

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO – PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

FERNANDO CAMPELO MARTELLETO

DOSIMETRIA DA PENA À LUZ DA HERMENÊUTICA
NA MATRIZ FENOMENOLÓGICA

Belo Horizonte

2019

FACULDADE DE DIREITO – PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

FERNANDO CAMPELO MARTELLETO

DOSIMETRIA DA PENA À LUZ DA HERMENÊUTICA
NA MATRIZ FENOMENOLÓGICA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, no Curso de Mestrado, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de Pesquisa: 2 - Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito: Fundamentação, Participação e Efetividade.

Área de Estudo: D-10 - Hermenêutica Jurídica nas matrizes fenomenológica e epistemológica.

Projeto Coletivo de Pesquisa: Acesso à Justiça, Governança Pública, Administração da Justiça, Hermenêutica Jurídica e Direitos Fundamentais.

Área de Estudo: “Hermenêutica Jurídica nas matrizes fenomenológica e epistemológica: interação entre saberes em prol da efetividade dos direitos humanos e fundamentais”.

Orientadora: Professora Doutora Maria Helena Damasceno e Silva Megale.

Belo Horizonte

2019

M376d Martelleto, Fernando Campelo
Dosimetria da pena à luz da hermenêutica na matriz fenomenológica /
Fernando Campelo Martelleto. – 2019.

Orientadora: Maria Helena Damasceno e Silva Megale. Dissertação
(mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.

1. Direito – Teses 2. Hermenêutica (Direito) – Teses 3. Pena (Direito) – Teses 4.
Dosimetria – Teses 5. Processo penal – Teses 6. Fenomenologia – Teses I. Título

CDU 343.215

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Luciane Lorena Queiroz CRB 6/2233.

DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E JUSTIÇA
BEL. FERNANDO CAMPELO MARTELLETO

Aos treze dias do mês de dezembro de 2019, às 15h00m, na Sala da Congregação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, reuniu-se, em sessão pública, a Banca Examinadora constituída de acordo com o art. 73 do Regulamento do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, e das Normas Gerais de Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais, integrada pelos seguintes professores: Profa. Dra. Maria Helena Damasceno e Silva Megale (orientadora do candidato/UFMG); Profa. Dra. Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau (UFMG) e Profa. Dra. Paula Vilaça Bastos (OAB/MG), designados pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, para a defesa de Dissertação de Mestrado do **Bel. FERNANDO CAMPELO MARTELLETO**, matrícula nº **2018653053**, intitulada: "**DOSIMETRIA DA PENA À LUZ DA HERMENÊUTICA NA MATRIZ FENOMENOLÓGICA**". Os trabalhos foram iniciados pela Presidente da mesa e orientadora do candidato, Prof^ª. Dr^ª. Maria Helena Damasceno e Silva Megale, que, após breve saudação, concedeu ao candidato o prazo máximo de 30 (trinta) minutos para fins de exposição sobre o trabalho apresentado. Em seguida, passou a palavra a Profa. Dra. Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau, para o início da arguição, nos termos do Regulamento. A arguição foi iniciada, desta forma, pela Profa. Dra. Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau, seguindo-se-lhe, pela ordem, as Professoras Doutoras: Paula Vilaça Bastos e Maria Helena Damasceno e Silva Megale. Cada examinador arguiu o candidato pelo prazo máximo de 30 (trinta) minutos, assegurando ao mesmo, igual prazo para responder às objeções cabíveis. Cada examinador atribuiu conceito ao candidato, em cartão individual, depositando-o em envelope próprio. Recolhidos os envelopes, procedeu-se a apuração, tendo se verificado o seguinte resultado:

Profa. Dra. *Maria Helena Damasceno e Silva Megale* (orientadora do candidato/UFMG)

Conceito: *Aprovado*

Profa. Dra. *Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau* (UFMG)

Conceito: *Aprovado*

Profa. Dra. *Paula Vilaça Bastos* (OAB/MG)

Conceito: *Aprovado*

Priscila Campos Silva
Assistente em Administração
SIAPE: 2408604



A Banca Examinadora considerou o candidato *aprovado*....., com a nota *10,0*. Nada mais havendo a tratar, a Professora Doutora Maria Helena Damasceno e Silva Megale, Presidente da Mesa e Orientadora do candidato, agradecendo a presença de todos, declarou encerrada a sessão. De tudo, para constar, eu, Fernanda Bueno de Oliveira, Servidora Pública Federal lotada no PPG Direito da UFMG, mandei lavrar a presente ata, que vai assinada pela Banca Examinadora e com o visto do candidato.

BANCA EXAMINADORA:

Maria Helena Damasceno e Silva Megale
Prof. Dra. Maria Helena Damasceno e Silva Megale (orientadora do candidato/UFMG)

Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau
Prof. Dra. Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau (UFMG)

Paula Vilaça Bastos
Prof. Dra. Paula Vilaça Bastos (OAB/MG)

Fernando Campelo Martelleto
- **CIENTE:** Fernando Campelo Martelleto (Mestrando)

Priscila Campos Silva
Assistente em Administração
SIAPE: 2408804



Agradeço:

Aos colegas da pós-graduação, pelo acolhimento e inestimável auxílio na compreensão dos “horizontes hermenêuticos”.

Ao colega de Defensoria Pública e amigo, Doutor Alfredo Emanuel Farias de Oliveira, pelo incentivo e apoio na realização deste sonho antigo de cursar o mestrado.

À Professora Doutora Maria Helena Damasceno e Silva Megale, pela generosidade e carinho dispensados à minha orientação acadêmica e na entrega do saber.

Especialmente, à Marina, minha esposa, e às minhas filhinhas Maria Gabriela e Maria Isabela, pela paciência, pela compreensão e pelo amor incondicional que me dedicaram durante toda essa longa, intensa e vigorosa jornada em busca do conhecimento da hermenêutica jurídica.

RESUMO

O presente trabalho dedica-se a uma analítica do fenômeno da dosimetria da pena no processo penal, a partir da hermenêutica jurídica na matriz fenomenológica, explorando os limites da objetividade e formas de conter os elementos influenciadores do juiz como intérprete da lei. A Fenomenologia surgiu como meio de investigação da consciência e do processo de compreensão, em que se destacaram as teorias de Edmund Husserl e Hans-Georg Gadamer, as quais serviram de referências teóricas para se demonstrar a necessidade da formação de uma consciência por parte do julgador, de sua situação hermenêutica e o estabelecimento de um diálogo entre suas concepções prévias e a fenomenalidade do caso concreto, onde a intencionalidade da consciência repercute no seu atuar, e o círculo hermenêutico assume destaque como elemento de elucidação fenomenológica do conhecimento e da interpretação, pela lógica de pergunta e resposta. Investigaram-se, também, as influências de elementos psicológicos e traços de personalidade do julgador como elementos da subjetividade e de compreensão e interpretação da norma penal. Dada a discricionariedade conferida pela lei ao julgador no momento da fixação da pena, pretendeu-se investigar as implicações de uma visada hermenêutica para se propor o aprimoramento da dosimetria da pena, em busca da decisão justa. Concluiu-se, após as investigações realizadas acerca das possibilidades e das condições da interpretação e aplicação das leis, propostas pela Hermenêutica Fenomenológica, pela conformação de um novo paradigma hermenêutico em que se verifique a possibilidade de redução do grau de subjetivismo do julgador na aplicação da lei penal, mormente na fase da dosimetria da pena.

Palavras-chave: dosimetria; pena; julgador; hermenêutica; fenomenologia.

ABSTRACT

This paper is dedicated to an analysis of the phenomenon of penalty dosimetry in criminal proceedings, based on the legal hermeneutics in the phenomenological matrix, exploring the limits of objectivity and ways to contain the influencing elements of the judge as an interpreter of the law. Phenomenology emerged as a means of investigating consciousness and the process of comprehension, highlighting the theories of Edmund Husserl and Hans-Georg Gadamer, which served as theoretical references to demonstrate the need for the formation of a conscience by the judge, its hermeneutic situation and the establishment of a dialogue between its previous conceptions and the phenomenality of the concrete case, where the intentionality of consciousness has repercussions in its action and the hermeneutic circle is highlighted as an element of phenomenological elucidation of knowledge and interpretation, by the logic of question and answer. It also investigates the influences of psychological elements and personality traits of the judge, as elements of subjectivity and understanding and interpretation of the penal norm. Given the discretion conferred by the law to the judge at the time of setting the penalty, it was intended to investigate the implications of a hermeneutic aim to propose the improvement of the dosimetry of the penalty, seeking the just decision. It is concluded, after the investigations carried out about the possibilities and conditions of the interpretation and application of the laws, proposed by the Phenomenological Hermeneutics, by the conformation of a new hermeneutic paradigm in which it is possible to reduce the degree of subjectivism of the judge in the application of the law. criminal law, especially in the phase of penalty dosimetry.

Keywords: dosimetry; feather; judge; hermeneutics; phenomenology.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 ANTECEDENTES DO SURGIMENTO DA FENOMENOLOGIA E O PORQUÊ DA DOSIMETRIA DA PENA À LUZ DA HERMENÊUTICA NA MATRIZ FENOMENOLÓGICA.....	10
3 A IDEIA DA FENOMENOLOGIA DE EDMUND HUSSERL E A HERMENÊUTICA DA NORMA PENAL	20
4 CONTRIBUIÇÕES DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA DE GADAMER PARA O DIREITO, NO TOCANTE À APLICAÇÃO DA PENA.....	32
5 A SUBJETIVIDADE NA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS E OS PERIGOS DAS POSIÇÕES EXTREMADAS.....	39
6 INFLUÊNCIAS PSICOLÓGICAS NO ATO DECISÓRIO.....	46
6.1 A personalidade.....	48
6.2 Transtornos psicológicos.....	51
6.3 Psicologia positiva.....	53
6.4 Consciência ética.....	54
6.5 Os exames psicotécnico e psicológico.....	57
7 DOSIMETRIA DA PENA E SEUS CRITÉRIOS VALORATIVOS NUMA ABORDAGEM FENOMENOLÓGICA.....	64
8 A DOSIMETRIA DA PENA NA INTERPRETAÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.....	75
9 CONCLUSÃO.....	81
REFERÊNCIAS.....	84

1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação dedica-se a uma analítica do fenômeno da dosimetria da pena a partir da hermenêutica jurídica, baseada na matriz fenomenológica, explorando os limites da subjetividade e influenciadores da formação do ato decisório final (sentença condenatória) nas demandas de natureza penal.

Indaga-se de que modo a fenomenologia e a hermenêutica fenomenológica podem desvelar o resultado do ato decisório de aplicação da sanção penal como um processo intencional, autêntico e justo, escoimado do subjetivismo do julgador pela imposição acrítica de seus pré-conceitos e disfuncionalidades.

O objetivo deste trabalho é investigar a influência do subjetivismo da pessoa do julgador na dosimetria da pena, com conseqüente distorção do resultado na realização do fenômeno hermenêutico, bem como o seu distanciamento da concepção de justiça, em conformidade com os princípios constitucionais e legais limitadores do *ius puniendi*.

A investigação fenomenológica aqui realizada inseriu-se claramente na Linha de Pesquisa “Direitos humanos e estado democrático de direito: fundamentação, participação e efetividade”, tendo como área de estudo a “Hermenêutica jurídica nas matrizes fenomenológica e epistemológica”, mantida pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, sob a orientação da Professora Doutora Maria Helena Damasceno e Silva Megale. Nessa temática, como bem sintetizou Simone Goyard-Fabre (2002), um dos principais desafios da Ciência do Direito é o abandono das noções puramente formais e a conseqüente busca pela essência e pelo real refletido nas construções jurídicas.

A construção da decisão judicial no processo penal que culmina com sentença condenatória leva, inexoravelmente, à aplicação de uma pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, quantificada em parâmetros mínimos e máximos, segundo os critérios normativos informados no art. 68 do Código Penal (CP), cuja dosimetria pressupõe caráter objetivo, mediante a análise das

circunstâncias judiciais do caso concreto, previstas no art. 59 do mesmo diploma penal, seguida das circunstâncias atenuantes e agravantes e das causas de diminuição e de aumento de pena, ao qual a doutrina nominou “critério trifásico” da dosimetria da pena.

A experiência hodierna na lida forense revela, contudo, o enorme desacerto verificado na aplicação do referido critério trifásico pelos julgadores, haja vista a excessiva quantidade de recursos endereçados aos tribunais pátrios, sobretudo aos tribunais superiores, buscando revisão das penas aplicadas.

Constata-se, ainda, que a reforma das decisões traz como fundamento a inapropriada valoração negativa dos critérios de fixação da pena, permeada pelo subjetivismo do julgador, ao impregnar o ato decisório com pré-compreensões irrefletidas, marcadas pela sua bagagem ideológico-doutrinária, preconceitos, valores pessoais e culturais, sua historicidade e até mesmo por disfuncionalidades biopsicossociais manifestadas.

A partir desses aspectos, não raro, o *quantum* da pena se mostra como uma “conta de chegada”, em que o julgador decide de modo voluntarista sobre quanto quer aplicar de pena, para depois fundamentá-la.

Apresenta-se aí o fenômeno jurídico a ser desvelado hermeneuticamente, a fim de harmonizar as condicionantes ontológicas do processo compreensivo com as exigências constitucionais e legais concernentes à fixação objetiva da pena, em face do realismo jurídico protagonizado pelo julgador.

Nessa perspectiva da matriz fenomenológica, surge a hipótese de que, se a dosimetria da pena imposta ao condenado, que dogmaticamente se fundamenta na análise objetiva do crime e de suas circunstâncias, mas em que há também espaço para que o julgador, como intérprete da lei e aplicador do direito, revele a sua própria identidade temporal e finita, a sua historicidade e os valores de seu tempo, que se operam em seu próprio existir no mundo, pode variar entre o mínimo e máximo legalmente especificado sem um critério apriorístico, então, na visada hermenêutica fenomenológica, é imprescindível que o julgador adquira consciência da sua situação hermenêutica e estabeleça um diálogo entre suas concepções prévias e a fenomenalidade do caso concreto, em

que a intencionalidade assume destaque como elemento de elucidação fenomenológica da atuação do julgador.

Por meio das obras selecionadas e indicadas como referências bibliográficas, a pesquisa desenvolvida nesta dissertação revisita a doutrina clássica penalista, porém interagindo de forma cruzada com a filosofia do direito, buscando preencher as lacunas abertas no diálogo entre a lei e o intérprete, mediante uma visada hermenêutica fenomenológica do processo de aplicação da pena.

Necessária se faz uma breve contextualização do momento histórico em que floresceu a Fenomenologia como meio de investigação da consciência e do processo de compreensão, com vistas a se atingir o ideal de justiça a partir de uma teoria do estado democrático de direito, fundamentada em valores universais como a dignidade da pessoa humana, a eticidade e a cidadania.

Os fundamentos fenomenológicos de Edmund Husserl e Hans-Georg Gadamer serviram de referenciais à pesquisa para se demonstrar a necessidade da formação de uma consciência, por parte do julgador, de sua situação hermenêutica e o estabelecimento de um diálogo entre suas concepções prévias e a fenomenalidade do caso concreto, em que a intencionalidade da consciência repercute no atuar do julgador, e o círculo hermenêutico assume destaque como elemento de elucidação fenomenológica do conhecimento e da interpretação, pela lógica de pergunta e resposta.

Investigam-se também as influências do modo próprio do ser mundano relacionadas aos estados anímicos e aos traços de personalidade do julgador, como elementos que influenciam a subjetividade, a compreensão e a interpretação da norma penal, com repercussões no ato decisório.

Dada a discricionariedade conferida pela lei ao julgador no momento da fixação da pena, pretendeu-se investigar as implicações de uma visada hermenêutica para se propor o aprimoramento da dosimetria da pena, em busca da decisão justa, pela conformação de um novo paradigma hermenêutico em que se verifica a possibilidade de redução do grau de subjetivismo do julgador na aplicação da lei penal, mormente na fase da dosimetria da pena.

2 ANTECEDENTES DO SURGIMENTO DA FENOMENOLOGIA E O PORQUÊ DA DOSIMETRIA DA PENA À LUZ DA HERMENÊUTICA NA MATRIZ FENOMENOLÓGICA

Desde os primórdios da jornada humana, o processo civilizatório tem sido marcado pelo constante conflito entre indivíduos, grupos, coletividades ou mesmo nações, na eterna busca existencial pela satisfação de suas necessidades, interesses e desejos, em que a escassez de bens da vida, no dizer de Plauto, dramaturgo romano de comédias e farsas que viveu de 254 a.C. a 184 a.C., em *Asinária*, torna o “homem lobo do homem” (*Homo homini lupus*) (LIMA, 1995, p. 89), expressão popularizada, bem mais tarde, no século XVII, pelo filósofo inglês Thomas Hobbes, em sua obra *Leviatã*, publicada no ano de 1651.

Segundo Hobbes, em um estado natural, o individualismo do ser humano o compele a viver em guerra um com o outro, num permanente conflito, indicando que, de todas as ameaças que um indivíduo pode enfrentar, a maior delas é o confronto com outras pessoas. Os maiores desafios enfrentados pelo ser humano como espécie são criados pelo próprio homem, eis que, para ele, é comum os mais fortes explorarem os mais fracos, quando deveriam protegê-los. Isso revela que o homem é o predador do próprio homem, sendo um vilão para ele próprio. Segundo Hobbes (s.d.),

O fim último, causa final e desígnio dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos sob a qual os vemos viver nos Estados, é o cuidado com sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita. Quer dizer, o desejo de sair daquela mísera condição de guerra que é a consequência necessária (conforme se mostrou) das paixões naturais dos homens, quando não há um poder visível capaz de os manter em respeito, forçando-os, por medo do castigo, ao cumprimento de seus pactos e ao respeito àquelas leis de natureza que foram expostas nos capítulos décimo quarto e décimo quinto. Porque as leis de natureza (como a justiça, a equidade, a modéstia, a piedade, ou, em resumo, fazer aos outros o que queremos que nos façam) por si mesmas, na ausência do temor de algum poder capaz de levá-las a ser respeitadas, são contrárias a nossas paixões naturais, as quais nos fazem tender para a parcialidade, o orgulho, a vingança e coisas semelhantes. E os pactos sem a espada não passam de palavras, sem força para dar qualquer segurança a ninguém. Portanto, apesar das leis de natureza (que cada um respeita quando tem vontade de respeitá-las e quando pode fazê-lo com segurança), se não for instituído um poder suficientemente grande para nossa segurança, cada um confiará, e

poderá legitimamente confiar, apenas em sua própria força e capacidade, como proteção contra todos os outros (HOBBS, s.d., p. 59).

Aristóteles (384 a.C. a 322 a.C.), em sua *Ética a Nicômaco*, no Livro III, *Política*, já afirmava que “o homem é por natureza um animal social” (ARISTÓTELES, 1985, p. 1253a), pois é inerente a ele a aglutinação, o convívio com seus iguais, não tendo por princípio o isolamento e, uma vez estando em sociedade, haveriam de se organizar as relações entre os seres humanos, de modo a permitir convivência harmoniosa, sendo certo que caberia aos governantes estabelecer a ordem por meio das leis, de tal modo que a inteligência permitisse ao legislador fazer as leis que melhor conviessem aos cidadãos, em determinado contexto.

A história da humanidade, assim como a dos indivíduos, registra momentos de desenvolvimento e de preparação, nos quais podem ser observados ora uma evolução progressiva das forças sociais, ora um repouso da sociedade, fechando-se num estado de recolhimento, girando sobre si mesma, como justamente se verificou no período entre a ruína do Império Romano, nos anos 400 d.C., e o fim da Idade Média, por volta dos anos 1500.

Não se pode desprezar, contudo, nesse fatigante período de caminhada do homem, a contribuição de um imenso trabalho que nos legou à humanidade a ciência positiva, o sentimento de humanidade, o conceito natural de estado, o princípio ético do direito, a reforma religiosa, a tendência dos estados a unificarem-se em nações e, mais que tudo, que nos deu o conceito de um direito, de um comércio e de um equilíbrio internacional no verdadeiro sentido da palavra.

Passada aquela época, já no período entre os anos de 1500 e 1800, com o ordenamento consolidado da sociedade, o direito e a moral tornam-se os assuntos prediletos da Escola Nova, porquanto, no campo ético, ela deveria satisfazer à necessidade de fixar um sistema novo e completo de princípios morais, fundamentando-o na igualdade dos homens e nas finalidades da existência humana; no campo jurídico, deveria reformar grande parte das

instituições antigas, criar novas e transfundir nas leis o sentimento da vida moderna.

Nesse contexto histórico e social, nasce em Milão Cesare Beccaria, em 15 de março de 1738, que vem a publicar, em julho de 1764, o livro *Dos delitos e das penas*, obra que o imortalizou e que trata da reforma judiciária, com ênfase em três pontos fundamentais: a abolição da tortura, a publicidade dos julgamentos e o fim da pena de morte.

Para Beccaria (1979), a origem das penas e o direito de punir encontra fundamento em três fontes das quais derivam os princípios morais e políticos reguladores dos homens, quais sejam, a revelação, a lei natural e as convenções fictícias da sociedade. O célebre milanês adota a posição de que o homem tenha vivido, há muito tempo, num estado de “extra-social”, e que, depois, no interesse da sua conservação e pela falta de confiança geral, tenha estabelecido um contrato de sociedade com os outros homens, renunciando em conjunto a uma parte da própria liberdade, doutrina essa evidentemente extraída do livro de Rousseau o que a ciência moderna tem julgado um sonho, visto que ninguém faz doação de parte da própria liberdade em benefício do bem público. Se tal fosse possível, cada um dos indivíduos iria querer que os pactos que obrigam os outros não os obrigassem; em verdade, cada homem se faria centro de todas as combinações do mundo. É da natureza humana. Pensar que o homem espontaneamente doaria parte da própria liberdade em vista do bem público é uma quimera.

