
FENOMENOLOGIA DO DIREITO PENAL: POR UMA TEORIA DA JUSTIÇA PENAL

Prof. Dr. Jorge Luis Fortes P. Câmara - Professor adjunto do departamento de direito penal da Faculdade de Direito da UERJ; Professor de Processo Penal Centro Universitário La Salle.

A crise do positivismo jurídico, muito bem apreendida por Radbruch em seus cinco minutos de filosofia do direito, nos colocou e coloca diante de uma questão fundamental: até quando se pensará que a dissociação entre direito e justiça é algo mais do que negar ao direito seu caráter essencial? Essa negação se dá por consequência da positividade em que o homem se lançou quando transpôs para o âmbito do direito a percepção de mundo em que já havia se enredado quando da construção do modelo técnico científico de mundo. Tal proceder se dá por um esquecimento que ele perpetra ao aferir os dados da consciência (vivências) através de uma perspectiva de pura objetividade. Isso ocorreu com o processo científico pelo qual se deu a dominação da natureza. Esta dominação despreza as categorias de a priori intencional e de eidética fundamental, categorias pelas quais o mundo adquire sentido em razão de uma intencionalidade que o constitui, enquanto objeto de conhecimento,

antes da vivência em si. Na relação que a consciência estabelece com as essências dos fenômenos, estes são apreendidos enquanto em si. Esta a razão porque bradam os fenomenólogos, de que é preciso retornar às coisas em si. A objetivação, ao contrário, dá aos fenômenos uma existência da qual a consciência somente tem percepção pela representação que deles se faz.

Explicemos esta questão à luz do direito. Quando, em uma atitude fenomenológica, se intenciona o direito, está sendo lançada uma luz, um sentido fundamental, sobre uma realidade a priori da coexistência humana. O direito é uma expressão deste dado a priori constituído pela consciência. Sua existência concreta não é negada, mas colocada entre parênteses para que, na intuição do fenômeno em si, suas essências possam ser apreendidas. Um contrato, por exemplo, é percebido na intenção de se estabelecer um vínculo voluntário com outra subjetividade, outra pessoa igualmente pressuposta de liberdade para intencionar o mesmo contrato, e na essência da vinculação que irá doar ao contrato seu objeto, compra e venda, prestação de serviço, arrendamento, etc ... Notemos como este processo se mostra distinto do que é apresentado pela ciência do direito. Nesta, usualmente, o contrato se apresenta enquanto fonte da obrigação que se constitui em seu objeto. Esta forma de construir os objetos, os fenômenos, que tomada emprestada às ciências naturais pelo positivismo, faz com que a "natureza" da obrigação se torne mais relevante do que aquilo sobre o que ela recai. Com isso, o direito em sua positividade, contribui para o aludido esquecimento. Ele promove o esquecimento da razão que moveu a consciência a intentar a contratação.

Este processo conduziu à crise, quando uma série de normas jurídicas foi implantada, produtoras da mais infame violência perpetrada por um Estado contra seus cidadãos de que se tem notícia. As leis de Nuremberg, que implementaram o caráter racista

e eugênico do Estado alemão, sob a égide do nacional-socialismo, estavam em absoluta consonância com as estruturas científico-causais, legitimadoras da ciência jurídica. Esta identificação entre legalidade e legitimidade, própria dos sistemas positivistas, conduziu à hecatombe do extermínio de milhões de seres humanos, reduzidos à pura objetivação de corpos a serem eliminados após sua perda de utilidade, às vezes até antes disso. Tal fato impulsionou uma reflexão quanto à necessidade de retornar à noção de teoria do direito, enquanto teoria da justiça, ou seja, dotar a percepção intencional dos fenômenos jurídicos de uma co-percepção de sua adequação com o apriori da justiça, enquanto fundamento eidético do direito, em sua pretensão legitimante. Reassociar estes fenômenos, embora resulte simplesmente da adoção de uma atitude fenomenológica, tem sido de extrema dificuldade ante o arraigado hábito da positivação objetivante do mundo. O caráter do poder político que concretiza o direito vem se mostrando avesso a esta associação essencial. A necessidade de produção de sentidos, segundo um senso de destinação que reduz o homem a produto das sociedades por ele criadas, encontra-se no cerne desta negação. Esta prática vem ganhando a denominação de funcionalização. Este embate, portanto, entre justiça e função, tem reverberado globalmente nas discussões sobre a prevalência deste ou daquele aspecto.

