

ENTRE DIREITO PENAL E FILOSOFIA: A CONCEPÇÃO ONTOANTROPOLÓGICA (FARIA COSTA) E A BUSCA PELO FUNDAMENTO

Diego Alan Schöfer Albrecht¹

Resumo: O presente artigo tem por objetivo (re)discutir e (re)pensar os fundamentos do direito penal. Rechaçando as premissas que movem as teses funcionalistas hoje predominantes, o estudo em questão, a partir da adesão à compreensão ontoantropológica do direito penal desenvolvida por Faria Costa, busca encontrar um argumento de validade capaz de legitimar a intervenção penal e limitar as pretensões político-criminais, a partir da aproximação entre direito penal e filosofia.

Palavras-chave: Ofensividade; Compreensão onto-antropológica do direito penal; Funcionalismo; Perigo.

Abstract: This article aims to (re) discuss and (re) think the fundamentals of criminal law. Rejecting the assumptions that move the now prevailing functionalist theories, the study in question, from the accession to ontoantropológica understanding of criminal law developed by Faria Costa, seeks to find an argument validity able to legitimize the criminal intervention and limit the political and criminal claims from the approximation of criminal law and philosophy.

Keywords: Offensive; Onto-anthropological understanding of criminal law; Functionalism; Danger.

1 INTRODUÇÃO

Faria Costa sustenta que “estes são tempos de ‘razão débil’ e que quando se ousa ir contra o tempo, de duas uma: ou se não tem razão ou se tem razão para outro tempo². A tarefa que tentaremos levar a cabo aqui se insere nesse contexto descrito pelo penalista português: a despeito do atual predomínio das orientações funcionalistas no âmbito do direito penal, pensamos ser possível e necessário rediscutir o seu fundamento e encontrar um argumento de validade que lhe confira legitimidade.

Para tanto, proporemos um (interessado) encontro entre o direito penal e a filosofia. Inicialmente, faremos uma breve análise do atual cenário da ciência penal, em que a política criminal desponta com predominância, recusando as teses funcionalistas que dão azo a este predomínio. Na sequência, enfrentaremos a questão de fundo, por meio da busca do fundamento do direito penal numa visão filosófica. Nesse sentido, partindo de uma concepção ontoantropológica do Direito penal, buscaremos resgatar elementos ligados às compreensões filosóficas, em especial o cuidado (*die Sorge*) heideggeriano, como forma de fundamentar

¹ Doutorando e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor do curso de Direito da FAI Faculdades. E-mail: diego.albrecht@seifai.edu.br

² FARIA COSTA, José Francisco de. Uma ponte entre direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena. **Linhas de direito penal e de filosofia**: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 208.

materialmente a ideia que será trazida, numa interessada aproximação com a ciência penal.

2 AS TESES FUNCIONALISTAS E A DEMASIADA ABERTURA AOS INFLUXOS DA POLÍTICA CRIMINAL: A NECESSIDADE DE UM ARGUMENTO DE VALIDADE

A estruturação da ordem jurídico-penal pode dar-se a partir de duas diferentes realidades (a pena e o crime), dando origem a duas distintas formas de pensar o direito penal³. Se construímos o direito penal a partir da pena, isto é, das consequência da violação, aproximamo-nos das teses funcionalistas (Roxin, Figueiredo Dias, Jakobs)⁴, o que, quanto a nós, acarreta uma série de problemas. Tentemos explicar.

Desde Franz Von Liszt, a dogmática penal, a criminologia e a política criminal constituem o modelo tripartido denominado *ciência conjunta (total ou global) do direito penal*⁵. Originalmente, as duas últimas podiam ser consideradas ciências auxiliares da primeira; hoje, porém, as coisas podem ser vistas de outra perspectiva, em virtude do predomínio das orientações de cunho funcionalista, que se materializam em um pensamento que se guia por uma racionalidade estratégica e não discursiva, “orientada por um princípio de optimização na realização de um certo objectivo, em que a escolha da solução ou da acção entre as soluções ou acções possíveis se determina pelos efeitos, lográveis nas circunstâncias, que melhor realizem esse objetivo”⁶.