O fundamento do direito já não mais está, como queriam alguns, no contrato social, mas sim na necessidade da vida em sociedade; e como o direito tende à obtenção dos fins individuais e sociais, daí resulta que ele tem em comum o seu princípio com a moral ou a ética, e que não pode jamais estar em franca oposição a esta última. Toda regra de direito deve ser moral. Porém, ao contrário, não é de igual necessidade que toda norma moral tenha de manifestar-se numa norma de direito, já que o direito regula as condições exteriores que tornam possível ao homem a obtenção de seus fins, e a moral apenas indica estes fins. Mudando, porém, as condições sociais, políticas e econômicas de um estado, muda necessariamente o direito, enquanto a moral se mantém inalterada.

Ainda segundo Beccaria (1979), não se pode esperar da política moral qualquer vantagem duradoura se ela não for fundada nos sentimentos indelévels do homem. Ele assim se expressa:

Consultemos o coração humano e nele encontraremos os princípios fundamentais do verdadeiro direito do soberano de punir os delitos.

As leis são as condições sob as quais homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viverem em contínuo estado de guerra e gozarem uma liberdade tornada inútil pela incerteza de conservá-la. Eles sacrificaram uma parte dessa liberdade para gozar-lhe o restante com segurança e tranquilidade. A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas ao bem de cada um, forma a soberania de uma nação; e o soberano é o legítimo depositário e o administrador deles. Porém, não bastava formar esse depósito. Era necessário defendê-lo das privadas usurpações de cada homem em particular, que procurava sempre retirar do depósito não só a própria porção, como ainda usurpar a dos outros. Eram necessários motivos sensíveis, que bastassem para afastar a despótica intenção que cada homem sente de, novamente, submergir no antigo caos as leis da sociedade. Estes motivos sensíveis são penas estabelecidas contra os infratores das leis (BECCARIA, 1979, p. 38-39).

E complementa o jurista milanês:

O conjunto destas mínimas porções possíveis forma o direito de punir. Todo o direito a mais é abusivo, e não justiça; é fato, já não é direito. As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança, e é maior a liberdade que o soberano proporciona aos súditos (BECCARIA, 1979, p. 38-39).

As consequências desses princípios são, primeiramente, que a pena acrescida além do limite fixado pelas leis é uma pena injusta, uma pena a mais; não pode, pois, o magistrado, sob qualquer pretexto de zelo ou bem público, aumentar a pena estabelecida para o cidadão delinquente para além do que a lei determina. A segunda consequência é que as leis devem ter caráter geral, que obriguem a todos os membros da sociedade, de modo que as sanções penais sejam aplicadas de acordo com o fato, indistintamente de quem os tenha praticado. A terceira consequência diz respeito à inutilidade das penas cruéis em contrariedade à própria justiça.

Prevaleceu, assim, a ideia propugnada por Beccaria (1776), segundo a qual a pessoa deve ser tratada como fim e não como meio, ressignificando o sujeito na perspectiva de primeira pessoa, em oposição ao chamado objetivismo, que, em geral, está empenhado em eliminar o sujeito humano na ciência.

O resgate da experiência da consciência jurídica da Antiguidade Clássica pelo Renascimento ocorreu entre meados do século XIV e o fim do século XVI, mais precisamente durante o Iluminismo, movimento intelectual e filosófico que dominou o mundo das ideias na Europa durante o século XVIII – o "Século da Filosofia". De acordo com Salgado (2007), na introdução da sua obra *A ideia de justiça no mundo contemporâneo*, decorreu, para o mundo contemporâneo, a ideia de justiça a ser buscada a partir de uma teoria do Estado Democrático de Direito, de modo a materializar três valores – a igualdade, a liberdade e o trabalho – na forma dos direitos fundamentais: como consciência (saber) da juridicidade desses valores (universal abstrato); como declaração (querer) desses valores como direitos, por ato de posição empírica (particular) na Constituição; como efetivação desse direito na forma de fruição pelo sujeito de direito (universal concreto).

Prossegue esse autor afirmando que, na perspectiva de uma reflexão filosófica sobre sua realidade, o direito é uma totalidade ética que se desenvolve histórica e fenomenologicamente como realização ética plena ou como último momento do processo ético. "O Estado Democrático de Direito é, assim, entendido como o ponto de chegada de todo um processo histórico do *ethos* ocidental, que se desenvolve segundo uma dialética entre o poder e a liberdade" (SALGADO, 2007, p. 4).

Daí a importância de uma base hermenêutica fenomenológica, fundamentada na eticidade, para se erguer uma sociedade constituída em Estado Democrático de Direito, que tenha como fundamentos, entre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, e realizando seus objetivos fundamentais de construir uma sociedade livre, justa e solidária; de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer

outras formas de discriminação, como previsto nos arts. 1º, II e III, e 3º, I, III e IV, da Constituição Federal de 1988.

A Fenomenologia, designação de uma corrente filosófica do século XX, conforme ensina Zahavi (2019), pode ser considerada a pedra de toque da filosofia continental e o pressuposto decisivo de um grande número de formulações teóricas posteriores, sobretudo no campo da hermenêutica. Tem em Edmund Husserl o seu fundador e, como representantes mais proeminentes, os filósofos e pensadores Martin Heidegger, Jean-Paul Sartre, Maurice Merleau-Ponty, Emmanuel Lévinas, Paul Ricoeur, Jacques Derrida, Jacques Lacan, Hans Georg Gadamer e Michel Foucault.

Assevera Zahavi (2019) que o mérito epistemológico (de acordo com o conhecimento) da fenomenologia se mostra, antes de tudo, em quatro áreas:

1. A fenomenologia oferece toda uma série de análises teóricas ligadas ao conhecimento e à ciência, tal como, por exemplo, análises de conceitos como verdade, evidência, fundamentação, fundação, interpretação, intuição, pré-compreensão, finitude.
2. Com o seu modelo normativo de existência humana, que compreende o sujeito como ser-no-mundo assentado corporalmente, socialmente e culturalmente, a fenomenologia oferece um quadro para o desdobramento das ciências humanas e sociais.
3. Por meio de sua crítica aguda das posições epistemológicas como o eliminativismo, o objetivismo e o cientificismo, a fenomenologia pode contribuir para libertar as ciências positivas de teorizações pseudocientíficas muito difundidas.
4. Por fim, a fenomenologia oferece análises concretas, que são relevantes para toda uma série de ciências empíricas: análises do texto estético e da compreensão de imagens, do planejamento da cidade e da arquitetura, das representações da loucura e das perturbações, da relação mãe-filho, do encontro com culturas estrangeiras, do estabelecimento de estruturas sociais (ZAHAVI, 2019, p. 13).

E aqui se ousa acrescentar como exemplo de ciência empírica sujeita à análise oferecida pela fenomenologia o ato decisório na aplicação da sanção penal, por meio da dosimetria da pena.

A *fenomenologia* é conceituada por Husserl em sua obra *A Ideia da Fenomenologia* como “a doutrina universal das essências, em que se integra a ciência da essência do conhecimento” (HUSSERL, 2008, § 3, p. 20). Para esse autor, (2008), “fenomenologia” designa uma ciência, uma conexão de disciplinas científicas; mas, ao mesmo tempo, e acima de tudo, “fenomenologia” designa um

método e uma atitude intelectual: a *atitude intelectual* especificamente *filosófica*, o *método* especificamente *filosófico*. A fenomenologia é a ciência dos fenômenos puros, isto é, reduzidos, ou doutrina da essência dos fenômenos cognitivos puros, que têm uma verdade “subjéitiva” (HUSSERL, 2008).

A fenomenologia como ciência dos fenômenos pode ser concebida como uma analítica dos diversos modos de aparição e, em articulação com isso, como uma investigação reflexiva das estruturas compreensivas que permitem aos objetos se mostrarem como aquilo que eles são. Em síntese, “a fenomenologia é o estudo da experiência humana e dos modos com as coisas se apresentam elas mesmas para nós em e por meio dessa experiência” (SOCOLOWSKI, 2010, p. 10).

A compreensão do que é fenomenologia, na lição de Husserl, pressupõe fazer-se uma distinção entre a “atitude intelectual natural” e a “atitude intelectual filosófica ou fenomenológica” diante do mundo e das coisas que existem (HUSSERL, 2008, § 17, p. 37).

A atitude natural, segundo Husserl (2008), é o foco que se tem quando se está imerso na postura original, intencionado para coisas, situações, fatos e quaisquer outros objetos. É a imersão no mundo como um contexto singular e abrangente do qual se faz parte, e todas as coisas podem ser intencionadas e dadas de forma correlata umas com as outras, em que o *eu* e suas *crenças* é também uma singularidade em torno da qual o mundo se organiza. O agente da atitude natural é, portanto, aquele para quem o mundo e suas coisas são dadas, e que, simultaneamente, é parte do todo e ainda está na posse intencional do mundo.

Já a atitude fenomenológica, também chamada “atitude transcendental” ou “redução fenomenológica”, é o foco que se tem quando se reflete sobre a atitude natural e todas as intencionalidades que ocorrem dentro dela. De acordo com Husserl (2008):

Em toda a inquirição teórico-cognoscitiva, quer se trate deste ou daquele tipo de conhecimento, há que afetar toda a transcendência concomitantemente o índice de desconexão, ou com o índice de indiferença, da nulidade gnoseológica, com um índice que afirma: não me importa aqui absolutamente nada a existência de todas estas transcendências, quer eu nela creia ou não; aqui, não é o lugar de sobre

ela julgar; isso fica completamente fora de jogo (HUSSERL, 2008, § 39, p. 63).

O sentido de fenômeno, para Husserl, diz respeito ao ser da *cogitatio*, mais precisamente o próprio fenômeno cognoscitivo, havendo que se precaver da confusão entre o *fenômeno puro* no sentido da fenomenologia e o *fenômeno psicológico*, objeto da psicologia científico-natural (HUSSERL, 2008).

“A toda a vivência psíquica corresponde, pois, por via da redução fenomenológica, um fenômeno puro, que exhibe a sua essência imanente (singularmente tomada) como dado absoluto” (HUSSERL, §45, p. 69-70). Mediante a redução fenomenológica, obtêm-se o dado absoluto, o fenômeno, que se intenta, não o visado transcendentemente, mas o que é em si mesmo e tal como está dado (HUSSERL, 2008).

Os fenômenos não se caracterizam, portanto, como meras representações das coisas a partir de experiências ou concepções particulares do sujeito, quando as próprias coisas estão em questão, isto é, quando algo está “evidentemente caracterizado como dado agora” (HUSSERL, 2008, § 68, p. 96).

Na concepção husserliana, o fenômeno puro é exatamente a coisa em si manifestada na consciência (HUSSERL, 2008), e não um construto da subjetividade, baseado em regras, métodos, categorias, predicados, enfim, esquemas por ela fixados, pretensamente garantidores de um rigor científico, que, quando muito, apenas representa os objetos do conhecimento. Pode-se afirmar com Husserl que o fenômeno traz consigo o sentido de ser, o caráter de verdade absoluta ou “autopresentação absoluta”, de modo que o conhecimento se torna mais facilmente compreensível àquele que consiga se colocar na posição do puro ver e evitar os preconceitos naturais, “de que podem chegar ao absoluto dar-se em si não só objetos singulares, mas também universalidades, objetos universais e estados de coisas universais” (HUSSERL, 2008, § 51, p. 76-77).

O fenômeno estudado no presente trabalho é a própria dosimetria da pena. Indaga-se, então: “De que modo a fenomenologia e a hermenêutica fenomenológica podem desvelar o resultado desse ato decisório de aplicação da sanção penal como um processo intencional, autêntico e justo, escoimado do

subjetivismo do julgador pela imposição acrítica de seus pré-conceitos e disfuncionalidades?”

O objetivo aqui é investigar os pré-conceitos influenciadores da consciência como forma de pensar do julgador ao realizar a tarefa da dosimetria da pena, com conseqüente distorção do resultado na realização do fenômeno hermenêutico, bem como o seu distanciamento da concepção de justiça, portanto em desconformidade com os princípios constitucionais e legais limitadores do direito estatal de punir.

A investigação fenomenológica acentua-se na perspectiva da primeira pessoa, em oposição ao chamado “objetivismo”, que, em regra, busca eliminar o sujeito humano na ciência. Nessa perspectiva, para a compreensão das condições principais do conhecimento, da verdade, do sentido, do significado, da fundamentação, a inserção da primeira pessoa é indispensável, pois todo aparecer de um objeto sempre apresenta um aparecer de *algo* para *alguém*. Trata-se, mais precisamente, do sujeito (sujeito corporal vivo) que estabelece a perspectiva na qual o objeto aparece.

A visada de primeira pessoa a partir da matriz fenomenológica possibilita, assim, uma melhor compreensão da relação entre o sujeito (aplicador da pena) e o objeto (pena aplicada), ao lançar luz sobre esse e os seus diversos modos de aparição (quantidade de pena aplicada), na medida em que a análise do fenômeno da dosimetria da pena permite verificar o modo da intencionalidade que está em obra e deixa aparecer o objeto, revelando o mundo circundante que penetra a consciência do julgador.

O mérito da fenomenologia consiste, destarte, na tentativa não de descrever o homem cientificamente, mas de tornar compreensível a cientificidade mesma, a partir do mundo da experiência pré-científica do sujeito (mundo da vida), a racionalidade e a práxis científica por meio de uma análise detalhada das formas de intencionalidade do sujeito que conhece (ZAHAVI, 2019, p. 39).

Por tais motivos, concorda-se com Bastos (2017, p. 46) quando afirma que, “sem o caminhar fenomenológico, o ser humano permanece atrelado a pré-conceitos, sem experienciar o mundo e a si mesmo como fenômeno puro”.

Daí o porquê do estudo da dosimetria da pena na matriz fenomenológica, voltado para a compreensão do fenômeno da aplicação da pena a partir do “logos hermenêutico”, que, segundo Novelino (2009, p. 79) deve sempre “buscar o sentido da norma de acordo com o princípio da justiça ou conformidade funcional”, a fim de impedir que os órgãos encarregados da interpretação da Constituição cheguem a um resultado contrário ao esquema organizatório-funcional estabelecido por ela (NOVELINO, 2009).

A fenomenologia, portanto, vem contribuir de forma decisiva para que o intérprete da norma penal, responsável pelo julgamento e pela aplicação da pena respectiva em caso de condenação, ao apresentar a resposta à pergunta social do castigo a ser aplicado em face do crime cometido, faça-o de modo consciente de sua subjetividade, a qual não se despreza nem mesmo dela se pode afastar, devendo a fenomenologia e a epistemologia dialogar para que a norma interpretada alcance a sociedade como um todo, em seu desiderato de promover a paz e a ordem social, em conformidade com os princípios constitucionais e legais limitadores do *jus puniendi*.

3 A IDEIA DA FENOMENOLOGIA DE EDMUND HUSSERL E A HERMENÊUTICA DA NORMA PENAL

Edmund Husserl, nascido em 8 de abril de 1859, em Proßnitz, Mähren (outrora parte do Império Austríaco), lança, em 1900-1901, sua obra inaugural em relação à fenomenologia, as *Investigações lógicas*, considerada como texto chave da filosofia do século XX. Nela se encontra o primeiro tratamento dado pelo autor a toda uma série de conceitos fenomenológicos decisivos, e, dentre eles, uma análise detalhada da *intencionalidade*, adotada como tema central da sua filosofia, como descreve Zahari (2015), em *A fenomenologia de Husserl*.

O contexto do final do século XIX e do limiar do século XX influenciou decisivamente e fomentou o surgimento da fenomenologia, pois, à época, havia uma busca incessante por novos fundamentos para o conhecimento, para a ciência, que se encontrava imersa nos padrões positivistas, muitas vezes incompatíveis com as ciências do espírito. Enfim, essa nova ciência filosófica permeava a busca por novas perguntas e o redimensionamento para novas respostas, uma nova via para a ciência, para a filosofia.

Todavia o grande desafio para essa nova modalidade de conhecimento era a manutenção do rigor positivista, mas que, ao mesmo tempo, garantisse a abertura necessária para a compreensão das ciências do espírito que não demandavam propriamente explicação, nos moldes das ciências exatas ou matemáticas, e sim demandavam “compreensão” (OLIVEIRA, 2013).

Nesse contexto, impunha-se a questão: como compatibilizar rigor, historicidade, objetividade, compreensão, essência e sentido? Tal problema foi primeiro enfrentado por Wilhelm Dilthey, que iluminou caminhos importantes para o surgimento da fenomenologia na medida em que apresentou o momento de crítica da metafísica e fundamentou o trabalho das ciências particulares em uma reflexão filosófico-transcendental ou teórico-epistemológico (PÖGGELER, 2001).

Havia uma busca incessante pelo conhecimento rigoroso, pela essência, mas também a necessidade de evitar toda e qualquer suposição prévia injustificada. “A própria questão diretriz de Husserl, com a qual se aprofundou

com uma conscienciosidade penetrante era: ‘como posso me tornar um filósofo sincero?’” (GADAMER, 2012, p. 147).

Foi nesse momento de definição de um caminho alternativo ao que fora proposto pelo positivismo que se deu a concepção de fenomenologia de Edmund Husserl.

Husserl (2008) lançou as bases de sua crítica fenomenológica na obra *Investigações lógicas*. Todavia é na obra *A ideia de fenomenologia* que se encontra uma definição mais completa da ciência das essências que pretendia construir, em contraposição ao pensamento europeu do final do século XIX, em que permeavam as concepções positivistas e psicologistas.

Em *A ideia da fenomenologia*, Husserl revela como a ciência por ele proposta, diferentemente das ciências naturais, das axiomáticas e até mesmo da filosófica, norteadas pelos critérios e métodos desta, está voltada para uma reflexão crítica e rigorosa que busca compreender como o conhecimento é possível em sua acepção original (HUSSERL, 2008).

Husserl (2008) parte da concepção da dualidade de mundos concebidos como formas paralelas da consciência, entre as quais se encontram o homem, o mundo aritmético e o mundo natural. Havendo a possibilidade de passar de um para o outro, sem que isso implique a destruição do outro, já que, como uma fusão de horizontes, o mundo natural alarga-se para nele se ampliar na possibilidade de outros mundos, correspondentes a novas atitudes, como a aritmética, por exemplo.

Husserl (2008) apresenta então a fenomenologia como um método de investigação que tem o propósito de apreender o fenômeno, ou seja, a aparição das coisas à *consciência*, de uma maneira *rigorosa*. A fenomenologia é, para o filósofo alemão, a doutrina universal das essências, em que se integra a essência da ciência do conhecimento. O que se pretende perscrutar é como as coisas do mundo se apresentam à consciência, no sentido de captar a sua essência (aquilo que o objeto é em si mesmo), isto é, “ir ao encontro das coisas mesmas” (HUSSERL, 2008, p. 20).

Para Husserl (2008), de acordo com a lógica das ciências positivas, baseada em teorias, leis, métodos e outros elementos preconcebidos, a essência

do conhecimento permanece velada, uma vez que a “objetividade” com a qual tais ciências são desenvolvidas reduz o conhecimento ao modo próprio dessas ciências, traduzindo-o como mero “factum psicológico” (HUSSERL, 2008).

Essa psicologia de cunho científico-natural não consegue elucidar, em última instância, as possibilidades essenciais do conhecimento de cunho subjetivo-cognitivo-universal, e não naturalista (HUSSERL, 2012a), motivo pelo qual Husserl propõe o abandono definitivo do “solo da psicologia”, aí compreendida como experimental, a fim de alcançar o propósito almejado da essência do conhecimento e suas possibilidades, que encontram raízes na subjetividade, mais propriamente na consciência ou *cogito*, levada às últimas consequências, livre do racionalismo científico, diversa, portanto, do subjetivismo cartesiano.

É essa consciência, segundo Husserl (2008), citado por Bastos (2017, p. 40), a única capaz de desvelar ao sujeito que compreende, interpreta e conhece o mundo circundante o objeto tal como ele é, em sua essencialidade, livre, portanto, de elementos transcendentais, mundanos, empíricos.

Na primeira parte das *Investigações lógicas, os Prolegômenos à lógica pura*, Husserl (1980) adota posição crítica ao *psicologismo* da época, cujo cerne da argumentação psicologista enfatiza que as questões epistemológicas e teórico-científicas dizem respeito à natureza cognitiva do perceber, do crer, do julgar e do conhecer, como fenômenos psíquicos. Em contrapartida, nas seis *Investigações sobre fenomenologia e teoria do conhecimento*, o filósofo alemão propõe a “análise compreensiva” da consciência, uma vez que todas as vivências (*Erlebnisse*) do mundo se dão na e pela consciência. Daí a tão célebre definição husserliana de consciência: toda consciência é consciência de algo.

Essa definição de consciência está vinculada, por seu turno, à noção de *intencionalidade*. Para Husserl, a intencionalidade significa apenas a característica geral da consciência de ser consciência de alguma coisa. De outro modo, a análise dos fenômenos no âmbito da consciência, no intuito de se tentar apreender as coisas em si mesmas, isto é, como elas são (HUSSERL, 1980).

Segundo a fenomenologia husserliana, cada ato de consciência realizado, cada experiência é intencional: é essencialmente “consciência de” ou

uma “experiência de” algo ou de outrem. Toda consciência está direcionada a objetos. Cada ato de consciência, cada experiência é correlato com um objeto. Pode-se afirmar, então, que a intencionalidade é a tendência constitutiva da consciência para o objeto.

