

**PRAGMATISMO JURÍDICO E DIREITO PENAL:
CONSEQUÊNCIAS DECISÓRIAS SOB A PERSPECTIVA
CONSTITUCIONAL DO RESPEITO À DIGNIDADE HUMANA**

**LEGAL PRAGMATISM AND CRIMINAL
LAW FOCUSED ON CONSEQUENCES**

Surami Juliana dos Santos Heerd¹

Resumo: Este artigo analisa os desafios contemporâneos da atuação judicial no âmbito do Direito Penal, que com a modernidade tem sua complexidade expandida. Partindo da constatação da insuficiência da legislação penal e processual penal frente à diversidade dos fenômenos jurídicos atuais, examina-se a tensão existente entre a necessidade de uma atividade interpretativa mais flexível e a preservação da segurança jurídica. Nesse contexto, discute-se o pragmatismo jurídico orientado às consequências como possível instrumento interpretativo para a superação de dilemas técnicos e éticos enfrentados pelo julgador penal, sem desconsiderar os riscos de decisionismo e de enfraquecimento da legalidade. O artigo propõe uma reflexão crítica sobre os limites e as possibilidades dessa abordagem, apontando o papel do juiz penal na modernidade e a necessidade de integração entre norma, racionalidade e contenção do poder punitivo estatal, sob a perspectiva constitucional da dignidade humana.

Palavras-chave: Direito Penal; pragmatismo; racionalidade; constituição; dignidade humana.

Abstract: This article analyzes the contemporary challenges of judicial activity within the scope of Criminal Law, whose complexity has expanded with modernity. Starting from the recognition of the insufficiency of criminal and criminal procedural legislation in light of the diversity of current legal phenomena, it examines the tension

1 Juíza do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *E-mail:* suramijuliana@gmail.com

between the need for a more flexible interpretative activity and the preservation of legal certainty. In this context, consequence-oriented legal pragmatism is discussed as a possible interpretative instrument for overcoming the technical and ethical dilemmas faced by criminal judges, without disregarding the risks of decisionism and the weakening of legality. The article proposes a critical reflection on the limits and possibilities of this approach, highlighting the role of the criminal judge in modernity and the need for integration between legal norms, rationality, and the restraint of the State's punitive power, from the constitutional perspective of human dignity.

Keywords: Criminal Law; pragmatism; rationality; constitution; human dignity.

1 INTRODUÇÃO

A modernidade trouxe grandes desafios para a atuação judicial, desde o incremento da complexidade das relações humanas, do número de ações judiciais, ao uso de inteligência artificial. Com esses desafios, novas problemáticas se estabelecem, como a mecanização e a padronização do trabalho para deságue da demanda, em prejuízo da qualidade das decisões. Para além dessas questões, os câmbios políticos e ideológicos cíclicos interferem na produção legislativa, por vezes dando vida a retrocessos, que impactam também as decisões judiciais.

A insuficiência da lei penal frente à complexidade dos fenômenos jurídicos, a tensão entre a necessidade de uma atividade interpretativa mais livre e a segurança jurídica tornam o ato de julgar um dilema sob os aspectos jurídico e íntimo do juiz.

Muitas questões técnicas e fáticas na praxe jurídica mostram a relevância dos critérios interpretativos como recurso indispensável ao julgador, que não pode, mormente na esfera penal, ver-se atado a uma legislação que não atende, suficientemente, à infinidade de variações fáticas e jurídicas que cada caso pode trazer.

O pragmatismo voltado às consequências, diante deste quadro, mostra-se um caminho por vezes indispensável, mas que também oferece riscos à segurança jurídica, por isso exigindo do intérprete a integração de critérios de interpretação racional, sob pena de decisionismo.

Este artigo busca refletir sobre os limites e as possibilidades da interpretação pragmática no Direito Penal, especialmente quando orientada pelas consequências concretas das decisões judiciais.

Pretende-se examinar em que medida essa abordagem pode contribuir para a superação das insuficiências normativas e dos dilemas enfrentados pelo julgador, sem que isso implique a relativização indevida da legalidade penal ou o comprometimento da segurança jurídica.

A proposta não é oferecer soluções, mas apontar os conflitos vividos pelo juiz penalista na modernidade diante das divergências entre norma, racionalidade decisória e limites do exercício do poder punitivo estatal. Busca-se ressaltar a necessidade de se considerar as consequências do ato decisório sob um paradigma constitucionalista voltado à preservação dos direitos e garantias individuais do réu, em especial o da dignidade humana.

2 A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO PENAL NO PÓS-POSITIVISMO

O pós-positivismo pretende superar o paradigma positivista (Zanon Junior, 2019) através de vertentes teóricas variadas, mas fundadas na mesma percepção: a necessidade de integrar valores, princípios e direitos fundamentais como elementos à interpretação do Direito.