No geral, percebe-se que mesmo as teorias da justiça mais audaciosas, culminam por render-se a ponderações e cotejamentos que abrem espaço concreto para que valores humanos sejam objetivados em cálculos pretensamente exatos. Orçamentos e políticas públicas rivalizam com saúde e educação neste campo. Isso se dá por estarmos tratando de puras objetividades científicas, desprovidas de sentidos que somente pela consciência humana podem ser atribuídos aos fenômenos.

ASPECTOS OBJETIVOS DA CIÊNCIA PENAL

Quando da determinação de uma eidética para o direito penal, tivemos ocasião de observar que ele apresenta em sua conformação teórica, aspectos que o individualizam. Na ocasião firmou-se que, em essência, o direito penal seria “*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*”¹. Esta determinação apenas diz respeito ao direito penal enquanto percebido em sua essencialidade, por uma consciência que o intencione. Desta forma, retirando-se algum dos aspectos a priori determinados, ele passaria a ser descrito a conta de direito administrativo punitivo ou alguma outra manifestação do direito, mas não direito penal. Curioso notar-se que, aspectos políticos como a função reguladora do uso do poder punitivo do Estado, são estranhos a esta essencialidade e integram o campo da sua funcionalidade. Esta, porém, não é percebida a priori. Isso porque a função somente pode ser determinada com a inserção do fenômeno no fluxo dos vividos, no mundo da vida. Não existe outra forma de se apreender os sentidos funcionais se não pondo-os em ação. Esta compreensão, então, auxilia a tarefa de estabelecer os campos do a priori e do a posteriori: um eidético e o outro funcional. Mas, o que ocorre quando estes aspectos são confundidos em razão dos mencionados processos objetivantes do mundo denunciados por E. Husserl ao criticar a ciência europeia? Este o ponto fundamental desta reflexão.

A assim chamada ciência penal tem sido das mais pródigas em determinar funções para o direito penal (retributiva, preventiva, simbólica, etc...) e sempre o faz à guisa de fazer-lhe uma conceituação. Incorrendo assim no erro apontado acima, de

¹ CAMARA, Jorge Luis F. P. “PARA UMA EIDÉTICA DO DIREITO PENAL”, em Revista Fenomenologia e Direito, volume 06, número 1, disponível em <http://www.ifcs.ufrj.br/~sfjp/revista/volumes-antiores.html>

determinar uma essência por uma função que se espera que ela cumpra, a doutrina jurídica do direito penal cometeu o esquecimento da uma noção básica, a de que todo direito está submetido, em seu âmbito de validação eidético, a uma identidade entre ele próprio e a noção de justiça. Como visto, a ruptura desta associação representou a constituição do não direito, ou seja, sua negação. No caso do direito penal a construção de seu discurso legitimante tem se caracterizado por embates funcionais que antagonizam teorias redutoras, teorias abolicionistas e teorias plenificadoras ou simbólicas. Tanto umas quanto outras têm em comum o fato de produzir o encobrimento e conseqüente esquecimento de elementos indissociáveis à construção de um conceito de justiça.

A ESSÊNCIA DA JUSTIÇA

Em linhas gerais, pode-se dizer que justiça não poderia ser tida como um dado ou ente a priori. Ela seria muito mais adequada à noção de produto, de conseqüência. Ocorre que, conforme visto acima, os dados a priori são identificadores de essencialidades, ao passo que os fenômenos percebidos a posteriori são os resultados pelos quais se pode aferir se um fenômeno foi inserido em uma relação autêntica ou em um erro. A vivência da verdade, ou da autenticidade, se caracteriza pela síntese que promove entre a doação originária de sentido, uma proposição judicativa, e os objetos extraproposicionais aos quais se refira. Esta síntese é uma síntese de preenchimento que dá ao fenômeno sua condição de vivência da verdade. Em outros termos, se estabelecemos que, justiça está em tratar a todos de forma igual, ao vivenciarmos uma relação de tratamento racista, a desigualdade de tratamento não permitiria a realização da síntese de preenchimento com a noção a priori instituída como sendo justiça, assim se a chamássemos de justa

estariamos incorrendo em uma vivência do erro. Por outro lado, se dissermos que justiça é, em alguns casos, não dar tratamento diferente, sem um motivo que o justifique perante ambos os sujeitos, poderemos admitir que a inserção de normas que criam mais oportunidades para uns, em certas circunstâncias poderiam ser justas, estariamos tendo uma vivência da verdade.

