

Wilson Luiz
Palermo Ferreira

TEORIA DA
VALORAÇÃO
CRIMINO-
-FENOMENOLÓGICA

A mudança de paradigma
da *opinio delicti*

2^a
edição

revisita e
atualizada

2024

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

A TEORIA DA VALORAÇÃO CRIMINO-FENOMENOLÓGICA

3.1. A APLICAÇÃO PRAGMÁTICA DA FENOMENOLOGIA JURÍDICA NO CAMPO DO DIREITO E DO SISTEMA JURÍDICO-PENAL

De tudo que foi passado até o presente momento do estudo, resta adequarmos as lições da Fenomenologia ao mundo jurídico, para que se possa remeter o intérprete à busca pelos reais fundamentos que acompanham a ciência jurídica. Sabe-se que o direito vive uma crise em seus fundamentos, pois vêm sendo feitas ilações sob o aspecto de atitude natural, ingênua, que leva à distorção do verdadeiro sentido dos institutos jurídicos contemporâneos. Daí a necessidade de se efetuar verdadeira redução fenomenológica aos mais diversos ramos do Direito, principalmente no que diz respeito à temática em torno do Direito Penal.

Quando se fala na crise do direito na contemporaneidade, estamos nos referindo à incapacidade que aquele tem ou vem enfrentando no cumprimento do seu propósito inicial que é o de dispor regras que irão regular a vida em sociedade, numa notória obrigatoriedade de coexistência, muito bem ressaltada por Aquiles Guimarães⁶⁷⁹. Assim, essa necessária convivência em

679 Segundo o autor: “condenar alguém que pratique uma ação dita típica, antijurídica e culpável (para usar a linguagem de maior circulação na órbita do Direito Penal) significa atender ao pressuposto da necessidade de exclusão de certos indivíduos do universo da obrigatoriedade da coexistência, isto é, isolá-los da rede da

sociedade sucumbe diante da ineficiência das leis, suas interpretações e da incapacidade de gestão das instituições responsáveis pelo seu cumprimento.

Dessarte, toda vez que a obrigatoriedade de coexistência é infringida, são necessários mecanismos de resgate ao *status quo*, materializados através dos instrumentos postos à disposição das autoridades mediante a intervenção do Estado na reestruturação do contexto social.

Ao direito positivado são tecidas as mais diversas críticas, já que o Poder Legislativo vem atendendo a demandas de emergência, revelando um expansionismo desenfreado das leis penais. E vemos isto como forma de atender, também, às mais diversas fundamentações, que não exclusivamente fenomenológicas.

Neste sentido, quando se observa uma tentativa pela busca da eidética do Direito Penal, esbarramos neste primeiro argumento: o de um expansionismo desenfreado que não se preocupa com a explicação e correção na causa, mas sim, na remediação do problema depois de já termos verificado sua ocorrência.

Qual, então, a verdadeira razão do fenômeno do Direito?

Aquiles Guimarães indica que o Direito é um objeto cultural, oriundo da criação do espírito. Porém, enquanto objeto em si, representa o que se pode chamar de intencionalidade valorativa objetivada na ordem jurídica⁶⁸⁰. Numa análise apressada, podemos correr o risco de cair numa armadilha metodológica na qual visualizaríamos apenas a atitude natural perante o Direito, ou seja, aquela expectativa ingênua segundo a qual quando se perquire o fundamento do Direito, tendemos a dizer, simplesmente, que ele está ligado à justiça.

Todavia, é do Direito que intencionamos não apenas toda carga de justiça, como também a equidade e a juridicidade (entendendo-se esta última como ideal supremo de justiça). É do Direito, igualmente, que todos os indivíduos esperam a regulação da vida em sociedade, a organização dos sistemas jurídicos e a viabilidade da resolução de eventuais conflitos entre particulares e/ou entre estes e o Estado.

intersubjetividade vivencial enquanto durar a temporalidade da sua suposta possibilidade de reinserção no mundo da coexistência”. GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. *Cinco Lições de Filosofia do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 53.

680 GUIMARÃES, Aquiles Côrtes, op. cit., nota 221, p. 55.

Ao dissertar sobre a virtude da justiça, Robert Sokolowski nos ensina que, para que haja o adequado desenvolvimento desta noção, é preciso que a pessoa desenvolva toda sua potencialidade racional previamente, num pressuposto básico que separa a criança (que age de modo impulsivo), do adulto (que já percebe com mais clareza o meio circundante e consegue se posicionar de modo racional, coerente com cada ambiente vivenciado). Porém, não basta só isso, já que também é preciso que a pessoa cresça e se torne moralmente virtuosa a partir da atividade orientada e repetida, seja por suas próprias ações, seja pela educação recebida ao longo do seu desenvolvimento. Mas nada disso adiantaria se a pessoa não tivesse se tornado um agente dotado da racionalidade suficiente para lhe permitir ingressar no espaço de razões e se tornar apta ao exercício de atividades categoriais, descreve o autor⁶⁸¹.

