar*, requer apenas cálculos, requer *pensamento que calcula*. Mas o ato de se ocupar com os “problemas da solução”¹⁹, com o sentido das coisas, requer *realmente pensar*. Por isso, os problemas da solução dizem respeito ao outro lado da *ponte*, dizem respeito à filosofia, *pensamento que medita*, no caso das *coisas do direito penal*, à filosofia penal. Stein, alertando quanto aos riscos de ignorar esta distinção metodológica, pontifica:

A presença da Filosofia no Direito deve, primeiro, dar consciência a ele de que no debate jurídico, na teoria e na Filosofia do Direito, se confundem a solução de problemas e os problemas da solução. Essa superposição dos

16 HEIDEGGER, Martin. O que quer dizer pensar? In: *Ensaios e conferências*, p. 115. O argumento de Heidegger é clarificado por Stein, quando pontifica: “Se chamarmos de pensamento somente aquele capaz de sentido e se a ele opusermos a formalização e o cálculo, então a ciência não pensa. [...] A ciência recolhe dados, organiza-o, calcula, deduz leis” (STEIN, Ernildo. *Uma breve introdução à filosofia*. Ijuí: Unijuí, 2005. p. 25).

17 Adeodato, corroborando a ideia desenvolvida, afirma que “[...] toda e qualquer ciência é, em certo sentido dogmática” (ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 143).

18 STEIN, Ernildo. *Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma*. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 134.

19 “A ciência busca a solução dos problemas e a Filosofia se ocupa com os problemas da solução.” (Idem)

dois aspectos torna o debate jurídico inacabável no exame de casos e cada vez mais retórico na definição do campo de razões.²⁰

3.1 O “perigo” da dogmática jurídico-penal (*Die Gefahr*)²¹

A dogmática é uma realidade sobre a qual se debruça a ciência do direito, mas a atitude mesma desta ciência não deve ser dogmática.²²

a) Heidegger nos diz que a essência da técnica é o *Gestell*²³; b) o *Gestell* pode ser traduzido como dispositivo²⁴; c) o dispositivo é a força compulsiva e provocadora que leva o homem a explorar a técnica como única forma de desvelamento²⁵; d) assim, a essência da dogmática jurídico-penal é o *Gestell* (dispositivo), pois, como visto, aquela é técnica²⁶; e) quando o filósofo fala em essência, não está a falar no sentido de *essentia*, reconhecido pela tradição filosófica, mas sim no sentido de destino²⁷; f) portanto, se a essência da técnica

20 STEIN, Ernildo. *Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma*, p. 136. “É possível que se defina, no mundo do Direito, o campo de resolução de problemas novos pelo recurso a modelos estabelecidos e pelo exame da história e evolução das respostas e das razões apresentadas na história do Direito. Sem a presença da Filosofia, contudo, na qual se definem as questões do paradigma e dos métodos pelo *standard* de racionalidade, o Direito se dilui num simples superfatualismo, numa sucessão de respostas historicistas ou numa analiticidade esterilizadora” (Idem).

21 O perigo aqui referido nada tem a ver com a *dogmática dos crimes de perigo*.

22 ADEODATO, João Maurício. Op. cit., p. 141.

23 “A essência da técnica repousa na com-posição.” (HEIDEGGER, Martin. A questão da técnica. In: *Ensaio e conferências*. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 28)

24 O *Gestell* também é traduzido como com-posição ou como armação.

25 “*Gestell* assume duas dimensões: a) Uma dimensão que representa a compulsividade do ser humano em manipular as coisas e mudá-las. Derrubar uma árvore para fazer tábuas, construir casas; usar a presa de um elefante para fabricar uma jóia, etc. Ou seja, nós temos uma compulsão ao Dispositivo que o ser humano tem, a fazer objetos. [...] b) Mas há também uma disposição da natureza que nos provoca – ela é uma provocação – ela nos chama a transformá-la.” (STEIN, Ernildo. *Pensar e errar: um ajuste com Heidegger*. Ijuí: Unijuí, 2011. p. 166)

