



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO PÚBLICO**

TARSIS BARRETO OLIVEIRA

**PENA E RACIONALIDADE: A FUNÇÃO COMUNICATIVA E
ESTRATÉGICA DA SANÇÃO PENAL NA TIPOLOGIA
HABERMASIANA**

**Salvador
2011**

TARSIS BARRETO OLIVEIRA

**PENA E RACIONALIDADE: A FUNÇÃO COMUNICATIVA E
ESTRATÉGICA DA SANÇÃO PENAL NA TIPOLOGIA
HABERMASIANA**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito Público.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Maria Auxiliadora Minahim.

**Salvador
2011**

O48

Oliveira, Tarsis Barreto,

Pena e racionalidade: a função comunicativa e estratégica da sanção penal na tipologia habermasiana / por Tarsis Barreto Oliveira. – 2011. 226 f.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Maria Auxiliadora Minahim.
Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia
Faculdade de Direito, 2011.

1. Pena (Direito) 2. Tipo (Direito penal) 3. Direito penal –Filosofia 4. Habermas, Jürgen, 1929- I. Universidade Federal da Bahia

CDD- 345.0773

TARSIS BARRETO OLIVEIRA

**PENA E RACIONALIDADE: A FUNÇÃO COMUNICATIVA E ESTRATÉGICA DA
SANÇÃO PENAL NA TIPOLOGIA HABERMASIANA**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito Público.

APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Maria Auxiliadora Minahim

Prof.^a Dr.^a Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado

Prof. Dr. Nelson Cerqueira

Prof. Dr. Alexandre Sérgio da Rocha

Salvador, 29 de julho de 2011

DEDICATÓRIA

Ao meu filho Lucas, a primavera sobre o meu trajeto.

Aos meus pais José e Maria, por acreditarem no conhecimento como forma de *progresso* e *libertação*.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela realidade extraordinária da *VIDA*.

À minha orientadora, Doutora Maria Auxiliadora Minahim, estrela viva da constelação dos grandes juristas pátrios, iluminando de forma inovadora uma doutrina penal ainda presa às amarras de uma visão dogmática.

Ao Doutor Alexandre Sérgio da Rocha e à Doutora Alessandra Rapassi, pelas preciosas contribuições oferecidas durante o Exame de Qualificação desta tese e em momentos posteriores.

Aos meus irmãos Rodrigo, Cristina e Janine, por estarmos juntos, em minha trajetória acadêmica, nos sacrifícios e nas conquistas até aqui alcançadas.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, pelo privilégio insubstituível das aulas presenciadas. Em especial referência, ao Doutor Washington Luiz da Trindade e ao Doutor Nelson Cerqueira, pelas magistrais lições.

Aos colegas doutorandos e mestrandos do Programa, pelo companheirismo e incentivo.

E a todas as pessoas que, em diferentes medidas, tornaram este momento possível.

EPIGRAFE

Nossos sistemas de idéias (teorias, doutrinas, ideologias) estão não apenas sujeitos ao erro, mas também protegem os erros e ilusões neles inscritos. Está na lógica organizadora de qualquer sistema de idéias resistir à informação que não lhe convém ou que não pode assimilar. Quanto às doutrinas, que são teorias fechadas sobre elas mesmas e absolutamente convencidas de sua verdade, são invulneráveis a qualquer crítica que denuncie seus erros.

Edgar Morin

RESUMO

Esta pesquisa tem como objetivo investigar a racionalidade comunicativa da pena. Nesta perspectiva, analisa-se inicialmente a linguagem enquanto instrumento viabilizador de controle social, bem como a eficácia da comunicação no plano da linguagem. Invoca-se, aqui, a teoria da ação comunicativa, de Jürgen Habermas, cuja tipologia da ação, aliada à sua particular teoria de atos de fala, confere ao pensamento filosófico os pilares de uma racionalidade comunicativa, presente no plano racional do discurso. De posse destes elementos, passa-se ao estudo das penas, com especial foco nos fundamentos legitimadores de sua aplicação, a incluir as teorias absolutas, relativas e mistas, para, em seguida, examiná-la enquanto ato comunicativo e estratégico de convencimento. A racionalidade da pena aqui analisada revela-se tanto no plano do consenso racionalmente obtido pelos seus destinatários (pena como ato comunicativo), quanto no instrumento estratégico de consecução dos fins visados pelo poder historicamente constituído (pena como ato estratégico). Demonstra-se, por derradeiro, que a compatibilização, socialmente revelada no contexto jurídico, entre a realidade estratégica da pena e sua realidade comunicativa, promove o caráter de justiça da reprimenda punitiva frente aos destinatários da norma, estabilizando as expectativas sociais, ao mesmo tempo em que viabiliza a sua utilização racional pelo Estado na salvaguarda de seus fins.

Palavras-chave: Pena, Racionalidade, Linguagem, Ação comunicativa, Ato comunicativo, Ato estratégico, Justiça.

ABSTRACT

This research has as its goal to investigate the communicative rationality of the penalty. In this perspective, we firstly analyze language as a manageable instrument for social controlling, as well as the effectiveness of communication in the context of language. This paper approaches Jürgen Habermas' theory of communicative action, whose typology of action, together with his particular theory of speech act, provides philosophical thoughts the pillars of a new communicative rationality, in the perspective of a rational pattern of speech. With the use of these elements, we analyze the penalties, specially focusing the legitimized basis for its application, including absolute theories, relative theories and mixed theories, together with the study of penalty as a communicative act or a strategical act of convincement. The rationality of penalty is examined here either in the perspective of the consensus rationally obtained by its receivers (penalty as a communicative act) or as a strategical instrument used by historically built power to achieve its aims (penalty as a strategical act). At last, we demonstrate that the balance (socially observed in juridical context) between the strategical reality of the penalty and its communicative reality provides penalty a sense of justice towards the receivers of the law, stabilizing social expectations, as well as providing its rational apply by the State in the guarantee of its ends.

Key-words: Penalty, Rationality, Language, Communicative action, Communicative act, Strategical act, Justice.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	INSTRUMENTAL EPISTEMOLÓGICO DO PENSAMENTO DE HABERMAS	17
2.1	LINGUAGEM E COMUNICAÇÃO NA VIDA SOCIAL	17
2.1.1	A linguagem e a compreensão do mundo: a posição ortodoxa	18
2.1.2	Teoria dos atos de fala: a posição pragmática	25
2.1.3	Linguagem e vida social: a posição construtivista	29
2.2	TIPOLOGIA DAS AÇÕES EM HABERMAS	35
2.2.1	Ação teleológica	37
2.2.2	Ação normativa	38
2.2.3	Ação dramaturgica	39
2.2.4	Ação comunicativa	40
2.2.5	Ação estratégica (teleológico-estratégica)	46
2.2.6	Os atos de fala à luz da tipologia da ação de Habermas	49
2.3	TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA	53
2.3.1	Características fundamentais da ação comunicativa	54
2.3.1.1	<i>A situação de fala ideal</i>	54
2.3.1.2	<i>O consenso verdadeiro</i>	55
2.3.1.3	Os interesses universalizáveis	57
2.3.2	A racionalidade comunicativa	58
2.4	A NATUREZA COMUNICACIONAL DO DIREITO E AS CATEGORIAS HABERMASIANAS	67
3	A PENA NA TRADIÇÃO JURÍDICA	90
3.1	A PENA COMO SANÇÃO ÉTICO-MORAL-RELIGIOSA	92
3.2	FUNDAMENTOS ÉTICO-POLÍTICOS DO DIREITO PENAL	99
3.3	TEORIAS DA PENA	121
3.3.1	Teorias absolutas da pena	128
3.3.2	Teorias relativas da pena	133
3.3.2.1	<i>Prevenção geral</i>	134
3.3.2.2	<i>Prevenção especial</i>	138
3.3.3	Teorias mistas da pena	145

4	A RACIONALIDADE DA PENA	150
4.1	A PENA À LUZ DA RACIONALIDADE COMUNICATIVA	159
4.2	OPINIÃO PÚBLICA E FORMAÇÃO DO CONSENSO NA PERSPECTIVA DE HABERMAS	180
4.3	O SENTIMENTO DE JUSTIÇA DA PENA	194
5	CONCLUSÃO	206
	REFERÊNCIAS	212

1 INTRODUÇÃO

A imposição da pena carrega consigo a necessidade de sua justificação frente aos destinatários sociais. A busca de uma racionalidade que a legitime atende a uma exigência histórica de fundamentação dos mecanismos repressores estatais, que utilizam a pena como instrumento estratégico para a consecução de seus fins.

Em que pese seu elevado grau de coercibilidade e força dissuasora, a sanção penal representa, apenas, um dos diversos instrumentos de controle social dispostos no plano da realidade coletiva. Ditos mecanismos de controle, socialmente transmissíveis por intermédio da linguagem (meio viabilizador da tradição), permitem o ajustamento das condutas humanas, moldando os comportamentos sociais a um conjunto de padrões pré-estabelecidos, repassados de geração a geração. Por meio deles, estabilizam-se as ações individuais na medida em que cada sujeito passa a atuar de acordo com expectativas mútuas de comportamento. Observa-se que cada sociedade abriga uma série de sanções dispostas a disciplinar e conformar as condutas transgressoras e desviantes dos padrões sociais, de forma a garantir a vigência da ordem instituída.

Apesar de representarem, para o sujeito social, um conjunto de coerções limitadoras à sua liberdade e vontade, ditos mecanismos de controle encontram aceitação pela própria sociedade, quando os considere dotados de sentido. A lógica conformadora desse sentido faz parte de um universo simbólico compartilhado por cada indivíduo e evolutivamente transmissível pela tradição, projetando-se a linguagem como o instrumento legitimador de padrões sociais comuns que esses mecanismos de controle pretendem preservar.

Invocam-se, neste contexto, as concepções de Jürgen Habermas, cujo instrumental epistemológico orientará o presente trabalho. É importante ressaltar que a análise aqui desenvolvida não se confunde com a teoria do próprio Habermas acerca do Direito. O que aqui se intenta é utilizar categorias fundamentais da epistemologia habermasiana, a saber, a teoria da ação comunicativa e a noção de racionalidade comunicativa, para analisar a racionalidade da pena, sem compromisso com as conclusões a que o próprio Habermas poderia chegar nessa direção.

Isto se dá porque, na teoria habermasiana do Direito, outros pressupostos, que aqui não se colocam, são admitidos, notadamente aqueles que presidem à concepção

ética de Habermas.

Busca-se, nesta pesquisa, demonstrar que a racionalidade da pena estrutura-se em bases comunicativas, correspondendo ora a um ato comunicativo, ora a um ato teleológico-estratégico de convencimento. Isto seria pouco mais que óbvio, não fora a circunstância de que a aceitação social da pena não deriva de qualquer tecnicidade jurídica, nem, tampouco, da coerção irresistível imposta por um Estado todo-poderoso, mas reside em um sentimento em geral e indefinível de *justiça*.

O elemento inovador deste trabalho consiste exatamente em procurar a caracterização dessa *justiça* na convergência harmoniosa da natureza comunicativa com a natureza estratégica da pena. Trata-se, dito de outro modo, da harmonização entre a compreensão da pena segundo a racionalidade instrumental, idealizada pelo Iluminismo e amplamente considerada por Max Weber, entre outros pensadores, com a racionalidade comunicativa referida por Habermas.

Deste modo, a hipótese de trabalho que aqui se busca demonstrar é: quando a natureza estratégica da pena (dissuasora) compatibiliza-se com sua natureza comunicativa (racionalidade comunicativa) a sociedade a considera (em princípio) como uma instância de consubstancialização da justiça.

A expressão *em princípio*, colocada acima entre parênteses, merece um esclarecimento.

Ao contrário do que possam supor leitores menos atentos, é elemento essencial do pensamento de Habermas a ideia de um consenso verdadeiro, alcançado pela interlocução ilimitada no espaço e no tempo, em uma situação de fala ideal. Este consenso verdadeiro, fundamentador da verdade das proposições e da racionalidade dos interlocutores, é um elemento transcendental, no sentido kantiano do termo, não se confundindo com o consenso empírico ou fático, *embora sejam as características do consenso verdadeiro as que legitimam o consenso fático*, isto é, aquele que ocorre em situações práticas dentro de uma comunidade maior ou menor, em deliberação democrática.

Para afirmar-se que faticamente a sociedade se comporta desta ou daquela maneira seria preciso pesquisa empírica, cuja amplitude e dificuldade o autor se dispensa de conjecturar, já que não é esta a natureza da pesquisa empreendida nem é este o objetivo deste trabalho.

O que se pretende aqui fazer é a demonstração teórica, a partir do exame da pena do ponto de vista das categorias habermasianas, de que o sentimento de justiça da reprimenda penal pode ser mais precisa e corretamente identificado não como um sentimento subjetivo cuja existência factual se restasse por verificar empiricamente, mas como uma fusão do carácter comunicacional da pena como dissuasora com seu carácter comunicativo. Tal fusão empresta ao efeito dissuasor não apenas a racionalidade instrumental que conecta o Estado repressor com o apenado, mas uma racionalidade comunicativa, conectando o Estado repressor com toda a sociedade, inclusive o apenado.

Observe-se que, enquanto esta tese fundamenta-se no instrumental epistemológico habermasiano, suas conclusões não representam uma repetição da teoria habermasiana do Direito. Com efeito, será exposta a visão de Habermas, que ancora o consenso verdadeiro em bases éticas, no caso do Direito, para, por confronto, evidenciar que não se está fazendo, nesta tese, a suposição em que Habermas se baseia de uma intuição universal do bem.

Foge ao escopo deste trabalho uma discussão aprofundada das relações entre ética e Direito, especialmente Direito Penal. O que se está afirmando é, tão somente, a desnecessidade de formular uma hipótese ética absolutista em face dos instrumentos fornecidos pela Teoria da Ação Comunicativa.

Este trabalho, em sua elaboração, iniciou-se pela indagação acerca da possível racionalidade da pena. No seu desenrolar, surgiu a possibilidade de que a sanção penal fosse, neste caso, uma das instâncias possíveis da decisão judicial, que teria, qualquer que fosse seu escopo de aplicação, idêntica ou semelhante fundamentação.

Não considerou o autor necessário explorar essa conjectura, por dois motivos. O primeiro é que, se for verificado que o que aqui se discute tem aplicação mais ampla do que a simples legitimação da pena, não se prejudica sua aplicação à legitimação da pena, que é o objetivo do trabalho. O segundo é que, em que pese a relevância de todos os campos do Direito para a sociedade, em princípio, o Direito Penal alcança uma repercussão mais ampla e profunda no seio da sociedade, chegando, até mesmo de forma preferencial, aos mais simples e menos instruídos, que, apesar de suas poucas pretensões intelectuais, são, entretanto, agudamente sensíveis a uma concepção intuitiva de justiça. Desse modo, o objeto desta tese cresce em

significado, já que ela vai buscar o fundamento teórico sobre o qual se apoia esse sentimento de justiça que a todos nos é acessível.

A busca de uma racionalidade a orientar a imposição estatal da pena frente aos indivíduos não é preocupação recente. A procura de respostas para o tema proposto revela um dos mais inquietantes dilemas do Direito Penal, e, em sua essência, do próprio Direito. Não obstante, as tentativas históricas de fundamentação da pena propostas pelo Direito Penal olvidaram, em essência, o caráter *comunicativo* da pena enquanto norma jurídica. Com efeito, demonstra-se a insuficiência da fundamentação da sanção penal segundo bases instrumentais (estruturadas numa relação meio-fim, próprias da filosofia calcada no sujeito e de caráter iluminista).

Neste contexto, as clássicas doutrinas absolutas, relativas e mistas correspondem a tentativas históricas de justificação da pena, que, embora tenham alcançado avanços ético-políticos na limitação da atuação repressiva estatal, por estarem presas a uma racionalidade pré-estabelecida (aplicação de meios racionais para a obtenção de fins), nada dizem sobre a realidade comunicativa dos sujeitos sociais. Estes, interagindo intersubjetivamente no dinâmico processo comunicativo, promovem alterações no quadro de legitimação da norma, provocando modificações no consenso (acordo racional) entre os participantes.

Valoriza-se aqui, o agir racional como correspondendo ao agir comunicativo, capaz de modificar a validade social da norma enquanto pretensão de verdade. Em outras palavras, a racionalidade da pena, longe de ser determinada por critérios instrumentais (baseados nos atos volitivos irracionais de quem as estabelece), só encontra sua lógica legitimadora no reconhecimento racionalmente motivado dos seus destinatários sociais.

De posse do instrumental habermasiano, busca esta pesquisa revelar uma nova racionalidade para a pena, fundamentando-a, então, como um *ato comunicativo*, ao mesmo tempo em que permanece como um *ato teleológico-estratégico* de convencimento. Neste diapasão, investiga-se a natureza estratégica da pena, utilizada como instrumento para a consecução dos fins perseguidos pelo poder instituído, promovendo nos receptores uma modificação psicológico-comportamental, de molde a conformar as ações individuais e estabilizar as relações coletivas.

O presente trabalho estrutura-se em cinco capítulos, sendo o primeiro esta introdução.

No segundo capítulo, examina-se, inicialmente, o papel da linguagem e da comunicação na vida social, inclusive a teoria dos atos de fala e a dinâmica do processo comunicacional, com destaque para o papel da linguagem enquanto mecanismo viabilizador do controle social. Isto se faz necessário em virtude da importância da comunicação (e da linguagem) para engendrar a estabilização das ações coletivas na medida da atuação de cada sujeito conforme as expectativas sociais de seus semelhantes e, também, como intróito ao pensamento de Habermas. É o fenômeno da comunicação e da pretensão de verdade que vai inspirar o filósofo alemão a construir todo o arcabouço de seu edifício teórico-epistemológico.

Embora – e sempre convém repetir – ação de comunicar-se não seja sinônimo de ação comunicativa em Habermas (ainda que não sejam incompatíveis), é a estrutura da comunicação que vai representar o modelo de construção da discussão racional ou *discurso* que fundamenta o consenso verdadeiro e, por essa via, a racionalidade comunicativa.

Em seguida, ainda no capítulo segundo, apresenta-se a tipologia das ações proposta por Jürgen Habermas, como elemento necessário ao exame da Teoria da Ação Comunicativa. Cabe, neste ponto, observar-se que, em que pese haver na tipologia habermasiana da ação as *ações normativas*, a base irreduzível da análise de Habermas fundamenta-se na existência do binômio ação comunicativa e ação estratégica (teleológico-estratégica). Como se verá, este é o instrumento utilizado nos argumentos desta tese, embora isto permita chegar-se a uma visão que não reproduz necessariamente todas as concepções de Habermas acerca do Direito.

A ação comunicativa é apresentada em sequência. Nela, os sujeitos sociais buscam o consenso, a partir do acordo racional entre os participantes do discurso, que, livres de qualquer coerção, manifestam suas pretensões de verdade, sob a cogência da força do melhor argumento. Isto se faz possível pela admissão da existência de *interesses universalizáveis*, cujo reconhecimento permitirá que o consenso se estabeleça. Aqui, o acordo racional obtido valerá como regra disciplinadora das futuras ações individuais dos participantes.

A ação estratégica, por seu turno, busca o êxito do sujeito social diante do(s) seus(s)

oponente(s), promovendo uma modificação psicológico-comportamental no(s) destinatário(s), de forma à obtenção de fins que atendam a determinados *interesses particulares*.

É especialmente relevante a caracterização da natureza da ação comunicativa, pelos conceitos de situação de fala ideal, consenso verdadeiro e interesses universalizáveis. Promove-se, assim, uma diferenciação entre racionalidade comunicativa e racionalidade instrumental, necessária à pretendida definição da *justiça da pena* como convergência dessas duas racionalidades, objetivo final desta tese.

Finalizando o segundo capítulo, examina-se a natureza comunicacional do Direito, indicando-se, no caso, situações em que a comunicação envolvida seja de natureza comunicativa ou de natureza estratégica. O Direito cumpre uma função primordial como realidade cultural e comunicacional, correspondendo a um mecanismo disciplinador por excelência das condutas sociais dos indivíduos. O exame de como a aplicação da pena gera, diante dos sujeitos, a confirmação das expectativas de vigência das normas, atuando como um complexo de verdades socialmente partilhadas, ou mero temor da perseguição pelo poder coercitivo do Estado, é essencial para o estabelecimento da proposição que, ao final, se defenderá.

O terceiro capítulo apresenta uma visão da pena na tradição jurídica. Nele contêm-se comentários que sublinham a tentativa de justificar a pena por meio de uma racionalidade instrumental, na feição preconizada pelo Iluminismo. A intenção dessa parte é alinhar diversas visões da pena à luz da racionalidade instrumental, para, em momento subsequente, retomá-las à luz da concepção habermasiana de racionalidade comunicativa. Neste passo, apresentam-se a pretendida justificação da pena enquanto sanção ético-moral-religiosa, os fundamentos ético-políticos do Direito Penal, bem como a perspectiva instrumental de legitimação da pena, com destaque para as teorias absolutas, relativas (a incluir a prevenção geral e a prevenção especial) e mistas. Além disso, aborda-se a opção hodierna por soluções combinadas entre as teorias, que resguardem as funções retributiva, preventiva e ressocializadora da pena.

Essa exposição, aparentemente superabundante em relação às exigências da demonstração da hipótese de trabalho é, na verdade, essencial. Ela é seguida, como se disse acima, por minuciosa indicação de um ponto de vista alternativo,

pretendendo-se evidenciar o fundamento comunicativo da evolução do Direito Penal, de que trata o quarto capítulo. Nele, mostra-se a necessidade de compatibilização da natureza estratégica da pena – indeclinável – com sua natureza comunicativa. Esta necessidade é imperativa para compatibilizar-se a reprimenda penal com os valores cambiantes da sociedade, que elabora livre e soberanamente sua forma de vida no contexto democrático do Estado.

A necessidade de compatibilização entre as funções comunicativa e estratégica da pena é fundamental para conformar a realidade jurídica à realidade factual, considerado o ideal do que Habermas chama “vida boa” para a sociedade.

Finalmente, mostra-se como essa harmonia entre os significados estratégico e comunicativo da pena permite determinar sua *justiça*, o que, não se reduzindo a uma noção meramente subjetiva, nem por isso discrepa daquilo que se manifesta, com esse nome, na sensibilidade social.

O que se pretende oferecer de inovador, nessa análise, é um desvelamento do processo legitimador da pena, que encontrará abrigo na fusão de duas visões da racionalidade – especialmente considerada a racionalidade comunicativa fundante do modo de vida democrático – excluindo-se a possibilidade de postular-se *a priori* uma noção de justiça que descesse, como um *deus ex machina*, sobre o Direito Penal. Tais considerações são retomadas, sumarizadas e ressaltadas no quinto e conclusivo capítulo.

2 INSTRUMENTAL EPISTEMOLÓGICO DO PENSAMENTO DE HABERMAS

A plena compreensão da teoria da ação de Habermas, a ser utilizada para fundamentar a legitimação social da pena, necessita da explicitação de alguns aspectos do fenômeno da comunicação humana. A teoria da comunicação é campo fértil para discussão e, não obstante ser indispensável para contextualizar o que se discutirá mais adiante, afasta-se, se aprofundado o debate, do foco deste trabalho. Deste modo, o autor ater-se-á à exposição de algumas ideias básicas, omitindo deliberadamente outros aspectos que não serviriam à necessidade acima enunciada. Trata-se, a bem dizer, de uma rememoração, ou coletânea de informações que devem estar presentes na mente do leitor quando considerações ulteriores forem desenvolvidas. A isto se destina este capítulo.

Dotado de inteligência capaz de lhe conferir constante domínio sobre a natureza, o homem, não obstante auferir progressivamente as ferramentas garantidoras de sua própria sobrevivência, manifestou, desde os primórdios, sua ínsita natureza social, tornando inexorável a sua interação em uma família, tribo ou aldeia. A linguagem, ainda que incipientemente desenvolvida em eras remotas, exprimindo-se por sinais, gestos ou expressões corporais, permitiu ao homem a objetivação da sua própria existência na confirmação de uma realidade comum socialmente experimentada e compartilhada com seus semelhantes.

Frente a uma natureza à qual era preciso conquistar as possibilidades da própria subsistência, mas que, ao mesmo tempo, lhe apresentava o amálgama de todo o mistério e desconhecido da vida, surgia no homem a necessidade de compreender o universo de sua realidade, na busca de explicações que pudessem conferir sentido a sua própria existência¹.

2.1 LINGUAGEM E COMUNICAÇÃO NA VIDA SOCIAL

¹ As palavras **explanação** e **explicação** têm, ambas, o sentido etimológico de tirar as dobras ou rugas. A presença do misterioso e do desconhecido, potencialmente ameaçadores, é dissipada diante da explicação ou explanação que, suprimindo as rugas ou dobras do desconhecimento, deixa a descoberto, no plano liso, o que haja para ser conhecido. Portanto, a qualidade intrínseca da explicação não é ser verdadeira, é ser tranquilizadora. É aí que residiria a origem da ideia de significado. Para Christensen (1968, p. 55), por exemplo, o significado precede à verdade, já que uma proposição pode adquirir significado para o sujeito antes mesmo de ser utilizada para tornar um enunciado verdadeiro.

O século XX testemunhou o surgimento de uma transformação no campo da comunicação, propiciada pela revolução *informacional*, permitindo o intercâmbio mais rápido das mensagens, seja pelo rádio, cinema, televisão, como por outros instrumentos. Entretanto, não se concebe a comunicação como uma simples “troca de informações” entre sujeitos, constituindo-se, ao contrário, num intrincado mecanismo viabilizado pela linguagem. (MELO, 1998, p. 45)

Mais do que o *medium* que permite a expressão e o compartilhamento intersubjetivo das idéias, pensamentos e emoções no convívio social, a linguagem é o meio viabilizador da tradição, significando, em essência, elemento primordial para a vida dos indivíduos em sociedade.

2.1.1 A linguagem e a compreensão do mundo: a posição ortodoxa

Na posição aqui chamada de *ortodoxa*, a ontologia subjaz à epistemologia, vale dizer, existe um mundo suscetível de ser conhecido e a linguagem é um dos instrumentos viabilizadores do conhecimento.

É importante ressaltar que essa visão, embora tradicional e, para muitos, intuitiva, não é a única concepção da relação entre o sujeito cognoscente e o mundo conhecido, no transcorrer do século XX.

Os autores que sucessivamente marcaram a evolução do pensamento contemporâneo, independentemente de suas próprias crenças metafísicas, propiciaram um instrumental para que se desvende no mundo uma complexidade bem maior do que a posição tradicional poderia supor, na medida que apontam para o sujeito não como um mero expectador, mas como um participante que cada vez mais se torna relevante para a determinação dessa realidade.

Vejam-se algumas posições nessa linha.

Bruner (1997, p. 85) destaca as ferramentas (técnicas interpretativas) utilizadas por uma comunidade, a incluir os mitos, sua tipologia de compromissos humanos e suas tradicionais maneiras de negociar e renegociar os diversos significados. Para Bruner (1997, p. 65-67), a procura do significado instiga a capacidade humana a interiorizar a linguagem, utilizando seu sistema de sinais como um interpretante, moldando o

organismo pré-linguístico para o tráfego da linguagem².

Desse modo, é por meio da linguagem que as pretensas explicações do mundo, míticas ou racionais, vão surgir e desenvolver-se, possivelmente de maneira simbiótica, quer dizer, ambas surgem juntas, interdependentes, valendo-se uma da outra para buscar sua razão de existir e ampliar-se.

Para Teles (1977, p. 14), os mitos surgiram da necessidade consciente ou inconsciente do homem em entender o seu meio e realidade desconhecidos³, sentindo a sua mente primitiva a necessidade de explicar a própria natureza, comparada, segundo ele⁴, a uma *folha de papel em branco*, sobre a qual o homem escrevia seus mitos, na tentativa de dar sentido à sua existência. Note-se que os mitos, ainda que concebidos por um indivíduo, só ganhavam força e expressão na medida em que fossem socialmente compartilhados por um determinado grupo social.

O mito⁵, conceituado por Teles como “um contexto explicativo, não-lógico, muitas vezes fantástico, motivado pelo meio físico e humano em que vive a coletividade”, tem as características de ser: *fantasioso* (apela para as forças da imaginação), *pouco lógico* (ausente de coerência interna) e *explicativo* (se não tiver por função explicar algum fenômeno, alguma coisa, não é mito). Revela, ainda, o fato de

² “Uma vez que as crianças pequenas tenham captado a idéia básica da referência para qualquer uso da linguagem – ou seja, uma vez que elas possam nomear, perceber a recorrência e registrar a terminação da existência – seu principal interesse lingüístico passa a centrar-se na *ação humana e seus resultados*, particularmente na *interação humana*. Agente e ação, ação e objeto, agente e objeto, ação e localização, possuidor e posse compõem a maior parte das relações semânticas que aparecem no primeiro estágio da fala. Essas formas aparecem não apenas em atos referentes, mas também em solicitações, ao efetuar trocas, ao dar e ao tecer comentários sobre a interação de outros. A criança pequena, além disso, mostra-se desde cedo profundamente sensível a “metas” e sua aquisição e a variantes de expressões como “foi embora”, para conclusão, e “uh oh” para inconclusão. As pessoas e suas ações dominam o interesse e a atenção da criança. Esta é a primeira exigência da narrativa”. (BRUNER, 1997, p. 72)

³ “Por certo, os mitos antigos, em especial a Teogonia de Hesíodo, narravam também o modo pelo qual o mundo havia emergido do caos, como se diferenciaram as suas diversas partes, como se constituiu e estabeleceu o conjunto da sua arquitetura. (VERNANT, 1990, p. 377-378)

⁴ Em referência aos mitos, Teles cita o relato de Orlando Vilas-Boas, cujos estudos sobre os indígenas revelaram o mito por eles criado para explicar a dominação do homem branco: “A três índios diferentes foram dados um arco branco, um arco preto e uma carabina. Os três chegaram às margens de um lago de águas muito claras. Os dois índios que escolheram os arcos não quiseram entrar no lago, puseram apenas as mãos em suas águas. As mãos ficaram brancas e eles tentaram limpá-las numa árvore. Aí ouviram a voz de Avinhoka (divindade protetora) que disse: ‘Assim como a árvore, vocês não serão para sempre’. O terceiro índio, que havia escolhido a carabina, entrou na água e saiu completamente branco. Em seguida foi deitar-se sobre uma pedra. A este, disse Avinhoka: ‘Assim como a pedra, você será eterno’”. (TELES, 1977, p. 14-15)

⁵ Cassirer reporta que, no exame da evolução histórica, “não encontramos nenhuma grande cultura que não tenha sido dominada e impregnada de elementos míticos”. (CASSIRER, 1976, p. 21)

estarem adstritos a uma realidade local, daí a sua limitação.⁶

As manifestações filosóficas, culturais e sociológicas do homem encontram na linguagem⁷ o fio condutor da existência coletiva, na medida em que engendram padrões de relacionamento apreensíveis por cada membro do grupo e socialmente compartilhados nos processos de interação social.

Dita linguagem enfrentava, em épocas remotas, os percalços de sua própria assimilação pelos sujeitos sociais, adquirindo, gradativamente, os contornos de uma estrutura de signos cada vez mais sofisticada, culminando no surgimento da escrita⁸. Sobre este momento histórico, revelam Breton e Proulx (2002, p. 19) a invenção do alfabeto (do latim *alphabetum*) pelos fenícios (ou, antes deles, pelos semitas da Síria, entre o segundo e o primeiro milênio a.C.), alfabeto este que padecia da limitação de não conter vogais. Entre os séculos VIII e IV a.C, este empecilho foi contornado pelos gregos, que introduziram as vogais e, com esta nova estrutura de transcrição da língua falada, impulsionaram, pela escrita, a expansão do conhecimento.

O processo de comunicação estruturava-se paulatinamente ao avanço da linguagem escrita, aperfeiçoando a interação entre os povos, num processo de transformação da linguagem⁹, da aprendizagem humana e da própria cultura¹⁰. O processo de

⁶ “enquanto os índios bacairis do Brasil explicam o Sol como uma bola de penas de arara, tal interpretação jamais poderia ser feita por um grupo esquimó”. (TELES, 1977, p. 15)

⁷ Para Penteado, a linguagem representa um método puramente humano de comunicação de idéias, emoções e desejos, viabilizada por um sistema de símbolos produzidos voluntariamente, onde as palavras só adquirem sentido quando um ser pensante faz uso delas. (PENTEADO, 2001, p. 12)

⁸ De acordo com Breton e Proulx, a história da invenção da escrita realizou-se em duas grandes ondas sucessivas, correspondentes a dois modos de escrita diferentes: a escrita ideográfica (nascida na Mesopotâmia por volta do 4º milênio a.C) e a escrita alfabética. (BRETON; PROULX, 2002, p. 18)

⁹ Janet vê a linguagem em seu caráter de transformação e intelectualização das ações. Para ele, todas as ações são representadas na linguagem, mas somente os atos intelectuais elementares desempenham o papel mais relevante, já que a palavra extraída da fórmula verbal representa, sobretudo, uma operação intelectual. (JANET, 1936, p. 265)

¹⁰ Sobre a essência constitutiva desta *cultura*, Melo faz referência ao pensamento do sociólogo francês Edgar Morin: “Edgar Morin, sociólogo francês, situado nessa linha de raciocínio, entende que “uma cultura constitui um corpo complexo de normas, símbolos, mitos e imagens que penetram o indivíduo em sua intimidade, estruturam os instintos, orientam as emoções”. E explica que essa penetração realiza-se através dos mecanismos da projeção e da identificação, fornecendo pontos de apoio à vida pública e à vida imaginária. A partir daí, podem ser analisados os “focos culturais” de naturezas diferentes que se encontram em dinâmica nas sociedades modernas, tais como a religião, o Estado nacional, a tradição das humanidades, a tradição popular, os movimentos de massa, etc. Refletindo as atividades dos vários estratos sociais (classes, instituições, grupos) os “focos” introduzem a noção de *sociedades policulturais*. Assim, ao lado de uma cultura nacional, de uma cultura religiosa, sobrevivem, em sistema de interdependência, uma cultura clássica, uma cultura popular, uma cultura de massas, etc. O que é verdadeiramente significativo nessa realidade policultural, como acentua Edgar Morin, é que uma cultura “faz-se conter, controlar, censurar” pelas

comunicação interpessoal equivale ao próprio processo de aprendizagem humana, representando, ambos, processos contínuos, dinâmicos e evolutivos.

A vida humana é um processo, como a comunicação, a aprendizagem, a organização social. O ponto de vista do teórico de comunicação é de que nenhum aspecto isolado do comportamento humano pode ser analisado convenientemente, se forem deixados de lado quaisquer dos demais aspectos desse comportamento. Não compreendemos bem o processo de comunicação se não tentarmos relacionar todas as variáveis umas com as outras, se não empregarmos todo o nosso conhecimento, como quer que tenha sido obtido, tenha vindo de onde for, para ajudar-nos a explicar e a prever como as pessoas são o que são, e em que se estão transformando. (BERLO, 1991, p. 103)

O aprendizado da linguagem relaciona-se com a própria vida social. No processo comunicacional, as mensagens captadas são sujeitas a *decodificação* (percepção de um estímulo), *interpretação* (formação de um estímulo-resposta) e *codificação* (descoberta de uma resposta). (BERLO, 1991, p. 183)

A interação entre os sujeitos (fontes e receptores) envolve um rol de expectativas ínsitas aos participantes do processo comunicacional¹¹, com o mútuo manejo dos símbolos revelados na linguagem (BERLO, 1991, p. 108-110). Daí advém a relação de mútua afetação entre a fonte e o receptor, envolvendo uma dependência física, empática e interativa entre os sujeitos, a partir das expectativas geradas pelas mensagens, fazendo com que passemos a assumir, reciprocamente, papéis um frente ao outro. (BERLO, 1991, p. 118-119)

Revela-se, com isso, o caráter de *realimentação* exercido sobre a fonte, semelhantemente ao que ocorre, como exemplifica Berlo (1991, p. 103-104), com uma platéia sobre o palestrante. O riso provocado na platéia por uma anedota transmite a mensagem de que a ação foi bem sucedida e que surtiu efeito, autorizando o palestrante a prosseguir; do contrário, o silêncio da platéia faz com

demais culturas, e, simultaneamente, “tende a desagregar a outras culturas”. É um sistema de influências recíprocas que corresponde à própria mobilidade dos indivíduos dentro dos estratos sociais e que marca o dinamismo das sociedades modernas”. (MELO, 1998, p. 186)

¹¹ Considerando-se a importância do adjetivo **comunicativo(a)** a ser amplamente empregado no sentido em que Jürgen Habermas o usa, reservar-se-á, para referência ao fenômeno da comunicação, no sentido usual, o adjetivo **comunicacional**. Assim convencionado, em alguns casos comunicacional e comunicativo poderão aparecer como sinônimos; em outros casos, não. Como o próprio Habermas (1984b, p. 295) observa: “Atos de comunicação” não devem ser confundidos com o que apresentei como “ação comunicativa”.

que ele mude sua estratégia, a fim de obter êxito¹².

A comunicação enfrenta, inevitavelmente, alguns percalços. Isso ocorre em virtude do conflito entre as expectativas do emissor e as do receptor da mensagem, já que as previsões que se fazem no processo da comunicação são baseadas nas expectativas dos sujeitos, frustradas a partir do momento em que um deles se comporte contrariamente a elas. (BERLO, 1991, p. 153)

Não obstante, o percurso inexorável é sempre o de, por meio da comunicação, afetarmos (influenciarmos) o nosso ambiente e a nós mesmos, beneficiando-nos das previsões a respeito do comportamento (pessoal e social) dos demais sujeitos. (BERLO, 1991, p. 103)

Lesly (1995, p. 47), discorrendo sobre as condições e circunstâncias da eficácia ou ineficácia da comunicação frente ao receptor, pontua que devem ser consideradas, neste processo:

- a) a predisposição do receptor (dada a sua educação, herança, visão de vida etc.);
- b) propensão (inata) em acreditar que algo é reconfortante (à psique) ou que pode agir como “escudo” contra culpa ou medo;
- c) necessidades básicas de cada indivíduo (valor próprio, aceitação do grupo, autoadmiração etc.);
- d) necessidade básica de harmonia entre as necessidades e desejos do indivíduo e as exigências e pressões sociais que sobre ele recaem;
- e) fidelidade da mensagem (donde se deve indagar se o emissor e o receptor dão os mesmos significados a palavras e símbolos);
- f) habilidade e experiência do comunicador (relacionada à aptidão para atingir

¹² “Ao mesmo tempo, os membros da audiência dependem da realimentação. Se alguém não ri da anedota e todos os demais riem, estas respostas são realimentadas no receptor que não ri. Ele começa a duvidar do próprio senso de humor – e com frequência começa a rir das anedotas seguintes, quer lhe pareçam engraçadas ou não. Eventualmente, elas poderão mesmo parecer-lhe engraçadas. As fontes e os receptores de comunicação são mutuamente interdependentes, pela existência e pela realimentação. Cada qual exerce contínua influência sobre si e sobre os outros conforme as respostas que dão às mensagens que produzem e recebem. Um jornal afeta seus leitores selecionando as notícias que irão ler. De outro lado, os leitores também afetam o jornal (embora, provavelmente, nem tanto quanto alguns donos de jornais gostariam que acreditássemos). Se os leitores não comprarem o jornal (realimentação negativa), este modificará a sua seleção e apresentação do noticiário. (BERLO, 1991, p. 104)

o receptor da maneira desejada).

Lesly (1995, p. 47-48) não descarta uma análise realística dos fatos, ao acentuar a tendência natural de certas pessoas a “mal-perceber ou a mal-interpretar comunicações persuasivas”, a depender de suas próprias predisposições, fugindo da mensagem ou distorcendo-a, de forma que lhes pareça mais favorável¹³.

Embora seja mais frequente referir-se a uma comunicação verbal, indubitavelmente vislumbra-se a ocorrência de uma *comunicação não verbal*¹⁴. Em sua obra **A comunicação não verbal**, Davis (1979, p. 20) pondera a incidência factual de outras formas de comunicação exteriorizadas por outros meios que não a palavra, citando a linguagem corporal, a linguagem cinética, a linguagem do rosto, olhos e mãos, os ritmos do corpo, além da comunicação pelo olfato, tato, códigos não verbais na infância, dentre outros.

Não é outro o entendimento de Watzlawick, Beavin e Jackson (2007, p. 44-45), ao afirmarem a inexistência de um *não comportamento*, o que, dito em outras palavras, tornaria impossível a um indivíduo *não se comunicar*, sobretudo se atribuirmos à comunicação o valor de *mensagem*, independentemente, portanto, de intencionalidade, consciência, êxito ou compreensão mútua¹⁵.

Este processo é inexorável; todos a ele se sujeitam desde o nascimento, quando se iniciam mecanismos interativos de comunicação. Neste sentido, a linguagem é vista por Pinker (2004, p. 7) como uma “peça de constituição biológica” do cérebro, uma

¹³ Nesta linha de raciocínio, Lesly cita vários exemplos: “anti-semitas tendem a distorcer propaganda a favor da tolerância, emitida por grupos judaicos; partidários de um candidato político distorcem a posição do candidato, de modo a trazê-la para uma posição mais próxima a seus próprios pontos de vista a respeito de um assunto; partidários de ambos os lados têm a tendência de julgar discursos neutros como favoráveis a seus pontos de vista; partidários (políticos) têm maior predisposição que outros para aceitar como “fatos” notícias que apóiam suas próprias posições”. (LESLY, 1995, p. 47-48)

¹⁴ Davis atribui o grande interesse público pela comunicação não-verbal à necessidade dos indivíduos em restabelecerem contato com as suas próprias emoções, na busca de uma verdade emocional passível de expressão pelo modo não-verbal. (DAVIS, 1979, p. 20)

¹⁵ “Tampouco podemos dizer que a “comunicação” só acontece quando é intencional, consciente ou bem sucedida, isto é, quando ocorre uma compreensão mútua. Se a mensagem enviada iguala a mensagem recebida é uma importante mas diferente ordem de análise, pois que deve assentar, fundamentalmente, nas avaliações de dados específicos, introspectivos, relatados pelo sujeito, os quais preferimos negligenciar para a exposição de uma teoria comportamental da comunicação. Sobre a questão da incompreensão, o nosso interesse, dadas certas propriedades formais da comunicação, vai para o desenvolvimento de patologias afins, à margem das motivações ou intenções dos comunicantes (na verdade, a despeito das mesmas)”. (WATZLAWICKI; BEAVIN; JACKSON, 2007, p. 45-46). Observe-se que na obra de Niklas Luhmann as relações entre consciência e comunicação são fundamentais e minuciosamente discutidas. O escopo desta tese, porém, não exige nem permite, no texto, o maior aprofundamento dessa questão.

habilidade complexa e especializada desenvolvida espontaneamente na criança e manifestada sem que se perceba a sua própria lógica interna¹⁶. Fala ele da existência de um dicionário mental (contendo um léxico de palavras e conceitos) e uma gramática mental (contendo regras que associam palavras na transmissão de relações entre conceitos) (PINKER, 2004, p. 9)

Ernst Cassirer (2001, p. 174-175) analisa a linguagem sob a perspectiva sensível, intuitiva e conceitual. Sobre a linguagem na fase de expressão sensível, afirma que o conhecimento não deve tomar como ponto de partida as relações entre “sujeito e objeto”, “eu e mundo”, “realidade e aparência”, “mundo interior e exterior”, nem tomar como base as suposições dogmáticas, presas à busca de uma rígida delimitação substancial, devendo, ao contrário, ser formulada a partir da perspectiva dos fenômenos presentes ao espírito.

Do ponto de vista intuitivo, Cassirer (2001, p. 208) encontra na linguagem a passagem do “mundo da sensação” para o “mundo da intuição pura”, onde, através do exame das intuições de espaço, tempo e número, a linguagem pode transformar *impressões* em *representações*, realizando a sua função essencialmente lógica.

Do ponto de vista conceitual, a linguagem deve, para alcançar o conceito, buscar os motivos do encadeamento e separação que se mostram ativos no processo de formação léxica. Para isso, segundo Cassirer (2001, p. 351), a tarefa que compete à linguagem não é a de elevar a imaginação a uma generalidade mais ampla, mas sim de alçá-la a uma determinação sempre crescente, servindo a generalidade como o veículo para alcançar a meta verdadeira do conceito¹⁷.

¹⁶ Destacando a sua importância, Pinker manifesta que: “a linguagem está tão intimamente entrelaçada com a experiência humana que é quase impossível imaginar vida sem ela. É muito provável que, se você encontrar duas ou mais pessoas juntas em qualquer parte da Terra, elas logo estarão trocando palavras. Quando as pessoas não têm ninguém com quem conversar, falam sozinhas, com seus cães, até mesmo com suas plantas. Nas nossas relações sociais, o que ganha não é a força física, mas o verbo – o orador eloquente, o sedutor de língua de prata, a criança persuasiva que impõe sua vontade contra um pai mais musculoso. A afasia, que é a perda da linguagem em consequência de uma lesão cerebral, é devastadora, e, em casos graves, os membros da família chegam a sentir que é a própria pessoa que foi perdida para sempre” (PINKER, 2004, p. 7)

¹⁷ Cassirer, dimensionando as fases da reflexão epistemológica: “Para a reflexão epistemológica, existe um caminho ininterrupto que conduz da esfera da sensibilidade à da intuição, desta ao pensamento conceitual e deste novamente ao juízo lógico. Ao percorrê-lo, a epistemologia está consciente de que as diversas fases do mesmo, embora devam ser distinguidas umas das outras de modo rigoroso na reflexão, nunca devem ser consideradas como dados da consciência independentes entre si e existindo separadamente uns dos outros. Pelo contrário, aqui não só cada momento mais complexo inclui o mais simples, e cada momento “posterior” engloba o “anterior”, como também, inversamente, aquele está preparado e pré-moldado neste. Todos os componentes que constituem o conceito do conhecimento estão relacionados uns com os outros e com a meta

Jung (2008, p.18) destaca o papel que os símbolos desempenham para a espécie humana, promovendo a objetivação da própria realidade na vida cotidiana. Reconhece Jung que o homem, além de fazer uso da linguagem (falada ou escrita), utiliza também sinais ou imagens não estritamente descritivos, alguns dos quais, malgrado não possuírem nenhum sentido intrínseco, alcançaram significação pelo seu uso generalizado.

