



**PRAGMATISMO *versus* GARANTISMO: A LÓGICA INTERPRETATIVA  
JURÍDICO PENAL BRASILEIRA**

**PRAGMATISM *versus* GUARANTEE: THE BRAZILIAN PENAL LEGAL  
INTERPRETATIVE LOGIC**

*Ana Carolina Santana<sup>1</sup>*

*Carlos Alberto Menezes<sup>2</sup>*

**RESUMO:** Este artigo se propõe a analisar o pragmatismo jurídico proposto por Richard Posner e sua inaplicabilidade ao sistema jurídico brasileiro, no âmbito penal. Demonstraremos que a base de discricionariedade na qual se funda o pragmatismo possui limitações constitucionais impostas pelo nosso Ordenamento Jurídico. De modo que, a análise do resultado eficiente da decisão é incompatível com o sistema de garantias penais e processuais penais. Defenderemos, neste trabalho, que a legitimidade da decisão judicial se dá na medida em que ela observa os direitos fundamentais e não no modo como se apresenta à realidade social, em nível de eficiência prática. Utilizaremos a epistemologia garantista para demonstrar que a Constituição Federal não autoriza que o julgador brasileiro se utilize do pragmatismo para proferir decisões na seara penal.

**Palavras-chave:** pragmatismo; cognitivismo; decisionismo; discricionariedade.

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

<sup>2</sup> Doutor em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2008); Professor Adjunto III da Universidade Federal de Sergipe; Advogado

*Artigo submetido em 01/08/19 e aprovado em 21/10/19*

**ABSTRACT:** This article proposes to analyze the legal pragmatism proposed by Richard Posner and his inapplicability to the Brazilian legal system, in the criminal sphere. We will demonstrate that the basis of discretion on which pragmatism is based has constitutional limitations imposed by our Legal Order. Thus, the analysis of the efficient outcome of the decision is incompatible with the system of criminal and criminal procedural safeguards. We will defend, in this work, that the legitimacy of the judicial decision occurs in the measure in which it observes the fundamental rights and not in the way in which it presents itself to the social reality, in level of practical efficiency. We will use Guarantor epistemology to demonstrate that the Federal Constitution does not authorize the Brazilian judge to use pragmatism to make decisions in criminal court.

**Keywords:** pragmatism; cognitivism; decisionism; discretion.

## INTRODUÇÃO

“Os artistas criam obras de arte que transformam a percepção. Os juízes tomam decisões que transformam as práticas sociais ou comerciais. Os artistas imprimem sua visão estética à sociedade, e os juízes, sua visão política” (POSNER, 2009, p. 129).

A ausência de interdisciplinaridade da ciência jurídica, muito questionada pelos penalistas, tem sido suprida aos poucos, um dos maiores exemplos é a sociologia e a criminologia. A economia também passa a ter um lugar na teoria do direito através das obras de Richard Posner, em especial a sua Teoria Econômica do Direito.

Posner propõe uma abordagem pragmática do Direito, defende que a aplicação do direito deve ter resultado eficiente, alcançado quando aquele se torna empírico, ou seja, sintonizado com a real situação das pessoas e suas necessidades. Desse modo, o citado autor acredita que as decisões judiciais estariam mais legitimadas diante do resultado prático produzido.

Importante ressaltar que o modelo de pragmatismo desenvolvido por Posner é aplicado nos Estados Unidos da América, onde o sistema jurídico baseia-se na *commow law*, enquanto no Brasil o modelo é o da *civil law*.

Apesar da diferenciação quanto ao sistema adotado, atualmente percebemos que há um movimento pragmático, ainda que implícito, na tomada de decisão pelo Poder Judiciário Brasileiro. Isso se dá através da interpretação de termos legais vagos e imprecisos, que possibilitam a maior discricionariedade judicial. Não raras vezes, essa discricionariedade se transforma em fonte inesgotável de arbítrio judicial, que denominaremos aqui de decisionismo.

Defende-se, neste trabalho, a impossibilidade de aplicação do pragmatismo e da análise econômica do direito na seara penal. Primeiro porque a sistemática econômica da Constituição Federal não possibilita que o aspecto econômico se sobreponha ao aspecto jurídico na tomada de decisão. Além disso, a produção do pronunciamento judicial penal se legitima diante de sua observância aos direitos fundamentais e não diante da eficiência do resultado para a população.