Encontrar um caminho que legitime decisões judiciais não confinadas ao espectro positivista, mas que ao mesmo tempo se sustente em fontes e preceitos jurídicos idôneos, tem se mostrado um desafio de difícil superação. Apesar disso, dentre todas as correntes filosóficas do direito, a pós-positivista confere maiores recursos interpretativos à tomada de decisão judicial, “com maior potencial descritivo e prescritivo” (Zanon Junior, 2019, p. 269).

Segundo Atienza (2017), o pós-positivismo supõe que o Direito não é uma realidade dada, mas uma prática social que incorpora pretensão de correção ou de justificação. Para o autor, a referência orientadora do jurista constitucionalista ou pós-positivista deve integrar a dimensão autoritativa do Direito com os valores expressos nos princípios constitucionais.

A concepção pós-positivista, dentro de um modelo sustentado na ideia de que a decisão judicial não pode ser mero exercício de sub-sunção (tampouco resultado do voluntarismo dos juizes), busca oferecer caminhos legítimos à tomada de decisão, fora do que Streck (2009, p.33) denominou de “ótica forjada no modo liberal-individualista-normativista de produção de Direito”.

Streck (2009) critica o modelo de jurisdição moderno, que seria marcado por excessivo formalismo e despreparo técnico e teórico, em prejuízo de uma compreensão mais ampla dos fenômenos jurídicos.

O sistema jurídico brasileiro é fundado na tradição romano-germânica, que propugnava a racionalidade e a segurança normativa prestigiando a sistematização da lei em códigos e aplicação subsuntiva da lei (Fortuna, 2023).

Diferentemente do sistema jurídico americano, o sistema *civil law* adotado no Brasil, inicialmente, não acolheu a concepção de normatividade constitucional, tampouco a ideia da relevância do Judiciário na criação do Direito e no controle de constitucionalidade das leis (Fortuna, 2023).

No Estado moderno, contudo, o modelo passa a ter o protagonismo de princípios como da liberdade e da igualdade, de matriz francesa, que via a Constituição mais como uma estrutura política e menos como uma estrutura normativo-jurídica (Fortuna, 2023).

A trajetória do Direito Penal brasileiro revela um movimento de racionalização e de humanização das sanções, suplantando penas cruéis e indignas por mecanismos voltados ao respeito à dignidade humana e a uma menor intervenção do Direito Penal (Chaves, 2010).

O período pós-guerra e de redemocratização redefiniu a relação entre os poderes de Estado, passando o Judiciário a integrar o jogo político e como uma alternativa para concretização das promessas da modernidade, materializadas na Constituição (Streck, 2009).

A decisão penal, neste contexto, passou a ter como protagonista a Constituição Federal de 1988, do período de redemocratização do Brasil, mas precisou experimentar a “[...] renovação do Poder Judiciário,

através da desconstrução da parcela do cabedal dogmático informada pela burocracia, pela profusão de medidas processuais esquizofrênicas e pela despolitização dos conflitos sociais” (Appio, 2008, p. 15).

Apesar da evolução da norma penal, a interpretação judicial nessa área e seus limites continuam sendo tema controverso, porque esbarra numa concepção majoritária voltada à mera subsunção. É inegável, contudo, que a interpretação e o transcurso até a decisão judicial ocorrem dentro de um processo que inclui compreensões teóricas, valorativas, políticas, empíricas e culturais de cada juiz.

Sob uma percepção positivista, nega-se a ampliação do limite interpretativo ao argumento do risco de relativismo. Com a justificativa de proteção à segurança jurídica e olvidando o fato de que o direito também é fato, segundo Streck (2010, p. 161), se constrói um “[...] pensamento jurídico objetificador, refém de uma prática dedutivista e subsuntiva, [...], que se sustenta predominantemente no método e na tecnicização [...]” que, segundo o autor, resultou em “uma cultura jurídica standardizada” (Zanon Junior, 2019, p. 314).

Dentro do pós-positivismo, de outro lado, há modelos teóricos distintos voltados ao processo de aplicação do direito, que incorporam valores, princípios e racionalidade no processo interpretativo.

O modelo substancialista, integrado por autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy e Lenio Streck, dirige-se à interpretação realizada no ato de construção da norma jurídica através de um raciocínio calcado em bases axiológicas, em especial nos princípios jurídicos e constitucionais (Zanon Junior, 2004).

O modelo pragmatista, representado por teóricos como Richard Posner, volta sua percepção às consequências da decisão judicial – especialmente nos campos social, político e institucional –, cuja importância pode superar a dos princípios éticos. Para essa corrente, o juiz deve buscar as melhores consequências, por meio de uma análise sistêmica dos diversos ramos de conhecimento, como sociologia, psicologia e economia (Zanon Junior, 2004).

O tema proposto neste estudo centra-se no modelo constitucionalista, mas com o olhar voltado ao pragmatismo, perspectiva cada vez mais

adotada no cenário judicial, mas que suscita controvérsia, dados os riscos de uma excessiva flexibilização das balizas interpretativas, com em seguida se discorrerá.