Esta busca da verdade revelada nos textos, elevada a uma perspectiva investigativa das ciências, acabou por dar origem à Hermenêutica, vista por Schleiermacher (2003, p. 70-72) como a arte de encontrar, através da linguagem, o sentido determinado no texto. O percurso do intérprete envolveria, inicialmente, a construção a partir do inteiro valor prévio da língua, comum a escritor e leitor, procurando, na perspectiva deste último, a possibilidade da sua interpretação. Entretanto, já admitia Schleiermacher a incidência de uma multiplicidade de sentidos para as palavras, o que se revelava pela variabilidade de pontos de vista extraída do estudo das diversas línguas.

As diversas posições acima apresentadas têm em comum a concepção da linguagem como uma forma de interação entre os sujeitos, ao mesmo tempo em que um elemento despertador de ações internas à consciência subjetiva. Estes aspectos serão, mais adiante, retomados por Habermas, inspirando-o à formulação de sua teoria da ação comunicativa.

2.1.2 Teoria dos atos de fala: a posição pragmática

A teoria dos atos de fala corresponde a uma visão da linguagem em que preponderam os aspectos pragmáticos. Desse ponto de vista, a linguagem é considerada, sobretudo, pelos efeitos que causa ou pode causar.

Segundo reporta Koch (2007, p.17-19), atribui-se a J. L. Austin¹⁸, seguido de Searle e Strawson¹⁹, a formulação da teoria dos atos de fala (atos de discurso ou atos de linguagem), surgida do interior da Filosofia da Linguagem e sendo, posteriormente,

comum do conhecimento, que é o “objeto”: eis por que uma análise mais precisa é capaz de descobrir em cada um deles os indícios que remetem a todos os outros”. (CASSIRER, 2001, p. 389)

¹⁸ De acordo com Araújo (2004, p.129), a taxonomia dos atos de fala de Austin baseia-se numa visão de ação humana, o que repercutiu positivamente “para a linguística e para a filosofia da linguagem, atentas aos requisitos da pragmática”.

¹⁹ Austin, Searle e Strawson são citados como grandes expoentes da Escola Analítica de Oxford.

apropriada pela Linguística Pragmática. Tinha origem o estudo da linguagem como forma de ação (“dizer” como “fazer”), passando-se à reflexão sobre as várias espécies de ações humanas realizadas através da linguagem. Fazia-se, assim, a distinção entre os atos *locucionários* (verificados na emissão de um conjunto de sons organizados de acordo com as regras da língua), *ilocucionários* (proposição ou conteúdo proposicional dotado de determinada força – pergunta, asserção, ordem etc..) e *perlocucionários* (destinados à produção de certos efeitos sobre o interlocutor (convencê-lo, assustá-lo, agradá-lo etc., podendo atingir os efeitos intentados ou não).

De acordo com Koch (2007, p.18-19), uma diferença frequentemente apontada entre atos ilocucionários e perlocucionários é que os primeiros sempre se realizam, pelo simples fato de serem enunciados. Já os segundos podem se verificar ou não, a depender do êxito na produção do resultado almejado. Lembra Koch (2007, p.19), entretanto, que todo ato de fala é, ao mesmo tempo, locucionário, ilocucionário e perlocucionário, a depender do efeito produzido sobre o interlocutor pelo enunciado lingüístico proferido.

Note-se que a comunicação é viabilizada pelos atos de fala apenas porque os fatos que ela reporta são conhecidos, ainda que em diferente medida, tanto pelo emissor quanto pelo receptor. Assim, de acordo com Araújo (2004, p. 140), “sem um conteúdo descritivo, sem uma proposição verdadeira, a referência fica impossibilitada de comunicar um fato”.

Para Araújo (2004, p. 251), nos atos de fala a ação orienta-se por pretensões de validade criticáveis e por razões que motivam a ação, sendo que o conteúdo proposicional, expresso em pretensões de validade, confere ao ato de fala um sentido pragmático, possibilitando ao ouvinte a crítica das razões expostas para garantir a sua legitimidade e oportunidade.

A pretensão de validade que aqui aparece é um conceito essencial ao pensamento de Habermas. A palavra *pretensão* indica que o locutor reivindica para seu ato comunicacional uma validade que, entretanto, não se pode ter por estabelecida sem um exame intersubjetivo do assunto.

Medina (2007, p. 14) esclarece a visão habermasiana de que o contínuo processo de desafio e reivindicação pelos sujeitos inter-relacionados é essencial à dinâmica

da comunicação. Assim, se do ponto de vista da sua produção a essência de um ato de comunicação se mostra num fazer-demanda, do ponto de vista da sua recepção, o fundamento é a atitude “sim/não” do interlocutor, podendo este aceitar ou rejeitar a oferta de comunicação em suas diversas dimensões de validade.

Outro grande expoente da teoria dos atos de fala foi John Searle (1981, p. 26), que fundamentava a relevância dos seus estudos na medida em que, em sua concepção, toda a comunicação linguística envolve atos lingüísticos, correspondendo os atos de fala à “unidade básica ou mínima da comunicação lingüística”.

A tipologia dos atos de fala de Searle foca a diferenciação entre os atos proposicionais, ilocucionais e perlocucionais. Em sua visão, nos atos proposicionais, a forma gramatical característica corresponde a partes de frases (predicados gramaticais para o ato de predicação, nomes próprios, pronomes e certos tipos de sintagma nominais para a referência), sendo impossível a tais atos “ocorrerem sozinhos” (ou seja, não se pode referi-los e predicá-los sem se fazer uma asserção, pergunta ou se executar um outro ato ilocucional qualquer). Comunicamo-nos todos mediante *frases*, e não mediante palavras soltas, sem contexto. (SEARLE, 1981, p. 37)

Quanto aos atos ilocucionais, Searle (1981, p. 59) concebe a sua realização na escrita de alguma coisa ou na enunciação de sons (promovendo uma significação) ou através do ato de fala. Já nos atos perlocucionais, consideram-se os efeitos ou conseqüências que estes têm sobre as ações, pensamentos ou crenças dos ouvintes, persuadindo-os ou convencendo-os. (SEARLE, 1981, p. 37)

Frise-se que Searle²⁰, embora reconhecendo avanços medidos pelo pioneirismo de

²⁰ Austin propõe suas cinco categorias de maneira apenas experimental, mais como uma base para discussão do que como um conjunto de resultados estabelecidos: “Não estou”, diz ele, “apresentando nada disso de maneira sequer minimamente definitiva” (Austin, 1962, p. 151). Penso que elas constituem uma excelente base para discussão, mas também acho que a taxinomia precisa ser profundamente revista, pois contém vários pontos fracos. Eis as cinco categorias de Austin: *Vereditivos*. Estes “consistem na pronúncia de um veredito, oficial ou não-oficial, sobre a evidência ou as razões relativas a valor ou fato, tanto quanto estes se possam distinguir”. São exemplos dessa classe de verbos: *acquit* (inocentar), *hold* (estatuir), *calculate* (calcular), *describe* (descrever), *analyze* (analisar), *estimate* (estimar), *date* (datar), *rank* (hierarquizar), *assess* (avaliar) e *characterize* (caracterizar); *Exercitivos*. Cada um deles consiste em “proferir uma decisão favorável ou desfavorável a uma certa linha de ação ou advogá-la, “uma decisão de que algo deva ser assim, enquanto distinta de um juízo de que é assim”. São alguns exemplos: *order* (ordenar), *command* (mandar), *direct* (instruir), *plead* (pleitear), *beg* (suplicar), *recommend* (recomendar), *entreat* (rogar) e *advise* (aconselhar). *Request* (pedir) é também um exemplo óbvio, mas Austin não o inclui na lista.

Austin na formulação de sua teoria dos atos de fala, tece profundas críticas à concepção elaborada por seu antecessor, enumerando, dentre inúmeras, o fato de que a taxonomia formulada por Austin²¹ não promove uma classificação de atos ilocucionários, mas uma classificação de *verbos ilocucionários ingleses* (SEARLE, 1995, p. 14). Além disso, segundo Searle²², a inexistência de um princípio claro de classificação e a confusão promovida entre *atos ilocucionários* e *verbos*

Assim como os citados acima, Austin inclui ainda: *appoint* (designar), *dismiss* (exonerar), *nominate* (nomear), *veto* (vetar), *declare closed* (declarar fechado), *declare open* (declarar aberto), e também *announce* (anunciar), *warn* (advertir), *proclaim* (proclamar) e *give* (dar); *Compromissivos*. “Todo o propósito de um compromissivo”, diz Austin, “é comprometer o falante com uma certa linha de ação.” Alguns exemplos óbvios são: *promise* (prometer), *vow* (jurar solenemente, fazer voto), *pledge* (empenhar), *covenant* (convencionar), *contract* (contratar), *guarantee* (garantir), *embrace* (aderir) e *swear* (jurar); *Expositivos* “são usados em atos de exposição que envolvem a explanação de concepções, a condução de argumentos e o esclarecimento de usos e referências”. Austin dá muitos exemplos, entre os quais: *affirm* (afirmar), *deny* (negar), *emphasize* (ênfatisar), *illustrate* (ilustrar), *answer* (responder), *report* (relatar), *accept* (aceitar), *object to* (objetar), *concede* (conceder), *describe* (descrever), *class* (classificar), *identify* (identificar) e *call* (chamar); *Comportativos*. Essa classe, com a qual Austin estava bastante insatisfeito (“urna novela”, ele dizia), “inclui a noção de reação ao comportamento e à sorte de outras pessoas, e a noção de atitude e expressão de atitude diante da conduta passada ou iminente de alguém”. Entre os exemplos citados por Austin estão: *apologize* (desculpar-se), *thank* (agradecer), *deplore* (deplorar), *commiserate* (compadecer-se), *congratulate* (congratular), *felicitate* (felicitar), *welcome* (dar as boas-vindas), *applaud* (aplaudir), *criticize* (criticar), *bless* (abençoar), *curse* (amaldiçoar), *toast* (brindar) e *drink* (beber à saúde). Mas também, curiosamente: *dare* (afrontar), *defy* (desafiar), *protest* (protestar) e *challenge* (contestar). (SEARLE, 1995, p. 12-14).

²¹ Sobre a formulação teórica dos atos de fala de Austin, dispõe Corrêa: “A perspectiva que a pragmática inaugurou para os estudos lingüísticos sepultou de vez a dicotomia entre verbos que descrevem e verbos que indicam ação, abrindo espaço para pensar a linguagem como sujeita à performatividade generalizada. A partir de então, passou-se a entender que não é a língua que significa, isto é, o sentido não está somente nas palavras. Está, ao mesmo tempo, nas palavras, nas pessoas que as utilizam e nas circunstâncias em que são utilizadas. O ritual que produz sentido já não é, portanto, apenas verbal. Essa perspectiva de estudo da linguagem é chamada pragmática. Em outras palavras, além do sentido de partida do enunciado, que prevê um arranjo sintático e um conteúdo semântico básico, há a aposição de uma força ilocucionária, isto é, a forma que o ato de fala ganha no momento em que é produzido. Para chegar a essa conclusão, o filósofo da linguagem J. L. Austin (1990) parte da seguinte questão: o que é produzir um enunciado? Para ele, é produzir três atos, simultaneamente. Ao mesmo tempo em que se produz um *ato ilocucionário*, que inclui um arranjo sintático e um conteúdo semântico, produz-se também um outro ato, o *ilocucionário*, responsável por um fazer: uma promessa, um batismo, um juramento etc. Mas produzir um ato de fala é, ainda, obter efeitos em razão desse ato; é, pois, cumprir, ao mesmo tempo, um *ato perlocucionário*. A proposição da simultaneidade desses três atos no momento em que se produz um único e mesmo enunciado é, a meu ver, a grande contribuição de Austin à reflexão sobre a linguagem. Com ela, esse filósofo da linguagem estabelece um campo de conhecimento que permite diferentes abordagens, pondo a reflexão lingüística em contato (confronto?) com a lógica (relação linguagem/mundo), com a própria pragmática (relação linguagem/ação) e com a retórica (relação linguagem/persuasão). Inclui, desse modo, no horizonte de reflexão: a problematização da linguagem como representação do mundo (diálogo com a lógica), a consideração da ação entre interlocutores (campo próprio da pragmática) e, finalmente, determina em que extensão se produz um efeito, calculado pela ação (verbal ou não-verbal) esperada da parte do interlocutor (diálogo com a retórica)”. (CORRÊA, 2002, p. 42)

²² Searle assim resume as críticas à taxonomia de Austin, em ordem crescente de importância: 1) confusão persistente entre verbos e atos; 2) nem todos os verbos são verbos ilocucionários; 3) excessiva sobreposição entre as categorias; 4) muitos dos verbos catalogados não satisfazem a definição dada para a categoria; 5) inexistência de princípio consistente de classificação. (SEARLE, 1995, p. 18).

ilocucionários acaba por promover uma sobreposição e heterogeneidade entre as categorias por ele propostas, enfraquecendo a sua classificação. (SEARLE, 1995, p. 15-16)

Note-se que as críticas²³ levadas a efeito não desnaturam a utilidade e a própria existência dos atos de fala; apenas denunciam a fragilidade nas tentativas de sistematização de uma teoria capaz de englobar os inúmeros atos de fala, dada a sua variação, subjetividade e generalidade.

A teoria dos atos de fala, sublinhando a importância dos aspectos pragmáticos da linguagem, será, também, uma fonte de inspiração para a idéia habermasiana do agir comunicativo.

2.1.3 Linguagem e vida social: a posição construtivista

Wittgenstein (2005, p. 15) atribui a toda palavra a existência de um significado, sendo este o objeto por ela designado. Promovendo uma analogia entre a *linguagem* e o *jogo*, entende-a não numa visão essencialista (voltada à busca de um *conceito* de linguagem), mas como uma atividade entrelaçada num conjunto de atividades que, semelhantemente a um *jogo*, envolve ações coletivas, de cooperação, disputa e competição, atuando os seus intervenientes na expressão das próprias regras à medida que o jogo se desenvolve. (WITTGENSTEIN, 2005, p. 33)

Na visão wittgensteiniana, as regras de projeção da linguagem nascem no interior da própria linguagem, voltadas para um contexto prático, o que acaba por conferir a ela o caráter de autonomia, sendo que, não obstante ser autônoma (separando-se do mundo o sistema lingüístico), o dualismo linguagem-mundo sempre persiste (MARQUES, 2003, p. 130-131). Wittgenstein foca a sua particular análise no aspecto volitivo (comportamento voluntário) do emitente da expressão lingüística, investigando acerca da região psicológica da vontade, a envolver aspectos como a crença, intenção e expectativa, indissociáveis ao sujeito no uso cotidiano da

²³ Ainda sobre as críticas à teoria dos atos de fala, acentua Koch: “Mais recentemente, a Teoria dos Atos de Fala tem sido alvo de críticas e recebido algumas reformulações. Uma das críticas é que a teoria é unilateral, colocando uma ênfase quase exclusiva no locutor – isto é, que trata da *ação*, mas não da *interação*. Critica-se, também, o fato de se levarem em conta basicamente enunciados isolados, examinados fora de um contexto real de uso. Um problema que se vem tentando sanar é o de não se terem levado em conta, na caracterização das atividades ilocucionais, seqüências maiores de enunciados ou textos”. (KOCH, 2007, p. 22)

linguagem, dando margem aos múltiplos jogos da linguagem por ele abordados (MARQUES, 2003, p. 174). Wittgenstein, na sua segunda fase, é o primeiro filósofo moderno a insistir na importância da pragmática para o significado, entrelaçando inextricavelmente a comunicação linguística com a vida social.

Não se concebe, entretanto, uma apreensão substancial da realidade por parte do sujeito. Invariavelmente, a compreensão de um texto não está imune à inevitabilidade do choque promovido entre o objeto cognoscível e o universo da pré-compreensão²⁴ do intérprete²⁵.

É nesta perspectiva que se desenvolve a filosofia hermenêutica de Gadamer (1997, p. 27-28):

Toda forma de compreender é enraizada na *situação hermenêutica* do sujeito, nessa espécie de “espaço” de que todos partimos, conscientes ou não, na medida em que conhecemos. Vincula-se ao conjunto de experiências trazidas na História que formam indissociavelmente nosso raio de visão e pré-moldam nossas interações intelectivas com os fenômenos que se postam à frente. (...) Assim sendo, o homem, ao interpretar qualquer fenômeno, já possui antecipadamente uma pré-compreensão difusa do mesmo, um *pré-conceito*, uma antecipação prévia de seu sentido, *influenciada pela tradição em que se insere* (suas experiências, seu modo de vida, sua *situação hermenêutica* etc.). Por esse motivo, fracassará todo empreendimento que intente compreender objetivamente, em absoluto, qualquer tipo de fenômeno, eis que a compreensão, como dito, sujeita-se também à tradição ao qual pertence aquele que se dá ao conhecer.

Essa realidade se revela, segundo Gadamer²⁶, não apenas no plano textual, mas

²⁴ Ainda sobre a incidência da pré-compreensão no processo interpretativo, explicita Larenz: “No sentido do processo do compreender existe, por regra, uma conjectura de sentido, mesmo que por vezes ainda vaga, que ocorre a inserir-se numa primeira perspectiva, ainda fugidia. O intérprete está munido de uma “pré-compreensão”, com que acede ao texto. Esta pré-compreensão refere-se à coisa de que o texto trata e à linguagem em que se fala dela. Sem uma tal pré-compreensão, tanto num como noutro processo, seria difícil, ou de todo impossível, formar-se uma “conjectura de sentido””. (LARENZ, 1997, p. 288)

²⁵ De fato, como explicita Gadamer: “Não existe seguramente nenhuma compreensão totalmente livre de preconceitos, embora a vontade do nosso conhecimento deva sempre buscar escapar de todos os nossos preconceitos. No conjunto da nossa investigação mostrou-se que a certeza proporcionada pelo uso dos métodos científicos não é suficiente para garantir a verdade. Isso vale, sobretudo, para as ciências do espírito, mas de modo algum significa uma diminuição de sua cientificidade. Significa, antes, a legitimação da pretensão de um significado humano especial, que elas vêm reivindicando desde antigamente”. (GADAMER, 1997, p. 631)

²⁶ “Compreender e interpretar se subordinam de uma maneira específica à tradição da linguagem. Para a compreensão vale o mesmo que para a linguagem. Ambas não devem ser tomadas apenas como um fato que se pode investigar empiricamente. Ambas jamais podem ser um simples objeto; abrangem, antes, tudo o que, de um modo ou de outro, pode chegar a ser objeto. Por fim, Gadamer discorre que a linguagem que vive no falar, que abarca toda a compreensão, inclusive a do intérprete dos textos, está tão envolvida na realização do pensar e do interpretar que verdadeiramente nos

igualmente no plano da conversação, daí a impossibilidade de se prever o seu sucesso ou o seu fracasso. A conversação, dotada que é de um espírito próprio, revela um processo dinâmico de acordo em que os sujeitos, abrindo espaço para os diversos pontos de vista, buscam a compreensão (GADAMER, 1997, p. 497-499)

A forma de realização desta compreensão é a *interpretação*, razão pela qual, para Gadamer (1997, p. 502-503), “todo compreender é interpretar” (conceitos indissociáveis), sendo que este interpretar se desenvolve no *medium* de uma linguagem²⁷.

A partir destes elementos, realçando o caráter condicionador da linguagem, Gadamer (1997, p. 577) vislumbra visões de mundo diferentes a partir da multiplicidade de tradições culturais em que cada um está imerso, razão pela qual os diversos mundos, separados no curso da história, apresentam grandes diferenças. Não obstante esta condicionalidade e conformidade de comportamento, viabilizadas pela tradição, o mundo está aberto a constantes transformações, já que a linguagem viabiliza entre os sujeitos a convergência de atitudes de mudança. Em outras palavras, a linguagem, ao mesmo tempo em que condiciona o comportamento, também viabiliza um agir transformador sobre o mundo. (GADAMER, 1997, p. 580)

Advêm daí as relações entre a linguagem e a vida social, não apenas no sentido de ver-se a linguagem como um elemento instrumental no processo social das interações intersubjetivas, mas sim como um algo essencial à própria construção desse referente comum aos falantes e geralmente identificado com a realidade objetiva. Gadamer é contemporâneo de Habermas e, tal qual ele, motivado pela consciência das relações entre linguagem e vida social, ainda que com um enfoque diferente.

A linguagem é vista por Berger e Luckmann (1985, p. 11) como uma qualidade pertencente a fenômenos independentes de nossa volição (no sentido de que não podemos desejar que não existam), destacando, entre as várias realidades, a realidade da vida cotidiana, considerada esta a “realidade por excelência”. Para eles,

restaria muito pouco se desconsiderássemos o conteúdo que nos transmitem as línguas e quiséssemos pensá-las unicamente como normas”. (GADAMER, 1997, p. 523-524)

²⁷ Para Gadamer, a linguagem tem a função de “deixar falar o objeto”, consistindo no “medium universal em que se realiza a própria compreensão”. (GADAMER, 1997, p. 502-503)

a realidade da vida cotidiana²⁸ possui singularidade pela impossibilidade de voltarmos as costas a ela, de ignorarmos a sua presença, estando cada um imerso na esfera que a circunscreve, onde os fenômenos se apresentam em padrões pré-estabelecidos e objetivados previamente à “entrada em cena” do sujeito no mundo. (BERGER; LUCKMANN, 1985, p. 38)

A realidade partilhada pelo sujeito com seus semelhantes promove a coexistência de suas vivências, gerando “um intercâmbio contínuo de expressividades, simultaneamente acessíveis a ambos os sujeitos no processo comunicativo”. (BERGER; LUCKMANN, 1985, p. 47)

Afirmam Berger e Luckmann (1985, p. 57) que “a vida cotidiana é, sobretudo, a vida com a linguagem”, daí resultando a importância de sua compreensão para a própria compreensão da realidade.

Por consequência, o acervo social de conhecimentos acaba sendo, por intermédio da linguagem, transmitido de geração a geração, estruturando-se o mundo em termos de rotina, e o conhecimento em termos de convivências. (BERGER; LUCKMANN, 1985, p. 64-65)

Vivo no mundo do senso comum da vida cotidiana equipado com corpos específicos de conhecimento. Mais ainda, sei que outros partilham, ao menos em parte, deste conhecimento, e eles sabem que eu sei disso. Minha interação com os outros na vida cotidiana é por conseguinte constantemente afetada por nossa participação comum no acervo social disponível do conhecimento. (BERGER; LUCKMANN, 1985, p. 62)

O principal efeito disto corresponde à estabilização das ações individuais, possibilitando a construção de um mundo social disposto numa ordem institucional, em que cada indivíduo passa a agir no plano de realidade que lhe é presente (entregue) e de acordo com as expectativas sociais dos outros indivíduos. (BERGER; LUCKMANN, 1985, p. 83)

²⁸ “A linguagem tem origem e encontra sua referência primária na vida cotidiana, referindo-se sobretudo à realidade que experimento na consciência em estado de vigília, que é dominada por motivos pragmáticos (isto é, o aglomerado de significados diretamente referentes a ações presentes ou futuras) e que partilho com outros de uma maneira suposta evidente. Embora a linguagem possa também ser empregada para se referir a outras realidades, o que será discutido a seguir dentro em breve, conserva mesmo assim seu arraigamento na realidade do senso comum da vida diária. Sendo um sistema de sinais, a linguagem tem a qualidade da objetividade. Encontro a linguagem como uma facticidade externa a mim, exercendo efeitos coercitivos sobre mim. A linguagem força-me a entrar em seus padrões”. (BERGER; LUCKMANN, 1985, p. 58)

O processo de adequação e ajustamento, lembram Berger e Luckmann (1985, p. 89), é experimentado desde a infância, com a sujeição das crianças ao comportamento disciplinado pelos adultos, sendo que quanto maior for a institucionalização da conduta, tanto maior será a previsibilidade de seu controle no plano social²⁹, daí repousar a *lógica das instituições* não nas *instituições*, mas na maneira como estas são tratadas no plano da reflexão social, valendo dizer que: “a consciência reflexiva impõe a qualidade de lógica à ordem institucional. (BERGER; LUCKMANN, 1985, p. 89-91)

A concepção de Berger e Luckmann (1985, p. 93) da existência de um *controle social* revela-se no fornecimento institucionalizado de regras de conduta transmitidas como uma “receita” a todos os membros do grupo social, definindo os papéis que devem ser desempenhados no contexto das instituições, capazes de controlar e predizer condutas e, ao mesmo tempo, enxergando qualquer desvio da ordem estabelecida como um afastamento da realidade, passível, portanto, de punição³⁰.

Vivemos em função de um universo *simbólico*, compartilhado por todos os homens que integram determinada sociedade e que, por fornecer a base de todos os *sentidos*, propicia a legitimação das práticas sociais, de tal sorte que a proposição de um “outro universo simbólico” reflete em uma *ameaça ao status quo*. (BERGER; LUCKMANN, 1985, p. 142)

Berger e Luckmann são tributários da sociologia fenomenológica de Alfred Schutz. A visão de mundo construtivista que eles elaboram, embora com construtos teóricos diferentes, é perfeitamente compatível com a teoria habermasiana do agir comunicativo. Com efeito, a teoria da construção dos universos simbólicos e de seu efeito legitimador é, com outros conceitos, paralela à tese habermasiana da construção do consenso verdadeiro fundamentador da verdade e da racionalidade.

De modo semelhante, os *usos*, de que falam Ortega y Gasset³¹, correspondem a

²⁹ “Ao nível das significações, quanto mais a conduta é julgada certa e natural, tanto mais se restringirão as possíveis alternativas dos “programas” institucionais, sendo cada vez mais predizível e controlada a conduta”. (BERGER; LUCKMANN, 1985, p. 89)

³⁰ “Nós estamos condenados a não poder sair da absoluta liberdade e indeterminação da linguagem e da argumentação e somos, por conseqüência, condenados a compreender a realidade a partir daquilo que aí é estatuído. Dentro desse contexto, o mundo vivido, as instituições e o **direito** têm a função de amortizar as instabilidades de tais formas de vida”. (DUTRA, 2005, p. 196)

³¹ “Ao seguir os usos, comportamo-nos como autômatos, vivemos por conta da sociedade ou coletividade. Esta, no entanto, não é algo humano ou sobre-humano; ao contrário: atua exclusivamente mediante o simples e puro mecanismo dos usos, dos quais ninguém é sujeito criador,

formas de comportamento socialmente impostas pela convivência, e adotadas, de uma forma ou de outra, “porque não tem remédio”. Estes usos, cuja principal característica é a irracionalidade, permitem aos indivíduos prever a conduta dos seus semelhantes, impondo, sob pressão, um determinado repertório de ações que obrigam o indivíduo a viver à altura dos tempos, injetando nele a herança acumulada do passado. (ORTEGA Y GASSET, 1973, p. 48-49)

Neste particular, as instituições sociais, através de mecanismos de coerção e sanção, promovem o forçado *ajuste* dos comportamentos desviantes ao conjunto das normas sociais vigentes no grupo.

Aí está, enfim, o papel da linguagem como mecanismo de controle social, na medida em que, ao estabelecer a ordem (estado da realidade), viabiliza a *realização* do mundo, apreendendo-o e produzindo-o, cuja eficácia realizadora é a *conversação*, de tal forma que “todos os que empregam a mesma língua são mantenedores da realidade”. (BERGER; LUCKMANN, 1985, p. 204)

Esta posição acrescenta credibilidade à hipótese de Sapir-Whorf, que postula uma diferenciação de racionalidades para falantes de línguas diferentes (CHANDLER, s. d.).

Nas palavras de Edward Sapir, escritas em 1929:

[...] é puro delírio imaginar que a pessoa ajusta-se à realidade de um modo que não seja essencialmente pelo uso da linguagem e que a linguagem seja meramente um meio incidental para resolver problemas específicos de comunicação e reflexão. O que acontece é que o ‘mundo real’ é, em grande medida, construído inconscientemente sobre os hábitos lingüísticos do grupo. Não há duas linguagens suficientemente semelhantes para que se considere representarem a mesma realidade social³².

Em 1940, seu discípulo Benjamim Lee Whorf diria:

responsável e consciente. E, como a “vida social ou coletiva” consiste nos usos, essa vida não é humana, é algo intermédio entre a natureza e o homem, é uma quase-natureza e como a natureza: irracional, mecânica e brutal. Não há uma “alma coletiva”. A sociedade, a coletividade é a grande desalmada, - já que é o humano naturalizado, mecanizado e como que mineralizado. Por isso está justificado que a sociedade se chame “mundo” social. Não é, com efeito, tanto “humanidade” como “elemento inumano” em que a pessoa se encontra. Não obstante, a sociedade, ao ser mecanismo, é uma formidável máquina de fazer homens.” (ORTEGA Y GASSET, 1973, p. 49)

³² No original: “It is quite an illusion to imagine that one adjusts to reality essentially without the use of language and that language is merely an incidental means of solving specific problems of communication or reflection. The fact of the matter is that the ‘real world’ is to a large extent unconsciously built upon the language habits of the group. No two languages are ever sufficiently similar to be considered as representing the same social reality”. (SAPIR, 1958, p. 159 apud CHANDLER, s.d.)

[...] o mundo se apresenta como um fluxo caleidoscópico de impressões que têm de ser organizadas por nossas mentes – e isto significa, em grande medida, pelos sistemas linguísticos de nossas mentes. Decompomos a natureza, organizamo-la por meio de conceitos e atribuímos significados pelo modo como o fazemos, em grande medida, porque fazemos parte de um acordo para organizá-la deste modo – acordo que se sustenta em nossa comunidade comunicacional e está documentada nas formulações de nossa linguagem. É claro que o acordo é implícito e não declarado, mas seus termos são completamente obrigatórios; sem subscrevermos os dados de organização e classificação determinados pelo acordo, não podemos, sequer, falar³³.

A hipótese de Sapir-Whorf parece antecipar, como conjectura, a teoria habermasiana da razão comunicativa.

A linguagem revela-se, assim, não apenas no *medium* da apreensão da realidade e do seu compartilhamento aos membros do grupo, descortinando-se, muito além, no próprio mecanismo legitimador dos padrões sociais, estabilizando as ações individuais dos seus membros no plano das vivências socialmente sentidas. Em outras palavras, somos condicionados pela linguagem e, desta forma, condicionados a reproduzir e cumprir as regras e convenções por ela estabelecidas.

Percebe-se, portanto, que a comunicação não tem, na vida social, um papel meramente instrumental, mas constitui-se em elemento dinâmico com caráter estruturante da própria realidade que pode ser conhecida e reconhecida intersubjetivamente. Além disso, serve para ordenar os comportamentos humanos, justificando expectativas recíprocas de desempenho. É esta compreensão que vai inspirar Jürgen Habermas, ao buscar, no modelo da discussão racional, o fundamento das pretensões de verdade e, na possibilidade desse fundamento, a própria definição de racionalidade.

Este é o assunto das próximas seções.

2.2 TIPOLOGIA DAS AÇÕES EM HABERMAS

Embora a linguagem seja um instrumento privilegiado de comunicação, esta não se

³³ No original: “the world is presented in a kaleidoscopic flux of impressions which has to be organized by our minds – and this means largely by the linguistic systems in our minds. We cut nature up, organize it into concepts, and ascribe significances as we do, largely because we are parties to an agreement to organize it in this way – an agreement that holds throughout our speech community and is codified in the patterns of our language. The agreement is, of course, an implicit and unstated one, but its terms are absolutely obligatory; we cannot talk at all except by subscribing to the organization and classification of data which the agreement decrees”. (WHORF, 1940, p. 213-214 apud CHANDLER, s. d.)

resume apenas à interação mediada pelo idioma. Com efeito, assim como a teoria dos atos de fala mostra que, entre as funções da linguagem, estão aquelas de alterar o mundo concreto mediante, por exemplo, atos perlocucionários de comando, conhece-se uma linguagem não verbal, ou seja, a produção de signos linguísticos cujo significado convencional é compreendido pelos participantes de uma determinada comunidade comunicacional.

Não é, portanto, de difícil compreensão que a cada ação humana tanto o agente quanto terceiros interessados queiram atribuir um significado, no caso associado à intencionalidade da ação.

Jürgen Habermas³⁴ desenvolveu minuciosa teoria acerca da ação em face de seu conteúdo comunicacional. Dessa teoria tratam o presente capítulo e o subsequente.

Jürgen Habermas concebe uma divisão das ações³⁵ em *ações sociais* e *ações não-sociais*. Na ação social o sujeito se relaciona com outros atores em múltiplos aspectos cognitivos, entrando em contato com a realidade intersubjetivamente compartilhada com seus pares. Este mundo social abriga um contexto normativo que fixa que interações regem as correspondentes normas (por quem estas são aceitas como válidas), pertencendo ao mesmo mundo social. (HABERMAS, 1984b, p. 88)

Já na ação não social, a orientação do sujeito está voltada, exclusivamente, para o êxito diante do mundo externo, atuando com vistas a alcançar um objetivo. Esta atuação racional corresponde exatamente à ação instrumental, na qual o agente, atuando tanto frente ao prognóstico acerca de acontecimentos observáveis quanto das regras do agir, busca o atingimento de seus próprios fins diante do mundo (PIZZI, 2005, p. 78). Em outras palavras, a sua atuação visa fins próprios, independentemente de atuação subjetiva compartilhada com outros sujeitos, restringindo-se, neste caso, a racionalidade ao mundo objetivo, com a utilização de

³⁴ Filósofo alemão, originário da Escola de Frankfurt (em que se destacam Max Horkheimer e Theodor Adorno), erigiu uma revolucionária teoria cujo instrumental possibilitou uma nova dimensão e alcance no estudo do agir, com aplicabilidade em múltiplos temas da atualidade. Sua obra **Theorie des Kommunikativen Handelns** (Teoria da Ação Comunicativa, volumes I e II) será citada nesta tese pela edição americana. A razão disto é, não apenas o tradutor, Thomas McCarthy, ser considerado um dos mais expressivos estudiosos do pensamento de Habermas, mas, no dizer do próprio McCarthy, ter sido ele “profundamente tranquilizado pela boa vontade do autor [Habermas] em ler completamente uma primeira versão e sugerir todas as mudanças que considerou adequadas”. (HABERMAS, 1984b, p.v) Desse modo, a tradução americana alcança a autoridade da original.

³⁵ Habermas denomina de “ação” a manifestação simbólica em que o autor entra em relação com o mundo (mundo objetivo das coisas, mundo social das normas ou o mundo subjetivo dos afetos). (HABERMAS, 1984b, p. 96)

regras técnicas assentadas sobre um saber empírico.

Habermas dá enfoque às ações sociais, promovendo uma distinção entre: teleológicas, normativas, dramatúrgicas, comunicativas e estratégicas (ou teleológico-estratégicas), constituindo estas a tipologia³⁶ que se passa a analisar.

2.2.1 Ação teleológica

A ação teleológica pressupõe relações entre um ator e o mundo de estados de coisas existentes, sendo o mundo objetivo definido como a totalidade de estados de coisas que existem ou que podem se apresentar ou ser produzidos mediante uma adequada intervenção no mundo. Esta concepção de mundo remonta a Wittgenstein na primeira fase³⁷.

Este modelo dota o agente de um complexo cognitivo-volitivo de modo que este pode, de um lado, mediante suas percepções, formar opiniões sobre os estados de coisas existentes e, de outro, desenvolver intenções com a finalidade de trazer à existência os estados de coisas desejados. (HABERMAS, 1984b, p. 87). Habermas classifica como ação teleológica um conceito que pressupõe um só mundo (o mundo objetivo), cujas regras de ação materializam um saber técnico e estrategicamente utilizável, susceptível a críticas no que toca às suas pretensões de verdade, e susceptível de melhora pela via do saber teórico-empírico. (HABERMAS, 1984b, p. 333)

Este agir teleológico (instrumental) opera sobre fatos empíricos, já que se limita à descrição da atividade teleológica interveniente no mundo objetivo para o atingimento de determinado fim. Sua eficácia, baseada num conceito instrumental de verdade, está condicionada às circunstâncias de manipulação das leis da natureza. (PIZZI, 2005, p. 81-82)

O que se avalia, aqui, é o êxito do agente em transformar a sua realidade exterior, traçando um juízo valorativo sobre sua competência empírica, na medida da

³⁶ Pizzi, enfocando as três principais categorias de ação em Habermas (teleológica, estratégica e comunicativa), distingue-as da seguinte forma: a ação teleológica (dita instrumental) vincula-se ao seguimento de regras técnicas e às ponderações do ponto de vista da eficácia de uma intervenção no mundo físico; a ação estratégica supõe a afluência de um sujeito sobre os demais; já a ação comunicativa pressupõe a busca, pelos agentes, do entendimento. (PIZZI, 2005, p. 80)

³⁷ “o mundo é tudo aquilo que é o caso. O mundo é a totalidade dos fatos, não das coisas. (WITTGENSTEIN, 1947, p. 31)

adequação entre os meios por ele empregados e a eventual consecução dos fins por ele pretendidos. Na ação teleológica, o agente atua com propósitos instrumentais visando ao êxito, na superação de obstáculos do mundo objetivo, atuando racionalmente e tendo como fulcro o sucesso de sua ação, utilizando-se, para isso, de uma racionalidade instrumental.

Em outras palavras, o falante articula meios e fins, aplicando os meios que lhe são disponíveis no mundo objetivo, e orientando-se racionalmente para o alcance de interesses próprios, regendo-se sua ação pela constatação empírica das regras da eficiência, numa relação dada entre o sujeito e o mundo objetivo. Observe-se que esta racionalidade instrumental não difere daquela preconizada pelo Iluminismo e que presidiu ao desenvolvimento das ciências da natureza. Por outro lado, os interesses que inspiram estas ações são particulares ao agente, nada se dizendo a respeito de como alcançariam terceiros interessados. Adotada a visão do racionalismo tradicional, a ação teleológica seria concebível para um sujeito solipsista.

2.2.2 Ação normativa

A ação normativa (ação regulada por normas) pressupõe, segundo Habermas, relações entre um ator e dois mundos – o mundo objetivo de estados de coisas existentes e o mundo social, no qual esse ator, em sua qualidade de sujeito, interage com outros atores, iniciando-se entre eles interações normativamente reguladas (HABERMAS, 1984b, p. 88). Nesta ótica, todos os atores que se regem pelas correspondentes normas (para quem estas são aceitas como válidas), pertencem ao mesmo mundo social (aqui, o mundo das normas), válido para todos os seus destinatários. De acordo com Habermas, ditas normas gozam de validade social ou vigência quando são reconhecidas pelos seus destinatários como válidas ou justificadas, já que merecedoras do assentimento de todos os que são por elas afetados (HABERMAS, 1984b, p.88). Vê-se, desde logo, que a justificação das normas depende da aceitação consensual das pretensões de validade, o que, em última análise, subordina a idéia de ação normativa a um conceito fundamental: o de ação comunicativa.

Assim, os membros de um grupo social podem legitimamente esperar uns dos

outros que cada um deles oriente as suas ações pelos valores normativamente fixados por todos os afetados, constituindo este modelo de ação um complexo motivacional que determina o comportamento conforme as normas. Pode-se avaliar, nesse sentido, se os motivos e ações de um ator estão em consonância com as normas vigentes, bem como se as normas encarnam valores que expressam interesses susceptíveis de universalização pelos seus destinatários, critério para a sua aferição como legítimas ou ilegítimas. (HABERMAS, 1984b, p. 89)

O modelo de ação normativa pressupõe, então, a possibilidade de o agente distinguir entre os componentes fáticos e os componentes normativos de sua ação; entre as condições, meios e valores, podendo os sujeitos implicados adotar tanto uma atitude de conformidade como de inconformidade diante das normas (HABERMAS, 1984b, p. 90).

Dito de outro modo, na ação normativa, o sujeito posiciona-se frente aos valores, costumes e normas sociais instituídas no meio social, como seu destinatário, sendo sua atuação racional, intersubjetivamente compartilhada com os demais sujeitos, a condição de legitimação (assentimento) de ditos valores, costumes e normas no plano existencial.

Considera-se, aqui, a existência de dois mundos (mundo objetivo e mundo social), em que o sujeito, atuando sobre um contexto normativo em que está inserido e afetado, posiciona-se assentindo ou dissentindo à observância dos valores socialmente existentes, sendo que, na medida em que se representarem valores universalizáveis (aceitos reflexivamente por seus destinatários) encontrarão legitimidade e validade pelos sujeitos sociais.

2.2.3 Ação dramática

No que tange à ação dramática, na tipologia habermasiana ela não se refere nem a um ator solitário nem ao membro de um grupo social, mas a participantes em uma interação, constituindo, uns para os outros, um público diante do qual colocam-se a si mesmos em cena. Neste contexto, o ator suscita em seu público uma determinada imagem ou impressão de si mesmo, revelando a sua própria subjetividade e controlando o acesso dos demais à esfera de seus próprios sentimentos, pensamentos, atitudes e desejos, a que somente ele tem acesso privilegiado.

(HABERMAS, 1984b, p. 85-86)

Na ação dramaturgica os sujeitos implicados governam sua interação regulando o recíproco acesso à própria subjetividade. Não se trata, segundo Habermas, de um comportamento expressivo espontâneo, mas de uma estilização da expressão das próprias vivências, feita com vista aos expectadores. (HABERMAS, 1984b, p. 86). Ditas ações podem ser recusadas como enganos ou autoenganos, cujos padrões de valor dependem, por sua vez, de inovações no âmbito das expressões valorativas, a exemplo das obras de arte. (HABERMAS, 1984b, p. 334)

A ação dramaturgica pressupõe, assim, um interesse subjetivo ulterior do agente, que, na própria ação, coloca-se em cena: “Do ponto de vista da ação dramaturgica, entendemos a ação social como uma reunião em que os participantes constituem-se em público visível uns para os outros, e cada um representa, para que os outros assistam”³⁸. (HABERMAS, 1984b, p. 90)

A ação dramaturgica, equiparada por Habermas a uma “representação teatral”, coloca frente a frente atores sociais que se relacionam intersubjetivamente, engendrando uma conexão entre as suas expressões subjetivas, fazendo revelar um universo que é próprio a cada um, mas que é, ao mesmo tempo, compartilhado por todos os outros atores. Assim, compreende dois mundos: um mundo interior subjetivo e um mundo exterior objetivo. A ação dramaturgica não abriga o pressuposto de veracidade. Portanto, a intenção do ator que representa não é a comunicação de uma verdade, mas a formação de uma opinião segundo interesses que não são necessariamente universalizáveis. Desse modo, a ação dramaturgica tem, em seu âmago, uma intenção estratégica.

2.2.4 Ação comunicativa

Na tipologia habermasiana de ação, destaca-se a ação comunicativa³⁹, na qual dois

³⁸ No original: “From the perspective of dramaturgical action we understand social action as an encounter in which participants form a visible public for each other and perform for one another”.

³⁹ No original: “The concept of *communicative action* refers to the interaction of at least two subjects capable of speech and action who establish interpersonal relations (whether by verbal or by extraverbal means). The actors seek to reach an understanding about the action situation and their plans of action in order to coordinate their actions by way of agreement. The central concept of *interpretation* refers in the first instance to negotiating definitions of the situation which admit of consensus. As we shall see, language is given a prominent place in this model”. (HABERMAS, 1984b, p. 86)

ou mais sujeitos capazes de linguagem e de ação buscam o entendimento, coordenando de comum acordo seus planos de ação. Esta ação envolve o conceito central de interpretação, referindo-se à negociação de definições da situação susceptíveis de consenso, desempenhando a linguagem um papel fundamental.

Habermas, aqui, refere-se tanto a formas “ingênuas” como a “reflexivas” de comunicação, orientando-se a ação comunicativa por pretensões de verdade, capazes de levar, por um juízo racional, à resolução de controvérsias, desenvolvendo-se formas institucionalizadas de fala argumentativa em que as pretensões de verdade, colocadas inicialmente de forma ingênua (e imediatamente respondidas em sentido afirmativo ou negativo) podem se converter em tema para pretensões de verdade controvertidas. (HABERMAS, 1987, p. 74)

Como a ação comunicativa exige uma orientação por pretensões de verdade, remete de antemão à possibilidade de que os participantes na interação distingam com maior ou menor clareza quanto à influência de uns sobre os outros e o entendimento de uns em relação aos outros. (HABERMAS, 1987, p. 74)

Destaca Habermas, aqui, um aspecto fundamental na ação comunicativa, com vistas à relevância do papel que desempenha: o de servir à tradição, integração e renovação do saber cultural, bem como à criação de solidariedade e à formação de identidades pessoais. Isso porque, para ele, as estruturas simbólicas do mundo da vida se reproduzem por via da continuação do saber válido, da estabilização da solidariedade dos grupos e da formação de atores capazes de responder por suas ações.⁴⁰

Na ação comunicativa, mesmo que os interlocutores não aceitem o resgate efetivo das pretensões dos demais (validade de suas enunciações), conferem a todos os participantes os mesmos direitos no processo de entendimento. (REESE-SCHAFER, 2008, p. 47)

É por esta razão que não se pode explicar a pretensão de validade das normas sem se recorrer ao acordo racionalmente motivado, ou sem a convicção de que o

⁴⁰ No original: “Under the functional aspect of *mutual understanding*, communicative action serves to transmit and renew cultural knowledge; under the aspect of *coordinating action*, it serves social integration and the establishment of solidarity; finally, under the aspect of *socialization*, communicative action serves the formation of personal identities. The symbolic structures of the lifeworld are reproduced by way of the continuation of valid knowledge, stabilization of group solidarity, and socialization of responsible actors”. (HABERMAS, 1987, p. 137)

consenso pode efetuar-se com *razões*. Na visão de Habermas (1980, p. 133):

O modelo apropriado é mais a comunidade de comunicação daqueles afetados, que, enquanto participantes num discurso prático testam as pretensões de validade das normas e, na extensão em que aceite com razões, cheguem à convicção que em dadas circunstâncias as normas propostas então 'certas'. A pretensão de validade das normas baseia-se não nos atos volitivos irracionais das partes contratantes e sim no reconhecimento racionalmente motivado das normas, que pode ser questionado em qualquer tempo. O componente cognitivo das normas não é, pois, limitado ao conteúdo proporcional das expectativas normatizadas de comportamento. A pretensão de validade normativa é em si cognitiva, no sentido da suposição (embora contra os fatos), que poderia ser redimensionada discursivamente, isto é, fundamentada no consenso dos participantes através da argumentação.