Como forma de limitar a aplicação, ainda que implícita, do pragmatismo pelos julgadores brasileiros, analisa-se a necessidade de respeito à principiologia jurídico-penal que deve ser interpretada numa perspectiva constitucional e não política, econômica, ética ou moral, como tem sido feito.

Para isso, adotaremos, neste trabalho, a epistemologia garantista desenvolvida por Luigi Ferrajoli, que prevê critérios pragmáticos de aceitação da decisão judicial, que se diferenciam dos critérios de eficiência e interesse prático defendidos por Posner.

## **1. O PRAGMATISMO**

A comparação feita por Richard Posner acerca da atividade do artista e da função de julgar, citada na introdução deste trabalho, deixa claro a ideia do autor quanto à necessidade do direito possuir sintonia com a realidade factual, a ponto, inclusive, de transformá-la.

Amparado nesse realismo, o citado autor defende a aplicação do pragmatismo, propondo a construção de um direito mais empírico, mais sintonizado com as necessidades reais das pessoas (POSNER, 2009).

Sabemos que o pragmatismo jurídico foi difundido e aplicado no direito norte americano, que possui como base o modelo da *commow law*. O direito brasileiro, por sua vez, se utiliza do modelo derivado da Europa continental, o da *civil law*. Entretanto, Posner defende que a perspectiva pragmatista fundamentada na análise econômica do direito é aplicável ao modelo brasileiro.

Segundo o citado autor, apesar da Constituição Federal e dos textos infraconstitucionais possuírem autoridade sobre os juízes, não se pode negar que estas normas deixam margem de discricionariedade judicial, a qual pode ser disciplinada por um compromisso com a abordagem econômica (POSNER, 2010).

O pragmatismo norte americano quando adotado na teoria da decisão judicial implica o respeito aos precedentes (*stare decisis*) e na atitude ativista do julgador como forma de prestigiar o progresso, criando o próprio direito (POSNER, 2009).

Percebemos, assim, uma considerável diferença quando comparada sua aplicação ao modelo brasileiro. Inicialmente não há vinculação do julgador aos precedentes (ao menos em matéria penal) exceto no caso de aplicação das súmulas vinculantes, editadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, a atividade de interpretação é uma atividade criativa e a decisão judicial é a criação do direito do caso concreto. Entretanto, aquele não pode ser criado em contradição com as normas positivadas.

Dessa forma, entendemos que o pragmatismo não nega a objetividade, uma vez que se utiliza de critérios, dentre eles o respeito aos precedentes, na sua aplicação. Porém, nega que o direito “possa ser objetivo quando não houver mais consenso acerca de suas premissas” (POSNER, 2009, p. 21).

Consequentemente, uma questão que se torna de fundamental importância é saber o que levaria um juiz a condenar ou a absolver alguém em um processo criminal, a utilizar uma determinada interpretação em detrimento de outra, a adotar determinada postura.

Enfim, considerando o modelo brasileiro, é imprescindível delimitar os critérios adotados pelo julgador na produção dos pronunciamentos judiciais penais. E, diferentemente da lógica pragmatista adotada por Posner, esses critérios devem ser jurídicos e, de algum modo, limitados.

## 2. A DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Ainda que a ideia de Estado Democrático nos pareça racional e, consequentemente, moderna, na medida em que afasta o Estado Absoluto primando pela razão, é preciso tecer algumas observações acerca das concepções de democracia, a majoritária e a constitucional.

A democracia majoritária parte do pressuposto de que o consenso da maioria legítima qualquer desvio, ou até mesmo abuso, consiste, assim, na onipotência da maioria, a bem da soberania popular (FERRAJOLI, 2010).

Dessa forma, essa concepção de democracia se apresenta como violadora do sistema de limites, de pesos e contrapesos, que, segundo Ferrajoli (2010), formam a substância daquilo que constitui o que chamamos de democracia constitucional.

A ideologia da maioria constitui uma ideia antiga na história do pensamento político, ou seja, é a ideia de governo dos homens contraposta a de governo das leis criada por Platão e Aristóteles (FERRAJOLI, 2010).

Atualmente, essa concepção de democracia, como onipotência da maioria é abertamente inconstitucional. Isso porque, a Constituição, como é hoje concebida, representa um sistema de limites e de vínculos a todo poder. Caso contrário, ela se torna um instrumento legitimador da concepção absolutista.