Com isso, pode-se partir para determinar quais as bases que podem ser intuídas como essenciais à noção de justiça. Tal pretensão, se levada a sua dimensão mais ampla e completa, redundaria em tornar esta breve reflexão sobre o direito penal em um tormentoso tratado. Tal, porém, não ocorrerá. Isso porque nos basta, para os fins aqui delineados, estabelecer um parâmetro para aferição ou cotejamento das propostas de caráter funcional que medram no campo doutrinário e que, submetidas à pretensão totalitária própria das ciências exatas e suas leis, auridas da natureza, assumem a condição de protagonistas das discussões sobre o direito penal e seus desdobramentos.

É curioso notar que, na reflexão que se faz sobre estes aspectos da justiça, há uma forte influência das modernas pesquisas nos campos da etologia, da antropologia e da biologia. Estas pesquisas, já transpostas para o universo da ciência política, dentre outros, por Fukuyama, em suas “origens da ordem política”, vemos que o conceito essencial de justiça deve apresentar delineamentos amplos para poder se conformar aos aparatos técnicos de resolução de casos concretos. Esta é uma crítica possível de ser feita aos que elaboram teorias da justiça para o direito, já partindo da resolução destes casos como objeto e não como fim. Esta resolução, conforme já mencionado, se dá no âmbito do mundo da vida, o mundo concreto, das manifestações reais à consciência. Este mundo é contingente, ou seja, sujeito a variações e impreviões. Deste modo, as apreensões

de sentido em relação a ele, desde que dissociadas de seu caráter essencial, são ocasionais, transitórias e muitas vezes irrepetíveis. Com isso, devemos nos ater ao mínimo que corresponda a uma apreensão da justiça enquanto critério legitimador do direito concreto.

Partindo da constatação fundamental de que é na relação com outrem que se inserem os riscos e danos que o direito busca evitar ou impedir, é nela que devemos buscar os critérios determinadores da noção de justiça. Frans de Wall, antropólogo holandês, em suas experiências realizadas com primatas, extraiu os dois aspectos que adotamos neste trabalho: reciprocidade e empatia, para determinar as bases de um conceito de justiça. Ambos os aspectos encontram-se legados a uma noção extremamente cara a Husserl que era a de alteridade. "*La empatia conduce a la constitución de la objetividad intersubjetiva de la cosa y por ello también del hombre*"². Empatia seria assim um dos elementos essenciais da noção de justiça, pois ela nos insere na humanidade. Por ela (empatia) identificamo-nos como um em meio a outros. Com ela adquirimos a crença na intersubjetividade. Mas isso não seria suficiente. Isto, pois a empatia poderia se dar de forma contemplativa. Poderíamos perceber nossa identidade fundamental, mas tê-la de maneira avalorada. Por isso a reciprocidade entra em circuito para estabelecer a construção de justiça a partir da noção de tratamento igual ou desigualdade fundamentada. Com estes dois eixos, podemos retornar ao direito penal.

O PROBLEMA DA JUSTIÇA NO DIREITO PENAL

Desde logo, fixe-se a noção de que os discursos legitimadores e deslegitimadores do direito penal passam ao largo desta questão

² 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. (p.211)

para inserir-se no âmbito político de sua manifestação, salvo nos casos de crítica a uma noção de direito baseada na ideia de sanção. Para se pensar em uma Teoria da justiça penal, teríamos que, primeiro, determinar quem são os sujeitos perante os quais, desfilam suas normas. Temos, neste caso, o autor do fato, a vítima do fato, a sociedade e o Estado. Estes quatro são os sujeitos perante os quais os conflitos de natureza penal surgem para ser apaziguados com justiça. Como já definimos que a imposição do direito decorre do imperativo de convívio social e, conseqüente exposição a eventuais danos decorrentes deste convívio, é imprescindível que se estabeleça o retorno dos implicados ao cenário de resolução do conflito jurídico. Neste caso, impõe-se a relativização do papel substitutivo que o Estado cumpre em relação à vítima. No direito penal, salvo casos excepcionais, a vítima é pressuposta. Ela somente se manifesta para externas em depoimento como os fatos se deram. Sua existência passa então a ser considerada para fins de eventual indenização. Esta forma de lidar com a questão, implementada em um período de afirmação do poder do Estado sobre a nobreza, resultou em uma impossibilidade, a de promover uma reconciliação entre lesado e lesador, entre agredido e agressor, entre sujeitos, entre consciências. Como se pode construir uma possibilidade de justiça olvidando alguns dos envolvidos. É natural que se espere atrito ou impossibilidades, porém no caso de ausência as impossibilidades se tornam regra. Igualmente o réu se vê inserido nesta equação sem margem para buscar uma situação mais condizente com sua percepção do fenômeno. Tendo em vista que a defesa se faz compulsoriamente e tecnicamente, resta reduzido espaço de produção de sentidos. O réu sofre verdadeira alienação de si, ainda que ao final inocentado. O processo se forma e desenvolve, muitas vezes sem que em momento algum possa o réu compreender as implicações de suas manifestações. A sociedade, representada pelo ministério público o mais das vezes, é igualmente pressuposta em seus interesses, afecções e pretensões. Uma apreensão temporal limitada qual o lapso entre processo, condenação

