

O DESAFIO ATUAL DE SENTENCIAR: A APLICAÇÃO DA PENA SOB O VIÉS PRAGMATISTA

THE CURRENT CHALLENGE OF SENTENCING: THE APPLICATION OF PUNISHMENT FROM A PRAGMATIST PERSPECTIVE

*Fernanda Maciel de Souza Aranha¹
Christiano Jorge Santos²*

Resumo

Aborda-se neste artigo a aplicação da pena sob a perspectiva do pragmatismo jurídico. O objetivo principal é demonstrar que as bases filosóficas do pragmatismo, considerando suas características principais, são capazes de justificar o modelo de aplicação da pena, com atenção à sua individualização, ao atual contexto carcerário e social brasileiro, à interdisciplinaridade e aos efeitos que a sanção penal gera concretamente. Para isso, inicialmente, estabelecem-se as premissas do pragmatismo filosófico relacionando-as ao pragmatismo jurídico. Em seguida, analisa-se o funcionamento da aplicação da sanção penal. Por fim, procede-se à aproximação entre o pragmatismo jurídico e a aplicação da pena no Direito Penal brasileiro.

Palavras-chave

Pragmatismo. Aplicação da pena. Individualização da sanção. Contexto fático. Efeitos da pena.

¹ Programa de Pós-graduação em Direito da PUC-SP.

² Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (graduação e pós-graduação). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Abstract

This article addresses the application of punishment from the perspective of legal pragmatism. The main objective is to demonstrate that the philosophical foundations of pragmatism, considering its main characteristics, are capable of justifying the model of sentencing, with attention to its individualization, the current Brazilian prison and social context, interdisciplinarity, and the concrete effects that criminal sanctions generate. To this end, the premises of philosophical pragmatism are first established and related to legal pragmatism. Next, the functioning of punishment within the legal system is analyzed. Finally, legal pragmatism is examined in connection with the application of punishment in Brazilian criminal law.

Keywords

Pragmatism. Application of punishment. Individualization. Context. Penalties' effects.

1. INTRODUÇÃO

A aplicação da pena constitui uma das etapas mais sensíveis e complexas da resposta estatal à prática delitiva, exigindo do julgador não apenas a aplicação das normas legais, mas também um juízo valorativo sobre a conduta do réu, suas circunstâncias e os efeitos do delito. Neste artigo propõe-se uma análise dessa prática sob a ótica do pragmatismo jurídico, compreendido como uma corrente que se distancia de fundamentos absolutos e defende uma abordagem antifundacionalista, contextualista, instrumental, consequencialista e interdisciplinar do direito.

Argumenta-se que o pragmatismo, longe de comprometer a previsibilidade das decisões, pode contribuir para uma aplicação penal mais realista, proporcional e alinhada com os valores do Estado Democrático de Direito. O objetivo é demonstrar como os pilares do pragmatismo jurídico podem fundamentar uma aplicação da pena mais sensível ao princípio constitucional da individualização, à situação

concreta do sistema prisional brasileiro e aos verdadeiros fins da pena no contexto contemporâneo.

É certo que tal proposta não se encontra isenta de críticas. A flexibilidade inerente ao pragmatismo pode suscitar objeções quanto à previsibilidade das decisões e à segurança jurídica. Contudo, sustenta-se que uma dosimetria orientada por princípios pragmatistas não implica o abandono de critérios jurídicos, mas sim o reconhecimento de que a justiça penal não pode se dissociar das consequências que produz e do contexto em que se insere.

Para tanto, na primeira seção, dedicar-se-á à exposição das origens do pragmatismo filosófico, com ênfase em sua formação histórica e nos principais marcos conceituais que definem essa corrente de pensamento. Em continuidade, será traçada a vinculação entre o pragmatismo filosófico e o pragmatismo jurídico, demonstrando a compatibilidade estrutural entre ambos e suas implicações no campo do Direito.

Na segunda parte, far-se-á um escrutínio da aplicação da pena no ordenamento jurídico brasileiro, com atenção especial à sua sistemática normativa, aos critérios que orientam sua aplicação e aos princípios constitucionais que lhe conferem legitimidade.

Por fim, na terceira seção, será promovida uma aproximação entre o pragmatismo jurídico e a prática da aplicação da pena, considerando os imperativos da individualização da sanção penal, a realidade do sistema carcerário brasileiro e os fins da pena à luz das premissas do Direito Penal contemporâneo.

2. O PENSAMENTO PRAGMATISTA

O pragmatismo surgiu no final do século XIX, como uma doutrina filosófica voltada à superação dos impasses gerados pelo racionalismo

moderno. Seu marco inicial foi consolidado pelo Clube Metafísico (*Metaphysical Club*)³, grupo formado em Cambridge, Massachusetts, Estados Unidos, por volta de 1872, por Charles S. Peirce, William James, Oliver Wendell Holmes, entre outros (POGREBINSCHI, 2005, p. 11).

A emergência do pragmatismo filosófico decorre de uma crítica aos pressupostos fundamentais da filosofia moderna, especialmente ao dualismo cartesiano (LEGE, 1992, p. 71), o qual atribuía centralidade ao sujeito transcendental como origem e medida de todo conhecimento possível, diminuindo o valor epistêmico da experiência sensível e da realidade empírica.

O “eu penso”, então encarado como princípio absoluto, configurava um paradigma no qual a verdade se realizava a partir das categorias *a priori* do entendimento, e não do contato direto com o mundo. Nessa modelagem, a multiplicidade das perspectivas culturais, históricas ou contextuais não tem lugar: busca-se a totalização do conhecimento,

³ Conforme Pogrebinschi (2005, p. 11), o nome “Clube Metafísico” foi utilizado de forma irônica, uma vez que o grupo criticava assiduamente a metafísica tradicional e a filosofia abstrata, fundada tão somente na Razão. A respeito, Peirce (2010, p. 284) alerta que “(...) quase toda proposição da metafísica ontológica ou é um balbúcio sem sentido – com uma palavra sendo definida por outras palavras, e estas por outras ainda, sem que nunca se chegue a uma concepção real – ou então um absurdo total; de forma que assim que todo esse lixo for posto de lado, aquilo que restar da filosofia será uma série de problemas passíveis de serem investigados através dos métodos de observação das verdadeiras ciências – problemas cuja verdade pode ser atingida sem aqueles intermináveis mal-entendidos e controvérsias que têm feito da mais elevada das ciências positivas um mero divertimento de intelectos inúteis, uma espécie de xadrez – do prazer inútil. sua finalidade, e da leitura de um livro, seu método”.

através de uma lógica abstrata, praticada por um sujeito descontextualizado⁴.

Com efeito, Peirce (1972, p. 87), o expoente da corrente pragmatista, assevera que os sistemas do método apriorístico são capazes de gerar mais tranquilidade, na medida em que propiciam crenças às quais já estamos inclinados. Ou seja, buscam estabelecer crenças a partir do que parece lógico, coerente ou intuitivamente aceitável, sem a necessidade de verificação empírica, gerando, pois, uma conclusão ilusória.

No campo jurídico, o idealismo é paralelo ao positivismo, à concepção kelseniana de que o direito é autossuficiente e se legitima por uma norma hipotética fundamental, excessivamente abstrata, criada tão somente pelas mentes dos juristas, sem qualquer correspondência com o que é visto no plano real. Para ele, "o real é estritamente criado por e decorrente do próprio pensamento; assim sendo, se o mundo é criado pelo pensamento, a própria realidade resume-se àquilo que é pensado" (REGO, 2009 , p. 33).

É justamente contra essa concepção apriorística e formalista que se insurge o pragmatismo, o qual representa uma ruptura paradigmática que reúne o pensamento com o mundo real. A atitude mental, até então hipervalorizada, saiu de um lugar isolado e uniu-se à concretude. É a ruptura com o modelo estritamente subsuntivo, o qual não dá conta de variadas situações, porque o legislador não é capaz de antecipar a infinidade de situações concretas, de modo que conduz ao surgimento de "situações consideradas aporéticas" (REGO, 2009, p. 46).