26 Sobre a dogmática jurídico-penal como técnica, reportamos o leitor à nota de rodapé 8.

27 “Precisamente, a técnica como *Gestell* é profundamente diferente de toda a técnica precedente [...]. A essência deve portanto em princípio ser pensada de outro modo aqui. Como? Resposta (mas veremos que é justo o propósito do texto nos levar a tal compreensão): a essência deve aqui ser compreendida historicamente, no sentido de um certo destino do

é o *Gestell* (dispositivo), então o destino da técnica é o *Gestell* (dispositivo)²⁸, logo o destino da dogmática jurídico-penal é o *Gestell* (dispositivo); g) porém, o *Gestell* (dispositivo) revela-se como “perigo”, fazendo com que o destino da técnica seja o “perigo”²⁹; h) se o destino da técnica é o “perigo”, então o destino da dogmática jurídico-penal é o “perigo”; i) e qual é o “perigo” destinado à dogmática jurídico-penal?; j) entendemos que o “perigo” é a *utilização dogmática da dogmática jurídico-penal*.

A *utilização dogmática da dogmática jurídico-penal* é a utilização cega e impensada da técnica jurídica. A *utilização dogmática da dogmática jurídico-penal* é a própria morte do pensar, a morte do *pensamento que medita*, a morte da filosofia, no caso, da filosofia penal, ou seja, é a morte do pensar as *coisas do direito penal*. É acreditar que a própria dogmática jurídico-penal é a solução mesma, é acreditar que o *pensamento que calcula* se basta, desmerecendo a reflexão. A *utilização dogmática da dogmática jurídico-penal* é ceder ao império do planejamento, é a rendição total à utilidade³⁰.

D’Avila, compreendendo o problema, que aqui – delimitado às *coisas do direito penal* – chamamos de “perigo”, desenvolve uma percepção aguda da realidade, descrevendo-a:

O problema se encontra no homem que já não lembra mais como refletir, em uma sociedade que não tem espaço para o pensamento que medita, onde o valor de todas as coisas é atribuído única e exclusivamente pela sua

ser e do desvelamento.” (DUBOIS, Chistian. *Heidegger: introdução a uma leitura*. Trad. Bernardo Barros Coelho de Oliveira. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. p. 137)

28 “Quando pensamos, porém, a essência da técnica, fazemos a experiência da com-posição, como destino de um desencobrimento. [...] A essência da técnica repousa na com-posição. Sua regência é parte do destino.” (HEIDEGGER, Martin. A questão da técnica. In: *Ensaios e conferências*, p. 28). Devemos sempre ter em mente que a “com-posição” aqui referida é a *Gestell*, o dispositivo, a armação, ou seja, a essência da técnica.

29 “O homem fica ex-posto a um perigo que provém do próprio destino. Por isso, o destino do desencobrimento é o perigo em todos e em cada um de seus modos e, por conseguinte, é sempre e necessariamente perigo. [...] O destino do desencobrimento não é, em si mesmo, um perigo qualquer, mas o perigo. [...] Sendo um envio de desencobrimento, a essência da técnica é o perigo. Talvez a alteração de significado do termo ‘com-posição’ torne-se mais familiar, quando pensado no sentido de destino e perigo.” (HEIDEGGER, Martin. A questão da técnica. In: *Ensaios e conferências*, p. 29 e 30)

30 “Quando a ciência quer examinar a maneira de proceder que lhe é própria, deve saber que na reflexão sobre si mesma precisa reconhecer que seu método a abandona.” (STEIN, Ernildo. *Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma*, p. 135)

utilidade e, aí também, diferente não pode ser no que compete ao valor de cada um dos homens em particular. O homem é aquilo que produz, aquilo que faz, aquilo que rende. Torna-se apenas número ou, mais propriamente, uma engrenagem, um subsistema de um sistema maior, que precisa, sem sabermos ou questionarmos o por quê, estar sempre em harmônico funcionamento. Não há qualquer razão em interrogarmos sobre o sentido das coisas, sobre o sentido do ser, pois já não há mais lugar para o ser, em um mundo que se constrói e se compreende a partir e nos limites estritos da lógica da utilidade e da produtividade.³¹