Pode-se dizer que, em Husserl, o *cogito* cartesiano ganha uma nova roupagem, em que a intencionalidade (*toda consciência é consciência de*) assume o lugar da certeza “clara e distinta” de René Descartes, reconhecendo o *ego* cartesiano como verdade apodítica (necessidade de demonstração), embora explore os equívocos no modo como Descartes o representou, visto que a intencionalidade husserliana acrescenta ao *ego cogito* o *cogitatum*, ou seja, se se pensa, pensa-se em algo; a consciência sempre tem um direcionamento para algum objeto. E como se percebe essa relação? Pelas intuições originárias, no modo como os fenômenos aparecem à consciência. Daí a necessidade de um retorno às coisas mesmas (HUSSERL, 2008).

Do ponto de vista fenomenológico, segundo Husserl (2008), pode-se olhar e descrever analiticamente todas as intencionalidades e seus correlatos, tornando-se observador imparcial da cena que passa. Com efeito, para que se ofereça uma análise descritiva de qualquer uma e de todas as intencionalidades, não se pode compartilhá-las, devendo-se, pelo contrário, adotar um distanciamento e assumir uma postura reflexiva, suspendendo e neutralizando todas as intencionalidades em análise, para que, assim, possa-se passar a olhar as coisas em sua verdade e evidência.

Ainda segundo Silva (2005), a intencionalidade, para Husserl, é a marca fundamental da consciência.

A intencionalidade seria a marca fundamental da consciência, uma vez que a consciência está o tempo todo voltada para fora de si. Contudo, a consciência não é considerada por Husserl como se fosse uma substância ou um invólucro a partir do qual o mundo brotaria.

[...] O princípio de intencionalidade é que a consciência é sempre “consciência de alguma coisa”, que ela só é consciência estando dirigida a um objeto (sentido de *intentio*). Por sua vez, o objeto só pode ser definido em sua relação à consciência, ele é sempre objeto-para-um-sujeito. [...] Isto não quer dizer que o objeto está contido na consciência como que dentro de uma caixa, mas que só tem seu sentido de objeto para uma consciência (DARTIGUES, 2005, p. 212, grifo do autor). A ênfase dada por Husserl à análise da consciência será uma das marcas capitais de sua filosofia. Seu método investigativo-filosófico procura ater-

se, sobretudo, ao *modo* mesmo como a consciência se dá, nos seus pormenores, sem recorrer a "muletas" conceituais que venham a "explicar" a subjetividade (a consciência como *res cogitans*, por exemplo) (SILVA, 2005, p. 212).

Ao deter-se na análise da consciência, Husserl (2008) propõe seu método radical para "vasculhar" o fenômeno, a saber, a *redução fenomenológica* (*epoché*). Tomando emprestado da filosofia antiga o termo grego "epoché", que os antigos céticos traduziam por "suspensão" do juízo a respeito das coisas, Husserl o adota sob outra perspectiva. A epoché husserliana seria, por assim dizer, pôr "entre parênteses" o mundo quando da apreensão do fenômeno.

A *epoché* consiste numa suspensão momentânea da "atitude natural" (*natürliche Einstellung*) com a qual o ser humano se relaciona com as coisas do mundo. Isso consiste em deixar provisoriamente de lado todos os preconceitos, teorias, definições, etc. que ele utiliza para conferir sentido às coisas. Tal suspensão da atitude natural diante do mundo tem como escopo apreender na consciência as coisas no sentido de captá-las como elas são em si mesmas: "a fenomenologia procura enfocar o fenômeno, entendido como o que se manifesta em seus modos de aparecer, olhando-o em sua totalidade, de maneira direta, sem a intervenção de conceitos prévios que o definam e sem basear-se em um quadro teórico prévio que enquadre as explicações sobre o visto" (MARTINS, 2006, p. 16).

A partir da obra *A crise das ciências europeias e a fenomenologia transcendental* e da abordagem de Husserl sobre o retorno de Descartes ao "ego cogito", explicitando o sentido da *epoché* cartesiana, pode-se estabelecer uma relação de semelhança entre a *epoché* husserliana e a *dúvida metódica* de Descartes. Enquanto a dúvida hiperbólica conduziu Descartes ao porto seguro do *cogito*, isto é, à subjetividade, a *epoché* serviu de esteira para Husserl adentrar no âmago das aparições das coisas à consciência. A suposta semelhança aqui estabelecida entre os dois filósofos não autoriza afirmar que a *epoché*, ao pôr o mundo de lado, ponha em dúvida a existência das coisas (HUSSERL, 2012).

Com a *epoché* "não se pretende propriamente duvidar da existência do mundo, muito menos suprimi-lo. O mundo ancorar-se-á apenas sob o aspecto

como se apresenta na consciência, reduzido à consciência" (MARTINS, 2006, p. 92).

Como já exposto anteriormente, o método fenomenológico de Husserl promove uma revisão no cogito cartesiano. A propósito, a filosofia husserliana tem inspirações cartesianas, embora o *filósofo da epoché* faça restrições ao *filósofo do cogito*. Para Husserl, assim como para Descartes, o "eu penso" é a primeira certeza a partir da qual devem ser alcançadas as outras certezas. Mas o erro de Descartes, segundo Husserl, foi ter concebido o "eu" do cogito como uma alma-substância, por conseguinte, como uma coisa (*res*) independente, da qual restava saber como poderia entrar em relação com as outras coisas, colocadas por definição como exteriores (HUSSERL, 2012).

Dito de outra forma, a dicotomia cartesiana sujeito/objeto recupera exatamente a "atitude natural" que Husserl não pretende adotar quando da sua análise da aparição das coisas à consciência. A subjetividade que o *cogito* inaugura já estaria infestada de juízos a respeito do mundo. Com a *epoché*, Husserl pretende superar esse obstáculo e captar o fenômeno na sua originalidade, isto é, no âmbito da própria consciência.

O método husserliano da redução fenomenológica traz consigo ainda outras noções que devem ser aqui apresentadas: o *transcendente* e o *transcendental*. No dizer de Megale (2007, p. 22), ao explorar a redução eidética e a objetividade dentre os principais traços da fenomenologia de Edmund Husserl, "é a consciência transcendental que dá a si o objeto, na imanência, livre de toda transcendência, que resta, então, abandonada pelo sujeito no mundo natural". O transcendente, segundo Husserl (2008), é a percepção cotidiana e habitual que se tem das coisas do mundo: esta cadeira, esta árvore, este livro, etc. Por seu turno, o transcendental "é a percepção que a consciência tem de si mesma" (ABBAGNANO, 2000, p. 973). Em outras palavras, "o transcendente é o mundo exterior" enquanto o transcendental "é o mundo interior" da consciência (HUSSERL, 2008, p. 18). Esses termos, por sua vez, trazem a reboque as noções de *noema* e *noese*.

O *noema* seria "o aspecto objetivo da vivência (p. ex., árvore verde, iluminada, não iluminada, percebida, lembrada, etc.)" (ABBAGNANO, 2000, p.

713). Na lição de Megale, *noema* é o objeto visado na *cogitatio*. “A consciência é sempre consciência de alguma coisa, pois é da sua essência a intencionalidade”. “É sinônimo de essência em Husserl” (MEGALE, 2007, p. 25-26). O noema é, portanto, um objeto da intencionalidade, o objeto mesmo, mas considerado a partir de uma atitude fenomenológica, do ponto de vista filosófico.

Por sua vez, “a *noese* é o aspecto subjetivo da vivência, isento de transcendentais. É o processo que viabiliza a evidência do objeto. E, mais uma vez ensina Megale (2007, p. 27) que, “na fenomenologia husserliana a existência natural do mundo pressupõe a existência autorizada pela consciência pura, domínio transcendental de todo conhecimento”, conhecimento esse autêntico, fruto da evidência da verdade, que se dá na *noese*, na *cogitatio*, jamais fora da consciência (MEGALE, 2007). *Noese*, portanto, relaciona-se aos atos intencionais por meio dos quais se intencionam as coisas: as percepções, os atos significantes, as intenções vazias, as intenções cheias, os juízos, as recordações. Mas refere-se a elas precisamente como vistos do ponto de vista fenomenológico. Considera esses atos de consciência após terem sido suspensos ou postos fora de ação pela *epoché* fenomenológica (SOCOLOWSKI, 2010).

Para Husserl (2008), o filósofo deve deter-se no campo do transcendental. Megale (2007), mais uma vez, esclarece que tanto o conceito transcendental quanto o transcendente devem ser buscados, como afirma Husserl, na própria meditação do eu filosófico, ressaltando que o eu reduzido, transcendental, não é parte do mundo, assim como o mundo e seus objetos não são partes do eu puro apodíctico.

É no nível da consciência que o mundo se apresenta ao indivíduo. Pode-se afirmar aqui que o método fenomenológico husserliano é uma proposta para se encarar o mundo como se fosse pela primeira vez. A sedimentação conceitual que a pessoa acumula ao longo da vida viria a “obscurecer” sua maneira de apreender as coisas de modo noemático, a partir do labor noético.

A intencionalidade é caracterizada, portanto, por sua *independência da existência*. Não é, conseqüentemente, a existência do objeto visado intencionalmente que torna um ato intencional, seja esse ato perceptivo ou alucinatório.

A consciência não se torna primeiramente intencional por meio de um efeito externo e não perde sua intencionalidade quando o objeto deixa de existir.

A intencionalidade não é nenhuma ligação externa que só chegaria a termo por meio do efeito de um objeto existente; ela é muito mais uma atitude intrínseca à consciência. A intencionalidade, portanto, não pressupõe a existência de duas coisas diversas – a consciência e o objeto. A única coisa que precisa existir é a vivência intencional, cuja estrutura própria inclui o estar dirigido para um objeto.

Como acentua Husserl (1980) nas *Investigações lógicas*, só se pode visar intencionalmente a um objeto se ele for um objeto da intenção do indivíduo, isto é, se ele for seu objeto intencional – sob uma determinada descrição ou a partir de uma determinada perspectiva:

Só se precisa enunciá-lo e qualquer um precisará reconhecê-lo: o fato de o objeto intencional da representação ser o mesmo que seu objeto real e efetivo e eventualmente que o objeto exterior e o fato de que é um contrassenso estabelecer uma diferença entre os dois. O objeto transcendente não seria de maneira alguma o objeto dessa representação, se ele não fosse seu objeto intencional. E, obviamente, esta é uma mera proposição analítica. O objeto da representação, da “intenção”, é e significa o objeto representado, o objeto intencional (HUSSERL, 1980, § 19, p. 439).

Os intérpretes das normas penais, notadamente os juízes e membros de tribunais, ao proferirem decisões, muito dizem sobre a intencionalidade com a qual dirigem suas consciências, voltadas para o objeto representado pela pena a ser cominada como castigo em decorrência da prática de crimes, desvelando o seu aspecto transcendental, o mundo interior da sua consciência em relação à aplicação da lei penal, a revelar, não raras vezes, um punitivismo exacerbado.

A propósito do tema, é oportuno trazer à colação o artigo *A cultura da prisão - rompendo com a mentalidade encarceradora dominante* (MARTELLETO, 2015), em que se expõe, ainda que de forma intuitiva por parte do articulista, a intencionalidade que permeia a forma de pensar dos operadores do direito penal no Brasil, com viés nitidamente punitivista.

Ao abordar a inovação legislativa trazida pela Lei 12.403/2011, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal (CPP) relativos à prisão

processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares alternativas à prisão, constata-se que o texto revela que, passados quatro anos da entrada em vigor da lei, as mudanças introduzidas no ordenamento penal não teriam produzido o efeito mais desejado desde a sua concepção: reduzir a superlotação carcerária brasileira.

O que se constatou à época foi que a situação prisional brasileira pouco havia mudado –, e mudado para pior –, situação essa que ainda perdura na atualidade, pois a realidade das condições dos cárceres brasileiros continua muito distante daquela vislumbrada pelo legislador, qual seja, a de humanizar o sistema prisional em estado de colapso, reservando a prisão somente para aqueles casos mais graves, a exigir a privação da liberdade do cidadão antes mesmo da condenação definitiva. Ao contrário, nunca se prendeu tanto quanto nesses anos seguintes à entrada em vigor da Lei 12.403/2011.

A prisão provisória, que deveria ser a última alternativa quando nenhuma das outras nove medidas cautelares diversas da prisão previstas na nova lei se revelassem efetivas, tornou-se a regra de ouro, especial e vigorosamente aplicada quando o destinatário é o hipossuficiente, o necessitado, o pobre mesmo.

As estatísticas atuais do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), publicadas no portal de notícias G1, revelam que o Brasil tem a terceira maior população carcerária do planeta (812.564), já descontadas as prisões domiciliares (147.937). Só fica atrás dos Estados Unidos (2.228.424) e da China (1.701.344). Nos últimos anos, caminhando na contramão dos propósitos da Lei 12.403, o número de presos no Brasil aumentou em torno de 8.5% ao ano, sendo que, do total de pessoas privadas da liberdade, 41,5% são presos provisórios, aguardando julgamento (G1 NOTÍCIAS, 2019).

Mas se a Lei 12.403 surgiu da necessidade de se abrandar o instituto da prisão, propiciando condições minimamente dignas de cumprimento das penas privativas de liberdade, por que o número de prisões provisórias vem crescendo nos últimos anos em proporções tão maiores que as próprias estatísticas de criminalidade? Pergunta-se: onde está o erro?

A resposta está na extrema dificuldade de se romper com a cultura encarceradora dominante na sociedade brasileira, refletida na consciência dos atores judiciários. De acordo com as mudanças introduzidas pela Lei 12.403 no regime jurídico da prisão processual, cabe ao juiz a quem for comunicada a prisão em flagrante examinar de plano a possibilidade de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, somente convalidando o flagrante em prisão preventiva como última alternativa, quando nenhuma das outras medidas se revelarem suficientes e proporcionais para tutelar a situação de conflito entre a transgressão da lei penal e a privação da liberdade do transgressor.

Todavia o que se vê no cotidiano das prisões em flagrante é a sua automática conversão em prisão preventiva, mediante o uso de bordões abstratos para fundamentar o ato decisório da prisão, sem que efetivamente se examine o contexto fático, o que gera um excessivo número de prisões provisórias totalmente desnecessárias.

Buscando-se reverter esse quadro de encarceramento massivo, foram instituídas, em diversos foros do país, as chamadas “audiências de custódia”, cuja iniciativa fixa prazo de 24 horas para que o preso em flagrante seja levado à presença do juiz, a fim de que possa ser ouvido, bem como se propicie a manifestação do seu defensor e do Ministério Público. Somente depois desse contato direto em audiência, o juiz decide se mantém a prisão ou se aplica as medidas cautelares alternativas.

A audiência de custódia é medida prevista no Pacto de Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, dos quais o Brasil é signatário, e tem por propósito tornar mais célere o exame da necessidade da prisão e a prevenção à tortura e a outros crimes cruéis.

Louvável, portanto, mostrou-se a iniciativa governamental da instituição das audiências de custódia, por representar um avanço na promoção e defesa dos direitos humanos no Brasil, contribuindo para o aprimoramento de suas instituições jurídicas, além de ser medida eficaz no enfrentamento da grave questão da superlotação carcerária brasileira, embora o desafio maior seja superar a arraigada cultura do encarceramento, reveladora de uma

intencionalidade punitivista manifestada nas decisões judiciais, sobretudo quando se trata de privação da liberdade do ser humano.

Considerando-se no presente estudo a pena a ser aplicada em consequência da prática de determinado crime como o objeto visado intencionalmente, diante do qual se coloca o sujeito (aplicador da pena), de que forma então deveria agir o juiz da causa de modo a evitar que a sedimentação conceitual que acumulou ao longo da sua vida viesse a obscurecer sua maneira de apreender os fatos em exame e, assim, pudesse proferir um julgamento justo, dosando a pena de modo razoável e proporcional?

Segundo a proposta husserliana de intencionalidade, com base na *epoché*, deveria o juiz encarar o julgamento como se esta fosse a primeira vez, livre de pré-conceitos e pré-compreensões, consciente de que a sua própria subjetividade já estaria infestada de juízos a respeito do mundo.

A intencionalidade com a qual o julgador visa ao julgamento e à consequente dosimetria da pena há de estar voltada para a interpretação segundo os fundamentos legais e princípios de benignidade, como expressão da eticidade, bondade e fraternidade, que se encontram na base jus-filosófica do próprio Direito, evitando-se, destarte, que uma visão prévia, distorcida e disfuncional contamine o resultado do julgamento, afastando-se este do desiderato de justiça que se pretende conferir à solução dos conflitos de natureza penal, sobretudo quando está em questão a liberdade do indivíduo, valor da mesma grandeza que o próprio direito à vida.

A interpretação da norma legal pelo julgador que irá aplicá-la ao caso concreto pressupõe a coerência interpretativa com o ordenamento jurídico, de forma sistêmica, bem como deve sempre procurar evitar arbitrariedades e abuso de direito, capazes de deslegitimar o ato decisório.

Ocorre que a criatividade e a racionalidade da decisão judicial andam juntas e se encontram intimamente vinculadas à sua própria interpretação, conforme ensina Costa (2016).

A partir desses aspectos interpretativos e da própria intencionalidade, observa-se, não raras vezes, que o *quantum* da pena aplicada se mostra como

uma “conta de chegada”, em que o julgador decide de modo voluntarista sobre quanto quer aplicar de pena, para depois fundamentá-la.

4 CONTRIBUIÇÕES DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA DE GADAMER PARA O DIREITO, NO TOCANTE À APLICAÇÃO DA PENA

Ao longo da história do pensamento jurídico ocidental, a Hermenêutica Jurídica ganhou diferenciadas conformações, não apenas como simples prática da interpretação, mas também como teoria. Segundo Bleicher (2002), é possível perceber uma tomada epistemológica sobre a própria hermenêutica, o que possibilitou o desenvolvimento de bases metodológicas sólidas para sua compreensão.

Tal modificação se deu a partir da contribuição de Friedrich Schleiermacher (1768-1834), pois foi a partir de então que se passou a questionar as condições de validade da interpretação. A principal façanha desse filósofo e teólogo alemão, citado por Lawn (2006), foi criar uma hermenêutica geral, um procedimento aplicável a todas as formas de interpretação.

Schleiermacher (1998 apud Lawn 2006) faz referência ao “círculo hermenêutico” como um enigma no centro da interpretação. A ideia de círculo não é exclusiva da hermenêutica, pois já havia sido apresentada na retórica clássica, mas ele dá ênfase ao círculo e o coloca no centro da sua teoria da interpretação. A seguir, uma de suas muitas formulações do círculo hermenêutico:

Existe [...] uma oposição entre a unidade do todo e as partes individuais do trabalho, de forma tal que a tarefa seja organizada em duas partes, por exemplo: entender a unidade do todo através das partes individuais e o valor das partes individuais através da unidade do todo (SCHLEIERMACHER 1998, p. 109 apud LAWN, 2006, p. 68).

Pelo círculo hermenêutico, o todo deve ser entendido em relação às suas partes, e as partes ao todo, a fim de guiar a compreensão do individual e do todo, conforme expõe Gadamer (2014) sobre a arte da compreensão e interpretação:

Naturalmente, o sentido literal da Escritura não pode ser compreendido univocamente em todas as suas passagens nem a todo momento. Pois o que guia a compreensão do individual é o todo da Escritura Sagrada, assim como que, por outro lado, só se pode alcançar esse todo tendo percorrido a compreensão do individual. Em si, essa relação circular do todo e das partes não é nenhuma novidade. A retórica antiga já sabia

disso; ela comparava o discurso perfeito com um corpo orgânico e com a relação entre a cabeça e os membros (GADAMER, 2014, § 179, p. 243).

Posteriormente, a hermenêutica recebeu a contribuição do historicismo do pensamento de Dilthey, do existencialismo e da ontologia de Heidegger e também da teoria de Betti, na qual se observa a dialética entre objetividade e subjetividade, assim como o desenvolvimento de uma metodologia e a formulação dos cânones da interpretação.

De acordo com a fenomenologia de Husserl, voltada para a intencionalidade da consciência, e da historicidade de Heidegger para a descoberta da estrutura prévia da compreensão, Gadamer, em *Verdade e método* (2014), apresenta os traços fundamentais da experiência hermenêutica, na qual propõe a elevação da historicidade da compreensão a um princípio hermenêutico e problematiza a questão dos preconceitos como condição da compreensão, em que o “círculo hermenêutico” assume destaque na elucidação fenomenológica do conhecimento e da interpretação, pela lógica de pergunta e resposta.

A historicidade da compreensão é tratada por Gadamer em termos do círculo hermenêutico, com o propósito de despertar a consciência filosófica das “ciências do espírito” (*Gisteswissenschaften*), expressão popularizada por obra do tradutor da *Lógica*, de John St. Mill (GADAMER, 2014). Ele baseia-se, simultaneamente, na exposição que Heidegger faz da pré-estrutura da compreensão e na tônica de Bultmann sobre a compreensão prévia, na medida em que a primeira é concretizada e a segunda alargada na concepção de “preconceitos”, que constituem um determinado “horizonte da compreensão”, afirmando que toda compreensão é preconceituosa. “Por isso, os preconceitos de um indivíduo, muito mais que seus juízos, constituem a realidade histórica de seu ser” (GADAMER, 2014, §282, p. 368).

Tais aportes hermenêuticos permitem vislumbrar, desde já, que a fixação da pena no processo penal, necessariamente, vale-se de concepções prévias, histórica e linguisticamente sedimentadas, que condicionam o ato interpretativo em razão do caráter ontológico do círculo compreensivo.