⁴ A filosofia tradicional centra-se na exploração de um lugar ideal, onde as contradições e as impurezas do mundo concreto são deliberadamente afastadas. Ilustrando a tendência de privilegiar as abstrações, James (1997, p. 34) a denomina "templo de mármore brilhando num monte", cuja arquitetura é delineada pela razão segundo formas lineares, simples e nobres.

Emerge, então, uma teoria heurística que resgata o valor da razão prática e converge para uma teoria da decisão judicial, segundo a qual o direito não é uma entidade à parte, intocável pelas tensões do mundo vivido, um sonho hegeliano (HOLMES, 2015, p. 436). Exige-se um deslocamento do olhar: é preciso considerar a prática concreta do direito, seus contextos reais e suas contingências específicas.

O juiz não é simples engrenagem de um sistema deveras formalista. Na verdade, por estar imerso no mundo vivente, o magistrado é reconhecidamente um agente com opiniões e sensações, pois “Há em cada um de nós uma corrente de tendências... que dá coerência e direção ao pensamento e à ação. Os juízes, assim como os outros mortais, não podem escapar dessa corrente” (CARDOZO, 2015, p. 524).

Portanto, busca-se superar o modelo de decisões oriundas de um sistema operado sob a lógica formalista. Antes, deve dialogar com a realidade fática e social, e não por meio de uma técnica fingida e meramente contemplativa. Enquanto ator institucional, o juiz não age isolado: ele é um sujeito histórico, situado em um determinado contexto sociopolítico, cultural e ideológico, do qual o sistema jurídico é expressão manifesta⁵.

3. A FIXAÇÃO DA PENA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO: O MODELO PREVISTO PELO CÓDIGO PENAL

⁵ Quando o Direito é manejado a partir de uma racionalidade puramente formalista, ancorada em abstrações desvinculadas da complexidade do mundo social, a sua credibilidade institucional se fragiliza. Pound (1980, p. 606) alerta que “Law has the practical function of adjusting every-day relations so as to meet current ideas of fair play. It must not become so completely artificial that the public is led to regard it as wholly arbitrary”.

Como em qualquer sistema penal positivado, praticada uma infração penal, a lei prevê que ao agente será imposta a correspondente sanção. Considerando a relevância de determinados bens jurídicos, a quebra de uma norma que os protege demanda uma resposta estatal ao infrator. Isso não significa, contudo, que a pena recairá sobre o agente de forma automática, excessivamente branda ou arbitrária⁶.

Calcado no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal⁷, o sistema penal consagrou a individualização da pena, não apenas por meio da atividade legislativa, mas também pela jurisdicional⁸. É através desse princípio constitucional que a sanção penal se alinha à realidade do caso analisado, sobre a qual Nucci (2009, p. 34) defende que

Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da ‘mecanizada’ e

⁶ Contraindo-se a uma resposta estatal imediata, Lyra (1958, p. 184) elucida que “a função judicial rompe as grades do automatismo obscuro e rotineiro que, antes dos réus, prendiam as consciências de seus julgadores. Destrói-se a velha máquina de fabricar justiça, através da igualdade iníqua de um tratamento de superfície, de aparência, de quantidade”.

⁷ CF - Art. 5º. (...) XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: (...).

⁸ No contexto de um Estado Democrático de Direito, o sistema penal deve ser orientado por uma perspectiva que reconheça a centralidade do indivíduo na aplicação do poder punitivo. Nessa direção, há três fases distintas da individualização da pena: (i) a fase legislativa, na qual o legislador estabelece, abstratamente, os limites mínimos e máximos das penas cominadas a cada tipo penal; (ii) a fase judicial, momento em que o magistrado, de forma fundamentada, define a sanção mais adequada ao caso concreto, considerando os critérios de reprovação e prevenção da conduta delituosa; e (iii) a fase executória, na qual o juiz da execução penal, também de forma motivada, avalia e decide sobre a progressão de regime e demais incidentes da execução da pena, conforme o comportamento do condenado e o cumprimento dos requisitos legais (Luisi, 2003, p. 52-55).

‘computadorizada’ aplicação da sanção penal, prescindindo da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto.

É precisamente por meio de uma abordagem individualizada que a pena passa a corresponder adequadamente às peculiaridades de cada caso concreto. Em outras palavras, o sistema penal não se organiza como um mecanismo inflexível e abstraído da realidade empírica; ao contrário, sua estrutura normativa e interpretativa deve permitir que a resposta estatal leve em consideração as nuances do fato criminoso, as características do agente e o contexto em que a infração se deu⁹.

À vista disso, o sistema penal possibilita que o juiz, dentre um leque de opções, verifique qual sanção é a mais adequada ao caso em análise, dispondo de prisão isoladamente, multa isoladamente, prisão cumulada com multa, e prisão alternativamente ou multa (MENDES JÚNIOR, 2014, p. 148). Em seguida, dosará a pena eleita, imporá o regime inicial, e, por fim, examinará a viabilidade de substituição da

⁹ A individualização não se limita à definição do aspecto quantitativo; na verdade, é também uma exigência para a imposição do regime inicial de cumprimento da pena e a eventual substituição por pena restritiva de direitos ou pela suspensão condicional da pena. Nesse sentido, “Sob a mesma fundamentação doutrinária do Código vigente, o Projeto busca assegurar a individualização da pena sob critérios mais abrangentes e precisos. Transcende-se, assim o sentido individualizador do Código vigente, restrito à fixação da quantidade da pena, dentro de limites estabelecidos, para oferecer *arbitrium iudicis* variada gama de opções, que em determinadas circunstâncias pode envolver o tipo da sanção a ser aplicada” (Ponto 49 da Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal, modificado pela Lei nº 7.209/84).

pena privativa de liberdade por outra espécie, nos moldes do artigo 59 do Código Penal¹⁰.

No que tange à dosimetria da pena privativa de liberdade, adota-se o modelo trifásico consagrado por Nelson Hungria, em consonância com o atual artigo 68, *caput*, do Código Penal¹¹. Na primeira fase, o magistrado considerará oito circunstâncias judiciais, elencadas no artigo 59, *caput*, do Código Penal, a fim de estipular a pena-base entre o mínimo e o máximo cominados no tipo. Na etapa seguinte, sobre o valor obtido anteriormente, fará incidir as agravantes e atenuantes. Por derradeiro, sobre a pena intermediária, aplicará as causas de aumento e de diminuição, resultando na pena definitiva.

Em relação à pena de multa, adota-se, geralmente, o sistema bifásico, pelo qual, no primeiro momento, estabelece-se a quantidade de dias-multa, observando-se a proporcionalidade em relação à pena privativa de liberdade fixada. Em seguida, define-se o valor de cada dia-multa, etapa em que deve ser considerada a condição financeira do condenado.

¹⁰ CP - 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”.

¹¹ CP - 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.

Por esse caminho, ao impor a pena concretamente, o juiz insere-se em espaço de discricionariedade vinculada (LUIZI, 2003, p. 54)¹², porquanto a eleição da pena cabível e o reconhecimento de circunstâncias que a aumentam ou diminuem não seguem previsões legais fechadas e certas, um *guia prático*. É a continuidade de uma sistemática já adotada no Código Penal de 1940, contrária à “correspondência apriorística entre a quantidade da pena e a do crime” (LYRA, 1958, p. 176), o que demanda que o juiz,

(...) habituado ao angustioso formalismo do sistema anterior, se compenetre desse arbítrio para enfrentá-lo desassombradamente e exercê-lo desembaraçadamente, a bem da efetividade da individualização, dentro da indeterminação relativa da pena (Lyra, 1958, p. 188)¹³.

¹² A ausência de uma pena certa anteriormente estabelecida pela lei permite um agir criativo do juiz, que, porém, não gera, por si só, arbitrariedades. Como ensina Luisi (2003, p. 54), mencionando Dolcini, “não existe uma irremediável e insuperável antinomia entre ‘o caráter criativo e o caráter vinculado da discricionariedade’, pois o componente emocional e imponderável pode atuar na opção do Juiz determinando-lhe apenas uma escolha dentre as alternativas explícitas e implícitas contidas na lei”.