A justiça é algo que precisa ser pensado em termos práticos e trazida para todas as fases do Direito Penal e para o processo penal propriamente dito, já que fazer justiça está muito mais ligado a uma coerência sistêmica, do que meramente a algo que se determina quando do esgotamento de diligências e dicção judicial. Afinal, da mesma forma que um processo (ou procedimento de investigação criminal) que se inicia certo pode ser desvirtuado no decorrer da instrução processual, quando aquele se inicia errado pode terminar errado ou ser corrigido. Isso nos leva a crer que é preciso que a justiça seja efetivada em todas as instâncias ou momentos processuais, ainda que não tenhamos o processo propriamente dito. Com mais ênfase, devemos dar atenção à noção acerca da equidade, já tratada por nós em momento próprio⁶⁸².

O que importa dizer, por ora, é que o atributo da razão está atrelado à efetivação da justiça. Quem tem o maior domínio da razão tem mais propensão ao desenvolvimento da equidade como corretiva dos rigores da justiça, haja vista a faculdade de pensamento e coerência entre aquilo que se acha justo e o que efetivamente é justo. Em se tratando dos fundamentos do Direito, os questionamentos que giram em torno do ponto nodal podem se referir tanto a fundamentos de primeira ordem, quanto de segunda ordem. Passemos a analisá-los.

Conforme salientamos linhas acima, de modo a obtermos o resultado de uma análise fenomenológica, não podemos nos contentar com a análise

681 SOKOLOWSKI, Robert, op. cit., nota 227, p. 127.

682 FERREIRA, Wilson Luiz Palermo, op. cit., nota 09, p. 88 et seq.

simplicidade e tradicional segundo a qual o fundamento do Direito tem esteio na estrutura normativa da ordem jurídica vigente, que alicerça o anseio à justiça, apenas. Indo além, para buscar a verdadeira essência que compõe o fundamento de primeira ordem do Direito, devemos ter em mente que é necessário impor uma análise intencional e intuitiva da consciência doadora de sentidos ao mundo da vida, segundo Aquiles Guimarães. Em seguida, encontrando-se a verdadeira essência que serve de fundamento ao Direito, busquemos, pois, achar guarida na argumentação que indica que os fundamentos de segunda ordem residem no suporte factual ou normativo sobre esta ciência⁶⁸³.

No momento em que buscamos seus fundamentos, mais restritamente em relação ao objeto do Direito Penal, podemos perceber que este é o ramo do Direito que se apresenta pela caracterização da eleição de valores, cuja lesão ou violação decorrente de um uso específico da liberdade do agente tem como resultado o ocasionamento de uma sanção de natureza retributiva/punitiva aliada a um caráter estigmatizador⁶⁸⁴.

De forma objetiva, sem que haja intencionalidade na descoberta da essência do Direito Penal, este estaria restrito a mero ramo do Direito que visa à punição, pura e simplesmente. Talvez esta definição esteja mais afeta à atitude natural, leiga, inconcebível para as personagens que realmente atuam no sistema jurídico-penal, o que pode acarretar a substituição do sentido do objeto pela crença que dele se está acostumado a observar. Isto significa dizer que o mero simbolismo de uma representação passa a ter sentido em face de uma observação pelo que se tem como crença acerca daquele objeto. Com efeito, é no Direito Penal que percebemos o âmbito máximo de descompasso com a ordem jurídica vigente, na medida em que o Estado é chamado a intervir após a constatação da violação da obrigatoriedade de coexistência.

Esses argumentos indicam a verdadeira necessidade de que vá além do que tradicionalmente se concebe sobre o sistema jurídico-penal atual, pois se pensarmos que o Direito Penal apenas cumprirá a função de punir (estando o pensamento totalmente indissociado da verdadeira finalidade que é a promoção da justiça), será aberta toda sorte de campos para que

683 GUIMARÃES, Aquiles Côrtes, op cit., nota 221, p. 56.

684 CÂMARA, Jorge Luis Fortes Pinheiro da. *Para uma eidética do direito penal*. Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito, Rio de Janeiro, v.6, n.1, p.141-151, abr/set 2012, disponível em <https://sfjp.ifcs.ufrj.br/revista/downloads/para_uma_eidetica_do_direito_penal.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2021.

se travem batalhas, inclusive, para a extinção deste sistema jurídico, uma vez que não se percebe o atingimento do que fora proposto anteriormente.