3 A INTERPRETAÇÃO PENAL PRAGMÁTICA VOLTADA ÀS CONSEQUÊNCIAS: UM NOVO PARADIGMA HERMENÊUTICO?

Com ênfase na segurança jurídica, na previsibilidade da pena e na contenção do poder punitivo estatal, a interpretação penal revela sua matriz positivista. Nesse modelo, o intérprete atua predominantemente como reconstrutor do significado da lei, limitando-se a aplicar critérios hermenêuticos consolidados, como a literalidade, a sistematicidade e a coerência interna do ordenamento (Zanon Junior, 2019).

Bobbio (2006) considerava que, no Estado Moderno, o juiz passou a funcionário do Estado exercendo um dos poderes estatais, porém subordinado ao Legislativo, que teria atribuição de resolver controvérsias segundo as regras impostas pelo órgão legislativo. O positivismo jurídico, assim, via o estudo do Direito como um fato e não como valor, de modo que da definição de direito deveria ser excluída toda qualificação fundada em juízos de valor, de bom ou mau, justo ou injusto (Bobbio, 2006).

No entanto, as transformações teóricas iniciadas no século XX, em especial no campo jusfilosófico, conduzem à percepção de que a interpretação judicial não pode mais se limitar à compreensão do direito como um sistema de regras. Essa compreensão ampliada ocorre “[...] a partir dos princípios introduzidos no discurso constitucional, que representam a efetiva possibilidade de resgate do mundo prático (faticidade) até então negado pelo positivismo [...]” (Streck, 2009, p. 108).

Nesse contexto, a análise pragmática da interpretação penal, característica de um novo paradigma pós-positivista, desloca olhar exclusivamente voltado ao sentido abstrato da norma para a consideração explícita das consequências práticas da decisão, dos impactos institucionais e dos riscos sistêmicos possíveis, sem, contudo, rejeitar a normatividade jurídica.

O americano Charles Sanders Peirce (final do século XIX) foi um dos primeiros teóricos a introduzir a ideia do pragmatismo, com contribuições à lógica e à filosofia da ciência. Seus textos, inicialmente,

apresentaram etapas metodológicas com objetivo finalístico, situando o pragmatismo entre o ceticismo e o dogmatismo (Zanon Junior, 2004) De um extremo, o ceticismo insiste que não há condições para se ter segurança quanto à validade do conhecimento produzido, razão pela qual recomenda a suspensão do juízo. No outro limiar, o dogmatismo acredita na possibilidade de obtenção de verdades autoevidentes, as quais são indiscutíveis.

Segundo Paiva (2022), o pensamento pragmatista, ainda que sob variações teóricas, se fundamenta no antidogmatismo, no contextualismo e no consequencialismo. Para o autor, o pragmatismo é antidogmático, porque refuta teses abstratas e a concepção de certeza, ante a percepção do constante movimento dos fenômenos jurídicos e da evolução do pensamento. Portanto, “[...] é através da aplicação contínua da investigação que a ciência [...] pode detectar e corrigir seus próprios erros e, possivelmente, conduzir à verdade” (Paiva, 2022, p. 61).

O contextualismo consiste na elaboração do raciocínio sob diversos espectros (social, cultural, histórico, político etc.), e nunca de forma dissociada do conteúdo fático de cada caso (Paiva, 2022).

O pragmatismo, segundo o autor, também é consequencialista, na medida em que “[...] examina o presente com o olhar voltado para o futuro” (Paiva, 2022, p. 73), num processo de investigação sobre as prováveis consequências de determinada tese ou decisão.

Mas a vertente contemporânea do pragmatismo jurídico se baseia, em grande medida, na teoria do teórico americano Posner (2010), voltado à perspectiva econômico-institucional.

Posner (2010) propõe um pragmatismo jurídico centrado nas consequências concretas das decisões judiciais. Para ele, o juiz deve buscar não a decisão mais fiel à lei, mas aquela que melhor atende às necessidades sociais e institucionais presentes e futuras. Compreende o direito como uma prática adaptativa, e não como conjunto de princípios imutáveis.

Posner (2010, p. 65) assim descreve o pragmatismo legal:

[...] o pragmatismo legal não está preocupado apenas com consequências imediatas, não é uma forma de consequencialismo, não é hostil à ciência social [...] não é sem princípios e não re-

jeita a norma jurídica. Ele é resolutamente antiformalista, nega que o raciocínio jurídico difira de forma substancial do raciocínio prático comum, favorece fundamentos estreitos em vez de amplos para as decisões no início do desenvolvimento de uma área do direito, simpatiza com a retórica e antipatiza com a teoria moral, é empírico, é historicista, mas não reconhece ‘dever’ em relação ao passado, desconfia da norma jurídica que não abre exceções e se pergunta se os juízes não poderiam fazer melhor em casos difíceis do que chegar aos resultados razoáveis (em oposição a resultados demonstravelmente corretos).

