

---

# *APROXIMAÇÃO FENOMENOLÓGICA DO PRINCÍPIO JUSTIÇA E A FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO PENAL*

---

*Prof. J. Luis Câmara<sup>1</sup>*

## **A QUESTÃO DOS FUNDAMENTOS**

No âmbito da reflexão jurídico penal é preciso que seja estabelecida uma premissa *a priori*, a de que três perguntas fundamentam a natureza científica deste ramo do direito público. São elas: Por quê punir? O quê punir? Como punir? Em torno destas questões se elabora todo o saber jurídico penal. A elas outras questões se agregam para outorgar maior detalhamento ou refinar aspectos específicos que, entretanto, estará sedimentado nos questionamentos apresentados.

Ao observar as questões fundamentais do direito penal percebe-se que em nenhuma das indagações se está diante de uma reflexão exclusivamente penal. Em todas estão implicados aspectos vinculados à sociedade, à economia, ao estudo da

---

<sup>1</sup> Prof. Adjunto de direito penal da faculdade de direito da UERJ,

personalidade humana, à política, etc ... No âmbito exclusivamente penal está inclusa a questão sobre a construção estrutural da norma incriminadora. Sua construção linguística. As questões: o quê, como e por quê são, a toda evidência, questões que se referem aos próprios fundamentos do direito penal e que se constituem em questões correlacionais, ou seja, questões que visam estabelecer uma correlação entre fundamento e objeto fundado. Este tipo de questionamento tem sua sede na filosofia. Isto se dá de vez que a relação da fundamentação carece de uma análise que a confirme ou que a infirme. Esta análise é, por si só, carente de uma atitude tipicamente filosófica que lhe assegure um resultado válido. O uso da lógica, da dialética, da análise, das aporias, etc são empréstimos que a filosofia faz, enquanto método, aos conhecimentos em geral e, neste caso, ao direito penal em particular. Entretanto, ao atentarmos para a forma como deles faz uso o direito, percebe-se que se acham inteiramente submetidos aos artifícios que a cultura, submetida a massacrante produção de sentidos técnica, engendra para o direito. Isto se dá pela sujeição do objeto de análise à ordem estabelecida pelos poderes que engendram o mundo da técnica circundante. Conforme adverte Aquiles Guimarães

*“Se o artificialismo engendrado pela tecno-ciência vem dominando tão soberanamente a esfera político-econômica na crença de que a vivência da humanidade se reduziria ao binômio política-economia, não vemos outra alternativa para a pergunta sobre fundamentos senão aquela relacionada com uma simplíssima questão assim enunciada: onde está a origem de toda essa parafernália constituidora da ordem jurídica ?”(2000. p.64)*

Assim o sentido técnico realiza, concretamente, um sem sentido, posto que fundado em si mesmo. Evidencia o solipsismo em que se insere, embora busque de forma pretensiosa argumentos que o legitimem. Subsiste então a indagação sobre qual seria a

origem dessa dita 'parafernália'? O próprio Guimarães responde: “no **próprio homem, na pessoa humana**, na subjetividade, na vontade, em síntese, na intencionalidade da consciência, fator diretriz do inteiro universo da constituição da ordem jurídica” (idem. p. 64). Com isso, pode-se consignar que é no homem e na intencionalidade com que este institui o direito e em especial o direito penal, que iremos lobrigar a parâmetros de validade. Em consequência desta constatação, e ante a multiplicação de proposições técnicas ditadas pelas urgências político-econômicas, propus a conceituação de uma eidética para o direito penal. Esta essência seria identificadora do fenômeno direito penal em qualquer sociedade e sob quaisquer determinações culturais posto que se assim não fosse não seria eidética. Por ela teríamos que o direito penal seja “Ramo do direito que se caracteriza pela eleição de valores, cuja lesão decorrente de um uso específico da liberdade do agente, ocasiona a incidência de uma sanção de natureza retributiva/punitiva e caráter estigmatizador” (Camara, 2013.p.149). Desnecessário tecer novas considerações sobre tal conceituação, para a qual indico o referido artigo e seu sucedâneo “Fenomenologia da Teoria da Justiça Penal”, apenas vejo por oportuno ressaltar que é o mundo circundante, erigido na cultura e na historicidade, que determinará os sentidos dos elementos constitutivos do conceito essencial. Uma rápida explicação se faz então necessária: o vivido intencional trás consigo um sentido que lhe é outorgado pela consciência no momento de sua constituição como objeto visado. Na verdade, adverte Husserl que se tratam de ‘sentidos múltiplos’ em razão de sua natureza noética, relativa à percepção do sujeito intencional, e dos diversos sentidos que é capaz de produzir e nos quais pode ser apreendido (Husserl, 2006, página 203). Encontram-se assim os vividos vinculados a diversas maneiras como tomamos posição em relação ao fenômeno. Cremos, supomos, valoramos, etc., em operações que relacionam o objeto a sentidos aferidos nos diversos níveis de vividos em que