Habermas (1980, p. 133) desloca constantemente o foco de sua argumentação para o campo da justificação das ações. Um exemplo disso é a afirmação de que “uma ética desenvolvida sobre linhas imperativistas carece de uma necessária justificação”, o que só poderia ser contornado por uma argumentação moral.

Quanto ao *discurso*⁴¹ racionalmente realizado pelos sujeitos, este teria como objeto as pretensões de verdade dos interlocutores, cujos temas e contribuições (irrestritos), não sofreriam qualquer espécie de força (coerção), sendo a única força prevalecente a força do melhor argumento. A *vontade racional*, por seu turno, revelar-se-ia no consenso racionalmente justificado pelo uso da argumentação. (HABERMAS, 1980, p. 136-137)

De acordo com Habermas (1980, p. 136-137):

Desde que em todos os afetados, em princípio, pelo menos a possibilidade de participar nas deliberações práticas e a “racionalidade” da vontade formada discursivamente, consistem no fato que as expectativas recíprocas de comportamento, erguidas ao status normativo, reclamam validade a um interesse *comum* combinado sem *decepção*. O interesse é comum, porque o consenso livre de constrangimento permite apenas o que *todos* podem querer; é livre de decepção, porque até a interpretação das necessidades, na qual cada indivíduo precisa estar apto para reconhecer o que ele quer, torna-o o objeto de formação discursiva da vontade. A vontade, formada discursivamente, pode ser chamada “racional”, porque as propriedades formais do discurso e da situação deliberativa garantem suficientemente que um consenso só pode surgir através de interesses *generalizáveis*, interpretados apropriadamente, pelo que quero dizer necessidades *que podem ser participadas comunicativamente*. Os limites de um tratamento decisionista de questões práticas são superados assim que, enquanto argumentação, for esperado testar a *capacidade de generalização* dos interesses, invés de se resignarem a um impenetrável pluralismo de

⁴¹ Em alemão, *diskurs*, traduzido, dependendo do tradutor, ora como *discurso*, ora como discussão racional.

orientações de valores aparentemente últimos (ou atos de crença ou atitudes).

A consequência fundamental da noção habermasiana de ação comunicativa⁴² está em que, na medida em que as normas expressem interesses universalizáveis baseados num consenso racional, elas passarão a ser justificáveis, distinguindo-se, por esta natureza, das normas que meramente estabilizam relações de força (HABERMAS, 1980, p. 141). Esta, aliás, é a razão pela qual a discussão do conceito de *justiça* se deve fazer em termos de ação comunicativa e não de ação normativa.

Segundo Habermas (1980, p. 153), a própria idéia de *Deus* corresponde ao nome para uma “estrutura comunicativa que força os homens, sob pena da perda da sua humanidade, a ir além da sua natureza acidental, empírica, para um encontrar o outro *indiretamente*, isto é, rumo a algo objetivo que não eles próprios”. Assim, a idéia de *Deus* estaria transformada em um conceito de *logos* que determinaria a comunidade dos crentes no real contexto de uma sociedade auto-emancipadora.

Habermas parte do ponto de vista de que as afirmações a respeito do mundo estão obrigadas a justificar-se argumentativamente, a fim de satisfazerem as pretensões de verdade universais (verdade, correção normativa e sinceridade). Assim, sendo aceitas determinadas afirmações como válidas, elas constituem faticidade para nossas pretensões de verdade; não sendo aceitas como válidas, inexistirá entendimento comunicativo, por ausente a coordenação das ações entre os participantes. (SIMIONI, 2007, p. 59)

É através do agir comunicativo⁴³ que se produzem as estruturas simbólicas do mundo da vida, comportando a linguagem a razão comunicativa em forma de

⁴² Sobre a experiência comunicativa, Habermas afirma que ela emerge de um contexto de interação que liga pelo menos dois sujeitos no quadro de intersubjetividade linguisticamente produzido pelo entendimento quanto a significações constantes, sendo que o *observador* é tão participante quanto o *observado*. (HABERMAS, 2009, p. 147-148).

⁴³ Habermas faz uma distinção entre o *agir comunicativo em sentido forte* e o *agir comunicativo em sentido fraco*. “No agir comunicativo em sentido forte, os envolvidos não só partem do pressuposto de que se orientam por fatos e dizem o que consideram verdadeiro e o que pensam, mas também da idéia de que perseguem seus planos de ação apenas dentro dos limites de normas e valores vigentes. Na base do agir comunicativo em sentido fraco está a suposição de um mundo objetivo que é o mesmo para todos; no agir comunicativo em sentido forte, os envolvidos contam apenas com um mundo social intersubjetivamente partilhado por eles”. E continua: “Enquanto no agir comunicativo em sentido fraco apenas atos de fala constataativos e expressões de vontade sem autorização normativa entram em jogo, o agir comunicativo em sentido forte exige um uso da linguagem que também se refira a algo num mundo social”. (HABERMAS, 2004b, p. 120)

pretensão de verdade, e, com ela, a capacidade dos participantes em chegarem a um consenso fundamentado argumentativamente. (SIMIONI, 2007, p. 153)

A autocompreensão promovida na interação humana é simultânea, correspondendo a uma simultaneidade de entendimento, articulada tanto na totalidade das relações da vida (intersubjetivamente compartilhada com outros sujeitos), como no horizonte intra-subjetivamente experienciado do sujeito consigo mesmo. (FERREIRA, 2000b, p. 91)

A competência dos sujeitos não é apenas lingüística, mas também comunicativa, vinculada a um processo de interação lingüística dentro de um contexto de ação. Este processo dinâmico da comunicação se dá pela emissão de opiniões numa forma privilegiada de comunicação entre os sujeitos (espaço livre de argumentação), onde a única força presente é a força do melhor argumento. (PIZZI, 2005, p. 71)

Nesta ótica, Pizzi (2005, p. 73) afirma que a estrutura da linguagem, apoiada numa base racional, promove o espaço para a reconstrução das condições de um entendimento possível, superando-se a teoria do conhecimento calcada na relação sujeito-objeto pela prática comunicativa dos sujeitos participantes de uma discussão racional no uso pragmático da linguagem.

A linguagem assume, assim, uma importância nuclear na tipologia da ação em Habermas, sobretudo na sua concepção de ação comunicativa. Para Pizzi (2005, p. 64-65), a competência comunicativa relaciona-se à “capacidade dos sujeitos em insistirem em uma compreensão *mútua* das pretensões de validade” na busca de um acordo, cuja interação se dá tanto na esfera da intersubjetividade (relação dos sujeitos entre si) como na esfera dos objetos (sobre os quais se entendem), num modo de vida comunicativo⁴⁴.

Para Habermas, no modelo comunicativo de ação a linguagem só é relevante do ponto de vista pragmático de que os interlocutores, ao fazerem uso de

⁴⁴ Pizzi, sobre o modo de vida comunicativo: “Por modo de vida comunicativo se compreende o procedimento por meio do qual os sujeitos examinam o comum a todos, alimentando práticas e orientações simbólicas concernentes à compreensão, interpretação, cooperação e justificação do agir. Uma forma de vida comunicativa relaciona-se, portanto, à práxis social, cujas relações se desenvolvem a partir de convicções e definições comuns, ou seja, de um mundo intersubjetivamente compartilhado. Não se trata, pois, de estruturas e regras de uma linguagem articular, mas de processos que envolvem a articulação dos concernidos (ou supostamente implicados)”. (PIZZI, 2005, p. 69)

proferimentos⁴⁵ voltados ao entendimento, contraem relações com o mundo não só diretamente (como na ação teleológica), mas também de um modo reflexivo.

Na ação comunicativa os sujeitos não se referem a algo no mundo objetivo, social ou subjetivo, mas relativizam as suas manifestações ou emissões contando com a possibilidade de que a validade destas possa ser discutida por outros atores. Nesta ótica, o entendimento funciona como um mecanismo coordenador da ação, de tal forma que os participantes da interação se põem de acordo sobre a validade que pretendem para suas proposições, ou seja, que reconhecem intersubjetivamente as pretensões de verdade com que se apresentam uns frente aos outros (HABERMAS, 1984b, p. 98-99).

Aqui, os próprios atores buscam um consenso, submetendo as suas proposições aos critérios da verdade, da retidão e da veracidade entre os atos de fala e os três mundos com os quais o locutor contrai relações. (HABERMAS, 1984b, p. 99)

Frise-se que a noção de *acordo* concebida por Habermas não corresponde à noção usual (concebida no senso comum). Para Habermas, um acordo (alcançado comunicativamente) não pode apenas ser induzido por um influxo exercido de fora, mas tem, do contrário, *de ser aceito como válido pelos seus participantes*, diferenciando-se, portanto, de uma mera coincidência fática.

Assim, os processos de entendimento, segundo Habermas, têm como meta um acordo que “satisfaça as condições de um assentimento, racionalmente motivado, ao conteúdo de uma emissão”, tendo, portanto, uma base racional, e não sendo imposto por nenhuma das partes, razão pela qual os acordos obtidos com força ou violência não podem ser subjetivamente reconhecidos como acordos. (HABERMAS, 1984b, p. 287)⁴⁶ A essa situação em que os interlocutores trocam livremente argumentos capazes de convencer⁴⁷, sem nenhuma coerção externa, lançando mão,

⁴⁵ Proferimentos distinguem-se das sentenças de que se compõem. Enquanto as sentenças representam composições linguísticas suscetíveis de análise sintática e semântica, os proferimentos são de natureza pragmática, representando o uso dessas sentenças em situações reais de fala.

⁴⁶ No original: “A communicatively achieved agreement has a rational basis; it cannot be imposed by either party; whether instrumentally through intervention in the situation directly or strategically through influencing the decisions of opponents. Agreement can indeed be objectively obtained by force; but what comes to pass manifestly through outside influence or the use of violence cannot count subjectively as agreement. Agreement rests on common *convictions*”.

⁴⁷ Utilizar-se-á a palavra *convencer* relacionando-a à *mudança da opinião do interlocutor mediante argumentos logicamente irrepreensíveis* e, a palavra *persuadir*, referindo-a à *mudança da opinião do interlocutor por quaisquer meios, lógicos ou não*. Deste modo, uma falácia pode ser base de persuasão, mas não de convencimento.

entre si, de todos os tipos de atos de fala, será chamada *situação de fala ideal*⁴⁸.

Com efeito, a ação comunicativa⁴⁹ reafirma a ordem social na medida em que dito acordo legitima as pretensões de verdade sustentadas pelos atores, confrontadas que são aos juízos de verdade (se as pretensões de verdade existem no mundo fático), correção (se as pretensões de verdade se adéquam às normas vigentes) e sinceridade (se as pretensões de verdade representam de forma autêntica os sentimentos de cada sujeito).

Concebe-se, assim, a ação comunicativa como uma interação entre sujeitos livres e em igualdade de condições, que, intersubjetivamente, sustentam suas pretensões de verdade num agir racional em direção ao consenso (entendimento mútuo), e tendo como *medium* a linguagem, prevalecendo unicamente a força do melhor argumento. Nesta modalidade de ação, os sujeitos participantes do discurso atuam em cooperação para o atingimento de um acordo comum que sirva de base racional para as suas ações.

A ação comunicativa abre espaço para a defesa das idéias e para a busca racional de consenso entre os participantes. Nesta perspectiva, a *situação de fala ideal*, apesar de reconhecida como utópica pelo próprio Habermas, deve ser pressuposta no contexto social, a fim de que a comunicação possa desenvolver-se em seu espectro de racionalidade.

2.2.5 Ação estratégica (teleológico-estratégica)

Finalizando a tipologia habermasiana de ação, passa-se à denominada *ação estratégica*. Segundo Habermas, a ação teleológica converte-se em ação estratégica quando no cálculo que o agente faz de seu êxito intervém a expectativa de decisões de ao menos outro agente que também atua visando à realização de seus próprios

⁴⁸ Entende Habermas como situação de fala ideal o espaço equitativamente oportunizado de fala a todos os atores num discurso, ausente em seu contexto qualquer forma de coação ou pressão interna ou externa, tendo, como única regra racionalmente válida, a força do melhor argumento.

⁴⁹ “Por meio das evidências culturalmente adquiridas, das solidariedades de grupo intuitivamente presentes e das competências dos indivíduos socializados, consideradas como *know how*, a razão que se manifesta na ação comunicativa se mediatiza com as tradições, com as práticas sociais e os complexos de experiências ligadas ao corpo, que sempre se fundem em uma totalidade *particular*.” (HABERMAS, 2000, p. 452)

propósitos. (HABERMAS, 1984b, p. 85)⁵⁰

Note-se que Habermas (1984b, p. 87) faz clara distinção entre a ação teleológica e a ação estratégica. Enquanto a primeira pressupõe a existência de um só mundo (o mundo objetivo), a ação estratégica pressupõe a existência de ao menos dois sujeitos que atuam com vistas à obtenção de um fim, e que realizam os seus propósitos orientando-se e influenciando sobre as decisões de outros atores⁵¹.

No modelo estratégico de ação, a linguagem é utilizada como um *medium* através do qual os interlocutores, orientando-se em direção ao seu próprio êxito, podem influir uns sobre os outros com o fim de induzir o oponente a formar opiniões ou de realizar as intenções que lhes convêm, em direção a seus próprios fins⁵².

Traçando precisa diferenciação entre a ação teleológica, comunicativa e estratégica, Araújo (2004, p. 249) discorre que na primeira o falante se comporta de forma racional em relação aos estados de coisa existentes (sem a interveniência de outros atores). Na segunda, prevalece o caráter argumentativo e consensual da linguagem, promovendo-se entendimento e acordo. Já na última modalidade citada, prevalece a influência de cada ator sobre os demais⁵³.

Certos comportamentos racionais, utilizando como meios de controle o dinheiro e o poder, estabelecem relações estratégicas sobre as decisões de outros participantes,

⁵⁰ No original: “The teleological model of action is expanded to a *strategic* model when there can enter into the agent’s calculation of success the anticipation of decisions on the part of at least one additional goal-directed actor. This model is often interpreted in utilitarian terms; the actor is supposed to choose and calculate means and ends from the standpoint of maximizing utility or expectations of utility”.

⁵¹ Ainda sobre a diferenciação entre o agir instrumental e o agir estratégico, Pizzi explica que: “A expressão *ação estratégica* limita-se a “designar o *tipo* de agir que é, ao mesmo tempo, social e orientado em função de meios-fins”. Logo, se o agir instrumental organiza os meios para a manipulação de objetos, a ação estratégica tem como ponto de referência o êxito do falante diante de um oponente racional. Nas “interações estratégicas”, os meios comunicativos utilizam a linguagem, sem, todavia, preocupar-se com a interação entre os diferentes planos dos participantes. Assim, o êxito da ação depende do “grau de eficácia colhido na tentativa de influenciar as decisões de um oponente racional”. (PIZZI, 2005, p. 82)

⁵² No original: “The teleological model of action takes language as one of several media through which speakers oriented to their own success can influence one another in order to bring opponents to form or to grasp beliefs and intentions that are in the speakers’ own interest”. (HABERMAS, 1984b, p. 95)

⁵³ A mesma diferenciação estabelece Habermas (1984b, p. 285) em seu quadro explicativo entre a ação teleológica (espécie de ação não-social, também denominada de *instrumental*), e as ações comunicativa e estratégica (espécies de ação social):

Orientação Situação	Orientada ao êxito	Orientada ao entendimento
Não social	Ação instrumental	-----
Social	Ação estratégica	Ação comunicativa

(Tradução do autor)

induzindo a processos de formação lingüística de consenso (HABERMAS, 1987, p. 280). Este, entretanto, não é o consenso verdadeiro, porque alcançado por meios outros que não a livre aceitação de argumentos substanciais.

Deve-se ponderar, com Habermas (1993, p. 98), que, apesar de quaisquer de nós podermos manipular outros sujeitos, nem todos se portam sempre dessa forma, pois, se tal ocorresse, a própria “categoria da *mentira* perderia o seu sentido”, com reflexos profundos na própria tradição de socialização entre os seres humanos.

Na ação estratégica, o falante pode incitar o ouvinte a tomar decisões cujas conseqüências são favoráveis só para si mesmo, nesse caso influenciando o opositor a aceitar que o alcance de seus fins “é conveniente para todos, ou seja, que tais fins representam não apenas o seu próprio êxito, mas também a satisfação dos interesses de todos os participantes”. (PIZZI, 2005, p. 83)

Pizzi (2005, p. 83-84) lembra que a influência de um ator sobre um outro pode ensejar, inclusive, a utilização de ameaças, julgamentos ou promessas de gratificação, fato que identifica a ação estratégica como o êxito a ser alcançado, afastando-a das características de liberdade próprias à ação comunicativa.

A concepção de ação estratégica em Habermas é ampla, e compreende tanto uma ação estratégica *ostensiva* (em que o receptor tem consciência da intenção do emissor de agir conforme seus propósitos particulares), quanto de forma *disfarçada*, neste caso promovendo uma dissimulação consciente (manipulação) ou inconsciente (comunicação sistematicamente distorcida) sobre o receptor. Em qualquer das hipóteses, visa invariavelmente o êxito de sua ação, conformando as atitudes e pensamentos do receptor à esfera de suas expectativas⁵⁴.

No modelo habermasiano, portanto, a ação estratégica visa à consecução de um

⁵⁴ A estrutura da ação estratégica é sintetizada por Habermas (1984b, p. 333) no quadro abaixo:



(Tradução do autor)

objetivo, elegendo o ator os meios que considera mais adequados, na situação dada, para alcançar o êxito, isto é, para efetivar no mundo o estado de coisas por ele desejado (HABERMAS, 1984b, p. 285)⁵⁵. Assim, Habermas chama de *estratégica* a ação orientada ao êxito, considerando-se o aspecto de atendimento das regras de escolha racional e avaliando-se sua eficácia pela capacidade de influir sobre as decisões de um oponente igualmente racional. (HABERMAS, 1984b, p. 285)⁵⁶

Em outras palavras, a ação estratégica fundamenta o direcionamento da ação na racionalidade teleológica das metas individuais dos atores sociais envolvidos, que, egocentricamente, e utilizando como *medium* a linguagem, buscam influenciar o(s) outro(s) para o atingimento de suas metas particulares, ainda que em detrimento dos demais sujeitos (sejam eles parceiros ou oponentes), invariavelmente utilizados como meios para a consecução de seus fins.

2.2.6 Os atos de fala à luz da tipologia da ação de Habermas

Na teoria dos atos de fala não se compreende apenas a estrutura semântica de uma palavra, frase ou sentença, mas o *efeito* visado por seu emitente, bem como o efeito produzido diante do receptor. Ao produzir um ato de fala, o sujeito expressa-se e expressa a realidade que o circunscreve, mas os efeitos produzidos pelo ato de fala ultrapassam o simples âmbito do falante, constatando-se as modificações cognitivas e comportamentais que passa a gerar sobre os sujeitos intercomunicantes que atuam no discurso⁵⁷.

Adentrando a realidade presente na comunicação entre os sujeitos, Habermas passa a estudar os efeitos produzidos pelos atos de fala, no qual os sujeitos,

⁵⁵ No original: "The model of purposive-rational action takes as its point of departure the view that the actor is primarily oriented to attaining an end (which has been rendered sufficiently precise in terms of purposes), that he selects means that seem to him appropriate in the given situation, and that he calculates other foreseeable consequences of action as secondary conditions of success. Success is defined as the appearance in the world of a desired state, which can, in a given situation, be causally produced through goal-oriented action or omission".

⁵⁶ No original: "We call an action oriented to success *strategic* when we consider it under the aspect of following rules of rational choice and assess the efficacy of influencing the decisions of a rational opponent".

⁵⁷ "O mesmo saber proposicional ganha uma faceta inteiramente diversa quando é utilizado em atos de fala, nos quais se visa ao consenso. Neles a razão adquire uma dimensão maior do que a dimensão tradicional de *logos*, limitada à representação do real. Trata-se de uma racionalidade cujo grau de idealização transcende o contexto, pois que toca o ponto-chave da teoria da ação comunicativa: as pretensões de validade." (ARAÚJO, 2004, p. 249-250)

envolvidos num discurso, buscam o entendimento nas três esferas de mundo por ele concebidas (mundo objetivo, mundo social e mundo subjetivo).

Assim é que, para Habermas (1984b, p. 305), na ação comunicativa se consideram determinantes os atos de fala nos quais o falante veicula pretensões de verdade susceptíveis de crítica. Por outro lado, quando o falante produzir atos de fala diante dos quais o receptor seja levado a agir no sentido que deseja o falante, estaremos diante de uma ação estratégica. Há, entretanto, uma relação de dependência entre os atos perlocucionários (produtores de efeitos) e os atos ilocucionários (portadores de sentido). (HABERMAS, 2004b, p. 122). O sucesso da ação estratégica (produção de efeitos) depende do sucesso do ato ilocucionário (sua compreensão pelo receptor)⁵⁸.

Assim, tal qual Austin, Habermas destaca a existência factual⁵⁹ de três possíveis atos de fala: atos de fala *locucionários*, *ilocucionários* e *perlocucionários*.

Os atos de fala *locucionários* correspondem a mera expressão lingüística, na qual o interlocutor diz (profere) algo sobre o mundo. Aqui, não visa ele a argumentação com os demais sujeitos (interlocutores), nem influenciá-los sobre determinado ponto. Um ato de fala *locucionário* corresponde, tão somente, a uma emissão de palavras ou frases, sem pretensões de influência sobre os falantes; é um mero exprimir-se (dizer algo) a respeito do seu universo interior ou exterior, atendendo à sintaxe da linguagem.

Os atos de fala *ilocucionários* correspondem às proposições emitidas pelo sujeito na inter-relação com seus semelhantes, buscando o entendimento sobre determinado ponto. Aqui, produzem-se modificações tanto no emissor quanto no receptor da mensagem, sendo que ditas proposições (opiniões, idéias, sentimentos) expressos

⁵⁸ Habermas dá um exemplo dessa dependência, ilustrada na seguinte afirmação: “_Você se comporta como um porco!” Notam-se, no exemplo dado, dois efeitos simultaneamente alcançáveis pela emissão deste ato de fala. Aqui, o efeito dissuasor na modificação de comportamento por parte do receptor (fazê-lo comportar-se civilizadamente – sucesso perlocucionário) depende, não obstante, da compreensibilidade pelo receptor do ato ilocucionário formulado (argumentação de que o indivíduo está se comportando com um “porco” – sucesso ilocucionário). O mesmo se dá na seguinte afirmação: “_ Se você não me der o dinheiro de Pedro, comunicarei a seu superior que...” Neste caso, o efeito perlocucionário da intimidação (sucesso perlocucionário) depende da *compreensão* (entendimento) do anúncio de uma sanção negativa condicionada (sucesso perlocucionário). (HABERMAS, 2004b, p. 122)

⁵⁹ A concepção de teoria dos atos de fala de Habermas não se limita a estes três tipos, deixando clara em sua obra a existência de outros atos de fala, a exemplo dos atos *regulativos* (ligados à ação normativa) e os *expressivos* (ligados à ação dramática), os quais, por não se relacionarem às ações comunicativa e estratégica (foco desta pesquisa), não serão devidamente explorados.

pelos sujeitos, levados a efeito no plano de um discurso, promovem o entendimento viabilizado no plano argumentativo.

Para Habermas, os atos ilocucionários, por buscarem o entendimento entre os sujeitos, promovem o acordo lingüístico racionalmente motivado entre eles, harmonizando entre si seus planos individuais de ação, livres que estão de usos instrumentais (ação física, a exemplo de uma imposição violenta) ou estratégicos (influência pela fala, com imposição do ponto de vista), residindo a intenção comunicativa no próprio “dizer”, contrariamente aos atos perlocucionários⁶⁰, os quais, por visarem o êxito na produção de efeitos sobre o ouvinte, acabam por impedir o acordo racionalmente motivado entre os sujeitos. (ARAÚJO, 2004, p. 253)

Os atos de fala *ilocucionários* encaixam-se com exatidão na perspectiva da ação comunicativa proposta por Habermas, em que os sujeitos, livres de qualquer pressão ou coação, manifestando suas pretensões de verdade no plano de um discurso racionalmente motivado, e na situação de fala ideal, buscam o entendimento sobre algum ponto, sendo a única força prevalecente a do melhor argumento, e tendo como direção (fim) o consenso (aqui entendido como o acordo racional que orientará as ações dos participantes), servindo então de base para o agir comum regulador das futuras ações. Nos atos de fala *ilocucionários*, o conteúdo semântico das proposições emitidas pelos sujeitos visam ao entendimento intersubjetivo entre os participantes, que confrontam a verdade das proposições, viabilizando, assim, a ação racional comunicativa.

Os atos de fala *perlocucionários*, por seu turno, correspondem às proposições racionalmente motivadas tendentes à persuasão de uma das partes sobre a outra (de um sujeito sobre o outro), calculadas no intuito de se atingir uma determinada meta ou se obter um determinado êxito, engendrando uma modificação no comportamento do receptor de forma com que ele aja de acordo com o que é esperado pelo emissor do ato perlocucionário. Estes atos de fala correspondem, na tipologia habermasiana, à ação estratégica (teleológico-estratégica),⁶¹ cujos efeitos

⁶⁰ Segundo revela Dutra (2005, p. 87), Habermas afirma que o uso estratégico da linguagem (uso perlocucionário) é *parasitário* do uso ilocucionário (uso normal da linguagem), visto que enfraquece a força ilocucionária geradora de consenso, viabilizada pelo reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade, fazendo-se uso de meios extralingüísticos (como a ameaça e o poder). É *parasitário*, porque a compreensibilidade da mensagem é tomada de empréstimo do ato ilocucionário.

⁶¹ “Em contextos estratégicos de ação, a linguagem funciona, em geral, segundo o modelo de perlocuções. Aqui, a comunicação lingüística é *subordinada* aos imperativos do agir racional

são racionalmente calculados por um sujeito frente aos seus oponentes. Segue-se que, na concepção de Habermas⁶², ditos atos de fala expressam a realidade vivida pelos sujeitos nos três mundos existentes: o mundo objetivo das coisas (relativo ao conjunto das entidades sobre as quais é possível um enunciado verdadeiro), o mundo social das normas (relativo à adequação das proposições ao contexto das normas observadas nas relações entre os sujeitos) e o mundo subjetivo das vivências e afetos (relativo à sinceridade e autenticidade dos sentimentos e idéias dos sujeitos).

Em outras palavras, os atos *ilocucionários* viabilizam o entendimento entre os sujeitos intersubjetivamente relacionados, estando ligados à *ação comunicativa*; já os atos *perlocucionários* visam ao convencimento estrategicamente motivado de influência de um sujeito sobre o(s) outro(s), produzindo uma modificação psicológico-comportamental do(s) oponente(s), na satisfação ou ajuste aos seus próprios interesses, estando relacionados, então, à *ação estratégica*.

Para Habermas (1987, p. 64), na reprodução simbólica do campo da vida, os atos de fala só podem cumprir simultaneamente as funções de transmissão de saber, integração social e socialização dos indivíduos se em cada ato de fala o componente proposicional, o componente ilocucionário e o componente expressivo se integrarem em uma unidade gramatical⁶³.

orientada a fins. Interações estratégicas são determinadas pelas decisões de atores orientados ao sucesso, que se *observam mutuamente*. Eles se encontram sob condições de uma dupla contingência, como antagonistas que, no interesse dos planos de ação de cada um, *exercem influência* um sobre o outro (normalmente sobre as atitudes proposicionais do outro). Eles suspendem as atitudes performativas de interlocutores, na medida em que assumem, da perspectiva de terceiras pessoas, os papéis de falante e ouvinte envolvidos. Desse ponto de vista, as metas ilocucionárias só são relevantes como condições de sucessos perlocucionários. Por conseguinte, sujeitos da ação estratégica que se comunicam entre si não perseguem suas metas ilocucionárias sem reservas – como ocorre no uso comunicativo da linguagem”. (HABERMAS, 2004b, p. 123-124)

⁶² Diferenciando o *agir comunicativo* do *agir estratégico* a partir da utilização, pelo sujeito, de *atos ilocucionários/perlocucionários*, Habermas deixa claro que: “Falamos então de *agir comunicativo* quando agentes coordenam seus planos de ação mediante o entendimento mútuo lingüístico, ou seja, quando eles os coordenam de tal modo que lançam mão das forças de ligação ilocucionárias próprias dos atos de fala (1). No agir estratégico, esse potencial de racionalidade comunicativa permanece inutilizado, mesmo quando as interações são linguisticamente mediadas. Como aqui os envolvidos coordenam seus planos de ação mediante uma influência recíproca, a linguagem não é empregada comunicativamente no sentido já explicado, mas de forma orientada a *conseqüências*. Para a análise desse uso da linguagem, as chamadas perlocuções fornecem uma chave apropriada” (HABERMAS, 2004b, p. 118)

⁶³ Não obstante, ressalta Habermas que o sucesso do ato de fala depende da “aceitação da oferta” (proposição) por parte do receptor, posicionando-se com um “sim” ou “não” a uma pretensão de verdade passível de crítica, baseando as suas posições em argumentos racionais. Para ele, como a

Isto é particularmente relevante porque, assim como qualquer construção lingüística pode ser examinada segundo a sintaxe, a semântica e a pragmática, também os proferimentos, que são os enunciados usados em situação real de fala, têm uma dimensão formal, comunicativa e, se for o caso, estratégica.

Como se viu, a racionalidade que preside à ação estratégica é de natureza instrumental, enquanto a construção do acordo racional pressupõe um outro tipo de racionalidade. Para fundamentar adequadamente esta distinção, é necessário um exame mais minucioso da teoria da ação comunicativa. A isto destina-se o próximo capítulo.

2.3 TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA

A teoria da Ação Comunicativa, proposta por Jürgen Habermas, gerou impactantes repercussões no campo das diversas ciências sociais e do Direito.

Na concepção habermasiana de ação comunicativa, os indivíduos, livres de qualquer coação ou pressão, participam em igualdade de condições do processo comunicativo, manifestando suas opiniões e idéias com o fim de chegarem a um acordo (dito, neste caso, racional) entre eles. Nesta dinâmica, os argumentos são colocados em xeque pelos próprios sujeitos envolvidos, prevalecendo a tese do melhor argumento. Visa-se, neste discurso, o consenso, mas este nunca é definitivo, podendo ser superado pela coerência e solidez de novos argumentos, daí porque referido consenso não é visto por Habermas como um *fim*, mas como um *processo* (ou meio).

A racionalidade do discurso pressupõe a manifestação autêntica e sincera das opiniões dos sujeitos envolvidos, compreendendo-se a predisposição destes para se deixarem convencer apenas pela força do melhor argumento. Isto se constitui no agir comunicativo. A característica essencial ao agir comunicativo é a *pretensão de verdade*, isto é, a convicção de cada participante, em boa fé, de que sua manifestação é verdadeira. A discussão entretida desse modo se diz *discussão racional* e o consenso obtido mediante uma discussão racional é dito *consenso verdadeiro*.

linguagem e o entendimento não estão dispostos numa mesma relação meio-fim, a utilização de atos de fala é imprescindível à busca da compreensão entre os sujeitos. (HABERMAS, 1984b, p. 287)

Para Habermas, o consenso verdadeiro é o sintoma mais característico da verdade, mas nunca uma verdade definitiva, razão pela qual qualquer tese ou discurso pode ser revisto ou contestado pelos sujeitos envolvidos. Observe-se que Habermas distingue entre a discussão racional e uma discussão empírica, restrita a um número finito de interlocutores coevos. A discussão racional tem, como outra característica fundamental, a inclusão de participantes sem limitação espacial ou temporal. Assim, o consenso verdadeiro distingue-se de qualquer consenso empiricamente alcançado, que não é senão uma aproximação perfectível do consenso verdadeiro.

A teoria da ação comunicativa de Habermas abre espaço, dessa forma, a uma relativização das ciências e das verdades, podendo quaisquer idéias e argumentos ser superados com base na tese do melhor argumento, dentro do acordo racionalmente motivado dos participantes de qualquer discurso. Explica-se, deste modo, a sucessiva e gradual modificação das “verdades bem estabelecidas” em todos os saberes, ao longo da história da humanidade.

2.3.1. Características fundamentais da ação comunicativa

A teoria da ação comunicativa contempla a associação de três conceitos fundamentais: a *situação de fala ideal*, o *consenso verdadeiro* e os *interesses universalizáveis*.

2.3.1.1 A situação de fala ideal

Compreende-se como situação de fala ideal a igualitária oportunidade de atos de fala pelos interlocutores, estando ausente qualquer forma de constrangimento, pressão ou coação entre eles ou sobre eles.

Nos casos em que existe um uso privilegiado ou majoritário de determinados atos de fala, não se configura a situação de fala ideal. Por exemplo, se um dos locutores tem o privilégio dos atos de fala que exprimem comando, ele pode, facilmente, suprimir as objeções dos interlocutores, levando a uma situação que se assemelha ao consenso. Este, porém, não será o consenso verdadeiro, de vez que a supressão das objeções não se deveu ao convencimento dos interlocutores por meio de argumentos capazes de convencer. Eles foram, apenas, reduzidos ao silêncio por um comando.

Esta é a razão pela qual a situação de fala ideal é tão importante no contexto da teoria de Habermas. Habermas (1971, p. 136 sq.) reconhece que ela jamais se realiza nas condições do discurso empírico. Entretanto, leva os locutores a “agir, na efetuação dos atos de fala e das ações, contrafactualmente, como se a situação de fala ideal *não fosse mera ficção, mas real*” (grifo no original). Declara-a, ainda, “o fundamento normativo do ato de se entender linguisticamente [...] antecipado, mas, enquanto fundamento antecipado, também eficaz”. (HABERMAS, 1971, p. 140)

2.3.1.2 O consenso verdadeiro

No plano da Teoria da Ação Comunicativa, revela-se de igual importância a caracterização do conceito de *consenso verdadeiro*. Os participantes de uma discussão asseguram-se que o consenso obtido é *verdadeiro* pela ausência de seu questionamento ulterior por qualquer dos interlocutores, situados que estão na perspectiva de uma situação de fala ideal⁶⁴.

É preciso distinguir o consenso verdadeiro de Habermas do consenso empírico ou factual. Como se viu na seção anterior, na ausência da situação de fala ideal a situação de consenso pode ser obtida não por um acordo racional entre os locutores, mas pela supressão de sua capacidade de objetar e argumentar. Mesmo que a coerção não seja evidente, o apelo a interesses particulares (não universalizáveis) pode levar os interlocutores a comportarem-se de modo a supor-se que o consenso se tenha estabelecido. Neste caso, trata-se meramente de um consenso empírico que não se identifica com o consenso verdadeiro.

É no plano do discurso que as pretensões de verdade dos sujeitos podem se

⁶⁴ “A impossibilidade teórica da situação de fala ideal não significa a impossibilidade desse reconhecimento unânime, por parte dos participantes de uma discussão prática, de que o consenso que alcançaram é verdadeiro. Significa que, sendo impossível que todos os locutores teoricamente concebíveis participem efetivamente da discussão, é sempre possível admitir que algum deles houvesse de apresentar um argumento novo que invalidasse a unanimidade factualmente alcançada. Havendo consenso suficientemente amplo acerca da verdade de determinados enunciados, as pessoas que não participam desse consenso são consideradas “ignorantes” dessa verdade. Através de um conveniente processo de educação elas podem “reorganizar seu comportamento sob o imperativo das pretensões de validade” e passar a integrar o conjunto dos participantes desse consenso. Por outro lado, todas as pessoas que participam de um consenso poderiam, em princípio, ser levadas a rever sua opinião por argumentos produzidos em apoio de uma opinião inicialmente minoritária”. (ROCHA, 1990, p. 196) (Esta citação remete a um texto de Habermas anteriormente citado no trabalho de Rocha, que diz: “Tanto quanto me parece, nisto se exprime o entrelaçamento especificamente humano das produções cognitivas e das motivações da ação com a intersubjetividade lingüística: neste estágio do desenvolvimento sociocultural, o comportamento animal é reorganizado sob os imperativos das pretensões de validade”). (HABERMAS, 1976, p. 350)

manifestar, com vistas ao *consenso*. De acordo com Rocha (1990, p. 181), o consenso revela-se *verdadeiro* na medida em que os sujeitos racionais, em uma situação de discussão, permitem-se corrigir as suas pretensões de verdade, na busca do melhor argumento racional orientador de suas ações individuais. No plano do discurso voltado ao entendimento, os sujeitos racionais⁶⁵ manifestam argumentos ditos *substanciais*, já que capazes de convencer os participantes.

O acordo racional aqui evidenciado fundamenta a objetividade da experiência comunicativa e o consenso alcançado pode ser sintoma da verdade reivindicada para os enunciados consensualmente admitidos. Rocha (1990, p. 188-199) aponta a característica elementar de um consenso dito *verdadeiro*: a presença da *situação de fala ideal*, a qual envolve a igualitária oportunização de atos de fala pelos participantes do discurso, o que acaba por diferenciar dito consenso de um consenso *empírico* (factualmente alcançado). O consenso verdadeiro só se assemelha ao consenso empírico na medida em que as condições de interlocução se assemelhem à situação de fala ideal.

No discurso empírico, sendo finito o número de participantes da discussão, admite-se sempre a possibilidade de alguma forma de controle sobre cada um deles, não impedindo a incidência de coerção externa, razão pela qual se deve ampliar indefinidamente o número de participantes do discurso, de tal forma a viabilizar a manifestação de um consenso verdadeiro. (ROCHA, 1990, p. 188-189)

A racionalidade dos interlocutores é o que lhes permite alcançar um consenso ausente de coerção externa, reconhecidas pelos sujeitos necessidades comuns, compartilhadas de modo comunicacional. Neste plano, a *razão* atua como condição de possibilidade do consenso verdadeiro, configurando-se na própria efetuação desse consenso. (ROCHA, 1990, p. 191)

De acordo com Rocha (1990, p. 191):

A possibilidade efetiva de utilizar uma linguagem comum para realizar, intencionalmente, a comunicação intersubjetiva aparece, em consequência, como o sintoma definitivo da racionalidade dos interlocutores. A ocorrência de um consenso que se pretende verdadeiro é, ao mesmo tempo, a legitimação de uma linguagem comum que se estrutura e é usada de modo a que no nível semântico esteja pressuposta a verdade dos enunciados; no nível sintático, a cogência dos argumentos e, no nível pragmático, a racionalidade dos locutores.

⁶⁵ Entendem-se como *racionais* os sujeitos capazes de entrar em acordo.

O *consenso verdadeiro* é, pois, sinal característico da racionalidade dos sujeitos, que, envolvidos na perspectiva de uma situação de fala ideal, buscam o entendimento no plano do discurso, diferenciando-se, nesta medida, do *consenso empírico*, que, por envolver um número finito de participantes, só é passível de manifestar particulares consensos factuais entre os envolvidos.

2.3.1.3 Os interesses universalizáveis

Ao viabilizar o consenso entre os sujeitos, a ação comunicativa permite a exteriorização de interesses *universalizáveis*, assim entendidos os interesses que se possam revelar comuns a todos os participantes do discurso. Isto se verifica na aceitação, pelos sujeitos livres de qualquer pressão ou coação, do melhor argumento (argumento substancial) que, por sua força racionalmente cogente, harmoniza as pretensões de verdade de todos os participantes.

Nesta ordem, a ação comunicativa, por visar o consenso entre os sujeitos (a partir do acordo racional orientador das ações individuais dos interlocutores), é expressiva dos interesses universalizáveis. A ação estratégica, ao contrário, por visar o êxito sobre o oponente quanto a metas individuais, expressa interesses particulares, não universalizáveis, na medida em que se verifica impraticável um consenso verdadeiro em torno da pretensão de validade que eles reivindicam.

A expressão de interesses universalizáveis pode se evidenciar a partir da motivação da ação empreendida pelos sujeitos, em cujo âmbito se verificará a manifestação de interesses comuns ou, do contrário, de interesses particulares pelos sujeitos sociais envolvidos no discurso.

Na perspectiva da ação comunicativa, pressuposta que está uma situação de fala ideal, cada participante pode, igualmente, manifestar suas pretensões de verdade, com vistas a um *consenso*. Note-se que o acordo aqui obtido é dito *racional* justamente porque os participantes têm consciência de que ele só pode surgir de interesses universalizáveis, comuns a todos os integrantes do discurso.

Tal é o pensamento de Rocha (1990, p. 180), para quem a situação de discussão presente no discurso racional *já é garantia suficiente de universalização de*

interesses (grifo acrescentado).

Um *consenso* obtido comunicativamente compreende, portanto, a expressão de *interesses comuns* a todos os participantes do discurso, garantindo a harmonização das pretensões de validade dos participantes no plano do acordo racionalmente obtido.

Nesta ótica, pode-se fazer uma distinção entre normas susceptíveis de justificação e normas que estabilizam relações de força. Na medida em que as normas exprimem interesses universalizáveis, elas repousam sobre um consenso racional. De outra forma, na medida em que as normas regulam interesses não-universalizáveis, elas repousam sobre a força⁶⁶.

2.3.2 A racionalidade comunicativa

A filosofia centrada no “eu” perpassou séculos de influência na cultura ocidental. Nada mais explicável, ao considerar-se o pano de fundo histórico que antecedeu o advento do Iluminismo⁶⁷.

Para o Iluminismo, o indivíduo era o centro do conhecimento, sujeito unificado e dotado das capacidades de razão, consciência e de ação, atributos que o perseguiram em todo o caminho de sua existência. (HALL, 2001, p. 10-11)

Esta nova visão da realidade das idéias, e das idéias com o mundo, possibilitou o culto do homem como única realidade a partir da qual brotava o conhecimento. Ressalte-se que a influência das idéias iluministas⁶⁸ encontra-se ainda presente nas concepções filosóficas atuais, tendo sido transportadas dos séculos XVII e XVIII até os nossos dias.

⁶⁶ No original: “on peut distinguer les normes susceptibles d’une justification des normes qui stabilisent des rapports de force. Dans la mesure où les normes expriment des intérêts universalisables, elles reposent sur un *consensus* rationnel (ou elles trouveraient un tel consensus si une discussion pratique pouvait avoir lieu). Dans la mesure où les normes règlent des intérêts non universalisables, elles reposent sur la force”. (HABERMAS, 1978, p. 153-154)

⁶⁷ O Iluminismo, movimento filosófico, político e social advindo do início do séc. XVIII, promovia um culto da razão sobre a obscuridade religiosa, o antropocentrismo em detrimento do teocentrismo, bem como o combate às idéias absolutistas que sustentavam os regimes monárquico-despóticos. Teve como grandes expoentes Voltaire, John Locke, David Hume, Adam Smith, dentre outros.

⁶⁸ Note-se que Gadamer não é o único a tecer críticas ao pensamento Iluminista. Segundo explicita Stein, Hans-Georg Gadamer, numa crítica ao racionalismo da ilustração, afirma que o pensamento iluminista é cego para a *inevitabilidade de preconceitos* no processo do compreender, referindo-se à inevitabilidade das pré-concepções do intérprete em qualquer processo interpretativo. (STEIN, 1987, p. 111-112)

Apenas para ilustrar este apego à visão racionalista tendo o homem como centro irradiador do conhecimento, Schopenhauer (2005, p. 41-42) afirmava que apenas os pensamentos próprios eram verdadeiros e tinham vida, já que somente eles poderiam ser entendidos de forma autêntica e completa. Nesta lógica, os pensamentos alheios seriam como “obras da refeição de outra pessoa” ou “roupas deixadas por um hóspede na casa”, numa relação como a que existe “entre o fóssil de uma planta pré-histórica” e as “plantas que florescem na primavera”.

Uma filosofia baseada nos moldes de uma ação instrumental com fulcro na relação sujeito-objeto acaba por ignorar o caráter da influência coletiva sobre o pensamento humano. Conforme salienta Rouh (1937, p. 189)⁶⁹, o pensamento não apenas é expresso, mas se completa, confirmando-se por suas próprias repetições pelas verificações indefinidas dos indivíduos, sendo que a cada dia uma linha se acrescenta a uma certeza primitiva.

A dinâmica da vida moderna, calcada na interação cada vez maior entre os sujeitos, em um mundo cujas fronteiras entre povos e nações se esvaecem, em que a revolução tecnológica da informação coopta o indivíduo à comunicação voluntária ou mesmo forçada com seus semelhantes, torna o homem cada vez mais integrado à coletividade. Nesta realidade de estágio civilizatório, a perspectiva de uma filosofia nos moldes de uma racionalidade instrumental não se mostra capaz de obter todas as respostas para os problemas que afligem a humanidade. Uma filosofia nos moldes de uma racionalidade comunicativa, como proposta por Habermas, revela a oportunização e abertura de novas perspectivas no estudo dos conflitos e das contradições internas da sociedade moderna.

Assim, fundamentar a apreensão da verdade pautada exclusivamente na sua verificação pelo sujeito é olvidar o plexo de verdades que se estabelecem e se revelam nas relações entre os sujeitos no convívio social. Ditas verdades não podem ser ignoradas. Parodi (1937, p. 64)⁷⁰, a propósito, lembra que somente a sociedade

⁶⁹ No original: “La pensée ne s’exprime pas, seulement, elle se complète, se confirme par ses propres répétitions, par les vérifications indéfinies des hommes. Ainsi chaque jour une ligne de plus s’ajoute à la certitude primitive”.