Sob a perspectiva pragmatista defendida pelo autor, o Direito Penal não se estruturaria prioritariamente como um sistema normativo orientado por juízos morais de merecimento, mas como um instrumento institucional destinado à redução eficiente do custo social do crime. A pena, sob este olhar, seria reconhecida mais como mecanismo de dissuasão, sustentado em critérios de eficiência, do que voltado à culpabilidade moral abstrata.

Nessa medida pragmática, o juiz atuaria como administrador dos efeitos sistêmicos de suas decisões, abordagem que, embora importante na análise de políticas criminais e na racionalização da dosimetria da pena, tensiona modelos constitucionais garantistas voltados ao controle do poder punitivo estatal.

Para Ferrajoli (2002), a submissão da legalidade e das garantias constitucionais a critérios de utilidade ou eficiência pode comprometer a racionalidade do Direito Penal constitucional.

Posner (2010), neste sentido, reconhece o risco de decisões baseadas em “palpites” e em experiências pessoais do juiz, que podem ser distorcidas. Por isso, compreende a necessidade de uma formação multidisciplinar (economia, sociologia, psicologia etc.) que confira ao intérprete base empírica e não meramente dogmática ou filosófica abstrata.

Zanon Junior (2021) destaca que o juiz não segue um caminho linear de reflexão partindo do texto constitucional até a norma jurídica, mas pensa de maneira dispersa entre inúmeros elementos da cadeia

normativa. Por esse entendimento, discorda da teoria de Dworkin² (Streck, (2009), que considera que a atividade decisória ocorre por meio de uma rede coerente de princípios e de precedentes, que não engloba outras fontes interpretativas.

O exercício de interpretação judicial exige coerência sistêmica, respeito ao texto normativo, mas não prescinde de conhecimento empírico e interdisciplinar, sem o que o processo muito possivelmente ocorrerá de forma deficiente.

A questão da interpretação do direito e seus critérios têm um núcleo central de convergência (não separação entre direito e moral, importância dos princípios, não decisionismo), porém olhares distintos em relação ao caminho a percorrer até a aplicação a lei.

A interpretação jurídica penal é tradicionalmente estruturada na legalidade estrita, partindo da subsunção do fato à norma e da busca por sentido normativo previamente dado pelo legislador³.

No direito brasileiro, contudo, a teoria pragmática do direito pode ser observada no teor dos artigos Lei de Introdução às Normas do direito brasileiro (LINDB – Lei 4.657/42, alterada pela Lei 13.655/2028), especialmente por meio dos artigos 4º, 5º e artigo 20⁴, que dispõem, no campo da decisão judicial, sobre a imprescindibilidade de se atender ao bem comum e de se avaliar as consequências da decisão.

A legislação brasileira tem também evidentes traços pragmáticos nos regramentos do Estatuto da Criança e do Adolescente, voltados aos princípios protetivos que regem a matéria.

2 Sob uma “teoria liberal do direito”, Dworkin dá aos precedentes relevância vinculativa às decisões judiciais e crê que a criação jurisprudencial do direito se fundamenta na “primazia da Constituição”.

3 Art. 5º, XXXIX da CR/88: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”

4 Dispõem os artigos, respectivamente: Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Especificamente na abordagem infracional/socioeducativa, o Estatuto prevê uma série de medidas destinadas ao adolescente que pratica ato infracional, que vão desde a advertência à privação de liberdade por atos de maior gravidade⁵. Cabe ao juiz, com base em critérios legais e princípios que norteiam a matéria, decidir a medida que pode respeitar, mais adequadamente, às circunstâncias do caso (inclusive a reprovabilidade em concreto), o contexto individual, familiar e social do adolescente, também com o olhar voltado às possíveis ou prováveis consequências da aplicação de um ou de outro instituto.

É inegável, contudo, o risco decorrente de um sistema aberto de medidas socioeducativas aplicáveis sem critérios balizadores mais nítidos, que pode resultar em interpretações subjetivas baseadas em perspectivas estigmatizantes ou de moral social dominante (Rosa; Lopes, 2011).

No Direito Penal, sob essa ótica, o pragmatismo precisa voltar-se ao exercício controlado, proporcional e humano do poder punitivo estatal. Numa percepção pragmática racional, há fatores fundamentais de conteúdo axiológico, que devem conduzir uma decisão penal, como a função e a utilidade da pena no caso concreto. Streck (2009), em via contrária, contudo, critica os dispositivos legais de teor pragmático por considerá-los uma reminiscência do positivismo e, portanto, uma reafirmação da possibilidade de se decidir discricionariamente.

Apesar disto, é inegável que conferir alguma margem de flexibilidade na aplicação das sanções penais com vistas às consequências poderia trazer resultados mais coerentes sob os aspectos da efetividade e da adequação às condições fáticas e pessoais dos réus.

Na atualidade, observa-se uma tendência crescente de decisões pragmatistas nos tribunais superiores do país em matéria penal.