são percebidos. Em todos, porém, somente a vinculação do sentido dado ao preenchimento do objeto e sua adequação às doações de sentido que foram efetuadas com base na sua inserção no fluxo dos vividos podem lhe conferir a pretensão de verdade. Assim, a afirmação de determinado sentido ao direito penal em algum de seus aspectos, estará vinculada à validade da pretensão dado seu caráter noético. No referido texto, tive ocasião de propor uma estrutura principiológica para evidenciar uma teoria da justiça penal. Assim, teríamos que o direito penal estaria assente em uma série de princípios fundadores que o correlacionariam com uma noção de justiça que, por sua vez, o legitimaria. Seria, então, uma estrutura diversa da simples identificação de princípios limitadores. Não se renega a função ou papel fundamental dos princípios limitadores, apenas, voltando a atenção para o direito penal como um dado a ser legitimado e dotado de sentido, passa-se a buscar um âmbito para sua evidenciação.

Impõe-se dar segmento ao tema buscando definir um direito penal que se adegue à necessidade de cumprir um papel na sociedade contemporânea segundo o reconhecimento do homem como valor fonte de todo o direito. Viabilizar esta função, permitindo as condições de liberdade, estabilidade, segurança, paz e desenvolvimento ético humano, seriam funções cumpridas, em *ultima ratio* pelo direito penal.

Tal busca, conforme dito, deve levar em conta que a existência de princípios limitadores do exercício do poder punitivo do estado não suprem essa necessidade. Os princípios usualmente invocados como fundadores do direito penal (culpabilidade, lesividade, exclusiva proteção de bens jurídicos, subsidiariedade, etc ...) dão conta do papel de ordenar e limitar o exercício do poder, mas não de fundamentá-lo enquanto atividade humana. Embora necessário

reconhecer que o homem se submete a manifestações de poder decorrente das estruturas organizadas para tanto, não será nelas que esse exercício se justificará segundo a ordem de necessidade de afirmar o sentido fundamental da sociedade: o homem em si. Como já tive oportunidade de dizer, é preciso “uma Teoria da justiça que insira, no âmbito de produção de enunciados penais concretos, os elementos essenciais de sua formulação” (Camara, 2015. p. 46). Esta teoria deve ter por base a reciprocidade e alteridade fundamentais às relações intersubjetivas, tais como Husserl percebe ao afirmar que “La empatia conduce a la constituición de la objetividade intersubjetiva de la cosa y por ello también del hombre” (Husserl. 2005. P. 211). As bases da empatia são exatamente a alteridade e a reciprocidade pelas quais percebemos o outro como um outro como nós. Esta condição nos permite perceber como nos sentiríamos se estivéssemos neste outro lugar.

*“This is precisely where empathy and sympathy start – not in the higher regions of imagination, or the ability to consciously reconstruct how we would feel if we were in someone else’s situation. It began much simpler, with the synchronization of bodies: running when others run, laughing when other laugh, crying when others cry or yawning when others yawn”.*  
(Wall, 2011)

Com isso podemos afirmar que, qualquer pretensão à constituição de um saber, notadamente um eminentemente prático, deve levar em consideração a apreensão da evidência da coexistência. O direito se dá justamente em razão desta coexistência necessária a que somos compelidos pela necessidade decorrente da própria existência. Nesta perspectiva, a redução da realidade jurídico penal a um conjunto de princípios limitadores e a uma essência jungidos a sistema político-culturais de aplicação, se mostra incapaz de satisfazer ao rigor que se pretenda atribuir a um saber prático dotado de efeitos tão intensos.

## **PRINCÍPIOS FUNDAMENTADORES DO DIREITO PENAL**

Ante a reflexão já realizada, chega-se à necessidade de buscar para o direito penal um status mais amplo que a simples limitação. Impõe-se uma proposta que se insira no campo da sua fundamentação. Neste campo deve-se pleitear a intersubjetividade como critério ou nível de evidenciação de conteúdos do mundo dos vividos. Isto porque, como já mencionado, é na relação com outros seres humanos que a necessidade de instrumentos formais de reprovação se mostra necessária. Fora deste campo estaríamos singrando o caminho da pura moral. Para se poder reivindicar o status pretendido, devemos assumir que o estabelecimento de premissas seja vital para a aferição de validade para cada proposta. Creio que o melhor método para se erigir premissas que fundem um sistema imbricado em outros sistemas seja o da adoção de princípios. Tal escolha se dá pela forma como o sistema de princípio se relaciona com as proposições. Então adotados a conceituação de princípio segundo a qual **princípio** é o que contém em si a razão de alguma outra **coisa**<sup>2</sup>. Nesta perspectiva teríamos que um sistema de princípios ensejaria uma relação sujeita à verificabilidade lógica a partir da adoção do princípio como premissa. No texto anteriormente mencionado, (revista fenomenologia e direito, volume 8, número 01) dissemos que no chamado princípio justiça teríamos o âmbito de evidenciação destes sentidos. Por princípio justiça deve-se entender a constatação fundamental de que na liberdade, na empatia, na reciprocidade e na igualdade encontramos os critérios determinadores da justiça em relação aos eventos produzidos no mundo dos vividos. Embora tenha tecido certos esclarecimentos a respeito no texto referido, devo agora decliná-los de forma sistemática.