Desta forma, a tarefa que cabe à fenomenologia jurídica reflete uma análise aprofundada da essência dos seus fundamentos, não meramente à solução de subsunção dos fatos do mundo da vida às normas positivadas, ação afeta à adequação dos fundamentos de segunda ordem, como já pudemos ressaltar. O que se busca, realmente, é o encontro da descrição do vivido intencional em sua originalidade, pois é na atitude fenomenológica que afastamos a ingenuidade das proposições e vemos a demanda em si, não pelo que queremos que ela seja⁶⁸⁵.

É nesta mesma atitude fenomenológica que devemos nos afastar de preconceitos ou concepções distorcidas sobre os institutos para entendermos o que de fato representam. Por isso, ao fazer o retorno “às coisas mesmas”, podemos identificar sua essência invariável.

No momento em que pudemos tecer considerações sobre a análise do conceito analítico do crime, tivemos a necessidade de mergulhar nos conceitos, nas origens destes e na sua verdadeira significação perante o contexto global da expressão “justiça”. Neste ponto, foi preciso buscar a origem de alguns conceitos e estudar a forma como eles foram concebidos, de modo a entender a eidética do seu significado.

Foi possível perceber o momento de criação da função e da expressão “Delegado de Polícia”, bem como a essência do significado e da atuação perante o sistema jurídico-penal. Além disso, o mesmo foi feito enquanto buscávamos entender a essência do fenômeno do crime. Da mesma forma, o propósito de submissão destes fenômenos à redução fenomenológica tal qual propôs Husserl indica a imperatividade de que se submetam os conceitos do Direito Penal na busca por sua essência. Compreendendo a origem e o real significado, invariável sob a ótica da atividade noético-noemática, viabiliza-se uma passagem que permite ressignificar os institutos afetos à análise do crime em seu aspecto analítico, ou em qualquer outro.

Esta concepção permite afirmar, também, que o Delegado de Polícia é o primeiro profissional habilitado constitucionalmente a proferir análise jurídica sobre os fatos do mundo da vida, efetuando juízo com certa carga valorativa de modo a haver a subsunção do fato à norma positivada, estando imbuído no propósito da justiça, sem que nos esquecermos da

685 CÂMARA, Jorge Luis Fortes Pinheiro da, op. cit., nota 684.

real concepção que esta também impõe para análise factual, ao permitir que conceitos da Filosofia guiem as ideias de empatia e reciprocidade na concepção que mais se aproxima para a promoção da justiça que o sistema jurídico-penal propõe.

Ao promover a redução fenomenológica do crime, numa ótica transcendental, devemos analisá-lo em todas as suas circunstâncias, denotando todos os detalhes das situações que lhe sejam apresentadas e que serão objeto de necessária investigação criminal através da utilização do inquérito policial ou outro meio de investigação juridicamente adequado, culminando na ideia de constituição do crime, com sua primeira camada substancial-causal da qual decorrerá a congruência intersubjetivamente idêntica.

Sabe-se que a maior parte dos processos penais se inicia mediante a utilização do inquérito policial e suas peças processuais produzidas em sede inquisitória. A documentação de muitos exames específicos não pode ser produzida posteriormente, da mesma forma que é neste momento processual (o do inquérito/investigação) propriamente dito, que as testemunhas irão narrar os fatos com o maior detalhamento possível (sem que haja a atuação dos efeitos do decurso do tempo e de outras formas de intencionalidade, que não aquela vivida pela testemunha), perpetuando-se o fenômeno que se apresentou diante de uma consciência intencional original, absoluta.

Ao final das diligências que se mostrem adequadas, em busca da descoberta da significação sobre tal fenômeno, pode-se chegar, finalmente, à conclusão precisa sobre a ocorrência de um crime com todas as suas características. É justamente neste ponto que o processo de redução fenomenológica se mostra imprescindível para a auxiliar no cumprimento das missões do Direito Penal. E com o processo de redução que se poderá encontrar a verdadeira essência do crime.

Portanto, para que possamos compreender a necessidade de relegitimação do sistema jurídico-penal, será preciso perceber a necessidade de mudança no atual cenário de configuração do crime, mediante a utilização racional dos seus institutos e de uma metodologia própria, como a que a teoria da valoração crimino-fenomenológica apresenta. Por tal razão, vamos a ela.

3.2. A METODOLOGIA DA TEORIA DA VALORAÇÃO CRIMINO-FENOMENOLÓGICA

3.2.1. A necessidade de mudança

As três estruturas formais da Fenomenologia constituem o ponto de transição entre os conhecimentos filosóficos e a teoria da valoração crimino-fenomenológica. É a partir da concepção entre “parte x todo”, “identidade x multiplicidade” e “presença x ausência” que conseguimos compreender a necessidade de mudança no que diz respeito ao reposicionamento da opinião sobre a infração penal e, conseqüentemente, sobre o manejo de cada um dos institutos a ela vinculados.