⁷⁰ No original: “La société, et la société seule, serait créatrice de valeurs proprement dites, c’est-à-dire douées d’une sorte d’existence objective: car elle impose à l’individu, par l’éducation, par l’opinion, par l’exemple, au besoin par la contrainte matérielle, et, plus subtilement encore, par la fusion de sa conscience avec la conscience collective, des jugements tout faits, distincts et très souvent antagonistes et rédacteurs de ses préférences propres; jugements qui lui sont antérieurs et lui survivront, qui le débordent de toutes façons, comme le milieu social qu’ils expriment, et le dominant

seria criadora dos chamados “valores propriamente ditos”, já que dotados de alguma experiência objetiva, imposta aos indivíduos pela educação, opinião, exemplo, constrangimento material ou, ainda, pela fusão da sua consciência com a consciência coletiva, pelo julgamento que ela confere aos fatos, traçando os contornos no meio social em que se exprimem.

Na construção do mundo social da criança ocorre uma progressiva apropriação cognitivo-social e moral da estrutura vigente de papéis nos quais se estruturam as relações interpessoais. Assim, o sujeito desenvolve a sua identidade como membro de um grupo social por meio de uma reestruturação simbólica de suas orientações de ação e de suas disponibilidades de ação frente a expectativas particulares de comportamento. (HABERMAS, 1987, p. 33)

Habermas (1987, p. 63) revela a harmonização do comportamento dos diversos participantes da interação, ligados entre si pela comunicação lingüística, promovendo, além do entendimento, a coordenação da ação e a socialização dos atores. Assim, os atos comunicativos atuam na transmissão do saber culturalmente acumulado, reproduzindo-se a tradição cultural por meio da ação *orientada ao entendimento* e promovendo-se, ainda, o cumprimento das normas, a integração social, a instauração de controles internos de comportamento e a formação de estruturas da personalidade.

Observe-se que Habermas (1984b, p. 99)⁷¹ define, precisamente, as condições de validade das ações voltadas ao entendimento (ações comunicativas):

Um ator que se orienta ao entendimento precisa, neste sentido, sustentar pelo menos três reivindicações de validade por meio de seu proferimento, a saber:

1. Que o enunciado formulado seja verdadeiro (ou que as pressuposições existenciais do conteúdo proposicional mencionado sejam factualmente satisfeitas);
2. Que o ato de fala esteja correto no que se refere ao contexto normativo existente (ou que o contexto normativo que deve ser satisfeito seja legítimo ele próprio);
3. Que a intenção manifesta do locutor queira significar aquilo que

de toute la force avec laquelle la sienne propre n'a pas de commune mesure, et de toute l'autorité prestigieuse de ce milieu même”.

⁷¹ No original: “an actor who is oriented to understanding in this sense must raise at least three validity claims with his utterance, namely:

1. That the statement made is true (or that the existential presuppositions of the propositional content mentioned are in fact satisfied);
2. That the speech act is right with respect to the existing normative context (or that the normative context that it is supposed to satisfy is itself legitimate); and
3. That the manifest intention of the speaker is meant as it is expressed”.

expressa.

Essas condições representam o pressuposto de veracidade ou sinceridade. Com efeito, o primeiro item indica que o locutor reivindica a pretensão de verdade do seu enunciado; o segundo item pressupõe o cumprimento das normas de uso da linguagem (rigor técnico) e das que configuram a situação de fala ideal (rigor ético no procedimento com seus interlocutores); e o terceiro item consagra o princípio da veracidade ou sinceridade em sua forma explícita, quer dizer, a comunicação do locutor é transparente quanto a suas autênticas intenções e ele crê, em boa-fé, que seja verdadeira a pretensão de verdade que ele reivindica.

Apesar de reconhecer o papel da ação instrumental (permitindo ao homem apropriar-se da natureza, garantindo, pelo trabalho, a sua própria subsistência e autoconservação, Habermas promove uma ampliação filosófica do campo das ações humanas para além de uma mera ação pragmática em relação às coisas do mundo objetivo.

A este respeito, Habermas, contrariamente a Marx, propugna a irredutibilidade da espécie humana a uma mera ação instrumental sobre a natureza, onde a ação comunicativa, longe de ser resumida a uma mera relação de trabalho, assume feição e regras próprias no campo da interação humana. (DURÃO, 1996, p. 23).

A racionalidade tem menos a ver com o conhecimento ou com a aquisição do conhecimento do que com a forma com que os sujeitos capazes de linguagem e de ação dele fazem uso. (HABERMAS, 1984b, p. 8). Nesta ótica, o mundo⁷² só cobra objetividade pelo fato de ser reconhecido e considerado como um só por uma comunidade de sujeitos capazes de linguagem e de ação. Assim, o conceito abstrato de mundo é condição necessária para que os sujeitos que atuam comunicativamente possam se entender entre si sobre o que se passa no mundo ou o que se deve produzir no mundo. O mundo compartilhado intersubjetivamente é delimitado pela totalidade das interpretações pressupostas pelos participantes, devendo-se verificar as condições para que se possa alcançar, comunicativamente, o consenso entre eles. (HABERMAS, 1984b, p. 12-13)

⁷² Habermas faz uma alusão à existência de três mundos: o mundo objetivo (compreendido como a totalidade das entidades sobre as quais são possíveis enunciados verdadeiros), o mundo social (visto como a totalidade das relações interpessoais legitimamente reguladas), e o mundo subjetivo (enunciado como a totalidade das próprias vivências nas quais cada um tem um acesso privilegiado e na qual o interlocutor pode manifestar-se diante do público). (HABERMAS, 1987, p. 120)

Sobre a incapacidade de superação das dicotomias vividas pela Filosofia com base no paradigma da consciência, Pizzi (2005, p. 48-49) diagnostica, em função dessas dificuldades, a perda de objeto pela própria Filosofia, renunciando a suas pretensões universais e criticáveis, razão pela qual esta foi levada a um rompimento dos esquemas da teoria do conhecimento e da consideração metodológica da problemática da compreensão. Este é, segundo Pizzi (2005, p. 49), o caráter singular da Teoria da Ação Comunicativa, qual seja, o de superar as reduções de uma racionalidade debilitada, rompendo com o solipsismo metodológico e modificando, com essa reviravolta, o próprio caráter tradicional da filosofia.

Habermas propõe a superação da razão instrumental (aplicação de meios racionais para a obtenção de fins) por uma razão comunicativa, levada a efeito pelos indivíduos em múltiplos processos de interação e cujas bases de comunicação, intermediadas pela linguagem, podem ser aperfeiçoadas num processo dinâmico de emancipação, tendo como atores os participantes livres que interagem no discurso.

Na proposta habermasiana de racionalidade comunicativa, surge a necessidade de comunicação entre os sujeitos, na medida das exigências de fundamentação intersubjetivamente partilhadas entre eles. Assim, a necessidade prática de coordenar planos de ação engendra a expectativa de cada participante de que os destinatários tomem posição, assumindo “um perfil claro” em relação a suas pretensões de validade⁷³. No entanto, o entendimento entre os participantes só pode ser alcançado na existência de relações simétricas entre eles, envolvendo, entre outras condições, “relações de reconhecimento mútuo”, “transposição recíproca de perspectivas” e “disposição para aprender um com o outro”. (HABERMAS, 2001, p. 162-163)

Na comunicação sobre os fatos ou nas relações com as pessoas e os objetos, os sujeitos intersubjetivamente relacionados devem poder, segundo Habermas, relacionar-se com algo no mundo objetivo (dado para nós como *idêntico para todos*), a fim de entenderem-se sobre algo na comunicação. Neste mister, devem partir de um pressuposto *pragmático*, supondo o mundo como a totalidade dos objetos existentes independentemente, e que podem ser julgados, garantindo a todos os

⁷³ De acordo com Habermas: “Estes esperam uma reação afirmativa ou negativa, que conta como resposta, porque somente o reconhecimento intersubjetivo de exigências de validade criticáveis provoca o tipo de generalidade pela qual obrigatoriedades fidedignas com conseqüências relevantes para a interação se deixam fundamentar para ambos os lados”. (HABERMAS, 2002. p. 105)

sujeitos na interação a antecipação formal de possíveis objetos de referência (mesmo mundo objetivo no qual se entendem e podem intervir). (HABERMAS, 2002, p. 39-40)

Desvelando a racionalidade comunicativa, Habermas (2000, p. 437) esclarece:

Por “racionalidade” entendemos, antes de tudo, a disposição dos sujeitos capazes de falar e de agir para adquirir e aplicar um saber falível. Enquanto os conceitos básicos da filosofia da consciência obrigarem a compreender o saber exclusivamente como um saber sobre algo no mundo objetivo, a racionalidade é medida pela maneira como o sujeito solitário se orienta pelos conteúdos de suas representações e de seus enunciados. A razão centrada no sujeito encontra sua medida nos critérios de verdade e êxito, que regulam as relações do sujeito que conhece e age segundo fins com o mundo de objetos ou estado de coisas possíveis. Em contrapartida, assim que concebemos o saber como algo mediado pela comunicação, a racionalidade encontra sua medida na capacidade de os participantes responsáveis da interação orientarem-se pelas pretensões de validade que estão assentadas no reconhecimento intersubjetivo. A razão comunicativa encontra seus critérios nos procedimentos argumentativos de desempenho diretos ou indiretos das pretensões de verdade proposicional, justiça normativa, veracidade subjetiva e adequação estética.

Assim, propõe Habermas (2000, p. 437-438) um novo modelo de racionalidade, com foco no discurso unificador do consenso entre os participantes, superando suas concepções subjetivas em favor de um consenso racionalmente motivado, contrariamente a uma racionalidade com respeito a fins, de base cognitivo-instrumental e calcada na filosofia do sujeito.

Como explicita Habermas (2004a, p. 15-16):

É evidente que a autoconsciência e a capacidade da pessoa de assumir uma posição refletida e deliberada quanto às próprias crenças, desejos, valores e princípios, mesmo quanto ao projeto de toda a sua vida, é um dos requisitos necessários para o discurso prático. Há um outro requisito, porém, tão importante quanto esse. Os participantes, no momento mesmo em que encetam uma tal prática argumentativa, têm de estar dispostos a atender à exigência de cooperar uns com os outros na busca de razões aceitáveis para os outros; e, mais ainda, têm de estar dispostos a deixar-se afetar e motivar, em suas decisões afirmativas e negativas, por essas razões e somente por elas.

Concebe Habermas (2004a, p. 15-16) um plano racional em que cada participante é livre, dotado que está de uma autoridade epistêmica para dizer “sim” ou “não”, voltando-se, não obstante, inevitavelmente para a busca de um *acordo racional* em que somente sejam acolhidas as soluções racionalmente aceitáveis para todos os

envolvidos. Assim, a busca de um *consenso* pelos participantes pressupõe a liberdade comunicativa de cada um, afirmando o *vínculo social* a que todos invariavelmente se sujeitam.

Malgrado a receptividade das concepções habermasianas⁷⁴, presentes na teoria da Ação Comunicativa (considerado o momento histórico em que esta surgiu – segunda metade do século XX), não se pode olvidar que o processo de comunicação entre os sujeitos sempre acompanhou o ser humano, tendo sido, tão somente, intensificado na era contemporânea pelo advento de novas tecnologias.

Aguirre Oraa (1998, p. 345)⁷⁵ contrapõe a visão de Habermas à de Hans-Georg Gadamer. Enquanto a visão de Gadamer teria como base a busca do sentido presente à obra, contido em toda manifestação humana e em toda comunicação lingüística, numa abertura de nosso espírito à verdade e na receptividade da razão que se oferece diante da realidade, a concepção de Habermas estaria fundada sobre uma argumentação discursiva na qual o consenso sobre a verdade das assertivas e das normas possa advir de uma reflexão crítica, capaz de criar sentido sobre uma criatividade de nosso espírito frente à realidade.

Para Freitag (2005, p. 101), Habermas propõe uma superação da filosofia da consciência pela teoria da interação, da razão reflexiva pela razão comunicativa, engendrando, numa proposta dialógica, a superação do conceito monológico da razão pura de Kant⁷⁶ por uma razão comunicativa, tendo como *medium* a linguagem, em que a verdade deixaria de assentar-se no sujeito epistêmico, não mais sendo vista como um fim, mas como o processo em que pretensões de verdade, questionadas pelos participantes do discurso, objetivariam o consenso. Nesta

⁷⁴ Registre-se que a teoria da ação comunicativa, de Jürgen Habermas, apesar da grande acolhida e sucesso no meio filosófico e acadêmico, não está livre de críticas, como lembra Medina: “A abordagem de Habermas sobre a comunicação tem sido criticada por muitos como sendo demasiadamente racionalista e por demais idealista, posto que não leva em conta os aspectos não racionais (e até mesmo irracionais) da comunicação, e não presta a atenção adequada e suficiente à interação entre a comunicação e o estratégico”. (MEDINA, 2007, p. 15)

⁷⁵ No original: “L’une, celle de Gadamer, est plutôt axée sur la prise et la reprise continuelles du sens déjà à l’oeuvre dans toute manifestation humaine et dans toute communication langagière, sur une ouverture de notre esprit à l’advenir de la vérité, sur une réceptivité de la raison qui s’offre à l’avènement du sens et de la réalité. L’autre, celle de Habermas, se fonde surtout sur une argumentation discursive dans laquelle le consensus sur la vérité des assertions et des normes puisse affleurer, sur une réflexion critique capable de créer du sens, sur une créativité de notre esprit à l’égard de la réalité. *Grosso modo*, telles sont les différences”.

⁷⁶ No âmbito da teoria da ação comunicativa, a oposição de Habermas a Kant compreende outros pontos de divergência. Um deles, como reporta Freitas (2005, p. 102), concerne à questão da moralidade. Se para Kant o critério último da moralidade repousa no imperativo categórico, para Habermas este se condensa no processo argumentativo, desencadeado pelo discurso prático.

perspectiva, podem ser questionadas tanto a verdade dos fatos, a correção ou justeza das normas, bem como a veracidade do interlocutor.

Desloca-se, pois, o eixo da filosofia moderna de uma filosofia centrada no sujeito, em sua relação com o objeto cognoscível, para uma filosofia ancorada na intersubjetividade, centrada nas manifestações racionais do indivíduo, levadas a efeito na comunicação com seus pares, tendo como *medium* a linguagem, num dinâmico processo cooperativo entre os participantes.

Habermas supera a concepção weberiana de racionalidade, de base instrumental (baseada na relação meios-fins), propondo, em seu lugar, a racionalidade comunicativa. Nesta, os sujeitos comunicantes orientam as suas pretensões de verdade na busca do consenso, ou seja, o acordo racionalmente motivado, construído comunicativamente e intermediado pela linguagem. Este acordo, sempre dinâmico e mutável, condiciona o comportamento dos sujeitos na realidade social. Em outras palavras, somente uma racionalidade comunicativa pode promover a legitimação dos valores presentes numa sociedade, o que não é atingido por uma racionalidade instrumental (racionalidade meios-fins).

Consoante discorre Chamon Junior (2007, p. 121), a proposição de Habermas trazida na teoria da ação comunicativa, de uma reconstrução da racionalidade da sociedade moderna, rejeitando-se as concepções metafísicas com referências a uma racionalidade pré-estabelecida (monológica, na concepção de Kant) e partindo-se para uma realidade compartilhada pelos sujeitos no mundo da vida (mundo social), permite erigir a noção de *ação comunicativa*, já que o racional e o irracional só podem ser reconhecidos pelos sujeitos no plano da comunicação.

Dessa forma, é no mundo da vida que os sujeitos, através de ações orientadas ao entendimento, podem sustentar ou terem reguladas suas pretensões de validade de maneira crítica e argumentativa, tendo como pano de fundo a força do melhor argumento. É por isso que a razão que Habermas propugna, a razão comunicativa, discrepa da razão instrumental utilizada por Max Weber. Pela ação comunicativa e pela possibilidade ideal do consenso verdadeiro, os participantes da discussão revelam sua própria racionalidade. (CHAMON JUNIOR, 2007, p. 121-122)

O mundo da vida, de que fala Habermas (1987, p. 135), emancipa-se da filosofia da consciência, configurada no contexto criador de horizonte nos processos de

entendimento, promovendo-se, na perspectiva de uma racionalidade comunicativa, uma reconstrução do saber dos sujeitos envolvidos⁷⁷.

A racionalidade comunicativa garante a participação no processo de interação entre os sujeitos no plano das regras explicitadas a partir do *Lebenswelt*. No agir comunicativo, o sujeito “presume o domínio lingüístico das relações com o mundo e a cooperação mútua, com o fim de entender-se com os demais”, tendo, como meio, a linguagem e, como fim, o entendimento mútuo. (PIZZI, 2005, p. 55)

A razão comunicativa não tem o fim de sepultar os avanços do movimento racionalista (razão centrada no sujeito), mas de permitir um avanço nos seus postulados, preservando o seu potencial crítico. A propósito, reconhecem-se os avanços feitos pelo racionalismo, permitindo uma emancipação do pensamento crítico das amarras da doutrina teocrática da Igreja e a expansão do Iluminismo, colocando-se o homem como o centro dos acontecimentos. (AGRA, 2008, p. 411)

No plano filosófico, a proposição de uma racionalidade comunicativa na superação de uma racionalidade instrumental tem como corolário a busca de concepções capazes de explicar as contradições internas e os conflitos da presente era. Neste mister, Souza (2006, p. 7) denuncia o dilema entre o restabelecimento de dimensões restauradoras que identifiquem eventual desvio na racionalidade engendradora da atual crise filosófica ou a procura de novas dimensões racionais que proporcionem um outro viés para a filosofia.

Até este ponto, pretendeu-se apresentar o pensamento de Habermas com vistas à cabal fundamentação do conceito de racionalidade comunicativa. Observe-se que as idéias de situação de fala ideal, consenso verdadeiro e interesses universalizáveis, *diretrizes* do processo de justificação das pretensões de validade finalmente acolhidas pelo consenso verdadeiro, encontram similares no comportamento social fático. Deste modo, se não se chega a caracterizar a identidade (inalcançável) entre

⁷⁷ Sobre esta realidade comunicativa, Habermas ensina que os sujeitos que atuam comunicativamente se vêem diante da tarefa de encontrar, na sua perspectiva de ação, uma definição comum, e de se entender, dentro deste marco de interpretação, sobre temas e sobre planos de ação, fazendo uso, neste processo, do acervo de saber recebido. Pontua Habermas que os padrões culturais de interpretação, de valoração e de expressão cumprem aqui uma dupla função. No original: “Communicatively acting subjects face the task of finding a common definition of their action situations and of coming to some understanding about topics and plans within this interpretive framework. In their interpretive work they make use of a transmitted stock of knowledge. As we have seen, cultural patterns of interpretation, evaluation, and expression have a twofold function in this process”. (HABERMAS, 1987, p. 220)

consenso empírio e consenso verdadeiro, pode-se, pelo menos, impugnar a legitimidade de um consenso aparente pela violação desses pressupostos fundamentais.

Na continuação desta tese, examinar-se-ão os conceitos jurídicos que interessam à caracterização da pena, tanto do ponto de vista da sua proposta original de legitimação quanto mediante a crítica decorrente do reconhecimento do caráter comunicativo da razão.

2.4 A NATUREZA COMUNICACIONAL DO DIREITO E AS CATEGORIAS HABERMASIANAS

No mito grego, Themis - o ideal de justiça ou a ordem justa – é representada com a balança da ponderação e a cornucópia da prosperidade. Ela se casa com Zeus, o soberano dos deuses e símbolo maior do poder, e dele concebe Diké – a justiça corretiva – representada com a balança da ponderação e a espada da coerção.

O significado do mito é claro. É através da justiça corretiva, aquela que altera as relações no mundo objetivo, canalizando as ações do poder, que se estabelece a ordem *justa*, a qual, se implantada sem violações, acarreta a prosperidade de todos.

Themis – a justiça *in abstracto* – só pode distribuir suas benesses ao mundo porque os desvios humanos são corrigidos por Diké.

O que os poetas gregos proclamavam é reconhecido pelos estudiosos contemporâneos do Direito.

As relações humanas podem ter ou não um sentido jurídico. Terão esse sentido se aos seus participantes forem atribuídas qualificações jurídicas específicas. Isto ocorrendo, torna-se possível que uma norma jurídica determine proibições, obrigações ou permissões aos envolvidos nesse tipo de relação.

Aos operadores do Direito pode parecer que lidam permanentemente com matéria exclusivamente jurídica. Para alguns, essa afirmativa seria contestada invocando-se a relação do Direito com as ciências zetéticas – sociologia, história, filosofia, etc... Entretanto, o que se afirma aqui refere-se a um grau ulterior de abstração. O Direito, como todos os saberes, abriga e dá forma específica a estruturas cuja natureza independe do saber a que são aplicadas. A própria noção de relação é um exemplo

disso.

Lourival Vilanova (1989, p. 69-70) afirma:

As relações jurídicas são jurídicas pelo conteúdo social da conduta e dos fatos naturais relevantes para a conduta juridicamente conformada. Mas são relações, independentemente dos termos concretos que nela figuram [...] as relações, abstratamente consideradas, mas vistas do prisma do Direito [...] são típicas do mundo Jurídico. Mas, *num grau maior de abstração*, são relações. Quer dizer: são *estruturas formais*, compondo-se de um termo antecedente (ou termo *referente* e de outro termo conseqüente [ou termo relato] e, ainda, de uma espécie de operador: o *operador relacionante*.

As *estruturas formais* a que se refere Vilanova têm características intrínsecas estudadas, no caso, pela lógica e pela matemática. Nenhum saber que utilize a idéia de *relação* pode ignorar estas características ou desobedecer a elas. O que esse saber específico fará é apropriar-se dessas características preexistentes e renomeá-las em termos de categorias com que esse mesmo saber opere.

Definem-se, então, diferentes níveis de abstração. Em um nível, as relações jurídicas, por exemplo, são puramente relações. Em um nível mais concreto, mas ainda abstrato, quando os participantes da relação puderem ser juridicamente qualificados, passam elas a ser não mais puras relações, mas *relações jurídicas*. Essas relações jurídicas, embora qualificados os seus elementos como sujeitos de direitos, ainda são abstratas, ou seja, meras possibilidades. São relações jurídicas, mas em sentido amplo.

É isto que Vilanova (1989, p. 71) refere quando diz:

[...] A um certo nível de abstração [...] alcançamos as relações *como relações em si mesmas* [...] A concrecência com que os fatos do mundo, juridicamente relevantes, lhes especifica, ocorre numa órbita de possibilidades demarcadas pelas estruturas formais.

É sobre essas relações jurídicas, ainda abstratas, que incide a norma. Neste sentido, a norma é uma proposição deôntica (um dever-ser) abstrata que estabelece obrigações, permissões ou proibições no contexto de uma relação jurídica possível. Um nível adicional de concretude será alcançado quando forem identificadas, na ordem factual, condutas que realizem as possibilidades previstas pela norma, por parte de entes individuais ou coletivos aos quais se apliquem as qualificações caracterizadoras da relação jurídica abstratamente postulada.

É o que adverte Lourival Vilanova (1989, p. 72) quando diz:

Em sentido estrito, relação jurídica não se estabelece quando a norma [...] atribui subjetividade [...] os entes individuais ou coletivos adquirem a possibilidade normativa de figurarem nas posições de sujeitos ativos e de sujeitos passivos [...] Mas, como somente receberem a qualificação de sujeitos-de-direitos, *ainda* não se encontram em relações jurídicas. Em sentido estrito, bem se vê.

[...] As relações jurídicas [em sentido estrito] pertencem ao domínio do concreto. Provêm de *atos*, que são, no tempo-espaço, localizados. [...] A norma ou o ato-regra genérico destina-se a se concretizar [...] a concretização importa no substituir o sujeito genérico, o objeto indeterminado, o fato jurídico típico, os poderes e os deveres inespecificados de um ato ou negócio jurídico típico, por sujeitos individualizados, prestações especificadas, fato jurídico concreto. (VILANOVA, 1989, p. 85-86)

Percebem-se, assim, diferentes níveis de abstração. No nível mais abstrato, o das relações, a questão situa-se em um contexto cognitivo, ou seja, o que se declare a respeito das relações e dos seus participantes formula-se por enunciados com pretensão de verdade.

No nível das relações jurídicas em sentido amplo, o que ocorre é, meramente, a definição das relações e seus participantes em termos jurídicos. Trata-se, portanto, de algo que se dá em um contexto semântico. Neste contexto, o que se problematiza ainda são as pretensões de verdade lastreadas nas regras de uso da linguagem. É uma questão normativa a ser, ainda, determinada pela sustentação de pretensões de validade.

Quando se chega ao domínio da norma, podem-se conceber duas situações. Ou a norma é o resultado de um ato de autoridade de um todo-poderoso humano ou divino que, por meio dela, pretende realizar seus próprios fins, ou a norma emana de um consenso democraticamente estabelecido que, pelo menos idealmente, atende a interesses universalizáveis.

Observe-se que o que se está dizendo aqui vai além do mero modo formal de adoção da norma. Um corpo legislativo democraticamente eleito pode adotar normas corporativas, beneficiadoras dos interesses privados de seus membros ou de terceiros. Uma norma assim editada enquadra-se na primeira situação, não na segunda. Do ponto de vista jurídico, a tentativa de valorizar a segunda situação manifesta-se na doutrina de prevalência do interesse público.

A primeira situação caracterizará a edição da norma como ação estratégica. A

segunda, como ação comunicativa.

Quando Lourival Vilanova (1989, p. 86-88) diz que:

Da norma geral não se passa *imediatamente* para a relação ou situação jurídica sem *interposição de um fato* (fato natural ou conduta). Se fato não ocorreu, a norma geral (ou individual) permanece em seu status proposicional, lógico, sintático *sem os correspondentes semânticos ou fácticos*. O direito-norma não se realiza, *não é realidade sócio-cultural [...]*. As normas não são postas para permanecer como estruturas de linguagem [...], mas reingressam nos fatos, de onde provieram, passando do nível conceptual ou abstrato para a concrecência das relações sociais, onde as condutas são como os pontos e pespontos do tecido social.

está chamando a atenção para a diferença entre os níveis abstratos e cognitivos que envolvem a norma jurídica e os níveis concretos, fácticos, que englobam sua aplicação.

Nestes últimos, torna-se necessária uma decisão (ou múltiplas decisões) a respeito da admissibilidade de que entes concretos, no decorrer de uma conduta concreta, sejam ou não sejam suscetíveis de representar uma realização das qualificações necessárias à caracterização de uma relação jurídica determinada, e condutas proibidas, permitidas e obrigadas pela norma.

Essa decisão, que é a essência da jurisdição, manifesta, certamente, uma ação estratégica e, possivelmente, uma ação comunicativa.

A decisão é uma ação estratégica porque é um mandamento ao qual é imperioso obedecer, se não livremente, pela força coercitiva do Estado. Deste modo, promoverá a realização de interesses cuja universalidade é discutível. Se se puder comprovar que os interesses impostos pela ação estratégica são universalizáveis – como se desejaria que fossem os interesses protegidos pela norma – a reivindicação da validade da decisão far-se-ia, também, em termos comunicativos.

Desse modo, contempla-se, na discussão subsequente, o objetivo deste capítulo e dos subseqüentes: examinar em que medida aspectos do Direito correspondem a ações comunicativas e em que medida correspondem a ações estratégicas.

O caráter estratégico do Direito é visivelmente notado na *teoria da decisão jurídica*⁷⁸.

⁷⁸ Sobre a decisão no plano jurídico, afirma Ferraz Júnior: “Na mais antiga tradição, o termo *decisão* está ligado aos processos deliberativos. Assumindo-se que estes, do ângulo do indivíduo, constituem estados psicológicos de suspensão do juízo diante de opções possíveis, a decisão aparece como um ato final, em que uma possibilidade é escolhida, abandonando-se as demais. Modernamente, o

Como sistema de controle de comportamento, a teoria da decisão jurídica remete à própria dogmática do Direito. Segundo Ferraz Júnior (2008, p. 285), esta estrutura dogmática, como um saber tecnológico, não cuida da decisão em termos de realidade social, mas apenas de regras para a tomada de decisão. Preocupa-se, nesta lógica, com os requisitos técnicos (aqui, os instrumentos de que se serve o decisor), não propriamente para adaptar a sua ação à natureza dos conflitos, mas para “encontrar a decisão que prevalecentemente se imponha e os conforme juridicamente”.

A decisão, segundo Ferraz Júnior (2008, p. 287), é um procedimento cujo momento culminante é a resposta, sendo que a justificação desta resposta constitui a sua *legitimidade*. No processo de decisão, são levadas em consideração expectativas *grupais* (relativas às condições de possibilidade dos conflitos); *sociais, políticas e econômicas* (relativas às condições de garantias dos objetivos grupais); e *jurídicas* (relativas às condições de determinação dos objetivos sociais, políticos e econômicos).

A dogmática jurídica fundamenta o Direito como um sistema de controle de comportamento⁷⁹, em que a *decisão* e o *conflito* centralizam-se na ação do controle, correspondente ao “poder de decisão de conflitos institucionalizados”. (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 289-290)

conceito de decisão tem sido visto como um processo mais complexo que, em sentido amplo, pode ser chamado de aprendizagem. Sem levar em consideração as divergências teóricas específicas, poderíamos postular que pertencem ao processo de aprendizagem impulso, motivação, reação e recompensa (cf. Deutsch, 1969:145; cf. também Simon e March, 1970; e Easton, 1968). *Impulso* pode ser entendido como questão conflitiva, isto é, conjunto de proposições analiticamente incompatíveis em face de proposição empírica que descreve uma situação. Por exemplo, “deve-se dizer a verdade” e “deve-se ser misericordioso” aparecem como preceitos contrários diante da situação do médico em face do enfermo à morte, ao qual reluta em esclarecer sobre seu estado de saúde. A *motivação* corresponde ao conjunto de expectativas que nos forçam a encarar as incompatibilidades como conflito, isto é, como exigindo uma resposta comportamental. A *reação* é, propositadamente, a resposta. A *recompensa* é o objetivo, a situação final na qual se alcança uma relação definitiva em confronto com o ponto de partida”. (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 286)

⁷⁹ “Nessa dicotomia aflora uma concepção limitada do próprio poder que oculta a noção de controle-disciplina (controle-regulação), ao encarar o poder-dominação (controle-dominação) como *algo* que se tem, se ganha, se perde, se divide, se usa, se transmite. Isso pode ser sentido na utilização, pela doutrina, de conceitos como o de *vontade* (do povo, da lei, do legislador, do governo, da parte contratante), entendida como algo cuja conceituação, na verdade, tem uma operacionalidade limitada às ações individuais e que só cabe metaforicamente às situações mais complexas (qual a “vontade” que estabelece a norma costumeira?). Não obstante, essa aceção de poder como algo, como substância (vontade de poder, poder de vontade) mantém-se no discurso oficial da ciência jurídica, favorecida, talvez, pela ambigüidade da palavra *Estado* que, para o jurista, designa, de um lado, uma sociedade organizada juridicamente, da qual todos são membros (poder como regulação), e, de outro, um aparelho que governa essa mesma sociedade (poder como dominação)”. (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 289-290)

A dogmática da decisão abrange tanto o poder de fato quanto o poder de direito, e relaciona-se a dois aspectos: o interno (referente à decisão jurídica como controle com base nos instrumentos que o sistema oferece - *controle-disciplina*); e externo (relativo aos instrumentos que a retórica jurídica traz para o sistema – *controle-dominância*). O controle-disciplina relaciona-se ao *poder de direito* (teoria dogmática da aplicação do direito), enquanto que o controle-dominância relaciona-se ao *poder de fato* (teoria dogmática da argumentação jurídica). (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 290)

Em outras palavras, o que apregoa Ferraz Júnior é a existência de duas realidades distintas, mas complementares na dogmática da decisão jurídica. A primeira relaciona-se à estrutura interna da decisão jurídica (conformidade instrumental da lei ao ordenamento jurídico). Já a segunda se relaciona ao aspecto externo da decisão (justificação da lei frente aos destinatários por via da argumentação jurídica).

Por um lado, a adequação da norma (decisão jurídica) ao sistema jurídico vigente reforça o seu grau de racionalidade, logicidade e coerência interna. De outro lado, a teoria da argumentação jurídica, por visar a justificação desta norma, acaba por conferir-lhe legitimidade frente aos seus destinatários, correlacionando, na decisão jurídica, tanto o poder de direito quanto o poder de fato.

De acordo com Ferraz Júnior (2008, p. 297):

De certo modo, o controle da decisão por meio de procedimentos institucionalizados (a burocratização das decisões nas sociedades modernas é um exemplo típico do que estamos falando) neutraliza [...] a pressão dos fenômenos sociais sobre o sistema jurídico. [...] Os papéis sociais garantem a interação contínua, pois, configurados socialmente de antemão, por meio deles nos identificamos sem a necessidade de nos conhecermos, primeiramente, como pessoas [...] [O] que conta, em última instância, é o papel assumido, e todo o resto pode aparecer como forma velada de corrupção. Segue-se também a exigência de que as decisões ocorram conforme uma linguagem técnica, que mesmo as declarações na língua natural sejam protocoladas, para que a distância entre o procedimento e a relação social fique marcada e a decisão possa acontecer conforme o direito. O que se decide é o conflito institucionalizado, o qual não admite escaladas e deve ser tratado dentro do sistema.

Destaca Ferraz Júnior o caráter de estabilização social dos conflitos por meio da instrumentalização da decisão jurídica, mediante mecanismos procedimentais, de forma a instar os destinatários da norma a atuar de acordo com papéis pré-determinados, na observância de uma linguagem técnica que, por sua própria

natureza, condiciona o caráter comunicacional das partes a uma esquema pré-moldado de acordo com o especificado pelo *sistema*.

A propósito deste caráter comunicacional, assevera Ferraz Júnior (2008, p. 299) que, como produto da ação humana, a *decisão* ocorre no contexto de uma situação comunicacional⁸⁰:

A decisão, portanto, é ato de comunicação. É ação de alguém para alguém. Na decisão jurídica temos um discurso racional. Quem decide ou quem colabora para a tomada de decisão apela ao entendimento de outrem. O fato de decidir juridicamente é um discurso racional, pois dele se exige fundamentação. Não deve apenas ser provado, mas *com-provado*. Essa comprovação não significa necessariamente consenso, acordo, mas sim que são obedecidas regras *sobre* a obtenção do consenso, acordo, que aliás nem precisa ocorrer. Por isso, *uma decisão que não conquiste a adesão dos destinatários pode ser, apesar do desacordo, um discurso fundamentante (racional)*.

O que este comentário mostra é precisamente o aspecto ressaltado, no começo deste capítulo, de que o Direito partilha, na sua prática, aspectos comunicativos com aspectos estratégicos. A “decisão que não conquiste a adesão dos destinatários” é, claramente, uma ação estratégica, de vez que obrigará alguém que, sem ela, não procederá como será, por causa dela, obrigado a proceder. Por outro lado, a possibilidade de justificar-se essa decisão até mesmo perante o destinatário que dela discorda evoca o caráter comunicativo da norma racionalmente justificada.

É interessante destacar, na citação de Ferraz Júnior, a frase “essa comprovação não significa necessariamente consenso, acordo, mas sim que *são obedecidas regras sobre a obtenção do consenso, acordo, que, aliás, nem precisa ocorrer.*” (grifo acrescentado). Sublinha-se, aqui, a possibilidade da justificação pela obediência a aspectos formais, engendrados como garantia da legitimidade comunicativa do resultado, independentemente de haver, sobre ele, um consenso empírico.

Destaca Ferraz Júnior (2008, p. 299), no tocante à realidade interativa dos sujeitos, um ínsito caráter comunicacional presente em toda decisão jurídica, na qual a força

⁸⁰ “Falar, sorrir, chorar, correr são comportamentos que, quer queiram quer não, dizem algo a outrem. Constitui um axioma conjectural da teoria da comunicação o pressuposto de que o comportamento é comunicação, é troca de mensagens e que a comunicação não tem contrário: é impossível não se comunicar. Quem, por algum modo, não se comunica “comunica que não se comunica””. (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 299)

argumentativa⁸¹, moldada com vistas a uma justificação, acaba por conferir racionalidade ao discurso, tanto em relação ao decididor quanto aos destinatários da decisão.

Nesta realidade comunicacional, propiciam-se às partes, dentro do processo, múltiplos questionamentos, que podem versar sobre a existência do conflito, sua pertinência ao mundo jurídico, a pertinência das alegações, a não-incidência da norma em apreço à hipótese fática, a incidência da hipótese fática a outra norma em apreço (mais branda), a não-incriminação do fato imputado ao autor, dentre outros. (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 307)

Destaca Ferraz Júnior (2008, p. 309) o caráter peculiar da dogmática jurídica, qual seja, o de permitir a discussão dos *dogmas*⁸² presentes na decisão jurídica, sem, no entanto, permitir que estes sejam negados (dada a sua pré-determinação), o que, na

⁸¹ Sobre a estrutura (fases) do procedimento argumentativo, explicita Ferraz Júnior: “Admitindo-se que todo problema trazido à deliberação jurídica tem o caráter de um conflito, isto é, alternativas incompatíveis que pedem decisão, o procedimento argumentativo começa, em geral, por questionar a consistência do conflito enquanto jurídico. Trata-se de um questionamento prévio, condicionante mesmo da argumentação subsequente, que lhe determina o caráter. Tem a finalidade de verificar se há mesmo um conflito e, sobretudo, se ele é jurídico. A retórica antiga chamava essa primeira etapa de *translatio*, pois ela permite às partes litigantes uma transferência do objeto da discussão para outro que mantém com o primeiro uma relação condicionante de que um não possa ser discutido sem que antes se discuta o outro (lembre-se, por exemplo, da possibilidade de se discutir a validade de um documento – numa ação declaratória – que serve de base a uma ação executiva). Após a *translatio*, segue-se um procedimento denominado *conjectural*, que se refere às consistências fáticas das alegações. Articula-se um *fato* que se liga a um *autor*. O ato de argumentar procede, então, pelo questionamento: há o fato? Quem é o autor? Esta última interrogação, por sua vez, sugere uma conjectura do ânimo do autor (vontade livre, coagida, intencional etc.), de suas condições de possibilidade, de seu relacionamento com o fato. O questionamento estrutura as posições de ataque e defesa. O ataque mais forte afirma o fato e relaciona-o ao autor. A defesa mais forte nega ambos. A defesa mais fraca admite o fato, mas nega a autoria, objetando o ânimo, ou as condições de possibilidade, ou o relacionamento causal. Ela introduz, em seu argumentar, uma limitação: “admita-se, mas...”, que nos conduz a um terceiro momento. O novo lance do procedimento argumentativo consiste na proposição de outro objeto direto que modifica o conteúdo do fato: “admita-se, mas outra coisa”. Essa fase chama-se *definitio*, discutindo-se aqui a relação entre o fato e seu sentido tipificado pela norma. Nessa etapa, o ataque mais forte afirma a relação, a defesa forte nega-a, ou, então, à medida que uma designação legal é muito desfavorável, a substitui por outra. Por exemplo, substitui-se a designação *roubo* por *furto*, procurando-se mostrar que se trata de *furto*, cuja gravidade é menor. A pura negação constitui uma defesa mais forte, pois isenta o acusado; a substituição é defesa mais fraca, pois apenas diminui a intensidade do alegado. A *definitio*, no questionamento argumentativo é sempre *partidária*, isto é, ela é “usada” no interesse das partes. Ela estabelece uma relação entre a questão onomasiológica (designação do fato) e a questão semasiológica da palavra normativa (significação do texto normativo), em função da produção de convicção”. (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 307)

⁸² Os dogmas carregam em si a característica da inquestionabilidade. De acordo com Perelman, “O que caracteriza geralmente as presunções legais é a dificuldade que há em derrubá-las: elas são amiúde irrefragáveis ou só podem ser recusadas segundo regras muito precisas. Por vezes concernem apenas ao ônus da prova. Esta é quase sempre, perante qualquer auditório, função de presunções aceitas. Mas a escolha destas não é imposta como o é em certas matérias jurídicas”. (PERELMAN, 1996, p. 116)

visão dele, corresponde a uma “astúcia da razão dogmática para extrair de sua vinculação ao dogma sua própria liberdade”⁸³.

Para referendar estrategicamente os dogmas e garantir a sua inquestionabilidade, o Direito se utiliza de diversos mecanismos⁸⁴. Um deles, como reporta Perelman (1996, p. 119), é a técnica da *coisa julgada*, capaz de cristalizar certos julgamentos, vedando, desta forma, o questionamento da decisão correspondente. Outro mecanismo de que se serve a técnica dogmática do Direito é a própria seleção prévia dos elementos que servirão de ponto de partida para a argumentação. (PERELMAN, 1996, p. 131)

O traço fundamental da decisão jurídica relaciona-se estrategicamente com o *efeito comportamental* produzido sobre os destinatários da norma. Sobre este efeito, comenta Ferraz Júnior (2008, p. 321):

Tanto a teoria dogmática da aplicação do direito quanto a teoria da argumentação jurídica mostram um quadro em que a decisão aparece como um sistema de procedimentos regulados em que cada agente age de certo modo, porque os demais agentes estão seguros de poder esperar dele certo comportamento. Não se trata de regularidades lógico-formais, mas, por assim dizer, ideológicas. O discurso dogmático sobre a decisão não só é um

⁸³ Nesta linha de pensamento, uma ordem judicial é justa “na medida em que consegue delimitar os conteúdos normativos, conforme um princípio material abrangente de inclusão ou exclusão. Aqui, a eleição de um princípio gera, conhecidamente, diversos posicionamentos, ora falando-se em bem comum, ora em necessidades vitais, ora em respeito à dignidade do homem, ou como cidadania, ou como designio divino etc. A justiça desta ordem está na razão da delimitação dos conteúdos normativos a partir de um critério de supremacia, não importa a competência da autoridade ou o grau da autonomia de ação de um sujeito em face de outro. Donde o *reconhecimento como justo* de uma ordem que se organiza mediante um *elenco de direitos e valores fundamentais materiais* (vida, propriedade, liberdade, segurança, igualdade) e nele se baseia. Nesse caso, predominam argumentos como o argumento *ab absurdo*, *a contrario senso*, *ad rem*, *a pari*, *a posteriori*, *entimema* ou *silogístico*”. (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 319)

⁸⁴ Perelman cita, como exemplo de mecanismo legitimador da técnica dogmática do Direito, a própria forma de condução do discurso. Segundo ele: “O acordo preliminar à discussão pode basear-se, não no objeto do debate ou nas provas, mas na forma de conduzir a discussão. Esse acordo pode ser quase ritual, como nas discussões judiciárias, parlamentares ou acadêmicas; mas pode resultar, ao menos parcialmente, da discussão particular em andamento e de uma iniciativa tomada por uma das partes. Assim é que Demóstenes apresenta a Ésquines as modalidades de sua defesa: ‘a defesa justa e sincera é a de provar ou que os fatos incriminados não ocorreram, ou que, tendo ocorrido, são úteis ao Estado’. Receando que o acusado desvie a atenção da assembléia para pontos secundários, Demóstenes prescreve-lhe, por assim dizer, a técnica de sua defesa, cujo valor, por isso mesmo, se compromete a reconhecer. Assim é que o interlocutor que, numa controvérsia, repete, ponto por ponto, as alegações de seu predecessor prova sua lealdade no debate, ao aceitar a ordem do discurso. Assegurar para si certos acordos ou certas rejeições é, portanto, um dos objetivos que determinam a ordem na argumentação. Com efeito, a construção de um discurso não é unicamente o desenvolvimento de premissas dadas no início; é também estabelecimento de premissas, explicitação e estabilização de acordos. Assim é que cada discussão apresenta etapas, balizadas pelos acordos que se devem estabelecer, resultantes às vezes da atitude das partes, e que às vezes são institucionalizadas graças a hábitos assumidos ou a regras explícitas de procedimento”. (PERELMAN, 1996, p. 124)

discurso *informativo* sobre como a decisão deve ocorrer, mas também um discurso *persuasivo* sobre como se faz para que a decisão seja acreditada pelos destinatários. Visa despertar uma atitude de crença. Intenta motivar condutas, embora não se confunda com a eficácia das próprias normas. Por isso, a *verdade* decisória acaba reduzindo-se, muitas vezes, à decisão prevalecente, com base na motivação que lhe dá suporte.

Assim, em virtude da pré-determinação, no sistema, dos signos e símbolos que constituem a realidade dogmática da decisão jurídica, os sujeitos passam a atuar de acordo com as expectativas de comportamento dos demais.

Nota-se, neste contexto, a presença de uma *ação estratégica* por parte do julgador, em virtude do caráter persuasivo por ele empreendido no sentido de fazer acreditar aos destinatários da norma que a decisão por ele proferida atende aos critérios da legalidade e justiça. Esta decisão jurídica é elevada à própria verdade (versão da verdade)⁸⁵ por meio da dogmática da aplicação do direito e da teoria da argumentação jurídica, utilizando-se, para isso, de diversas técnicas argumentativas (como a retórica), no intuito de se atingir o êxito (aqui, o convencimento dos destinatários da norma).

Assim, a dogmática da decisão acaba por construir um sistema conceitual que conforma a decisão a um *exercício controlado do poder*, domesticando as relações sociais, e, por via de consequência, suprimindo o uso privado da violência (malgrado poder-se falar, segundo Ferraz Júnior (2008, p. 322-323), em uma violência em

⁸⁵ “a dogmática da decisão preocupa-se não propriamente com a verdade, mas com a verossimilhança. Não exclui a verdade de suas preocupações, mas ressalta como fundamental a versão da verdade”. (...) Na decisão, pode-se dizer, a verdade factual está sempre submetida a valoração. Valores são símbolos integradores e sintéticos de preferências sociais permanentes. Ninguém é contra a justiça, a utilidade, a bondade. Todavia, na argumentação, os valores às vezes são usados como prisma, critério posto como invariante que permite demarcar e selecionar o objeto. (...) O uso dos valores admite as duas funções. Podemos, a saber, encarar a igualdade como valor-prisma, que provoque avaliações demarcadoras do sentido da distribuição de renda, do acesso equitativo à educação, mas podemos usá-la como valor – justificador –, que confirme as desigualdades sociais (igualdade é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais). Para controlar esse duplo uso é que entra a ideologia, como uma avaliação dos próprios valores. A ideologia torna rígida a valoração. Assim, igualdade pode ser um critério de justiça, a justiça pode ter sentido liberal, comunista, fascista etc. A ideologia, assim, organiza os valores, hierarquizando-os, constituindo uma pauta de segundo grau que lhes confere um uso estabilizado. A ideologia é, então, uma espécie de valoração última e total, que sistematiza os valores. Por ser última e total, uma ideologia é sempre impermeável a outra ideologia. Ideologias não dialogam, mas polemizam. A possibilidade de um diálogo entre ideologias pressupõe, portanto, a conveniência de uma superideologia, dentro da qual as ideologias tornam-se valores. Por exemplo, a conveniência de comunistas e capitalistas num organismo como a ONU pressupõe a superideologia da universalidade dos direitos fundamentais, dentro da qual as valorações ideológicas sobre a justiça, a ordem, a saúde tornam-se possíveis”. (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 321-322)

sentido *simbólico*)⁸⁶.