¹³ Igualmente assumindo posição favorável à discricionariedade motivada do juiz, Reale Júnior (2004, p. 83) elucida que “o alargamento do poder discricionário do magistrado é aliás decorrência obrigatória da criação de um leque de opções, graças às penas substitutivas (...)”. Isto é, a pena final não é legalmente dada, mas resultante de uma operação complexa e multifatorial.

Ilustrativamente, se “A” cometer um crime de furto simples, previsto no artigo 155, *caput*, do Código Penal¹⁴, não necessariamente será apenado com o mínimo legal de um ano de reclusão, uma vez que a tarefa do julgador, quando da aplicação da pena, é eminentemente casuística e não automática.

4. O PRAGMATISMO COMO BASE DA APLICAÇÃO DA PENA

Desde a eleição do bem jurídico que receberá a tutela penal até o término da execução penal, os atores institucionais são influenciados por diversos fatores externos ao purismo jurídico, porquanto “(...) se todo o direito está construído por causa do homem, há de se tomar este como razão e paixão, como ser que pensa e que sente, como racionalidade fundada sobre sentimento” (FRANCA LUNA, p. 222, 2015). Isto é, a carga ideológica e sentimental é indissociável do Direito. A negação desses elementos é uma ilusão performática – a manutenção de uma encenação na qual a fantasia é protagonista.

No bojo da Pet 12.100/DF, ao mencionar as condenações referentes aos atos de 8 de janeiro de 2023, mais especificamente às penas até então dosadas, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux argumentou que, apesar de o legislador formalizar a lei penal e descrever os limites mínimo e máximo de cada sanção abstrata, ao magistrado incumbe avaliar – em um exercício ativo – se a pena não será exacerbada nem destoante do contexto em que praticada, das reais condições do infrator à época da infração penal.

A atividade sentencial não decorre de um mecanismo de silogismo dedutivo rigidamente estruturado, realizada a partir da subsunção

¹⁴ CP - Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

mecânica da norma ao fato¹⁵. Ao aplicar a sanção penal, não cabe ao magistrado simplesmente “comparar as cores do caso à mão com as cores da amostra de muitos casos espalhados sobre sua escrivaninha. A amostra que tiver a tonalidade mais próxima fornece a regra aplicável” (CARDOZO, 2015, p. 525)¹⁶. A pena deve ser ajustada ao fato, e não o contrário, pois os componentes do fato não decorrem diretamente das cominações, mas de condições particulares que imprimem singularidade a cada caso (BRUNO, 1966, p. 104).

Por meio da moldura normativa aberta da individualização da pena, é possível vislumbrar a adoção do viés pragmático pelo juiz quando da aplicação da sanção penal, considerando, para tanto, os aspectos principais dessa corrente, a saber: o antifundacionalismo, o contextualismo, a interdisciplinaridade, o instrumentalismo e o consequencialismo.

4.1. Antifundacionalismo: a inexistência de uma “pena verdadeira”

Os sujeitos constroem crenças, as quais são utilizadas, reiteradamente, para a prática de suas atividades. Entretanto, eventualmente, em contato com a experiência, dúvidas surgirão e darão azo a um estado desconfortável, cuja saída é o processo de investigação para a formação

¹⁵ Considerando que a dosimetria da pena-base e do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade é o momento em que o julgador combina critérios de ordem objetiva e subjetiva, estranhos a fórmulas matemáticas fechadas, é interessante a crítica que defende ser mais adequada a utilização do termo *dosar*, diante do seu dinamismo, em vez do termo *fixar*, equivalente a uma atividade estática (MENDES JÚNIOR, 2014, p. 317-318).

¹⁶ Como asseverado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RHC 101.576/SP, “O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas”.

de uma nova crença, de um hábito (PEIRCE, 1972, p. 76-78).

Justamente por ser uma pesquisa viva, que se expõe à concretude e ao dinamismo, não alcança um ponto acabado e absolutamente seguro. O antifundacionalismo consiste na rejeição de entidades transcendentais e conceitos abstratos (POGREBINSCHI, 2005, p. 26), em nome da valorização da evolução¹⁷ destes e da dinâmica investigativa¹⁸.

Em termos jurídicos, Holmes (2015, p. 430) asseverou que

(...) no sentido mais amplo, é verdade que a lei é um desenvolvimento lógico, como tudo mais. O perigo de que falo não é a admissão de que os princípios que governam outros fenômenos, também governam o direito, mas a noção de que um sistema dado, o nosso, por exemplo,

¹⁷ Como assevera Haack (2008, p. 172), os primeiros pragmatistas reconheceram os avanços teóricos concebidos por Darwin, mais especificamente quanto à evolução. E, no contexto do Direito, “(...) talvez, quando Holmes fala da evolução de nosso sistema jurídico, isso nada mais é do que uma metáfora, uma forma pitoresca de dizer que o direito constantemente se altera e se adapta, respondendo “espontaneamente” a circunstâncias em mudança constante. Mas também é possível construir a idéia de evolução dos sistemas jurídicos de uma maneira mais robusta, como parte de um entendimento acerca da evolução do fenômeno cultural em geral. É característico dos seres humanos fabricar ferramentas para fazer coisas que querem fazer, legar novas formas de fazer as coisas, criar instituições sociais, papéis e regras e transmitir tudo isso aos demais; e tais práticas culturais, embora formadas em parte por nossa dotação genética humana, são também formadas em parte pelo processo de seleção natural que opera sobre os fenômenos culturais em si (e pode, por seu turno, afetar quais traços genéticos são passados adiante)”.

¹⁸ O pragmatismo vislumbra o dinamismo da realidade e a sua incompatibilidade com a verdade apriorística, abrindo espaço para a constante análise e a eventual necessidade de superação e mudança (GABRIEL, 2019, p. 102).

pode ser elaborado, como a matemática, a partir de alguns axiomas gerais de conduta.

A desconfiança a respeito das explicações de cunho fundacionais envolve um descarte da possibilidade de se solucionar casos através de métodos interpretativos puros, descolados de comprovações empíricas. Assim, a identificação dos instrumentos legítimos da “caixa de ferramentas” do julgador coloca-se como uma questão aberta, passível de problematização e não resolvida *a priori* por referenciais metodológicos fixos.

No campo penal clássico, reconhece-se o apego a uma base dura e enrijecida, em nome do enfraquecimento do Estado frente à pessoa. Todavia, a sociedade atual é plural e produtora de diversos dilemas e adversidades de difícil resolução, o que abre espaço para um novo modelo, centrado na consensualidade, na celeridade, na eficiência e na flexibilização ou rompimento dos vetores axiológicos do Direito Penal (SANTOS; ZONTA, 2021, p. 5-6)¹⁹.

Espera-se que determinados critérios sejam apenas esclarecidos no caso concreto, porque, do contrário, a atividade interpretativa do juiz, em um cenário que demanda um olhar situacional, seria sobremaneira reduzida e, por consequência, obstaria a própria individualização.

À vista disso, o Código Penal e a legislação penal extravagante não estabeleceram um *quantum* para as circunstâncias judiciais. Pela ótica pragmatista, a fração aplicável na primeira fase não é fixada de forma enrijecida, tendo em vista que, ao ter contato direto com os fatos e o réu, o magistrado, guiado por um juízo de proporcionalidade, terá mais

¹⁹ Nessa linha, Mendes Júnior (2014, p. 318) pontua que “(...) o julgador tem certa liberdade (discricionariiedade vinculada) no estabelecimento do regime inicial da pena de prisão, não estando ele engessado e jungido a tecnicismos preestabelecidos perfeitamente adequados às máquinas não aos homens!”.

propriedade para avaliar os diversos fatores que justificam a intensidade da pena-base.