A concepção sobre as ciências criminais em geral, suas ramificações e as teorias que as embasam refletem a necessidade que haja o aprimoramento (e em alguns itens até mesmo a releitura de determinados institutos, como pretendemos nesta obra), de modo a assegurar um campo metodológico fértil para reflexões vindouras e que terão por função perpetuar os conhecimentos filosóficos e fenomenológicos de Husserl.

Tudo isto com o intuito de demonstrar à comunidade jurídica, que são estas mesmas ciências criminais que validarão a afirmação mediante a qual elas próprias cumprem a missão de servir como função lógica que permite a extração e a valoração de conceitos objetivos, racionais puros, analisados sob a ótica transcendental, na qual o Delegado de Polícia (personagem central da tese, mas não somente ele), aplica o adequado enquadramento jurídico proporcionado pelas reflexões quando do processo de redução fenomenológica⁶⁸⁶.

Por ocasião da reconstituição das possibilidades extraídas de um fluxo de vividos narrados por uma determinada testemunha, o que se pretende é estabelecer uma espécie eidética tal que permita ao Delegado de Polícia reviver, através de um desvelamento de possibilidades dentro de um quadro múltiplo, infinito de circunstâncias, se há elementos jurídicos seguros para se traçar a dinâmica do evento. Vale dizer, é estabelecer juridicamente, a primeira e mais pura visão técnica, demonstrada pela viabilidade (ou não), apriorística, sobre o evento perseguido⁶⁸⁷.

686 HUSSERL, Edmund, op. cit., nota 233, p. 357.

687 Ibidem, p. 359.

Independentemente da pessoa que promova a percepção, a verdade é que a transcrição jurídica extraída a partir de um fluxo de vividos deve ser de tal ordem que, segundo Husserl, o que vale para mim deve valer também para qualquer outro indivíduo. A representação futura, baseada nesta percepção, deve ser idêntica àquela extraída quando do local do crime ou dos atos contemporâneos à investigação⁶⁸⁸. A perenidade, então, é uma das características mais marcantes à tese da valoração por aquele que identifica a essência do fenômeno do crime. Ela é obtida a partir da transcendência, cujas peculiaridades devem estar aptas a serem apreciadas não importa em qual tempo, ou em qual lugar, ou por qual pessoa.

3.2.2. A relação existente entre “tipo ideal de crime” e “tipo real de crime”

3.2.2.1. *O somatório de conhecimentos fenomenológicos na busca pela definição do crime*

No mundo da vida (*lebenswelt*), ou seja, o mundo no qual vivemos, estamos diante da realidade das coisas tal como elas ocorrem, tal como elas se mostram para nós. Não é diferente quando voltamos nosso olhar para uma determinada prática criminosa. Todavia, Robert Sokolowski nos ensina que há determinadas coisas ou objetos que são idealizados por nossa mente⁶⁸⁹.

Essa idealização nos permite concluir perfeições que jamais existiriam no mundo da vida, tanto é que só estão encampadas pelas ideias humanas, cuja imaginação não impõe limites a devaneios. De certo modo, talvez ela até reflita o que está proposto em teses de doutorado ou dissertações de mestrado. Mas a realidade prática nos mostra que, em que pese vislumbrarmos um “tipo ideal de crime”, o que encontramos em atitude fenomenológica é o “tipo real de crime”, algo único, mas que não está sujeito às vicissitudes da nossa mente. É algo palpável, algo não-místico, algo real, que efetivamente aconteceu e que cabe ao fenomenólogo ir ao seu encontro para descobrir a sua essência.

Cada crime é único, exclusivo. Contém detalhes, percepções que nenhum outro tem. Seja ele de qual natureza for, irá expressar o seu próprio

688 HUSSERL, Edmund, op. cit., nota 233, p. 360.

689 SOKOLOWSKI, Robert, op. cit., nota 227, p. 160.

conteúdo de investigação que deve ser esclarecido pela teoria da valoração crimino-fenomenológica. Mais um motivo para afirmarmos que não é o tipo ideal de crime que deve ser julgado, mas sim, o tipo real de crime que foi investigado, cujas circunstâncias agora deitam sobre o relatório final da investigação, minuciosamente elaborado pelo Delegado de Polícia. É essa a análise feita com base na verdade do que ocorreu, com o que há de mais aproximado em face da percepção dos fatos ocorridos no mundo da vida. E isso decorre do processo de constituição do crime, sua análise minuciosa e a aplicação do método valorativo crimino-fenomenológico.