Exsurge, assim, a articulação do presente referencial filosófico do pensamento de Gadamer acerca da historicidade e da linguagem exposto em

Verdade e método, com o problema aqui posto, qual seja, o alcance da desejada justiça na dosimetria penal, tendo em vista a inevitabilidade da relação intencional como modo de aparição dos fenômenos jurídicos e a historicidade de todo compreender.

Para Gadamer, de acordo com Salgado (2008), a formação do homem estaria vinculada à criação da cultura de um povo, sendo certa a necessidade de se ter um processo compreensivo para que se tenha um resultado satisfatório e que se realize o verdadeiro sentido do objeto a ser interpretado – a norma jurídica. Nesse sentido, Salgado (2008) assim se expressa:

A reflexão hermenêutica teve que elaborar assim uma teoria dos preconceitos que, sem menosprezar o sentido da crítica de todos os preconceitos que ameaçam o conhecimento, faz justiça ao sentido produtivo da compreensão prévia, que é premissa de toda compreensão (GADEMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*, p. 505). É bom ressaltar que, com essa citação, Gadamer já mostra concordar com a ideia de que um conhecimento prévio (adquirido historicamente) é fundamento para a realização do processo interpretativo). Nota do autor (SALGADO, 2008, p. 42).

Importante frisar que a formação do homem a que se refere Gadamer não se dá naturalmente, fruto de um *sensu communis*, mas, sim, por meio de um processo cultural, histórico e social vivido pelo homem, de modo a relacionar a hermenêutica diretamente com a experiência, que será fundamental na elaboração dos preconceitos que darão a base de uma possibilidade da dialética de perguntas e respostas.

Toda e qualquer interpretação começa com a colocação de uma pergunta ao intérprete. Com isso, não resta nenhuma dúvida de que toda e qualquer interpretação se refere sempre à pergunta que foi colocada. Pode-se até mesmo dizer que compreender um texto é o mesmo que compreender essa pergunta que foi colocada ao intérprete. É a orientação dada pela pergunta ao sentido do texto que forma o horizonte do perguntar, ou seja, o horizonte hermenêutico (SALGADO, 2008, p. 60).

[...]

Assim, toda e qualquer compreensão nada mais é do que a simples reconstrução da pergunta que o texto nos impõe, mas essa reconstrução se dará não mais no momento originário do texto, e, sim, no momento em que ele nos atinge. Com esse entendimento, podemos claramente ver que a compreensão, segundo Gadamer, se dará em virtude da fusão entre os horizontes do intérprete e o horizonte histórico da obra (SALGADO, 2008, p. 63).

O processo de compreensão resulta de um colocar-se de acordo, em “con-versação” entre o intérprete e o texto interpretado, num processo linguístico que Gadamer (2014) define não como um mero problema de correto domínio da língua, mas, sobretudo, do correto acordo sobre o assunto, por meio de uma dialética entre a pergunta e a resposta, fundindo-se os horizontes existentes, chegando-se a um sentido comum, que só é possível por meio da linguagem.

Gadamer (2014) ainda adverte que, diante de qualquer texto, o intérprete deve assumir a tarefa de não introduzir, direta e acriticamente, seus próprios hábitos extraídos da linguagem, mas, ao contrário, deve alcançar a compreensão do texto somente a partir do hábito da linguagem da época e de seu autor, buscando conscientizar-se das diferenças existentes entre o uso costumeiro da linguagem e o uso do texto. E ele prossegue afirmando que:

Em geral é preciso dizer que o que nos faz parar e perceber uma possível diferença do uso da linguagem é só a experiência do choque que um texto nos causa, seja porque ele não faz nenhum sentido, seja porque seu sentido não concorda com nossas expectativas (GADAMER, 2014, § 272, p. 356-357).

Assim, para Gadamer, o verdadeiro sentido linguístico, que dá o pleno significado hermenêutico, ocorre por meio da tradição escrita, permitindo que a experiência de uma sociedade seja compartilhada entre seus indivíduos por intermédio de um texto, como primeira tarefa da compreensão (SALGADO, 2008, p. 67).

Ao abordar o significado paradigmático da hermenêutica jurídica, Gadamer chama ainda a atenção para a divergência entre hermenêutica jurídica e hermenêutica histórica, em que uma e outra se ocupam do mesmo objeto, isto é, os casos em que textos jurídicos devem ser interpretados juridicamente ou compreendidos historicamente, devendo-se investigar o comportamento do *historiador jurídico* e do *jurista*, comportamento que assumem a respeito de um mesmo texto jurídico (GADAMER, 2014).

E prossegue o filósofo afirmando que, para que ocorra a possibilidade de uma hermenêutica jurídica, é essencial que a lei vincule por igual todos os membros da comunidade jurídica, inclusive o chefe supremo, que não pode estar acima da própria lei, sob pena de não ser possível hermenêutica alguma, já que a

sua vontade, não sujeita à lei, pode sempre impor o que lhe parecer justo, sem atender à lei, isto é, sem o esforço da interpretação. “A tarefa de compreender e de interpretar subsiste onde uma regra estabelecida tem valor vinculante e irrevogável” (GADAMER, 2014, § 335, p. 432). Esse autor considera que:

A tarefa de interpretar consiste em concretizar a lei em cada caso, ou seja, é a tarefa da aplicação. A complementação produtiva do direito que se dá aí está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se sujeito à lei como qualquer outro membro da comunidade jurídica. A ideia de uma ordem judicial implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. A pessoa que se tenha aprofundado na plena concreção da situação estará em condições de realizar essa ponderação justa. É por isso que existe segurança jurídica em um estado de direito, ou seja, podemos ter uma ideia daquilo com que estamos às voltas. A princípio, qualquer advogado ou conselheiro está capacitado para aconselhar corretamente, ou seja, para predizer corretamente a decisão de um juiz com base nas leis vigentes. Claro que esta tarefa da concreção não se resume a um mero conhecimento dos artigos dos códigos. Precisamos conhecer bem a judicatura e todos os momentos que a determinam se quisermos julgar juridicamente um caso determinado. Não obstante, a única pertença à lei que se exige aqui é que a ordem jurídica seja reconhecida como válida para todos, sem exceção. Por isso, a princípio, sempre é possível conceber como tal a ordem jurídica vigente, o que significa reelaborar dogmaticamente qualquer complementação jurídica feita à lei. Entre a hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica, existe, pois, uma relação essencial, na qual a hermenêutica detém a primazia. A ideia de uma dogmática jurídica perfeita, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença com um simples ato de subsunção, não tem sustentação (GADAMER, 2014, § 335, p. 432).

Nesse contexto de construção dos pilares da interpretação e aplicação do direito, a contribuição de Gadamer (2014), cuja obra assumiu fundamental importância na construção da Hermenêutica do século XXI e, em especial, para a execução do presente trabalho, é de fundamental importância, por inserir a ideia da dialética da pergunta e resposta como modo adequado do acontecimento compreensivo, em que o julgador, no dizer de Megale (2017, p. 145), “precisa fazer o esforço de habitar a situação do outro”, para compreender as nuances valorativas de sua conduta e dar a resposta penal mais adequada e justa ao seu comportamento desconforme com o ordenamento jurídico penal.

Torna-se possível então reconhecer o caráter secundário da metodologia, já que o elemento principal da hermenêutica visa promover o

encontro dialético entre o “ser” que busca compreender e o “objeto” que se apresenta para ser compreendido.

Conforme destaca Gadamer (2014), o papel da hermenêutica não seria a criação ou o desenvolvimento de um procedimento de compreensão ou até mesmo de um método, mas, em verdade, desvelar as condições de ocorrência da compreensão, do fenômeno hermenêutico, e, em última análise, determinar a importância do sujeito da interpretação.

Percebe-se, ainda de acordo com Gadamer (2014), que o círculo da compreensão surge como verdadeiro cotejamento interpretativo entre o momento da tradição e o do intérprete, e esse mesmo arcabouço apresentado é também aplicável à hermenêutica jurídica. Para esse autor, o compreender e o interpretar aparecem coligados, sendo o segundo uma forma do primeiro. E a verdadeira tarefa do aplicador da lei é formar uma espécie de ideia jurídica da lei para então realizar uma ponderação justa, em que se leva em consideração a sua própria história.

Perfilha-se, assim, uma análise da compreensão, aplicação e interpretação da lei, na qual se verificarão as possibilidades e as condições para a aplicação da pena em decorrência de condenação criminal em face do condenado, destinatário da norma penal e sujeito de direito, e também do julgador, intérprete da lei.

A perspectiva da hermenêutica que se propõe verificar afasta-se por completo do paradigma lógico-formal das categorias abstratas e desprovidas de qualquer conteúdo e volta-se para o intérprete em sua existência histórica no momento de aplicação da lei que se opera em uma sociedade complexa.

Diante de tal panorama, a ontologia do intérprete, em seus condicionamentos existenciais, revela-se uma variável importante na interpretação e aplicação das leis, fator que deve ser levado em consideração, já que o campo de significados do intérprete pode interferir – e de fato o faz – na interpretação e, conseqüentemente, na aplicação da norma penal, notadamente na mensuração das reprimendas.

E uma ótima maneira de se ilustrar o círculo hermenêutico em relação à dosimetria da pena diz respeito à já citada “conta de chegada”, prática comum

entre os juízes criminais no momento da fixação da pena, em que aprioristicamente definem o *quantum* de pena que desejam aplicar, para, então, afirmarem as circunstâncias judiciais, circunstâncias agravantes e atenuantes, e causas de aumento e diminuição de pena, de modo que os fundamentos (partes individuais) sejam valorados de acordo com o resultado que se propõe.

5 A SUBJETIVIDADE NA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS E OS PERIGOS DAS POSIÇÕES EXTREMADAS

O Brasil vem se destacando em vários ramos do direito pelo desenvolvimento de legislações modernas e de caráter universal, tais como o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e Adolescente, a Lei Maria da Penha e a própria Constituição de 1988.

Todavia o desenvolvimento da técnica legislativa não foi acompanhado por uma teoria da decisão. Algumas vezes, é perceptível que o intérprete forma sua convicção e a repassa para a decisão com a utilização de raciocínios e técnicas que sustentam sua opção, mas, em verdade, ela aparece repleta de pré-compreensões e preconceitos ou mesmo desconsidera completamente o sentido da norma jurídica ali encerrado.

Conforme lembra Streck (2010):

Construiu-se, assim, um imaginário (gnosiológico) no seio da comunidade jurídica brasileira, com forte sustentação na doutrina, no interior do qual o “decidir” de forma solipsista encontra “fundamentação” – embora tal circunstância não seja assumida explicitamente – no paradigma da filosofia da consciência (STRECK, 2010, p. 30).

Não que o autor rejeite a fenomenologia de Husserl ao se referir ao paradigma da filosofia da consciência; ao contrário, ele a aceita ao admitir a intencionalidade com a qual o objeto se apresenta na consciência.

Acrescenta esse autor:

Para além da operacionalidade *stricto sensu*, a doutrina indica o caminho para a interpretação, colocando a consciência ou convicção pessoal como norteadores do juiz, perfectibilizando essa “metodologia” de vários modos: interpretação como ato de vontade da subjetividade judicial; interpretação como produto da consciência do julgador; crença de que o juiz deve fazer a ponderação de valores a partir de seus valores e vários outros adágios que fazem transparecer quão podem ser eivadas de subjetividade as decisões judiciais (STRECK, 2010, p. 30).

O grande problema da interpretação em desacordo com o ideal de justiça é que transparecem conceitos prévios e visões de mundo que, na verdade, impedem que o objeto se mostre como ele é. Em outras palavras, ao se

permearem as decisões de métodos e procedimentos analíticos, o comando normativo fica velado e não se mostra, é impedido de gerar sua força normativa, muitas vezes, em razão de o procedimento ou método encerrar seu comando, substituindo-o pela vontade do intérprete.

Esse imaginário é tão consistente no Brasil, que são comuns manifestações desse jaez: “Justiça que emana exclusivamente de nossa consciência, sem nenhum apego obsessivo à letra fria da lei” (STRECK, 2010, p. 24).

Nesse mesmo sentido, “Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. [...] Decido, porém, conforme minha consciência” (STRECK, 2010, p. 24-25).

Essa afirmação faz transparecer o solipsismo das decisões judiciais e seu “entranhamento” nos limites da razão, o que, muitas vezes, traslada em pleno subjetivismo, ofuscando os limites da legislação e dos princípios do Direito, que são plenamente desconsiderados. Sem mencionar que não há, de forma explícita, menção à consciência, mas o próprio lugar da fala anuncia tal caminho ao percorrer as searas da consciência, ao invés de deixar que a norma jurídica se mostre como ela realmente é.

É muito comum na prática a preferência pelo aspecto ideológico e político da decisão em detrimento da norma jurídica, que se vela completamente. Não que se esteja aqui fazendo apologia do ideário positivista, sustentando decisões idênticas para casos semelhantes. Ao contrário, faz-se coro à afirmação de Gadamer (1983) :

Uma interpretação definitiva parecer ser uma contradição em si mesma. A interpretação é algo que sempre está em marcha, que não conclui nunca. A palavra interpretação faz, pois, referência à finitude do ser humano e a finitude do conhecimento humano (GADAMER, 1983, p. 71-72).

O objeto da interpretação, a norma jurídica, quando se mostra, não pode dar ensejo a interpretações tão conflitantes e diversas a ponto de descaracterizar por completo a sua própria vontade, que é, então, substituída por noções prévias do intérprete. A ausência de controle da própria interpretação por

meio do círculo hermenêutico faz com que órgãos colegiados de um mesmo tribunal pronunciem-se de maneira conflitante sobre casos semelhantes e acerca das mesmas normas jurídicas.

A propósito das inevitáveis intepretações conflitantes na seara penal, a ocorrência de ambiguidades, obscuridades, contradições ou omissões nas decisões e votos dão ensejo aos embargos de declaração, previstos, respectivamente, nos arts. 382 e 619, ambos do Código de Processo Penal, para que sejam aquelas interpretações conflitantes aclaradas, a fim de se dirimirem as dúvidas e melhor se esclarecerem os entendimentos firmados sobre determinados pontos de controvérsia na decisão objurgada.

Nesse mesmo sentido, o voto vencido nos julgamentos proferidos pelas turmas dos órgãos colegiados dos tribunais é de ocorrência rotineira e dá ensejo ao recurso de embargos infringentes, exclusivo da Defesa, previsto no parágrafo único do art. 609 do CPP, que tem por finalidade agir como mecanismo de preenchimento das lacunas da legislação, completando-a mediante a interpretação doadora de sentido, seja pela própria norma jurídica penal, seja pelo seu intérprete, conforme deduzido pela Professora Maria Helena Damasceno e Silva Megale no artigo *As lacunas da legislação: inevitabilidade do texto normativo diante do indeterminismo da vida*, publicado em 2007.

Segundo a articulista, pode-se dizer que, em pelo menos dois sentidos, o intérprete, ao mirar a legislação de um Estado, vê-se diante de lacunas: “primeiro, do ponto de vista da idealidade, o sistema posto apresenta-se carente ao ser comparado com um sistema ideal”. Segundo, “a legislação é de igual modo lacunosa porque precisa do intérprete para, então, pôr-se como sentido, resposta ao caso concreto a clamar por solução justa” (MEGALE, 2007, p. 219-220).

E prossegue essa autora afirmando que, então, a legislação, como texto, é lacunosa e só se completa mediante a interpretação doadora de sentido, feita pela doutrina ou pelo juiz, ou seja, por uma autoridade-prestígio ou por uma autoridade-poder. O tema das lacunas pressupõe a reflexão sobre esses dois aspectos, quais sejam, o desvelamento do sentido e a carência do real em face do ideal, com o objetivo de aperfeiçoamento do exercício da justiça.

Ao final, Megale (2007) conclui que o resultado de justiça para o caso concreto somente se realizará fenomenologicamente quando a decisão tiver aparecido como dada na consciência daquele a quem compete decidir cada caso em sua concretude, após examiná-lo na sua ipseidade, para dar-lhe sentido. É exclusivamente do intérprete que deve partir a decisão achada na sua consciência, devendo colocar-se em atitude de abertura para outras subjetividades. Segundo Megale (2007):

A atividade jurisdicional estruturada para realizar-se fenomenologicamente resultará em justiça para o caso concreto, pois, rigorosamente, o este-aqui (a decisão) terá aparecido como dado na evidência da consciência daquele a quem compete decidir cada caso em sua concretude, após examiná-lo na sua ipseidade, para dar-lhe sentido. É exclusivamente do intérprete que deve partir a decisão achada na sua consciência, como decorre da aplicação do método fenomenológico. Na caminhada para descobri-la na clareira da consciência, o sujeito que julga deve pôr-se em atitude de abertura para outras subjetividades, o que esbarra, é certo, no solipsismo husserliano. Essa disposição para o outro se manifesta mediante o exame do que se apresenta nos autos processuais, sempre redutível às subjetividades correspondentes (partes, peritos, testemunhas e outros), em conformidade com as competências das legitimidades em jogo, assim como por meio de consultas e dados jurisprudenciais em geral, sem perder de vista o diálogo doutrinal e os princípios informadores do Direito. Daí a impropriedade da súmula vinculante, que impede a decisão do juiz como autêntica expressão dada como coisa vivida na consciência, na evidência do eu que julga, para, ao contrário, limitar-se a simples pronunciamento e, como tal, vazio de conteúdo intuitivamente intencionado ao caso concreto, portanto invólucro vazio, sem preenchimento vivido na consciência do julgador (MEGALE, 2007, p. 258).

Heidegger (2008) discorre sobre a possibilidade de relatividade na Ciência, o que se permite estender para a própria Ciência do Direito e para a Hermenêutica Jurídica. Todavia essa relatividade não pode ser tamanha que imponha sobre o mesmo objeto visões tão distintas e diversas que comprometam a própria objetividade daquele que investiga e do próprio objeto que se mostra.

Nas palavras desse autor:

Não há dúvida de que há uma relatividade da verdade, e, com efeito, uma relatividade muito essencial. Todavia, essa relatividade não coloca em risco a objetividade, mas, ao contrário, viabiliza justamente a riqueza e multiplicidade da verdade objetiva (HEIDEGGER, 2008, p. 166).

Não se defende aqui a uniformidade de interpretações como quer fazer parecer a visão atual dos tribunais pátrios, que se pautam, sobretudo, pela utilização das suas jurisprudências e, não raras vezes, utilizam-se de súmulas que impedem a apreciação de decisões nas instâncias superiores, como ocorre com os enunciados de n.ºs 7 (*A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial*) e 83 (*Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida*) da súmula do STJ, campeãs de invocação para denegação de seguimento de Recurso Especial (art. 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da CR/1988), tanto pelos tribunais de segundo grau, em sede de juízo prévio de admissibilidade recursal, quanto pelo próprio STJ, mediante despacho denegatório de provimento do relator a quem o recurso for distribuído, quando este contraria súmula do Supremo Tribunal Federal (STF), do STJ ou do próprio tribunal de origem, consoante disposição do art. 932, inciso IV, alínea “a”, do Código de Processo Civil (CPC), pois tal posicionamento tende a engessar o Direito, impossibilitando sua evolução natural, fomentada pelas decisões judiciais.

O que se defende é o mínimo de coerência nas decisões judiciais, de modo que a mesma norma jurídica possa desvelar interpretações cuja fundamentação seja próxima ou com raciocínios jurídicos aproximados. Que o objeto desvelado tenha igual “mesmidade”, conforme assevera Heidegger (2008) sobre o compartilhamento do objeto por vários intérpretes:

Deparamo-nos por fim com a determinação de que mesmidade significa aqui inicialmente o mesmo que compartilhamento. O giz é algo compartilhado por nós todos em sentido que ainda precisa ser determinado. Dessa forma, encontramos-nos diante dessa pergunta especial pelo compartilhamento de uma coisa para nós. [...] Esse giz nos é compartilhado no uso que fazemos ou podemos fazer dele (HEIDEGGER, 2008, p. 105-106),.

Espera-se que o resultado da interpretação seja aproximado ou mesmo permeado por noções de uma mesma tradição e possa compartilhar do mesmo raciocínio ou da mesma argumentação.

Casos que fogem a esse ideal de compartilhamento ou de mesmidade são comuns no campo decisório do direito penal, mormente na dosimetria da

pena cominada, em face da discricionariedade conferida ao julgador pela norma penal, estabelecendo limites mínimos e máximos, o que revela uma tensão entre toda complexidade histórica do “si-mesmo”, da pessoa que interpreta e como ela exerce o caráter histórico de sua própria existência e, com isso, a parcela de sua subjetividade que não é limitada por qualquer metodologia ou se essa é utilizada não é suficiente para conter o extravasamento do “si mesmo” e o velamento da norma jurídica.

Constitui, assim, tarefa do homem tentar compreender a si mesmo e compreender o outro, num exercício constante de aprendizagem. A duração dessa tarefa é o tempo da existência, que acaba sendo referência para o sentido do ser. Em geral, porém, o conhecimento fica reservado à ciência, cujas lacunas se traduzem em insuficiência para socorrer o ser humano em suas necessidades e possibilidades (MEGALE, 2017).

Megale (2017), citando Merleau-Ponty, segundo o qual o pensamento científico é o “pensamento de sobrevoo”, de modo que a ciência a tudo açambarca sem chegar às coisas mesmas, passando ao largo delas em sobrevoos ineficazes, que pouco resolvem na concretude da vida, entendendo que o cuidado com a tarefa da busca da alteridade no agir ou na moralidade poderá reduzir o cientificismo, o tecnicismo e o objetivismo, que cada vez mais se equivocam e impedem o homem de habitar as coisas mesmas. Em qualquer plano hermenêutico, o intérprete deve habitar o lugar do outro para que, verdadeiramente, sem manipulações, possa viver as coisas como próprias, na perspectiva delas mesmas. Megale (2017) assevera que:

Em qualquer plano hermenêutico, o olhar do intérprete deve alcançar o ser humano não para modelá-lo e, assim, fazendo-o cópia de si, trazê-lo a uma perspectiva idealista e objetivista, cuja finalidade única seja a de encerramento de um caso.