Um dos casos recentes mais emblemáticos foi o Recurso Extraordinário n. 635.659, interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, sustentando a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas (11.343/06), que criminalizava o porte de drogas para consumo pessoal. Após quase uma década, em junho do ano de 2024, o recurso foi julgado, admitindo-se a tese defensiva para afastar a tipicidade penal, por incons-

5 Artigos 112 a 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

titucionalidade, apenas do porte de maconha (*cannabis sativa*).

Apesar de o STF ter reconhecido a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 afastando o caráter penal, o fez exclusivamente em relação ao uso de maconha. O Tribunal justifica a restrição dos efeitos do julgado à maconha, ao fundamento de que tal decisão respeita o caso concreto analisado e os limites do recurso.

Pode-se cogitar que a parcial declaração de inconstitucionalidade possa ter sido adotada para abrandar a crise entre os Poderes, já que, em retaliação aos votos favoráveis à tese da defesa, o Plenário do Senado aprovou o Projeto de Emenda Constitucional 45/23 (PEC 45/2023), que insere no art. 5º da Constituição a determinação de que é crime a posse ou o porte de qualquer quantidade de droga ou entorpecente sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Tal contexto, além do forte apelo à moral social (implícito no art. 28 e nos votos contrários à tese da defesa), pode ter servido como freio ao alcance da tese firmada pelo STF.

Atienza (2013), que conduz sua teoria interpretativa sob uma percepção também pragmática, alerta para os riscos do uso da moral dominante para construção da norma jurídica. Não desconsidera que o intérprete também deve avaliar a moralidade social e as convenções sociais à justificação da decisão, mas compreende que há limites ao alcance dessas razões.

Para o autor, o uso da moral e das convenções sociais pode apresentar alguns problemas. Primeiro, o fato de que nem sempre é possível saber qual é a opinião majoritária e se ela de fato existe. Segundo, o fato de que tais opiniões podem expressar valores contrários ao ordenamento jurídico. Nesse sentido, todo critério moral utilizado na interpretação judicial deve ser sustentado em uma moral racionalmente justificada, que nem sempre coincide com a moral social.

Sob a perspectiva pragmática apresentada por Posner (2010), juízes devem considerar, racionalmente, consequências sistêmicas e não específicas ao caso. A decisão judicial deve voltar-se também à estabilidade do sistema, à confiança pública nas instituições, atendendo às necessidades sociais e opções políticas de cada sociedade (Paiva,

2022). Nesta perspectiva, o Tribunal teria atendido às necessidades pragmáticas, mesmo que flexibilizando leis, precedentes ou uma coerência valorativa (Paiva, 2022).

A opção do STF, embora politicamente estratégica do ponto de vista da teoria de Posner, parece contradizer a função contramajoritária da jurisdição constitucional (Rosa; Silveira Filho, 2011). Ou seja, se o papel do Tribunal é proteger direitos fundamentais mesmo contra maiores circunstanciais, a autolimitação interpretativa fragiliza o núcleo da jurisdição democrática.

Como visto, o Direito Penal é marcado pela racionalidade dedutiva e pelo formalismo jurídico, detido mais na coerência interna do sistema do que nos efeitos concretos de sua aplicação na esfera social. Mas num contexto de distintas percepções sobre os limites interpretativos, a interpretação jurídica, mesmo em matéria criminal, pode se dar sob panoramas variados, a depender do julgador: em favor da segurança jurídica, do valor da justiça social ou da proteção dos direitos individuais e da limitação do poder punitivo do Estado (Iacovello, 2022).

O julgamento que se sustenta unicamente na segurança jurídica, dentre todas as perspectivas de interpretação e de aplicação da lei penal, é possivelmente a mais cômoda e que menores conflitos técnicos e íntimos traz ao juiz. Aquele que se coloca no dever de promover justiça social possivelmente se desloca, muitas vezes, da função jurisdicional, sob risco de decisões solipistas.

É provável, assim, que a decisão voltada à proteção dos direitos individuais e de controle do exercício punitivo do Estado seja aquela que mais se coaduna com os valores do Estado Democrático de Direito.

Nessa perspectiva, a decisão que respeita esses princípios se volta às consequências do ato decisório, numa escala mais concreta (do ponto de vista do réu e, portanto, aquele mais suscetível aos impactos da coerção penal) e menos abstrata (como na acepção de um bem geral estar geral, impalpável).

O pensamento jurídico moderno tem se dirigido à integração entre o conhecimento empírico e o normativo, reconhecendo que a eficácia da norma penal igualmente depende da observação das condições físi-

cas e das consequências práticas da decisão penal. De qualquer modo, mesmo que a análise das consequências possa ser relevante à decisão judicial penal, a percepção pragmática de Posner, em certo grau, autoriza o decisionismo.