Esse raciocínio também se alinha com o fato de não existir, na legislação, um rol taxativo que defina, exaustivamente, os conceitos de cada uma das oito circunstâncias judiciais, tampouco a delimitação da suficiência e da necessidade, insculpidas nos artigos 33, § 3º, 59, *caput*, 44, III, todos do Código Penal. Em outras palavras, o legislador optou por uma fórmula aberta, o que permite ao juiz considerar, com razoabilidade e fundamentação, os elementos concretos do caso. Por exemplo, no que diz respeito aos motivos do crime, não há previsão legal específica determinando quais tipos de motivação devem ser avaliados de forma desfavorável. Assim, cabe ao julgador analisar, à luz do caso concreto, se o motivo revela maior ou menor reprovabilidade, sem se limitar a categorias previamente estabelecidas em lei²⁰.

O imbróglio que a rigidez em excesso pode causar, notadamente para os réus, é manifesto no julgamento do REsp 1.869.764/MS, referente à manutenção da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça (STJ)²¹, a qual impede que o magistrado, ao reconhecer uma atenuante, dose a pena intermediária aquém do mínimo legal, ainda que essa proibição não conste da lei. Oposto a referido enunciado sumular, o relator Ministro Rogerio Schietti Cruz argumentou que o Direito não permanece estável, de tal sorte que:

²⁰ Ao explicar o pragmatismo como uma filosofia da experiência, Dewey (2008, p. 120) acentua que “Para ser capaz de atribuir um significado aos conceitos, uma pessoa deve ser capaz de aplicá-los à existência. Ora, é por meio da ação que essa aplicação é tornada possível. E a modificação da existência que resulta dessa aplicação constitui o verdadeiro significado dos conceitos”.

²¹ Súmula 231/STJ: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

(...) no que se refere ao Superior Tribunal de Justiça (assim como ao Supremo Tribunal Federal), é acertada a observação de que a essas cortes cabe “[...] não só outorgar sentido aos textos legais, mas também conferir-lhes novo sentido quando necessário, diante da alteração da realidade social e da concepção geral acerca do direito” (MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 96)²².

Ao tratar a pena mínima como um limite intransponível, o exercício judicial passa por um processo de fossilização, o qual suscita injustiças práticas, porquanto se unifica o tratamento para situações distintas e conduz à “nulificação da individualização da pena”, nas precisas palavras do Ministro²³.

²² Compreendendo a dinâmica e a imersão do Direito nas mudanças histórico-sociais, o Ministro reiterou que, em que pese o dever de seguir os precedentes, não é tarefa do Judiciário manter posicionamentos ultrapassados, “(...) sob pena de impedir o desenvolvimento do próprio direito e a sua compatibilização com a evolução da realidade” (fl. 6). É, mais uma vez, um eco do pragmatismo, que não rejeita os precedentes, mas enxerga a possibilidade de superá-los quando se revelarem antiquados, a fim de assegurar a efetividade do Direito e o seu compromisso com o que, de fato, está na *pauta do dia*.

²³ Ilustrativamente, no voto, o Ministro Rogério Schietti Cruz evidenciou a seguinte problemática que elucida a desconformidade que a inflexibilidade da aplicação da pena causa: “Outro caso é o do processo nº 0049962-82.2014.8.19.0038, em que a pena-base fora fixada no patamar mínimo legal para ambos os réus. Um deles era reincidente e menor de 21 anos, razão pela qual as respectivas circunstâncias agravante e atenuante restaram compensadas, mantendo-se a pena sem alterações. Já o outro acusado era primário e, ainda, menor de 21 anos, tendo confessado o crime, fatores que não alteraram em nada a dosimetria de sua pena, diante da Súmula 231

A par disso, na defesa de uma pena que reflita efetivamente as peculiaridades do caso analisado, a *política da pena mínima* há de ser encarada como verdadeiro entrave. O apego excessivo ao *quantum* mais benéfico ao réu, sem qualquer justificativa plausível, hipervaloriza a padronização da pena, que não corresponde, em rigor, à gravidade da conduta criminosa. Relembrando importante julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Nucci (2009, p. 316) ressalta que

“Se as penas são variáveis entre um mínimo e um máximo, é preciso distinguir os réus e aplicar a pena justa. Não fosse assim, seria inútil individualizar a reprimenda, já que a pena máxima nunca seria aplicada...” (Revisão criminal n°. 282.549-3/4, São Paulo, Iº. Grupo de Câmaras Criminais, rel. Jarbas Mazzoni, 11.12.2000, v.u.).”

Com base nessa diretriz, a legislação não estabelece um critério fundamentador que leva a uma resposta estatal única e idealizada, mascarada de *pena verdadeira*, uma vez que a verdade não é dada e assimilada em atos singulares (FRANCA LUNA, 2015, p. 231-232), mas apreendida em uma constante atividade investigativa empírica²⁴. É a manifesta face do falibilismo, segundo o qual, diante da renovação do

do STJ. Interessante notar, assim, que, no mesmo caso, sendo as circunstâncias fáticas as mesmas para ambos (vide a fixação das penas-base no mínimo legal), a pena de réu primário, relativamente menor e confesso, restou idêntica à pena do corréu reincidente que não confessara, mas também tinha a seu favor a menoridade relativa” (fls. 41-2).

²⁴ Conforme acentuado por Pogrebinschi (2005, p. 26), “o antifundacionalismo pragmatista se exerce também na recusa à idéia de certeza e aos tradicionais conceitos filosóficos de verdade e realidade”.

processo investigatório, as tentativas de conclusão são novas fontes de informação capazes de dar andamento à investigação (POGREBINSCHI, 2005, p. 29-30).

Nas palavras do Ministro Luiz Fux, no bojo da Pet 12.100/DF,

(...) os juízes, na sua vida, têm sempre de refletir dos erros e dos acertos. Até porque, como o Ministro Dino de uma certa forma mais lúdica destacou, os erros autenticam a nossa humanidade. Debaixo da toga bate o coração de um homem. Então, é preciso que nós também tenhamos essa capacidade de refletir e que muitas vezes, aqui, é utilizado como evoluir, evoluir o pensamento, ou involuir, dependendo da ótica de alguns²⁵.

²⁵ A defesa de uma aplicação da pena antifundacionalista não implica a legitimação de que o Direito Penal possa ser dirigido por meio do “achismo”, e de especulações e opiniões pessoais infundadas, sem lastro jurídico. Mais precisamente sobre a dosimetria da pena, Campos (2021, p. 82) critica o a discricionariedade judicial, a qual, amparada em conceitos tidos como vagos e em uma pena-base tida como legalmente indeterminada, converte-se, invocando Pierangeli, em “anarquia interpretativa”. Todavia, o pragmatismo, por versar sobre a criação e preservação de hábitos através de uma comunidade científica (PEIRCE, 1972, p. 71-92), não advoga pela perpetração da vagueza conceitual tampouco da irracionalidade judicial, que evidentemente gerariam um prolongado estado de dúvida. Como adverte Pogrebinschi (2005, p. 29), para Peirce, “(...) o que define a realidade é a sua independência em relação às opiniões de pessoas individualmente consideradas. Desta forma, o real é aquilo que não está sujeito à vontade e aos caprichos de qualquer pessoa, é aquilo no qual o raciocínio humano irá, necessariamente, em algum momento, resultar”. Assim, a abertura interpretativa possibilita a identificação, no caso concreto, da pena mais adequada e de adaptação de conceitos.

Por conseguinte, o formalismo tradicional obsta a compreensão de que a pesquisa deve situar-se sobre bases empíricas e comprometer-se com testes de acerto e erro, com ares de renovação. E, manter esse modelo na seara da aplicação da pena ressoa a continuidade de uma fantasiosa certeza que não encontra ressonância para além dos Códigos e das doutrinas (HOLMES, 2015, p. 431).

4.2. Contextualismo e interdisciplinaridade: o enfoque situado e multidimensional na determinação da pena

O Direito não é separado da experiência, uma vez que a sua construção ocorre a partir de práticas sociais e institucionais historicamente situadas. Não emerge em abstração, mas está imerso em um horizonte cultural específico, moldado por estruturas sociais, políticas e epistêmicas características de seu tempo. Nas palavras de Camargo (2009, p. 368),

E visto o Direito como prática social, o pragmatismo jurídico assume uma dimensão tópica, pois as questões de ordem prática é que nortearão a interpretação e aplicação da norma. É a partir do problema então que a busca da solução se dá. O Direito é dinâmico, voltado para questões práticas. Portanto, Direito construído antes nos Tribunais, do exclusivamente no Poder Legislativo.