O caráter comunicativo da decisão⁸⁷ jurídica revela-se no processo de interação entre os sujeitos envolvidos, o que implica, necessariamente, na existência de atos de comportamentos ordenados por regras e determinados pela estrutura formal da *norma*⁸⁸, em seu caráter imperativo condicional. (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 93-95). Na verdade, esse caráter comunicativo pressupõe que a norma protege interesses universalizáveis (o que nem sempre é factual) e que o simples cumprimento das regras do devido processo legal garante o entendimento das pretensões de verdade reivindicadas pela versão dos fatos consagrados na sentença, bem como pela validade da hermenêutica envolvida.

O caráter estratégico da norma jurídica se verifica igualmente na relação entre o legislador e o aplicador da norma:

É como se o legislador, cômico da generalidade dos termos que tem de usar e da impossibilidade de particularizá-los ele próprio sob risco de uma casuística sem fim, convocasse o aplicador para participar da configuração do sentido adequado. São conceitos indeterminados, por exemplo, expressões da linguagem comum como “repouso noturno”, “ruído excessivo”, “perigo iminente” etc., mas também alguns estritamente jurídicos como “antijuridicidade”, “ato administrativo” etc. Os conceitos normativos também pedem do decisor uma co-participação na determinação do seu sentido, porque são indeterminados como os anteriores e, além disso,

⁸⁶ “Daí a possibilidade de a força (*vis*) libertar-se do direito. A violência é, assim, ambígua: constrói e destrói a ordem. Tomada isoladamente, ela aparece neutra, pois tanto produz um como outro efeito. Além disso, como violência gera violência, sua elaboração da noção de “abuso de violência” e de violência razoável. A teoria da decisão jurídica aponta, assim, para uma procedimentalização do poder decisório, donde a idéia do monopólio da força pelo Estado, mas também da separação entre a *quaestio juris* e a *quaestio facti*, isto é, a separação entre as respectivas fontes de informação, o que confere à busca da decisão um equilíbrio compensado: o direito não se determina nem só por normas nem só por fatos, e ninguém tem o monopólio de ambos. Destarte, a dogmática da decisão, se não elimina o papel da força, enfraquece o papel da violência concreta. Pode-se falar em uso legítimo da força, legítima defesa, distinguindo-se entre abuso de violência e violência razoável. A dogmática decisória constitui-se, em suma, num veículo para as ideologias da não-violência”. (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 323)

⁸⁷ “O ato decisório é visto aqui como um componente de uma situação de comunicação entendida como um sistema interativo, pois decidir é ato de comportamento que, como tal, é sempre referido a outrem, em diferentes níveis recorrentes. Decisão é termo correlato de conflito, que é entendido como conjunto de alternativas que surgem da diversidade de interesses, da diversidade no enfoque dos interesses, da diversidade das condições de avaliação etc., que não prevêm, em princípio, parâmetros qualificados de solução, exigindo, por isso mesmo, decisão. A decisão não é, necessariamente, estabelecimento de uma repartição equitativa entre as alternativas de melhores chances, pois isso pressupõe a situação ideal de um sujeito que delibera apenas depois de ter todos os dados relevantes, podendo enumerar e avaliar as alternativas de antemão”. (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 89-90)

⁸⁸ “A norma não é necessariamente a lei ou sentença, mas toda e qualquer intervenção comunicativa de um terceiro elemento, numa relação diádica, capaz de definir vinculativamente o cometimento entre as partes”. (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 101)

constituem, de per si, *valoração* de comportamento cujos limites serão especificados na decisão. Assim o são, por exemplo, o conceito de “mulher honesta”, “dignidade”, “honra” etc. São normativos, portanto, conceitos que encerram uma valoração genérica que exige, na decisão do conflito, uma *concretização*. (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 96)

Percebe-se, nesse comentário, que o caráter estratégico da decisão pressupõe, a legitimá-lo, o aspecto comunicativo que teria presidido à edição da norma e as pretensões de validade das regras de uso dos diversos termos (jurídicos ou não) envolvidos na construção do fato. Esses aspectos comunicativos, necessariamente pressupostos, podem não se verificar. Neste caso, a decisão, além de estratégica, seria arbitrária, o que não é possível é privar-se a decisão do seu aspecto estratégico.

Esta é a razão pela qual o sistema jurídico é visto “não como um conjunto de normas ou conjunto de instituições, mas como um fenômeno de partes em comunicação”, no qual os sujeitos, na qualidade de seres humanos, trocam mensagens, induzindo o receptor a comportar-se de certa maneira⁸⁹.

Vale enfatizar, mais uma vez, que o caráter comunicacional ressaltado por Ferraz Júnior é de natureza *estratégica*, não de natureza comunicativa. Com efeito, o ato de comunicar-se, na medida em que a mensagem produzida pelo emissor altera o comportamento ou as idéias do receptor, é sempre e intrinsecamente estratégico, no sentido de Habermas.

A teoria jurídica do controle de comportamento cuida não somente da organização jurídica do exercício do poder, mas principalmente dos mecanismos *políticos* que lhe conferem o caráter de efetividade, no sentido da capacidade de suscitar a obediência por seus destinatários, substituindo o conhecimento do direito como mera exegese para concebê-lo como uma verdadeira técnica de invenção. (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 101)

Sendo a norma jurídica, do ponto de vista do discurso⁹⁰, uma ação lingüística

⁸⁹ “Por exemplo, quem diz: “por este documento o sujeito A obriga-se a pagar a B a quantia X pela prestação do serviço Y”, além da informação sobre a obrigação de pagar e da contrapartida do serviço, diz também como as partes devem encarar-se mutuamente (elas se encaram como subordinadas, correspondendo ao serviço o pagamento, a prestação do serviço, subordinando uma à outra)”. (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 100)

⁹⁰ “Sendo o discurso uma expressão carregada da personalidade das partes, estas atuam e se obrigam na medida da sua personalidade. Neste sentido, elas gozam da liberdade de trazer à discussão temas e informações que julgam necessários àquela manifestação. Esta liberdade é

racional (FERRAZ JÚNIOR, 1973, p. 73), permite às partes envolvidas mediatizarem e confrontarem as suas pretensões de verdade⁹¹ na busca dos fins a que se propõem. Destarte, apresentam-se aí, no contexto da discussão que compõe o devido processo legal, aspectos comunicativos e aspectos estratégicos. Os aspectos comunicativos estão associados às pretensões de verdade reivindicadas, *em boa-fé*, pelas partes conflitantes e, até, pelo julgador. Os aspectos estratégicos são caracterizados pela possível manipulação da comunicação pelas partes interessadas em benefício de seus interesses específicos e pela reserva, ao julgador, do importante ato e fala de comando.

O caráter estratégico da dogmática jurídica pode evidenciar, inclusive, a exteriorização de mecanismos de poder na salvaguarda de determinados fins por parte de certos grupos, que, utilizando de mecanismos de manipulação da norma, atuam na salvaguarda de seus próprios interesses.

Tal se revela no plano da aplicação do direito. Baseados na subjetividade dos dispositivos de significação legais, erigem-se possibilidades interpretativas que revelam um desvirtuamento das pautas do ordenamento jurídico para a salvaguarda de determinadas ideologias ou interesses específicos.

O próprio processo de interpretação pode evidenciar mecanismos estratégicos por parte dos aplicadores do Direito. Neste mister, adverte Larenz⁹² que a pré-

sugerida como um privilégio das partes, mas ela funciona também como um fator de engajamento. Se ela pressupõe que as partes, ao discutirem, tenham a intenção de vencer e, pois, de dizer e buscar a “verdade”, ela pressupõe também que as partes possam mentir”. (FERRAZ JÚNIOR, 1973, p. 66)

⁹¹ “A primeira regra, consoante a noção de racionalidade exposta, que assegura ao ouvinte o seu papel crítico, afirma que todo ato de falar pode ser posto em dúvida. O exercício limitado da crítica exige, entretanto, que, a partir desta regra, se estabeleçam entre orador e ouvinte “diálogos parciais” com o intuito de se fixarem ações lingüísticas primárias, sob forma de presunção, postulado, axioma, pressuposto, etc. Isto posto, uma segunda regra afirma que uma ação lingüística primária do orador (por exemplo, numa discussão jurídica, “o ponto de partida de qualquer argumentação deve ser a lei”) não pode mais ser atacada pelo ouvinte, pois o orador pode defendê-la. Em compensação, terceira regra, o orador não mais poderá modificar suas ações lingüísticas primárias. Vamos denominar o discurso fundamentante que tenha esta estrutura de discurso *dialógico*. A dialogicidade, como se vê, não pressupõe o princípio do terceiro excluído que exigiria, no caso, que todo ato de falar fosse ou atacável ou inatacável, o que feriria a primeira regra. (FERRAZ JÚNIOR, 2000, p. 20-21)

⁹² Para Karl Larenz, a interpretação compreende um ato de mediação através do qual o intérprete compreende o sentido de um texto, tendo este se lhe deparado como “problemático”. Nesta lógica, o intérprete, de posse de diferentes significados possíveis para um termo ou para uma sequência de palavras, indaga-se sobre o seu correto significado, interrogando o contexto textual e o seu próprio conhecimento do objeto de que no texto se trata. Deve, assim, o intérprete, examinar a situação que deu origem ao texto, bem como as circunstâncias “hermeneuticamente relevantes”, a fim de chegar a uma opção devidamente fundamentada entre diferentes possibilidades de interpretação, no sentido da busca de uma interpretação correta. (LARENZ, 1997, p. 282-283)

compreensão não pode sobrepor-se à vinculação à lei e ao Direito, devendo haver uma vinculação do juiz às pautas do ordenamento jurídico, sendo que este oferece, para uma generalidade de casos, sempre uma resposta plausível. Larenz (1997, p. 292) se coloca, então, contra a “arrogância judicial” de certos juízes, ao afirmar que:

o juiz que assim proceda considera-se a si próprio, graças à sua “pré-compreensão”, como mais perspicaz que a lei e que os resultados por ela coenvolvidos mediante a interpretação jurisprudencial. O que não é compatível com a, se tomada a sério, “vinculação à lei e ao Direito”, que a nossa organização judiciária impõe ao juiz, pois que esta exige que o juiz oriente a sua solução em primeiro lugar às pautas do ordenamento jurídico e isto do mesmo modo, e precisamente também, quando valora.

O alerta de Larenz (1997, p. 494) se justifica na medida em que esta atitude pode vir a engendrar processos estratégicos de manipulação da lei, indesejáveis ao Direito. Admite-se, nesta ótica, que o juiz tenha uma opinião preliminar, mas ele deve, em qualquer caso, estar disposto a que esta opinião preliminar seja confrontada com a lei, a fim de auferir o sentido visado pelo legislador, evitando-se, destarte, que o seu pensamento pessoal venha a sobrepor-se à lei. A aspiração a uma justiça do caso é, assim, um fator legítimo no processo de decisão judicial, conquanto que não induza o juiz a manipular a lei de acordo com as suas convicções.

A advertência de Larenz aponta para um percurso *ideal*, lembrando o dever de cada magistrado no exercício de seu ministério de julgar, para tanto fazendo valer a vontade do legislador no caso concreto. Entretanto, entende-se que esta concepção deixa de lado o caráter *realístico* da prática do intérprete (aqui, o julgador).

Seria forçoso ou mesmo ingênuo supor que o magistrado deixasse efetivamente de lado, no exame de cada caso concreto, as suas concepções pessoais e valorativas no ato de escolha do sentido da norma aplicável. Como aqui se depreende, neste ato de decisão a vontade da lei difere, por vezes, voluntária ou involuntariamente, da vontade do julgador no caso concreto, realidade inevitável em todo processo interpretativo, porque indissociável da pré-compreensão e do universo de influências internas e externas que atuam sobre o intérprete.

Na medida em que este desvio entra em cena, a interpretação passa a tomar uma nova direção. Nesta análise, interpreta-se não de acordo com a mensagem direcionada pela norma, mas em consonância à decisão mais adequada ao juízo valorativo do intérprete, ainda que contrária ao sentido e direção pela norma

sugeridos. Em outras palavras, a decisão jurídica, neste contexto, pode atuar como instrumento estratégico legitimador da vontade e do interesse do próprio intérprete.

No plano de uma ação estratégica (ação voltada a fins), todo aplicador do Direito dispõe de poderosos instrumentos de manipulação, invocando o Direito a seu favor para materializar e satisfazer os seus interesses.

Isto produz uma indissociabilidade entre Direito e moral⁹³, Direito e ideologia⁹⁴, Direito e poder, já que, em sua construção, o intérprete dimensiona invariavelmente a carga axiológica que já lhe é presente.

Este é o fundamento de toda análise moderna e crítica sobre o Direito.

Santos (1988, p. 7)⁹⁵ menciona, neste contexto, a superação da dogmática-jurídica pela construção jurídico-retórica, pondo em cheque a validade da construção jurídico-formal da realidade normativa. Nesta perspectiva, a análise jurídica passa a levar em conta a complexidade de influências externas e de mecanismos de pré-compreensão inerentes ao universo do julgador.

Ross (2003, p. 190) afirma que “Os enunciados aparentemente teóricos da lei foram, na realidade, formulados com o propósito de servir como diretivas para influir na conduta dos seres humanos: dos cidadãos e juízes igualmente”. Reconhece, assim, o caráter teleológico-estratégico da lei, qual seja, o de produzir uma modificação psicológico-comportamental nos seus destinatários.

Nesta medida, a linguagem jurídica carrega, em sua própria estrutura, elementos que viabilizam um uso estratégico voltado a garantir a sua própria legitimação. Esta

⁹³ “De esto se deduce que el derecho deve ser descrito en términos puramente fácticos, es decir, basándose en características observables. Para otras posiciones iuspositivistas esta conclusión se impone aun sin tener en cuenta las argumentaciones anteriores, fundamentándose en la conveniencia de mantener metódicamente separados el derecho y la moral y en la dificultad para obtener un acuerdo axiológico. En base a esto el positivismo jurídico prescribirá al jurista que, si desea descubrir científicamente el derecho, deberá dejar de lado toda estimación valorativa del sistema normativo. Su objeto deberá acotarlo teniendo en cuenta exclusivamente criterios basados en propiedades empíricas”. (NINO, 1974, p. 20)

⁹⁴ “A ideologia é a marca, o estigma destas condições políticas ou econômicas de existência sobre um sujeito que, de direito, deveria estar aberto à verdade.” (FOUCAULT, 1996, p. 26-27)

⁹⁵ “A concepção tópico-retórica tem por objetivo uma crítica, que pretende ser radical, às concepções jus-filosóficas até então dominantes, que procuraram por vários modos converter a ciência jurídica numa dogmática ou axiomática, da qual seria possível deduzir soluções concretas no quadro de um sistema fechado de racionalidade tecno-jurídica. Um leque de concepções que, explicitando a lógica implícita no movimento de codificação e, mais remotamente, no projeto constitucional do estado liberal, levava ao extremo o princípio da legitimação assente na racionalidade jurídico-formal”.

linguagem jurídica⁹⁶ cumpre uma função peculiar, na medida em que representa um instrumento da retórica institucional que serve de suporte à retórica causídica do discurso jurídico. Nesta lógica, a linguagem técnica acaba servindo como elemento distanciador utilizado como expediente de recuo retórico sempre que, em um dado momento do discurso, tal recuo seja um “acelerador da implantação persuasiva da normatividade e da decisão que dela decorre”. (SANTOS, 1988, p. 34-35)

Esta passagem de Santos (1988, p. 40) revela um exercício de manipulação estratégica do poder no âmbito judicial:

O controle da fala passa para o presidente e o seu discurso é entrecortado por silêncios específicos e curtos e sobretudo de índole processual. Uma vez que decidir é especificar e especificar é intensificar simultaneamente o conhecimento e a ignorância, esta estrutura adequa-se particularmente à fase decisória do processo, já que ela permite à terceira parte conhecer mais da matéria que quer conhecer e ignorar mais da matéria que quer ignorar, comunicando às partes a sua estratégia e convidando-as a reagir. Nesta sub-estrutura a fala e o silêncio são normativos, ainda que, na aparência, se relacionem factualmente com o conhecimento e a ignorância. Designam o que *deve* ser conhecido e o que *deve* ser ignorado. Acima de tudo assinalam que, nesta fase, a terceira parte procura sublinhar retoricamente o seu controle sobre o discurso jurídico. [...] A articulação fala/silêncio permite captar os diferentes ritmos temporais a que é submetido, em diferentes momentos, o processamento do litígio. Tais ritmos são fundamentalmente os ritmos do discurso jurídico e neles se condensam as múltiplas negociações em que os participantes intervêm ao longo do desenrolar do processo. O tempo dos actos discursivos é a chave da inteligibilidade do discurso no seu todo, pois, como se sabe, o tempo é o irmão da retórica, tal como o espaço é irmão da lógica apodítica. Apesar disto, a questão do tempo e do ritmo do discurso tem sido tão negligenciada como a questão do silêncio.

Não se sustenta, do ponto de vista realístico, a crença na imparcialidade do juiz, nem numa suposta neutralidade axiológica. Em outra medida, tampouco se concebe como realístico o papel “indeclinável” do advogado em busca da verdade e da justiça, sem importar em que soluções jurídicas esta busca desembocará na perspectiva do seu cliente.

A natureza da ação racional empreendida pelo advogado tem nítida feição *estratégica*. Buscando influenciar o interlocutor, ao mesmo tempo em que busca desqualificar as pretensões de verdade trazidas aos autos pela parte adversa,

⁹⁶ “o estudo do direito como linguagem, para chegar a bom termo, necessita da contribuição de diversas ciências, quer sejam daquelas formadoras das expressões lingüísticas (sintaxe, estilística), quer daquelas que montam o arcabouço das significações (psicologia, sociologia, semiologia), quer finalmente daquelas que aperfeiçoam as técnicas de comunicação (retórica, teoria dos sistemas, teoria dos papéis, lugar da fala, etc.)”. (MENDES, 1996, p. 35)

reivindica as suas próprias de maneira seletiva, na busca do *êxito* (aqui compreendido como o sucesso da causa), e não, propriamente, o entendimento (*verdade*)⁹⁷, entre os sujeitos envolvidos (partes), como proposto na ação comunicativa. Contrariamente a esta, na perspectiva da ação estratégica, o que busca o advogado é a satisfação dos interesses do seu cliente⁹⁸.

A este propósito, entende Perelman que o papel do advogado é o de utilizar, nos limites da lei, todos os meios lícitos ao seu alcance no objetivo de fazer triunfar a tese que aceitou defender frente a um tribunal ou um júri, adaptando a sua argumentação diante de um auditório, no intuito precípua de conseguir seu intento (ou seja, a vitória – *êxito*, e não o entendimento - *verdade*). (PERELMAN, 2004, p. 216-217). Assim, as partes invocam as regras e os procedimentos que lhes são favoráveis, ao mesmo tempo em que procuram desacreditar os procedimentos da outra parte. (PERELMAN, 2004, p. 218-219)

A ação do advogado não está voltada para *verdade* (tomada em seu sentido usual), mas somente enquanto esta atender e respaldar os interesses de seu cliente. Existiria, a propósito, algum advogado pleiteando, no patrocínio da causa de seu cliente, a defesa de solução a ele mais grave ou penosa, considerando-se que esta se coadune a suas pessoais convicções de justiça para o caso concreto? Se ele assim procedesse, estaria violando a ética profissional, no que se refere a suas obrigações para com a parte que patrocina.

O caráter *estratégico* da ação do advogado está voltado para a busca da solução mais favorável para o seu constituinte. Por isso, para os que assumem o patrocínio da causa, deixam-se de lado, muitas vezes, juízes de valor e convicções próprias para a defesa dos interesses mencionados.

⁹⁷ Utiliza-se aqui *verdade* não no sentido usual da palavra, mas, de acordo com a visão habermasiana de ação, no de “acordo racionalmente motivado entre os sujeitos”.

⁹⁸ “Uma razão intrínseca é que este ideal de virtude e retidão, ou pelo menos a imagem do advogado virtuoso e reto, corresponde apenas superficialmente a boa parte do trabalho desempenhado pelos advogados. Uma parte central do trabalho do advogado é representar as pessoas e defender causas que escapam à corrente central da moralidade, sendo frequentemente vistas como grosseiramente imorais. Essa parte do trabalho do advogado é fundamental para o seu papel na sociedade. E a partir da era dos direitos civis, em que os advogados não só lutaram por causas justas e impopulares, mas também protegeram os direitos dos indivíduos e grupos acusados de cometerem delitos injustificáveis, como o Partido Nazista Americano e a Ku Klux Klan, esse aspecto do trabalho do advogado tem sido relativamente esperado. Portanto, o fato de um advogado defender um caso impopular geralmente não é compreendido como um ato de coragem moral ou um exercício de virtude moral. Em outros casos em que o advogado funciona como barreira moral para os objetivos “imorais” de seu cliente, isso é feito geralmente na privacidade da relação entre advogado e cliente, sendo, portanto, desconhecido do público”. (BENNETT, 2005, p. 74)

A atribuição aos juízes de uma ação estratégica (a sentença) orientada exclusivamente por interesses universalizáveis protegidos pela norma e, por outro lado, de ações *estratégicas* desvinculadas de interesses universalizáveis por parte dos advogados constituir-se-ia, não obstante, grave engano. Ambas as ações, frequentemente midiaticizadas no campo jurídico, podem ser levadas a efeito por qualquer sujeito, a depender do fundo condutor da motivação (*entendimento*, nas ações comunicativas; ou *êxito*, nas ações estratégicas)⁹⁹.

Não se poderia negar a veiculação de ações estratégicas por parte do juiz. Com efeito, conforme elucida Perelman (2004, p. 223): “a motivação da sentença jamais pode limitar-se à explicitação dos intuítos, por mais generosos que sejam: sua função é tornar a decisão aceitável por juristas e, principalmente, pelas instâncias superiores que teriam de conhecê-la”. Assim, por ser passível de contestação¹⁰⁰ pelas partes e revisão pelos Tribunais superiores, o raciocínio do juiz deverá seguir critérios racionais, de forma a adequar-se às regras e aos princípios vigentes no sistema.

Assim, a ação estratégica do juiz busca, adicionalmente, um êxito constituído na valorização de suas decisões, convencendo as partes e os tribunais superiores de que esta não apenas se adequou aos critérios formais e materiais de justiça, mas que representa a mais adequada solução possível dentre as existentes, de forma a legitimar-se frente aos seus destinatários, com inequívoca consequência para seu prestígio profissional e social.

O caráter estratégico da decisão jurídica – existente, por si só, pela peculiar função do magistrado no processo - compreende em seu contexto mecanismos de manipulação da linguagem jurídica. A compreensão de ditos mecanismos envolve a superação de velhas concepções irrealísticas correspondentes ao universo de compreensão e ação do intérprete. Não se fala aqui em análises semânticas e linguísticas, em verificações meramente literais dos signos linguísticos, baseados na busca do sentido que a norma *quer revelar*. Rejeita-se a ideia do intérprete como um sujeito passivo, imóvel, objeto de uma perfeita e acabada transmissão de

⁹⁹ Mais do que isso: todos nós podemos, em um plano geral, atuar comunicativamente ou estrategicamente, a depender da natureza da *racionalidade* a que nos propomos – verdade ou êxito.

¹⁰⁰ A possibilidade de contestação das decisões judiciais, pelas partes, é ainda maior se visualizarmos, segundo Perelman, a natureza de algumas decisões, em que se requer um juízo valorativo por parte do juiz (relativo, por exemplo, à noção de *bons costumes*). (PERELMAN, 2004, p. 227-229)

conhecimentos (verdades) provenientes do texto.

Este é o pensamento de Landim e Almeida (1980, p. 10), para quem “o discurso deriva sua força expressiva não das unidades lingüísticas em que ele pode ser decomposto (tais como a palavra, a sentença), mas da pessoa que discorre no discurso, mais precisamente, do modo como ela o entende.”

A própria lógica jurídica depende do modo como os legisladores e juízes concebem o direito e o seu funcionamento na sociedade, sendo as suas decisões susceptíveis de contestação e carecendo, portanto, de aceitação e legitimidade por seus destinatários, isso porque, para funcionar eficazmente em um estado democrático de direito, uma norma precisa ser *aceita*, e não simplesmente imposta coativamente. (PERELMAN, 2004, p. 241-243)

O Direito encontra fundamento na realidade da convivência social, razão pela qual Reale (1998, p. 312-315) distingue a *vigência* (validade técnico-jurídica) da *eficácia* (validade social) de uma norma. É esta ordem de idéias que autoriza o autor a conceber a *perfeição* de uma regra de Direito positivo: “quando, promulgada por uma autoridade legítima tendo em vista o bem comum, encontra, em virtude de seu valor ético e de sua racionalidade, adesão ou o assentimento dos membros de uma convivência”, de forma a harmonizar a validade ética, a validade sociológica e a validade formal ou técnico-jurídica.

As normas jurídicas gozam, desde o seu nascimento, de potencial legitimidade, não obstante podendo perder eficácia em virtude das transformações de caráter valorativo na sociedade. No contexto da aplicação das normas, utilizam-se técnicas argumentativas cujo objetivo (estratégico) é o de conferir justificação e aceitação por parte dos sujeitos destinatários, convencendo-os¹⁰¹ da adequação e justiça da decisão no caso concreto, evidenciando-se, pois, o manifesto uso de ações estratégicas.

¹⁰¹ Para Perelman, “cumpre não obstante reconhecer que nossa linguagem utiliza duas noções – convencer e persuadir – entre as quais considera-se geralmente exista um matiz apreensível. Propomo-nos chamar *persuasiva* a uma argumentação que pretende valer só para um auditório particular e chamar *convincente* àquela que deveria obter a adesão de todo ser racional. O matiz é bastante delicado e depende, essencialmente, da idéia que o orador faz da encarnação da razão. Cada homem crê num conjunto de fatos, de verdades, que todo homem “normal” deve, segundo ele, aceitar, porque são válidos para todo ser racional. Mas será realmente assim? Essa pretensão a uma validade absoluta para qualquer auditório composto de seres racionais não será exorbitante? Mesmo o autor mais consciencioso tem, nesse ponto, de submeter-se à prova dos fatos, ao juízo de seus leitores. Em todo caso, ele terá feito o que depende dele para *convencer*, se acredita dirigir-se validamente a semelhante auditório”. (PERELMAN, 1996, p. 31)

Ademais da influência valorativa (sempre presente ao intérprete), há de se analisar, no âmbito da *decisão jurídica*, as influências externas manifestadas pelo poder sobre o discurso jurídico.

O poder é, inegavelmente, variável definidora da verdade nos discursos. É neste contexto que se fala em *Semiótica (ou Semiologia) do Poder*¹⁰². Este termo é caracterizado por Warat (1995, p. 15) a partir da análise do poder nos discursos como fato co-determinante das condições materiais da vida social. Nesta análise, procura-se desmistificar as distintas práticas discursivas do Direito, destruindo vários de seus mitos organizadores.

Segundo Warat (1995, p. 110):

o poder é o produto das forças em jogo na sociedade, consolidando suas condições reprodutivas através de 'dispositivos de significação', que organizam a sociedade e suas instituições e *asseguram a presença do poder quando a força falta* (gripo acrescentado).

Para Wolkmer (2006, p. 125), a Semiologia do Poder propõe uma articulação das diversas formas discursivas do Direito com a perspectiva desmistificadora da filosofia da linguagem, substituindo-se a validade do paradigma dogmático pela análise das funções ideológicas do poder instituído sobre os discursos jurídicos. Esta posição aponta para a intromissão da ação estratégica, no plano da realidade, no próprio cerne do que deveria ser reservado à ação comunicativa, no plano da teoria.

O estudo dos complexos e intrincados mecanismos de poder encontra forte referência em Foucault (1979). Este observa a existência de múltiplas relações de poder que constituem e caracterizam o corpo social, relações essas que não podem se dissociar nem se estabelecer sem uma produção, acumulação, circulação e

¹⁰² Sobre a Semiótica no Direito, leciona Brito: "A Semiótica é uma das ciências da linguagem que explica, sobretudo, a relação que os signos produzem como instrumento da comunicação humana. Ela é ancilar da Ciência do Direito, porque, já foi dito supra, o Direito é um produto cultural; assim, ele se manifesta como linguagem em todos os aspectos. Logo, impõem-se: 1º) lembrar que toda afirmação é um signo ou um conjunto de signos, a qual se transforma em mensagem, cujo objetivo é fazer com que o seu emissor comunique-se, satisfatoriamente, com o receptor dessa mensagem; 2º) identificar as funções semióticas que as expressões de toda linguagem possuem. São elas: a semântica (relação do signo com o objeto que designa), a sintática (relação dos signos entre si) e a pragmática (relação do signo com o sujeito que o utiliza). Estas propriedades semióticas completam-se, entre si, porque um mesmo signo (ex. mandato), mesmo na linguagem técnica (aquela linguagem que restringe o conteúdo semântico dos signos às designações exclusivas de objetos do seu campo do conhecimento), pode ter conteúdo semântico designativo de mais de um objeto e, então, gerar ambigüidades". (BRITO, 1996, p.122)

funcionamento do discurso.¹⁰³

Para Foucault (1979, p. 27), “só pode haver certos tipos de sujeito de conhecimento, certas ordens de verdade, certos domínios de saber a partir de condições políticas que são o solo em que se forma o sujeito, os domínios de saber e as relações com a verdade.”

A manipulação do discurso jurídico encontra seu nascedouro nas pressões dos grupos de poder instituídos em uma sociedade, e que atuam na salvaguarda de seus interesses, em geral de ordem econômica¹⁰⁴. Assim, delimitam os dispositivos de significação presentes na legislação, fazendo legitimar e preservar os valores e interesses por eles visados.

Para garantir a observância de seu cumprimento, o poder dispõe de diversos mecanismos¹⁰⁵ que visam, estrategicamente, inculcar na mente coletiva a aceitabilidade e a legitimação dos valores contidos na norma.

No plano legislativo, Coelho (1992, p. 103-104) cita como um dos instrumentos utilizados pelo poder a chamada “tecnologia jurídica”. Segundo ele, os “tecnólogos do Direito” (responsáveis pela formulação e construção da norma) são recrutados pelo poder para a inclusão, nos dispositivos legais, de determinados valores e interesses, fazendo uso, quando assim o desejam, de uma “flexibilização da legalidade”, a fim de conferir terreno fértil para a manipulação da linguagem jurídica,

¹⁰³ Ewald assim explica a teoria sobre o poder em Foucault: “A hipótese geral do seu trabalho seria a de que as relações, as estratégias e as tecnologias de poder que nos constituem, nos atravessam e nos fazem, são acompanhadas, permitem e produzem formações de saber e de verdade que lhe são necessárias para se consolidarem como evidentes, naturais e se tornarem, dessa maneira, invisíveis. Inversamente, a análise do saber, das formações discursivas e dos seus enunciados deve ser feita em função das estratégias de poder que, numa dada sociedade, investem os corpos e as vontades”. (EWALD, 2000, p. 11)

¹⁰⁴ “Regra, norma, interesse social superior que visa à coletividade, princípio que procura igualar os desiguais ou princípio que procura alcançar os limites do justo ou do eqüitativo, e tudo o mais que se possa dirigir no sentido de propiciar a paz social ou a ordem coletiva; traduzem a ação ou os objetivos com que os homens procuram explicar a conjuntura do momento histórico na sociedade em que vivem. Mas todas essas formas, por mais perfeitas e arquetizadas que sejam, jamais mostram o Direito na crueza autêntica que ele traduz, ou seja, a projeção completa e única de sua realidade – o processo que impõe a força do poder econômico da classe que, pela sua dominação, determina o que é, socialmente, verdadeiro e bom. Se todos os demais processos de explicação revelam a superioridade mental do homem que pensa estruturar a verdade, isso é o mundo das categorias econômicas ensinadas como categorias jurídicas. É a inversão da verdade que um dia a humanidade colocará no seu verdadeiro sentido e lugar”. (NOGUEIRA, 1999, p. 200)

¹⁰⁵ “Apoiado neste forte e diversificado dispositivo de coerção, o direito do estado capitalista procede à consolidação (contraditória) das relações de classe na sociedade, gerindo os conflitos sociais de modo a mantê-los dentro de níveis tensionais toleráveis do ponto de vista da dominação política de classe que ele contraditoriamente reproduz”. (SANTOS, 1988, p. 55).

justamente por possibilitar a alteração dos fins visados pela norma, quando esta não mais respaldar e refletir estes mesmos interesses. Exemplo disto é falar-se de aborto ou de antecipação terapêutica do parto ou, ainda, de pré-embrião, conforme se deseje combater ou defender a interrupção da vida em certas circunstâncias.

No processo interpretativo entram em cena influências internas e externas à realidade do intérprete. As primeiras correspondem aos valores próprios que já lhes são presentes ao espírito. Quanto às influências externas, predominam interesses de ordem diversa manifestados por grupos de poder, que procuram, estrategicamente, obter decisões jurídicas que lhes sejam favoráveis.

A manipulação do discurso jurídico opera os seus efeitos na construção e na elaboração dos valores contidos nas normas jurídicas, fazendo valer o conjunto de interesses dos segmentos de poder instituídos na sociedade.

Superam-se as concepções dogmático-linguísticas, que nada revelam sobre a manipulação na construção dos dispositivos de significação legais, e passa-se ao estudo de uma concepção mais realística do Direito, abrangendo, neste fim, os diversos mecanismos utilizados pelo poder para a garantia de seus interesses.

Coexistem em uma sociedade relações múltiplas de poder que, estruturadas na salvaguarda de interesses, acabam por incutir, nas normas jurídicas, os valores por ele visados, revelando-se a ideologia e o direito realidades inseparáveis no processo de construção e interpretação das normas jurídicas. Fazendo incutir, nas normas jurídicas, os valores visados pelo poder instituído, o direito revela, em sua estrutura, preenchimentos estratégicos que atuam de forma a assegurar, frente aos destinatários da norma, a observância dos interesses visados pelos grupos de poder, garantindo a preservação do *status quo* juridicamente instituído.

Resta evidenciado que a dogmática jurídica compreende em seu espectro mecanismos estratégicos no plano da realidade comunicacional entre os sujeitos. Ocorre que, paralelamente a esta realidade, coexiste uma outra realidade comunicacional: a realidade comunicativa. Esta envolve, no plano da interação entre os sujeitos, o sentido comunicativo de norma jurídica socialmente compartilhado pelos sujeitos. Dito caráter comunicativo da norma jurídica pode coadunar-se ou não ao sentido estratégico manifestado pelo sujeito, de tal sorte a recepcionar ou rejeitar a pretensão de verdade presente à norma jurídica.

Com vistas a garantir a sua legitimidade frente aos sujeitos sociais, as normas jurídicas intentam obter guarida no acordo comunicativo presente no consenso racional entre os sujeitos. Em outras palavras, o sentido estratégico presente à norma jurídica só obterá legitimação frente aos sujeitos sociais se encontrar guarida no acordo racionalmente obtido no plano comunicativo.

Inferese, neste contexto, que a ação empreendida pelo sujeito estratégico precisa compatibilizar-se com a ação comunicativa, como condição para a legitimação da norma frente aos sujeitos sociais. Quando os fins teleológico-estratégicos presentes na norma se adequarem aos argumentos substanciais presentes no consenso racional entre os sujeitos, a norma jurídica revelar-se-á como *justa* diante dos seus destinatários. Do contrário, quando os fins teleológico-estratégicos da norma jurídica não encontrarem guarida no consenso racionalmente obtido pelos sujeitos, a norma revelar-se-á como *injusta*, repercutindo o sentido comunicacional de descrédito por parte dos seus destinatários sociais.

Em outras palavras, a norma jurídica, enquanto pretensão de verdade manifestada no plano do discurso racional, procura a sua justificação no acordo que orientará as ações individuais dos participantes. Assim, na medida em que a norma jurídica não mais corresponder à tese do melhor argumento racional presente ao discurso, perderá a sua legitimidade, engendrando a sua alteração de forma a restaurar o conjunto de expectativas sociais dos participantes do discurso.

Pode-se então concluir que em toda decisão judicial há sempre um mandamento estratégico. Ocorre que este mandamento estratégico necessita coadunar-se com o mandamento comunicativo. Quando isto ocorre, passa a repousar frente à norma jurídica um sentido de *justiça*, repercutindo no sentido comunicacional de sua obediência pelos sujeitos sociais. Do contrário, quando o mandamento estratégico não encontrar guarida no mandamento comunicativo, o que se evidenciará será a perda de legitimidade da norma jurídica frente aos seus destinatários sociais, induzindo, por parte do sujeito estratégico, que seu cumprimento se dê por mecanismos coercitivos, de tal sorte a induzir, pela coerção, a sua observância pelos sujeitos sociais.

3 A PENA NA TRADIÇÃO JURÍDICA

O estudo histórico das penas revela que a sua racionalidade legitimadora construiu-se sobre bases instrumentais, repousando na autoridade do sujeito que a proclamava, a exemplo do líder religioso, chefe da tribo, tribunal eclesiástico ou monarca. A sua aceitação social procedeu, nesta medida, em eventual reconhecimento a dita autoridade.

Na tradição jurídica, a sanção penal confere cogência às normas desde tempos imemoriais.

Tome-se o exemplo histórico do Código de Hamurabi. Este magistral texto da Antiguidade, constituído, segundo Fuhrer (2005, p. 29), por 282 artigos e gravado em uma coluna de diorito negro em caracteres cuneiformes, era exposto no templo a fim de que todos pudessem consultá-lo.

Mais do que um conjunto de disposições (sobretudo de ordem penal) que regulavam a vida dos indivíduos, o Código de Hamurabi¹⁰⁶ cumpria inúmeras funções comunicacionais, representadas, sobretudo, pela consciência, provocada nos destinatários de suas normas, de que as respostas do Estado punitivo passariam agora a ser atribuídas com base em critérios explicitados, não mais sobre a arbitrariedade das manifestações de vingança, a juízo exclusivo dos que se sentissem prejudicados.

Representava, em última instância, a grandiosidade da *sabedoria dos deuses*¹⁰⁷ frente aos destinatários sociais das normas, pela mediação do rei, revelada na imposição incontestável das medidas que assim se consideravam em decorrência do caráter sagrado de seus mandamentos.

No Antigo Egito, ao lado de inscrições hieroglíficas, encontram-se diversas representações do castigo imposto aos escravos, cuja exploração era considerada vital no reino dos faraós (GRIMBERG, 1989, p. 29). Elas revelam um uso estratégico da pena na transmissão comunicacional de mensagens à sociedade escravagista

¹⁰⁶ Sobre o Código de Hamurabi, ensina Fuhrer que este trata “preponderantemente de Direito Criminal, embora regule muitas questões civis, como o dote, a propriedade, a prestação de serviços e a locação de coisas, animais e escravos. (FUHRER, 2005, p. 29)

¹⁰⁷ “Como indica o “Preâmbulo”, o rei Hamurabi foi chamado pelos deuses para plantar justiça na Terra, destruir os maus e o mal, prevenir a opressão do fraco pelo forte e iluminar o mundo, proporcionando o bem-estar do povo”. (FUHRER, 2005, p. 29)

egípcia, como demonstra a gravura:



Fonte: GRIMBERG, Carl. **História Universal**, vol 1, p.29.

Outro exemplo de utilização da pena para o cumprimento de fins estratégicos encontra-se na Inglaterra, com o enforcamento dos piratas em praça pública. A preocupação em se punir a pirataria era tamanha que já em 1360 é criado o Alto Tribunal do Almirantado, para julgar e punir os crimes relacionados a esta prática, sendo acorrentados e enforcados ao longo do Rio Tâmisa famosos piratas, como John Oxenham, William Kidd, Charles Vane, John Rackham, Edward Law, Edward Teach (o famoso Barba Negra) e Bartholomew Roberts (o último dos piratas), a fim de servir como exemplo intimidatório a todos os indivíduos. (MORETTI, 2010, p. 15)

Todos estamos sujeitos às normas instituídas pelo grupo social, que representam, para nós, supostamente, um complexo de verdades comunicativamente partilhadas. Através das normas, passamos a atuar de acordo com as expectativas geradas por nossos semelhantes. Sejam estas normas de cunho social, religioso ou jurídico, o fato é que não se poderia conceber a vida em sociedade sem a existência delas.

No que se refere às leis (espécies de normas dotadas de cogência e sanção), representam estas, para Montesquieu (1995, p. 87)¹⁰⁸, as relações necessárias derivadas da própria natureza das coisas. Nesta ordem, todos os seres vivos, as divindades, o mundo material e o homem têm as suas próprias leis. É neste contexto que se tem indagado, desde que o Direito se viu como um saber sistematizado acerca da legitimidade da pena. Sendo perceptível que, ao contrário do que pensaram os gregos antigos, a mera existência da lei legitima a sua aplicação, foi

¹⁰⁸ No original: "Les lois, dans la signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses; et, dans ce sens, tout les êtres ont leurs lois, la divinité a ses lois, le monde matériel a ses lois, les intelligences supérieures à l'homme ont leurs lois, les bêtes ont leurs lois, l'homme a ses lois".

preciso recorrer-se a uma fonte externa de legitimação para a própria norma que incluísse a sanção como instrumento de sua cogência.

Destarte, existe uma longa tradição de justificação da pena que, a bem dizer, estrutura o próprio cerne do Direito Penal. Este capítulo destina-se a apresentar esta tradição.

3.1 A PENA COMO SANÇÃO ÉTICO-MORAL-RELIGIOSA

A compreensão de que a justificativa da pena pode encontrar-se em um contexto comunicativo que leve à promoção dos interesses universalizáveis e pode, também, fazer parte do projeto estratégico de imposição de uma ordem presidida por interesses específicos, não necessariamente universalizáveis, é fenômeno contemporâneo. No passado, a busca de uma justificativa racional da pena situava-se na explicitação da razão instrumental, de molde tipicamente estratégico (determinação de meios adequados ao fim).

Exemplo dessa racionalidade encontra-se na idéia de sanção religiosa aplicada como reprimenda ao pecado cometido, repercutindo quando da violação a preceitos e mandamentos considerados sagrados por um grupo social.

A pena como sanção religiosa está presente em todo o contexto das inúmeras compilações de mandamentos sagrados, a exemplo da bíblia, do alcorão, torá, dentre outros. Consoante observa Sampaio (1942, p. 9-10), a própria tradição religiosa de diversos povos começa com a imposição de uma *pena*, aplicada como punição pela desobediência à autoridade do *criador*¹⁰⁹.

O Direito Penal, como direito de *punição*, espelhava uma realidade sempre presente ao homem no plano de sua existência: a *recompensa* ou o *castigo* diante dos seus feitos em vida. De fato, em todo contexto social existem ações acolhidas e estimuladas pelo grupo, enquanto outras, por sua natureza, são merecedoras de

¹⁰⁹ “Para a Bíblia mesma, a imposição daquelas sentenças: “parirás com dores”, “ganharás o pão com o suor do teu rosto”, ditadas respectivamente à mulher e ao homem, pelo Deus do Gênesis, - transforma toda a Terra num reformatório penal, com trabalho obrigatório, e a vida do homem, na de um presidiário, com “pena indeterminada”, que expia a sua culpa original. Na concepção católica, os crimes individuais, aqueles cometidos pelo indivíduo depois de atingida a idade da razão (os penalistas diriam “a capacidade penal”) seriam objeto de novo julgamento, “o juízo final”, colocado entre este mundo e o mundo sobrenatural. O próprio destino *post-mortem*, pois, como o nosso destino terreno, resultaria de uma sentença penal, que nos absolveria ou nos condenaria quer à pena temporária do purgatório, quer à pena perpétua, ou, melhor, eterna, do inferno”. (SAMPAIO, 1942, p. 9-10)

reprimenda e sanção. Nesse contexto, todo agrupamento social, por mais rudimentar ou mais aperfeiçoado e evoluído que seja, reage com um corpo de sanções atribuídas como resposta à violação dos valores que lhe são mais caros. Ditas premissas (morais, religiosas ou de qualquer natureza) são variáveis de uma sociedade para outra, mas espelham, ainda que em diferentes graus, a mesma realidade: adequar os indivíduos aos valores aceitos pelo grupo social.

As sanções religiosas, cuja legitimação repousava no dever de obediência coletiva aos preceitos sagrados revelados a um grupo, na pessoa de seu chefe ou líder religioso, eram aplicadas como forma de expiação do pecado, de tal sorte a regenerar e extirpar o mal¹¹⁰, tornando a alma mais própria para *Deus*. A finalidade deste procedimento era a purificação geral do grupo, evitando que sobre ele recaísse a cólera dos deuses que a todos afetaria.

Trata-se, portanto, de um procedimento estratégico de elevada importância social, lastreada em uma convicção acerca da realidade de bases míticas. O apego do homem à religião representa uma dos traços marcantes de seu registro histórico sobre a Terra. Para Turner (1987, p. 3), em todos os povos da raça humana o homem é um *ser religioso*, fato que se revela mesmo nas sociedades tribais¹¹¹.