No âmbito penal, esse predomínio acarreta uma submissão da criminologia e, sobretudo, da dogmática aos influxos nem sempre democráticos da política

³ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 45

⁴ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**: parte general: fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, *passim*. JAKOBS, Günther et. al. **Direito Penal e Funcionalismo**. Coordenação de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Tradução de André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli e Lúcia Kalil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 31-52. ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general, tomo I. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, *passim*. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime, tomo I, 1. ed. brasileira e 2. ed. portuguesa. São Paulo: RT, 2007, *passim*.

⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas Básicos da Doutrina Penal**: sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 6.

⁶ CASTANHEIRA NEVES, A. Entre o <<legislador>>, a <<sociedade>> e o <<juiz>> ou entre <<sistema>>, <<função>> e <<problema>> - Os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 28.

criminal⁷. Por outras palavras, a legitimação da intervenção penal parece estar se afastando da necessária fundamentação axiológica e se aproximando, cada vez mais, de argumentos utilitaristas. O nosso tempo parece perceber o político como protagonista absoluto e as leis como meros instrumentos disponíveis à realização da sua intencionalidade⁸, que outra não é senão alcançar a finalidade político-criminalmente estabelecida, consubstanciada na ideia de contenção da criminalidade⁹.

É certo que o Estado, impulsionado por uma racionalidade finalística (*Zweckrationalität*)¹⁰, deve elaborar estratégias para alcançar as finalidades que lhes são próprias¹¹, uma vez que a política criminal é uma atividade cuja “concretização se leva a cabo através de actos intencionados, previamente definidos, que, por seu turno, pressupõem uma racional utilização dos meios adequados à prossecução daqueles objectivos”¹². Nesse cenário, o tipo legal de crime emerge como principal mecanismo instrumento para o atingimento das referidas intencionalidades, porquanto é inegável que a norma de direito penal expressa uma escolha política por meio do qual se pretende proteger um determinado bem jurídico¹³.

No entanto, a possibilidade de tipificação de condutas com o propósito de satisfazer interesses ou finalidades político-criminais, enquanto poder que é, precisa de limites rígidos ao seu exercício¹⁴. Dito de outro modo, como Castanheira Neves corretamente observa, “o direito só o temo verdadeiramente, ou autenticamente como tal, com a *instituição de uma validade* e não como mero instrumento social de racionalização e satisfação de interesses ou de objectivos político-sociais”¹⁵. Em

⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas Básicos da Doutrina Penal**, p. 23. O autor acrescenta que “as categorias e os conceitos básicos da dogmática jurídico-penal devem agora ser não simplesmente ‘penetrados’ ou ‘influenciados’ por considerações político-criminais: eles devem ser *determinados e cunhados* a partir de proposições político-criminais e da função que por estas lhes é assinalada no sistema.” Ademais, a política criminal “torna-se em ciência competente para definir, em último termo, os *limites da punibilidade*”. (Ibidem).

⁸ CASTANHEIRA NEVES, A. Entre o <<legislador>>..., p. 16.

⁹ FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal** (*Fragmenta Iuris Poenalis*): introdução. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 77.

¹⁰ CASTANHEIRA NEVES, A. Entre o <<legislador>>..., p. 24.

¹¹ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em Direito Penal**: contributo para a sua fundamentação e compressão dogmáticas. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 570.

¹² FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em Direito Penal**..., p. 570.

¹³ FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**..., p. 76.

¹⁴ FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**..., p. 71.

¹⁵ CASTANHEIRA NEVES, A. Entre o <<legislador>>..., p. 34.

resumo, a opção política de criminalização¹⁶ exige um argumento de validade, um sentido normativo¹⁷ apto a legitimá-la.

Na nossa forma de ver as coisas, referido argumento de validade não pode ser buscado no interior da própria política criminal, sob pena de incidirmos num raciocínio autorreferente. Pensamos, em verdade, que essa busca deve ser feita no âmbito da normatividade penal, desde que esta seja corretamente concebida, o que demanda uma aproximação à Constituição, de modo que figure como ponto de encontro de direitos e garantias fundamentais, afastada, portanto, de uma matriz positivista estéril¹⁸.