No plano do Direito, é preciso que o intérprete, com seus saberes sua intuição e sensibilidade, alcance o ser humano na sua situação, buscando nesta habitar para prestar-lhe a solução mais concretamente adequada. A primeira das soluções devidas é a conscientização provida na aprendizagem, que jamais é ato isolado, mas dependente do outro (família, sociedade, Estado). Toda situação, por ser única, deve passar por uma analítica própria, pela qual possam os seres humanos e suas obras, assim como os chamados viventes (flora e fauna) e as coisas nela relacionadas (minerais, água ar, utensílios etc.), serem verdadeiramente habitados para, ao final, terem o amparo de um tratamento justo.

Essa tarefa do intérprete afasta esquematismos, normativismos, formalismos, conceptualismos e análogos para que, verdadeiramente, sem manipulações, possa ele habitar a situação na concretude desta. Habitar a situação significa vivê-la como coisa própria na perspectiva das possibilidades dela mesma. O ser jurídico é o ser humano com seu modo próprio do justo, ainda que se trate de representante de pessoa jurídica. Estruturalmente assim constituído, o ser jurídico será aprendiz, mediador, intérprete, instrutor, aplicador e construtor do justo, ainda que lhe falte competência formal, como aquela visivelmente amparada pela investidura de cargo inconstitucionalmente criado para dizer o direito. A abolição dos “ismos” do agir do ser jurídico não significa abrir possibilidades para arbitrariedades que, no fundo, bem combinam com esses mesmos “ismos”, e em geral os agasalham. Romper com os “ismos” é excluir do domínio do Direito qualquer lógica que ponha sua preferência no esquema, no conceito, na fórmula, na técnica e similares, deixando de lado o ser para cujo serviço deve ser empregada a inventividade do ser jurídico, pois, afinal, toda conquista no plano do Direito deve estar a serviço do homem. Os “ismos”, ao contrário, são marcados por um caráter que os incompatibiliza com a felicidade do ser humano, exatamente porque aparecem para escravizá-lo (MEGALE, 2017, p. 145-146).

Assim, e antes de tudo, o intérprete da lei penal deve atentar no que se mostra nas normas jurídicas, apesar de suas concepções e visões prévias, buscando na compreensão, mais do que no conhecimento, o sentido do ser, especialmente do seu ser na dimensão do jurídico que o caracteriza.

Não dominado por esquemas, procedimentos e métodos, mas responsabilmente assentado na situação jurídica para habitá-la é que o intérprete do direito poderá encontrar a solução justa, assim o fazendo para aplicar e construir, tendo em vista o resguardo de todos em seu vigor, de modo integrativo com a justiça, sem se volatizar em transcendências (MEGALE, 2017).

6 INFLUÊNCIAS PSICOLÓGICAS NO ATO DECISÓRIO

No presente capítulo, pretende-se fazer uma análise dos aspectos mais relevantes do ponto de vista da psicologia que influenciam a construção do ato decisório judicial, levando-se em conta a subjetividade cognoscitiva do julgador, a partir das suas forças e virtudes humanas, personalidade, transtornos comportamentais e consciência ética.

Fatores ligados à personalidade do juiz dirão muito a respeito de sua natureza humana, no que concerne a sua forma individual de pensar, sentir e agir. A partir do reconhecimento da estrutura de formação, traços ou arquétipos da personalidade, podem-se inferir características de maior ou menor aptidão para a nobilíssima – mas não menos grave – tarefa de julgar.

Transtornos psicológicos que a pessoa do julgador porventura venha a manifestar ao longo da sua carreira judicante, mediante comportamentos desajustados, desviantes ou disfuncionais, além de comprometerem sobremaneira a eficiência na prestação jurisdicional em decorrência da redução da produtividade intelectual e dos afastamentos por licenças-saúde, ocasionando inclusive perdas financeiras, colocam em risco a própria qualidade do ato decisório, em face da dissonância cognitiva que se apresente, de acordo com a modalidade de transtorno verificado.

Em contrapartida aos transtornos psicológicos, a chamada “psicologia positiva” procura focar as tendências de pensamento-sentimento-ação que representam boas práticas e contribuem para o aprimoramento das relações pessoais e institucionais, de modo a destacar e promover valores positivos e condutas virtuosas, assim reconhecidas como “forças humanas”, tendentes a qualificar e legitimar a conduta dos magistrados, fundada nos ideários de justiça e do bem comum.

A consciência ética como elemento estruturante da conduta do agente público encarregado da tarefa de dizer o direito de forma qualificada, respeitados a dignidade da pessoa humana, o estrito cumprimento às normas do Estado de Direito, a probidade no trato da coisa pública e na prestação do serviço público,

assume especial relevo na medida em que traduz um comportamento socialmente tolerável, aceitável e mesmo desejável.

Com efeito, a consciência ética traz consigo o pensamento de uma ética profissional (deontológica) como o conjunto de regras morais de conduta que o indivíduo deve observar em sua atividade, no sentido de valorizar a profissão e bem servir àqueles que dela dependem.

Uma questão de alta indagação nesse cenário diz respeito à legalidade e até à utilidade dos exames psicotécnicos e psicológicos. Como se pode aferir a existência de problemas psicológicos, transtornos de personalidade ou desvios de comportamento que possam interferir na realização das atividades profissionais de um indivíduo? A jurisprudência pátria tem se consolidado no sentido de que somente se admitem tais exames quando houver previsão legal expressa para a realização de testes dessa natureza, mediante rigoroso controle de objetividade na sua aplicação e meios adequados para a comprovação dos resultados, em que a repetição do exame com a mesma metodologia leve ao mesmo resultado, excluída a subjetividade do próprio aplicador do teste.

O art. 93, inc. I, da Constituição da República (CR), ao estabelecer os princípios a serem observados para o ingresso na carreira da Magistratura, dispõe sobre a forma de seleção dos seus membros para o cargo de juiz substituto, mediante aprovação em concurso de provas e títulos, exigindo-se do bacharel em direito postulante ao cargo, além da comprovada capacidade técnica, aferida em rigorosos exames de conhecimentos jurídicos acerca da universalidade do conteúdo das normas, da doutrina e da jurisprudência, uma experiência mínima de três anos de exercício de atividade jurídica.

Todavia a norma constitucional silencia quanto à necessidade de se investigarem os aspectos psicológicos da natureza humana daquele que terá a missão de interpretar e dizer o direito, operando com a justiça e garantindo o Estado de Direito.

Avalia-se a capacidade técnica e a experiência do candidato ao cargo de juiz como operador do direito, mas não se detectam as forças e virtudes humanas ligadas à personalidade, aos transtornos psicológicos, ao pensamento-sentimento-ação que representam boas práticas e contribuem para uma vida

melhor e mesmo para o desenvolvimento de uma consciência ética, também, e precipuamente, necessários ao aprimoramento da tarefa de decidir.

Destarte, sem a pretensão de esgotar o tema dos mais diversos aspectos da psicologia que permeiam a subjetividade cognoscitiva, em que o conhecimento influencia a tomada de decisões, uma vez que conhecer é a base do querer e que conta com uma deliberação prévia, apresentam-se a seguir os fatores diretamente ligados à formação da consciência e a atitude intelectual diante dos atos decisórios, sendo que todo ser humano interpreta a realidade a partir do seu próprio ponto de vista, marcado por sua experiência anterior e suas vivências pessoais.

6.1 A personalidade

Segundo Myers (2015, p. 421), todo indivíduo é dotado de personalidade – padrão característico individual de pensar, sentir e agir. Citando Dan McAdams e Jennifer Pals (2006), esse autor afirma tratar-se a personalidade da “variação individual única do desenho evolucionário universal da natureza humana”, que se expressa nos traços e na situação cultural de cada um (MYERS, 2015, p. 421).

Myers (2015) enfatiza as semelhanças humanas – como todos os seres humanos evoluem, percebem, aprendem, lembram, pensam e sentem –, mas ressalta a individualidade do ser que se manifesta em cada um, considerando as influências biológicas sobre a personalidade e o desenvolvimento ao longo da vida, bem como os aspectos relacionados à personalidade, como a aprendizagem, motivação, emoção e saúde.

Nesse contexto, duas grandes teorias em perspectivas historicamente significativas ajudaram a estabelecer o campo da psicologia da personalidade e apresentaram algumas das questões centrais para a pesquisa e o trabalho clínico atuais:

- A teoria psicanalítica de Freud propôs que a sexualidade infantil e as motivações inconscientes influenciam a personalidade.

- A abordagem humanista focou na capacidade interior do indivíduo para o seu crescimento e a sua autorrealização.

Essas teorias clássicas, que oferecem perspectivas muito pertinentes sobre a natureza humana, são complementadas por outro aspecto: novas pesquisas científicas mais focadas e realistas sobre aspectos específicos da personalidade.

Os pesquisadores de hoje que investigam a personalidade estudam as suas dimensões básicas, as raízes biológicas dessas dimensões e a interação entre pessoa e ambiente. Também estudam a autoestima, o tendencioso viés em proveito próprio (*self-serving bias*) e as influências culturais na percepção do self. Estudam também a mente inconsciente, com descobertas que provavelmente deixariam o próprio Freud surpreso.

Diversamente da perspectiva psicanalítica de Freud, voltada para as forças do inconsciente, na perspectiva do “traço”, a personalidade pode ser descrita em termos de traços fundamentais, segundo padrões estáveis e duradouros.

Explorando os traços da personalidade, não se identifica plenamente a individualidade da pessoa, mas, a partir das classificações das distintas dimensões de traços, manifestados simultaneamente, os psicólogos podem descrever incontáveis variações de personalidade. São os chamados “inventários de personalidade”. Em contraste com o caráter subjetivo da maioria dos testes projetivos, preferidos pelos psicanalistas, os inventários da personalidade são pontuados objetivamente, o que, entretanto, não lhes garante a validade, sobretudo porque não se pode afirmar que os traços da personalidade sejam estáveis e duradouros.

No início do século XX, período de efervescência das ciências, os primeiros psicanalistas buscavam descrever os mecanismos pelos quais o inconsciente afeta a maneira de pensar e agir. Tais explicações tentavam elucidar a natureza de certos transtornos mentais. Nesse contexto, surgiu, em 1919, com o suíço Carl Gustav Jung, discípulo de Freud, o conceito de arquétipos.

Segundo Jung, citado no artigo *Os Doze Arquétipos Comuns*, da Revista Digital de Psicologia “Psicologias do Brasil” (2016), “A maioria, se

não todas as pessoas, tem vários arquétipos em jogo na construção da sua personalidade, no entanto um arquétipo tende a dominar a personalidade em geral”.

Jung usou o conceito de arquétipo em sua teoria da psique humana, sob o enfoque de que arquétipos de míticos personagens universais residiam no interior do inconsciente coletivo das pessoas em todo o mundo. Arquétipos representam motivos humanos fundamentais da experiência de como se deu a evolução e, conseqüentemente, como eles evocam emoções profundas.

Embora existam muitos diferentes arquétipos, Jung definiu doze tipos principais que simbolizam as motivações humanas básicas. Cada tipo tem seu próprio conjunto de valores, significados e traços de personalidade. Além disso, os doze tipos são divididos em três grupos de quatro, ou seja, Ego, Alma e Eu. Os tipos em cada conjunto compartilham uma fonte de condução comum, por exemplo, tipos dentro do conjunto Ego são levados a cumprir agendas definidas pelo ego.

Jung classificou, assim, os doze arquétipos em tipos, delineando, em cada subclasse dos tipos, motivações, lema de vida, desejos, objetivos, pensamentos e comportamentos estratégicos, medos e fraquezas, talentos e características principais das pessoas de acordo com esses arquétipos.

Se é fato que a maioria, se não todas as pessoas, tem vários arquétipos em jogo na construção da sua personalidade, deve-se ressaltar que um arquétipo tende a dominar a personalidade em geral. Ele pode ser útil para saber quais arquétipos estão em jogo em si e nos outros, especialmente nos entes queridos, amigos e colegas de trabalho a fim de obter uma visão pessoal sobre comportamentos e motivações.

Certo é que a natureza humana, em seus aspectos da formação e estrutura de personalidade, é diversificada e singular; cada indivíduo assume uma identidade única, sendo motivado por seu respectivo foco orientador: satisfação do ego, liberdade, sociabilidade e ordem.

Com efeito, a personalidade exerce influência direta no modo de ser e como cada indivíduo enxerga e interpreta o mundo e os fenômenos

da vida que o cercam, sobretudo quando isso diz respeito aos atos de avaliar, valorar e decidir.

6.2 Transtornos psicológicos

Segundo dados apresentados por Myers (2015), a Organização Mundial da Saúde aponta que, no mundo todo, cerca de 450 milhões de pessoas sofrem de transtornos mentais ou comportamentais. Esses transtornos respondem por 15,4% dos anos de vida perdidos por morte ou deficiência – um pouco abaixo dos problemas cardiovasculares e um pouco acima do câncer. Índices e sintomas de transtornos psicológicos variam de acordo com a cultura, mas nenhuma sociedade de que se tenha notícia está livre de duas terríveis moléstias: a depressão e a esquizofrenia.

Os transtornos psicológicos, assim definidos como padrões de comportamento desviantes, angustiantes e disfuncionais, manifestam-se, portanto, em significativa parcela dos membros de todas as sociedades, de que não escapam nem mesmo os indivíduos ocupantes dos mais elevados escalões do poder, mormente os magistrados.

A despeito da abordagem biopsicossocial dos transtornos psicológicos, que estuda como os fatores biológicos, psicológicos e socioculturais interagem de forma a produzir transtornos psicológicos específicos, e do modelo médico de que os transtornos psicológicos são doenças, tendo causas físicas que podem ser diagnosticadas, tratadas e, na maioria dos casos, curadas, a experiência hodierna revela que aqueles acometidos (alguns são apenas rotulados) por transtornos psicológicos, sejam estes de menor intensidade – como a ansiedade, a síndrome do pânico, as obsessões compulsivas, o estresse pós-traumático ou ainda os transtornos somatoformes (sintomas sem causa física aparente) – ou mais acentuados – como os transtornos dissociativos de identidade, o transtorno bipolar, a depressão e a esquizofrenia –, todos eles exprimem comportamentos caracterizados por padrões inflexíveis e duradouros que prejudicam a atuação social. Ainda há aqueles transtornos em último grau de complexidade, como nos casos dos transtornos de personalidade antissocial, em que a pessoa (geralmente

um homem) exibe uma falta de consciência por maus atos, mesmo em relação a amigos e familiares, podendo ser agressivo e impiedoso ou um astuto manipulador.

De acordo com os dados divulgados por Leite (2017) no Blog da Saúde, do Ministério da Saúde, no Brasil, transtornos mentais e comportamentais exercem influência direta no modo de ser e em como cada indivíduo enxerga e interpreta o mundo e os fenômenos da vida que o cercam, sobretudo quando isso diz respeito aos atos de avaliar, valorar e decidir. Esses transtornos correspondem a 9% da concessão de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, de acordo com dados do 1º Boletim Quadrimestral sobre Benefícios por Incapacidade (LEITE, 2017).

O levantamento também mostra que os episódios depressivos são a principal causa de pagamento de auxílio-doença não relacionado a acidentes de trabalho, correspondendo a 30,67% do total, seguido de outros transtornos ansiosos (17,9%).

Quando se verifica o quadro de auxílios pagos relacionados ao trabalho, os números são ainda mais expressivos. Reações ao “stress” grave e transtornos de adaptação, episódios depressivos e outros transtornos ansiosos causaram 79% dos afastamentos no período de 2012 a 2016.

Com efeito, a influência de tais transtornos impacta sobremaneira o cotidiano, as percepções e a funcionalidade da pessoa, a ponto inclusive de comprometer a sua aptidão e eficiência no trabalho, pela perda de capacidade produtiva e dissociação cognitiva.

Pode-se, assim, inferir as consequências que venham a causar os atos e as decisões de uma pessoa nessas condições psicológicas em seu meio de convívio social e profissional, notadamente quando exerça qualquer tipo de atividade detentora de parcela do poder e de autoridade para decidir, de modo que venha a interferir de forma desproporcional, desarrazoada, abusiva ou arbitrária nas mais diversas esferas de liberdades e de bens da vida alheia.

6.3 Psicologia positiva

De acordo com Nunes (2008), a “psicologia positiva”, movimento que nos últimos anos tem ganhado terreno no campo das ciências sociais e do comportamento, pretende romper com o viés negativo sobre o desenvolvimento humano, dando ênfase aos aspectos positivos do indivíduo, baseados nas suas experiências subjetivas positivas. Ela trata dos traços positivos do ser humano, mediante a apreciação dos potenciais, das motivações e das experiências dos indivíduos, procurando compreender eventos psicológicos como otimismo, altruísmo, esperança, alegria, satisfação, bem como outros tão importantes para a investigação quanto a depressão, ansiedade, angústia e agressividade.

Myers (2015) considera que, em contraponto ao Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders – DSM-5*), da Associação Americana de Psiquiatria, desenvolvido em consonância com a *Classificação Internacional de Doenças (CID-10)* da Organização Mundial de Saúde, ambos amplamente utilizados pelos profissionais de saúde e também de grande importância nas relações trabalhistas e contratos securitários, em face dos custos decorrentes dos seguros e tratamentos de saúde, a psicologia positiva se coloca como um “anti-DSM”: um Manual Diagnóstico das Forças Humanas.

Os psicólogos Peterson e Seligman (2004), citados por Myers (2015), apontaram a utilidade do DSM-IV-TR para ordenar e definir disfunções. Em seu trabalho, esses pesquisadores indagam se não seria útil também que ele fosse acompanhado por um catálogo de forças humanas — as tendências de pensamento-sentimento-ação que contribuem para uma boa vida, para si e para os outros. O resultado apresentado no *The Values in Action Classification of Strengths* lembra o DSM-IV-TR ao propor um vocabulário comum baseado em pesquisa. Um questionário, que foi respondido por cerca de 1 milhão de pessoas em todo o mundo (em vias-trengths.org), examina seis grupos de 24 forças:

- Sabedoria e conhecimento - curiosidade, amor pelo aprendizado, julgamento crítico e mente aberta, criatividade e perspectiva (sabedoria).

- Coragem (superação da adversidade) - bravura/valor, empenho e perseverança, integridade e honestidade, vitalidade (animação e entusiasmo).
- Amor - gentileza, ligação íntima e inteligência social.
- Justiça - cidadania e trabalho em equipe, correção e igualdade, liderança.
- Temperança - humildade, autocontrole, prudência e cautela, clemência e piedade.
- Transcendência - apreciação da beleza, reverência/admiração, gratidão, esperança e otimismo, jovialidade e humor e espiritualidade e determinação.

Certamente que esses valores ou “forças humanas” impelem positivamente a conduta do indivíduo que os tenha consigo, impulsionando-os para a melhoria da qualidade de vida e das relações interpessoais, inclusive com maior eficiência na busca da satisfação pessoal e da realização do bem comum.

Daí a importância e mesmo a necessidade de se promoverem e cultivarem tais valores no meio social, especialmente entre os magistrados, que detêm a parcela do poder estatal para tomada de decisões que afetam direitos, garantias e liberdades de terceiros, de quem se espera que sejam garantidores da dignidade da pessoa humana e da estrita legalidade do processo.

6.4 Consciência ética

O desenvolvimento de uma consciência ética (ou deontológica, como preferem alguns autores) da Magistratura, segundo Nalini (2009) pressupõe investir na consciência moral dos agentes encarregados de fazer valer o direito, solidificando uma atuação consequencial, responsável, afinada com as reais necessidades deste país que já pagou pesado tributo ao atraso e ao obscurantismo.

Numa conceituação livre, a ética se refere ao conjunto de valores e regras definidas por determinado grupo ou cultura e que é comum a todos. É um padrão externo de condutas que pode ser fornecido por instituições, grupos ou

cultura a que um indivíduo pertence, mas que não se confunde com a moral, palavra de origem latina *moralis* que significa "costume" numa acepção individual, em que o indivíduo crê que algo é certo ou errado, segundo seus valores e crenças individuais.

Enquanto a ética é considerada um sistema social ou uma estrutura para um comportamento aceitável socialmente, a moral, apesar de ser influenciada pela cultura e pela sociedade, reúne os princípios pessoais criados e sustentados pelos próprios indivíduos.

Desde a Idade Antiga, segundo Schnaid (2004), a palavra ética tem sido utilizada para designar normas de conduta do homem em sociedade, bem como também para questionar a sua razão de ser, a sua validade e os valores perseguidos. De acordo com esse autor, mesmo as sociedades políticas embrionárias, tais como os clãs, as tribos, os bandos de rua, os moradores de aglomerados e favelas – e aqui ousa-se incluir no rol de exemplos as populações carcerárias – não dispensam o “regulamento ético”, pois todos têm as suas normas de conduta, de convivência grupal. Todavia essas normas de conduta não se confundem com “normas éticas”, estas qualificadas por normas de conduta dentro da sociedade estatal, assumindo uma dimensão supralegal para as normas jurídicas e morais, designadas como aquelas que se aplicam à conduta humana na sociedade estatal.

Sugere Cortella (2007) em “*Qual é a tua obra?*” que ética é o conjunto de valores e de princípios usados para se responder a três grandes questões da vida: “(1) quero? (2) devo? (3) posso? Nem tudo que eu quero eu posso; nem tudo que eu posso eu devo; e nem tudo que eu devo eu quero”. Para o autor, “você tem paz de espírito quando aquilo que você quer é ao mesmo tempo o que você pode e o que você deve” (CORTELLA, 2007, p. 37).

