
PARA UMA EIDÉTICA DO DIREITO

PENAL

Prof. Dr. J. Luis Câmara - Professor adjunto UERJ, Professor pesquisador Unilasalle

O direito penal, talvez de modo mais evidente que outras vertentes do campo jurídico, é um âmbito de evidenciação das conturbadas relações entre discurso, realidade e essência, tão características da época moderna. Esta afirmação tem arrimo na fecunda imaginação dos juristas ao proporem ao direito penal uma fundamentação que transponha a conceituação formal usual (conjunto de normas estabelecidas por lei, que descrevem comportamentos considerados graves ou intoleráveis e que ameaçam com reações repressivas como as penas...)¹ e alcance a relação intercambiante que o direito penal estabelece com a sociedade e o poder organizado. É no sentido desta relação que se formulam as diversas críticas ao positivismo jurídico penal e a consequente tendência a alienação do direito ante a realidade de sua inserção social, bem como de sua recepção de influências decorrentes desta inserção. Não por outro motivo, muitos juristas sustentam a função essencial de controle social, como sendo inerente a ideia

¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal. Parte Geral*. 15 edição. Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 03.

de direito penal. Fato é que, ao criticarem o isolamento do direito ante a realidade social, propõe um atrelamento de um ao outro, condicionando a validade normativa a sua adequação social.

Caso as ponderações se resumissem ao ponto enunciado² estaríamos diante de uma questão meramente acadêmica. Contudo, elas se estendem para a própria essência do direito quando associadas as consequências que pugnam para suas próprias conceituações ou definições. Assim temos até mesmo a abolição da pena ou o direcionamento do direito penal em um sentido que contemple unicamente as pretensões de um segmento sócio-político, ou até a eleição de várias estruturas com mecanismos paralelos de garantias, seguindo de um modelo com mais garantias a um despido destas em razão do tipo de delito praticado. Todas estas questões reforçam o caráter sintomático das reflexões que os embasam e que recebem diversas designações: direito penal democrático, abolicionismo, garantismo, direito penal do inimigo, etc ... É inequívoca a conclusão que estes enunciados sugerem uma pluralidade que não condiz com a ambição de construir conhecimentos válidos sobre a matéria. Isto se dá por situarem-se, tais propostas, no campo da subjetividade que denota o relativismo.

Isto posto, deve-se analisar a razão desta atitude e recolocar a discussão em termos válidos. Para isso, urge estabelecer-se uma eidética para o direito penal. Somente estabelecendo, efetivamente, o que é o penal é que se pode determinar o que seria, na verdade, uma proposta alternativa (política ou social) ao direito penal e, assim, negar-lhe a pretensão a designação penal para assumir outra, condizente com sua real condição. A título de exemplo, se a pena for inerente ao direito penal, pretensões que extremem a noção de ressocialização a ponto de privar a sanção do caráter punitivo, seriam alternativas ao direito penal, medidas ressocializantes críticas, educação cogente ou o que queira se dizer, mas não estaríamos mais no campo do direito penal.

² Por todos ver E. Raul Zaffaroni, Nilo Baptista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar em *Direito Penal Brasileiro – volume I*. Rio de Janeiro, Revan, 2010.

A ATITUDE NATURAL NA ESPECULAÇÃO JURÍDICA

Quando, por força da necessidade auto-imposta de conceituar o direito penal com base em uma legitimação de utilidade social exógena, careamos para o cerne do direito penal e de sua conceituação uma preocupação com sua inserção no contexto social, partimos assim de uma forma de aceitação do mundo e de sua manifestação a consciência. Adota-se então a crença (doxa) de que o direito penal realiza esta ou aquela função. Isto se dá por encontramos-nos submetidos a uma atitude que podemos denominar, na esteira de Husserl, atitude natural. Esta atitude corresponde a apreensão do mundo circundante sem uma reflexão quanto ao que sejam realmente as coisas que o compõe. O sentido dos objetos apreendidos é substituído pela crença que neles estabelecemos como fonte doadora destes sentidos. Assim uma representação simbólica passa a ser dotada de sentido não pela essência do objeto que representa, mas pelo que cremos ser esta representação. Esta atitude remete a um estado de coisas onde os objetos são intuídos pela consciência intencional a partir de sua condição natural. Este processo, designado por naturalização, corresponde a determinante etapa do desenvolvimento científico cultural do que designamos por mundo ocidental. Ao considerarmos naturais os objetos de conhecimento apreendidos iniciamos um processo que dá a estes objetos, em sua manifestação uma concretude que interdita o acesso ao que eles realmente são. Isto se dá por substituição da essência identificadora de tais objetos pela representação que deles se faz.