Segundo Ferrajoli (2010), a essência do constitucionalismo e do garantismo, ou seja, daquilo que chamamos de democracia constitucional, reside precisamente no conjunto de limites impostos pelas constituições a todo poder, que postula em consequência uma concepção da democracia como sistema frágil e complexo de separação e equilíbrio entre poderes, de limites de forma e substância a seu exercício, de garantias dos direitos fundamentais, de técnicas de controle e de reparação de suas violações.

O quinquênio de 1945 – 1949, período posterior à derrota do nazismo e do fascismo, foi crucial para o nascimento do novo paradigma da democracia, denominando de democracia constitucional (FERRAJOLI, 2010).

As circunstâncias culturais e políticas nas quais nasce o constitucionalismo atual, na concepção de Ferrajoli (2010), demonstram que o consenso das massas sobre o qual

estavam fundadas as ditaduras fascistas, ainda que seja majoritária, não pode ser a única fonte de legitimação do poder.

“O sistema jurídico interno não pode estar *out* da comunidade internacional” (CANOTILHO, 2003, p. 81). Isso significa que as constituições devem estar vinculadas aos princípios de direito internacional, quais sejam, o da independência, autodeterminação e observância de direitos humanos.

A mudança de paradigma que torna possível o papel das constituições como garantias de divisão dos poderes e dos direitos fundamentais, se produziu com aquela verdadeira invenção do século, consistente no caráter rígido da constituição, ou se preferir, com a garantia de sua rigidez, e em consequência da sujeição de todos os poderes ao direito, inclusive o poder legislativo, no plano do direito interno e também o do direito internacional: sua sujeição precisamente ao imperativo da paz e aos princípios da justiça positiva, além dos direitos fundamentais, estabelecidos tanto nas constituições dos estados quanto no embrião da constituição mundial constituído pela carta das nações unidas e a declaração universal dos direitos humanos (FERRAJOLI, 2010).

Observa-se, assim, que o novo paradigma da democracia constitucional concebe a constituição como uma convenção democrática, na qual contém o que não pode ser decidido pelos poderes públicos e, de igual forma, o que não pode deixar de ser decidido por aqueles poderes.

### **3. A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL**

No prefácio à edição brasileira, da obra “A Economia do Direito”, Richard Posner (2010, XVI) afirma ser inevitável que os valores comerciais, e dentre eles a eficiência econômica, não influenciem as autoridades e, conseqüentemente, determinem os rumos políticos do país. E, considerando a inevitabilidade da discricionariedade judicial, os julgadores estão entre as citadas autoridades. O citado autor afirma ainda que essa proposição é aplicável ao Brasil pois se trata de uma sociedade comercial.

Algumas ressalvas precisam ser feitas quanto à esta afirmação.

Inicialmente cumpre destacar que a Constituição Brasileira, no seu artigo 170, enuncia que a ordem econômica deve estar fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. Além disso, o artigo 1º do texto constitucional enumera, dentre os

fundamentos da República Federativa do Brasil, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa.

Por sua vez, o art. 3º do texto constitucional traz como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Desta feita, entendemos que a lógica neoliberal norte americana não possui coerência com o sistema adotado pelo legislador constituinte e, considerando esta adoção se trata de norma limitadora do poder estatal, não pode ser reinterpretada pragmaticamente para se harmonizar com as necessidades das pessoas.

A análise que se pretende fazer neste trabalho é tão somente quanto à seara do direito penal. Nesse sentido, a interpretação pragmatista que considera a eficiência no sistema criminal seria aquela que proporciona o maior número de condenações. E isso, apesar de incoerente com nosso Ordenamento Jurídico, tem sido feito.

Observa-se que a principal medida de aplicação do pragmatismo e sua perspectiva econômica no direito penal brasileiro se dá por meio das palavras indeterminadas inseridas na lei penal. Essa situação promove o incontrolável arbítrio judicial na utilização da discricionariedade para aplicar a lei ao caso concreto.

A análise econômica do direito, desenvolvida por Richard Posner, defende a ampla discricionariedade judicial no momento da tomada de decisão, de modo que o produto da interpretação seja eficiente às necessidades reais da população (POSNER, 2010).

Analisando a atual sujeição do direito à economia, ou da aplicação pragmatista através da discricionariedade judicial, Rubens Casara argumenta que estamos num Estado Pós Democrático. Isso porque a justiça neoliberal, que avalia os custos da atividade e, conseqüentemente dos impactos das decisões judiciais para a economia, é mais importante que fazer justiça (CASARA, 2017).