As formulações de Cortella (2015) remetem à reflexão da natureza humana e da eleição da virtude para a formação de bons hábitos, sobretudo hábitos de convivência social, de forma organizada e harmoniosa. Nesse sentido, Megale (2008) ensina que Aristóteles, na *Ética a Nicômaco*, mostra que não se escolhem as paixões, mas as virtudes são escolhidas. Assevera essa autora que “adquirem-se as virtudes morais pela prática constante [...] Age com virtude

aquele que supera as investidas dos impulsos da natureza e realiza o dever moral confirmador da autonomia da vontade, ou seja, da liberdade interior” (MEGALE, 2008, p. 72, 80). Ela prossegue citando Kant, segundo o qual, “virtude é a força das máximas de um ser humano no cumprimento do seu dever” (KANT apud MEGALE, 2008, p. 81). Para essa autora (2008, p. 81), “As virtudes correspondem a esse esforço do ser humano, ditado pela razão prática”.

Ainda na lição aristotélica, de acordo com Macintyre (2001), as virtudes são as qualidades cuja posse permite ao ser humano atingir a bem-aventurança, a felicidade, a prosperidade. Um elo fundamental entre as virtudes e o direito está em que só é possível saber como aplicar a lei para quem tem a virtude da justiça. Ser justo é propiciar ao indivíduo o que ele merece. Os pressupostos sociais do florescimento da virtude da justiça numa comunidade são dois: que haja critérios racionais de mérito e que haja um acordo quanto a quais sejam méritos.

Analisando a relação da ética com o Direito, Brochado (2008) cita a doutrina do *minimum* ético, desenvolvida pelo teórico do Estado e jurista alemão Georg Jellinek, segundo a qual compete ao Direito conservar a comunidade por intermédio da preservação do mínimo ético de que ela precisa em cada momento da sua vida para continuar vivendo. Decorre disso o fato de que o cumprimento das normas jurídicas pelos membros do corpo social é que torna possível a permanência de uma determinada situação histórica da sociedade ou desse organismo histórico. E prossegue o teórico afirmando que, sob o ponto de vista objetivo, o Direito representa as condições de conservação da sociedade, na medida em que essas condições possam depender da vontade humana.

Por consequência, o *minimum* de existência das normas éticas demanda dos indivíduos (subjctivamente, como membros que são do corpo social) o *minimum* de atos morais que a sociedade exige de seus membros, considerados deveres jurídicos.

Daí poder se afirmar, segundo a teoria do “mínimo ético”, a imprescindibilidade da ética como elemento estruturante social, que transcende o plano dos direitos subjetivos envolvidos nas relações de que toma parte o Estado, assumindo função aglutinadora dos interesses transindividuais e densificando a noção de bem-estar coletivo, primordial à própria existência do Estado.

Oportuno aqui rememorar a ideia de justiça no mundo contemporâneo, defendida por Salgado (2007), a partir da universalização máxima do direito na forma de direitos fundamentais, num elenco de valores máximos reconhecidos universalmente a todos os seres humanos como o *maximum* ético, em que a ideia de justiça a ser buscada a partir de uma teoria do Estado Democrático de Direito pressupõe a realização dos três valores – da igualdade, da liberdade e do trabalho –, na forma de direitos fundamentais: como consciência (saber) da juridicidade desses valores (universal abstrato); como declaração (querer) desses valores como direitos, por ato de posição empírica (particular) na constituição; e como efetivação desse direito na forma de fruição pelo sujeito de direito (universal concreto).

Remata o autor afirmando que, na perspectiva de uma reflexão filosófica sobre sua realidade, o direito é uma totalidade ética que se desenvolve histórica e fenomenologicamente como realização ética plena ou como último momento do processo ético, vale dizer, cidadãos ou sujeitos do poder e pessoas ou sujeitos de direito. “O Estado Democrático de Direito é, assim, entendido como o ponto de chegada de todo um processo histórico do *ethos* ocidental, que se desenvolve segundo uma dialética entre o poder e a liberdade” (SALGADO, 2007, p. 4).

O desenvolvimento de uma consciência ética da Magistratura, portanto, enfatiza a responsabilidade do julgador, que não pode ser apenas a “boca da lei”, diante da própria imperfeição e ambiguidade desse produto do parlamento. Há ditames fundantes de maior densidade jusfilosófica a reclamarem um protagonismo proativo no sentido de concretizar as promessas do constituinte originário de erradicar a miséria, reduzir a pobreza e as desigualdades, e de edificar uma pátria fraterna, justa e solidária.

6.5 Os exames psicotécnico e psicológico

Uma questão de alta indagação nos meios jurídicos e entre os profissionais da Psicologia diz respeito à validade e eficiência dos exames

psicotécnicos e psicológicos adotados em concursos públicos, notadamente para o ingresso nas carreiras ligadas ao sistema de justiça.

Compostos por exercícios de raciocínio lógico, concentração e habilidades específicas, os testes psicotécnicos são instrumentos utilizados na avaliação do indivíduo, identificando se este possui o perfil técnico e psicológico compatível com o posto almejado.

O teste psicotécnico visa analisar, entre outros pontos, o nível de atenção do candidato, sua memória, sua capacidade de resolver questões em situações de estresse e também traços de sua personalidade, além de pesquisar características psicológicas do indivíduo que tenham maior relevância em determinadas atividades. No entanto o objetivo principal dos testes é verificar a existência de problemas psicológicos, transtornos de personalidade ou desvios de comportamento que possam interferir na realização das atividades propostas.

A utilidade do exame psicotécnico no concurso para juiz dividiu opiniões no Seminário “Regras de Concurso para a Magistratura”, promovido pelo CNJ nos dias 6 e 7 de maio de 2013, na sede do Conselho da Justiça Federal (CJF), em Brasília/DF. Os opositores do exame o consideraram incapaz de atestar se o candidato à carreira de juiz seria apto ou não para o cargo. Não obstante, muitos se mostraram a favor dos psicotécnicos, conforme se viu durante o painel presidido pelo conselheiro José Guilherme Vasi Werner, em que o desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) Geraldo Francisco Pinheiro Franco defendeu a realização do exame como forma de prevenir problemas no desempenho profissional do magistrado (BRASIL, 2013b).

Já para a juíza do Trabalho Martha Halfeld Schimdt, falta ao exame psicotécnico rigor científico e objetividade. A magistrada também atacou a falta de previsão do exame em lei, o que contrariaria a jurisprudência do STF. “Além disso, o avaliador é normalmente contratado por meio de licitação pelo menor preço”, afirmou. A proposta da juíza seria transferir a avaliação psicológica, caso necessário, para o período de vitaliciamento do juiz, depois de concluídas todas as etapas do concurso. Dessa forma, explicou, o juiz estaria no exercício da jurisdição e poderia ser acompanhado pelo tribunal e sua respectiva escola judicial (BRASIL, 2013b).

Para o presidente da comissão examinadora do concurso para juízes do TJSP ocorrido naquele ano de 2013, desembargador Pinheiro Franco, dominar o conhecimento jurídico não basta a “um membro vitalício de um Poder do Estado”, o juiz. “É preciso que o tribunal saiba por que esse indivíduo resolveu se tornar juiz. É preciso conhecer os aspectos comportamentais desse indivíduo, seus impulsos, o processo de compreensão e de tomada de decisão, se o indivíduo se importa ou não com o próximo”, disse (BRASIL, 2013b).

O presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), Renato Henry Sant’Anna, mostrou preocupação quanto à “subjetividade” do exame psicotécnico e disse temer o risco de estigmatização de determinados candidatos diante dos examinadores da prova oral (fase seguinte ao exame psicotécnico), de acordo com o resultado da etapa anterior da seleção (BRASIL, 2013b).

Acerca da legalidade do exame psicotécnico, o STJ entende que a exigência do exame psicotécnico e psicológico para a aprovação em concurso público somente é lícita quando está expressamente prevista em lei. Importante ressaltar que edital de concurso não é lei. De acordo com a jurisprudência, a legalidade do Exame Psicotécnico está condicionada à observância de três pressupostos necessários: previsão legal, cientificidade e objetividade dos critérios adotados com possibilidade de revisão do resultado obtido pelo candidato (BRASIL, 2013b).

Cabe, por oportuno, esclarecer que o sentido dado ao termo objetividade a que se refere a jurisprudência quando trata dos critérios adotados para a validade e legalidade dos exames psicotécnicos aplicados em concursos públicos, é aquele próprio das ciências naturais, limitado a explicar racionalmente a realidade efetiva, portanto não se confunde com a ideia husserliana de contraponto à subjetividade, adotada pela fenomenologia como crítica do conhecimento, como consciência, capaz de desvelar ao sujeito que compreende, interpreta e conhece o mundo circundante o objeto tal como ele é, em sua essencialidade, livre de elementos transcendentais, mundanos, empíricos (HUSSERL, 2008, §43-§51, p. 67-76).

Segundo Bastos (2017, p. 40), Husserl não se restringe à Psicologia de cunho experimental, embora esse fenomenólogo, não raro, dela se valha como exemplo de ciência a ser proposta para se alcançar a finalidade pretendida. Um olhar mais atento revela como esse abandono deve ser estender às ciências objetivas, positivas, em geral. É o que se depreende da seguinte passagem da obra *A ideia da fenomenologia*:

A elucidação das possibilidades do conhecimento não se encontra na senda da ciência objetiva. / Fazer do conhecimento um dado evidente em si mesmo e querer aí intuir a essência da efetuação não significa deduzir, calcular, etc., não significa inferir novas coisas com fundamento a partir de coisas já dadas ou que valem como dadas (HUSSERL, 2008, § 7, p. 24).

A objetividade dos critérios é, portanto, indispensável à garantia de legalidade do teste. Dessa forma, é vedado o caráter secreto e desconhecido dos próprios candidatos. O edital de concurso deve conter, de forma clara e precisa, os critérios utilizados na avaliação. Quando isso não ocorre, o Judiciário tem declarado a nulidade do exame.

O STJ entende ainda que a determinação judicial para que seja realizado novo exame psicotécnico deve ser feita independentemente de pedido expresso da parte. Para os ministros, essa decisão não implica julgamento extra petita, mas é consequência lógica do reconhecimento da ilegalidade do primeiro exame.

Uma vez declarada nulidade do exame psicotécnico, o candidato deve se submeter a novo exame. Com base nesse entendimento, a jurisprudência do STJ não admite a pretensão de candidatos que tentam se eximir da obrigação de fazer a prova psicotécnica. O STJ também já decidiu que exame de um concurso não vale para outro.

De acordo com o juiz trabalhista Roberto Fragale, “É difícil sustentar a viabilidade jurídica da exigência de exame psicotécnico como uma das etapas do concurso para juiz, pois não há previsão legal para sua realização para ingresso na magistratura”. No art. 78 da Lei Orgânica da Magistratura, há a previsão de que candidatos sejam submetidos “a investigação relativa aos aspectos moral e social, e a exame de sanidade física e mental, conforme dispuser a lei”.

Entretanto, afirma o juiz, não existe lei que regulamente a prática. “É o que, aliás, consagrou o STF, em sua Súmula 686, cujo conteúdo estabelece que ‘só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público’. Assim, sua introdução por meio de resolução revela-se totalmente inapropriada” (BRASIL, 2013b).

Fragale também chama a atenção para a denominada “sindicância da vida pregressa e investigação social” do candidato à vaga de juiz. “Sem parâmetros definidos, tem-se uma porta aberta para a introdução de um absoluto e arbitrário subjetivismo, que pode, *in extremis*, mascarar uma situação de preconceito”, afirma (BRASIL, 2013a).

Para a Escola da Magistratura, a proposta para a regulamentação dos concursos deixa várias questões em aberto. “Qual o conteúdo do processo investigativo: ele está limitado a documentos oficiais ou o ‘órgão competente’ pode diligenciar realizando, por exemplo, entrevistas com terceiros? O terreno é aqui, sem dúvida, vasto para a eventual ocorrência de abusos e arbitrariedades”, sustenta Fragale (BRASIL, 2013a).

Outro ponto polêmico é o curso de formação com caráter eliminatório. Assevera Fragale que a Constituição já estipula como etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a oferta de cursos de preparação, aperfeiçoamento e promoção do juiz. “Sua inclusão no processo de ingresso representará verdadeira duplicação da referida exigência”, afirma (BRASIL, 2013a).

O magistrado cita ainda diversas situações não explicitadas na proposta do CNJ. Uma delas, considerada importante por Fragale, é sobre o processo avaliativo do curso de formação. “É certo que o candidato deverá obter a média seis para ser aprovado no curso, mas o que estará sendo objeto da avaliação?”, questiona.

Aptidão não é possível avaliar, entende Fragale, já que o candidato não pode exercer atividade jurisdicional. Para o juiz, a avaliação no curso é de um conhecimento teórico, já avaliado em outras etapas do concurso. “O curso como etapa do concurso apresenta consistentes problemas de implementação e de avaliação que não podem ser escamoteados pela simples obrigação de realização”, diz.

De todo o acima exposto, pode-se afirmar que os aspectos psicológicos relacionados à personalidade, à saúde mental e à consciência ética exercem relevante influência na maneira de pensar, sentir e agir de modo singular em cada pessoa e, no caso especial dos magistrados, no resultado do seu trabalho, como ato decisório.

A personalidade, seja pelo enfoque psicanalítico de formação de sua estrutura, seja pela admissão de traços ou de arquétipos como definidores de características comportamentais preponderantes, exerce influência direta no modo de ser e em como cada indivíduo enxerga e interpreta o mundo e os fenômenos da vida que o cercam, sobretudo quando diz respeito aos atos de avaliar, valorar e decidir, além de revelar maior ou menor aptidão para determinadas atividades, o que, no caso dos magistrados, assume especial relevo, já que se trata de interpretar o direito e julgar a causa com independência e imparcialidade, embora prisioneiros da sua própria subjetividade cognoscitiva.

Os transtornos psicológicos, assim definidos como padrões de comportamento desviantes, angustiantes e disfuncionais, impactam sobremaneira o cotidiano, as percepções e a funcionalidade da pessoa por eles acometida, a ponto inclusive de comprometer a sua aptidão e eficiência no trabalho, pela perda de capacidade produtiva e dissociação cognitiva. Tais transtornos, tratados como doenças, representam a terceira maior causa incapacitante para o trabalho no Brasil, sendo a depressão a maior responsável pelos afastamentos (30% dos casos). Em se tratando dos magistrados, a perda de capacidade produtiva e a dissociação cognitiva comprometem o resultado de seu trabalho, materializado no ato decisório, por interferir, de forma desproporcional, desarrazoada, abusiva ou arbitrária, nas mais diversas esferas de liberdades e de bens da vida alheia.

A psicologia positiva, como um manual diagnóstico das forças humanas, procura contrapor-se à classificação das disfunções psicológicas, valorizando as virtudes e os valores baseados nas experiências subjetivas positivas, dos traços positivos do ser humano, impulsionando-os para a melhoria da qualidade de vida e das relações interpessoais, inclusive com maior eficiência na busca da satisfação pessoal e da realização do bem comum. Daí a importância e mesmo necessidade de se promover e cultivar tais valores no meio social,

especialmente entre os magistrados, que detêm a parcela do poder estatal para tomada de decisões que afetam direitos, garantias e liberdades de terceiros, de quem se espera que sejam garantidores da dignidade da pessoa humana e da estrita legalidade do processo.

O desenvolvimento de uma consciência ética como elemento estrutural da conduta do agente público encarregado da tarefa de dizer o direito, respeitados a dignidade da pessoa humana, o estrito cumprimento das normas do Estado de Direito, a probidade no trato da coisa pública e na prestação do serviço público, em consonância com os princípios constitucionais elencados nos arts. 37, *caput*, e 93, I, da Constituição da República de 1988, fundada nos ideais de justiça e do bem comum, enfatiza a responsabilidade do julgador, a reclamarem um protagonismo proativo no sentido de concretizar as promessas do constituinte originário de erradicar a miséria, reduzir a pobreza e as desigualdades, e de edificar uma pátria fraterna, justa e solidária.

Por fim, a consciência das influências psicológicas e a própria utilização de exames psicotécnicos e psicológicos para avaliação de aptidão, capacidade e saúde mental de candidatos a cargos públicos, notadamente os operadores do direito e em especial os magistrados, embora de duvidosa e questionável aplicabilidade, somente podendo ser admitidos quando sujeitos à observância de três pressupostos necessários, a saber: previsão legal (Súmula 686 do STF – só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público); cientificidade e objetividade dos critérios adotados; e possibilidade de revisão do resultado obtido pelo candidato, podem muito contribuir com a hermenêutica, ao procurar suspender do processo de compreensão e interpretação da norma penal a subjetividade que o *cogito* inaugura, infestado de juízos a respeito do mundo, com a qual Husserl pretendeu superar esse obstáculo e captar o fenômeno na sua originalidade, isto é, no âmbito da própria consciência.

7 DOSIMETRIA DA PENA E SEUS CRITÉRIOS VALORATIVOS NUMA ABORDAGEM FENOMENOLÓGICA

A doutrina dos renomados penalistas pátrios e estrangeiros é farta em análise das escolas do Direito Penal e no estudo da principiologia penal, que bem dialogam com a temática da intencionalidade fenomenológica da dosimetria da pena, investigada na presente dissertação, dentre as quais podem ser citadas como mais proeminentes na atualidade as obras de: Claus Roxin - *Estudos de Direito Penal* -, Günther Jakobs - *O direito penal do inimigo* -, Eugênio Raúl Zaffaroni - *O inimigo no direito penal* - e - *Em busca das penas perdidas*.

Há também extensos exames das sanções aplicáveis (penas privativas de liberdade, substitutivas, *sursis*, medidas de segurança, livramento condicional etc.). Tudo isso interessa profundamente ao objeto do estudo dogmático da dosimetria da pena porque delimita o alcance da norma penal a fim de conter o arbítrio do julgador.

Não obstante a importância de tal análise, as obras de Direito Penal comumente não apresentam qualquer aprofundamento quando se trata de analisar a questão especificamente sob o aspecto do grau de subjetividade do julgador na dosimetria da pena, sendo que o intérprete deve atentar no que se mostra nas normas jurídicas dos arts. 59 e 68 do Código Penal (CP), apesar de suas concepções e visões prévias de mundo (BRASIL, 1940).

Por meio das obras selecionadas e indicadas como referências bibliográficas, a pesquisa proposta na presente dissertação pretendeu revisitar a doutrina clássica penalista, porém interagindo de forma cruzada com a filosofia do direito, buscando preencher as lacunas abertas no diálogo entre a lei e o intérprete, mediante uma visada hermenêutica fenomenológica do processo de aplicação da pena.

Antes de adentrar propriamente na análise fenomenológica da dosimetria da pena, mister se faz conceituar “pena” como resposta estatal, consistente na privação ou restrição de um bem jurídico ao autor de um fato típico, antijurídico, culpável e punível (este, segundo a teoria constitucionalista do delito), não atingido por causa extintiva da punibilidade.

Doutrinariamente, a pena tem as seguintes finalidades: preventiva, retributiva, e ressocializadora ou reeducativa.

Para o Ministro Ayres Brito, o Código Penal brasileiro adotou essa tríplice finalidade, a qual chamou de “polifuncionalidade” da sanção penal (BRASIL, 2010).

A finalidade preventiva pode ser geral ou especial. A finalidade preventiva geral visa à sociedade, enquanto a finalidade preventiva especial visa ao delinquente. A finalidade retributiva visa retribuir com um mal um mal causado. E a finalidade ressocializadora visa reintegrar o condenado ao convívio social.

Para que o Estado-juíz exerça a competência legal de punir alguém (*jus puniendi*), necessária se faz a observância de diversos princípios informadores de base constitucional, em especial as garantias fundamentais do indivíduo diante do poder estatal, tais como os princípios da legalidade, da individualização da pena, da proporcionalidade e da humanidade ou humanização das penas, entre outros, para que se estabeleça uma adequada correlação entre o fato punível e a reprimenda a ser aplicada como resposta estatal, bem como se possam inibir ou refrear arbitrariedades e abusos de direito por parte do julgador.

Ensina Rocha (2009) que a individualização da pena como direito constitucionalmente reconhecido em favor do condenado (art. 5º, XLVI) é a tarefa de ajustamento da pena entre o mínimo e o máximo legalmente previstos, em que o juiz leva em consideração não somente os aspectos objetivos do fato punível, como também os elementos subjetivos do autor e até o comportamento da vítima, a fim de aplicar a pena de forma justa, proporcional e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Rocha (2009) ainda afirma que, por intermédio da individualização da pena, estabeleceram-se os critérios orientadores definidos pelo art. 59 do CP para fixação da pena-base entre seus limites mínimo e máximo, de modo que a pena se apresente justa ao caso concreto:

Acolhendo a individualização judiciária da pena, o Código Penal brasileiro dispôs de maneira expressa quais critérios devem orientar o julgador na fixação concreta da pena, entre os limites mínimo e máximo da moldura abstrata determinada pelo tipo legal de crime. Tratando-se de estabelecer a pena-base, os critérios orientadores são definidos pelo art. 59 do CP. Mesmo assim, sempre haverá uma certa margem de

liberdade para que o juiz possa flexibilizar a reprimenda, de modo que esta se apresente justa ao caso concreto (ROCHA, 2009, p. 573-574).