---

<sup>2</sup> Tal proposição para a definição de princípio é devida a Christian Wolf segundo Abbagnano, Dicionário de Filosofia, página 792

## **LIBERDADE**

A liberdade é a condição de possibilidade para toda reflexão sobre a inserção humana na vida em sociedade. Não sendo reconhecida a capacidade humana para determinar-se segundo os componentes intencionais de suas ações enquanto percepções causais no mundo dos vividos, de nada adiantariam reflexões sobre responsabilidades, deveres, obrigações, funções, etc ... É no fato de ser causa de suas próprias ações que reside a noção de liberdade que introduz todas as possibilidades consequencialistas que o direito desenvolve. É neste campo de possibilidades que o eu penso realiza o eu concreto. Esta realização pressupõe uma atenção positiva do eu em relação à forma como o objeto de atenção se dá e é percebido. Assim um objeto determinado se apresenta à consciência, ao eu, que o percebe em um determinado estado ou nível de atenção pelo qual se impõe uma ação. É uma tomada de posição. Nesta o sujeito realiza sua liberdade e assume a responsabilidade. É bem verdade que nem sempre se está diante de um ato livre; ele pode ser livre ou condicionado. Deste modo cumpre a primeira análise intencional que fundamenta o direito penal com base em um princípio de justiça determinar a liberdade e o grau de liberdade em que o sujeito moveu sua atenção para assinalar determinado nível do fenômeno que o motivou ou determinou a agir. A constatação de que nem sempre haverá plena liberdade, nem plena condicionalidade, torna necessário se pensar em outro princípio fundamentador, além da Justiça, que sirva para modular esta liberdade e respectiva responsabilidade. Poderíamos chamá-lo de princípio responsabilidade. Naturalmente, tal princípio somente seria implicado após a identificação do primeiro princípio, o princípio justiça. Se não houver uma noção de justiça, ou como quer Aquiles Guimarães, uma juridicidade, na incidência do direito penal, por se tratar de uma ação despida de intencionalidade, por exemplo, não

se chega a uma análise de segundo grau. Fica-se no primeiro nível e conclui-se que a questão não se sujeita a uma relação noético-noemática inserida no fluxo das relações de direito penal.

## **EMPATIA**

Tendo sido posto por Husserl, conforme visto acima, como doador de sentido ao homem nas relações intersubjetivas, a empatia conduz ao objetivo na intersubjetividade. Por ela temos o outro como um eu-outro. Nela nos identificamos reciprocamente como espécie. Por ela nos permitimos supor ter acesso a níveis perceptivos análogos aos dos outros membros da sociedade. Nessa ligação empática insere-se uma atenção específica que nos faz ter atenção nos outros em um nível de compreensão. Onde não existe a empatia a atenção se dá em outras bases. Por exemplo, podemos nos ver na condição de alguém que realiza um ato juridicamente reprovável e compreendê-lo por nossos próprios meios e níveis de atenção, correlacionando com percepções auridas de nossa memória (atenção às vivências que já tivemos). No caso de um não humano (animais), ao vermos suas ações podemos sentir pena, ou espantarmo-nos, mas não haverá identificação conosco a não ser que realizemos aquele ato da atitude natural em que substituímos o sujeito pela identidade humana. Vejo o acontecimento e projeto os sentimentos humanos de que sou portador para compreender a situação. Então surge uma reação tipicamente sentimental, ter raiva ou ter repugnância por animais que realizam atos tipicamente animais (um carnívoro devorando sua presa, por exemplo). Não há empatia nestes casos por ausência da alteridade essencial. Porém, não significa que não haja sentimentos nobres como a piedade, compaixão, carinho etc... Neste aspecto, está implicada uma noção de empatia que decorre da atenção voltada à percepção de possibilidades. Não se trata então da

simpatia que Scheller condicionava à idêntica percepção produtora da chamada fusão emocional. A fusão somente ocorre entre pessoas que efetivamente vivenciaram as mesmas experiências. É um poder colocar-se na condição da outra pessoa e supor suas percepções.