Ao discorrer sobre casos emblemáticos nas Cortes americanas e a sua percepção pragmática dos melhores resultados, é possível observar que Posner (2010) se utiliza de critérios como da moral social dominante, e da opinião pública, ainda que em desacordo com princípios constitucionais. Assim manifestou sua percepção sobre o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo:

A única coisa errada com esses argumentos é a suposição tácita de que os métodos do casuísmo jurídico constituem fundamento bastante para obrigar todas as unidades federativas dos Estados Unidos a adotar uma política social que ofende profundamente a imensa maioria dos cidadãos do país, e fazer isso a fim de atender aos anseios de uma minoria instruída, bem-falante e cada vez mais eficiente do ponto de vista político, que, por simples impaciência, busca contornar o processo político normal (ainda que essa impaciência seja compreensível – o povo norte-americano é impaciente) (Posner, 2010, p. 395).

Posner, em alguns momentos, parece opor-se à própria teoria ao considerar inadequado que norma jurídica se sobreponha à atividade legislativa, quando defende, justamente, que o intérprete possa sobrepor-la em benefício do direito substantivo.

Por isso, Dworkin (2010) opunha-se ao pragmatismo jurídico, em vista do risco de delegar aos juízes o poder de adotar soluções voltadas a políticas, sem uma avaliação prévia das fontes jurídicas, ainda que contrariamente aos princípios consagrados. Para ele, o juiz pragmatista deve aceitar as restrições interpretativas oferecidas pelo legislativo, pela concepção teórica do direito e pelos precedentes (Zanon Junior, 2004).

Numa percepção pragmática limitada pela racionalidade, fatores de conteúdo axiológico também devem conduzir uma decisão penal, como a função e a utilidade da pena no caso concreto. No Direito Penal, contudo, o pragmatismo precisa voltar-se ao exercício controlado, proporcional e humano do poder punitivo estatal.

Hassemer (2005), já na década de 1990, observava que o sistema jurídico-penal contemporâneo iniciava um processo de enfraquecimento da concepção retributiva pura para reconhecer o sentido da norma também com base em seus efeitos sociais e individuais. Essa percepção conduz a uma nova racionalidade penal não desconectada da dogmática, mas também voltada à realidade dos fenômenos fáticos e jurídico-penais.

Sobre a orientação pelas consequências na práxis penal, Hassemer (2005, p. 59) a considera “[...] uma mudança a um futuro incerto”. De fato, o risco de decisões pragmáticas, como sustentado pelo autor, é o decisionismo judicial. Embora a teoria de Posner possa efetivamente trazer importantes elementos e critérios à decisão penal, há pouco comprometimento com a coerência, permitindo que a decisão judicial venha a se tornar ato de mero voluntarismo.

Por isso, nos termos do que compreende Hassemer (2005, p. 59) “Na atual situação do processo penal e da determinação da pena, um juiz penal democraticamente cauteloso e conscientemente metódico não poderá responsabilizar a consideração das consequências em geral, senão somente em favor do apenado.”

4 DESACORDO ENTRE LEI PENAL, CASO CONCRETO E JUSTIÇA: ANÁLISE DAS CONSEQUÊNCIAS DA DECISÃO COMO RECURSO INTERPRETATIVO LEGÍTIMO

A lei penal, dada a dinamicidade dos fenômenos criminais e jurídicos, exigiria periódica revisão pelo legislador, o que não costuma acontecer.

Segundo Posner, o direito deve ser avaliado pelos resultados práticos e não por critérios abstratos de justiça e de coerência. E nos casos de omissão do legislador diante de mudanças contextuais que reflitam na suficiência prescritiva da norma penal, o autor considera que o juiz pode criar a norma, numa atividade que denomina de função legislativa intersticial.

Na perspectiva de uma interpretação judicial voltada às consequências, o juiz exerce uma reflexão crítica sobre todo sistema jurídico (inclusive sobre eventual insuficiência normativa); volta-se ao futuro, integrando todas as fontes, para alcançar decisões coerentes e equânimes.

Neste sentido, com frequência indesejada juízes se veem diante de

casos em que a aplicação da lei, sem um exercício de profunda análise de fatores interdisciplinares e voltado às consequências, conduzirá a fronteiras injustiças. No Direito Penal, apesar disso, o exercício interpretativo com vistas às consequências, na maior parte das vezes, é refutado em prol de uma tradição normativa rígida.

Há inúmeros exemplos na praxe jurídica que revelam o problema de se interpretar o caso penal e de aplicar a lei de modo desconectado das consequências.

O artigo 33 do Código Penal veda a aplicação de regime mais brando que o fechado em caso de reincidência. Assim, em casos de réus reincidentes por crimes de menor lesividade, por exemplo, não é dado ao juiz estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena em meio aberto ou semiaberto, ainda que as condições pessoais do agente sejam favoráveis e nenhum indicativo concreto permita considerar que a privação de liberdade tenha efetivos efeitos pedagógicos e preventivos.

Art. 33 do Código Penal. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º – Considera-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 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: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- 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 semi-aberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto (Brasil, 1940).