Essa noção acerca da necessidade de que se vá até o local do crime, ou que se investigue a fundo as circunstâncias de uma prática criminosa, reflete a relevância sobre a procura e o encontro das faces ausentes numa certa percepção, já que Sokolowski afirma que a multiplicidade de um objeto é dinâmica e, a depender da nossa perspectiva, podemos nos mover ou mover o objeto para que então venhamos a enxergar, a perceber um novo fluxo de lados, perfis e aspectos⁶⁹⁰. Sobre isso, já tecemos considerações exaustivas.

Traçadas as devidas comparações com o fenômeno do crime (com o destaque para compreendermos que não é a mesma percepção que temos quando estamos diante de um objeto, por exemplo, já que neste caso podemos movê-lo), o fato é que podemos afastar as ausências mediante presença (no caso, a presença efetiva do investigador, do perito criminal, da autoridade policial) no local em que os fatos ocorreram. O referido autor afirma, ainda, que nossa experiência é sempre uma mescla entre o real e o potencial, já que todas as vezes em que os lados ou um determinado aspecto é dado, cointencionamos aqueles que não são (ou que são potencialmente cointencionados, já que bastaria mudarmos nosso posicionamento para percebermos outros aspectos ou perfis que ficam ocultos perante nossa atualidade de percepção ou ainda, nossa perspectiva)⁶⁹¹.

A grande questão que Sokolowski pontua diz respeito à elevação causada à mistura entre aquilo que é real e o que é potencial, em virtude de passarmos a considerar mais perceptores na cena dos fatos. Com isso, se outras pessoas passam a perceber o fenômeno, por exemplo, um crime sendo praticado, então cada um vai ter necessariamente uma percepção. Em termos de essência, todos poderiam ter exatamente a mesma visuali-

690 SOKOLOWSKI, Robert, op. cit., nota 227, p. 163.

691 Ibidem, p. 164.

zação sobre o tema caso estivessem na posição do outro. Deste modo, tudo aquilo que é atual para uns é potencial para outros e assim por diante⁶⁹².

Perceber todas essas nuances é tarefa da teoria da valoração crimino-fenomenológica. Numa dessas ocasiões de sua aplicação prática, por exemplo (quando abordamos especificamente o conceito analítico delimitado pela teoria finalista sob o prisma da tipicidade), vale mencionar as situações nas quais se verifique a adequação quanto à aplicação do princípio da insignificância, sob a efetiva verificação de exclusão da tipicidade material com fundamento na ausência de lesão ao bem jurídico tutelado (como quer Roxin desde a formulação do princípio), seguindo-se a lógica de *minima non curat pretor*.

A justificativa final é a de que não se deve envolver o Direito Penal quando não estejam presentes efetivas lesões a bens jurídicos e, conseqüentemente, à própria norma penal. Remonta-se o caráter fragmentário e subsidiário do sistema penal. Isto permitirá que o Delegado de Polícia entenda pela atipicidade material do fato e, por consequência, deixe de lavrar a prisão em flagrante, afastando (pelo menos nesse primeiro momento) a prisão desnecessária, tendo em vista a desproporcionalidade entre esta e a lesão ao bem jurídico tutelado. Porém, tal resultado não significa afirmar que esta decisão não precisa ser referendada pelo Ministério Público ou pela Justiça. Não significa, ainda, que todas as circunstâncias fáticas deixem de ser analisadas exaustivamente, para que ao final se confirme ou infirme o que houvera sido verificado inicialmente, proferindo-se pertinente decisão fundamentada.

Sob a ótica da antijuridicidade, na legítima defesa, a aplicação da mencionada teoria também tem por finalidade valorar a situação fática, para que sejam estabelecidos inicialmente os elementos que compõem este elemento específico, não impedindo que sejam analisados os critérios de antijuridicidade material, possibilitando que se reconheça (ou não) o afastamento da ilicitude.

Se determinada conduta, apesar de típica, não subsiste à aferição da antijuridicidade, sobretudo a material (já que se enquadraria ao sentimento normal de justiça, sem qualquer tipo de lesividade social por parte da ação do agente), não há sentido em reconhecer o encarceramento *a priori*. Mais uma vez, isso não significa que o agente não deva ser submetido a tal processo de reconhecimento por parte da autoridade policial, nem mesmo

692 SOKOLOWSKI, Robert, op. cit., nota 227, p. 164.

que o Ministério Público ou Magistratura restem afastados desta análise, de modo semelhante ao que foi proposto no parágrafo anterior.