## **RECIPROCIDADE**

Trata-se da forma como, enquanto seres dotados de liberdade e reconhecendo a outros seres humanos como igualmente dotados dela e investidos na mesma capacidade de usá-la e senti-la pela empatia, vemo-nos na condição de esperar ou exigir, tratamento igual. Em certos campos do direito a reciprocidade adquire o status de princípio autônomo e fundamental como no caso das relações internacionais. No âmbito das relações intersubjetivas, ela é usualmente merecedora de um cotejamento que lhe dote de contornos mais gerais. O trato recíproco não pode ser excluído, mas deve considerar diferenças implicadas na possibilidade de exercício da liberdade e identificação empática. Situações extremas podem ser acessadas muitas vezes apenas pelo recurso à imaginação. Neste caso, a reciprocidade se dá pela atenção intencional mediada pelo fluxo dos vividos elaborado segundo descrição de estados de espírito estimados. Seria como analisar o caso dos exploradores de caverna, presos nela, e que para sobreviver, enquanto aguardam o resgate, tenham que matar um dos seus. Neste caso, devemos aceitar que, embora não haja a experiência pessoal a ditar as percepções, elas se inserem no campo de potencialidades do eu, a ele posso recorrer como possibilidade decorrente da potencialidade para realizar atos livres de que o eu dispõe.

## **IGUALDADE**

Para constituição de um princípio de justiça com as bases propostas, a igualdade se erige em condição fundamental. Isto se dá posto que, embora se reconheça que absoluta igualdade não existe, realizadas as compensações ditadas pela liberdade e pela reciprocidade, emerge uma igualdade fundamental. Trata-se de uma igualdade ontológica decorrente de nossa condição humana. Nela são consideradas as diferenças e as potencialidades realizadas ou não para encetar a noção de uma percepção ética do ser humano. Nela somos iguais em nossas potencialidades, ainda que reconhecida a diferença de afecções, mas somos distintos em nossas atualidades. Então é no reconhecimento do dever que se projeta o aspecto fundamental, eidético, desta igualdade. Mas é preciso ressaltar que se trata de um dever hipotético, ante a sua condição de potencialidade.

## **PRINCÍPIO JUSTIÇA**

Assim chegamos a termo em condições de definir o que se pode estabelecer como o princípio justiça, ensejador de uma fundamentação eidética para aplicação do direito penal que respeite aos aspectos de o que, como e por que, punir. Ele não fundamenta isoladamente o direito penal. Nem pode pretender que assim seja. Por ele temos as bases para instituição da reprovabilidade e a justificativa para incidência de uma forma de tratamento da questão. Assim, aos que agem com liberdade, conscientemente dando causa a estas ações, a partir da atenção que voltam à prática de atos intencionais, em detrimento de outro que se reconhece ou que se deveria reconhecer como si mesmo, em uma conduta e intensidade que se percebe para si mesmo como ofensiva, em uma

situação onde as possibilidades se colocam da mesma forma em valores postos como objeto da ação intencional, se preenchidos os demais elementos inerentes à essência de crime (violação de valores consubstanciados em bens jurídicos reconhecidos pela coletividade ou pela natureza ética do ser humano com valiosos), que seja imposta uma sanção que deverá, por sua vez, revestir-se dos mesmos requisitos de justiça, para ser imposta na forma de condenação a uma pena. Pena que também deverá obedecer aos mesmos requisitos de justiça estabelecidos. Percebe-se, nitidamente, que todo este aparato lógico apenas explicita o princípio justiça tradicional, conhecido como regra áurea, que por imperativo lógico categórico, rege as relações sociais, qual seja o de, na vida em sociedade, onde estamos sujeitos ao princípio da coexistência obrigatória, devemos fazer a outrem aquilo que esperamos e gostaríamos que outrem nos fizesse.

Naturalmente que, em razão da especificidade da demanda penal, outros princípios devem ser evidenciados à atenção da consciência para a formulação de sanção em sua natureza, intensidade e duração. Tal desiderato, porém, ultrapassa os limites da presente reflexão devendo, portanto ser deixados para outra.

## **REFERÊNCIAS:**

- GUIMARÃES, Aquiles C. "Pequena introdução à filosofia política. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda. 2000.
- HUSSERL, Edmund. "Idéias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica". Trad. Márcio Suzuki. Aparecida, São Paulo: Idéias e Letras, 2006.
- HUSSERL, E. (2005). Ideas relativas a una fenomenología pura y una filosofía fenomenológica. Libro segundo Investigaciones Fenomenológicas sobre La Constitución". Trad. Antonio Zirion Q., Universidade Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Filosóficas. Fondo de Cultura Económica. 2005.
- WALL, Franz de. " The age of Empathy. Nature 's lessons for a kinder society". London, England: Souvenir Press, 2009.