A aplicação da pena não se vale de uma perspectiva matemática, cristalizada e avessa à fluidez da vida, porquanto não obedece a um

critério descontextualizado (MENDES JÚNIOR, 2014, p. 155)²⁶. Uma vez que a legislação não dispõe de hipóteses fechadas quanto à incidência de cada circunstância judicial, assim o faz porque o julgador é, constantemente, colocado diante de diversos fatores que influenciaram a prática de determinada infração.

A título de exemplo, é possível que dois furtos simples sejam vistos como iguais, porém podem – e devem – ser dosados distintamente caso os motivos sejam diferentes entre si. Isso porque os ilícitos não são cometidos em um vácuo social, de forma mecânica e longeva do mundo vivo; na verdade, ocorre em meio a um complexo conjunto socioeconômico e político. É essencial, então, que o julgador se indague sobre o contexto fático em que estava situado o infrator, em que praticada a infração penal.

Retomando o quanto exposto no julgamento do REsp 1.869.764/MS, contrário à imposição de barreiras à atividade judicante ancorada na análise circunstanciada, o Ministro Rogerio Schietti Cruz, lembrou as lições de Di Peret, referenciado por Ferrajoli:

[Magistrados!] (...) recordai que está reservado a vossa respeitável arte ampliar um pouco certos ângulos, suprimir certas escabrosidades,

²⁶ A respeito, Gabriel (2019, p. 103) expõe que “Qualquer investigação ou processo, quicá uma conclusão ou decisão, deve se dar devidamente embebida pelo contexto em que se realiza. Qualquer compreensão está intrinsecamente mergulhada na cultura em que se dá, refletindo, em certo aspecto, o ambiente social, econômico, político e cultural da qual emerge, e é por tal razão que nenhum fato pode ser adequadamente percebido com a ignorância do contexto em que se deu. (...) a compreensão histórica de determinado evento exige que se mergulhe no cenário social e econômico em que ele ocorreu, sendo um crasso equívoco tentar interpretá-lo, por exemplo, sob a perspectiva e pensamento hodiernos e não à luz de seu tempo e da realidade em que se deu”.

dar-lhes ao esboço o colorido, acrescentar à fria precisão certa graça mais doce, certas formas menos rudes, uma verdade mais natural, que exige a justiça nos juízos relativos aos homens e da qual a lei não tinha necessidade, quando se limitava a prever, a decidir indiretamente e a julgar um homem em abstrato. A lei pune igualmente o mesmo delito... Mas a lei deixa sempre alguma amplitude aos juizes, que de outro modo não seriam já juizes, e a deixa para que diminuam a pena, quando se tratar de punir o erro de um desgraçado. (DI PERET, Lauzé. Trattato dela garanzia individuale (1821), apud FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. São Paulo: RT, 2002, p. 162, grifo nosso).

Ainda nesse compasso, em consonância com o Ministro Luiz Fux, no âmbito da Pet 12.100/DF, a dosagem da pena não pode ser conduzida às cegas, pois, assim, é passível de substanciar reprimendas exacerbadas, que transbordam os limites da proporcionalidade – que também se manifesta pela proibição do excesso (*übermassverbot*)²⁷. Outrossim, a aplicação da pena não pode ser orientada em dissonância com a compreensão do contexto em que está inserido o Direito Penal.

²⁷ Na oportunidade, o Ministro revelou que pediria vista de um caso, no qual a pena, a seu ver, foi dosada de forma excessiva; e, assim o faria, para se debruçar sobre os detalhes contextuais que levaram à agente a infringir a lei penal. Em suas palavras, “Em determinadas ocasiões, me deparo com uma pena exacerbada. Foi por essa razão, Ministro Alexandre, dando uma satisfação a Vossa Excelência, que eu pedi vista do caso, desse caso em que eu quero analisar o contexto em que essa senhora se encontrava” (Voto do Ministro Luiz Fux na Pet 12.100/DF).

Este, por sua vez, vive momentos críticos, a exemplo de um sistema carcerário falho e inflacionado, como já identificado pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 347. Na oportunidade, reconheceu-se o estado de coisas inconstitucional, decorrente da constatação de violação sistemática e generalizada de direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade, por um conjunto concatenado de ações e omissões atribuíveis aos Poderes Públicos, evidenciando um padrão de inércia institucional diante do agravamento crônico da superlotação carcerária e das condições notoriamente degradantes e desumanas que marcam a realidade prisional no país. Nas palavras do então relator Ministro Marco Aurélio,

Segundo relatórios do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, os presídios não possuem instalações adequadas à existência humana. Estruturas hidráulicas, sanitárias e elétricas precárias e celas imundas, sem iluminação e ventilação representam perigo constante e risco à saúde, ante a exposição a agentes causadores de infecções diversas. As áreas de banho e sol dividem o espaço com esgotos abertos, nos quais escorrem urina e fezes. Os presos não têm acesso a água, para banho e hidratação, ou a alimentação de mínima qualidade, que, muitas vezes, chega a eles azeda ou estragada. Em alguns casos, comem com as mãos ou em sacos plásticos. Também não recebem material de higiene básica, como papel higiênico, escova de dentes ou, para as mulheres, absorvente íntimo.

Proceder a um juízo hermeticamente alheio às particularidades contextuais de âmbito da própria justiça penal firma a pretensão ilusória de que o condenado a uma pena privativa de liberdade alta será encaminhado a um lugar adequado aos ditames do Estado Democrático de Direito. Aliás, somente a partir do olhar contextualizado afastar-se-á, efetivamente, do imaginário de um réu artificial, descolado das complexidades do viver²⁸.

Por outro lado, não se impõe o pragmatismo como uma linha de pensamento voltada exclusivamente à heurística favorável aos criminosos.

Isto porque não se pode olvidar do princípio constitucional explícito da segurança, previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição da República, aqui entendido como “segurança pública” e não “segurança jurídica” (SANTOS, 2010, p. 22).

Daí decorre a afirmação de que a segurança estabelecida no Texto Magno “(...) é o direito dos cidadãos terem preservada a ordem pública, de não terem atacados seus patrimônios, de não verem violadas suas vidas, enfim, a proteção pública dos seus bens jurídicos penalmente tutelados e, mais do que tudo, de terem assegurada a tranquilidade” (SANTOS, 2010, p. 22).

²⁸ Rechaça-se, assim, um juiz ilhado, pois “sentenciar não é apenas um ato racional, porque envolve, antes de qualquer coisa, a atitude de estimativa do juiz diante da prova” (REALE, 1990, p. 136). Conforme Santos e Roesler (2022, p. 930-931), as máximas de experiência do juiz revestem-se de particular importância, porquanto, em âmbito penal, dão amparo à reconstrução dos fatos. Contudo, esse papel de destaque não isenta o magistrado do dever de motivação, na medida em que, do contrário, a decisão pode ser comprometida por estereótipos pessoais ou preconceitos infundados.

A pena, portanto, deve ser dosada de forma consciente, responsável e comprometida com a proteção da sociedade, garantindo que o sistema de justiça penal não seja mero simulacro de resposta estatal, notadamente em casos de criminalidade organizada. A justiça penal que ignora a realidade concreta e se apega a formalismos excessivos não cumpre seu papel democrático; ao contrário, contribui para a descrença social nas instituições e para o fortalecimento da cultura da violência.

Sob tal prisma, pode-se entender correto o raciocínio fundamentado por um magistrado que estabelece o aumento de pena de 1/3 (contrariando o engessado posicionamento jurisprudencial de 1/6) na dosimetria da pena de um condenado, para uma circunstância judicial ou para uma agravante, pois não é o juiz um robô tampouco um mero repetidor acrítico de decisões anteriores²⁹.