D'Avila corretamente observa que, em um Estado Democrático de Direito, “a delimitação do espaço de legitimidade propiciado pela análise normativa deve, necessariamente, preceder a reflexão em termos de adequação e utilidade por parte da política criminal”¹⁹. Dito de outro modo, um interesse político-criminal só poderá ser perseguido se respeitar os limites de legitimidade estabelecidos pela normatividade penal e constitucional²⁰. Com isso, opera-se um resgate da conhecida ideia de von Liszt, de que o direito penal é a barreira intransponível da política criminal (*das Strafrecht ist die unübersteigbare Schranke der Kriminalpolitik*)²¹. A dogmática penal não é, nesse contexto, apenas “o instrumento prioritário de que se serve a política criminal para o seu derradeiro objectivo (contenção da criminalidade) mas é outrossim o limite insuperável da própria política criminal”²².

Uma vez afirmada a necessidade de se fixar um sentido ou limite normativo aos anseios político-criminais, tentemos definir tal limite iluminados por aquele que entendemos ser a forma mais adequada de ser compreender o direito penal. De forma clara e impressiva: tentemos aproximar a filosofia e o direito penal, expondo a compreensão ontoantropológica do direito penal e a sua ressonância em âmbito normativo.

¹⁶ Faria Costa menciona que “se nem todas as criminalizações de condutas violadoras de bens jurídicos são legítimas, forçoso é também aceitar, mesmo que só em termos lógico-argumentativos, que nem todos os meios – neste contexto, isto é, nem todas as técnicas de construção do tipo – merecem o juízo abonatório de incontestada legitimidade” (FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em Direito Penal**..., p. 571).

¹⁷ Sentido normativo que deve ser compreendido enquanto “justificação superior e independente das posições simplesmente individuais de cada um” (CASTANHEIRA NEVES, A. Entre o <<legislador>>..., p. 34).

¹⁸ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**..., p. 34-35.

¹⁹ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**..., p. 32.

²⁰ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**..., p. 33.

²¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas Básicos da Doutrina Penal**, p. 10.

²² FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções fundamentais de direito penal**..., p. 79.

3 REFLEXÕES SOBRE A RELAÇÃO MATRICIAL ONTOANTROPOLÓGICA DE CUIDADO-DE-PERIGO E SUA RESSONÂNCIA NO ILÍCITO PENAL: O CUIDADO (*DIE SORGE*) COMO FUNDAMENTO

No tópico anterior, expusemos o predomínio atual da política criminal em âmbito penal, fruto da disseminação das orientações funcionalistas, e a necessidade de se estabelecer um limite, um argumento de validade apto a legitimar a intervenção penal. Quanto a nós, dita validade só pode ser encontrada se pensarmos o direito penal a partir do ilícito, o que é feito – e bem – pela fundamentação ontoantropológica de cuidado-de-perigo de Faria Costa²³, que se tentará desenvolver a partir de agora.

Trata-se de uma construção marcada por uma matriz ontológica, por “um ‘ontologismo social’ de raiz heideggeriana”²⁴, que, em termos dogmáticos, traduz uma “concepção de ilícito penal estabelecida fundamentalmente na ofensa a interesses objetivos, no desvalor que expressa a lesão ou pôr-em-perigo a bens juridicamente protegidos”²⁵. Ilícitude que não se contenta com o mero preenchimento dos requisitos formais da tipicidade, antes constitui uma categoria dogmática que deve ser materialmente informada pelo requisito da ofensividade.

Como D’Avila²⁶ acertadamente adverte, “esta compreensão do direito penal pretende também corresponder à ressonância, em âmbito normativo-dogmático, do modo mais íntimo de ser do homem em comunidade”. Para tanto, busca seu fundamento em uma relação ontoantropológica de cuidado-de-perigo, o que demanda o resgate da *Sorge* de Heidegger, sob o olhar interessado da sua ressonância na discursividade penal.

Essa aproximação é possível, tendo em vista que, como afirma Stein, “Heidegger abre com a fenomenologia existencial, simbolizada com a alegoria da cura, um espaço não metafísico, isto é, uma dimensão posta no espaço reservado pelo encurtamento hermenêutico. As ciências humanas se determinam a partir do cuidado”²⁷. Se é verdade que o problema do ser jamais será determinado

²³ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em Direito Penal...**, *passim*.