Segundo Posner, a avaliação dos custos e benefícios é inerente à discricionariedade judicial através da “maximização da riqueza”, ou seja, a doutrina empregada para orientar as decisões judiciais (POSNER 2010).

A teoria pragmatista é a rejeição à ideia de que o “direito é fundado em princípios permanentes e realizado através de manipulações lógicas desses princípios; bem como uma determinação de usar o direito como instrumento para fins sociais” (POSNER, 2009, p. 428).

Sendo assim, pode-se afirmar que o pragmatismo jurídico, amparado na análise econômica do direito, não poderia ser aplicado ao ordenamento jurídico brasileiro diante do limite imposto constitucionalmente, através dos direitos fundamentais. Entretanto, tem sido aplicado pelos julgadores brasileiros e este fato provoca o que alguns denominam de crise da democracia e outros de pós democracia.

### 3. ENTRE COGNITIVISMO E DECISIONISMO JUDICIAL

Richard Posner critica a antiguidade da Constituição norte americana e defende sua interpretação pragmática considerando os fatos e o resultado prático do conflito, suas consequências econômicas. Segundo o citado autor “a questão interpretativa é, em última instância, política, econômica ou social e a sociologia tem mais a contribuir com ela que o direito” (POSNER, 2009, p. 222).

No que diz respeito à interpretação da legislação penal, entendemos que não é possível, sob a perspectiva da democracia constitucional, efetivar uma interpretação pragmática, utilizando-se de argumentos políticos, econômicos ou sociais, de modo a prejudicar a situação do acusado, otimizando os resultados práticos daquela decisão.

A tradição da *civil law* enuncia que, primeiramente, é preciso observar a lei, a norma positivada, para só então partir para análise do caso concreto. No sistema penal isso é materializado pelo cognitivismo judicial, considerando nosso sistema acusatório e a sua aplicação conforme os preceitos constitucionais.

Considerando que no âmbito penal a interpretação deve se dar de forma restritiva, observa-se que a problemática da aplicação do pragmatismo reside na interpretação dos termos vagos. Desse modo, não havendo qualquer ampliação das palavras precisas e determinadas, o julgador empreende um exercício interpretativo pragmático quando utiliza termos imprecisos.

O pragmatismo, segundo Posner, não é engessado, não limita o sistema jurídico. Conforme o entendimento do citado autor, permite que os juízes adaptem as leis aos novos ambientes sociais e políticos. “Utilizando-se da sensibilidade instrumental, o julgador deve contextualizar as normas ao novo contexto, à nova realidade fática” (POSNER, 2009, p. 425).



Entretanto, na seara penal, essa contextualização não é possível. Isso porque a unidade do sistema depende da incidência dos princípios garantistas como esquema epistemológico de identificação do desvio penal (FERRAJOLI, 2002). Bem verdade que esse esquema é um modelo ideal, devendo ter o papel de orientador de todo o sistema, desde a definição legislativa do desvio punível à comprovação jurisdicional de determinada conduta como desviante.

A racionalidade e a confiabilidade do juízo dependem diretamente da manutenção da epistemologia garantista no ordenamento jurídico, vedando o surgimento de espaço para concepções ontológicas ou substancialistas do desvio punível, conforme sugere o pragmatismo de Posner.

Quanto a estas últimas, importante recordar a figura do “delinquente natural”, na concepção positiva-antropológica; do “direito penal da vontade” ou do “tipo de autor”, na doutrina nazista; e a doutrina stalinista do “inimigo do povo” (FERRAJOLI, 2002).

Percebe-se que a proposta do autor norte americano é admitir a interpretação da legislação penal como forma de proteger a lógica do mercado, a eficiência materializa-se nas condenações dos indivíduos que estejam à margem dessa lógica. O que se propõe é uma gestão dos indesejáveis a partir da utilização do aparelho repressor estatal.

Ainda que se demonstre a impossibilidade constitucional dessa interpretação no ordenamento jurídico brasileiro, na prática dos tribunais ela já vem sendo adotada. Isso ocorre porque a possibilidade jurídica de admitir-se a invasão do direito pela economia está na ausência de detalhamento da legislação, que não escraviza a atuação do julgador, deixando grande margem de discricionariedade (POSNER, 2010, p. XVI).