O Código Penal, portanto, não é de todo desconhecedor do fator contextual. Nos moldes do artigo 60, *caput* e §1º, do referido diploma legal, ao dosar a pena de multa, o magistrado deverá considerar, principalmente, as condições econômicas do réu, a fim de que não seja um fardo insustentável tampouco uma imposição inócua³⁰.

²⁹ Como salienta Nucci (2009, p. 85-86), a pena privativa de liberdade não “(...) está ‘falida’ ou é ‘totalmente inútil’, a partir do ponto de que não basta criticar o mal necessário sem que se ofereça, em substituição, sistema confiável para punir quem pratica delitos violentos e gravíssimos, alarmantes à opinião pública e capazes de gerar, com rapidez incontrolável, o descrédito do ordenamento jurídico, gerando o malfadado sentimento de impunidade, provocador de reações das mais indesejáveis como ocorre com os ataques populares a pessoas acusadas da prática de uma infração penal (linchamentos, execuções sumárias etc.)”.

³⁰ CP - Art. 60. Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu. § 1º A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz

Nesse escopo, o juiz pragmatista deve se indagar se elevar drasticamente a sanção tão somente em virtude da gravidade e da necessidade – assemelhada a uma mera opinião – de combate à criminalidade está em consonância com o momento perturbador que a justiça penal enfrenta. Do contrário, o julgador criminal tornar-se-á um cético, ao “(...) subir em um pedestal e professar que se olhe com arrogante desprezo para um mundo em ruínas” (HOLMES, 2015, p. 441).

Por outro lado, também não se pode olvidar que o direito serve para proteger a todos e a vivência num país de violência extremada, com índices pavorosos de criminalidade, faz de todos, especialmente os mais pobres e vulneráveis, vítimas preferenciais daqueles que fazem da criminalidade, infelizmente, seu meio de vida. Por isso, “se a segurança é um direito previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição, significa dizer que a segurança é um direito fundamental do indivíduo, ou, em outras palavras, a segurança faz parte do rol dos direitos humanos” (SANTOS, 2010, p. 23), razão pela qual o pragmatismo pode funcionar, de igual modo, em prol do rigor, contra os integrantes da criminalidade organizada (mas não exclusivamente), por exemplo³¹.

considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo.

³¹ Em oposição a um Direito com feição demasiadamente abstrata e circunscrito à esfera do ideal, Nucci assevera que “Legisla-se, no Brasil, dentro da ótica intelectual, filosófica e abstrata, nem sempre afeita à prática, por vezes importando fórmulas que dão certo em países muito mais avançados econômica e socialmente que o nosso, provocando seguidos insucessos na aplicação da lei penal e de execução penal (vide o evidente exemplo da completa ausência de Casa do Albergado na maioria das cidades brasileiras; aliás, não há uma única na maior cidade do Brasil, São Paulo, que concentra o maior número de condenados)” (2009, p. 331).

Assim, o contexto não é apreendido exclusivamente pelo Direito; este, na verdade, é uma das testemunhas dos fatos que circundam a sociedade. Sob essa orientação, refutando um sistema autorreferente, o pragmatismo abre-se para diversas áreas do conhecimento, pois “O conhecimento especializado, de natureza científica, tem o condão de tornar previsíveis os efeitos da ação, possibilitando o seu melhor dimensionamento” (CAMARGO, 2009, p. 368).

A redução excessiva do Direito Penal compromete a apreensão de sua inserção no contexto social mais amplo, obscurecendo os fatores que o influenciam externamente e sua capacidade de resposta à coletividade. Inexistindo uma relação construtiva, instala-se a *esquizofrenização* do saber jurídico penal (ZAFFARONI et al., 2011, p. 273): um Direito Penal não apenas dissociado do discurso que o deveria fundamentar, mas também ancorado em uma retórica igualmente alheia à concretude.

A aplicação da pena, por demandar um olhar atento às particularidades do mundo real e da pessoa a ser julgada, não pode permanecer em um ambiente privado de ares de conhecimentos outros. A fixação do valor do dia-multa, por exemplo, pressupõe a análise concreta da situação econômica do réu, o que exige conhecimento sobre estrutura socioeconômica e desigualdade. A decisão judicial, nesse ponto, não pode ser tomada com base em suposições genéricas ou estereótipos: requer um olhar interdisciplinar que dialogue com a economia, a sociologia e a antropologia.

Da mesma forma, a escolha do regime inicial (art. 33, §2º, CP) não pode ser operada de forma deliberadamente cega. Envolve juízos sobre a criminologia e a política criminal, a qual precisa os efeitos das decisões

judiciais e das legislações e aponta o sentido político geral que os atores institucionais tomam (ZAFFARONI et. al, 20221, p. 275)³².

4.3. Instrumentalismo e consequencialismo: a aplicação da pena sob um viés responsivo e orientada por resultados

O pragmatismo, ao contrariar uma visão meramente estática e com valor em si mesmo dos conceitos, se importa com o cumprimento de finalidades práticas, por intermédio de um viés responsivo³³. Ou seja, a partir de um olhar prospectivo, o juiz investigará a decisão mais adequada, de acordo com finalidades postas no próprio ordenamento jurídico. Nas palavras de Dewey (2008, p. 129-130),

O instrumentalismo, entretanto, prescreve uma função positiva ao pensamento, aquela de reconstituir o presente estágio das coisas, ao invés de meramente conhecê-lo. Como uma consequência, não pode haver degraus intrínsecos, ou uma hierarquia de formas de juízos. Cada tipo tem seu próprio fim, e sua

³² Brandão (2025, p. 17) destaca que, à luz do funcionalismo elaborado por Claus Roxin, “(...) a teoria do Direito Penal, em especial a Teoria do Crime é um método segundo o qual as instituições jurídicas devem ser guiadas por valores e finalidades. Será a Política Criminal do Estado Social e Democrático de Direito que fornecerá esses valores e finalidades, que servirão, segundo o autor, para aproximar a dogmática penal de um padrão de equidade nos casos concretos.”

³³ No campo jurídico, o instrumentalismo pode ser compreendido como o “viés político do Direito”, na medida em que revela o caráter funcional da atividade jurídica, superando a dimensão estritamente adjudicatória do conflito *inter partes*. Em vez de se limitar ao âmbito individualista, o Direito assume uma feição construtiva, intervindo na configuração das relações sociais e na organização da vida coletiva (CAMARGO, 2009, p. 368).

validade é inteiramente determinada por sua eficácia na busca de seu fim. (...) O instrumentalismo, em oposição a muitas tendências contrárias no ambiente americano, que a ação deve ser inteligente e refletida, e que o pensamento deve ocupar uma posição central na vida.

Na contemporaneidade, a aplicação da pena deve ser manejada para alcançar finalidades legítimas, afastando-se de uma concepção meramente retributiva que a transforme em um fim em si mesmo. Não se admite, nesse cenário, a instrumentalização do condenado como *bode expiatório*, tampouco a punição como simples mecanismo de reafirmação simbólica da vigência e legitimidade da norma penal³⁴.

Em contraponto, não se pode enxergar naquele que faz da prática do crime seu meio de vida, uma mera vítima da sociedade nem tampouco ignorar o mal que provoca em seu entorno social, agindo com extrema benevolência ao nos depararmos com um malfeito criminalizado.

Ao eleger a sanção cabível, fixar a sua quantidade, estabelecer o regime inicial de cumprimento e aferir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade, incumbe ao magistrado pautar-se por uma

³⁴ O manejo da pena como simples instrumento de reafirmação da vigência da norma jurídica configura, em verdade, uma conformação com a teoria da prevenção geral positiva fundamentadora, delineada por Jakobs, no âmago do funcionalismo sistêmico. Nesse sentido, Duek Marques (2016, p. 177) tece críticas a essa corrente, ao observar que ela gera a ampliação da resposta penal como reação automática a problemas sociais, em detrimento do modelo de Direito Penal mínimo. A adoção dessa finalidade contribui para o inflacionamento do sistema penal simbólico, sustentado por formulações dissociadas da realidade. As justificativas desprovidas de lastro empírico apenas reiteram uma aparência de legitimidade da sanção penal, como se esta fosse imposta em um vácuo social.

análise concreta da instrumentalização do Direito Penal no caso levado à análise, evitando-se decisões ancoradas em juízos abstratos, genéricos ou meramente livrescos³⁵.