²⁴ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em Direito Penal...**, p. 248.

²⁵ D’AVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade em direito penal...**, p. 46.

²⁶ D’AVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade em direito penal...**, p. 46.

²⁷ STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e Tempo”**. Petrópolis: Vozes, 1990, p. 89.

objetivamente, também o é que ele pode ser vigiado em sua manifestação inesgotável²⁸. Por isso é que, sem qualquer pretensão de esgotamento filosófico, o presente escrito buscará realçar os pontos do pensamento heideggeriano que lhe são mais importantes. Nesse sentido, portanto, proceder-se-á a uma leitura interessada do homem como ser-no-mundo, em uma ontologia social qualificada pela construção heideggeriana.

O direito penal, explicado a partir dessa relação matricial ontoantropológica de cuidado-de-perigo, questiona acerca do sentido do ser e a sua relação com o cuidado²⁹. Trata-se de uma fundamentação que instaura um fértil espaço de interrogação do ser e da sua relação com o cuidado, da relação do ser do homem com o cuidado originário³⁰.

Heidegger³¹ explica essa interação entre o ser do homem e o cuidado originário (*die Sorge*) por intermédio de uma alegoria, ou melhor, por meio da *Fábula de Higino*, registrada como a de número 220. A importância da fábula pode ser expressa na seguinte passagem de Stein³²: “é, portanto, com esta alegoria que Heidegger encerra a apresentação do seu trabalho da analítica existencial: a *definição do estar-aí como cuidado*”.

A elucidativa e surpreendente alegoria utilizada por Heidegger possui detalhes carecedores de atenção. O Cuidado foi o formador do homem, de modo que constitui a origem do ser do homem. Como afirma D’Avila³³, “é nas mãos e pelas mãos do Cuidado que o homem alcança o ser-homem, de modo que, por justiça, em uma irremediável vinculação à origem primeira, o Cuidado irá possuí-lo enquanto ele viver”.

²⁸ STEIN, Ernildo. **Uma breve introdução à filosofia**. Ijuí: Unijuí, 2002, p. 22.

²⁹ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal...**, p. 47.

³⁰ Cuidado originário que é aqui compreendido enquanto verdadeira “tensão expectante de abertura e alerta” (FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em Direito Penal...**, p. 319).

³¹ “Quando um dia o Cuidado atravessou um rio, viu ele terra em forma de barro: meditando, tomou uma parte dela e começou a dar-lhe forma. Enquanto medita sobre o que havia criado, aproxima-se Júpiter. O Cuidado lhe pede que dê espírito a esta figura esculpida com barro. Isto Júpiter lhe concede com prazer. Quando, no entanto, o Cuidado quis dar seu nome a sua figura, Júpiter o proibiu e exigiu que lhe fosse dado o seu nome. Enquanto o Cuidado e Júpiter discutiam sobre os nomes, levantou-se também a Terra e desejou que à figura fosse dado o seu nome, já que ela tinha-lhe oferecido uma parte do seu corpo. Os conflitantes tomaram Saturno para juiz. Saturno pronunciou-lhes a seguinte sentença, aparentemente justa: Tu, Júpiter, porque deste o espírito, receberás na sua morte o espírito; tu, Terra, porque lhe presenteaste o corpo, receberás o corpo. Mas porque o Cuidado por primeiro formou esta criatura, irá o cuidado possuí-la enquanto ela viver. Como, porém, há discordância sobre o nome, irá chamar-se *homo* já que é feita de *húmus*.” Valemo-nos da tradução realizada por Ernildo Stein (STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e Tempo”**..., p. 87-88).

³² STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e Tempo”**..., p. 87.

³³ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal...**, p. 48.