Bem verdade que, para Posner e sua concepção econômica do direito, a aplicação da interpretação pragmática não estaria diretamente relacionada a elementos morais, mas sim a aspectos econômicos, sociais e políticos. O fato é que, no Brasil, liberalismo e conservadorismo estão intrinsecamente unidos e, ao menos atualmente, aspecto político confunde-se com moral (STRECK, 2019).

O modelo do pragmatismo, seja através do resultado útil a nível econômico ou moral, representa um modelo substancialista de penal, alicerçado na subjetividade dos termos e conseqüente arbitrariedade do julgador. Diante disso, a criminalização reiterada demonstra que o sistema penal se estrutura para que a legalidade não se opere,

e seu poder seja exercido com arbitrariedade seletiva dirigida, principalmente, aos indesejáveis (ZAFFARONNI, 2017).

Quanto aos indesejáveis, o poder penal se apresenta como um dos mais eficazes instrumentos de controle social dessas pessoas que, aos olhos dos governantes, dos detentores do poder político e do poder econômico, são empecilhos ao projeto capitalista (CASARA, 2017).

Importante ressaltar que a gestão dessas pessoas indesejáveis não se operacionaliza com o afastamento da legalidade estrita, até porque não seria juridicamente possível afastá-la. Ocorre através da utilização de critérios ontológicos na definição de delitos, possibilitando a seletividade empreendida pelo julgador.

Na seara penal, o pragmatismo representa um perigosismo prático, pois é através dessa discriminação na aplicação da lei que o Estado desenvolve a distinção entre pessoas.

A aplicação de uma interpretação que busque a otimização dos resultados da decisão judicial, no âmbito penal, representa o decisionismo tão rechaçado pelos juristas pátrios. Permitir que o julgador empreenda o exercício de verificar a realidade política, social e econômico como forma de antecipar os resultados práticos de sua decisão é retornar ao autoritarismo, pois a decisão não terá parâmetro jurídico de controle.

A norma jurídico-penal deve ser clara e determinada e, havendo qualquer elasticidade interpretativa, a atividade criativa do juiz deve se dar com base nos princípios e não, conforme propõe Richard Posner, analisando o resultado econômico da decisão.

Entretanto, a aplicação dos princípios também não deve ser incontrolada, uma vez que pode ser aplicado o pragmatismo nesse momento. Daí que Ferrajoli propõe critérios de aceitação da decisão judicial, os quais denomina de critérios pragmáticos.

#### **4. OS CRITÉRIOS PRAGMÁTICOS DE ACEITAÇÃO**

Apesar deste trabalho afastar o pragmatismo na forma proposta por Posner, é impossível obter a perfeita neutralidade do julgador na interpretação da lei e aplicação do direito. Entretanto, diante da possibilidade de arbítrios, cometidos através do

decisionismo judicial, e a aplicação do pragmatismo, é necessário desenvolver um meio de controle cognitivo do exercício do poder judicial de disposição.

Quando se diz que a discricionariedade judicial gera o arbítrio, materializado no decisionismo judicial, é justamente porque não há qualquer espécie de controle contudístico, em nenhum deles (STRECK, 2017).

Isso porque, as decisões amparadas em critérios outros, que não sejam jurídicos, não deixam de ser motivadas, ainda que a motivação não se utilize de argumentos cognitivos, o que impossibilita a verificação e refutação, há motivação nos juízos de valor. Na análise aqui empreendida resta evidente que o principal critério defendido por Posner é o econômico.

Ocorre que, “os juízos de valor são suscetíveis de argumentação e de controle conforme critérios pragmáticos de aceitação” (FERRAJOLI, 2002, p. 138). Referidos critérios citados pelo autor são os princípios gerais do ordenamento. Dessa forma, conclui-se que o controle das decisões, quando houver espaços de insegurança na comprovação jurídica e fática, será feito através de princípios políticos expressamente previstos na Constituição e nas leis, ou ainda, extraíveis da doutrina jurídico-penal.

Considerando que nenhum sistema normativo será fechado, é exigência contínua do seu funcionamento, regular e prático, as heterointegrações que deverão ser realizadas no exercício de autonomia e discricionariedade do intérprete (FERRAJOLI, 2002).

Desta feita, a escolha feita no âmbito de inexatidão do signo linguístico, ou seja, do espaço de insegurança da norma, representa uma decisão extrajurídica do juiz, por isso não se pode falar em neutralidade moral, ética ou política deste último.