O problema foi parcialmente resolvido pela Sumula 269 do STJ⁶, que considerou ser admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos, quando favoráveis as circunstâncias judiciais. A intervenção judicial foi necessária a minimizar possíveis injustiças determinadas pelo conteúdo da lei penal, diante da omissão do legislador em seu dever de revisar normas injustas, ultrapassadas ou que gerem desequilíbrio no sistema jurídico, em qualquer sentido.

Para além de fundamentos sustentados no princípio da individualização da pena e da proporcionalidade, a edição da súmula também teve em vista, ainda que não expressamente, as consequências judiciais da aplicação inflexível do dispositivo legal, sob o aspecto individual do réu e também na política criminal e penitenciária (Brasil, 2000).

Em outros casos, exemplificativamente, a conclusão tardia do processo penal fere o princípio da contemporaneidade⁷, exigindo recolhimento de prisão de réus com empregos formais e com famílias constituídas, anos após os fatos, ferindo gravemente os objetivos individuais e sociais da sanção penal. Uma atividade interpretativa exclusivamente normativa, em casos como estes, pode resultar em evidente distorção do sentido sistema jurídico-penal, que não deve ser meramente retributivo (Zaffaroni, 2018).

Assim, rejeitar a possibilidade de uma interpretação voltada às consequências da decisão penal (desde que conduzida de forma racional e com coerência sistêmica), parece refletir uma visão já ultrapassada do Direito Penal e do poder-dever de interpretação judicial.

De fato, a incredulidade diante da percepção limitada do positivis-

6 Editada pelo Superior Tribunal de Justiça em 22/05/2002, Recurso especial 182.680, SP.

7 O artigo 312, § 2º do Código de Processo Penal faz referência ao princípio da atualidade, ao dispor que “A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.”

mo sobre o Direito e sua incapacidade de alcançar a complexa dimensão dos fenômenos jurídicos deu espaço a uma inclinação excessiva a outro extremo: do decisionismo e da insegurança jurídica.

Com a ampliação do poder judicial no Estado constitucional, juízes e tribunais passaram a ter maior protagonismo político, que reflete no exercício jurisdicional tensionando a relação com os demais poderes constituídos.

Autores como Habermas (1997) opõem-se ao que consideram indevida intromissão do Direito na esfera política e o agigantamento do Judiciário após a Segunda-Guerra. Habermas é contrário à interpretação segundo princípios substantivos, que considera propícia à usurpação das funções legislativas. Sustenta “[...] um modelo de democracia constitucional que não se fundamenta em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade [...]” (Streck, 2009, p. 43).

Entretanto, a imputação de usurpação do papel legislativo feita ao Judiciário, quando em decisões proferidas sob a utilização de critérios racionais e substantivos de interpretação, contradiz a própria Constituição Federal, que previu, expressamente (portanto, uma vontade do legislador), a análise da constitucionalidade legislativa pelo Poder Judiciário (art. 102, I, ‘a’)⁸.

Sobre o poder jurisdicional e de seu papel complementar à atividade legislativa no processo contínuo de transformação jurídica e social, Perelman (1979, p. 115) dispôs:

O poder judicial não está totalmente subordinado, nem simplesmente oposto ao poder legislativo. Constitui um aspecto complementar e indispensável deste, que impõe uma tarefa não só jurídica, mas também política, como a harmonização da ordem jurídica de origem legislativa com as ideias dominantes do que é justo e equitativo num meio dado. Por isso, a aplicação da lei e a passagem da regra abstrata para o caso concreto não são simples processos dedutivos, mas sim uma adaptação constante das disposições legais aos valores em conflito nos litígios judiciais.

8 Como no julgamento do Tema 506 pelo STF, que reconheceu a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06, embora exclusivamente em relação à posse de maconha.

A jurisdição, como refere Regla, Atienza e Manero (2007, p. 123-124), não está limitada à lógica formal, porque, “[...] en la medida em que ha de verse como aplicación e interpreteacion de las leyes em conformidade com la Constitución, incorpora también um aspecto pragmático y de responsabilidade cívica”.

É inegável, contudo, que o Estado Moderno presencia o alargamento de direitos não previstos em lei, mas também a restrição daqueles que são legítimos. Percepções de cunho meramente subjetivo, moral, político, religioso, acabam por fazer parte do processo decisório em matéria penal, num evidente desvirtuamento da concepção pós-positivista do processo de interpretação judicial.

Também sob essa percepção e diante da dificuldade, por vezes, de se encontrar a verdade no Direito Penal, Streck (2023, p. 52) reafirma a necessidade de o processo interpretativo resolver-se em favor do réu:

Em síntese, não há como matematizar a verdade. E se conseguirmos probabilisticamente chegar próximo a um ponto de estofo, ainda assim a mínima dúvida deverá ser sempre sopesada a favor do mais fraco – no processo penal, do réu, como já nos mostraram os gregos (Eumênidas, de Ésquilo – o Julgamento de Orestes e o primeiro *in dubio pro reo* da história). Assim, por vezes fazer a coisa certa pode estar na dúvida – e esta deve ser computada a favor do réu.