Ou, nas palavras do próprio Heidegger³⁴ - que, embora longas, merecem ser transcritas -,

esse testemunho pré-ontológico adquire um significado especial não somente pelo fato de ver a 'cura' como aquilo a que pertence a presença humana 'enquanto vive', mas porque essa primazia da cura emerge no contexto da concepção conhecida em que o homem é apreendido como o composto de corpo e espírito. Cura *prima* finxit: esse ente possui a 'origem' de seu ser na cura. Cura teneat, quamdiu vixerit: esse ente não é abandonado por essa origem, mas, ao contrário, por ela mantido e dominado enquanto 'for e estiver no mundo'. O 'ser-no-mundo' tem a cunhagem da 'cura', na medida do ser.

Stein refere que "o ente não é desligado desta origem, mas é preso por ela, é por ela perpassado enquanto este ente 'está no mundo'. O 'estar-no-mundo' possui a marca ontológica do 'Cuidado'".³⁵

A contribuição do Cuidado e o que lhe competirá no homem durante o seu viver não está, pois, na matéria que constitui o ser – ou seja, no *humus* que lhe confere o nome -, antes está no ser do ser-aí. Por isso é que a decisão é proferida por Saturno, o tempo, que impõe ao ser, durante toda a sua vida, a vinculação originária, o entrelaçamento com o Cuidado. Assim, é no chamamento da historicidade que o ser do ser-aí estará irremediavelmente preso, como ser-para-a-morte³⁶.

O homem é "criatura do Cuidado"³⁷. Essa contundente afirmação, fruto da analítica existencial de Heidegger³⁸, ao ser lida à luz do direito penal, traz uma riqueza de significados que, se não podem ser aqui totalmente contemplados, merecem ao menos algumas linhas. O Cuidado de Heidegger é, visivelmente, uma categoria existencial, o que não a impede de ser percebida como elemento essencial do existir para, na esteira de Faria Costa, buscar a sua dimensão relacional que apenas na pessoa do outro ganha sentido. Ou seja, "a 'Sorge' é transposição da 'minha' inquietação originária que se quer ver aplacada na solidariedade de todos."³⁹

³⁴ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**: parte I. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 264.

³⁵ STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre "Ser e Tempo"**..., p. 88.

³⁶ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**..., p. 48.

³⁷ STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre "Ser e Tempo"**..., p. 99.

³⁸ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**..., p. 48.

³⁹ Cuidado originário que sempre encontra, a partir da fragilidade do ser, a busca por segurança. Segurança esta que não representa um estágio caracterizável pela total ausência de perigo ou pela possibilidade de defesa contra atos agressores. "A segurança, a 'minha' segurança, passa pela

O homem é, portanto, cuidado. Contudo, esse cuidado somente encontra o seu sentido no momento em que se projeta no seio das relações sociais. O que demonstra que “é o cuidado para com o ‘outro’ que nos responsabiliza, porque só também por esse ato o ‘meu’ cuidado tem sentido quando se vira sobre si mesmo.”⁴¹

Daí a interessante afirmação de D’Avila⁴², no sentido de que

ser-se é, assim, cuidar-se, mas é também ser-se-com e, portanto, nessa abertura do ser para com o outro, cuidar-se é cuidar também do outro, como expressão elementar do ser-no-mundo que, sendo, projeta-se, em sua fragilidade, no outro, e cuidando-se, no cuidado-para-com-o-outro. A ação de ser-se-no-mundo, que é sempre uma ação de ser-se-com, atira o ser-aí em uma teia de relações recíprocas de cuidado que estruturam e dão consistência ao ser comunitário.

Nesse compasso é que, são palavras de Faria Costa⁴³, “o cuidado individual, isto é, o cuidado do “eu” sobre si mesmo, só tem sentido se se abrir aos cuidados para com os outros, porque também unicamente desse jeito, unicamente nessa reciprocidade, se encontra a segurança, a ausência de cuidado, a carência de perigo”, em uma comunidade que se desenvolve, inegavelmente, em meio a perigos de variadas ordens.