A religião passou a enraizar-se na cultura dos povos, na medida em que os fenômenos da vida podiam ser explicados de forma a lhes fazerem sentido. Os valores sagrados trazidos pelas religiões e seguidos pelos povos no plano da convivência coletiva contribuía para a pacificação e o equilíbrio social, de tal sorte que a eventual ofensa a princípios sagrados exigia um castigo ainda maior que

¹¹⁰ Para Nietzsche, no campo da convivência humana, os valores opostos *bom* e *mau* travam, há séculos, uma milenar batalha espiritual: “Les deux valeurs opposées “bon et mauvais”, “bon” et “méchant” se sont livrés dans le monde un combat effrayant des millénaires durant; et bien que depuis longtemps la deuxième valeur ait eu le dessus sur la première, il ne manque cependant pas d’endroits aujourd’hui où se poursuit une lutte dont l’issue est incertaine. On pourrait même dire que depuis tout ce temps elle n’a cessé de s’élever, et par là de s’approfondir et de se spiritualiser: de sorte qu’il n’existe peut-être pas aujourd’hui de signe plus décisif d’une “nature supérieure”, d’une nature hautement spirituelle que le fait d’être ainsi déchiré, d’être un réel champ de bataille pour ces opposés”. (NIETZSCHE, 1971, p. 52-53).

¹¹¹ “Dizer que a religião é uma criação de sacerdotes mal intencionados, não oferece qualquer explicação a tal fenômeno. As evidências contrariam tal afirmação, mas, ainda que fosse verdadeira, tão somente comprovaria que os homens precisam e buscam ter religião, pois sua aceitação universal apoiaria o fato. O olho implica na existência da luz; o ouvido, do som; a fome, dos alimentos; as afeições naturais, dos objetos das mesmas; e o desejo de adquirir conhecimentos implica na existência de um universo em que tal anelo pode ser satisfeito. Segundo o mesmo princípio, temos o apoio da razão quando esperamos que a capacidade religiosa do homem encontre uma religião que se enquadre com essa capacidade e a satisfaça. E essa capacidade só pode ser satisfeita com uma religião revelada, e nunca com uma religião humana”.

qualquer outra sanção estabelecida pela sociedade, pois afastava o homem do seu próprio *deus*, aprisionando não apenas o seu corpo, mas a sua própria *alma*, para nada dizer dos efeitos nocivos da cólera divina sobre o grupo social.

Os valores religiosos se aderem ao espírito humano na medida em que o homem reconhece inevitavelmente¹¹² e imperiosamente¹¹³ a sua própria incapacidade¹¹⁴ de lidar com o desconhecido, repousando as sanções religiosas no âmbito da correção da própria *alma*, plano aceito legitimamente pelos fiéis como o caminho inexorável à própria existência. De fato, não se pode olvidar o caráter *espiritual*¹¹⁵ do homem, sendo as manifestações de sua religiosidade compartilhadas com seus semelhantes e com o próprio Deus. A busca do homem por Deus aperfeiçoa a sua fé, apazigua as suas angústias e dá sentido à sua existência¹¹⁶.

¹¹² “Tão universal era e ainda é hoje a crença na existência de Deus que muitos teólogos têm concluído deste fato que a idéia de Deus é inata, isto é, que existe naturalmente na inteligência do ser humano uma idéia de Deus, não por causa de qualquer instrução de outro ente humano, mas porque o próprio Deus que criou o ser humano depositou dentro dele a idéia de Sua existência. Por isso, se um recém-nascido for colocado em um lugar onde nunca poderá receber qualquer instrução de outro ser humano, crescerá com a idéia, embora imperfeita, da existência de Deus”. (JOINER, 2004, p. 24-25)

¹¹³ “O ateísmo é uma enfermidade que afeta a sociedade e o homem, pois destrói o único fundamento da moral e da justiça – um soberano moral, um Deus pessoal – que coloca sobre o homem a responsabilidade de guardar suas leis. Se não há Deus, então não pode haver lei divina nem moral e todas as leis passarão a ser feitas – e imperfeitas – pelo homem, que procura arrancar de seu coração o anelo pelas coisas do espírito, sua fome e sede de justiça e do eterno”. (MARINO JÚNIOR, 2005, p. 139-140)

¹¹⁴ “A crescente interiorização do homem, que busca e se curva na direção da luz de Deus, dificilmente poderá ser transplantada na superficialidade da mera reflexão. Arrancada do seu ambiente na vida humana, ela murcharia como uma rosa comprimida entre as páginas de um livro. Na verdade, a religião é pouco mais do que um remanescente dissecado da realidade vívida, quando reduzida a termos e definições, a códigos e ceticismos. Ela só poderá ser estudada no seu ambiente natural de fé e de piedade, na alma, onde o divino está ao alcance de todos os pensamentos. Somente poderão compreender a religião os que a entenderem na sua profundidade, aqueles que puderem combinar a intuição e o amor com o rigor do método, os que foram capazes de encontrar categorias que amalgamem com metais puros e consigam forjar o imponderável, numa manifestação incomparável, singular. Não basta descrever o conteúdo natural da consciência religiosa. Temos de pressionar a consciência religiosa com indagações, obrigando o homem a entender e a desembaralhar o significado do que está acontecendo em sua vida enquanto está inserida no horizonte divino”. (HESCHEL, 2006, p. 25)

¹¹⁵ “A prática espiritual e religiosa se constitui também num lugar privilegiado de encontro com o Infinito. As religiões se dirigem diretamente a Ele. Reconhecem seu caráter inefável, pois transcende cada palavra e ultrapassa toda representação. A oração é uma forma como o ser humano se dirige ao Ser infinito: suplica e agradece, se lamuria por causa das contradições da realidade e também encontra consolo nas tribulações”. (BOFF, 2008, p. 180)

¹¹⁶ “é ainda o Deus gestor, que permanece vivo no psiquismo das criaturas humanas, pela própria incapacidade do homem em autogerir-se e em conduzir o seu destino, querendo, dessa forma, deixar nas mãos Dele a condução do seu processo existencial, dizendo, inclusive, que Ele sabe o que é melhor para cada um dos seus filhos (o que em momento algum se coloca em dúvida), e, por isso mesmo, teimam em não assumir o que realmente deveram, que é a condução das suas vidas. Adotando essa postura existencial, os seres humanos colocam Deus à sua disposição, como se o

O advento do teocentrismo¹¹⁷, típico da Idade Média, engendrou a própria visão do crime como uma ofensa a Deus, em razão do qual o *criminoso* deveria ser punido, de forma a expurgar os seus pecados e corrigir a sua alma. Neste contexto é que surge, a propósito, a pena de *prisão celular*, invenção do Direito Canônico, mecanismo que a humanidade, em pleno século XXI, ainda não foi capaz de abolir ou superar.

A própria tortura maior - a morte na fogueira, reservada aos hereges - abrigava a esperança de que o diabo, em possessão daquela alma decaída, incomodado pelo fogo, abrisse mão, momentaneamente, de sua presa, que, desse modo, em um último momento, poderia apelar para a misericórdia de Deus e salvar a sua alma.

A religião desempenha, inegavelmente, um papel de controle social¹¹⁸, na medida em que freia eventuais impulsos criminosos na certeza de que estes repercutem em uma sanção muito mais grave do que a perda da liberdade, vale dizer, na possibilidade de perda da própria *alma*, sanção esta que, ao contrário da pena aplicada em vida, sobrevive à morte.

Como se afirmou, malgrado o reconhecimento da religião como mecanismo de controle social, na medida em que a observância, por seus fiéis, dos preceitos nela contidos permite o desvio do crime, não se pode olvidar que a religião tem servido

homem não necessitasse fazer a sua parte e Ele tivesse de tudo prover, como se o esforço próprio nada importasse nesse processo de evolução da criatura". (NEVES, 2001, p. 93)

¹¹⁷ Um dos atributos do Iluminismo foi a superação do Teocentrismo e da intolerância religiosa. Sobre este momento histórico, pontua Silva Neto: "É certo afirmar que o Racionalismo pode ser evidenciado na filosofia socrático-platônica; todavia, foi ao final da Idade Média, com o aparecimento do Iluminismo, que mais se observou a tentativa de explicação dos fatos da vida por meio da ciência, o que se deu notadamente através do pensamento de Descartes, Spinoza e Leibniz. Logo, sendo o Racionalismo correspondente a uma doutrina filosófica que persegue a busca do conhecimento por meio da razão e não dos sentidos, parece óbvio que surgiria, em algum momento, incompatibilidade entre os pressupostos que amparavam os segmentos religiosos – porque movidos pelo dogma – e os princípios racionalistas". (SILVA NETO, 2008, p. 24-25)

¹¹⁸ A religião, não obstante revelar-se utilitariamente positiva como mecanismo de controle social, tem servido, historicamente, como mola propulsora para crimes, tragédias e injustiças. Conforme lembra Sárnam (2008, p. 84): "A raça humana experimentou uma longa história de matança por causa dos interesses políticos e econômicos de religiões organizadas. O uso de Deus para santificar conflitos sobre a terra e a soberania, que começaram em tempos bíblicos, continuou com a conquista da Arábia por Maomé, a invasão de Genghis Khan da Mongólia, as Cruzadas, a Inquisição, as Guerras Francesas de Religião e a fixação da América colonial. Desde então, os monarcas, os generais e os papas perdoaram a brutalidade por meio de decreto divino, se servisse aos seus interesses. Também, líderes religiosos rezavam pela vitória militar e raramente defenderam a nocividade social da guerra inter-religiosa, enquanto casas de adoração, antecipando recompensas financeiras do conflito armado, falharam repetidamente em promover benevolência e paz na Terra. Orientada por ambições políticas e econômicas, as religiões organizadas continuam subvertendo os princípios éticos e defendendo a violência em nome de Deus – uma contradição óbvia".

historicamente também de mola propulsora para práticas criminosas¹¹⁹.

Isto acontece porque, sendo *religião* uma instituição, no sentido sociológico do termo, ela é uma idéia que só ganha materialidade a partir das igrejas, organizações humanas constituídas por pessoas que têm individual e coletivamente interesses específicos a defender. Desse modo, a *vontade de deus* é apresentada aos fiéis pelos intérpretes da sabedoria divina de uma forma voluntária ou involuntária, consciente ou inconsciente, afeiçoada aos interesses específicos da igreja considerada ou dos ministros que nela intervêm.

Na medida em que molda o comportamento social a padrões de uma ética baseada em princípios de bondade, amor e justiça, a religião favorece a que se refreie a exteriorização de condutas humanas ofensivas à coletividade, já que a prática destas pode significar não apenas uma lesão a bens e interesses sociais de um grupo, mas, sobretudo (e anteriormente), uma ruptura entre o indivíduo e o seu próprio *deus*, em virtude da prática de um *pecado*¹²⁰.

Esta realidade socialmente vivida e sentida pelo homem é compartilhada por uma média de indivíduos que seguem um mesmo denominador ético-religioso¹²¹, que

¹¹⁹ A própria natureza da linguagem bíblica engendra a possibilidade de múltiplas interpretações divergentes, algumas das quais, intencionalmente deturpadas, servem de estímulo e encorajamento a extremistas religiosos no cometimento de crimes contra determinados grupos. Sobre a linguagem bíblica, pronuncia-se Silva: "Os homens, por não entenderem o real significado de sua mensagem, tentam interpretar, no presente, mensagens e orientações que foram utilizadas em determinada época e situação específicas, no passado, dando margem assim, no presente, a interpretações pessoais que dificultam o seu verdadeiro significado". (SILVA, 2000, p. 133)

¹²⁰ Note-se que muitas condutas incriminadas pela norma penal (crimes) correspondem, em igual medida, a condutas censuradas pela religião (pecados), passíveis, em igual medida, de reprimenda, seja ela religiosa ou jurídica.

¹²¹ É inegável, no entanto, que apesar da existência de um radical comum à maioria das religiões, baseadas numa polaridade *bem* e *mal*, os valores religiosos não foram uniformemente vivenciados pelos homens ao longo da história, evidenciando-se dissonâncias entre seus seguidores, repercutindo, até mesmo, sobre o exercício diário da religiosidade. Braudel cita, a esse respeito, o curioso exemplo da Córsega do século XVI, e os hábitos dissonantes dos padres franciscanos locais em relação aos seus colegas europeus: "C'est aussi un chapitre d'histoire missionnaire que laisse entrevoir la vie religieuse de la Corse du XVI siècle. Exemple d'autant plus significatif que le peuple corse, quelques siècles plus tôt, avait été catéchisé par les Franciscains. Quelles traces avait laissées cette première conquête catholique? De multiples documents montrent, au moment où la Société de Jésus aborde l'île pour lui imposer sa loi et l'ordre romain, l'étonnante chose qu'est devenue la vie spirituelle de ses populations. Les prêtres, quand ils savent lire, n'y connaissent ni le latin, ni la grammaire et, ce qui est plus grave, ignorent la forme du sacrement de l'autel. Vêtus très souvent comme des laïcs, ce sont des paysans qui travaillent aux champs ou dans les bois et élèvent leurs enfants au vu et au su de tout le monde. Le Christianisme de leurs fidèles ne peut être que singulier: ils ignorent Credo et Pater; certains ne savent pas faire le signe de croix. Les superstitions ont devant elles une admirable carrière. L'île est idolâtre, barbare, à demi hors de la Chrétienté et de la civilisation". (BRAUDEL, 1976, p. 32)

premia o bem oferecido e castiga o mal praticado.¹²²

Não obstante, diante da subjetividade de compreensão dos mandamentos religiosos, vislumbra-se a possibilidade de que, manipulando suas mensagens, determinados grupos pretendam influenciar outros indivíduos, arregimentando-os para a prática de crimes, de modo a atingir os seus próprios fins extremistas. Sobre esta prática, discorre De Souza (2008, p. 159):

Porque a História tem sido dependente de grupos religiosos literalmente anti-democráticos, aliados a governos ou movimentos políticos (incluindo o terrorismo, movimento político que diz basear-se em idéias religiosas) tem-se imposto pela força de absolvições ou castigos terrenos e eternos, de uma forma apenas dirigida às massas não tendo em conta o indivíduo. Dessa maneira, cada ser perde a sua individualidade, assumindo o papel de uma organizada dependência psíquica, o que permite às instituições que o dominam de usá-lo em massa, perdendo todo o senso comum.

Neste ponto, a própria dualidade entre o *bem* e o *mal*, noção mais ou menos comum à maioria das religiões¹²³, pode ser estrategicamente manipulada de forma a estimular indivíduos ao cometimento de crimes. De um lado, a possibilidade do *inferno*¹²⁴ pode ser evitada com o sacrifício da própria vida na conduta *santa* de morte ao *inimigo infiel*. De outro, a recompensa do *paraíso*, presenteado em suas

¹²² Ressalte-se, consoante revela Sáranan, que o condicionamento de ações sociais consoante padrões esperados não é, como já visto, um produto exclusivo da religião: “Os ambientes sociomagnéticos obstruem o corpo com um fluxo constante de informações sobre como “se ajustar” – como manter pensamentos, sentimentos e comportamentos alinhados com as expectativas necessárias, e, portanto, em apoio ao *status quo*. Esses tipos de ambientes, sejam eles educacionais, médicos, corporativos, políticos, econômicos ou religiosos, são todos centralizados, seu poder e autoridade surgem de padrões fisiológicos abrigados por milhões de indivíduos. A entrada de qualquer um, invariavelmente, é repleta de dificuldades de ajuste e contribui para o desenvolvimento de um sentido social do eu, em estreitamento perverso da identidade pessoal”. (SÁRANAN, 2008, p. 192)

¹²³ “Os persas adoravam vários deuses, no início, mas as pregações do profeta *Zoroastro*, ou *Zaratustra*, provocaram uma revolução. Sua doutrina, exposta no livro *Avesta*, ou *Zend-Avesta*, baseava-se no dualismo entre o bem e o mal. *Aura-Mazda* era o deus do bem; e *Ahriman*, o deus do mal. Princípios de tudo, bem e mal lutavam entre si. Quem seguisse *Aura-Mazda*, seria recompensado; quem seguisse *Ahriman*, seria castigado para sempre. Essa religião tinha uma preocupação *escatológica*, isto é, com o fim do mundo, quando os mortos ressuscitariam e haveria o juízo final, com o julgamento de todos e a vitória de *Aura-Mazda* sobre *Ahriman*”. (ARRUDA; PILETTI, 1994, p. 26-27)

¹²⁴ “A palavra “inferno”, que se utiliza no Antigo Testamento, foi traduzida do vocábulo hebraico SHEOL, que significa literalmente “sepulcro”, “sepultura”, “cova”, “abismo”, “fossa”. Este vocábulo hebraico foi traduzido em dezenas de passagens do Antigo Testamento como “sepulcro”, e umas poucas vezes como “inferno”. Porém nestes casos, assim como nos anteriores, não significa senão sepulcro, ou sepultura. No Novo Testamento, “inferno” corresponde a dois vocábulos gregos. O primeiro HADES, que significa literalmente “sepulcro”, ou “morte”. O segundo é GEENA, nome dado primariamente ao vale de Hinon, ao sul de Jerusalém, onde se deitavam os resíduos, os cadáveres dos animais, e, também, dos malfeitores, que eram queimados nesse lugar”. (CHAIJ, 1969, p. 93)

mais belas nuances como a recompensa pelo grande feito, estimula indivíduos sem perspectiva social a uma aventura cujo prêmio supera todas as vantagens de uma vida terrena.

De fato, o verdadeiro temor¹²⁵ para muitas pessoas não é a *pena* (como reprimenda jurídico-penal), mas o *castigo eterno* que não poderiam suportar, não só pela natureza do sofrimento infligido, mas pela *eternidade* de sua duração.

O apego de muitos fiéis aos *valores religiosos*¹²⁶ permite colocá-los numa posição de

¹²⁵ Da obra clássica do século XVI “Castelo Interior ou Moradas”, escrita pela monja Teresa de Jesus (da Ordem das Carmelitas), extraem-se alguns elementos sobre o sofrimento causado pelo pecado e sua relação com o temor do inferno: “Desaparece aqui totalmente tudo o que se refere ao medo do inferno. Às vezes essas almas se sentem muito aflitas com o temor de perder a Deus. Acontece-lhes poucas vezes. Todo seu receio é que Deus retire sua mão, consentindo em que o ofendam e voltem ao estado miserável em que se viram em outros tempos. Não se preocupam com a pena ou com a glória futura. Se desejam não permanecer, muito tempo no purgatório, é mais para não ficarem ausentes de Deus, enquanto aí estiverem, do que pelos sofrimentos que terão de passar”. (DE JESUS, 1981, p. 185)

¹²⁶ Salzmann Bertram, em seu livro “História de crimes na Bíblia”, relata o episódio ocorrido no reinado de Nabucodonosor, um caso emblemático de *descumprimento da ordem estatal* imposta em função de imperativos de ordem religiosa: “O rei Nabucodonosor mandou fazer uma estátua que media vinte e sete metros de altura por dois metros e setenta de largura e ordenou que a pusessem na planície de Durá, na província da Babilônia. Depois, ordenou que todos os governadores regionais, os prefeitos, os governadores das províncias, os juizes, os tesoureiros, os magistrados, os conselheiros e todas as outras autoridades viessem à cerimônia de inauguração da estátua. Todos eles vieram e ficaram de pé em frente da estátua para a cerimônia de inauguração. Aí o encarregado de anunciar o começo da cerimônia disse em voz alta: _ Povos de todas as nações, raças e línguas! Quando ouvirem o som das trombetas, das flautas, das cítaras, das liras, das harpas e dos outros instrumentos musicais, ajoelhem-se todos e adorem a estátua de ouro que o rei Nabucodonosor mandou fazer. Quem não se ajoelhar e não adorar a estátua será jogado na mesma hora numa fornalha acesa. Assim, logo que os instrumentos começaram a tocar, todas as pessoas que estavam ali se ajoelharam e adoraram a estátua de ouro. Foi nessa hora que alguns astrólogos aproveitaram a ocasião para acusar os judeus. Eles disseram ao rei Nabucodonosor: _ Que o rei viva para sempre! O senhor deu a seguinte ordem: “Quando ouvirem o som dos instrumentos musicais, todos se ajoelharão a adorarão a estátua de ouro. Quem desobedecer a essa ordem será jogado numa fornalha acesa. “Ora, o senhor pôs como administradores da província da Babilônia alguns judeus. Esses judeus – Sadraque, Mesaque e Abede-Nego – não respeitam o senhor, não prestam culto ao deus do senhor, nem adoram a estátua de ouro que o senhor mandou fazer. Ao ouvir isso, Nabucodonosor ficou furioso e mandou chamar Sadraque, Mesaque e Abede-Nego. Eles foram levados para o lugar onde o rei estava, e ele lhes disse: _É verdade que vocês não prestam culto ao meu deus, nem adoram a estátua de outro que eu mandei fazer? Pois bem! Será que agora vocês estão dispostos a se ajoelhar e a adorar a estátua, logo que os instrumentos musicais começarem a tocar? Se não, vocês serão jogados na mesma hora numa fornalha acesa. E quem é o deus que os poderá salvar? Sadraque, Mesaque e Abede-Nego responderam assim: _ Ó rei, nós não vamos nos defender. Pois, se o nosso Deus, a quem adoramos, quiser, ele poderá nos salvar da fornalha e nos livrar do seu poder, ó rei. E mesmo que o nosso Deus não nos salve, o senhor pode ficar sabendo que não prestaremos culto ao seu deus, nem adoraremos a estátua de ouro que o senhor mandou fazer. Ao ouvir isso, Nabucodonosor ficou furioso com os três jovens e, vermelho de raiva, mandou que se esquentasse a fornalha sete vezes mais do que de costume. Depois, mandou que os seus soldados mais fortes amarrassem Sadraque, Mesaque e Abede-Nego e os jogassem na fornalha. Os três jovens, completamente vestidos com os seus mantos, capas, chapéus e todas as outras roupas, foram amarrados e jogados na fornalha. A ordem do rei tinha sido cumprida, e a fornalha estava mais quente do que nunca; por isso, as labaredas mataram os soldados que jogaram os três jovens lá dentro. E, amarrados, Sadraque, Mesaque e Abede-Nego caíram na fornalha. De repente, Nabucodonosor se levantou e perguntou, muito espantado, aos seus conselheiros: _ Não foram três

superioridade em relação aos valores presentes nas normas legais. Na medida em que estes revelarem-se contrários àqueles, a previsibilidade de comportamento social poderá sofrer modificações, o que revela um caráter salutar no estudo social da norma jurídica: o de que a sua observância não é auferida exclusivamente por meio da sanção penal, mas, do contrário, de um complexo mecanismo de controle social, que conta ainda com a moral, a religião e outras instâncias de controle, repercutindo no termômetro social da incidência da criminalidade, na medida da observância ou inobservância da ordem jurídica imposta.

3.2 FUNDAMENTOS ÉTICO-POLÍTICOS DO DIREITO PENAL

O processo de legitimação do Direito Penal passa pelo exame dos seus fundamentos ético-políticos. Dada a natureza e especificidade desta área do Direito (considerada a essencialidade e relevância dos bens jurídicos tutelados e a severidade da sanção por ela atribuída), ocupam-se juristas, sociólogos e filósofos, a precisar uma das questões mais relevantes das ciências sociais: o fundamento do direito de punir.

Embora não se devendo resumir o Direito Penal à pena, dada a autonomia desta área do Direito (revelada por suas regras e princípios, a incluir, em sua análise, institutos como o crime, o delinquente, as medidas de segurança, dentre outros), não se pode negar que a razão máxima do Direito Penal repousa na medida, intensidade e conveniência da aplicação da pena.

Se o Direito, como sistema de regulação social de conflitos, engendra, de acordo com Bruno (1967, p. 11), a estabilidade e a garantia das condições de existência

os homens que amarramos e jogamos na fornalha? _ Sim, senhor! – responderam eles. _ Como é, então, que estou vendo quatro homens andando soltos na fornalha? – perguntou o rei. _ Eles estão passando lá dentro, sem sofrerem nada. E o quarto homem parece um anjo. Aí o rei chegou perto da porta da fornalha e gritou: _ Sadraque, Mesaque e Abede-Nego, servos do Deus Altíssimo, saiam daí e venham cá! Os três saíram da fornalha, e todas as autoridades que estavam ali chegaram perto deles e viram que o fogo não havia feito nenhum mal a eles. As labaredas não tinham chamuscado nem um cabelo da sua cabeça, as suas roupas não estavam queimadas, e eles não estavam com cheiro de fumaça. O rei gritou: _ Que o Deus de Sadraque, Mesaque e Abede-Nego seja louvado! Ele enviou o seu Anjo e salvou os seus servos, que confiam nele. Eles não cumpriram a minha ordem; pelo contrário, escolheram morrer em vez de ajoelhar e adorar um deus que não era o deles. Por isso, ordeno que qualquer pessoa, seja qual for a sua raça, nação ou língua, que insultar o nome do Deus de Sadraque, Mesaque e Abede-Nego seja cortada em pedaços e que a sua casa seja completamente arrasada. Pois não há outro Deus que possa salvar como este. Então o rei Nabucodonosor colocou os três jovens em cargos ainda mais importantes na província da Babilônia". (BERTRAM, 2000, p. 125-128, p. 125-128)

social, definidas e asseguradas pelas normas jurídicas, o Direito Penal atua de forma a garantir a defesa da sociedade por meio da proteção dos *bens jurídicos*¹²⁷ fundamentais, a exemplo da vida, integridade física e patrimônio, assim entendidos, pelos valores comuns da sociedade, como merecedores da tutela penal¹²⁸. Semelhante preocupação demonstra Costa (1982, p. 11), ao acentuar a natureza ético-social e o caráter político do Direito Penal, devendo-se garantir os valores sociais elementares na proteção dos bens jurídicos.

Para cumprir tal tarefa, este Direito Penal, de caráter dogmático¹²⁹, lança mão de uma política criminal, a fim de definir os “fins do Estado diante do problema do crime”, formulando os meios necessários para realizar esses fins, e inspirando, de forma crítica, as futuras alterações das normas penais. (BRUNO, 1967, p. 33-34).

Note-se que a forma de atuação do Direito Penal tem como base a Constituição, que condiciona a atividade repressiva estatal, fixando-lhe limites, de modo a delimitar a atividade punitiva e o próprio exercício do *ius puniendi*, em consonância com os princípios constitucionalmente previstos. (ROCHA, 2009, p. 55)

Para Bemfica (1990, p. 4), a simples ameaça de sanção já cumpriria a função¹³⁰ deste Direito Penal, qual seja, o de servir de instrumento de *defesa social*. Nesta linha de raciocínio, Ferri (1998, p. 123)¹³¹ argumenta que não apenas o Direito

¹²⁷ Afirma Toledo que a proteção dos bens jurídicos como tarefa imediata do Direito Penal acaba por realçar o seu caráter subsidiário, de tal sorte que: “onde a proteção de outros ramos do direito possa estar ausente, falhar ou revelar-se insuficiente, se a lesão ou exposição a perigo do bem jurídico tutelado apresentar certa gravidade, até aí deve entender-se o manto da proteção penal, como ultima ratio regum”. (TOLEDO, 1994, p. 13-14)

¹²⁸ “Através da proteção de bens jurídicos, o fim de Direito Penal transcende da defesa de condições puramente materiais à proteção de valores, pois o que chamamos, em linguagem técnica, bens jurídicos, são valores, valores da vida individual ou coletiva, valores da cultura, que, na maioria dos casos, fazem objeto de preceitos tanto jurídicos quanto morais”. (BRUNO, 1967, p. 14-17)

¹²⁹ “O Direito Penal tem caráter dogmático, como toda ciência jurídica, o que significa que suas indagações e pesquisas, demonstrações e conteúdo, têm por fim fulcro o direito positivo – o *jus positum*, o preceito regulamente instruído para se impor à obediência de todos, obrigatória e autarquicamente. Das normas reveladas pelas fontes formais do Direito Penal, saem os dados científico-jurídicos com que se constrói e se sistematiza o conjunto de seus preceitos. Delas extrai o jurista as regras aplicáveis a uma situação concreta, não só lhes descobrindo o sentido latente e oculto, como também lhes desenvolvendo os corolários e conseqüências”. (MARQUES, 1997, p. 42).

¹³⁰ Asúa indica como índole específica do Direito Penal a sua função de direito de garantia. (ASÚA, 1956, p. 32)

¹³¹ “E porque a sociedade humana (nação) pode ser ameaçada e prejudicada no exterior ou internamente, o Estado tem duas funções supremas de defesa social, que são: a defesa militar (contra as agressões externas) e a justiça penal (contra as agressões internas, quando estas já se verificaram, e a polícia de segurança, antes que se venham a cometer). As outras funções essenciais do Estado têm razões e fins diversos: ou de *regulamento jurídico* das relações normais entre cidadãos e Estado ou poderes públicos (direito constitucional), das relações normais entre Estado e Estado e seus cidadãos (direito internacional, público e privado), das normais atividades humanas

Penal, mas o Direito em si mesmo, tem como função precípua a *defesa social*, o que não exclui, entretanto, a existência de outros fins, considerados por ele como acessórios.

Não obstante dita preocupação, Toledo (1994, p. 12) amplia os fins do Direito Penal para a própria busca de seu sentido ético¹³², não se podendo desvincular, segundo ele, a realidade do *direito* da realidade da *moral*¹³³.

Na busca de uma adequada e coerente *política criminal*, o Estado vê-se, atualmente, numa flagrante contradição, sendo instado, segundo Rodrigues (2001, p. 145), a desenvolver um sistema de proteções jurídicas garantidoras do exercício de direitos e, ao mesmo tempo, a anular-se pelas mesmas razões, numa demanda circular de proteção do Estado e de exigência de autonomia do indivíduo.

O estágio em que se encontra a política criminal é marcado por este paradoxo, cujas manifestações repressivas e libertárias se alternam no campo jurídico, tendo como termômetro legislativo as pressões sociais criminalizadoras, ao mesmo tempo em que procura se moldar aos princípios constitucionais penais, limitadores de uma alegada *violência punitiva estatal*.

Neste mister, o discurso jurídico-penal atua de forma a legitimar a racionalidade da atuação do Estado repressivo, buscando, consoante Rodrigues (2001, p. 16), tanto uma coerência interna quanto um valor de verdade capazes de promover a sua justificação, o que não é realisticamente alcançado, atuando o poder estatal de forma arbitrária e à margem da lei. (RODRIGUES, 2001, p. 25)

Fala-se, neste contexto, de uma *violência punitiva estatal*, no uso estratégico do Direito Penal para fins que não lhe são devidos. Dito de outro modo, o Direito Penal é utilizado estrategicamente como o *cão de guarda* do cumprimento dos objetivos instituídos pelo Estado, sem se ater aos objetivos de política criminal.

Contrariamente a esta realidade, propõe Roxin (2002, p. 51-52) a busca da

econômicas e espirituais (direito civil, comercial, marítimo, eclesiástico, industrial, etc.), ou de *administração pública* ou econômica ou educativa (direito administrativo), ou de *ação política*, em geral, e *política de assistência*, em particular. Todas essas funções estaduais tendem não só à conservação da sociedade humana (nação), mas também a tornar possível e a favorecer-lhe o desenvolvimento progressivo, além de a defender das agressões”.

¹³² “Os conceitos de culpabilidade, de ação injusta, de punição (...) são indubitavelmente de fundo e de origem ética”. (TOLEDO, 1994, p. 10)

¹³³ “embora não se possa afirmar a existência de perfeita coincidência entre o conteúdo da norma moral e o da norma penal, fora de dúvida é que um ordenamento penal em contradição com a ordem moral que lhe é coetânea não teria eficácia ou seria verdadeira monstruosidade”.

harmonização entre a liberdade individual e a necessidade social, a promover adequadas alterações na ordem jurídico-penal e civil, seja por meio de modificações na lei positiva, seja pela criação do direito costumeiro e jurisprudencial¹³⁴.

No mesmo diapasão, entende Japiassú (2007, p. 95)¹³⁵ que o grande desafio do direito brasileiro nos últimos anos tem sido o de conciliar um conjunto de normas penais cada vez mais severas (a exemplo do regime disciplinar diferenciado) com o respeito aos direitos fundamentais, encontrando-se estes presentes em diversos acordos internacionais dos quais o Brasil é signatário.

No plano da luta por um modelo de política criminal adequado às exigências sociais e consoante com os princípios constitucionais é que Ferrajoli erige o seu modelo penal garantista. Como revela Pinho (2006, p. 29-30), Ferrajoli propõe que “ao máximo bem-estar possível dos não desviados corresponda o mínimo mal-estar necessário aos desviados”, de forma que “o outro fim do Direito Penal (além de prevenir delitos) é evitar a maior reação informal que a falta da pena poderia provocar na parte ofendida ou em forças sociais ou institucionais solidárias com ela”. Daí se revela, segundo Pinho, o nítido caráter utilitarista desta formulação. Observe-se que a posição revelada por Pinho é de caráter claramente estratégico.

No estudo dos seus fundamentos éticos e políticos, é impossível dissociar-se a íntima relação entre o Direito Penal e a *moral*. O Código Penal já foi considerado o *código moral de um povo*, de tal sorte que, enquanto em outras áreas do Direito a moral é considerada, em regra, um *critério de valoração*, no Direito Penal o seu conteúdo material é formado especialmente por *normas morais* (dotadas de um característico *substrato moral*). (BATTAGLINI, 1973, p. 6-7)

Afirmando o caráter ético do Direito Penal, pontuava Hungria (1958, p. 456-457) que a ciência penal não deveria se ocupar somente do “sistema ósseo do direito

¹³⁴ “É a partir desta função político-criminal que deve ser levada a cabo a sistematização da antijuridicidade. Sabe-se que a maioria das tentativas até agora feitas não passaram de abstrações excessivamente formais ou classificações aleatórias. Se analisarmos os meios através dos quais o legislador enfrenta o problema da solução social de conflitos, veremos que existe um número limitado de princípios ordenadores materiais, que determina, nas mais diversas variações, o conteúdo das causas de justificação. É o seu interagir no caso concreto que fixa o juízo sobre a utilidade ou lesividade, a licitude ou ilicitude de um comportamento”. (ROXIN, 2002, p. 52-53)

¹³⁵ No original: “Il est possible de dire que le grand défi du droit brésilien ces dernières années a été de concilier un ensemble de normes pénales de plus en plus répressives – et l'exemple du régime disciplinaire différencié est éloquent dans ce sens – avec le respect des droits fondamentaux, conforme aux divers documents internationaux dont le Brésil est signataire. Ainsi, le débat sur le système pénitentiaire est absolument d'actualité dans le pays et la recherche d'alternatives pour un modèle qui souffre de critiques sévères, est primordiale au Brésil”.

repressivo”, a fazer do Código Penal uma teoria hermética. Do contrário, dever-se-ia buscar a revelação do seu espírito e escopo, ajustando-os aos “episódios do espetáculo dramático da vida”.

Mesma preocupação nutria Brito (1938, p. 12), veiculando a crise do Direito Penal à ausência de fórmulas jurídicas capazes de ajustar a conduta do indivíduo ao ideal político-social de sua época, de forma a legitimar o direito de punição, em respeito às liberdades individuais. Neste diapasão, de acordo com Marques (1997, p. 111), o Direito Penal não mais se estrutura em um tecnicismo puro, visto haver incorporado, à sua própria dogmática, uma política criminal que a liberta do estrito campo da legalidade escrita¹³⁶.

Razão assiste a Sampaio (1942, p. 3-4) ao afirmar que a evolução do Direito Penal contemporâneo correspondeu ao contínuo processo de evolução dos valores¹³⁷ da sociedade, sofrendo o choque com a realidade na formação de novos juízos de existência.

Assim pontua Sampaio (1942, p. 12):

o Direito Penal é o termômetro mais sensível às variações do espírito social. O motivo dessa sensibilidade a todos os fatores da evolução humana é duplo: de um lado, a influência das condições políticas, que já ficou explicada; e do outro, ser êle a disciplina jurídica que mantém maiores contactos com as ciências positivas. Dessa maneira, está sendo ela constantemente fecundada pelos subsídios das ciências biológicas, psíquicas e sociais, repercutindo no seu seio, com ardor, as discussões políticas, filosóficas, e científicas, muitas vezes erguendo vozes apaixonadas e discordantes. Por isso, é, aí, mais vivo o choque entre os velhos valores, e as novas aquisições experimentais. De um lado, preconceitos e interesses, e, de outro, postulados científicos. Um dos grandes duelos travados, aos nossos olhos, na sua ante-sala, é entre os que se empenham em manter o seu pleno significativo ético e por

¹³⁶ Em flagrante contradição a este pensamento, contrapõe-se a seguinte afirmação de Bastos, a qual, talvez pelas amarras dogmáticas do Direito Penal da época, encontra-se em evidente descompasso a uma realidade mais coerente, justificando-se aqui a sua menção apenas na visualização da mudança de pensamento que se processou entre os penalistas em diferentes momentos do nosso século: “Não será com theorias que justifiquem os desvios da moralidade social, amparando as acções prejudiciaes de indivíduos fáceis em armar o braço para matar por piedade, ou dispostos por compaixão ou amor a concorrer para o suicídio de infelizes tresloucados ou grandes viciosos, que se poderá estabelecer um bom código penal. Se algumas doutrinas modernas trazem luz á humanidade, esta não pode ainda perceber – o bem; talvez...por não poder ter os olhos fitos no sol. O direito penal, como todas as sciencias, há de receber o influxo dos novos ensinamentos; muitos de seus institutos serão modificados: mas, o que é essencial ás suas theorias básicas, ao seu organismos, isto já foi ensinado pela escola clássica”. (BASTOS, 1911, p. 85).

¹³⁷ “A História é uma revisão contínua de “valores”. Revisão, a um tempo, criadora e dolorosa, que a vaidade humana imagina obedecer à voz de mando dos seus caprichos, enquanto a inteligência, por vezes, nos adverte, cepticamente, que, talvez, só seja dirigida por fatores insubmissos ao nosso arbítrio, e dominada por uma necessidade inelutável”. (SAMPAIO, 1942, p. 3)

excelência jurídico – e os que trabalham em implantar o completo império do positivismo naturalístico penal.

Neste processo de constante transformação, o Direito Penal evoluía de forma a coadunar-se à realidade social de seu tempo, incorporando em sua dogmática o conjunto de valores historicamente compartilhados pela sociedade em cada momento histórico.

Note-se que o componente moral já era fortemente contemplado pela dogmática penal do século XIX, cujos grandes expoentes, aqui citados de forma sucinta, contribuíram para a sistematização de um Direito Penal crítico no plano das ciências sociais.

Assim é que, para Rossi (1855, p. 101)¹³⁸, a determinação da justa medida do punir repousava no conhecimento, pelo homem, de sua origem moral, cujos limites determinavam a justiça na sua interpretação e na aplicação das leis positivas. De acordo com ele¹³⁹, o direito de punir residia, então, na existência de um *dever* por parte da sociedade¹⁴⁰, a lhe conferir a superioridade moral necessária para legitimar o seu direito de punição.

Ortolan (1876, p. 2)¹⁴¹, em sua clássica obra **A explicação histórica dos institutos**

¹³⁸ No original: “C’est par la connaissance de son origine morale qu’on détermine la juste étendue du droit de punir. C’est par la connaissance de ses bornes qu’on peut juger de la justice de son application dans les lois positives, et, en nombre de cas, avoir un guide sûr pour l’interprétation de ces lois”.

¹³⁹ No original: “En dernière analyse, toute la question rentre donc dans la question de la société. Si la société est un devoir pour l’homme, le droit de punir existe, mais par cela même il n’appartient qu’au pouvoir conservateur de la société. L’individu ne saurait se l’arroger, ni dans l’état de société, car ce n’est pas en lui que réside la supériorité morale qui doit l’exercer, ni dans l’état hypothétique extrasocial, car il n’y a pas là un orde politique pour la conservation duquel la justice humaine soit un devoir. Quant à la morale absolue, ce n’est pas à l’individu que Dieu en a confié la garde en ce monde”. (ROSSI, 1855, p. 188-189)

¹⁴⁰ Nesta ótica, o direito de defesa pela sociedade só seria legítimo como uma reação imediata e indispensável: “Le droit de défense n’est légitime que comme réaction immédiate est indispensable”. (ROSSI, 1855, p. 148)

¹⁴¹ No original: “Il est impossible qu’un homme se trouve en présence d’un autre homme sans qu’il y ait à l’instant, de l’un à l’autre, des nécessités morales d’action ou d’inaction, c’est-à-dire d’actes à faire ou à ne pas faire, dont ils peuvent exiger mutuellement l’observation; et comme la destinée de l’homme est la vie en société, ces nécessités, suivant chaque situation et dans tous le cours de la vie, se produisent de tous côtés. Que la raison seule nous les indique, ou qu’elles nous soient imposées par une autorité qui a la force de se faire obéir, elles n’en existent pas moins: rationnelles et avec une contrainte purement intellectuelle dand le premier cas, positives et revêtues de moyens de contrainte matérielle dans le second. Ces nécessités morales d’action ou d’inaction sont ce qu’on appelle des lois”.

do imperador Justiniano¹⁴², aponta que as relações sociais entre os indivíduos têm como característica a exigência mútua de comportamentos morais esperados. Ditas necessidades morais de ação ou de omissão são denominadas de leis, impostas por uma autoridade capaz de se fazer obedecer.

Para Tissot (1879, p. 285-286)¹⁴³, este quadro de expectativas mútuas de comportamento revela-se, do ponto de vista do Estado, em seu direito/dever de punir. Para ele, perguntar ao homem se este tem o direito de punir equivale a perguntar-lhe se ele tem o direito de se defender na medida da justiça ou de exercê-la quando necessário. Para Tissot, se sustentássemos que o direito de punir repousa no mandato divino conferido ao soberano no exercício dos direitos supremos do Estado, a sociedade não teria, então, o direito de punir o culpado. Igualmente, se considerássemos a pena um mal físico infligido sem objetivo próprio ou simplesmente em virtude da ocorrência de um mal moral, restaria também a pena ausente de racionalidade, não somente frente aos homens, mas também frente ao próprio Deus, dada a sua infinita sabedoria.

Tissot (1879, p. 293-294) critica a atitude humana de “punir por punir”, e o fundamento do direito de punir baseado na expiação e numa pretensa necessidade de reparação do mal moral pelo mal físico, os quais se baseiam, segundo ele, num princípio “místico, falso, absurdo e fanático, sem regra ou medida”. Para Tissot,

¹⁴² Reconhece-se em Justiniano uma preocupação moral em que não se cometam injustiças, como se observa na seguinte passagem presente no livro 47, título II de sua monumental obra, estabelecendo que “a simples intenção de cometer um roubo não faz do acusado um ladrão”, de forma que “àquele que nega um roubo não se pode de imediato imputar a sua prática, mas somente se o acusado escondeu o objeto do crime para tirar proveito próprio”: “Delà la seule intention de commettre un vol ne fait pas un voleur. 2. Ainsi celui qui nie un dépôt n'est pas cela même soumis à l'action de vol, mais seulement s'il l'a caché pour le prendre à son profit. § 1. Inde sola cogitatio furti faciendi non facit furem. § 2. Sic is qui depositum abnegat, non statim etiam furti tenetur, sed ita si intercipiendi causa occultaverit”. (METZ, 1805, p. 191)

¹⁴³ No original: “En effet, demander si l'homme a le droit de punir, c'est demander s'il a le droit de se défendre dans la mesure de la justice, ou bien encore s'il a le droit d'exercer la justice pénale quand il y est intéressé. La question ainsi posée n'est pas susceptible de deux solutions. Cependant les auteurs ont soutenu que le droit de punir n'appartient pas à l'homme; pas plus à l'homme collectif, à la société, qu'à l'homme individuel. Ainsi, Jarke soutient que ce n'est qu'en vertu d'un mandat du ciel que le souverain punit, qu'il exerce en général tous les droits suprêmes de l'État. Suivant cette théorie, déjà défendue par plusieurs philosophes français du XVIII^e siècle, du moins dans la partie négative, et combattue par Portalis comme l'un des abus de cette philosophie, la société n'aurait pas le droit de frapper le coupable. Si l'on entend par peine un mal physique infligé sans but ou par la seule considération qu'il y a eu mal moral, sans doute la peine manquerait de raison suffisante. Elle en manquerait son-seulement pour l'homme, mais encore, mais surtout pour Dieu, être absolument sage, et dont les actes doivent être parfaitement raisonnables. La peine manquerait encore de raison pour Dieu et n'en aurait qu'une condamnable pour l'homme si elle ne devait aboutir qu'à la satisfaction du besoin de se délecter dans les souffrances d'autrui, par suite du mal qu'on en a reçu; ce qui est proprement de la vengeance”.

considerando-se a impossibilidade de se estabelecer uma justiça absoluta e perfeita (dado o desconhecimento, pelo homem, das características morais de delito, da natureza e grau de sofrimento da vítima e dos meios mais adequados para mensurar a adequação da medida da pena), o direito de punir que lhe resta deve basear-se na diminuição do sofrimento provocado pelo crime, no restabelecimento da ordem perturbada e na busca de uma segurança para o futuro¹⁴⁴.

Igualmente no tocante às leis, Frassati (1892, p. 111)¹⁴⁵ ressalta a necessidade de sua preservação como condição de progresso da própria sociedade. De acordo com ele, a vida de cada indivíduo é regulada por normas de conduta, e a sua violação é seguida de sanções por parte do Estado. Assim, o homem vicioso ou que abusa da sua força e vitalidade sentirá, cedo ou tarde, as conseqüências de sua ação, fazendo revelar a unidade e universalidade da lei. Nesse sentido, em virtude da desobediência à lei¹⁴⁶, o indivíduo deve merecer, de acordo com Garofolo (1890, p.