Para que essas decisões extrajurídicas não incorram em arbítrio judicial, é construído um sistema de critérios de controle, conforme já explanado, consistente na aplicação dos princípios gerais. Entretanto, na prática, esse sistema não possui a capacidade de vinculação. Ainda assim, é importante defendê-lo enquanto modelo ideal de limitação do arbítrio judicial, enunciando que os pronunciamentos judiciais penais que mais o observam são também os mais cognitivistas e menos decisionistas.

Referidos princípios são verificáveis no ordenamento em seus diversos momentos, existem princípios que orientam a decisão quanto à verificação jurídica, quando a linguagem legal não observa a estrita legalidade; outros que orientam a

decisão quanto à verificação fática, quando há incertezas acerca da verdade processual; outros ainda enunciam o exercício do poder equitativo.

Podemos exemplificar com a regra de julgamento do *in dubio pro reo*, construída doutrinariamente como corolário do princípio constitucional da presunção de inocência. Nesse sentido, havendo espaços de incerteza quanto ao cometimento do delito ou quanto à sua autoria, após a fase de verificação e refutação fática, ou seja, após a instrução probatória, cabe ao julgador aplicar o *in dubio pro reo*.

É necessário observar que essa aplicação independe de um juízo de valor do julgador. De modo que não é aplicável, nesse momento, a análise pessoal do juiz acerca da concordância ou discordância com o citado princípio. Cabe apenas aplicá-lo, por se tratar de regra de julgamento para os casos de dúvida.

No entanto, a não vinculação dessas regras de julgamento advindas da principiologia jurídico-penal, possibilita a construção, equivocada, de um entendimento jurisprudencial no qual a dúvida milita em desfavor do acusado, a exemplo do que ocorre na primeira fase do procedimento do Tribunal do Júri. A jurisprudência, divorciada dos princípios gerais e violando a previsão legal do artigo 414 do Código de Processo Penal, construiu entendimento para admitir que, na dúvida, o acusado será pronunciado, o conhecido “*in dubio pro societate*”.

Sem dúvida, a reinterpretação do princípio geral do direito e a violação sistemática do dispositivo legal no caso exemplificado é pragmática. O julgador considera a gravidade do delito contra a vida, a repercussão na sociedade, analisa ainda o custo benefício da impronúncia do acusado e chega à conclusão que a realidade fática, conforme proposta por Posner, deve prevalecer em detrimento das garantias penais constitucionais, nesse caso do *in dubio pro societate*, corolário da presunção de inocência.

São nessas construções, ausentes de espírito constitucional e amparadas tão somente em argumentos ético, político, moral e econômico, que reside o decisionismo judicial e, conseqüentemente, o perigosismo para a segurança e harmonia do ordenamento jurídico. No caso analisado, não há o afastamento apenas do princípio constitucional, mas também da regra jurídica contida na legislação que regulamenta o procedimento.

Desse modo, apesar desses princípios gerais não possuírem forma vinculativa, não custa lembrar que a sua riqueza no ordenamento “está determinada não apenas pelos valores de justiça substancial por eles incorporados no plano legal, mas também pelo trabalho científico e jurisprudencial realizado sobre eles pelos juristas” (FERRAJOLI, 2002, p. 139). Os princípios gerais do direito devem nortear a atuação do julgador, e este não pode preteri-lo por livre convencimento motivado.

O Direito, enquanto ciência, deve possuir método. E esse entendimento não excepciona o produto da ciência do direito, ou seja, a aplicação da lei ao caso concreto através da produção da decisão judicial. O julgador deve se utilizar de racionalidade e inteligibilidade para fundamentar suas decisões, de modo que elas possam ser refutações logicamente, por meio do exercício de verificabilidade e falseabilidade. Decisões amparadas em meros discursos morais, éticos, políticos ou econômicos não podem ser objeto do citado exercício. Por esta razão rechaçamos o pragmatismo no âmbito penal.

## CONCLUSÃO

Considerando que, no Ordenamento Jurídico Brasileiro, a Constituição Federal é a responsável para manter a racionalidade do sistema, limitando os poderes e enunciando as diretrizes interpretativas na seara penal, através das garantias penais e processuais penais, este trabalho demonstrou a incompatibilidade da aplicação do pragmatismo proposto por Posner com o Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Os pronunciamentos judiciais penais são produto da aplicação da ciência do direito e não devem ser produzidos violando os direitos fundamentais. Foi demonstrado, neste trabalho, o emprego da metodologia garantista para essa produção, o que afasta qualquer argumentação que inobserve o espírito constitucional.