O processo referido estabelece o caráter natural e ingênuo do processo cognitivo a que a humanidade se entrega com o advento da razão científica na aurora do século XVI culminando com a afirmação de Galileu, em pleno século XVII de ser o mundo passível de representação por caracteres matemáticos. Esta pretensão embute a crença de que os objetos de conhecimento podem ser despidos pretensões metafísicas, espirituais ou axiológicas e manifesto apenas

no âmbito da racionalidade científica. Para ilustrar temos a busca positivista pelas causas do crime conforme veremos melhor a seguir.

ATITUDE NATURAL E DIREITO PENAL

As ditas ciências criminais tem sua gênese no trabalho de Cesar Lombroso que lança as bases do determinismo antropológico pelo qual o delinquente seria determinável a partir de características antropológicas. Com este advento o direito penal passou a repudiar as doutrinas de implicações agostinianas calcadas no livre arbítrio e passa a procurar nos vários determinismo (sociológico, psicológico e, mais recentemente neurológico) a gênese do delito. Tal pensamento em parte se afasta da doutrina penal com o advento do tecnicismo que dissocia do direito a criminologia. Contudo, o afastamento é meramente aparente ante a atitude de naturalização do delito que decorre da pretensão científica que predomina na mentalidade geral. Assim quando as diversas linhas pensamento em que a doutrina penal se organiza ponderam sobre as funções do direito penal, encontra-se presente também a relação entre este e o delito como fenômeno social em maior ou menor grau. Esta manifestação se dá via de regra forma ingênua, ditada pela atitude natural posto que decorre de premissas ideológicas, de deduções não rigorosas ou lugares comuns formando em seu conjunto um sistema de crenças heterogêneo e conflitante. Direito penal mínimo, abolicionismo penal, direito penal simbólico, direito penal democrático, etc ... são denominações que designam estes movimentos. Isto não quer dizer que estes movimentos não devam existir ou que sejam inúteis, pelo contrário, a especulação é necessária para buscar apreender sentidos novos e novas perspectivas. Onde se encontra o problema? Como já abordado acima, o problema encontra-se na pretensão de que tais sistemas se revestem. A pretensão de serem mais do que doxa, opinião ou crença. A doxa é uma intuição e como tal pode evidenciar conteúdos intencionais verdadeiros, porém, tal só acontece quando se está firmemente calcado em uma atitude fenomenológica.

A ATITUDE FENOMENOLÓGICA

A atitude fenomenológica nos põe na condição observadores imparciais de nos mesmos e nossas ações a partir da apreensão que fazemos do mundo em nossa consciência intencional. Ou seja, ao invés de nós vermos no mundo sob o foco de nossos interesses, apetências, preconceitos, etc ... deixamos que o mundo se dê a constituição intencional que dele fazemos na consciência, pela apreensão das essências dos fenômenos percebidos e sua inserção no fluxo dos vividos. Evidentemente nossos interesses, preconceitos, apetências, permanecem, mas não mais nos confundimos com eles, pois na atitude fenomenológica eles também são objetos apreendidos pela consciência. Este o vértice da questão, na atitude natural somos levados, conduzidos por nossos sistema de crenças, por isso ser dita ingênua; na atitude fenomenológica a demanda é pelas coisas em si e não pelo que queremos que elas sejam. As crenças passam a ser estribadas em fundamentos que lhes permitam invocar a condição de verdadeiras ou falsas.

É na atitude fenomenológica que percebemos que o direito penal se acha eivado de crenças que impedem a formulação de parâmetros científicos nos quais se possam erigir premissas para reger as relações com políticas públicas e segurança pública. Trata-se, portanto, de estabelecer as bases para uma reflexão sobre o ser do direito penal que permita formular um enunciado que lhe evidencie a essência.

A essência de um fenômeno é sua invariabilidade, é o conjunto de seus aspectos identificadores sem os quais o fenômeno modifica-se em algo diverso. A função de se determinar as essências está na proposta de Husserl: voltar as coisas mesmas. Com isso pretendia enfatizar que a pretensão científica não poderia prescindir de um esteio apodítico, um cuja relação proposicional fosse irresistível a análise empreendida sob a rigorosa ótica fenomenológica.

CARÁTER PROPOSICIONAL DOS JUÍZOS

As ciências em geral e as ciências sociais em especial, manifestam-se com respaldo em formulações linguísticas. Pode-se afirmar que as formulações matemáticas ou físico-químicas fogem a este paradigma somente no seu próprio campo de produção, mas assumem formulação linguística quando de sua publicação ou implicação com outras áreas. O que acontece é que estas formulações se prestam a expressar tanto proposições que possam ser passíveis de juízos quanto a serem verdadeiras ou falsas, quanto para frases não-declarativas que, por sua natureza, exprimem desejos, promessas, etc ... Portanto, para se afirmar um conceito eidético de direito penal é preciso, antes, determinar o porquê da inadmissibilidade do sistema de crenças predominante.