O art. 59 do CP, de *nomen iuris* *Fixação da Pena*, alheio às teorias modernas sobre fins e funções da pena, determina que a sanção penal deva ser a necessária e suficiente para a reprovação e prevenção (geral e especial) do crime, observadas as circunstâncias que estabelece, cuja redação assim dispõe:

CAPÍTULO III
DA APLICAÇÃO DA PENA

Fixação da pena

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível (BRASIL, 1940).

Circunstâncias, no âmbito do direito penal, de acordo com Bitencourt (2002), são elementos, dados ou peculiaridades que apenas circundam o fato principal, não integrando a figura típica do crime, podendo, contudo, contribuir para aumentar ou diminuir a sua gravidade.

Ainda segundo Bitencourt (2002), as circunstâncias que não constituem nem qualificam o crime são conhecidas na doutrina como circunstâncias judiciais, circunstâncias legais e causas de aumento e de diminuição da pena.

Os elementos constantes no art. 59 do CP são denominados “circunstâncias judiciais”, porque a lei não os define e deixa a cargo do julgador a função de identificá-los no bojo dos autos e mensurá-los concretamente. Não se trata de efetivas “circunstâncias do crime”, mas de critérios limitadores da discricionariedade judicial, que indicam o procedimento a ser adotado na tarefa individualizadora da pena-base.

Importante aqui conceituar cada uma das oito circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do CP (culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade; motivos do crime; circunstâncias; consequências do crime; comportamento da vítima) a fim de demonstrar os critérios norteadores do juiz na

função de reconhecê-las, interpretá-las e dosá-las concretamente, já que a lei não as define.

Culpabilidade - por culpabilidade, nesta fase – dosimetria da pena –, entende-se o grau de maior ou menor reprovação do comportamento ofensivo praticado pelo agente contra o bem juridicamente protegido pela norma penal.

Enquanto nos juízos de tipicidade e ilicitude a culpabilidade é caracterizada como conduta punível em si, porquanto o agente é imputável, tem potencial consciência da ilicitude de sua conduta e poderia agir de forma diversa daquela proscribida, na individualização da pena, no primeiro momento de fixação da pena-base, a medida da culpabilidade se dá pelo exame valorativo da reprovabilidade da conduta, com maior ou menor grau de censura ao agente em face da intensidade do dolo demonstrado na prática do crime, de modo a determinar o *quantum* da pena a ser aplicada.

Boschi (2013), demonstrando uma visão mais alargada do conceito de culpabilidade, logo no início de sua obra *Das penas e seus critérios de avaliação*, chama a atenção do leitor para o posicionamento que perfilhou em relação à culpabilidade, como fundamento para a imposição e como limite para a aplicação das penas, independentemente da sua localização na teoria do delito (se como integrante do conceito de crime ou pressuposto da pena) e da espécie ou dos métodos colocados pela lei à disposição do juiz, para, mais adiante, sustentar que a culpabilidade deve ser analisada como critério de preponderância sobre todas as outras circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do CP, por um critério de política criminal que melhor satisfaz ao comando normativo do princípio da individualização da pena, bem como valoriza mais a atuação do juiz no momento da dosimetria da pena. Assim Boschi (2013) se expressa:

Depois de muito pensar, concluímos (e estamos submetendo à crítica essa conclusão) que o juiz está autorizado a conferir ao exame do caso concreto um caráter preponderante também para as circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59, pelas mesmas razões políticas e jurídicas que levaram o legislador a conferir caráter preponderante às circunstâncias legais agravantes e atenuantes (art. 67 do CP).

Estamos hoje absolutamente convencidos de que essa perspectiva é a que melhor satisfaz ao comando normativo do princípio da individualização da pena. Uma única circunstância judicial pode eventualmente ser, sob a perspectiva axiológica, tão intensamente positiva ou negativa que, sozinha, terá força para alterar os resultados

que a utilização mecânica das diretivas recomendadas pelos tribunais enseja.

Com essa proposta, pensamos estar valorizando ainda mais a atuação do juiz na fase destinada ao estabelecimento do grau inicial da culpabilidade e, com a flexibilização das regras citadas, atendendo ampla e efetivamente o comando normativo do princípio da individualização da pena, que impõe seja personificada e não massificada a reação estatal ao crime e ao criminoso (BOSCHI, 2013, p. 10).

Trata-se, portanto, a culpabilidade como circunstância do art. 59 do CP, de um dos critérios, em verdade o principal critério, a orientar a atuação do julgador de dizer qual o tamanho e a intensidade da reprimenda à qual o condenado deverá se sujeitar, em face do crime praticado.

Antecedentes do Agente - de acordo com Bitencourt (2002), por antecedentes se devem entender os fatos anteriores praticados pelo réu, que podem ser bons ou maus, a revelar uma maior ou menor afinidade do réu com a prática delituosa.

Em tese, pela análise da circunstância judicial dos antecedentes, procura-se retratar a vida pregressa do agente, ou seja, a sua vida “antiacta” (anterior ao crime – e não anterior à condenação apenas), que pode configurar bons ou maus antecedentes, sendo certo que fato posterior ao crime não gera antecedentes.

Conduta social - é o comportamento do réu no seu ambiente familiar, de trabalho e social. Deve-se analisar o conjunto do comportamento do agente, se voltado para uma convivência ética, sadia e harmoniosa com os outros, ou se apresentando desvios e desajustes sociais, a fim de se aquilatar a conduta como circunstância judicial favorável ou desfavorável, com repercussão na quantidade de pena a ser imposta.

Personalidade do agente - trata-se do “retrato psíquico” da pessoa do condenado. Já se entendeu que a personalidade deveria ser tomada como uma síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo, a partir de sua boa ou má índole, da sua maior ou menor sensibilidade ético-social, de desvios de caráter e de sua propensão ao cometimento de crimes.

Motivos do crime - é a razão, o porquê da prática da infração penal. Todo crime doloso pressupõe uma motivação, que é a fonte propulsora do querer

agir em desacordo com a norma penal. Para a dosagem da pena, é mister considerar a natureza e a qualidade dos motivos que levaram o indivíduo a praticar o crime.

Circunstâncias do crime - as circunstâncias referidas no art. 59 do CP não se confundem com aquelas circunstâncias legais dos arts. 61, 62, 65 e 66 do mesmo diploma penal, mas defluem do próprio fato criminoso, tais como forma e natureza da ação delituosa, tipos de meios utilizados, objeto, tempo, lugar etc., espelhando maior ou menor gravidade da conduta do agente pelo modo de execução do crime.

Consequências do crime - entende-se por consequências os efeitos decorrentes do crime para a(s) vítima(s) ou familiares. Verifica-se, pelas consequências do crime, a danosidade decorrente da ação delituosa, tanto para a(s) vítima(s) quanto para a própria sociedade, em face da irradiação do resultado da ação criminosa.

Comportamento da vítima - não raro, sobretudo nos crimes cometidos com violência ou grave ameaça contra a pessoa, o comportamento da vítima pode contribuir de modo decisivo para fazer surgir no indivíduo o impulso delitivo.

Estudos de vitimologia demonstram que, muitas vezes, a injusta provocação da vítima desencadeia a conduta delituosa do agente, o que, embora não justifique o crime nem isente o réu de pena, pois no direito penal não existe compensação de culpas, pode minorar a censurabilidade do comportamento delituoso e atenuar a pena.

As cinco primeiras circunstâncias judiciais acima descritas (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente e motivos do crime) estão ligadas à pessoa do agente, sendo, portanto, todas de natureza subjetiva.

Nessa primeira fase da dosimetria da pena, denominada fase judiciária, há, pois, uma acentuada margem de discricionariedade do julgador para decidir a quantidade de pena a ser aplicada em face do crime cometido e das circunstâncias de seu cometimento, o que leva, inexoravelmente, a uma infinidade de interpretações baseadas em critérios valorativos (juízos de valor), permeados por pré-compreensões e preconceitos, de modo a turvar a aparição do fenômeno

jurídico da aplicação da pena, encobrindo a verdadeira finalidade da pena como resposta estatal para o fato criminoso.

Quando Gadamer (2014) analisa os traços fundamentais da experiência hermenêutica e se refere ao círculo hermenêutico e o problema dos preconceitos, transcrevendo Heidegger no ponto em que trata da estrutura prévia da compreensão, afirma que “a tarefa primordial, constante e definitiva da interpretação continua sendo não permitir que a posição prévia, a visão prévia e a concepção prévia lhe sejam impostas por intuições ou noções populares” (GADAMER, 2014, p. 355). Ao final, conclui que “toda interpretação correta tem de proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis e voltar seu olhar para ‘as coisas elas mesmas’” (GADAMER, 2014, p. 355).

A proposta do círculo hermenêutico consiste, assim, na tarefa de cotejar as ideias como forma de revisão do projeto prévio de sentido das coisas e os projetos rivais que possam vir a ser confrontados até que se estabeleça uma unidade de sentido, de modo que a interpretação comece com conceitos prévios que serão substituídos por outros mais adequados, num constante reprojeter que perfaz o movimento de sentido do compreender e do interpretar (GADAMER, 2014).

Seria como, por exemplo, analisar a culpabilidade como grau de reprovabilidade da conduta de um homicida que desferiu várias facadas contra a vítima, como circunstância judicial desfavorável, majorando a pena para próximo do seu limite superior, quando, de fato, verifica-se nos autos, pelo laudo de necropsia, que o golpe letal, efetivamente causador da morte, foi a primeira facada dada, na região do coração, tendo sido os demais golpes dados quando a vítima já se encontrava morta.

A uma primeira vista, poderia o intérprete da norma penal vir a atribuir à conduta do agente um elevado grau de censurabilidade, notadamente pela repulsa natural que os crimes de sangue (ou outros fluidos corporais) provocam nas pessoas, sobretudo quando praticados com maior crueldade. Todavia, diante da informação de que a vítima sucumbiu no primeiro golpe efetuado contra si e que os demais golpes, independentemente de quantos tenham sido e das partes

do corpo da vítima que tenham atingido, não surtiram nenhum efeito que pudesse aumentar o seu sofrimento, não haveria o julgador de considerar o número de facadas dadas pelo homicida como maior grau de reprovação da sua conduta e, assim, aumentar-lhe a pena, pois estaria em desconformidade com o desiderato da norma penal insculpida na circunstância judicial da culpabilidade, prevista no *caput* do art. 59 do CP.

Nota-se, no exemplo acima, que o projeto prévio de sentido das coisas na visada do intérprete da norma penal (maior reprovação da conduta do agente pela crueldade decorrente do número de golpes aplicados na vítima) não se harmoniza com o projeto rival (ter sido o primeiro golpe aquele que efetiva e imediatamente causou a morte da vítima), devendo por este ser substituído, por sua maior adequação ao sentido da norma penal, perfazendo o movimento de sentido do compreender e do interpretar, conforme descrito por Heidegger, citado por Gadamer (2014).

Ainda para Gadamer (2014, p. 356), “A compreensão só alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias com as quais inicia não forem arbitrárias”. E propõe o filósofo alemão que “[...] o intérprete não se dirija diretamente aos textos a partir da opinião prévia que lhe é própria, mas examine expressamente essas opiniões quanto à sua legitimação, ou seja, quanto à sua origem e validade” (GADAMER, 2014).

Assim, e tal qual demonstrado no exemplo anterior, a opinião prévia do julgador para majorar a pena do agente em decorrência da crueldade da prática do crime de homicídio, consistente no número de facadas desferidas na vítima, revelou-se arbitrária, em razão da verificação da letalidade da conduta já no primeiro golpe desferido, de modo que a ausência fática do elemento crueldade deslegitima e invalida a interpretação prévia formulada pelo julgador de considerar a culpabilidade prevista no art. 59 do CP como circunstância judicial desfavorável ao réu e lhe aplicar uma pena mais gravosa do que a necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime de homicídio.

No processo interpretativo do círculo hermenêutico, Gadamer (2014) dá destaque aos preconceitos como condição de compreensão, não significando que eles sejam falsos juízos, mas juízos não fundamentados. Dividem-se os

preconceitos em positivos e negativos, sendo estes subdivididos em preconceitos de autoridade e por precipitação, sendo a precipitação a verdadeira fonte de equívocos que induz o intérprete ao erro no uso da própria razão. Já a autoridade, ao contrário, é culpada de que não se faça uso da própria razão, visto que atribuída a pessoas, e fundamenta-se num ato de reconhecimento e de conhecimento: “[...] reconhece-se que o outro está acima de nós em juízo e visão e que, por consequência, seu juízo precede, ou seja, tem primazia em relação ao nosso próprio juízo” (GADAMER, 2014, p. 371).

Toda decisão judicial, para que possa ser considerada como devidamente fundamentada nos termos do art. 93, XI, da CR/1988, depende de sua verificação pelos jurisdicionados, conforme assinala Costa (2016), segundo o qual: “[...] o que legitima a aplicação do Direito não é a decisão em si, mas a adoção de um processo decisório pautado em parâmetros que impeçam que a decisão seja fruto da subjetividade do julgador” (COSTA, 2016, p. 149-150).

Mas todo juiz é também uma singularidade, sendo que a cruzada contra o *solipsismo* é o mote da Hermenêutica Filosófica, que procura vencer as barreiras das pré-compreensões, dos preconceitos, das ideologias e até mesmo do inconsciente, visando trazer o intérprete ao estado de consciência de sua finitude e limitação, projetando menos a sua subjetividade no ato decisório.

De mesma importância que nas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, a análise fenomenológica das duas fases seguintes da dosimetria da pena, descritas no art. 68 do mesmo diploma penal, remete à necessidade de se buscar uma racionalidade das decisões judiciais, dentro de um “devido processo hermenêutico compreensivo”, livre de arbitrariedades e de preconceitos negativos, que confirmam legitimidade e efetividade às decisões proferidas.

Rememorando a regra penal em estudo, o art. 68 do CP dispõe que serão consideradas na primeira fase da dosimetria da pena as circunstâncias judiciais do art. 59 do mesmo CP, para se definir a pena-base; na segunda fase, as circunstâncias legais, atenuantes e agravantes; e, na terceira e última fase, as causas de diminuição e de aumento de pena. O parágrafo único do art. 68 traz ainda regra de escolha por parte do juiz nos casos de concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial.

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua (BRASIL, 1940).

Embora o art. 68 do CP não descreva objetivamente a quantidade a ser acrescida em nenhuma das três fases do cálculo da pena, tanto na primeira fase, para fixação da pena-base, quanto na segunda fase, em relação às circunstâncias atenuantes e agravantes, e até mesmo na terceira fase, em que as causas de aumento e diminuição de pena, também conhecidas como majorantes e minorantes, são definidas em frações fixas (um terço, metade, dobro etc.) ou variáveis (um a dois terços, um terço até a metade etc.), a norma penal deixa ao alvedrio do juiz o montante da pena a ser aplicada, ocasião em que a discricionariedade do julgador para decidir pode vir a se converter em decisões injustas e ilegítimas, por deficiências do processo compreensivo e interpretativo da norma penal, no momento da aplicação da pena.

Situações corriqueiras na lida forense revelam que, não raras vezes, o juiz da causa se vale dos mais diversos aforismas e bordões para justificar a eleição de uma determinada dosagem de aumento ou mesmo de diminuição de pena, a fim de chegar a um resultado final de quantidade de pena entendido como satisfatório e adequado à prevenção e, sobretudo, à retribuição pelo crime praticado, como resposta estatal.

Fundamentações como: “o réu tem personalidade voltada para o crime”, quando se trata de réu reincidente, mas sem que ele tenha sido submetido a qualquer exame psiquiátrico ou psicossocial para avaliação de seu psiquismo; “a culpabilidade é intensa, pois o réu agiu com o propósito de obtenção de lucro fácil”, nos crimes contra o patrimônio, em que o proveito econômico já integra o tipo penal; “as consequências do crime são graves, uma vez que a mercancia de drogas coloca em risco toda a sociedade”, nos crimes da Lei de Drogas, quando o bem jurídico tutelado pela norma penal é a saúde pública e, portanto, a própria sociedade, dentre outros incontáveis exemplos, demonstram como

intencionalidade, preconceitos de autoridade e por precipitação, sexo, idade, instrução, ideologia, experiências pessoais, cultura, traços de formação de personalidade e patologias físicas ou mentais podem influenciar o ato decisório no momento da fixação da pena.

Mais uma vez, lembra-se aqui a malgrada “conta de chegada”, prática comum em que o julgador primeiramente define a pena final que quer aplicar ao condenado, com os seus consectários relativos à definição do regime prisional para início do cumprimento da pena privativa de liberdade (fechado, semiaberto ou aberto), possibilidade ou não de suspensão do cumprimento da pena (*sursis*), e até mesmo o cálculo da prescrição, para, então, escolher as variáveis da dosimetria da pena descritas no art. 68 do CP, em completa inversão de critérios valorativos da pena.

Destarte, a atividade hermenêutica contemporânea mostra-se de grande importância para a análise dos casos submetidos à jurisdição penal, sobretudo no momento da fixação da pena, pois cada caso deve ser tomado na sua singular concretude. Essa razão, coerente com o indeterminismo da vida, não pode aceitar soluções previamente determinadas, incompreendidas ou não alcançadas nas lacunas da lei, bem como são incompatíveis com as subjetividades em jogo, diante dos casos concretos submetidos ao Poder Judiciário.

8 A DOSIMETRIA DA PENA NA INTERPRETAÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

A jurisprudência dos tribunais pátrios, em especial, a do STJ, é alvissareira em dar provimento a recursos destinados a corrigir decisões em processos de natureza criminal, em que são reexaminados os fundamentos jurídicos expostos pelos julgadores das instâncias originárias para quantificar as penas cominadas.

Analisando-se os julgados e posicionamentos do STJ quanto às circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do CP, verifica-se o descompasso interpretativo da norma penal por parte dos magistrados de primeira e segunda instâncias no momento da fixação da pena-base, ao valorar negativamente tais circunstâncias, em face da sua visada hermenêutica, a partir da compreensão e de preconceitos que permeiam suas decisões.

A valoração da culpabilidade como grau de reprovabilidade da conduta para fins de majoração da pena dá ensejo à maioria dos casos levados aos tribunais em grau de recurso, em que a infinidade de situações fáticas propicia também uma infinidade de interpretações da norma penal, nem sempre próximas da legalidade e do ideal de justiça, na maior parte das vezes confundindo a culpabilidade como grau de reprovação com a culpabilidade elementar da descrição analítica do crime. Colhe-se da jurisprudência do STJ:

DIREITO PENAL. INDEVIDA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE DE HOMICÍDIO E DE LESÕES CORPORAIS CULPOSOS PRATICADOS NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR.

Na primeira fase da dosimetria da pena, o excesso de velocidade não deve ser considerado na aferição da culpabilidade (art. 59 do CP) do agente que pratica delito de homicídio e de lesões corporais culposos na direção de veículo automotor. O excesso de velocidade não constitui fundamento apto a justificar o aumento da pena-base pela culpabilidade, por ser inerente aos delitos de homicídio culposos e de lesões corporais culposas praticados na direção de veículo automotor, caracterizando a imprudência, modalidade de violação do dever de cuidado objetivo, necessária à configuração dos delitos culposos. AgRg no HC 153.549-DF, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 2/6/2015, DJe 12/6/2015 (BRASIL, 2015).

Acerca da análise da circunstância judicial dos antecedentes do agente, o STJ pacificou sua jurisprudência por meio do enunciado da súmula

444/STJ: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base” (BRASIL, 2010). Desse modo, inquéritos policiais arquivados ou em andamento não geram maus antecedentes. E não importa o motivo do arquivamento.

A mesma interpretação foi dada para processos com absolvição e ações penais em andamento, que igualmente não geram maus antecedentes, pois, caso contrário, estar-se-ia contrariando o princípio da presunção de inocência, consagrado constitucionalmente no art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República de 1988 (CR/88): “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

O que gera maus antecedentes, sendo, portanto, considerada circunstância judicial desfavorável ao sentenciado, é tão somente a condenação pretérita definitiva incapaz de gerar reincidência, consoante disposto no art. 64, I, do CP.

Art. 64 - Para efeito de reincidência: I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação (BRASIL, 1940).

De acordo com a jurisprudência pacificada no STJ, firmou-se o entendimento de que a personalidade do agente não pode ser considerada de forma imprecisa, vaga, insuscetível de controle, sob pena de se restaurar odioso direito penal do autor, pois, de acordo com aquele posicionamento hoje ultrapassado, o juiz abandonava a análise do fato para dar preponderância às condições pessoais do indivíduo.

O fato é que não mais se admite que seja a personalidade do agente considerada como circunstância judicial desfavorável com base em expressões como: “personalidade voltada para o crime, eis que o réu é reincidente específico” ou “que o réu demonstra desvio de caráter ao mentir de forma contumaz” etc. Somente com base em laudo psiquiátrico ou psicológico, elaborado por profissionais da Saúde habilitados para tanto, pode-se admitir atualmente que a personalidade do agente seja considerada em seu desfavor.

No mesmo sentido, não se admite valoração negativa da conduta social do agente quando não se demonstra concretamente comportamento desajustado que traga intranquilidade e perturbação da ordem no meio em que ele convive.

EAREsp 1.311.636-MS, Rel. Min. Reynaldo Soares Da Fonseca, Terceira Seção, por maioria, julgado em 10/04/2019, DJe 26/04/2019. Dosimetria da pena. Múltiplas condenações anteriores transitadas em julgado. Maus antecedentes. Personalidade. Conduta Social. Valoração negativa. Fundamentação inidônea. Eventuais condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente (BRASIL, 2019a).