¹⁴⁴ No original: “En résumé: l’homme n’a pas mission de punir pour punir, c’est-à-dire pour rétablir l’ordre moral troublé par le délit, pour faire régner la justice absolue en appliquant au délinquant la loi qu’il fait aux autres à son égard par action dont il se rend coupable. Non; et quoiqu’il y ait là une justice en soi, absolue, objective à rétablir, quoique le droit de punir proprement dit ne soit que là et pas ailleurs; quoique le principe d’expiation ou de la prétendue réparation du mal moral par le mal physique ne soit, en comparaison de celui de la réciprocité, qu’un principe mystique, faux, absurde et fanatique, sans règle comme sans mesure; quoiqu’il semble que l’homme ait non-seulement le droit, mais encore le devoir de faire régner la justice, et toute espèce de justice, par respect pour la justice même, néanmoins, comme la justice envisagée de la sorte appartient à l’ordre absolu des choses, au bien ou à l’ordre moral en soi, et que l’homme n’a mission de faire régner cet ordre que dans sa personne individuelle et non dans la société; comme il lui est d’ailleurs impossible d’établir ce règne de la justice absolue d’une manière parfaite, attendu qu’il ne connaît pas assez les caractères moraux du délit, la nature et le degré de souffrance de celui qui en est lésé, qu’il ne possède pas les moyens les plus propres à opérer parfaitement la réciprocité par le choix parfait de la nature et de la mesure de la peine; le droit de punir qui lui reste n’est, à proprement parler, que le droit d’adoucir jusqu’à un certain point la souffrance qu’il endure par le délit, de rentrer dans le calme d’une sécurité un instant troublée, et d’avoir pour l’avenir une certaine sûreté”.

¹⁴⁵ No original: “L’esperienza, la vera e la grande maestra della vita, ha mostrato que, per progredire, la società ha bisogno di conservare inviolate certe leggi necessarie al suo progresso avvenire; essa ha notato certe condizioni di esistenza, tolte le quali non è più possibile un’aggregazione di uomini civili con uno scopo sociale ed umano. La vita dell’individuo è regolata da alcune leggi di condotta: se l’individuo viola queste condizioni della sua esistenza, la natura stessa ha una potente sanzione che colpisce inesorabilmente chi ha violato la sua legge. L’uomo vizioso, l’uomo che abusa della sue forze e della sua vitalità, è sicuro che tosto o tardi sentirà la sanzione della natura; se così non fosse, la natura non sarebbe come è realmente, non vi sarebbe unità; verrebbe meno una grande condizione della natura, l’unità e l’universalità della legge”.

¹⁴⁶ Maudsley pondera, entretanto, que a incidência da pena deve levar em conta certos fatores de ordem psicológica, apontando, em sua clássica obra “O crime e a loucura”, a dificuldade em se estabelecer uma linha divisória que separa a *loucura parcial* da *loucura total*, incumbindo ao juiz (e aos jurados) sopesar todas as circunstâncias de forma a evitar tanto a desumanidade como a benevolência no julgamento do caso concreto: “Il est fort difficile de marquer la ligne invisible qui sépare la folie partielle de la folie totale; c’est au juge et aux jurés à bien peser toutes les circonstances et à éviter, d’une part, de montrer une sorte d’inhumanité pour les imperfections de l’humaine nature, et, d’autre part, d’accorder une trop grande indulgence à des crimes affreux”. (MAUDSLEY, 1880, p. 85-86)

433-434)¹⁴⁷, a devida penalidade, que, ao invés de ser determinada pelo critério da idoneidade da vida social, deve ter por objetivo fazer assegurar o respeito à lei.

O amadurecimento da ciência penal resultou de um longo processo histórico que não fez apagar, vale dizer, as contribuições anteriores, na medida em que elas espelhavam o espírito da época. Não é outro o entendimento de Ferri (1893, p. 593), que, admitindo a inevitabilidade do progresso social, reconhece, não obstante, a sobrevivência das idéias, instituições e hábitos preexistentes, concebendo a ciência (assim como a própria vida), como uma “evolução progressiva de partes novas sobre o velho tronco das verdades primordiais para uma renovação contínua, mas gradual”¹⁴⁸.

É importante visitarem-se estes autores do século XIX porque sua época espelha exatamente a transição entre o momento histórico da ruptura com a tradição teocrática (medieval) e a época contemporânea, representando, a bem dizer, o apogeu da modernidade. Tratando-se da investigação de fundamentos, os autores mais remotos trazem maior elucidação às discussões e perplexidades que surgem em decorrência do despontar de uma nova era.

Correlacionada à busca de um fim ideal de pena, um dos grandes questionamentos enfrentados pelo Direito Penal moderno refere-se ao dilema Direito Penal mínimo e Direito Penal máximo. De um lado, sustenta-se, com grande veemência, a busca de um Direito Penal fragmentário, subsidiário a outros Direitos, devendo-se, por essa razão, procurar aplicá-lo em situações absolutamente necessárias, apenas quando se tratar de lesões a bens jurídicos de grande relevância.

Esta orientação tem levado inúmeros juristas a repensar o Direito Penal sob uma perspectiva mais limitadora de seu sentido e alcance, engendrando alternativas de

¹⁴⁷ No original: “L’immoralité de ces actions consiste principalement dans une révolte contre l’autorité ou dans une désobéissance à la loi. Si cet élément politique est prédominant, il faut que la pénalité, au lieu d’être déterminée par le *critérium* de l’idonéité à la vie sociale, ait la nature d’un châtement capable d’assurer le respect à la loi”.

¹⁴⁸ No original: “Le progrès est inévitable car la vie est mouvement et surtout le progrès social, qui est un mouvement plus ou moins uniformément accéléré. On fait maintenant dans dix ans, pour les idées et les réformes sociales, le chemin, qui au moyen-âge exigeait un siècle de propagande et de martyre. Mais j’ai vu aussi que le triomphe de toute innovation, théorique ou pratique, n’a jamais complètement effacé les idées ou les institutions et les habitudes préexistantes. À chaque distinction successive, dit mon maître Ardigò, reste l’indistinct précédent. La science comme la vie ne peut pas être une alternance stérile et artificielle de négations totales et d’affirmations absolues, ce qui arrivait et arrive à la métaphysique philosophique ou politique. La science comme la vie ne peut être qu’une évolution progressive de parties nouvelles sur le vieux tronco des vérités primordiales par un renouvellement continu, mais graduel”.

não-aplicação da lei penal em casos em que se verifique a desnecessidade de incidência da norma. Com base no princípio da intervenção mínima e no princípio da insignificância, inúmeras condutas, antes consideradas típicas, passaram a enquadrar-se em situações de atipicidade.

Prega-se, no caminho de um Direito Penal mínimo, a desnecessidade de punição de certas condutas consideradas irrelevantes, apontando para a salvaguarda única e exclusiva dos bens jurídicos considerados mais relevantes, todos com respaldo constitucional, cuja preservação é absolutamente necessária à garantia dos direitos e liberdades individuais.

Nesta lógica, questiona-se a própria legitimidade do sistema, buscando-se impor limites a uma alegada *violência punitiva*, instituindo-se, neste mister, novos valores a serem perseguidos pelo Direito Penal, a verificar-se sua inadequação e dissonância com as exigências de um Direito humanista e libertário.

A evolução histórica das penas, malgrado acompanhar a inclusão de valores libertários e humanistas, não caminha, ao contrário do que se possa imaginar, numa inexorável marcha rumo a um inevitável abrandamento. A este propósito, a lição de Ortega y Gasset (1973, p. 65)¹⁴⁹ serve de alerta para uma contínua reflexão sobre os caminhos a serem trilhados pelo Direito Penal do futuro, sobre o qual as sombras de um Direito Penal máximo pairam constantemente:

Não existe aquisição humana que seja firme. Mesmo aquilo que nos parece mais conseguido e consolidado pode desaparecer em poucas gerações. Isso que chamamos “civilização, - todas essas comodidades físicas e morais, todos esses descansos, todos esses abrigos, todas essas virtudes e disciplinas já “habitualizadas” com que costumamos contar e que com efeito constituem um repertório ou sistema de garantias que o homem fabricou para si como uma balsa, no naufrágio inicial que é sempre o viver, - todas essas garantias são garantias inseguras que, a *qualquer cochilo*, ao menor descuido, escapam de entre as mãos dos homens e se desvanecem como fantasmas. A história nos conta inumeráveis retrocessos, decadências e degenerações. Mas não foi dito que não sejam possíveis retrocessos muito

¹⁴⁹ “A idéia progressista consiste em afirmar não somente que a humanidade – um ente abstrato, irresponsável, inexistente que então se inventou, - progride, o que é certo, mas também progride necessariamente. Tal idéia clorformizou o europeu e o americano para essa sensação radical de risco que é substância do homem. Porque se a humanidade progride inevitavelmente, quer dizer que podemos abandonar toda alerta, despreocupar-nos, irresponsabilizar-nos, ou, como dizemos na Espanha, “tumbarnos a la bartola” e deixar que ela, a humanidade, nos leve inevitavelmente à perfeição e à delícia. A história humana fica, deste modo, desossada de todo dramatismo e reduzida a uma tranqüila viagem turística organizada por qualquer agência “Cook” de categoria transcendente. Caminhando assim, segura, para a sua plenitude, a civilização em que embarcamos seria como a nau dos feacios de que fala Homero, a qual, sem piloto, navegava direito ao porto”. (ORTEGA Y GASSET, 1973, p. 66)

mais radicais do que todos os conhecidos, inclusive o mais radical de todos: a total volatilização do homem como homem e seu taciturno reingresso na escala animal, pela definitiva alteração. A sorte da cultura, o destino do homem, depende de que no fundo de nosso ser mantenhemos sempre vivaz esta dramática consciência e, como um contraponto murmurante em nossas entranhas, sintamos bem que para nós só é segura a insegurança.

Deve-se observar a natureza dos conteúdos valorativos legitimadores do sistema penal. Em plena Idade Moderna, a contribuição de Beccaria foi fundamental no sentido de questionar a moral política¹⁵⁰ no direito de punir¹⁵¹ do Estado.

Note-se que as normas jurídicas e as normas morais têm a mesma origem social, diversificando-se nos seus processos de formalização e aplicação, mas gerando uma pluralidade de ordenamentos que disputam a hegemonia. (LYRA FILHO, 1997, p. 121-122)

Uma corrente comprovadamente minoritária defende o aumento da incidência do Direito Penal no campo da vida em sociedade, atuando de forma mais rigorosa na criminalização de novas condutas, bem como no aumento das penas dos crimes já existentes no ordenamento jurídico. Esta corrente de pensamento encontrou, conforme lição de Fuhrer (2005, p. 101-102)¹⁵², grande aceitação nos Estados Unidos, através da política do *Law and Order*.

¹⁵⁰ “A moral política não pode oferecer à sociedade qualquer vantagem perdurável, se não estiver baseada em sentimentos indelévels do coração do homem. Qualquer lei que não estiver fundada nessa base achará sempre uma resistência que a constringerá a ceder. Desse modo, a menor força, aplicada continuamente, destrói um corpo de aparência sólida, pois lhe imprime um movimento violento. Façamos uma consulta, portanto, ao coração humano; encontraremos nele os preceitos essenciais do direito de punir. Ninguém faz graciosamente o sacrifício de uma parte de sua liberdade apenas visando ao bem público. Tais fantasias apenas existem nos romances. Cada homem somente por interesses pessoais está ligado às diversas combinações políticas deste globo; e cada qual desejaria, se possível, não estar preso pelas convenções que obrigam os demais homens”. (BECCARIA, 2000, p. 14)

¹⁵¹ “A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que deste fundamento se afaste constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; constitui usurpação e jamais um poder legítimo. As penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos”. (BECCARIA, 2000, p. 15)

¹⁵² “parece que o fundamento dos atuais movimentos *Law and Order* é bem outro. Eles têm por espelho a política criminal norte-americana, conhecida entre nós como “Tolerância Zero”. O neo-retribucionismo abandonou a crença de que o simples castigo abstrato da pena poderia funcionar como instrumento eficaz de prevenção geral negativa, para adotar o credo do “funcionalismo do sistema”. Em outras palavras, passou-se a apostar na aplicação pertinaz da lei, em todos os casos e rigorosamente, para transmitir a mensagem de inevitabilidade da resposta penal e gerar a crença na eficácia do sistema (prevenção geral positiva). Como se vê, esta doutrina coloca em terceiro plano a exasperação da reprimenda, para dedicar-se a aplicar a lei ao maior número de casos possível, deixando claro que existe um preço para o crime, e que ele será inevitavelmente cobrado”.

Souto (2006, p. 57-58)¹⁵³ comenta a proposição trazida por Hassemer e Muñoz Conde de um “direito de intervenção”, visto como um ponto de equilíbrio entre um Direito livre das exigências modernas, mas alheio à realidade e aos perigos inerentes à modernização punitiva. Este “direito de intervenção”, segundo ele, encontra-se entre o Direito Penal e o Direito Administrativo sancionador, com menos garantias e formalidades processuais que o Direito Penal, mas com sanções mais intensas.

Comentando a posição trazida por Jakobs do *direito penal do inimigo*¹⁵⁴, Souto (2006, p. 57-58) lembra que este aparece em contraposição ao *direito penal do cidadão*. Para Souto, deve-se pôr um freio no defensivismo antigarantista da moderna política criminal, e, em consequência, deve-se optar pela liberdade, o respeito aos valores e aos princípios do Direito Penal garantista por contraposição à defesa do Direito Penal do risco, sendo o primeiro mais compatível e harmônico com o marco constitucional.

A ânsia de criminalização do presente Direito Penal encontra ressonância na própria mídia, que hodiernamente veicula notícias sobre o aumento da criminalidade e a escalada da violência. Para Garcia (2007, p. 69-70), os meios de comunicação de massa veiculam imagens que refletem a insegurança da sociedade frente ao crime, reforçando os perigos a que ela está submetida, dando preferência, nos noticiários,

¹⁵³ No original: “Como punto de equilibrio entre un Derecho libre de las exigencias modernas pero alejado de la realidad y los peligros inherentes a la modernización punitiva se ha propuesto, por HASSEMER y MUÑOZ CONDE, un “Derecho de intervención”, ubicado entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, com menos garantias y formalidades procesales que el Derecho penal, pero con sanciones no tan intensas. De manera semejante SILVA SÁNCHEZ habla de un “Derecho penal de dos velocidades” y JAKOBS contrapone el Feindstrafrecht o Derecho penal del inimigo al Burgerstrafrecht o Derecho penal del ciudadano. Sin embargo, todo hace pensar que el proceso “neocriminalizador” acabará contaminando el “núcleo duro” del Sistema punitivo convencional. Para tanto, debe ponerse freno al “defensivismo antigarantista de la moderna política criminal” y, en consecuencia, optamos por la libertad, el respeto a los valores y los principios del Derecho penal garantista frente a la defensa o seguridad del Derecho penal del riesgo, pues el primer sistema resulta más compatible y armónico con el marco constitucional”.

¹⁵⁴ “O conceito mesmo de *inimigo* introduz de contrabando a dinâmica da guerra no Estado de direito, como uma exceção à sua regra ou princípio, sabendo ou não sabendo (a intenção pertence ao campo ético) que isso leva necessariamente ao Estado absoluto, porque o único critério objetivo para medir a *periculosidade* e o *dano* do infrator só pode ser o da *periculosidade* e do *dano* (real e concreto) de seus próprios atos, isto é, de seus delitos, pelos quais deve ser julgado e, se for o caso, condenado conforme o direito. Na medida em que esse critério objetivo é abandonado, entra-se no campo da subjetividade arbitrária do *individualizador do inimigo*, que sempre invoca uma necessidade que nunca tem limites, uma *Not* que não conhece *Gebot*”. (ZAFFARONI, 2007, p. 25).

aos fenômenos criminais, sendo estes objeto de exageros e dramatização¹⁵⁵.

Sobre o papel do Estado neste processo, ressalta Bitencourt (2008, p. 101) que “a onipotência jurídico-penal do Estado deve contar, necessariamente, com freios ou limites que resguardem os invioláveis direitos fundamentais do cidadão”. Destaca que este é o marco de um Direito Penal pluralista e democrático, a garantir as suas finalidades de prevenção geral e especial.

O desafio apresentado compreende a adoção de políticas criminais capazes de coibir uma criminalidade em franca expansão. Herrero (2007, p. 181)¹⁵⁶ lembra que a globalização da criminalidade organizada acompanha a globalização financeira e econômica, assemelhando-se o seu comportamento às atividades empresariais legais, a partir do momento em que procura criar novos mercados, burlar as legislações contrárias e explorar as vulnerabilidades presentes nos controles estatais, sendo que tais organizações criminosas transnacionais, através de alianças estratégicas, acabam por diversificar suas atividades ilícitas.

Por outro lado, como expressão da busca de um Direito Penal libertário¹⁵⁷ veicula-se a conveniência¹⁵⁸ de abolição do atual sistema penal punitivo, promovendo-se a

¹⁵⁵ No original: “Los medios de comunicación masiva han ido conformando una determinada gramática de producción de imágenes de la inseguridad y, singularmente, de la inseguridad ante el delito; puede afirmarse, sin temor a incurrir en hipérboles, que esta gramática ha contribuido sobremedida a priorizar la inseguridad ciudadana en la percepción subjetiva de los riesgos contemporáneos, así como a generar la desproporción entidad objetiva-sensación subjetiva de los peligros. La atención de los medios al delito se relaciona con la facilidad del mismo para ser objeto de presentación espectacular, y con los consiguientes beneficios en un mercado de la comunicación con una notable tensión competitiva. En efecto, tal dependencia mercantil contribuye a enfatizar los elementos emocionales de las informaciones, lo que redundará en una mayor atención a los fenómenos criminales, objeto de sencilla dramatización y, en apariencia, políticamente neutrales”.

¹⁵⁶ No original: “De esta manera la globalización de la criminalidad organizada acompaña a la globalización financiera y económica. El comportamiento se asemeja a las actividades empresariales legales, desde el momento que procuran conquistar o crear nuevos mercados, eludir las legislaciones desfavorables y explotar las vulnerabilidades que presentan los controles estatales, en cualquier parte del mundo. Las organizaciones criminales transnacionales están estableciendo alianzas estratégicas, para ceder a mercados, diversificar sus actividades ilícitas, neutralizar a competidores y compartir o reducir riesgos”.

¹⁵⁷ Sobre o desejo de liberdade, Rosa comenta que “a ânsia de liberdade, meta perseguida incansavelmente pelo homem em sua caminhada para o infinito, não pára um só instante de conduzir o Direito Penal para um clima de segurança e de respeito, onde possa existir a paz social, que é, afinal, o supremo objetivo da ordem jurídica.” (ROSA, 1995, p. 34)

¹⁵⁸ “Em seu Informe e Recomendações ao Conselho da Europa reunido em Estrasburgo (1980), o Comitê Europeu sobre problemas da Criminalidade sustentou que, para abordar racionalmente o problema sobre se um determinado comportamento deve ser punido penalmente ou descriminalizado, é preciso fazer uma avaliação em três níveis: Em primeiro lugar deve-se precisar quais são as situações que devem ser consideradas como “núcleos problemáticos” dentro do conglomerado social de que se trata e, simultaneamente, definir qual é o grau de poder que se deseja que o Estado possua em um determinado campo. Em segundo lugar, o benefício e os custos sociais da criminalização ou descriminalização de cada comportamento devem ser avaliados, incluindo-se nos

descriminalização de condutas hoje consideradas típicas.

Alegam os abolicionistas que o Direito Penal merece ser abolido, visto não mais haver sentido em sua existência. O Direito Penal, para eles, foi erigido ao longo dos séculos como instrumento a favor da manutenção do *status quo* das classes dominantes, e instrumentalizado de forma a excluir as classes menos favorecidas das garantias penais, estas apenas aparentemente destinadas a todos. A crise de legitimidade seria apenas mais um argumento à sua abolição.

Como outra justificativa à necessidade de abolição do sistema penal, aponta-se a comprovação de sua ineficácia ao longo dos séculos. O Direito Penal, nesta linha de raciocínio, falhou em todos os objetivos a que se propôs, constatando-se o seu fracasso¹⁵⁹ em cumprir o fim de prevenção do crime, bem como do seu fim/objetivo de ressocialização do criminoso.

Alguns abolicionistas, como Hulsman e Cellis (1993, p. 140), chegam a apontar o surgimento de uma nova era, que jamais poder-se-ia sonhar com um sistema penal repressivo com o atual, mas que se abriria como decisão dos membros de uma sociedade de auto-compor os seus conflitos, o que não deixa de soar como, se não romântico, ao menos irrealístico. Segue o pensamento dos citados autores:

Se afastado do meu jardim os obstáculos que impedem o Sol e a água de fertilizar a terra, logo surgirão plantas de cuja existência eu sequer suspeitava. Da mesma forma, o desaparecimento do sistema punitivo estatal abrirá, num convívio mais sadio e mais dinâmico, os caminhos de uma nova justiça.

custos o dano causado pelo sistema à pessoa condenada e à sua família, assim como o deterioramento que a existência da norma penal pode causar ao congelamento social em seu conjunto. Por último, deve-se prestar atenção à capacidade total do sistema penal, levando em conta seus recursos em um dado momento, e compreendendo que quando o sistema está sobrecarregado, produz-se uma deterioração contraproducente na qualidade de seus resultados que, longe de resolver, agudiza os conflitos. (Informe do Comitê Europeu sobre Problemas da Criminalidade, 1980)". (CERVINI, 2002, p. 113-114)

¹⁵⁹ "Definindo o crime e impondo, como consequência, a pena, diz-se comumente que a tarefa do Direito Penal é a luta contra o crime, como se fosse esse seu objetivo. Enganam-se os que assim pensam. O crime não pode ser combatido eficazmente pelo Direito Penal, que, aliás, se volta para as consequências e não para suas causas. Qualquer fenômeno social indesejável há de ser combatido por meio de ações sociais que ataquem suas causas, e não com as que apenas se voltem contra seus efeitos. É lição de vida elementar, velha, a de que não se cura a doença com medicamentos que alcancem apenas a dor, ou que façam tão-somente ceder a febre, sem que se combata a causa da moléstia. Querer combater a criminalidade com o Direito Penal é querer eliminar a infecção com analgésico. O crime há de ser combatido com educação, saúde, habitação, trabalho para todos, lazer, transportes, enfim, com condições de vida digna para todos os cidadãos. É, portanto, tarefa para toda a sociedade, para o Estado, para os organismos vivos da sociedade civil, e não para o Direito Penal. Além disso, não é o Direito Penal instrumento para a transformação dos homens em seres perfeitos". (TELES, 1998, p. 33-34)

É difícil conceber que a supressão do sistema punitivo estatal leve a um ambiente harmonioso e sadio entre os cidadãos. De fato, a perspectiva abolicionista, por mais sedutores que sejam os seus argumentos¹⁶⁰, tem sofrido pesadas críticas. Como reporta Queiroz (2008, p. 102), as maiores críticas ao Abolicionismo partem de Ferrajoli:

Para ele, o abolicionismo penal, muito além de suas intenções libertárias e humanitárias, configura-se como uma “utopia regressiva” que, sob pressupostos ilusórios de uma sociedade boa e de um Estado bom, apresenta modelos em realidade desregulados ou autorregulados de vigilância e/ ou castigos em face dos quais é o direito penal – com seu complexo, difícil e precário sistema de garantias, que constitui, histórica e axiologicamente, uma alternativa progressista. Assinala, ainda, o menosprezo abolicionista por qualquer enfoque garantista, confundindo, num rechaço único, modelos penais autoritários e modelos penais liberais, e não oferecendo contribuição alguma à solução dos graves problemas relativos à limitação e ao controle do poder punitivo. Finalmente, ressalta os riscos, em especial, de uma provável sociedade disciplinária que se sucederia à abolição do direito penal e seu código de garantias.

Assim, a inexistência de um código de garantias representa o maior óbice à concepção e visualização de um abolicionismo penal, já que este implicaria na ausência de punição por parte do Estado, permitindo que particulares pudessem auto-compor os seus conflitos.

As conseqüências de um abolicionismo penal também são lembradas por Roxin (2006, p. 5):

Quem deveria compor e fiscalizar essas instâncias de controle? Quem garantiria a segurança jurídica e evitaria o arbítrio? E, principalmente: como se pode evitar que não sejam pessoas justas e que pensem socialmente, mas sim os poderosos a obter o controle, oprimindo e estigmatizando os fracos? A discriminação social pode ser pior que a estatal. Liberar o controle do crime de parâmetros garantidos estatalmente e exercidos através do órgão judiciário iria nublar as fronteiras entre o lícito e o ilícito, levar à justiça pelas próprias mãos, com isso destruindo-se a paz social. Por fim, não se vislumbra como, sem um direito penal estatal, se poderá reagir de modo

¹⁶⁰ Na direção de uma utopia libertadora, sustenta Herkenhoff: “Aquilo em que cremos é na força do povo organizado. Na fortaleza dos fracos. Na união dos oprimidos. Na profecia a iluminar a História. No porvir que construiremos com nossa determinação. Na ruptura de todas as opressões. No rompimento das balizas que marcam o espaço de fome dos marginalizados, o espaço de vida e morte dos excluídos. No desmantelamento dos mecanismos que geram e sustentam a dependência econômica de povos e classes. Na quebra dos grilhões que fazem de um homem um preso. No ocaso da justiça de classe e no advento da Justiça do povo. Na demolição da lei que escraviza e no alvorecer do Direito que iguala todos os homens. No desmascaramento das mentiras e dos engodos, pela força do tempo conjugada com as experiências do próprio povo. Na libertação do ser humano, na ontológica realização do seu destino”. (HERKENHOFF, 1998, p. 105)

eficiente a delitos contra a coletividade (contravenções ambientais ou tributárias e demais fatos puníveis econômicos). Minha primeira conclusão intermediária é a seguinte: também no Estado Social de Direito, o abolicionismo não conseguirá acabar com o futuro do direito penal.

Roxin (2006, p. 5)¹⁶¹ faz severa advertência à falta de mecanismos efetivos de controle na perspectiva do *status quo* proposto pelo abolicionismo. A ausência destes mecanismos resultaria, segundo ele, em uma dominação dos mais fortes sobre os mais fracos, perpetuando-se as injustiças e a discriminação social, fazendo revelar um sistema punitivo mais penoso que o atualmente imposto pelo Estado, sem a observância das garantias e direitos hoje assegurados.

O modelo garantista, cujo grande expoente é Luigi Ferrajoni¹⁶², traz em seu conceito um conjunto de garantias ao acusado no processo penal, fazendo realçar, com a maior intensidade em todo o ordenamento, o caráter protetivo das liberdades do indivíduo. Os dez axiomas¹⁶³ garantistas lançaram um novo olhar sobre a política

¹⁶¹ Claus Roxin critica diretamente as concepções abolicionistas. Para ele: “quem deveria compor e fiscalizar essas instâncias de controle? Quem garantiria a segurança jurídica e evitaria o arbítrio? E, principalmente: como se pode evitar que não sejam pessoas justas e que pensem socialmente, mas sim os poderosos a obter o controle, oprimindo e estigmatizando os fracos? A discriminação social pode ser pior que a estatal. Liberar o controle do crime de parâmetros garantidos estatalmente e exercidos através do órgão judiciário iria nublar as fronteiras entre o lícito e o ilícito, levar à justiça pelas próprias mãos, com isso destruindo-se a paz social. Por fim, não se vislumbra como, sem um direito penal estatal, se poderá reagir de modo eficiente a delitos contra a coletividade (contravenções ambientais ou tributárias e demais fatos puníveis econômicos). Minha primeira conclusão intermediária é a seguinte: também no Estado Social de Direito, o abolicionismo não conseguirá acabar com o futuro do direito penal”.

¹⁶² Ferrajoli constrói o seu modelo garantismo a partir de dez axiomas, a saber: *nulla poena sine crimine*; *nullum crimen sine lege*; *nulla lex (poenalis) sine necessitate*; *nulla necessitas sine injuria*; *nulla injuria sine actione*; *nulla actio sine culpa*; *nulla culpa sine iudicio*; *nullum iudicium sine accusatione*; *nulla accusatio sine probatione*; *nulla probatio sine defensione*.

¹⁶³ “Denomino *garantista, cognitivo ou de legalidade estrita* o sistema penal SG, que inclui todos os termos de nossa série. Trata-se de um modelo-limite, apenas tendencialmente e jamais perfeitamente satisfável. Sua axiomatização resulta da adoção de dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais, não deriváveis entre si, que expressarei, seguindo uma tradição escolástica, com outras tantas máximas latinas: A1 *Nulla poena sine crimine*; A2 *Nullum crimem sine lege*; A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*; A4 *Nulla necessitas sine injuria*; A5 *Nulla injuria sine actione*; A6 *Nulla actio sine culpa*; A7 *Nulla culpa sine iudicio*; A8 *Nullum iudicium sine accusatione*; A9 *Nulla accusatio sine probatione*; A10 *Nulla probatio sine defensione*. Denomino estes princípios, ademais das garantias penais e processuais por elas expressas, respectivamente: 1) princípio da *retributividade* ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da *legalidade*, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da *necessidade* ou da economia do direito penal; 4) princípio da *lesividade* ou da ofensividade do evento; 5) princípio da *materialidade* ou da exterioridade da ação; 6) princípio da *culpabilidade* ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da *jurisdicionariedade*, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio *acusatório* ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do *ônus da prova* ou da verificação; 10) princípio do *contraditório* ou da defesa, ou da falseabilidade”. (FERRAJOLI, 2006, p. 91)

criminal. O conjunto de liberdades e garantias do Direito Penal consagra princípios¹⁶⁴ que cada vez mais se voltam à imposição de barreiras à denominada *violência punitiva estatal*.

O sistema punitivo¹⁶⁵ atual é marcado por uma flagrante crise de legitimidade.

Os fundamentos ético-políticos do Direito Penal compreendem, em igual medida, a necessária análise dos bens jurídicos tutelados pelo Estado. Com a evolução própria do Direito Penal e a necessidade de criminalização, em nível mundial, de novas condutas frente a uma sociedade de risco, introduziram-se no ordenamento jurídico normas penais incriminadoras, cuja objetividade jurídica, em alguns casos ambígua e imprecisa, acaba por colocar em xeque a credibilidade do próprio sistema penal punitivo.

Trata-se, então, de questionar a legitimidade na escolha dos bens jurídicos a serem legalmente tutelados, bem como a investigação de eventuais incongruências na escolha, pelo legislador, das sanções correspondentes a cada tipo penal incriminador (pena cominada), já que esta revela, em muitos casos, significativa disparidade na comparação valorativa entre os bens jurídicos.

É da natureza de qualquer área do Direito a proteção de bens jurídicos. No que se refere ao Direito Penal, esta proteção se faz ainda mais premente, já que, pela sua própria natureza (fragmentariedade e subsidiariedade), só deve tutelar os bens jurídicos¹⁶⁶ de maior monta. Pontua Brandão (2008, p. 13) que a escolha dos bens jurídicos é discricionária, cabendo somente ao legislador a sua criação ou manutenção¹⁶⁷. Malgrado a sua escolha passar pela discricionariedade do

¹⁶⁴ Como princípios do Direito Penal, citam-se a adequação social, a fragmentariedade, a intervenção mínima, a lesividade, a insignificância, a proporcionalidade, a culpabilidade, dentre outros. Muitos dos princípios de natureza penal ganharam, com o advento da Constituição, o status de *princípios constitucionais penais* ou *penais constitucionais*.

¹⁶⁵ “O sistema punitivo constituído pela polícia, justiça e prisão, como o mais importante aparelho de controle social, garante os fundamentos e reproduz as condições de produção da fábrica, baseadas na separação trabalhador/meios de produção – enquanto a família, a escola, os meios de comunicação e outras instituições complementares de controle social cuidam da formação da massa de trabalhadores e de sua adequação às necessidades materiais e intelectuais dos processos produtivos”. (SANTOS, 2006, p. 130-131)

¹⁶⁶ “Bens jurídicos são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas. (TOLEDO, 1994, p. 16)

¹⁶⁷ “Do ângulo penalístico, portanto, bem jurídico é aquele que esteja a exigir uma proteção especial, no âmbito das normas de direito penal, por se revelarem insuficientes, em relação a ele, as garantias oferecidas pelo ordenamento jurídico, em outras áreas extrapenais. Não se deve, entretanto – e esta é uma nova consequência do já referido caráter limitado do direito penal – supor que essa proteção penal deva ser abrangente de todos os tipos de lesão possíveis. Mesmo em relação aos bens

legislador¹⁶⁸, estes bens representam o conjunto de direitos e liberdades mais caros a uma sociedade, merecendo, destarte, que a sua violação seja tipificada em lei, com a correspondente sanção penal.

A própria criação do “tipo”¹⁶⁹ revela-se evolução histórica que teve início no Iluminismo, como modo de frear a punição de condutas proibidas sem a necessária previsão anterior da lei, assim como impedindo a livre instituição de penas sem a anterior disposição legal, consagrando, com isso, o princípio da legalidade.

Entretanto, alerta Brandão (2008, p. 13) que:

A tutela de bens jurídicos não pode ser realizada de qualquer modo e a qualquer preço. Em primeiro lugar, essa tutela somente poderá ser realizada e considerada como legítima se observados os requisitos impostos pelo Estado de Direito (v.g., Legalidade, Culpabilidade, Intervenção Mínima). Em segundo lugar, porque a pena retira direitos constitucionais da pessoa humana, somente haverá proporcionalidade se o bem jurídico tutelado tiver guarida constitucional, isto é, se situar entre aqueles bens protegidos pela Carta Magna, quer sejam de natureza individual (vida, patrimônio, etc.) ou supra-individual (meio-ambiente, ordem econômica, etc.)

jurídico-penalmente protegidos, restringe o direito penal sua tutela a certas espécies e formas de lesão, real ou potencial. Viver é um risco permanente, seja na selva, entre insetos e animais agressivos, seja na cidade, por entre veículos, máquinas e toda sorte de inventos da técnica, que nos ameaçam de todos os lados. Não é missão do direito penal afastar, de modo completo, todos esses riscos – o que seria de resto impossível – paralisando ou impedindo o desenvolvimento da vida moderna, tal como o homem, bem ou mal, a concebeu e construiu. Protegem-se, em suam, penalmente, certos bens jurídicos e, ainda assim, contra determinadas formas de agressão; não todos os bens jurídicos contra todos os possíveis modos de agressão”. (TOLEDO, 1994, p. 17)

¹⁶⁸ “Não se concebe a existência de uma conduta típica que não afete um bem jurídico, posto que os tipos não passam de particulares manifestações de tutela jurídica desses bens. Embora seja certo que o delito é algo mais – ou muito mais – que a lesão a um bem jurídico, esta lesão é indispensável para configurar a tipicidade. É por isto que o bem jurídico desempenha um papel central na teoria do tipo, dando o verdadeiro sentido teleológico (de *telos*, fim) à lei penal. Sem o bem jurídico, não há um “para quê?” do tipo e, portanto, não há possibilidade alguma de interpretação teleológica da lei penal. Sem o bem jurídico, caímos num formalismo legal, numa pura ‘jurisprudência de conceitos’”. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 396-397)

¹⁶⁹ Sobre a origem histórica do tipo, ensina Camargo: “Von Liszt e von Beling deram à dogmática o primeiro impulso, [...] O delito começou a ser tratado como ação antijurídica e culpável. A dogmática penal tem seu suporte no apótema de Beling: *não há delito sem tipicidade*, o que determinou o desenvolvimento da teoria do tipo, em todos os seus aspectos, dando início ao que se determinou chamar de etapa clássica. Assim, a pena de retribuição pelo delito passa a ser a sua consequência. A teoria de Beling não ficou imune às críticas e foi reformulada em 1930, num trabalho em homenagem a Frank. [...] A formulação de Beling deu ao *Tatbestand*, do artigo 59 do Código do Reich, um sentido técnico relevante para o Direito Penal. O conceito de *Tatbestand* remonta ao Direito Processual Penal, particularmente ao direito inquisitorial italiano, e está vinculado ao *corpus delicti* desenvolvido pelos processualistas com caráter predominantemente objetivo, não sendo certo que o tenha sido por absoluta irrelevância do aspecto subjetivo. [...] Poucos são os estudos em língua portuguesa que especificam a evolução do conceito do tipo, encontrando-se alguns dados em Aníbal Bruno, que segue, em linhas gerais, a formulação de Jiménez de Asúa, considerada por Folchi o melhor estudo em língua castelhana sobre a evolução histórica da tipicidade”. (CAMARGO, 1982, p. 6-8)

É por meio da tutela dos bens jurídicos¹⁷⁰ que o Direito Penal cumpre uma das suas principais funções: a de administrar a Justiça em cada caso concreto¹⁷¹.

Para Herrero (2007, p. 177)¹⁷², determinados bens jurídicos, por exemplo a vida, devem sempre ser tutelados, enquanto que outros, em virtude de seu caráter cultural e circunstancial, podem ser ou não objeto de proteção estatal. Na consideração dos bens jurídicos mais importantes, destacam-se, segundo ele, os relacionados aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana, merecendo sempre a tutela do Estado.

Bouloc, Lavasseur e Stefani (1992, p. 17)¹⁷³ lembram, no tocante à salvaguarda de bens jurídicos, o caráter fragmentário do Direito Penal, em sua necessidade de intervir minimamente na regulação de condutas proibidas. Para eles, todas as regras destinadas ao controle entre os cidadãos devem merecer a correspondente sanção. Entretanto, essas sanções não devem sempre ser destinadas ao Direito Penal, devendo este somente intervir nos casos considerados mais graves. Assim, a primeira tarefa que se impõe aos poderes públicos é a de determinar quais são os

¹⁷⁰ “Com esta aspiração ética, o direito penal participa da aspiração ética geral de toda a ordem jurídica e nos revela que o direito penal, conforme vai se aproximando de sua meta asseguradora, cumpre também uma *função formadora do cidadão*, da qual nossa civilização é consciente desde a Grécia antiga. A coerção penal (basicamente a pena) deve procurar materializar esta aspiração ética, mas a aspiração ética não é um fim em si mesma, e sim que sua razão (seu “porque” e seu “para quê”) sempre deverá ser a prevenção de futuras afetações de bens jurídicos. *O fim de prover à segurança tutelando bens jurídicos é o que marca um limite racional à aspiração ética do direito penal*”. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 88).

¹⁷¹ “Assim, não só no interesse individual, como para garantia geral da colectividade, cumpria precisar taxativamente as acções ou omissões, consideradas crimes ou contravenções, e limitar o arbítrio da respectiva repressão, isto é, designar antecipadamente a pena a que ficaria sujeito o infractor do preceito legal”. (FARIA, 1913, p. 14)

¹⁷² No original: “Las reflexiones precedentes son, para mi, asumibles casi por entero. Pero añadiendo que parece, desde luego, que una concepción sostenible de delito debe dejar a salvo: una dimensión de valores perennes (vida humana, integridad física, libertad, derecho al menos a una mínima propiedad de cosas...) afectados con todos los matices transitorios que se quiera y, a la vez, un área o ámbito de valores que, en virtud de su entidad puramente cultural y circunstancial, han de ser objeto, o no, de alta consideración y protección si así lo estima la mayoría de la comunidad. Los ataques graves y intencionales contra la vida humana, por ejemplo, deben ser considerados siempre como delito, sea cual fuere el estado de opinión de una sociedad. No así, verbi gratia, el adultério. Los derechos humanos, los inherentes a la dignidad de la persona en cuanto tal, han de ser siempre defendidos penalmente contra ataques dolosos y graves, si no pueden protegerse por otra vía jurídica, aún en contra de la opinión de la mayoría social”.

¹⁷³ No original: “Toutes les règles en usage pour les rapports entre les hommes ne sont pas également importantes pour l'ordre public; il est bon qu'aucune de ces règles ne reste sans sanction, mais ces sanctions ne doivent pas toujours être empruntées au droit pénal, ce dernier ne doit intervenir que dans les cas les plus graves. La première tâche qui s'impose aux pouvoirs publics est donc de déterminer quelles sont les prescriptions dont l'importance justifie ces sanctions exceptionnelles; c'est le problème de l'incrimination; il commande tous les autres. Que ces incriminations soient établies de façon coutumière ou par un texte, la lutte contre la criminalité, sur quelque plan que ce soit, ne pourra être organisée qu'ensuite”.

comandos legais cuja importância justifica sanções excepcionais. Desse modo, o problema central da luta contra a criminalidade consiste na incriminação.

Por seu turno, para Chavanne e Levasseur (1971, p. 3)¹⁷⁴, a existência do Direito Penal responde a uma necessidade social, sendo uma constatação da experiência que as regras impostas pelos poderes públicos nunca são integralmente respeitadas, já que não podem frear ou impedir a existência de um *fenômeno criminal*, objeto de investigação por parte da Criminologia. Nesta lógica, os poderes públicos procuram meios os mais eficazes para suprimir ou, ao menos, limitar a criminalidade, objetivo buscado pela política criminal, esta correspondente a um conjunto de medidas por meio das quais os poderes públicos procuram obter obediência, fazendo-se cumprir as regras da vida social, cuja violação coloca em perigo a sociedade.

Do ponto de vista da incriminação, Muñoz Conde (2004, p. 26)¹⁷⁵ lembra que o comportamento humano só adquire relevância jurídico-penal na medida em que coincide com o correspondente tipo delitivo. Nesta lógica, tanto a ação como a omissão típicas são objeto de uma valoração que lhes dão sentido e significado.

Nesta perspectiva, devem os bens jurídicos ter alguma substancialidade (materialidade), a fim de que a pena não seja imposta apenas como mera reação à desobediência de deveres jurídicos estatais. A violência punitiva estatal faz-se presente na criação arbitrária de inúmeros tipos penais, muitos dos quais desprovidos de mínima fundamentação e materialidade, a criarem-se bens jurídicos para a legitimação e garantia de qualquer norma que se deseje.

¹⁷⁴ No original: “L’existence du droit pénal répond à une nécessité sociale. C’est une constatation d’expérience que les règles posées par les pouvoirs publics ne sont jamais intégralement respectées. Il existe un phénomène criminel dont une science spéciale et nouvelle, la criminologie, s’efforce de rechercher l’ampleur, les causes et les remèdes, ce qui peut aider sensiblement dans sa tâche le législateur répressif. (...) Les pouvoirs publics recherchent les moyens les plus efficaces pour supprimer ou tout au moins pour limiter autant que possible la criminalité; ils poursuivent dans ce but une certaine politique criminelle (comme ils poursuivent en d’autres domaines une politique étrangère, une politique économique, une politique sociale, etc...) La politique criminelle d’un Etat est l’ensemble des mesures à l’aide desquelles les pouvoirs publics s’efforcent d’obtenir l’observation aussi complète que possible des règles de vie sociale dont la violation met en péril la société”.

¹⁷⁵ No original: “El comportamiento humano sólo adquiere relevancia jurídico-penal en la medida en que coincida con el correspondiente tipo delictivo. Pero también hay que tener en cuenta que sólo aquello que puede ser considerado como acción o, en su caso, omisión puede ser objeto de tipificación. El concepto de acción es, pues, el objeto de una valoración, no la valoración misma que se hace posteriormente en las restantes categorías del delito, aunque, como veremos, también en la determinación de los conceptos de acción y omisión hay que recurrir a valoraciones que le dan sentido o significado como tal”.

Na construção das figuras típicas, criam-se “entes jurídicos” abstratos, elevados, por meio de uma construção conceitual dogmática, à condição de “bens jurídicos”, o que corresponde, em última análise, a exercício de manipulação do Direito Penal na consecução de fins particulares.

Rushe e Kirchleimer (1999, p. 274) atribuem os fracassos do sistema penal não ao sistema social, mas à fraqueza inerente à própria natureza humana, de cujos mecanismos de exclusão e repressão social não consegue dissociar-se, de tal sorte que as imperfeições do sistema penal espelham as imperfeições da própria sociedade. A conseqüência, segundo eles, é a existência de uma ilusão de segurança que encobre uma doença social.

A proposição de Minahim e Coêlho (2007, p. 109) parte da necessária investigação dos elementos ontológicos valorados pelo ordenamento jurídico, compreendidos em uma estrutura lógico-objetiva¹⁷⁶, sem a qual o sistema penal resultaria inseguro.

Brandão (2007, p. 129), por seu turno, prega a união entre os elementos técnico-dogmáticos do Direito Penal com o seu significado político¹⁷⁷. Para ele, o Direito Penal corresponde ao *termômetro* da feição política do Estado, de tal sorte que “se a violência da pena for aplicada de forma ilimitada, sem resguardar a dignidade da pessoa humana, estaremos diante de um Estado arbitrário; de outro, se a violência da pena for aplicada dentro dos parâmetros de proporcionalidade, estar-se-á diante de um Estado democrático”.

Não se descure, entretanto, o caráter discriminatório e segregador do Direito Penal, engendrando, de acordo com Giorgi (2006, p. 104), instrumentos de contenção de massa tendo como dispositivo o cárcere, utilizado como mecanismo de

¹⁷⁶ “O respeito à lógica intrínseca permite que as prescrições jurídicas sejam verificadas porque possuem capacidade de constatação. Isso ocorre quando os signos estão correlacionados com a realidade, quando ele expressa os atributos e propriedades do ser. Se tudo aquilo que é dado a conhecer tem uma essência que permite distingui-lo de outro ser, tudo que tem uma mesma essência tem o mesmo sentido e o direito não pode desconhecer tais situações. O decisionismo que ignora as categorias do ser afeta, dessa forma, a função da dogmática como recurso necessário à segurança do sempre buscado direito penal de garantia”. (MINAHIM; COÊLHO, 2007, p. 109)

¹⁷⁷ “O fenômeno da alienação técnica dos políticos somado à alienação política dos técnicos conduz à falta de norte do direito penal. Com esse fenômeno, o direito penal se assemelha a um traje de arlequim, já que suas normas nunca guardam harmonia, ora existindo leis extremamente severas, ora extremamente brandas, sem que se atinja um ponto de equilíbrio. A sua aplicação concreta, por outra parte, fica assemelhada a um lance de sorte, porque os julgamentos variarão sempre entre a técnica autista do silogismo nu, vinculada que está à ideologia do século XVIII – de que a lei pode encerrar em si toda a complexidade humana na regulação de condutas -, ou estarão em conformidade com um raciocínio mais elaborado e trabalhoso, que se utiliza da tópica e da hermenêutica, tendo a Constituição como baliza entre a lei e o caso”. (BRANDÃO, 2007, p. 129)

fragmentação e separação hierárquica que reafirma a diferença entre *incluídos* e *excluídos*¹⁷⁸.

A afirmação de que o aumento das penas propicia a diminuição dos crimes via intimidação dos criminosos ainda se mostra a ferramenta política de atuação do Estado no combate à criminalidade, afetando o Direito Penal, seja com o aumento dos tipos penais, seja com o incremento das penas ou das medidas de caráter processual, o que revela a utilização estratégica do Direito Penal como instrumento garantidor do estado de desigualdades na sociedade.