Já se afirmou aqui que a atitude natural tem na sua constituição ingênua sua característica essencial, nela a consciência intencional, que evidencia o mundo e dá sentido aos fenômenos que nele apreende, se coloca no próprio campo de percepção através de sua influência nos próprios objetos apreendidos. Desta forma, a atitude reflexiva deve substituir a natural neste processo, mas isso seria insuficiente se não dotada de critérios que permitissem a construção dos conceitos científicos necessários e apodíticos. É na construção de uma estrutura linguística compatível que se pode estabelecer a distinção entre a formulação de uma crença especulativa e uma verdadeira. De acordo com Husserl e segundo o que interessa à presente reflexão, um juízo é uma intencionalidade judicativa que, por meio de uma proposição, faz referência a um objeto extraproposicional que passa a ser a medida da proposição. Assim ao formular uma proposição como: o direito penal é uma forma de reduzir a criminalidade ou é um instrumento para controle de classe social, formula-se um juízo pois trata-se de uma proposição referida a um objeto extraproposicional que passa a ser a medida da própria proposição. A questão então é: estes juízos podem ser validamente formulados com pretensão apodítica?

Tem-se então que pensar a forma como esta relação se dá concretamente. Isto se dá pois uma proposição onde não haja adequação com o objeto extraproposicional será falsa, embora permaneça no campo das proposições, porém com validade cancelada. Husserl estabelece que, para se atingir a condição de afirmar a verdade ou falsidade da afirmação relativa ao objeto externo a proposição, é necessário que um outro ato seja praticado, este ato seria a doação originária de sentido do ato intuitivo que corresponde a proposição formulada. Pedro M. S. Alves vai dizer que a coincidência entre sentido visado e sentido intuitivo corresponde a vivência da verdade e a não correspondência seria o engano ou falsidade³.

ASPECTOS EIDÉTICOS DO DIREITO PENAL

A questão que se coloca, portanto é: os juízos sobre o direito penal, formulados usualmente pela doutrina são verdadeiros, eles implicam em uma síntese de preenchimento pela coincidência entre os sentidos visado e intuitivo? A conclusão encontra-se no aspecto eidético do direito penal, ou seja, é possível que tais juízos sejam válidos em certas circunstâncias ou realidades, por exemplo, não se questiona que o direito penal erigido pelo regime nacional-socialista alemão tenha sido um instrumento de controle social e político, da mesma forma na antiga União Soviética o direito penal servia para controle político ou que no Brasil foram erigidas normas de evidente caráter de controle social como nas contravenções de mendicância e vadiagem adotadas na lei de contravenções penais. A questão que se coloca é que as proposições que abarcam estes objetos apresentam uma pretensão à totalidade. Quer dizer, aspiram a responder por toda a dimensão do que seja a essência do direito penal. Neste caso não importa se a proposição afirma que ele limita a ação policial/punitiva do estado ou se instrumentaliza o controle de classes, o que importa é que estas proposições reivindicam uma totalidade que, não sendo

³ ALVES, Pedro M. S. Relação entre proposição e norma. Fenomenologia e direito, volume 3, número 2 outubro 2010/março 2011, pag. 51.

capaz de dar conta do preenchimento do objeto extraproposicional, culmina por tornar falsa a proposição. O que permite afirmar a incapacidade de proposições totalizantes responderem por este objeto está justamente em sua amplitude. Quando aliam estas proposições ao objeto se dá a impossibilidade de preenchimento.

O valor das asserções mencionadas deve ser mantido, mas em um âmbito que corresponda a sua validade. Isto, porém, somente será possível se houver uma base apodítica sobre a qual sejam erigidos os objetos relativos às diversas situações onde o direito penal possa, de forma coerente e correta, invocar a adequação entre sentido visado e sentido intuído. Portanto é de todo pertinente que se estabeleça quais os aspectos que integram uma eidética do direito penal. Pode-se assim começar por estabelecer que é indissociável da essência do direito penal a eleição de valores cuja lesão deve implicar em sanções de maior intensidade. Qualquer que seja a estrutura político-jurídica do Estado que se analise, seja ele uma democracia ou uma teocracia ou ainda um regime ditatorial, estará invariavelmente presente a determinação de normas penais como meio de erigir valores especialmente sensíveis ao Estado e/ou à sociedade. Diante da intensidade de que a sanção penal se reveste sua utilização estabelece-se à guisa de mais grave forma de atuação do Estado junto aos cidadãos. Outro aspecto que evidencia a essência do direito penal é atribuir sua incidência a atos decorrentes do uso específico da liberdade do agente. Ou seja, a especial eleição de valores a serem penalmente reconhecidos somente terá sentido se o risco de lesão a que se acham expostos puder ser evitado. Somente os atos que decorrem do uso da liberdade humana são passíveis de serem evitados pelo indivíduo, os fatos inevitáveis, posto que decorrentes de caso fortuito ou força maior, podem até encontrar guarida em ordenamentos jurídicos exóticos, mas não lhe integram a essência por fugir a qualquer aspecto intersubjetivo. Por derradeiro tem-se que o aspecto essencial do direito penal exige ainda que sua sanção seja característica, quer dizer, que possua conteúdo apto a dissuadir um indevido uso da liberdade. Tal condição se dá pela adoção de sanções