Sendo assim, se em determinado evento um cidadão que esteja se defendendo ou defendendo algum familiar seu, por exemplo, durante um roubo ou um estupro, for apresentado à autoridade policial, esta, ao promover o enquadramento fático às hipóteses previstas em lei, poderia reconhecer a ausência de antijuridicidade material, fazendo com que o indivíduo não seja preso em flagrante pela prática de determinado crime.

Se, além da dogmática, a própria lei lhe assegura tal possibilidade (em virtude do reconhecimento do Estado em não poder estar presente a todo momento efetuando a segurança, vinte e quatro horas por dia, das pessoas), a autoridade policial nada mais estaria fazendo do que pôr em prática tal previsão legal. Embora pareça óbvio, o mero predicamento egocêntrico no sentido de acreditar na impossibilidade de que o Delegado de Polícia haja desta maneira auxilia no aprofundamento da crise na qual se encontra o direito como um todo.

Para isso, deve igualmente analisar o princípio da proporcionalidade e seus subprincípios, e verificar que é notório que não deva ser preso por tal fato. Excluindo-se a ilicitude, não resta verificado o crime (apesar de típico) e, portanto, não há motivos para a prisão, ainda que haja necessidade de processo para que eventualmente se comprove que tal situação esteve presente e ao final se absolva o acusado e haja segurança jurídica quanto ao fato, mas essas últimas análises não cabem mais ao Delegado de Polícia. Até mesmo porque, não só nos casos de legítima defesa em crime doloso contra a vida, como nas demais situações, há possibilidade do reconhecimento do instituto da absolvição sumária, trazendo segurança jurídica ao fato e atendendo, assim aos preceitos constitucionais e demais garantias processuais.

Com relação à análise da culpabilidade, a teoria da valoração crimino-fenomenológica também confere capacidade técnica ao Delegado de Polícia, para que haja o manejo deste elemento, principalmente em virtude das constatações que fizemos na necessidade de sua intervenção. Uma vez configurada a necessidade de manejo deste elemento do crime, os recursos à disposição devem permitir o adequado início processual penal.

Então, diante da gama de substratos que compõem a culpabilidade, busca-se constatar a maneira pela qual o Delegado de Polícia deve manejar estes institutos, baseando-se na dignidade da pessoa humana e nos valores aqui arraigados (balizadores do poder punitivo estatal), observando-se o

fundamento da imposição da pena face a estes institutos, bem como sua verificação face às funções preventivas da pena, o que legitima as próprias causas de exculpação.

A condução por parte do investigador, extraindo as informações com base naquilo que interessa em termos penais e processuais penais, em busca da essência dos fatos e sua conseqüente subsunção à norma penal denota a importância da discriminação pormenorizada de cada uma das testemunhas, quando estamos diante de quadro de intersubjetividade no campo fenomenológico.

A forma como tudo isto é materializado em termos criminais é o que importa para nós neste momento. A base de toda investigação criminal é a informação obtida através das mais diversas diligências e atos policiais que são realizados. O modo como se obtém a informação da testemunha revela a importância descritiva da intersubjetividade. E tudo isto é papel desempenhado pelo fenomenólogo operador da teoria da valoração crimino-fenomenológica.

3.2.2.2. *Primeiro caso prático*

Em certa ocasião, pudemos nos deparar com uma situação de encontro de cadáver no quintal de uma residência. Ao iniciarmos as diligências de investigação, já tendo comparecido ao local dos fatos e registrando o horário em que se deram, a percepção decorrente da intencionalidade simbólica proveniente da visualização de uma lesão provocada por projétil de arma de fogo nos permitiu uma primeira impressão, no sentido de se tratar de um homicídio.

O questionamento seguinte para a identificação da proximidade ou não do disparo. Assim, testemunhas que estavam no local no momento em que a vítima foi atingida disseram não ter ouvido qualquer som característico. Isso, por si só, não desnatura a impressão decorrente da lesão observada. Ainda foi preciso esclarecer mais detalhes na busca pela essência fenomenológica.

Momentos depois, um projétil de arma de fogo de alta energia, de calibre nominal 7,62mm (tipicamente utilizado em fuzis) foi encontrado pela equipe pericial. Mais dados foram agregados, já que é a partir desta descoberta mais dados foram adicionados, auxiliando a compreender um dos possíveis motivos pelos quais não foi ouvido qualquer som característico. Para a presente situação, é fundamental que se compreenda que os fuzis são armamentos que conseguem disparar projéteis a uma distância

significativamente maior do que os armamentos não considerados como “de alta energia”.