Portanto, o cuidado e o perigo são, sem rodeios, duas projeções da mesma realidade.⁴⁴ É no perigo e pelo perigo que o cuidado encontra a sua razão de existir,

abertura solidária com que ‘eu’ me ‘seguro’ com os outros e pelos outros. O étimo fundante da segurança está, por consequência, em uma ideia de pluralidade, de teia plural, de ramificações dialógicas em que o ‘ter’ é a presença mas em que o ‘ser social’ é presença redobrada. Redobro consistente, porque o ser-aí-diferente é, a um tempo, manifestação da individualidade que o ‘ter’ desencadeia, mas também sociabilidade que esse mesmo ‘ter’ não pode deixar de pressupor. Duplicidade de afirmação que se perfila em duas vertentes. Em primeiro lugar, pelo cuidado, a segurança, que individualmente cada membro da comunidade tem para consigo mesmo, porque é impensável o ser-aí-diferente sem a afirmação da sua própria e ‘cuidada’ existência. FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em Direito Penal**, p. 249.

⁴⁰ FARIA COSTA, José Francisco de. *O perigo em Direito Penal*, p. 250. O autor português ainda esclarece que “não nos parece, contrariamente ao que defende José Enes [...], que o facto de Heidegger entender a Sorge como uma categoria existencial, isso a impeça de ser percebida como peça essencial do ek-sistir. Por certo que o ‘cuidado constitui o modo dinâmico do ser que pensa’ [...] Também por inteiro vai o nosso acordo ao reflectir-se que ‘o mundo, onde ser-se é o cuidar-se do ser que se é sendo-se em acção de ser-se, não se ergue, por isso mesmo, em mundo armado pelo jogo da concitação do quarteto à compreensão mundanal. Trava-se, antes, em um mundo de seres ligados pelo agir recíproco por que todos são no com-ser em acção de com-ser-se [...] Porém, o que se reafirma, em nosso entender, não vai contra a Sorge de tonalidade heideggeriana. Esta, se bem que vocacionada por um primado originário da existência, é também estrutura relacional que só das e nas relações dos outros pode ter sentido”. (Ibidem)

⁴¹ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em Direito Penal...**, p. 381.

⁴² D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal...**, p. 49.

⁴³ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em Direito Penal...**, p. 319.

⁴⁴ Eis a razão pela qual, por ser o perigo aqui compreendido como ideia inscrita onto-antropologicamente nas comunidades humanas, faz sentido que com base nessa ideia se torne

razão pela o qual o cuidado é, sempre, cuidado-de-perigo.⁴⁵ No seguimento de Faria Costa⁴⁶, é possível afirmar que “o perigo e o cuidado são uma matriz ontológica do ser-aí-diferente comunitariamente inserido, de tal modo que o ser-aí-diferente e a comunidade jurídica que lhe subjaz assumem-se (são) como estruturas ontológicas de cuidado-de-perigo.” A partir disso, a partir dessa matriz ontológica é possível encontrar o próprio fundamento ontológico do direito penal, por meio de sua ressonância jurídico-normativa.

Dessa relação ontológica de cuidado-de-perigo, que joga o eu ao encontro com o outro, no qual e pelo qual o ser-no-mundo se desvela e se conhece, decorre uma teia de cuidados recíprocos que estrutura o ser comunitário. E é precisamente na prejudicial oscilação dessa teia de cuidados que o Direito penal buscará os elementos fundamentadores do seu núcleo, isto é, do ilícito. Ou seja, nas palavras de D’Avila⁴⁷, o ilícito

nada mais é que a expressão jurídico-penal da desvaliosa oscilação da tensão originária da relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo. Não obviamente qualquer oscilação, mas apenas aquela que, aos olhos da comunidade historicamente situada, é tida por insuportável.

Nesse sentido, sob o olhar interessado da proposta aqui feita, a perversão da relação matricial onto-antropológica de cuidado-de-perigo é trazida para o Direito penal por intermédio da mediação de bens jurídicos, ou seja, por meio da punição de condutas que representem uma ofensa aos bens reconhecidos pela comunidade como dignos de tutela penal.

Enfim, tal caracterização pretende que o crime seja compreendido, materialmente, como uma forma de perversão da relação de cuidado-de-perigo do

legítima a indagação acerca da “percepção dos elementos primeiros que constituem o cerne jurídico-relacional do viver entre os homens [que] passa-se em uma dimensão de fundamentação legitimadora. FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em Direito Penal...**, p. 346.