que apresentem caráter punitivo e retributivo. É indubitável que as sanções podem e devem se aproximar da humanidade de que o direito penal moderno e democrático deve se revestir, porém, ainda assim, a natureza punitiva se apresentará sob a forma de imposição e, no mínimo, restrição da liberdade do agente. Há ainda um aspecto que deve ser considerado, será a sanção penal essencialmente geradora de estigma e discriminação? Creio que sim, mesmo que tal efeito possa ser mitigado ou limitado temporalmente, ainda que por curto espaço de tempo, a reincidência e os maus antecedentes são consequências inseparáveis da condenação criminal. Com isso podemos formular o conceito nestes termos; 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.

Poder-se-ia indagar em que sentido esta conceituação promoveria a síntese capaz de lhe outorgar a chancela de validade. A resposta obtém-se com recurso a noção de doação originária. Esta seria o sentido inerente ao objeto que é percebido enquanto tal pelo sujeito cognoscente. Alguém que lance sua intencionalidade rumo ao direito penal visando iluminá-lo, perceberia estes aspectos da mesma forma que ao lançar o olhar a uma cadeira ou a audição a uma mesa, intuitiria a condição de ser uma essencialmente objeto destinado ao uso para que pessoas nela se sentem e a outra ao entreterimento auditivo, lúdico. Desta forma, sem pretensão ao esgotamento de sentidos (algo impossível face a serem infinitas as possibilidades que o horizonte desvela quando inserto no mundo da vida), ao enunciar a conceituação acima, cria-se uma base verdadeira sobre a qual novas possibilidades podem ser erigidas sem incorrer no equívoco de formar juízos falsos ante a impossibilidade de preenchimento do que se intenciona por aquilo que a coisa em essência é. Falta assim aduzir considerações sobre o último aspecto relativo a esta reflexão, qual seja, a de seu âmbito de desvelamento ante a imanência do mundo da vida.

INSERÇÃO DO CONCEITO NO MUNDO DA VIDA

Ao renunciar a noção de mundo deduzida pela cultura ocidental sob influência do pensamento que a promove como sendo uma artificialização que encobre os fenômenos do mundo verdadeiro, mundo dos vividos, a fenomenologia indica a necessidade de se conhecer este mundo que se manifesta a nossa consciência. Este mundo, iluminado pela consciência humana intencional, apresenta abertura a infinitos horizontes, para os quais cada ser humano, com sua consciência intencional, é um agente capaz de vê-los e evidenciá-los. Com isso a inserção do direito penal em seu aspecto eidético se faz, não no mundo naturalizado das ciências positivas, mas no mundo da vida.

A proposição então significa que, ante as infinitas possibilidades que se abrem para a reflexão penal ao nos depararmos com o mundo da vida, respeitada a essência do que seja o penal, pode-se muito bem deduzir reflexões sobre a necessária ação limitadora do Estado ou a racionalização do direito com a determinação de objetivos ou funções específicas, desde que estas não atentem contra a essência do que seja o direito penal, pois neste caso deixaríamos de tratar do direito penal e estaríamos imergindo no mundo naturalizado, deduzindo conceitos que não seriam capazes de sustentar uma pretensão a serem considerados como verdades e não meramente crenças ingênuas. Infelizmente, em razão do amplo domínio da técnica na elaboração do discurso científico, o recurso ao mundo dos vividos como mecanismo para constituição do mundo pela consciência se acha embargado nas vias acadêmicas e científicas. Isso faz com que haja uma grande produção especulativa de funções, conceitos e críticas a diversos fenômenos, críticas estas incapazes de acrescentar algo que sirva de forma mais sensata a identificação do papel que cabe ao direito em geral e ao direito penal especificamente, no mundo contemporâneo. Elevam-se penas sob justificativa de inibir a criminalidade, criam-se regimes diferenciados e rigorosos ao arripio de qualquer constatação que demonstre uma

validade, ao mais tênue sinal de incremento de violência recorre-se ao direito penal como panaceia dos males modernos. Portanto, torna-se fundamental prosseguir com a busca de novos horizontes de sentido que a consciência pode realizar quando, a partir de um conceito eidético de direito penal, busca determinar os parâmetros de validade ou invalidade dos discursos jurídicos ante a necessidade de torná-los socialmente mais úteis.