Diante da escolha política feita pelo legislador constituinte, chega-se à conclusão de que é inadmissível a economia se sobrepor ao direito, ao menos na seara penal. Avaliar o binômio custo-benefício quando estamos tratando do direito fundamental de liberdade é propor a exclusão das pessoas que estão à margem da lógica do capitalismo.

No entanto, apesar da normatização constitucional, o Poder Judiciário Brasileiro tem efetivado interpretações pragmáticas, levando em consideração a análise econômica do direito, ainda que de modo implícito.

As reinterpretações de garantias penais e processuais penais de modo a prejudicar os acusados, aumentando assustadoramente o poder punitivo estatal, não são condizentes com a principiologia que fundamenta a lógica racional do sistema jurídico brasileiro.

Essa nova lógica interpretativa, na qual o próprio Judiciário abdica de sua função de poder contramajoritário e passa a atuar conforme a necessidade do neoliberalismo, ou seja, gerindo os indesejáveis deste sistema, inaugura o que alguns autores, a exemplo de Rubens Casara, denominam de Estado Pós Democrático.

A Pós Democracia, como foi analisado neste trabalho, representa a superação do paradigma da democracia constitucional. Essa superação se dá através da produção de decisões judiciais pragmáticas, atentas ao seu resultado eficiente para a sociedade de consumo, ainda que para isso seja violadora dos preceitos constitucionais de proteção do cidadão face ao poder punitivo estatal.

Tudo isso é possível diante da inserção no texto legal de palavras indeterminadas e imprecisas que possibilitam a maior discricionariedade do julgador no momento da tomada de decisão. Importante ressaltar que alguns dos termos contidos na legislação sequer permitem o exercício de verificação e refutação das hipóteses acusatórias, ficando o julgador absolutamente livre para decidir conforme a análise econômica do direito.

Não se pode negar que os julgadores brasileiros são provenientes das camadas econômicas mais privilegiadas da população. Esse fato torna ainda mais perigosa a aplicação irrestrita da discricionariedade judicial, uma vez que o direito passa a ser utilizado e aplicado como instrumento de manutenção de privilégios e segurança a esses privilégios.

O pragmatismo na seara penal significa a gestão dos indesejáveis com violação das normas constitucionais e infraconstitucionais. O julgador brasileiro não está autorizado, pelo nosso ordenamento jurídico, a decidir conforme sua livre convicção amparado em critérios outros que não sejam jurídicos, a exemplo do critério econômico, proposto por Posner.

A obediência à Constituição e à legislação infraconstitucional é medida imprescindível para manutenção da racionalidade do sistema jurídico penal, pois,

somente assim, o Judiciário cumpre sua função de poder contramajoritário, sem avaliar custos e benefícios para as maiorias.

As decisões judiciais são legitimadas através do respeito aos direitos fundamentais e não em virtude da eficiência do seu resultado prático.

Desse modo, ainda que a atividade de interpretação seja criativa, os juízes não podem ser comparados a artistas, como feito por Posner, pois não estão autorizados a proceder à mudança da sociedade conforme suas percepções pessoais.

O artista é livre para imprimir sua visão estética à sociedade, mas o julgador não possui a liberdade da impressão de sua visão política. A única visão que deve ser impressa pelo julgador é a visão constitucional, seja ou não aceita por ele. Enquanto agente estatal, deve agir adstrito aos preceitos do ordenamento jurídico, não está autorizado a imprimir sua visão política e, através dela, empreender mudanças na sociedade.

O espírito do artista é libertário, enquanto que o do julgador deve sempre ser constitucional.

## REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Edição. Edições Almedina. Coimbra, 2003.

CASARA, Rubens R. R. **Estado Pós Democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 1ª edição. Rio de Janeiro. Editora Civilização Brasileira, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3ª edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. **Democracia y Garantismo**. 2ª edição. Madrid. Editora Trotta, 2010.

POSNER, Richard A. **A economia da Justiça**. 1ª edição. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. **Para além do direito**. 1ª edição. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 6ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. **Precisamos falar sobre direito e moral**. 1ª edição. Rio de Janeiro. Editora Tirant lo Blanch, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5ª edição. Rio de Janeiro. Editora Revan, 2017.