Não se satisfaz, assim, a exigência de atendimento dos critérios da necessidade e da suficiência por meio de justificativas frágeis ou retóricas simuladas de fundamentação; é imprescindível que o juízo sentencial revele, efetivamente, a correlação entre a imposição de determinada sanção e o atendimento, naquele caso concreto, dos reais objetivos da punição.

Argumentar que será imposta uma pena alta e/ou o regime fechado tão apenas porque o Direito Penal deve à sociedade uma resposta firme e rigorosa, em nome do império da lei e dos anseios de ver o infrator castigado e afastado do meio social, garantindo, com isso, uma pretensa garantia de ordem pública, configura uma racionalidade formalista. Por essa ótica, o poder punitivo estaria sendo utilizado apenas para satisfazer seus próprios objetivos de consolidação e reprodução, sem qualquer valoração externa, fundada nos ditames constitucionais e, em especial, no olhar atento aos fatos e ao ser real sobre o qual se mostra presente.

Mais uma vez, em contraponto, a benevolência excessiva àqueles que transgridem gravemente o sistema jurídico, corresponde a ignorar a necessidade prática de dar respaldo aos agentes públicos do sistema de segurança, o que equivale a dizer, dar segurança à sociedade cumpridora de seus deveres cidadãos.

³⁵ Não se objetiva, neste artigo, apresentar, de forma exaustiva, as principais teorias acerca dos fins da pena, tendo em vista que muitas delas se mostram demasiadamente abstratas e pouco elucidativas no que concerne à sua aplicação prática no contexto contemporâneo. O foco recai, portanto, sobre a análise crítica do funcionamento do Direito Penal no caso concreto, especialmente na etapa de aplicação da pena.

Em sentido contrário ao automatismo, ao assumir uma postura responsiva, o julgador se vê compelido a deslocar o centro da decisão penal das abstrações para os dados da experiência. Exige-se que o juiz se disponha a enxergar que a aplicação da pena não é uma fase estagnada, mas, sobretudo, de suma relevância para assegurar a efetividade da resposta estatal.

A par disso, o consequencialismo guarda profunda conexão com sua vertente instrumentalista. Por essa orientação, o magistrado pragmático guia-se em conformidade com um método de base realista, cujo “objeto em jogo, portanto, é definido por meio da soma de seus possíveis comportamentos práticos” (POGREBINSCHI, 2005, p. 41). Isto é, conhecer não é apreender essências imutáveis ou estruturas lógicas autossuficientes, mas antecipar os possíveis efeitos práticos de determinadas proposições ou decisões³⁶.

O Direito Penal tradicional prima pela objetividade do encaixe entre fato e norma, sem se atentar aos efeitos que serão gerados na sociedade e na vida do réu. A automatização, contudo, implica o afastamento da pena dosada do mundo concreto, tornando a efetividade uma mera pretensão fora de alcance e obstando identificação da solução que,

³⁶ Não se trata, contudo, de legitimar o descumprimento reiterado da jurisprudência por mero capricho do julgador – o que se traduz em tirania, e não em pragmatismo. Na realidade, quando o magistrado entender, por meio de uma análise criteriosa do caso, que os moldes do posicionamento judicial firmado se mostrarem injustos, deve procurar uma modificação, a fim de evitar efeitos nefastos. Noutros dizeres, “Todo caso novo é uma experiência; e se a regra aceita que parece ser aplicável rende um resultado que se percebe ser injusto, a regra é reconsiderada. Ela pode não ser modificada de imediato, pois a tentativa de fazer justiça em todo caso individual tornaria impossível o desenvolvimento e a manutenção de regras gerais; mas, se uma regra continua a fazer injustiça, em dado momento será reformulada” (CARDOZO, 2015, p. 525).

diante de um conjunto de alternativas possíveis, produza os resultados mais adequados e socialmente responsáveis.

Retomando a discussão no âmbito do REsp 1.869.764/MS, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Rogério Schietti Cruz realçou que afastar a incidência de uma atenuante na segunda fase da aplicação da pena tão somente em função da Súmula 231 do STJ resultaria não apenas em injustiças, mas também no envio desnecessário de vários réus a prisões, que estão em situação degradante. Em virtude disso, seguir à risca uma regra, em detrimento de uma pena mais baixa e adequada, contribuiria para o aumento da superpopulação carcerária e no “(...) ‘incremento de pena — com a não-atenuação — de, na média, aproximadamente 203 dias (quase 7 meses) de uma sanção que, na realidade, deveria ser amenizada de forma cogente pela existência de benefício penal reconhecido em sentença” (fl. 524 do apenso)”³⁷.

Todavia, tal entendimento foi vencido, como se verifica no voto-vista do Ministro Messod Azulay Neto:

(...) a fixação de parâmetro mínimo e máximo para a pena de determinado tipo penal é uma questão de mérito legislativo, construído de forma democrática e via processo próprio.

³⁷ Conforme abordado no tópico anterior, a interdisciplinaridade deve orientar o direito penal em sua totalidade, o que está de acordo, inclusive, com a busca das soluções mais adequadas e com a pretensão de se evitar respostas sem repercussão prática. E, em se tratando de política criminal, esta guarda profunda relação com a identificação das consequências, uma vez que “É função da ciência política precisar os efeitos das decisões legislativas e judiciais e, por conseguinte, notificar ao dogmático, ao parlamentar e ao juiz as consequências reais daquilo que o primeiro propõe e os demais decidem, assim como informar-lhe acerca do sentido político geral do quadro de poder em que tomam suas decisões (...)” (ZAFFARONI et. al, 2011, p. 275).

Permitir que a atenuante induza pena abaixo do mínimo cominado poderia revelar usurpação, ou ao menos descumprimento, da atividade legislativa. Isso porque, repito, o legislador, na tipificação penal, prevê a conduta típica e as causas de aumento e diminuição. Não leva em conta, contudo, para a fixação da pena mínima, as atenuantes e agravantes. (...) A interpretação no sentido da viabilidade de desbordamento do parâmetro mínimo denotaria a possibilidade de proteção insuficiente dos bens penalmente tutelados. Isso porque, a pretexto de garantir um direito ou impedir um excesso, o entendimento poderia resultar, por via transversa, uma insuficiência da resposta estatal para tutela de bens jurídicos.

Ademais, a análise do entorno social possibilita esse duplo viés não empedernido, antes flexibilizado, aliás, de se realizar a individualização da pena a partir de elementos concretos e reais, numa sociedade complexa e que permite a releitura de seu tecido social, político e criminal sob distintas matizes.

Se, por um lado, conforme já assentado pelo Supremo Tribunal Federal, a punição mais acirrada não proporcionaria a reinserção do apenado à sociedade; aliás, promoveria mais violência e o aumento da criminalidade:

A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública está nas altas taxas de reincidência. E o que é pior: o reincidente passa a cometer crimes ainda mais graves.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, essa taxa fica em torno de 70% e alcança, na maioria, presos provisórios que passaram, ante o contato com outros mais perigosos, a integrar alguma das facções criminosas.

Por outro lado, segundo decisão proferida pela Corte Excelsa, no bojo da ADI 5567/DF, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, a repressão penal firme revela-se necessária para o combate efetivo ao crime organizado, que atua de modo sistemático e devastador sobre a sociedade brasileira:

A criminalidade organizada é, hoje, um dos maiores problemas do mundo moderno. Apesar de não se tratar de fenômeno recente, o crescimento das organizações criminosas representa uma grave ameaça à sociedade, especialmente pelo grau de lesividade dos crimes por ela praticados e pela influência negativa que exercem dentro do próprio Estado. Dentro desse contexto de criminalidade organizada, a implementação de instrumentos processuais penais modernos, com mecanismos de ação controlada, punições mais severas e isolamento de lideranças criminosas são medidas necessárias para que o Estado equilibre forças com as referidas organizações criminosas, sob pena de tornar inócua grande parte das investigações criminais, principalmente no que tange à obtenção de provas.