O passo subsequente na investigação fenomenológica nos conduziu a perceber o posicionamento geográfico no qual a vítima foi encontrada, bem como seu próprio posicionamento no terreno. Tais dados são fundamentais para que se possa traçar eventual trajetória, bem como o raio do perímetro no qual o atirador buscado estava. Quanto maior é a distância entre o atirador e o projétil, maior é o arco parabólico deste, o que tende a provocar uma lesão descendente no alvo atingido.

Quando a equipe pericial percebeu o espargimento de sangue no muro da propriedade, pelo sentido e pela disposição das gotículas de sangue, bem como pelo impacto final do projétil de arma de fogo de alta energia na parede adjacente, confirmou-se a trajetória descendente. Mas a pergunta ainda persiste: de qual lugar ele foi disparado?

Tendo sido obtidas as coordenadas de georreferenciamento, foi identificado que o local dos fatos estava inserido num contexto de área com influência de diversos conflitos entre narcotraficantes e policiais. Consequentemente, as diligências fenomenológicas indicaram ter havido um destes confrontos, em local situado a mais de 1.700 (mil e setecentos) metros de distância, em horário compatível com o inicialmente narrado para o encontro do cadáver. Levando-se em consideração que o projétil de alta energia (como o que efetivamente atingiu a vítima deste caso concreto) tem o potencial para atingir alvos a esta distância, era imperioso fazer as perícias cabíveis nos armamentos cuja utilização foi identificada naquele confronto narrado neste parágrafo.

A guarnição de policiais referida foi ouvida e passou a narrar os fatos, que claramente configuraram uma situação de legítima defesa. Importante destacar que até mesmo o posicionamento espacial deste contexto era importante para o fenômeno inicialmente investigado, haja vista a necessidade de determinação da trajetória do projétil disparado, bem como da apreensão para posterior perícia dos fuzis que possuíam o calibre compatível com o projétil que lesionou fatalmente a vítima da primeira situação.

Assim, após o resultado de microcomparação balística entre os fuzis apreendidos e o projétil encontrado, foi verificado que este foi disparado a partir de um dos armamentos dos policiais deste segundo contexto. A conclusão, portanto (diante de todas as diligências efetuadas, perícias realizadas e testemunhas ouvidas), permitiu que afirmássemos que a essência da situação era um erro na execução decorrente de uma legítima defesa

ocorrida em outro local, mas que acaba por atingir a vítima da primeira situação. Isso só foi possível com a aplicação do método da teoria da valoração crimino-fenomenológica.

3.2.2.3. Segundo caso prático

Já tivemos oportunidade de conduzir uma investigação na qual quatro pessoas estavam dentro de um automóvel: o criminoso, um homem e um casal. O criminoso (recém egresso do sistema prisional) era o motorista, enquanto os demais foram obrigados a entrar no veículo, sob a ameaça de arma de fogo. A finalidade do criminoso era que o conduzissem até um determinado local, em outra cidade, para que visse a pessoa com quem mantinha relacionamento amoroso antes de ter sido preso (que, por sinal, era filha do casal integrante do veículo).

Durante o trajeto, por diversas vezes o criminoso apontava a arma para os integrantes do carro, com ameaças de morte, injúrias e agressões com a coronha do armamento. Porém, em determinado momento, um dos integrantes do veículo, que estava no banco dianteiro direito (ou seja, no banco do carona), percebeu que o trajeto em que o carro seguia era diverso daquele que se esperava para ir até a cidade pretendida pelo criminoso.

Paralelamente, num momento específico, o criminoso aponta a arma de fogo para a mulher que estava no banco traseiro direito, esboçando disparar. Levando-se em consideração a sua percepção específica sobre os fatos, e diante da iminência da injusta agressão, o ocupante do banco dianteiro direito inicia luta corporal com o criminoso, segurando sua mão para evitar o homicídio da sua esposa e livrarem-se da situação como um todo. Tal situação desencadeia uma série de disparos de arma de fogo no interior do veículo, tendo como resultado a transfixação da mão da pessoa que iniciou luta corporal para desarmar o criminoso, mas também resultou na consumação da morte deste.

Após o comparecimento do Delegado de Polícia no local dos fatos, para realização das perícias necessárias, todos os integrantes do veículo foram ouvidos em sede policial. E qual a conclusão parcial a que se chegou? Diante da intersubjetividade latente, cada um narrou sua versão dos fatos, pois efetivamente presenciaram a ocorrência do fenômeno criminoso.

As informações extraídas de cada uma das testemunhas (que tiveram os fatos em presença), se fundiram exatamente nas atualidades e potencialidades existentes, já que cada um teve um posicionamento específico

e, conseqüentemente, uma visão, uma percepção específica do fenômeno. As três forneceram elementos que se tornaram uma espécie de “peça num quebra-cabeças”, já que o que um viu, o outro viu sob um ângulo diferente.