No mesmo horizonte reflexivo estão as palavras de Heidegger:

Então, que grande perigo se aproxima? Então a máxima e mais eficaz sagacidade do planeamento da invenção que calculam andaria a par da indiferença para com a reflexão, para com a ausência total de pensamentos. E então? Então o homem teria renegado e rejeitado aquilo que tem de mais próprio, ou seja, o facto de ser um ser que reflecte. Por isso o importante é salvar essa essência do homem. Por isso o importante é manter desperta a reflexão.³²

3.2 A “salvação” da dogmática jurídico-penal (*Die Kehre*)?

Onde mora o perigo, é lá que também cresce o que salva.³³

31 D'AVILA, Fabio Roberto. Ontologismo e ilícito penal. Algumas linhas para uma fundamentação onto-antropológica do direito penal. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Novos rumos do direito penal contemporâneo*: livro em homenagem ao Professor Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 260.

32 HEIDEGGER, Martin. *Serenidade*, p. 26.

33 Nesta passagem, Heidegger se vale da poesia de Höderlin para explicar a tese defendida (HEIDEGGER, Martin. A questão da técnica. In: *Ensaio e conferências*, p. 31). “*Wo aber Gefahr ist, wächst Das Rettende auch*” (STEIN, Ernildo. *Pensar e errar*: um ajuste com Heidegger, p. 166). Stein afirma que o referido verso “é, talvez, antes de mais nada, um verso que pode ser parafraseado para terminar dizendo-nos que, na própria dimensão apofântica, já se dá a dimensão hermenêutica, ou de que, naquilo que está desvelado, o velado se anuncia” (STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença*: filosofia e conhecimento empírico. Ijuí: Unijuí, 2006. p. 60). Comentando a utilização da poesia de Höderlin por Heidegger, Stein assevera: “Convenhamos que Heidegger conhece o poeta como poucos. Foi um dos primeiros que revelou sua genialidade na esfera da linguagem e muito cedo também descobriu o valor dos hinos tardios. Muito honroso para Höderlin é também o lugar que o filósofo lhe dá como poeta que superou a metafísica” (STEIN, Ernildo. *Instauração do sentido*: reflexão e interpretação do discurso (literário). Porto Alegre: Movimento, 1977. p. 50).

a) é no próprio ato de avistar a *utilização dogmática da dogmática jurídico-penal* que se encontra o germe da “salvação”, a viravolta (*Die Kehre*); b) se o “perigo” (*Die Gefahr*) em questão é a morte do pensar as *coisas do direito penal*, então é na constatação da sua possibilidade que se encontra aquilo que “salva”³⁴; c) quando avistamos a possibilidade de consumir tal “perigo”, nós o afastamos, porque a sua “salvação” é o *pensamento que medita* (a filosofia penal, o pensar as *coisas do direito penal*) e somente este pode avistá-lo (o “perigo”); d) então, a cada passo em direção à constatação do “perigo”, um passo atrás ele (o “perigo”) recuará; e) quanto mais dilatada, desenvolvida, estiver a *utilização dogmática da dogmática jurídico-penal* (utilização cega da técnica jurídica), mais próxima ela estará do seu fim, da viravolta; f) pois quanto mais exacerbada ela estiver, mais perceptível estará; g) e quanto mais perceptível estiver, mais vulnerável estará o “perigo” à percepção do *pensamento que medita*, aquele que “salva”.