No tocante às consequências do crime – a reforma do CPP de 2008 introduziu no ordenamento a previsão de ressarcimento de danos à vítima diretamente na esfera criminal, consoante disposto no *art. 387, IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido* – o que possibilitou ao juiz criminal eventualmente já antecipar a reparação do dano diretamente na sentença condenatória. Discute-se se essa reparação do dano pode também abranger dano moral, uma vez que, à época da alteração, só se permitia a reparação pelo dano material, tendência que vem se alterando para se admitir também a reparação pelo dano moral, desde que certo. Todos esses aspectos de quantificação do dano são fontes de embates jurídicos, pelas lacunas da lei, que ensejam a compreensão e a devida interpretação da norma,

O comportamento da vítima só influencia a dosimetria da pena quando beneficia o réu, sendo certo que a sua inércia ou não influência deve ser considerada como circunstância neutra, a teor do que fora decidido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Agravo Regimental no Habeas Corpus 370.184/RS - Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 09/05/2017, publicado no DJe. de 22/05/2017, em que ficou assentado que “o comportamento da vítima é circunstância judicial neutra, não podendo ser valorada em desfavor do réu, mas em seu benefício quando ela, de alguma forma, contribui para o cometimento do crime” (BRASIL, 2017). Dessa forma, ainda que não se demonstre que a vítima

tenha contribuído para a prática delituosa, não se pode, em situação nenhuma, considerar o comportamento da vítima como uma circunstância desfavorável para a fixação da pena-base.

No que concerne à escolha da fração de aumento ou de diminuição da pena, ainda que a lei parametrize os limites máximos e mínimos para os crimes em espécie, a norma penal ainda é porosa bastante para ensejar o desvirtuamento da sua interpretação, como nos crimes da Lei de Drogas, em que a jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que a aplicação das majorantes previstas no art. 40 da Lei 11.343/2006 exige motivação concreta, quando estabelecida acima da fração mínima, não sendo suficiente a mera indicação do número de causas de aumento, em analogia ao disposto na Súmula 443 do STJ, que dispõe: "o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes".

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO.

TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART.

33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ENVOLVIMENTO DE ADOLESCENTE. PARTICIPAÇÃO QUE NÃO DENOTA HABITUALIDADE DELITIVA DO RÉU.

QUANTIDADE INEXPRESSIVA DA SUBSTÂNCIA. APLICAÇÃO DO ÍNDICE EM 2/3.

MAJORANTES DO ART. 40, III E VI, DA LEI N. 11.343/2006. FIXAÇÃO DE ÍNDICE DE AUMENTO EM 1/3. ANALOGIA À SÚMULA 443 DO STJ. READEQUAÇÃO À FRAÇÃO MÍNIMA (1/6). REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO.

POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

3. Hipótese em que o envolvimento da menor não evidenciou a habitualidade delitiva do agente e, considerando sua primariedade e seus bons antecedentes, impõe-se a aplicação do redutor do art. 33, §

4º, da Lei n. 11.343/2006 no máximo legal (2/3), sobretudo quando não expressivo o montante de entorpecentes apreendido. Precedentes.

4. Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, a aplicação das majorantes previstas no art. 40 da Lei de Drogas exige motivação concreta, quando estabelecida acima da fração mínima, não sendo suficiente a mera indicação do número de causas de aumento, em analogia ao disposto na Súmula 443 do STJ, que dispõe: "o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes".

(Precedentes).

5. No caso, o Tribunal de origem majorou as penas na fração de 1/3, tão somente pelo fato de terem sido reconhecidas duas majorantes (art. 40, III e VI, da Lei n. 11.343/2006), impondo-se, portanto, o redimensionamento para a percentual mínimo (1/6).

6. Estabelecida a reprimenda final em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime inicial aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.

7. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no grau máximo, e reduzir a fração das causas de aumento do art. 40 da Lei de Drogas para 1/6, redimensionando a pena da paciente para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão mais 194 dias-multa, bem como para estabelecer o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução.

(HC 510.095/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2019, DJe 25/06/2019) (BRASIL, 2019c).

Por fim, no tocante à eleição do regime prisional inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, a interpretação das disposições legais inculpidas no § 2º do art. 33, do CP padece do mesmo desvirtuamento verificado alhures quanto à dosimetria da pena, conforme se extrai do julgado abaixo, no qual foi necessária a intervenção do STJ, por meio de julgamento de agravo regimental em recurso especial, para se reiterar posicionamento pacificado naquela Corte, no sentido de que a fixação de regime mais gravoso exige a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, porquanto é contraditório o estabelecimento de pena-base no mínimo e de regime mais severo, com base em circunstâncias não consideradas inicialmente.

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º - Considera-se:

[...]

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

§ 4º - O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais (BRASIL, 1940).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO.

IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 718 E 719 STF E 440 DO STJ. FIXAÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO. SEMIABERTO.

MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. I - Firmou-se nesta Corte o entendimento no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, porquanto é contraditório o estabelecimento de pena-base no mínimo e de regime mais severo, com base em circunstâncias não consideradas inicialmente. II - O regime inicial fechado foi fixado apenas com base em elementos que se amoldam à descrição do delito e na gravidade abstrata - crime cometido com grave ameaça e que traz desassossego à sociedade -, fundamentos que são insuficientes para a determinação do regime mais gravoso, sobretudo porque o réu é primário, detentor de bons antecedentes e a pena-base foi fixada no mínimo legal.

Súmulas 718 e 719 do STF e 440 do STJ.

III - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea b, e § 3º, c/c o art. 59 do CP - ausência de reincidência, condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e circunstâncias judiciais totalmente favoráveis com a fixação da pena-base no mínimo legal -, deve o réu cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional semiaberto. (AgRg no REsp 1821857/SP, Rel. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado Do Tj/Pe), Quinta Turma, julgado em 17/10/2019, DJe 25/10/2019). (BRASIL, 2019b)

9 CONCLUSÃO

Procurou-se analisar, nesta dissertação o fenômeno da dosimetria da pena, a partir da hermenêutica jurídica baseada na matriz fenomenológica, explorando os limites da subjetividade e os influenciadores da formação do ato decisório final – aplicação de pena decorrente de condenação – nas demandas de natureza penal.

O objetivo principal desta pesquisa foi o de investigar como se dá a interpretação da norma do art. 68 do Código Penal - *cálculo da pena* - pelo juiz criminal no momento da dosimetria da pena, com conseqüente distorção do resultado na aparição do fenômeno hermenêutico, bem como o seu distanciamento da concepção de justiça em conformidade com os princípios constitucionais e legais limitadores do *ius puniendi*.

O Estado de Direito impõe comportamentos estabelecidos em normas jurídicas, a que se devem todos a elas se submeterem, inclusive os detentores do poder de império conferido ao ordenamento legal, mediante a imposição do dever de cumprimento das leis, devendo observá-las com coerência na interpretação, a fim de se evitarem arbitrariedades. A interpretação da norma – em especial da norma penal, que trata da liberdade, um bem tão caro ao ser humano quanto o próprio direito à vida – não pode decorrer de escolhas arbitrárias, não podendo a decisão ser um mero produto da vontade do julgador.

A necessidade do intérprete decorre das lacunas da legislação, e é ele que lhe dá sentido, tendo em vista o texto normativo e a singularidade de cada caso concreto.

A partir das contribuições de Husserl, mostrou-se como a intencionalidade se dirige à consciência dos intérpretes das normas, notadamente os magistrados, ao proferirem decisões voltadas para o objeto representado pela pena a ser cominada como castigo em decorrência da prática de crimes, desvelando o aspecto transcendental do intérprete e o mundo interior da sua consciência em relação à aplicação da lei penal. Procurou-se, assim, demonstrar a necessidade da suspensão ou colocação entre parênteses da subjetividade que o *cogito* inaugura no processo de compreensão e interpretação da norma penal,

infestado de juízos a respeito do mundo. Husserl, com a proposta de suspensão da subjetividade, pretendeu superar o obstáculo representado pelos preconceitos e pelas pré-compreensões para se alcançar o conhecimento em sua essência e captar o fenômeno na sua originalidade, isto é, no âmbito da própria consciência.

Por seu turno, Gadamer inseriu no processo hermenêutico da compreensão a ideia da dialética da pergunta e resposta como modo adequado do acontecimento compreensivo, em que o intérprete, e no nosso caso o julgador, precisa fazer o esforço de habitar a situação do outro, para compreender as nuances valorativas de sua conduta e lhe dar a resposta penal mais adequada e justa ao comportamento desconforme com o ordenamento jurídico penal. A ontologia do intérprete, em seus condicionamentos existenciais, revela-se, então, importante variável na interpretação e aplicação das leis, fator que deve ser levado em consideração, já que o campo de significados do intérprete pode interferir – e de fato o faz – na interpretação e, conseqüentemente, na aplicação da norma penal, notadamente na mensuração das reprimendas.

Não se podem desprezar, ainda, as influências psicológicas que permeiam a construção do ato decisório judicial, levando-se em conta a subjetividade cognoscitiva do julgador e a sua capacidade de compreensão do mundo, a partir das suas forças e virtudes humanas, personalidade, transtornos comportamentais e consciência ética. As conseqüências dos seus atos e decisões, influenciadas por tais condições psicológicas, podem vir a interferir de forma desproporcional, desarrazoada, abusiva ou arbitrária nas mais diversas esferas de liberdades e de bens da vida alheia.

No exercício do poder estatal de julgar e de dosar a quantidade da pena a ser cumprida pelo condenado, o juiz se insere na própria interpretação, com seus conceitos e pré-conceitos, seus valores, seus sentimentos, sem se dar conta de que carrega para dentro do seu ato decisório tanto a si mesmo quanto seus próprios conceitos.

Diante da ausência de definição legal das oito circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal brasileiro (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos do crime, circunstâncias do crime, conseqüências do crime e comportamento da vítima), a atividade hermenêutica

contemporânea mostra-se de grande importância para a análise dos casos submetidos à jurisdição penal, pois cada caso deve ser tomado na sua singular concretude.

Por tal razão, demonstrou-se ser necessário investigar as implicações de uma visada hermenêutica para o aprimoramento da dosimetria da pena, em busca da decisão justa e legitimada, uma vez que a acentuada margem de discricionariedade do julgador para decidir a quantidade de pena a ser aplicada em face do crime cometido e das circunstâncias de seu cometimento leva, inexoravelmente, a uma infinidade de interpretações baseadas em critérios valorativos (juízos de valor), permeados por pré-compreensões e preconceitos, de modo a turvar a aparição do fenômeno jurídico da aplicação da pena, encobrindo a verdadeira finalidade da pena como resposta estatal para o fato criminoso.

A jurisprudência dos tribunais pátrios é repleta de julgados no sentido de se corrigirem decisões de instâncias inferiores infestadas de juízos a respeito do mundo, que não distinguem o verdadeiro do falso, motivadas a persuadir as pessoas, menosprezar regras, atropelar formas e desprezar evidências, em desarrazoada dissonância com o desiderato da norma legal invocada, em que, não raras vezes, os julgadores primevos se valem dos mais diversos aforismas e bordões para justificar a eleição de determinada dosagem de aumento ou mesmo de diminuição de pena, a fim de chegarem a um resultado final pré-concebido – “conta de chegada” –, entendido como satisfatório e adequado à prevenção e, sobretudo, à retribuição pelo crime praticado, mas que não se traduzem numa decisão justa e legítima, merecedora de reparos nas instâncias superiores.

Conclui-se, após as investigações realizadas acerca das possibilidades e das condições da interpretação e aplicação das leis propostas pela Hermenêutica Fenomenológica, pela conformação de um novo paradigma hermenêutico em que se verifique a possibilidade de redução do grau de subjetivismo do julgador na aplicação da lei penal, a partir da tomada de consciência e compreensão do fenômeno hermenêutico da dosimetria da pena, aproximando o máximo possível o ato decisório da concepção de justiça, em conformidade com os princípios constitucionais e legais limitadores do direito estatal de punir e informadores do estado democrático de direito.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

BASTOS, Paula Vilaça. *Por uma fenomenologia analítica no (e)laborar jurídico do meio ambiente*. Orientadora: Maria Helena Damasceno e Silva Megale. 2017. 278f. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

BECCARIA, Cesare Bonesana, marchese di, 1738-1794. *Dos delitos e das penas*. Tradução Marcílio Teixeira. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

BITENCOURT, César Roberto. *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Lisboa: Edições 70, 2002. Disponível em: <http://www.ruipaz.pro.br/fenomenologia/hermeneutica.pdf>. Acesso em: 5 out. 2019.

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 6. ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 1º out. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Seminário “Regras de Concurso para a Magistratura”*. Brasília, 2013a. Disponível em: <https://www.portalonorte.com.br/noticias/estado-56115-magistrados-participam-de-seminario-que-discute-regras-para-concurso-de-juiz/56115/>. Acesso em: 1º out. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Exame psicotécnico para juízes é questionado em debate do CNJ. *CNJ*. Brasília: 7 de maio de 2013b. Disponível em: <http://cnj.jus.br/noticias/cnj/60128-exame-psicotecnico-para-juizes-e-questionado-em-debate-do-cnj>. Acesso em: 2 jun. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1º out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no HC 153.549/DF*. Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 2/6/2015, DJe 12/6/2015. 2015. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1413296&num_registro=200902225773&data=20150612&formato=PDF. Acesso em: 2 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no HC 370.184/RS*. Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 09/05/2017, DJe 22/05/2017 - Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22FELIX+FISCHER%22%29.MIN.&processo=370184&data=%40DTDE+%3E%3D+20170509+E+%40DTDE+%3C%3D+20170509&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 2 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EAREsp 1.311.636-MS*. Rel. Min. Reynaldo Soares Da Fonseca, Terceira Seção, por maioria, julgado em 10/04/2019, DJe 26/04/2019. 2019a. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201801478037.REG.> – Acesso em: 2 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1821857/SP*, Rel. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado Do Tj/Pe), Quinta Turma, julgado em 17/10/2019, DJe 25/10/2019). 2019b. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/196993240/habeas-corpus-hc-317818-sp-2015-0045129-1?ref=serp> Acesso em: 2 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 510.095/SP*. Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 18/06/2019, DJe 25/06/2019. 2019c.

Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22RIBEIRO+DANTAS%22%29.MIN.&processo=510095&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> – Acesso em: 2 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 444*. Terceira Seção, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010. Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27444%27\).sub](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27444%27).sub). Acesso em: 2 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo nº 604*. 2010. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo604.htm>. Acesso em: 1º out. 2019.

BROCHADO, Mariá. O Direito como mínimo ético e como maximum ético. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 52, p. 237-260, jan./jun. 2008.

BRÜSEKE, Franz Josef. *Heidegger como crítico da técnica moderna*. PAPERS DO NAEA Nº 071. Belém: UFPa/NAEA, 1997.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito penal a marteladas: algo sobre Nietzsche e o Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CORTELLA, Mário Sérgio. *Qual é a tua obra?: Inquietações propositivas sobre gestão, liderança e ética*. 25. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.

COSTA, Rafael de Oliveira. Dos precedentes como processos hermenêuticos e a interpretação das decisões judiciais. In: OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias de; BASTOS, Paula Vilaça; COSTA, Rafael de Oliveira. (orgs.). *Direito, hermenêutica e política: estudos em homenagem à professora Maria Helena Damasceno e Silva Megale*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 149-161.

DUBOIS, Christian. *Heidegger: introdução a uma leitura*. Tradução Bernardo Barros Coelho Oliveira. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

ENGELMANN, Wilson. *Direito natural, ética e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FIGAL, Güter. *Martin Heidegger: fenomenologia da liberdade*. Tradução Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

G1 NOTÍCIAS. *CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação*. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>. Acesso em: 30 out. 2019.

GADAMER, Hans-Georg. *A razão na época da ciência*. Tradução Ângela Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

GADAMER, Hans-Georg. *Hegel, Husserl e Heidegger*. Tradução Marco Antônio Casanova. Petrópolis/RJ: Vozes, 2012.

GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva*. Tradução Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Pierre Fruchon (org.). Tradução Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução: Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Ênio Paulo Giachini. 14. ed. Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2014.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Tradução: Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRONDIN, Jean. *Hans-Georg Gadamer*. uma biografia. Tradução Ângela Ackermann Pilári, Roberto Benet e Eva Martín-Mora. Barcelona: Herder, 2000.

GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

GRONDIN, Jean. *Introducción a Gadamer*. Tradução Constantino Ruiz-Garrido. Madrid: Herder, 2003.

HEIDEGGER, Martin. *Introdução à Filosofia*. Tradução Marco Antônio Casanova. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução Márcia de Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2006.

HOPKINS, Burt. *Intentionality in Husserl and Heidegger*. The problem of the Original Method and Phenomenon of Phenomenology. Netherlands: Kluwer Academic Publish, 1993. v. 11.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. [s.d.]. Disponível em:
http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf. Acesso em: 30 out. 2019.

HUSSERL, Edmund. *A crise das ciências europeias e a fenomenologia transcendental. Uma introdução à Filosofia Fenomenológica*. Walter Biemel (ed.). Tradução: Diogo Falcão Ferrer. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

HUSSERL, Edmund. *A ideia da fenomenologia*. Tradução Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 2008.

HUSSERL, Edmund. *Investigações lógicas: sexta investigação: elementos de uma elucidação fenomenológica do conhecimento*. Seleção e tradução: Zeljko Loparic e Andréa Maria Altino de Campos Loparic. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

LAPORTE, Ana Maria; VOLPE, Neusa. *Existencialismo: uma reflexão antropológica e política a partir de Heidegger e Sartre*. Curitiba: Juruá, 2009.

LAWN, Chris. *Compreender Gadamer*. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

LEITE, Luiz Philipe. Transtornos mentais são a 3ª principal causa de afastamentos de trabalho. *In: MINISTÉRIO DA SAÚDE. Blog da Saúde*. Brasília, 10 out. 2017,

LIMA, Alceu Dias. *Uma estranha língua?: questões de linguagem e de método*. São Paulo: Editora UNESP, 1995. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=ijl83IFMcfMC&pg=PA89&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 30 out. 2019.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACINTYRE, Alasdair. *Depois da virtude*. Tradução Jussara Simões. Bauru: EDUSC, 2001. (Coleção Filosofia & Política)

MARTELLETO, Fernando Campelo. *A cultura da prisão - rompendo com a mentalidade encarceradora dominante*. Disponível em: <https://fcmartelleto.jusbrasil.com.br/artigos/185093657/a-cultura-da-prisao?ref=serp>. Acesso em: 25 set. 2019.

MARTINS, Joel. *Estudos sobre existencialismo, fenomenologia e educação*. São Paulo: Centauro, 2006.

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. A compreensão virtuosa do Direito: reflexão sobre a ética na hermenêutica jurídica. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 97, p. 71-104, jan./jun. 2008. Disponível em: <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/54/52>. Acesso em: 10 fev. 2018.

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. *A fenomenologia e a hermenêutica jurídica*. Belo Horizonte: Edições da Fundação Valle Ferreira, 2007.

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. As lacunas da legislação: inevitabilidade do texto normativo diante do indeterminismo da vida. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 96, p.219-262, jul./dez. 2007. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/40>. Acesso em: 5 out. 2019.

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. *Hermenêutica jurídica: interpretação das leis e dos contratos*. Orientador: Joaquim Carlos Salgado. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito - Universidade Federal de Minas Gerais, 2001.

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva (org.). *Temas de direito: programa de iniciação à docência da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte: Fundação Valle Ferreira, 2007.

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. *Um diálogo da Hermenêutica com a Literatura: em busca de justiça*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

MYERS, David G. *Psicologia*. Tradução: Daniel Argolo Estill, Heitor M. Corrêa; revisão técnica Ângela Donato Oliva. [Reimpr.]. Rio de Janeiro: LTC, 2015.

NALINI, José Renato. *Ética da magistratura*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.

NUNES, Patrícia. *Psicologia positiva*. Disponível em: <http://www.psicologia.pt/artigos/textos/TL0115.pdf>. Acesso em: 7 jun. 2018.

OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias de. Hermenêutica e Fenomenologia: a via do pensamento. In: MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva (coord.). *Invocação da justiça no discurso juspolítico*. Belo Horizonte: Imprensa Universitária UFMG, 2013.

OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias de. Traços fundamentais de uma teoria da experiência hermenêutica. In: MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva (org.). *Temas de direito: programa de iniciação à docência da Faculdade de Direito da UFMG Belo Horizonte: Fundação Valle Ferreira*, 2007.

OS DOZE ARQUÉTIPOS COMUNS. *Revista Digital de Psicologia* "Psicologias do Brasil". 2016. Disponível em: <https://www.psicologiasdobrasil.com.br/carl-gustav-jung-os-doze-arquetipos-comuns/>. Acesso em: 7 jun. 2018.

PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Direito Penal*. Parte Geral. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1995.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *A fundamentação da ciência hermenêutica em Kant*. Belo Horizonte: Decálogo, 2008.

SILVA, Paulo César Gondim da. *A fenomenologia de Husserl: uma breve leitura*. Disponível em: <https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/filosofia/a-fenomenologia-husserl-uma-breve-leitura.htm>. Acesso em: 6 nov. 2018.

SOCOLOWSKI, Robert. *Introdução à fenomenologia*. Tradução: Alfredo de Oliveira Moraes. 2. ed. Edições Loyola, São Paulo, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto - decido conforma minha consciência?* 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

UTILIDADE DO EXAME PSICOTÉCNICO NO CONCURSO PARA JUIZ 2013.
Disponível em: <https://www.pciconcursos.com.br/noticias/conheca-a-jurisprudencia-do-stj-sobre-a-aplicacao-de-exame-psicotecnico>. Acesso em: 2 jun. 2018.

ZAHAVI, Dan. *A fenomenologia de Husserl*. Tradução: Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Via Verita, 2015.

ZAHAVI, Dan. *Fenomenologia para iniciantes*. Tradução: Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Via Verita, 2019.