Havendo, portanto, condições formais e fáticas relevantes e insuperáveis que coloquem em dúvida a prova e/ou a eficiência do sistema de persecução penal em cada caso, a medida que mais se coaduna com o princípio do estado democrático e sua orientação constitucionalista é conceder ao réu os benefícios do princípio da presunção da inocência, que tem, como resultado natural, a preservação do estado de liberdade.

Ignorar esta perspectiva é também violar talvez o mais importante princípio constitucional, o da dignidade humana, que conduz todo núcleo valorativo do Estado de Direito, que retirou do ser humano o caráter de ‘coisa’, incorporando nele plenamente o estado de pessoa sujeita a cuidado e respeito.

Neste contexto, a adoção de uma hermenêutica racional voltada às consequências não necessariamente representará desrespeito ao prin-

cípio da legalidade, mas uma releitura do Direito Penal que atenda, ao máximo, valores e princípios constitucionais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que a interpretação penal exclusivamente normativa, embora historicamente associada à segurança jurídica e à contenção do poder punitivo, é insuficiente às complexidades do sistema penal contemporâneo.

Correntes hermenêuticas que se sustentam na historicidade, na linguagem e o contexto social como elementos indissociáveis do processo interpretativo refutando a ideia de que o direito possa ser reduzido a fórmulas ou algoritmos decisórios se coadunam mais com a essência do Direito.

A perspectiva pragmática não se confundirá com arbitrariedade ou flexibilização indevida da legalidade se atender às consequências concretas da decisão judicial, quando o estado de liberdade for tensionado por fragilidades do sistema jurídico-normativo. Trata-se, portanto, de um paradigma interpretativo que busca preservar a normatividade do Direito Penal, sem ignorar a realidade sobre a qual ele incide, reafirmando sua legitimidade em um contexto de complexidade social e institucional, com um olhar voltado às garantias individuais constitucionais, em especial ao princípio da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

- APPIO, Eduardo. **Discrecionalidade política do poder judiciário**. Curitiba: Juruá, 2008.
- ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentação jurídica**. Tradução de Claudia Roesler. Curitiba: Alteridade, 2017 (Coleção Direito, Retórica e Argumentação, v.1).
- ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Espanha: Editora Trotta. 2013.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 17 mar. 2026.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 203.584-SP**. Reincidência. Regime Inicial. Semiaberto. O réu reincidente que for condenado a pena inferior a quatro anos, possuindo circunstâncias judiciais favoráveis, pode iniciar o cumprimento da sua pena em regime semiaberto. Informativo de Jurisprudência nº. 79, Brasília, 20 a 24 de novembro de 2000. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/informjurisdata/article/viewFile/4102/4323>. Acesso em: 21 jan. 2026.

CHAVES, Leandro Santos; SANCHEZ, Cláudio José Palma. A evolução histórica do direito penal positivado no Brasil. **Revistas Eletrônicas da Toledo Prudente**, v. 5, n. 5, p. 1-18, 2010. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/2238/2222>. Acesso em: 04 dez. 2025.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. 3. tir. Tradução de Jeferson Luz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FORTUNA, Marcelo Forli. **Pragmatismo, decisão e efetividade**. São Paulo: Editora Dialética, 2023.

HABERMAS, Jünger. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. V. I.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pabo Rodrigo Alflen da Silva. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

IACOVELLO, Francesco. **La motivación en la sentencia penal y su control em Casación**. Lima: Palestra Editores, 2022.

PAIVA, Gabriel Anderson de. **O pragmatismo como paradigma do direito processual penal contemporâneo: tecnologia, consenso e whistleblowing**. Londrina, PR: Troth, 2022.

PERELMAN, Ch. **La lógica jurídica y la nueva retórica**. El razonamiento judicial después de 1945. Madrid: Editorial Civitas, 1979.

POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

REGLA, Josep Aguiló; ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Fragmentos para uma Teoría de La Constitución**. Espanha: IUSTEL, 2007. (Coleção Biblioteca Jurídica Básica).

ROSA, Alexandre Morais da; LOPES, Ana Christina Brito Lopes. **Introdução crítica ao ato infracional**. Princípios e garantias constitucionais. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2011.

ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. **Para um processo penal democrático**: crítica à metástase do sistema de controle social. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise**. 8. ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é fazer a coisa certa no direito?** São Paulo: Editora Dialética, 2023.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STRECK, Lenio Luiz.; RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do direito. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 15, n. 20, p. 160-79, julho, 2017. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/6338/633868963015.pdf>. Acesso em: 13 out. 2025.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. 2. Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. Horizonte: Editora Líder, 2004.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 3. Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

Recebido em: 05/03/2026

Aprovado em: 06/04/20216