CONCLUSÃO

Portanto, a *serenidade* para com as *coisas do direito penal* é o fazer e o deixar estar (*Tun und Lassen*), é dizer sim e não à dogmática jurídico-penal e à filosofia penal, porque ambas as formas de tratar as *coisas do direito penal* são legítimas e necessárias. Se a dogmática jurídico-penal “não pensa”, é por isso que pode encontrar a solução para os problemas penais. Se a filosofia penal não precisa encontrar a solução para os problemas penais, é porque pode encontrar os problemas da solução penal. Por isso a importância do fazer (pensar) e do deixar estar (não pensar). Por isso a importância da união dos dois lados da *ponte*. Por isso a importância da *serenidade* para com as *coisas do direito penal*. Ter a *serenidade* para com as *coisas do direito penal* é ter o uso conjunto da dogmática jurídico-penal com a filosofia penal. Com isso, é possível avisar o “perigo” da dogmática jurídico-penal, juntamente com o germe da sua “salvação”. Com isso, conseguimos entender que o “perigo” se dá na falta da *serenidade*, pois que pela ausência de um dos lados da *ponte*, o lado da filosofia penal. Mas eis que a “salvação” surge na *serenidade*, pois que com a presença do outro lado da *ponte*, o lado da filosofia penal, o “perigo” se torna avistado, e neste ato de avistá-lo encontra-se o germe da “salvação”.

34 O argumento de Gauer, corroborando a ideia desenvolvida, é um exemplo que “no perigo está a salvação”: “O sucesso das ciências nos fez esquecer de seus insucessos e de seus monstros. Nesse sentido, não podemos deixar de notar que o progresso da ciência e da técnica nos leva a pensar o quanto é urgente tratar dos limites” (GAUER, Ruth Maria Chittó Gauer. *A fundação da norma: para além da racionalidade histórica*, p. 139).

A *serenidade* para com as *coisas do direito penal* nos desvela a necessidade de uma compreensão profunda, a necessidade que o direito penal se renove, tornando-se o que jamais poderia ter deixado de ser, lugar de reflexão por excelência.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- D'AVILA, Fabio Roberto. Ontologismo e ilícito penal. Algumas linhas para uma fundamentação onto-antropológica do direito penal. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Novos rumos do direito penal contemporâneo: livro em homenagem ao Professor Dr. Cezar Roberto Bitencourt*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- DUBOIS, Chistian. *Heidegger: introdução a uma leitura*. Trad. Bernardo Barros Coelho de Oliveira. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.
- FARIA COSTA, José de. *Linhas de direito penal e filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra, 2005.
- _____. José de. *Noções fundamentais de direito penal: fragmenta iuris poenalis*. Coimbra: Coimbra, 2009.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2003.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra, t. I, 2007.
- GAUER, Ruth Maria Chittó Gauer. *A fundação da norma: para além da racionalidade histórica*. Porto Alegre: Edipucrs, 2011.
- HEIDEGGER, Martin. A questão da técnica. In: *Ensaios e conferências*. Petrópolis: Vozes, 2006.
- _____. O que quer dizer pensar?. In: *Ensaios e conferências*. Petrópolis: Vozes, 2006.
- _____. *Serenidade*. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *A criminalidade genética*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- SOUZA, Ricardo Timm. *Sobre a construção do sentido: o pensar e o agir entre a vida e a Filosofia*. São Paulo: Perspectiva, 2003.
- STEIN, Ernildo. *Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma*. Ijuí: Unijuí, 2004.
- _____. *Inovação na filosofia*. Ijuí: Unijuí, 2011.
- _____. *Instauração do sentido: reflexão e interpretação do discurso (literário)*. Porto Alegre: Movimento, 1977.
- _____. *Introdução ao pensamento de Martin Heidegger*. Porto Alegre: Edipucrs, 2011.
- _____. *Pensar e errar: um ajuste com Heidegger*. Ijuí: Unijuí, 2011.
- _____. *Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico*. Ijuí: Unijuí, 2006.
- _____. *Uma breve introdução à filosofia*. Ijuí: Unijuí, 2005.