⁴⁵ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal...**, p. 49. Já vimos que a comunidade (jurídica) se assume e se assumiu sempre como uma comunidade de cuidados. Cuidado do ser-aí-diferente para consigo mesmo e para com os outros e ainda o cuidado do ser-todos para com os particulares e únicos seres-aí-diferentes. Porém, a comunidade jurídica é uma comunidade de cuidados porque lhe pertence também a qualidade de ser uma comunidade de perigos. O ser-aí-diferente, desde o instante originário da passividade desperta é um ser confrontado com perigos e que tende inapelavelmente para a morte, a qual é o centro e vértice, no imaginário primitivo e não só, de todos os males e de todos os perigos. Daí que a comunidade jurídica se caracterize também, ontologicamente, como comunidade de perigos em cuja tensão superadora se inserem os cuidados. FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em Direito Penal...**, p. 327.

⁴⁶ FARIA COSTA, José Francisco de. FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em Direito Penal...**, p. 327.

⁴⁷ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**, p. 49.

eu para com o eu e do eu para com o outro. E, assim sendo, é perfeitamente possível buscar no princípio da ofensividade aquilo que evidencia o atingimento, “intolerável atingimento, reitere-se, da relação matricial de cuidado-de-perigo.”⁴⁸

3 CONCLUSÃO

Vimos que a ordem jurídico-penal pode ser estruturada a partir de dois elementos fundamentais: a pena e o crime. As teses funcionalistas, hoje aparentemente predominantes, são edificadas com base no primeiro elemento ou, talvez melhor, nas suas possíveis funções. Tal estruturação acaba por alçar a política criminal à posição de principal vertente da ciência conjunta do direito penal, o que tende a deixar o sistema penal sem limites, visto que não se estabelece qualquer óbice ou pressuposto de legitimidade em face das pretensões político-criminais.

À luz de um tal contexto, entendemos ser necessário o estabelecimento de um argumento de validade, de um sentido normativo capaz de condicionar e limitar as estratégias de contenção da criminalidade. Quanto a nós, dito sentido normativo pode ser vislumbrado na noção de ofensividade, desde que esta seja corretamente compreendida a partir daquela que entendemos ser a forma correta de se perceber o direito penal, precisamente a compreensão ontoantropológica formulada por Faria Costa. Esta orientação, que parte de uma interessada percepção da *Sorge* heideggeriana, erige o desvalor de resultado, ou seja, a ofensividade à condição de pedra angular do ilícito-típico.

Isso é possível na medida em que a ordem penal consagra, por intermédio dos tipos de ilícito, determinados valores – preexistentes à norma, logicamente – socialmente considerados dignos de tutela penal. A violação de tais valores, no modo previsto pelo respectivo tipo penal – lesão ou perigo –, traduz uma específica forma de ofensa. Devemos lembrar, apenas, à luz de tudo o que foi dito aqui, que por mais sinceras e bem intencionadas que sejam as pretensões político-criminais, elas sempre terão de respeitar o pressuposto de legitimidade fixado pela noção de ofensividade, sem a qual qualquer incriminação será, inapelavelmente, ilegítima.

⁴⁸ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**, p. 50.

REFERÊNCIAS

CASTANHEIRA NEVES, A. Entre o <<legislador>>, a <<sociedade>> e o <<juiz>> ou entre <<sistema>>, <função>> e <<problema>> - Os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra: Coimbra, 1998.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FARIA COSTA, José Francisco de. **O Perigo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

_____. Uma ponte entre direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena. **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra, 2005

_____. **Noções fundamentais de direito penal: fragmenta iuris poenalis**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas Básicos da Doutrina Penal**: sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra, 2001.

_____. **Direito Penal**: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime, tomo I, 1. ed. brasileira e 2. ed. portuguesa. São Paulo: RT, 2007.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**: parte I. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**: parte general: fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther et. al. **Direito Penal e Funcionalismo**. Coordenação de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Tradução de André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli e Lúcia Kalil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general, tomo I. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006.

STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e Tempo”**. Petrópolis: Vozes, 1990.

_____. **Compreensão e Finitude**: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: Unijuí, 2001.

_____. **Uma breve introdução à filosofia**. Ijuí: Unijuí, 2002.