Nessa senda, o magistrado, alinhado aos direitos fundamentais e aos valores do Estado Democrático de Direito, deve ter em mente que a aplicação da pena pelas vias simplistas, formalistas, fundadas em juízos abstratos e conceitos sem eco na experiência, tem o condão de gerar gravames e efeitos reversos (seja com rigor excessivo, seja com benevolência acentuada). A adoção de uma técnica retrospectiva fechada em si mesma olvida que as penas têm efeito prospectivo e com ele deve estar de acordo, sob o risco de uma efetividade ilusória e de uma justiça penal anacrônica, alheia aos contornos sociais dos quais não apenas faz parte, mas que também, com frequência, influencia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Oponente à universalização do conhecimento por meio de conceitos abstratos e irrefutáveis, construídos por um ente descontextualizado, o pragmatismo propõe uma reconceptualização da construção do conhecimento e da aplicação do Direito, por intermédio de uma visão dinâmica e concreta. E, imerso nesse cenário, o juiz pragmatista não trabalha dissociado do mundo vivente, enclausurado em um ambiente onde a criatividade e a opinião não são oxigenadas.

Na seara penal, o pragmatismo revela-se promissor no âmbito da aplicação da pena, porquanto não consiste em um modelo estritamente subsuntivo, operado por fórmulas certas e fechadas, tal qual na matemática. Aliás, demanda uma análise aprofundada dos fatos, do contexto e da pessoa do acusado, sob risco de uma aplicação mecanicista e sem lastro na concretude.

O viés antifundacionalista refuta a existência de uma pena verdadeira, única, uma vez que, diante da multiplicidade de situações e da evolução dos conceitos, estes não são aprioristicamente dados, mas apreendidos na experiência, no julgar.

Por essa orientação, o magistrado não se cega deliberadamente perante as particularidades do caso levado à sua análise; na verdade, deve considerar não apenas o contexto em que cometida a infração penal e inserido o réu, mas igualmente aquele que envolve o Direito Penal, a fim de não dosar uma sanção descolada do que se vê e se vive. Exige-se, assim, a relação com outros saberes (interdisciplinaridade), a fim de que se atinja uma visão, de fato, ampla com base na política criminal e na criminologia, notadamente.

É precisamente devido a essa abordagem empírica que se demanda uma aplicação da pena responsiva e preocupada com os resultados que produzirá, em busca da efetividade, não de uma simples pretensão fantasiosa, distante do mundo em que ocorreu a infração penal e em que o condenado cumprirá a pena.

Entretanto, neste artigo não se endossa a legitimação de idiosincrasias jurídicas, de ânsias punitivas que contornem a legalidade rumo a um sistema tirânico. Também não se advoga pela incidência de juízos de valores abstratos para abrandar a todo custo as sanções penais em nome da política criminal ou de outros fundamentos genéricos. Pelo contrário. Reconhece-se a necessidade de conter os ânimos infundados que, vez ou outra, invadem o Direito Penal. O que se propõe é, a partir da individualização da pena, a adoção de uma perspectiva comprometida com a efetividade prática, em oposição a discursos meramente retóricos e desvinculados da realidade, que tendem a romper com uma resposta estatal adequada.

Portanto, o pragmatismo não serve a justificar uma aplicação da pena arbitrária nem outra excessivamente leniente. Na verdade, garante uma base segura para que a sanção penal não seja uma simples reprodução do texto legal, e sim um procedimento que, ao se aprofundar no exame fático e contextual, de viés empírico, não se

olvida da função prospectiva do Direito, sob o risco de a pena converter-se em um discurso vazio e ineficaz.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Pet nº 12.100/DF*. Requerente: Delegado de Polícia Federal. Requerido: Almir Garnier Santos e outros. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 27 de março de 2025.

_____. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *RHC 101.576/SP*. Recorrente: Ioannis Panagiotis Bethanis. Recorrido: Ministério Público Federal. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, 26 de junho de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *ADI 5567/DF*. Requerente: Partido Social Liberal. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 21 de novembro de 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. *REsp nº 1.869.764/MS*. Recorrente: Luan Junior de Souza Costa. Recorrido: Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, 14 de agosto de 2024.

BRANDÃO, Cláudio. Bases para uma compreensão da epistemologia da política criminal. *Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares Sobre o Delito*, Belo Horizonte, v. 10, n. 18, 2025.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Tomo 3: Pena e medida de segurança. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. O pragmatismo no Supremo Tribunal Federal Brasileiro. In: BINENBOJM, Gustavo; NETO, Claudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Aplicação da pena e o problema da discricionariedade judicial: breve estudo comparativo entre a dosimetria penal brasileira e o modelo de sentencing guidelines norte-americano e inglês*. Salvador: JusPodivm, 2021.

CARDOZO, Benjamin Nathan. A natureza do processo judicial. In: MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito*. 2. ed. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

DEWEY, John. O desenvolvimento do pragmatismo americano. Trad. Cassiano Terra Rodrigues. *Cognitio-Estudos - Revista Eletrônica de Filosofia*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 119-132, jul/dez 2008.

DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. *Fundamentos da pena*. 3. ed. São Pulo: WMF Martins Fontes, 2016.

FRANCA LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino. Pragmatismo jurídico aproximando Thêmis e Eros: o sentimento do Supremo Tribunal Federal na ADPF 54/DF. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 11, n. 5, p. 216–238, 2015.

GABRIEL, Anderson de Paiva. O Pragmatismo como Paradigma Jurisdicional Contemporâneo. In: FUX, Luiz; FUX, Rodrigo; PEPE, Rafael Gaia (Coord.). *Temas de análise econômica do direito processual*. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2019.

HAACK, Susan. O universo pluralista do direito: em direção a um pragmatismo jurídico neo-clássico. Trad. Rachel Herdy. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 33, p. 161-198, jul/dez 2008.

HOLMES JR., Oliver Wendell. O caminho do direito. In: MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito*. 2. ed. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

JAMES, William. *O Pragmatismo*: um nome novo para formas antigas de pensar. Trad. Fernando Silva Martinho. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1997.

LEGE, Joachim. Pragmatismo y Ciencia del Derecho. Trad. Héctor Fix Fierro. *Boletim Mexicano de Derecho Comparado*. Universidad Autónoma de México. Vol. 25, nº 73, p. 63-78, ene/abr 1992.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MENDES JÚNIOR, Cláudio. *Sentença penal e dosimetria da pena: teoria e prática*. Curitiba: Juruá, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PEIRCE, Charles Sanders. *Semiótica*. Trad. José Teixeira Coelho Neto. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 2010. (Coleção Estudos v. 46).

_____. A fixação das crenças. In: MOTA, Octanny Silveira da; HEGENBERG, Leonidas (Org.). *Semiótica e filosofia: textos escolhidos de Charles Sanders Peirce*. Introdução, seleção e tradução dos organizadores. São Paulo: Cultrix, 1972.

POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

POSNER, Richard. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

POUND, Roscoe. Mechanical Jurisprudence. *Columbia Law Review*, vol. 8, n. 8, pp. 605-623, dec 1908.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

REGO, George Browne. O pragmatismo como alternativa à legalidade positivista: o método jurídico-pragmático de Benjamin Nathan Cardozo. *Revista Duc In Altum – Caderno de Direito*, vol. 1, nº 1, jan/dez 2009.

SANTOS, Christiano Jorge. *Prescrição penal e imprescritibilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus Jurídico, 2010.

SANTOS, Christiano Jorge; ZONTA, Fernando de Oliveira. Pragmatismo como suporte filosófico à justiça penal negociada. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 317, p. 33 - 55, jul. 2021.

SANTOS, Paulo Alves; ROESLER, Claudia Rosane. Argumentos e fatos no Supremo Tribunal Federal: exame de acórdãos penais condenatórios. *Revista Direito e Práxis*, vol. 13, n. 2, p. 916 - 949, jun. 2022.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.