e cumprimento de pena, objetiviza as percepções do processo, que, no caso da sociedade, deveriam implicar também no pós-pena e nas consequências do cumprimento de pena sobre o réu. Por fim o Estado, em cena na pessoa do juiz, em quem se materializa toda a dramática tessitura da composição, mas que dela se desempenha, muitas vezes, com desempenho técnico admirável, mas sem constituir qualquer percepção do réu, além das dispostas no aparato técnico de garantias e de persecução, mas a quem irá sentenciar e submeter a circunstâncias às quais se recusa a esclarecer, privando o réu da compreensão essencial a qualquer processo cognitivo.

A empatia teria a condição de ser elemento integrador destes vários sujeitos a partir da percepção de identidade essencial entre eles. Não se trata de suprimir funções e atribuições, mas de determinar que essencialmente, todos os sujeitos não só são iguais, mas são reciprocamente definidores. O que define um réu são seus acusadores, suas vítimas e seus juízes; o juiz se define pelas partes que a seu poder decisório se submetem, a vítima é definida pelo réu, mas também pela justiça formal. Assim todos são definidos na percepção recíproca e na autopercepção. Não se trata aqui de violar garantias históricas do liberalismo penal e retornar à época do direito penal do autor, mas de determinar uma inserção mais ampla da abordagem judicial da questão, evitando despersonalizar os sujeitos envolvidos e submetê-los a pura técnica.

A reciprocidade seria responsável por determinar que todas as iniciativas vinculadas à realização da justiça criminal, partindo do reconhecimento essencial na ligação empática entre todos os seres humanos, constrói uma relação de reciprocidade determinante de valor. Assim, da mesma forma que um reconhecimento do réu enquanto uma consciência em essência indistinguível da do juiz, a imposição de qualquer medida deveria ter como parâmetro a percepção substitutiva de um no lugar de outro.

CONCLUSÃO

Neste acanhado trabalho alinhavam-se aspectos distintos do mesmo fenômeno, qual seja o direito penal concretamente considerado, com vistas a estabelecer uma imprescindibilidade de construção de uma Teoria da Justiça unificadora do direito penal, para além das teorias fundamentadoras. Uma teoria da justiça que insira no âmbito de produção de enunciados penais concretos, os elementos essenciais de sua formulação. Para tanto será preciso entender que, acima de tudo, o homem é o grande doador de sentidos para seu mundo circundante. Que, em decorrência desta condição o homem é sempre um *vir a ser*, uma possibilidade, ao mesmo tempo em que dispõe de uma existência concreta. O reconhecimento, destes fatores, permite ultrapassar as limitações técnico-formais, que a história do direito penal construiu em consonância com discursos críticos de caráter político.

A emergência de uma teoria da justiça penal se impõe como um desvelamento de um nível da realidade, ainda embotado, à nossa percepção. O embotamento, causado pela redução do fato ao mecanismo de contradição punitiva/garantista que olvida por completo os sentidos que se acham perdidos no cometimento de um crime e nas circunstâncias em que a comunidade se insere, impede que a realidade essencial do fenômeno seja percebida. Assim, com a percepção fenomenológica dos dados postos em questão, é possível pensar na construção de tal teoria e, igualmente, supor que ela melhor contribuiria para a evolução do direito penal para uma formulação jurídica que realmente tenha no cometimento do crime, sua matriz, mas que transcenda tais limites na restauração da estrutura social a partir de uma formulação de proposição judicativas com pretensão a verdade, pela adequação aos sentidos originais que realizam.