Quem está atrás do banco do motorista no nosso exemplo não tem condições de visualizar se o criminoso está, por exemplo, apontando uma arma com a mão esquerda para o integrante do banco dianteiro direito. Mas quem sofre a ameaça neste banco tem perfeitas condições de descrevê-la. O que é potencial para o integrante do banco traseiro esquerdo é atual para o integrante do banco dianteiro direito e vice-versa.

Sobre a complexidade da explicação entre atualidade e potencialidade da posição e suas repercussões, Husserl nos mostra que estamos diante de um caso especial da diferença entre os atos que efetivamente vivenciamos (e por isso, de forma lógica, temos atenção quando falamos da correlação com o campo dóxico) e aqueles que, por não termos a devida atenção (ainda que momentânea), temos mera potencialidade ou uma mera intenção⁶⁹³. Sobre este ponto de vital importância, vamos tecer maiores comentários a respeito no tópico a seguir.

3.2.3. A atualidade de atenção

Husserl traz a ideia sobre a expressão “atualidade de atenção” e seu significado. Para isso, quando determinado indivíduo está sob atualidade de atenção, isto remonta a uma ideia de efetuação de um vivido intencional, ou seja, o indivíduo está com sua atenção efetivamente voltada para o fenômeno. Ele tem um correlato de atenção que está voltado para ele⁶⁹⁴.

Maurice Merleau-Ponty, com propriedade, nos mostra que a atenção é verdadeiramente um “poder geral e incondicionado”, pois a cada momento ela tem a capacidade de se dirigir a qualquer conteúdo da consciência. E o faz de modo indiferente. Quando denotamos a relação entre a consciência e a atenção, acabamos por fazer uma conexão que depende de fatores internos do indivíduo. E isso difere do empirismo, na medida em que neste as conexões são feitas de modo externo. Com isso, o referido autor indica os motivos pelos quais, no intelectualismo, partimos da fecundidade da atenção e é através dela que obtemos a verdade dos objetos (e, por que não, dos fenômenos), já que não estamos diante de uma situação em

693 HUSSERL, Edmund, op. cit., nota 233, p. 370.

694 Ibidem, p. 371.

que um quadro fortuitamente sucede outro e assim por diante (como no empirismo)⁶⁹⁵. Se o ato de atenção é incondicionado⁶⁹⁶, pois trata todos os objetos e fenômenos de forma indistinta, daí a importância da “atualidade da atenção”.

Cada uma dessas percepções levadas em consideração por parte do Delegado de Polícia, materializada nos respectivos termos de declaração, asseguram a primariedade das informações. A partir delas e da sua presença no local dos fatos, a autoridade policial poderá confirmar a autenticidade e viabilidade de tudo aquilo que foi narrado e, caso haja algum tipo de dúvida ou necessidade de fazer algum esclarecimento específico, no próprio termo de declarações original poderá constar a resposta a estes questionamentos, permitindo que haja clareza onde até então predominar obscuridade.

A confirmação de certas informações pode conduzir ao embasamento de novas diligências com vistas a entender a dinâmica do evento e, de todo modo, a essência do fenômeno. Daí a importância do registro de várias versões sobre o mesmo fato, pois os pontos de vista se completam e as informações se mesclam, auxiliando o fenomenólogo na compreensão final e consequente subsunção do fato à norma penal.

Neste sentido, precisamos fazer uma observação sobre os correlatos noemáticos dos dados hiléticos na noese (dados que são entendidos como sendo constituídos pelos conteúdos sensíveis, abrangendo não só as sensações externas, como também os sentimentos e a forma pela qual o objeto ou o fenômeno aparecem para o indivíduo): Husserl descreve que enquanto um determinado objeto aparece para nós, dirigimos nossa atenção para aquele vivido. Por conseguinte, os dados de sensação predominantes traduzem a percepção deste vivido, num complexo sistema momentâneo que o sujeito se compromete a passar a descrever. Nessa toada, àquela exibição se conecta um momento de vivência específico, que merece ser retratado fielmente. Essa descrição, no entanto, se refere ao sentido do fenômeno tal qual fora visado, intuído. Assim, o sentido objetivo, descritivo, do fenômeno, varia conforme a carga do conteúdo hilético⁶⁹⁷.

Com exceção feita à questão da clareza e da obscuridade (que também pode influir na forma pela qual o fenômeno aparece), o grau de riqueza ou pobreza descritivas que sofrem influência dos dados hiléticos (a percepção

695 MERLEAU-PONTY, Maurice, op. cit., nota 338, p. 54.

696 Ibidem, p. 55.

697 HUSSERL, Edmund, op. cit., nota 233, p. 374.