Esta atitude de punição impede o reconhecimento, segundo Garland (2008, p. 430), de que o Estado encontra sérias limitações em sua tarefa de prover segurança à coletividade e um adequado controle social sobre a criminalidade, sobretudo considerando a realidade do mundo pós-moderno¹⁷⁹ e a necessidade de descentralização dessas funções.¹⁸⁰

A necessidade de aproximação entre a dogmática e a realidade social engendra, na visão de Rocha (2000, p. 123), o controle da atuação repressiva do Estado na “realização de objetivos socialmente construtivos”, devendo a política criminal atender aos anseios de prevenção do crime e proteção da liberdade individual, concomitantemente às premissas do Estado Democrático de Direito. (ROCHA, 2000,

¹⁷⁸ Denunciando a alienação do sistema penal aos interesses de uma lógica neoliberal, manifesta-se Batista: “Se estamos assistindo ao espetáculo do crescimento dos dispositivos penais; se no neoliberalismo o Estado Previdenciário se transforma no Estado Penal; se estamos assistindo ao encarceramento do que se auto-intitulou “mundo livre”, então estamos falando de uma trincheira muito importante para os embates pós-modernos: o direito e seus intelectuais. É no *front* da questão criminal que está ocorrendo a principal luta política; a discussão da segurança pública é o grande palco da construção do poder, porque é aí que o neoliberalismo faz água, é aí que está a contradição fundamental, como dizia o imprescindível Karl Marx. Neste combate, os advogados, delegados, juízes, promotores que emprestarem sua energia para conter a deslegitimar a máquina mortífera, o sistema penal neoliberal, esses estão demolindo os sustentáculos do Admirável Mundo Novo. Nos seus escombros, seus porões, vamos remexer nos velhos textos de Tobias Barreto, nos escritos de Frei Caneca, o livrinho malê encontrado no pescoço do escravo negro sem nome, as defesas de Heleno Fragoso, os Sertões de Euclides e de Rosa, a carta-testamento de Getúlio. Vamos à luta! O melhor está por vir!” (BATISTA, 2005, p. 55)

¹⁷⁹ “No complexo e diversificado mundo da pós-modernidade, o governo efetivo e legítimo deve devolver poderes e compartilhar a tarefa de controle social com organizações locais e comunidades. Ele não pode mais confiar no “saber do Estado”, em burocráticas agências estatais inertes e nas soluções universais impostas de cima. Teóricos sociais e políticos há muito vêm argumentando que o governo efetivo em sociedades complexas não pode se esteiar em comando e coerção centralizados. Em lugar disto, deve incrementar as capacidades governamentais com as organizações e associações da sociedade civil, com o conhecimento e os poderes locais que estas contêm. Nós estamos descobrindo – ainda em tempo – que isto também é verdadeiro para o controle do crime”. (GARLAND, 2008, p. 430)

¹⁸⁰ Para Ferrajoli, não podemos, malgrado as suas imperfeições, desfazer-nos do Direito Penal como instrumento válido de controle social, desde que observadas as indispensáveis garantias constitucionais. (FERRAJOLI, 1995, p. 223).

p. 127)

Por igual turno, propõe Suxberger (2006, p. 173) uma intervenção penal que não se afaste de uma percepção axiológica na construção das soluções dogmáticas¹⁸¹, espelhada, assim, nos moldes de uma política criminal valorativa, a substituir o direcionismo estatal por uma atuação cujos valores sejam extraídos de uma política criminal¹⁸² voltada aos fins do próprio Direito Penal. Esta atuação deve ter como espelho as normas constitucionais, de forma a guiar o legislador na escolha dos bens jurídicos merecedores da tutela penal, limitando, por consequência, o caráter de atuação repressiva do Estado punitivo.

3.3 TEORIAS DA PENA

Delimitar o fundamento da pena é delimitar, em certa medida, como já se disse, o fundamento do próprio Direito Penal, já que a pena é o mecanismo elementar utilizado por este domínio do Direito na consecução dos seus fins. Não é outro o entendimento de Zugaldía Espinar (2004, p. 48), para quem “as teorias da pena são propostas legitimantes do Direito Penal, constituindo teorias sobre a sua função e legitimidade”.

A necessidade de justificação racional da pena repousa na tentativa de legitimação, frente à coletividade, dos mecanismos coercitivos escolhidos pelo poder dominante. Com efeito, a imposição de sanções por parte do sujeito (Estado, legislador, juiz, etc...) carece de justificação a partir do momento em que os destinatários sociais da norma possam questionar a racionalidade das medidas coercitivas, no plano da relação entre punidor e punido.

¹⁸¹ “Uma intervenção penal que se pretenda legítima não poderá se afastar de uma percepção axiológica para a construção de soluções dogmáticas e da própria definição substancial do delito. O direito penal experimentou uma mudança de disciplina jurídica puramente técnica e de negação valorativa para uma orientação segundo uma política criminal valorativa. A ausência dessa referência tem ensejado uma utilização da intervenção penal que não observa seu caráter de *ultima ratio*, convertendo-se em instrumento político de direção social, com evidente prejuízo ao seu papel de proteção jurídica subsidiária a outros ramos do ordenamento e ao seu substrato legitimador. O modo pelo qual a intervenção penal se legitima é informado por valores extraídos de um programa de Política Criminal, que segue orientado, por sua vez, pelas finalidades a serem buscadas pelo direito penal”. (SUXBERGER, 2006, p. 167)

¹⁸² “radicando na concepção de que a intervenção penal reflete o modelo de Estado a que se aspira, consentânea com o sistema político-criminal vicejado pelo funcionalismo teleológico, impõe-se a adoção de uma teoria constitucional do bem jurídico, que procure formular critérios aptos a orientar e limitar o legislador penal quando da criação de tipos penais com lastro na Constituição vigente”. (SUXBERGER, 2006, p. 173)

Aborda-se, neste momento, a perspectiva jusfilosófica correspondente à justificação histórica da pena, cujas bases instrumentais resultaram nas teorias absoluta, relativa e mista.

Embora não se possa condicionar o estudo da evolução das penas à existência de momentos históricos compartimentados e uniformes no tempo, a evolução das *penas*, por encontrar íntima relação com a própria evolução do *Direito Penal*, toma como base os períodos da chamada *vingança privada*¹⁸³, *vingança divina* e *vingança pública*.

O primeiro período é marcado pela ausência da figura do Estado como administrador da justiça, o que acabava por permitir aos indivíduos o *se faire justice*, de modo a fazer valer a sua justiça como *vingança pessoal*.

A satisfação da justiça pelas próprias mãos criava inconvenientes que passaram a ser censurados pelo próprio grupo social, fazendo com que a titularidade da administração da justiça passasse a ser delegada a determinados membros do grupo¹⁸⁴ (chefe da tribo¹⁸⁵, rei, sacerdote, etc...).

¹⁸³ “A primeira fase que se perde na noite dos tempos dominou entre as tribos primitivas, quando o poder social, ainda incipiente e elementar, não se constituía, diferenciando-se nitidamente da coletividade. A reação contra o mal representado pelo delito era exercida, pelo ofendido e por sua família, não só contra o ofensor, mas ainda contra todas as pessoas que a ele se encontrassem ligadas por laços familiares ou de sangue. A vingança era desmedida, inspirando-se na paixão e na revolta que o delito naturalmente suscita, máxime quando se sente na própria carne o seu malefício. Desencadeava sangrentas lutas entre as diversas tribos. O triste espólio desses conflitos era o avultado número de mortos, feridos e mutilados. A pena de talião – olho por olho, dente por dente – representou, na fase da vingança privada, um apreciável progresso, pois inseriu, naquela concepção, a idéia de limite e proporção. O castigo a ser imposto ao delinquente deveria ser igual, na sua espécie e na sua intensidade, ao mal sofrido pela vítima”. (MARTINS, 1974, p. 41)

¹⁸⁴ “A princípio, o exercício do poder de punir encontrava-se exclusivamente nas mãos do ofendido. Mas, pouco a pouco, foi se afirmando o interesse da comunidade, de modo mais veemente e preponderante. Vemos assim três elementos que já prenunciam, rudimentarmente, a formação de um Direito Penal: a medida da pena aproximando-se do dano do delito, a inserção da culpa no conceito da pena, o exercício do *jus puniendi* não mais pelo ofendido, mas pelo grupo, através da autoridade do sacerdote, do rei ou do magistrado”. (MARTINS, 1974, p. 320)

¹⁸⁵ “o rapto, quando ocorria entre tribos diversas, constituía crime gravíssimo, dando origem a sangrentas guerras tribais, porque, em tal situação, a ofensa não era contra a família da donzela, mas principalmente contra a tribo. O adultério era considerado também crime gravíssimo, pelo menos em algumas tribos, quando cometido pela mulher, que devia ao marido “uma constância de amor integral”, e, se prevaricasse, era inexoravelmente morta pelo marido; o adultério do marido, no entanto, era considerado indiferente penal. O homicídio e as lesões corporais eram severamente punidos, pois o direito penal indígena protegia o ser humano na sua vida e na sua integridade corpórea. O homicídio era punido com a morte quando ocorria entre membros da mesma tribo, mas, em se tratando de membros de tribos diversas, quase sempre levada à guerra. Quanto às lesões, as penas eram executadas pelos familiares do ofendido, proporcionais ao mal causado e na mesma região do corpo atingido pelo acusado, sendo que o homicídio culposo não era punido, pois reclamava um estágio de evolução de que careciam os nossos silvícolas. O aborto parece ter sido praticado livremente entre os povos indígenas, tendo o condão de vingança oposta pela mulher

O segundo período correspondeu à vingança em nome dos *deuses*, que, ofendidos pela prática do crime, aspiravam à compensação do mal causado pelo castigo a ser infligido ao criminoso. Este período é marcado na história pela visão do crime como um *pecado*, concepção que dominava o imaginário de povos primitivos. Dita racionalidade baseava-se nos *mitos*, em uma representação antropomórfica de que os deuses, com os trovões, raios e tempestades, manifestavam um furor somente passível de ser sanado com práticas ritualísticas, ensejando sacrifícios periódicos a eles oferecidos. Na Idade Média, com o primado da Igreja Católica e a criação da Inquisição, a barbárie punitiva em nome de um Ser supremo assumiu uma de suas expressões mais nítidas e perversas, na visão hodierna.

O terceiro período (vingança pública) corresponde à tomada da titularidade do poder punitivo nas mãos do Estado, de forma a exercer, com exclusividade, o *jus puniendi* em seu papel de administrar a justiça. Fala-se, a partir daqui, em uma *vingança pública*. Dita terminologia, revelando-se inadequada frente à evolução do Direito Penal moderno, acabou substituída em meio à mensuração de novos fins a serem perseguidos pelo Estado com o mecanismo da pena, como a *prevenção* do crime e a *ressocialização* do criminoso.

Apesar de todo o esforço tendente a uma sistematização própria dos estágios evolutivos do Direito Penal e dos estágios evolutivos da pena, estas realidades se interpenetram inevitavelmente¹⁸⁶, isso porque, em suas origens, o Direito Penal correspondia a um *Direito da pena* (direito/dever de aplicar a pena), consistindo simplesmente em uma compilação de normas incriminadoras das condutas proibidas

grávida ao marido que a maltratava. Tanto o aborto quanto o infanticídio eram considerados indiferentes penais. Os crimes patrimoniais não assumiram grande importância entre os nossos índios, em face da vida simples e em extremo frugal que levavam, mas nem por isso o furto deixava de ser punido entre eles, castigado com a pena de açoites. Já o roubo não era conhecido entre eles. Não conheciam o instituto da prescrição, já que a vingança entre os nossos indígenas não era esquecida. Extremamente grave era o crime de deserção, já que afrontava o status de guerreiro dentro da comunidade”. (PIERANGELI, 2001, p. 42-43)

¹⁸⁶ “A origem da pena é muito remota, perdendo-se na noite dos tempos, sendo tão antiga quanto a História da Humanidade. Por isso mesmo é muito difícil situá-la em suas origens. Quem quer que se proponha a aprofundar-se na História da pena corre o risco de equivocar-se a cada passo. As contradições que se apresentam são dificilmente evitadas, uma vez que o campo encontra-se cheio de espinhos. Por tudo isso, não é uma tarefa fácil. Surge uma ampla gama de situações e variedade de fatos, que se impõem a considerações, com magníficos títulos para assumir a hierarquia de fatores principais. Porém, são insuficientes. A carência de continuidade é quase total. Há muitos exemplos. Os retrocessos, a dificuldade de fixar indicadores e perseguir sua evolução, a confrontação das tendências expiatórias e moralizadoras (estas últimas nem sempre bem definidas) dificultam qualquer pretensão narrativa de ordem cronológica. Um bom exemplo dos retrocessos referidos é a própria aparição da “prisão-pena”, que ocorre em fins do século XVI, para depois ficar sepultada nos dois séculos seguintes”. (BITENCOURT, 2008, p. 439)

por parte do poder instituído.

Este é o pensamento de Martins (1974, p. 41), para quem a evolução do Direito Penal corresponde à própria evolução do homem sobre a Terra, tendo ainda o próprio *Direito* começado a se manifestar através da pena¹⁸⁷, de tal sorte que o Direito Penal, tal como o conhecemos, só surgiria de forma recente no estágio civilizatório¹⁸⁸. De fato, ao constatar-se esta verdade, depara-se com uma história de barbáries sem precedentes¹⁸⁹.

¹⁸⁷ “As primeiras leis foram leis penais. Nas sociedades primitivas, o direito era inteiramente penal. A primeira lei que se impôs aos legisladores e aos juizes, antes de fixar os direitos, foi a de aplicar penas. (...) Nascendo com a sociedade e evoluindo à sua imagem e semelhança, o crime é conceituado e punido de acôrdo com os fundamentos de cada organização social. Proveem da sociedade, direta ou indiretamente, as suas causas e manifestações. Finalmente, é em nome da sociedade, tal como foi constituída em tempo e espaço determinados, para seu bem e sua ordem, que se recorre à pena. Comina-se, aplica-se, executa-se a pena em função da sociedade, que cria os choques de interêsses, os exemplos de fraude e violência, os motivos e os instrumentos do crime. A prehistória refere-se à idade da pedra polida, mas o admirável surto dos acontecimentos humanos já permite falar-se em ante-prehistória, na qual não podia haver lei escrita. As investigações sôbre os mistérios egípcios conseguiram fixar, na idade neolítica, os indícios de uma civilização indígena no Egito. Admite-se, assim, a existência de clãs totêmicos, em que o rei, descendente de totem, sua encarnação e seu representante, exercia, regularmente, um direito de punir”. (LYRA, 1942, p. 10-11)

¹⁸⁸ Por milênios, o *Direito Penal* confundia-se com a própria *pena*, cuja desumanidade e desproporcionalidade, marcas da própria história do homem sobre a Terra, são reveladas nesta passagem de Grimberg sobre o antigo Egito: “Comparada com a da maior parte dos outros povos da Antiguidade, a justiça dos Egípcios era bastante branda. A alta traição era punida pela ablação da língua. O homem culpado de perjúrio era, por vezes, condenado à morte, outras vezes cortavam-lhe o nariz e as orelhas e metiam-lhe depois a cabeça numa golilha. Os juizes que haviam proferido uma má sentença sofriam também a ablação do nariz e das orelhas. Alguns delinquentes políticos tinham o privilégio de evitar a humilhação de um processo suicidando-se. Esse ato tanto podia ocorrer na presença dos juizes como em casa do condenado. Aquele que não se tivesse disposto a ajudar um homem em perigo era sovado e obrigado a jejuar durante três dias. O mesmo castigo era aplicado a quem não fazia tudo quanto podia para apanhar um ladrão. Aquele que matasse o seu pai era primeiro mutilado e depois queimado vivo. Aquele que cometesse adultério, recebia mil bastonadas; se uma mulher cometesse esse delito, cortava-se-lhe o nariz. Quem violasse uma mulher era mutilado de tal forma que se tornaria impossível rescindir. Aquele que fizesse moeda falsa, falsificasse documentos ou falseasse o peso das mercadorias perdia a mão direita ou as duas mãos. Aquele que proferisse uma falsa acusação receberia o castigo que teria sido aplicado ao acusado se a queixa tivesse sido fundada. O exílio era um castigo severo. No extremo nordeste do país, na fronteira da Palestina, erguia-se uma fortaleza para onde eram deportados, depois de se lhes ter cortado o nariz, os funcionários culpados de violências para com os seus subordinados. No extremo sul, na Etiópia, encontra-se um outro campo de deportação. Os presos mutilados trabalhavam nas minas de ouro. Esta Sibéria egípcia inspirava um terror tal que o juramento prestado pelas testemunhas perante o tribunal era assim formulado: “Se eu mentir, que me mutilem e me enviem para as minas da Etiópia!”. Outras fórmulas de juramento eram: “Se eu mentir, não quero mais comer nem beber, mas morrer aqui”; ou ainda: “Se eu não mantiver o que digo, lançai-me ao crocodilo””. (GRIMBERG, 1989, p. 29-30)

¹⁸⁹ “A história das penas apecece, numa primeira consideração, como um capítulo horrendo e infamante para a humanidade, e mais repugnante que a própria história dos delitos. Isso porque o delito constitui-se, em regra, numa violência ocasional e impulsiva, enquanto a pena não: trata-se de um ato violento, premeditado e meticulosamente preparado. É a violência organizada por muitos contra um. A Antiguidade desconhecia a privação de liberdade como sanção penal. O encarceramento existe desde muito tempo, mas não como a natureza de “pena”, senão para outros fins”. (LOPES JR., 2009, p. 1)

O Direito Penal deu um gigantesco salto histórico com o advento do Iluminismo, fazendo desmoronar aos poucos as facetas sombrias do Direito Canônico no âmbito punitivo e as injustiças da Inquisição. Neste particular, destacam-se decisivamente as contribuições de Cesare Beccaria e John Howard¹⁹⁰. A obra **Dos Delitos e das Penas**, talvez a mais monumental obra jurídica já escrita, permitiu ao mundo conceber uma nova realidade mais humana no âmbito punitivo, dando forte impulso, como relata Puglia (1890, p. 45)¹⁹¹, ao movimento reformador do Direito Penal, combatendo o sistema punitivo de sua época, inspirado nas idéias de justiça e utilidade social.

No entanto, no que tange à realidade luso-brasileira, ditas idéias iluministas não foram igualmente absorvidas entre nós como em outras nações. Neder (2007, p. 165) atribui este fato a um apego à visão de mundo tomista, que seria característica da realidade política e ideológica dos jesuítas, marcada por uma rígida hierarquização social e permanências culturais duradouras, contribuindo, para isso, particularidades psicológicas e comportamentais próprias ao povo lusitano.

Outro grande impulso ao Direito Penal moderno foi dado pela Escola Clássica¹⁹², em cujas bases estão assentados os alicerces de um Direito Penal científico, e a quem se atribui a criação dos principais institutos jurídicos que compõem o atual sistema punitivo¹⁹³.

¹⁹⁰ “Sizudo e austero, o placido calvinista de Bedfordshire tinha renunciado ao gozo da sua fortuna, do seu bem estar, dos seus ocios, da sua quietude, para inspeccionar os carcereiros de quase toda a Inglaterra, em seguida as prisões de quase todos os países europeus. Antes desse voto de caridade e assistência, John Howard fora aprisionado em viagem pelos franceses, conhecera a desolação e os rigores do captiveiro. Gerado assim pela má sorte, o philanthropo succedera ao burguez com a mesma pontualidade e a mesma perseverança de um espirito anglo-saxonio, em que tudo era methodo e minucia, attenção aos pequenos factos, sentimento expresso por algarismos. Dessas viagens resultou a publicação de uma obra em 1777 – *O estado das prisões (The state of prisons)*, onze anos depois traduzida em francez. E a escripta do merceeiro de Bedforshire, diga-se a verdade, abalou a alma européia do século XVIII, como os tercetos do *Inferno* poderiam ter commovido a alma religiosa da época medieval”. (VIEIRA, 1920, p. 48)

¹⁹¹ Do original: “Da che Cesare Beccaria diede forte impulso el movimento scientifico riformatore del diritto penale, col combattere il sistema punitivo dei suoi tempi, inspirandosi alle idee di *giustizia* e di *utilità* sociale, tutti i criminalisti fecero oggetto dei loro studi i *caratteri* e i *requisiti* che debbono avere le pene per essere *legittime*”.

¹⁹² “Coube ao movimento de idéias que se denominou escola clássica, com CARMIGNANI e CARRARA à frente, o mérito de ter lançado os verdadeiros alicerces da ciência jurídica do delito e da pena. Com a obra admirável dos clássicos, o Direito Penal adquiriu a condição de autêntica disciplina jurídica, no conjunto sistemático de seus princípios e normas e na unidade de seus institutos mais importantes”. (MARTINS, 1974, p. 320)

¹⁹³ “Com a escola positiva, surgiu no Brasil o interesse científico pela discussão dos problemas de Direito Penal. Seu primeiro crítico, anti-carrariano, foi TOBIAS BARRETO; combateu a “teoria

No Brasil, as contribuições iluministas, como já se revelou, não ecoaram de forma tão profunda como na Europa. Por aqui, em grande parte de nossa história¹⁹⁴, as legislações portuguesas¹⁹⁵ (em especial as Ordenações Manuelinas¹⁹⁶), traçaram em nosso território um rastro de injustiças¹⁹⁷ e barbaridades¹⁹⁸, operando-se, no Direito pátrio¹⁹⁹, um quadro de gigantesca desumanidade.

No atual estágio do Direito Penal brasileiro, em sintonia com o princípio constitucional da limitação das penas (artigo 5º, XLVII CF), as penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e de multa constituem as espécies admissíveis.

No que tange à pena privativa de liberdade, as críticas a ela atribuídas não são recentes. As primeiras manifestações contrárias surgiram com o *Programa de*

romântica do crime-doença, que queria fazer da cadeia um simples apêndice do hospital” e, da pena, remédio. Entendia que o conceito da pena não é jurídico mas político”. (SOARES, 1977, p. 31)

¹⁹⁴ “embora formalmente, as Ordenações Manuelinas e as complicações de Duarte Nunes de Leão vigorassem à época das capitanias hereditárias e dos primeiros governos gerais, segundo o que se tem afirmado, no Brasil vigoravam as determinações régias, aliadas às Cartas de Doação, com força semelhante à dos forais, por elas regulando a justiça local. O Direito empregado, no período das capitanias hereditárias, na prática, era quase o arbítrio dos donatários”. (PIERANGELI, 2001, p. 61)

¹⁹⁵ “A legislação lusitana é, portanto, apenas um exemplo daquelas que vigeram no período do absolutismo monárquico, contra a qual se levantaria, “com toda a força da sua íntima simpatia humana, a voz de Beccaria”. A única coisa a estranhar-se foi a permanência dessa legislação, entre nós, até 1830, ou seja, bem distante do período histórico que lhe competia, pois, mesmo após a proclamação da nossa independência, continuou a vigorar, ainda que com penas mitigadas, enquanto a legislação civil só seria ab-rogada em 1916, com a promulgação do Código Civil vigente”. (PIERANGELI, 2001, p. 60)

¹⁹⁶ “As Ordenações Afonsinas nenhuma aplicação tiveram no Brasil, pois, quando em 1521 foram revogadas pelas Ordenações Manuelinas, nenhum núcleo colonizador havia se instalado no nosso país. Só em 1532, Martin Afonso de Souza iniciou a colonização, fundando a cidade de São Vicente. Vigiam, portanto, as Ordenações Manuelinas”. (PIERANGELI, 2001, p. 61)

¹⁹⁷ “A história da regulamentação carcerária no Brasil é, sem dúvida alguma, marcada pela infâmia. Os métodos legais de controle e de punição disciplinar dos reclusos refletem os valores reinantes na sociedade brasileira ao longo das diversas conjunturas históricas vividas pelo país, constituindo confiável parâmetro de aferição da essência antidemocrática do sistema penitenciário brasileiro”. (ROIG, 2005, p. 27)

¹⁹⁸ Este quadro de flagrante desumanidade manifestava-se no tratamento dos presos da época, consoante depreende-se na leitura do item 1, Título XXXIII das Ordenações do Reino de Portugal, relativas às obrigações dos carcereiros para com os detidos: “1. E não consentirá, que se commettam na prisão alguns malefícios, assi como jogar dados, ou cartas (3), nem renegar (4), nem que os presos, ou outros de fóra durmam na prisão com as mulheres presas. E dormindo o Carcereiro com alguma dellas, ou consentindo que algum com ella durma, não sendo seu marido, mandamos que morra per ello (5). E se se provar, que o Carcereiro teve com alguma presa algum acto desonesto por vontade della, assi como abraçar, ou beijar, será degredado dez annos para o Brasil. E se tentar per força dormir com presa, postoque com ella não durma, por ella se defender, ou por lho tolherem, morra per ello. E primeiro que se faça execução de morte em cada hum dos ditos casos, nol-o farão saber”. (ALMEIDA, 1870, p. 77)

¹⁹⁹ “Vigorava no Brasil, até aquele momento, um sistema penal eminentemente privatístico e corporal, marcado pelas punições públicas de senhores sobre seus escravos (açóites) e pela subsistência das penas de morte na forca, galés, desterro, degredo e imposição de trabalhos públicos forçados. Neste quadro punitivo de fins do período colonial e início do Império, destaca-se também a utilização, como prisões, de instalações precariamente adaptadas, tais como fortalezas, ilhas, quartéis e até mesmo navios, subsistindo ainda as prisões eclesiásticas, estabelecidas especialmente em conventos”. (ROIG, 2005, p. 28-29)

Marburgo, de Von Liszt, em 1822. (BITENCOURT, 2006, p. XXIV). A busca de alternativas à prisão celular (iniciadas com a aplicação da pena de multa) conduziu à concepção de *penas alternativas*, a exemplo da *prestação de serviços à comunidade* (surgida na Rússia em 1926), a *prisão de fim de semana* (originada na Inglaterra, em 1948), o *arresto de fim de semana* (surgido na Bélgica, em 1963), dentre outras. (BITENCOURT, (2006, p. XXIII-XXIV).

As críticas à prisão celular não constituem exclusivamente uma realidade brasileira, mas mundial, não obstante o apego dos Estados à sua utilização maciça, mecanismo do qual parece não querer abrir mão²⁰⁰. Apesar do estímulo das legislações mundiais à substituição da prisão celular por outras espécies de pena, como as restritivas de direitos ou a pena de multa, o fato é que, ao menos no estágio presente de sua evolução, o Direito Penal manifesta contínuos sinais de ainda querer fazer da pena privativa de liberdade o seu mecanismo punitivo por excelência.

A busca do fundamento do direito de punir constituiu-se historicamente numa das mais importantes questões não apenas do Direito Penal, mas das ciências sociais como um todo. Ditas finalidades²⁰¹ variaram entre o castigo, punição, expiação, eliminação, intimidação, educação, correção, regeneração, readaptação, proteção ou defesa, adaptando-se conforme as correntes filosófico-jurídicas que se debruçaram sobre o tema, podendo ser divididas em três teorias: absolutas (*punitur quia peccatum est*), relativas (*punitur ut ne peccetur*) e mistas (*punitur quia peccatum est ne peccetur*), conforme leciona Basileu Gracia (1972, p. 66).

Ditas penas estavam baseadas nas noções de *vingança* (a legitimidade do direito de punir repousava no direito de vingança da vítima); *aceitação* (o cidadão, por conhecer a lei, aceita como legítima a sua imposição); *convenção* (baseada no

²⁰⁰ No original: “Sea como fuere, la realidad es que la prisión en esta etapa, lejos de mostrar signos de crisis, parece gozar de un vigor inusitado. Tan es así que puede constatar-se que uno de los retos de la Política Criminal en el próximo futuro va a ser no sólo cómo gestionar una sociedad con elevadas tasas de criminalidad de carácter permanente, sino también cómo construir la arquitectura logística que permita sostener un sistema penal con elevados – y crecientes – índices de población penitenciaria”. (GARCIA, 2007, p. 155).

²⁰¹ “O estudo do *princípio fundamental* da pena leva a encontrar o *critério essencial* das ações delituosas, isto é, as condições que devam ser encontradas nas ações humanas, para que possam ser proibidas sem que se caia em arbítrio. E o resultado de tal estudo, segundo a nossa fórmula, se resume nisto: devem ser *ações lesivas do direito*, cuja completa reparação não se obtenha com a mera *coação física*, mas requeira uma *sanção*. O estudo do *fim* da pena leva a encontrar os *critérios de medida* dos delitos, não apenas do ponto de vista da sua *imputação*, mas sob o das *penas* que se lhes devem opor”. (CARRARA, 1957, p. 73)

contrato social, de Rousseau, tendo por fim proteger os contratantes); *associação* (o direito de punir é intrínseco à sociedade, em virtude da associação que os une); *correção* (o fim repousa no direito da sociedade em corrigir o culpado); *intimidação* (o fim está em intimidar os indivíduos a fim de que não pratiquem delitos), *constrangimento psicológico* (a ameaça da aplicação da pena atua sobre o homem exercendo um constrangimento psicológico que o dissuade à prática do crime), *defesa* (qualquer um, incluindo o Estado, tem o direito inato de se defender), *ressarcimento* (o fim de punir repousa no direito ao ressarcimento pelos danos originados do crime), dentre outras... (FERREIRA, 2000a, p. 23-25)

Passa-se, agora, ao estudo de cada uma das citadas teorias, cujas contribuições, estruturadas numa perspectiva instrumental, repousam latentes no espírito do legislador ao promover a criação de novas figuras delituosas ou de modificar a reprimenda penal dos crimes já existentes.

3.3.1 Teorias absolutas da pena

As teorias absolutas tinham em sua raiz a idéia de *vingança*. O brocardo latino *punitur quia peccatum est* (pune-se porque pecou) reforçava a concepção de crime como um *mal* (pecado), cuja sanção (pena) permitiria a compensação devida, de forma a promover o equilíbrio perturbado pela prática do delito.

As teorias absolutas acabam por negar à pena qualquer fim, concebendo a sua imposição como mera *retribuição*, ao autor do delito, do mal por ele causado, sendo dita retribuição legitimada, na visão de Kant, pela necessária garantia dos valores éticos da sociedade. (NOVAES; SANTORO, 2009, p. 73)

De fato, como reporta Basileu Garcia (1972, p. 73), Immanuel Kant, com a sua doutrina da justiça absoluta, exclui toda a idéia utilitária da pena, repousando nesta, como única finalidade, o restabelecimento da ordem moral, perturbada pelo crime, cabendo ao Estado, unicamente, assegurar essa compensação²⁰².

Locke (2006, p. 25-26), por seu turno, busca na própria natureza a razão retributiva da pena, a qual confere ao homem o direito de revidar, de acordo com os ditames da

²⁰² Reportando Basileu Garcia a visão de Kant: "Não há cogitar-se de vantagem para a pena, visto que esta não representa mais do que a satisfação de um imperativo categórico gravado na consciência. A razão nos ensina que, sempre que se dá um crime, é preciso que o seu autor seja castigado". (BASILEU GARCIA, 1972, p. 73)

razão ponderada e da consciência, uma determinada agressão, assumindo a pena a forma de um *castigo*²⁰³.

Não é de se admirar em que medida este direito de *castigo* estava enraizadamente presente no imaginário dos povos ao longo da história, sobretudo com referência à Antiguidade. A própria justificativa filosófica²⁰⁴ ao direito de escravizar, naturalmente e factualmente aceita em muitos povos antigos, contribuía para a idéia de supremacia e consequente disponibilidade do mais forte sobre o mais fraco, autorizando aquele, dentre outras prerrogativas “naturais”, a punir este em virtude de suas transgressões.

Outro grande expoente da teoria absoluta foi Hegel. Para Habermas (1982, p. 71-72), ao pregar a pena como retribuição ao mal causado, Hegel acaba por desdobrar a dialética da moralidade, com base no *castigo* que recai sobre quem aniquila uma totalidade moral. Por ter o criminoso acionado o “processo de um destino que ricocheteia sobre ele mesmo”, acaba por experimentar sua própria culpa, sentindo, na perspectiva da vida alheia, a experiência da alienação de si mesmo.

Partem, então, Kant e Hegel de diferentes concepções, mas que desembocam num mesmo caráter fundamentador da pena, qual seja, a retribuição. Aí repousa, aliás, a maior crítica feita às teorias absolutas, qual seja, a de atribuírem à pena um fim em si mesma. Segundo Costa (1972, p. 61), a noção de justiça absoluta é falsa, não somente no que se refere ao próprio Deus (que faz da pena um meio e não um fim),

²⁰³ “Transgredindo a lei da natureza, o ofensor subentende obedecer a outra regra que não a que reza a razão e a equidade; é pois legítimo o poder de matar um assassino, para impedir que a outros mate, pois o ofensor torna-se perigoso à Humanidade, quebrando o pacto destinado a garanti-lo contra danos e agressões. Como tal transgressão é crime contra a espécie toda, contra a paz e segurança estabelecidas pela lei da natureza, em virtude do direito que tem de preservar a humanidade como um todo, qualquer um pode, por isso, restringir ou, se necessário, destruir tudo aquilo que lhe seja prejudicial, fazendo recair sobre o transgressor da lei malefício tal que o faça arrepender-se de tê-lo feito, e assim impedindo a outros, pelo exemplo deste, de cometer transgressão semelhante. E neste caso e pelo mesmo motivo, todos têm o direito de castigar o ofensor, tornando-se executores da lei da natureza”. (LOCKE, 2006, p. 25-26)

²⁰⁴ Registre-se, a este respeito, a visão de Aristóteles sobre a supremacia do homem (livre) sobre a mulher e o escravo, a autorizar o exercício de seus direitos enquanto senhor: “a natureza dos animais suscetíveis de serem domesticados ou aprisionados é superior a dos animais selvagens; para eles é vantajoso obedecer ao homem, como um meio de preservação. Além disso, o macho tem sobre a mulher uma superioridade natural, e um é destinado por natureza ao comando, e o outro a ser comandado. Esse princípio [observado em todas as espécies] necessariamente se estende também à espécie humana. Onde quer que se observe a diferença que há entre a alma e o corpo, entre o homem e o animal, verificam-se as mesmas relações: aqueles que não têm nada melhor a oferecer que a sua força corporal são destinados, por natureza, à escravidão, e para eles é vantajoso estar sob o comando de um senhor. Por natureza é assim o escravo: pode pertencer a um senhor (e de fato pertence), e não participa da razão mais que o grau necessário para modificar sua sensibilidade, mas não possui a razão em sua completude”. (ARISTÓTELES, 2007, p. 61)

mas também por ser incompatível com a “imperfeição das obras humanas”.

Registre-se que, apesar de Kant e Hegel terem sido alçados à condição de maiores expoentes das teorias absolutas, podem-se entrever, ao longo da história,²⁰⁵ diversas manifestações filosófico-jurídicas que expunham, em igual sentido, o caráter da pena como ato de *retribuição*.

Já na Antiguidade, Eurípedes e Píndaro afirmavam a idéia da pena como ato de retribuição, igualmente a São Tomás de Aquino²⁰⁶ e Santo Agostinho, que, já na Idade Média, por influência das concepções germânicas do talião, do direito canônico e romano e da Igreja Católica, igualmente afirmavam a idéia retributiva no tocante às penas. (CORREIA, 1968, p. 42-43)

A teoria da justiça absoluta sofreu algumas modificações, assumindo, na lição de Carrara, uma natureza mista. Propugnava o grande expoente da Escola Clássica que o fundamento do direito de punir estaria baseado não apenas no princípio da justiça, mas nos limites da necessidade de *defesa* para a conservação dos direitos da humanidade. (BASILEU GARCIA, 1972, p. 77)

Vale dizer que a Escola Clássica²⁰⁷, cujos adeptos²⁰⁸ concebiam a finalidade da

²⁰⁵ “Os Romanos, práticos por excellencia, preferiram precisar o fim da pena, deixando de parte a questão do fundamento do direito de punir. PAULUS vê na pena um meio de corrigir os homens (*Poena constituitur in emendationem hominum*). Na Edade Média, até a escola racionalista, dois foram os princípios apresentados como constituindo a base do direito de punir: a) a razão de Estado, a *vindicta publica*; b) o princípio moral da expiação. Foi, porém, HUGO DE GROOT (GROTIUS) quem precisou a questão, declarando que o fundamento do direito de punir repousa no próprio mal cometido, e, por isso, definia a pena – “*malum passionis quod infligitur ob malum actionis*”. Para GROTIUS, a formação da sociedade resulta de um contracto, expresso ou tacito, em virtude do qual o crime deve ser punido, e, conseqüentemente, o mal do delicto é a fonte e a medida da pena, que, para elle, tem tres fins: 1º) o beneficio do criminoso; 2º) a utilidade do interessado na punição; 3º) a vantagem para a sociedade”. (MONTE, 1923, p. 16-17)

²⁰⁶ Maus relata que a doutrina de Tomás de Aquino não investiga a pena do ponto de vista social, mas moral, sendo a culpa considerada do ponto de vista do *pecado*. A pena, nesse sentido, passa a encontrar justificativa no cumprimento de um *dever moral*: “C’est donc dans ses écrits qu’ils faut naturellement chercher la pensée autorisée de l’époque religieuse sur le point qui nous intéresse. Voici, d’une manière générale, quel a été le résultat de nos investigations. Sa doctrine n’envisage pas la question de la peine directement au point de vue social, mais au point de vue moral. La faute, même celle contre la société, est considérée au point de vue du péché. La peine, même celle appliquée par le pouvoir civil, est pour celui qui la reçoit la punition d’un péché; elle est étudiée dans sa corrélation avec l’état de conscience provoqué par la faute, et avec l’effet que celle-ci produit dans le domaine intime. Enfin, pour celui qui l’applique, elle est l’accomplissement d’un devoir moral”. (MAUS, 1891, p. 36)

²⁰⁷ Sobre as teorias biológico-deterministas da Escola Clássica, comenta Cancelli: “Estigmatizar alguns grupos, nessa época, vinha ao encontro da popularização dessas novas teorias científicas sobre o crime, que tentavam definir e influenciar questões legais que tratavam dos criminosos e da criminalidade. Essas teorias arquitetavam a definição de identidades sociais específicas que justificassem, de certa forma, a teorização e que servissem como pontos de suporte para sua ação como agente de transformação social. Afora o preconceito racial que se utilizava de dados

pena como um ato de retribuição, sofreu pesadas críticas ao longo da história. Uma das mais ferrenhas críticas²⁰⁹ é exposta por Aragão (1977, p. 341), na sua obra-prima **As Três Escolas Penais**, obra sistematizadora das diversas correntes punitivas do Direito Penal.

Não obstante as críticas veiculadas às teorias absolutas, com a proposição, em seu lugar, das teorias relativas e mistas, o fato é que elas nunca perderam por completo o seu lugar no plano das concepções jurídico-filosóficas da pena. A obra **A utopia**, de Thomas More (2009, p. 88)²¹⁰, revela tão somente que a indissociabilidade entre *pena* e *castigo* é realidade inerente à própria convivência social. Em sua ficção, More descreve a vida e a organização política de uma ilha imaginária, marcada por um modelo “legal, social e politicamente perfeito”, do qual, não obstante, destacam-se os mesmos mecanismos de dominação e castigo da sociedade “usual”.

Hungria (1945, p. 131), neste mister, considerava *natural* o caráter retributivo da pena, já que esta repousaria na própria consciência coletiva, razão pela qual não se poderia argumentar de um resquício ao talião primitivo. Para ele, apesar de a

antropométricos para provar seu embasamento de verdade (daí o alvo dos negros e dos estrangeiros), vários grupos que apresentassem características facilmente identificáveis exteriormente eram constantemente estudados e apontados como perigosos para a harmonização social. Os mais frequentes eram os epiléticos, as prostitutas, os tatuados e os alcoólicos”. (CANCELLI, 2001, p. 150)

²⁰⁸ Dentre os seus adeptos, destaca-se a figura de Lombroso, cujos estudos dos aspectos biológicos do criminoso provocaram uma revolução no campo do Direito Penal. Em uma de suas passagens, explicando a razão do cometimento de crimes por indivíduos de idade avançada, propõe Lombroso: “On sait que chez les hommes la vieillesse détermine l'égoïsme et la dureté du coeur. Les animaux aussi, avec l'âge, deviennent ombrageux, hargneux etc.; pour cela même ils sont souvent chassés par leurs compagnons, et alors, dans isolement, ils deviennent de plus en plus méchants”. (LOMBROSO, 1895, p. 11)

²⁰⁹ “Quanto à escola clássica, dia a dia diminui prodigiosamente o número dos seus adeptos e, no momento presente, ela não pode ser aceita senão por indivíduos de índole nimamente conservadora, espíritos afetados de neofobia, inimigos intransigentes da evolução e refratários ao progresso. Viva ainda nos códigos, em doutrina ela já ultrapassou o período da sua maturidade; está em franco declínio, definhando de marasmo senil, sepultada quase nas vetustas cinzas em que se atufam as coisas do passado”.

²¹⁰ “O Senado estabelece o castigo de acordo com a grandeza do crime. Os maridos castigam as mulheres, e os pais, os filhos, a menos que o delito tenha sido tão grave que se torne útil o castigo público, para exemplo e reparação dos costumes. Normalmente, as faltas mais graves são punidas com a escravidão, pois consideram-na castigo não menos temível para os condenados que a morte e, além disso, bem mais útil à sociedade. Tiram mais proveito do seu trabalho que da sua morte e pelo seu exemplo vivo inspiram durante mais tempo horror ao cometimento de crimes semelhantes. Se, no entanto, os escravos condenados se revoltam e insurgem, condenam-nos à morte como animais ferozes e desesperados que nem as cadeias nem a prisão podem domar ou conter. Aqueles, no entanto, que suportam a escravidão pacientemente, não os deixam perder completamente a esperança. Se depois de terem sido dobrados e domados pelas longas misérias sofridas mostrarem verdadeiro arrependimento, que demonstre que o crime lhes é mais pesado que o castigo, por vezes, por prerrogativa do príncipe, ou mesmo pelo consentimento do povo, é-lhes mitigada a servidão, ou mesmo chegam a ser libertados e perdoados”.

intensidade da punição haver sido historicamente abrandada, “a idéia de retorsão do mal pelo mal continua inscrita e viva na razão humana”, tal como no tempo do “olho por olho, dente por dente”, havendo de ser esta, de acordo com Hungria, a “pedagogia de todos os tempos”²¹¹.

A despeito da afirmação de Hungria, mais aceitável para o olhar de sua época, o fato é que a própria idéia de *punição* sofreu transformações ao longo do tempo, permitindo, consoante lição de Gastaldi (2006, p. 85), a substituição da noção de *vingança* pela de *penalização*²¹².

De acordo com Carrara (1957, p. 78), a *pena*, ao invés de remediar o *mal material do delito*, constitui-se em terapêutica eficaz e única para o *mal de ordem moral*, sem a qual os cidadãos ver-se-iam impelidos a fazer justiça com as próprias mãos²¹³.

Bettiol (1976, p. 112-113) contraria a noção de pena como um *mal* a ser aplicado diante de um *ma*²¹⁴ praticado, já que a reafirmação de uma norma violada,

²¹¹ “A pena, como sofrimento imposto aos que delinquem ou como contragolpe do crime (*malum passionis quod infligitur ob malum actionis*), traduz, principalmente, um princípio humano por excelência, que é o da justa recompensa: cada um deve ter o que merece”. (HUNGRIA, 1945, p. 131)

²¹² “a idéia que se faz sobre a transformação histórica produzida a partir de um sistema de vingança para um de penalização é central para determinadas análises dos sistemas políticos do mundo antigo. Nozick, citado por Allen, menciona as seguintes diferenças: 1. enquanto na penalização existe um limite interno, conforme a gravidade da ofensa, na vingança não existe limitação alguma; 2. a vingança é pessoal, enquanto o agente da penalidade não necessita estar unido por um laço pessoal à vítima de um dano pelo qual se deve uma exata retribuição; 3. a vingança envolve um tom particular de emoção e prazer causados pelo sofrimento do outro, o que não acontece com a penalização; 4. as penalidades ajustam-se a princípios gerais – *prima facie* – que demandam punições idênticas em circunstâncias similares. Considerando estas diferenças, é possível afirmar que para estudar a penalidade em oposição à vingança, é necessário dar atenção aos modos com que as respostas a um delito podem chegar a ser “respeitáveis” em uma determinada sociedade”.

²¹³ “A vingança privada, por isso que partida de homens rudes, agindo arbitrariamente, sob o impulso de paixões, descambava para o excesso e novas violências, crescendo, assim, no dizer de IHERING, à injustiça existente uma nova injustiça. (...) De outro lado, os excessos vingativos, entre indivíduos da mesma tribo, acabam por enfraquecer o grupo social, quando carecia ser forte de homens válidos para a guerra agressiva ou defensiva contra vizinhos e inimigos (...), daí a necessidade de paz interna e conseqüente limitação que se foi estabelecendo ao exercício da vindicta. A primeira limitação proveio do *talião*, fixando-se mais ou menos equipolentemente o mal que era permitido infligir ao ofensor. No *Levítico*, um dos primeiros livros da *Bíblia*, formando o *Pentatêutico*, cap. XXIV, vers. 19 e 20, define-se essa forma atenuada de punição, dizendo: “*fractura pro fractura, oculum per oculo, dentem pro dente restitua*”, como muito antes já o firmava o código de HAMMURABI, nos §§ 196, 197 e 230 (...). Em todos os povos primitivos vemos consagrado o talião, quer no ramo chamado *ariano* (gregos, romanos, gauleses, slavos e germanos, especialmente nestes, pela amplitude da represália), quer nos selvagens da África e da América”. (SIQUEIRA, 1947, p. 40)

²¹⁴ O juriconsulto russo Lowestimm afirmava que grande parte dos crimes era atribuída às superstições e ao lado obscuro da vida de um povo, sendo um dever dos administradores, juízes e legisladores lutar contra este mal. (LOWENSTIMM, 1904, p. 218)

concernente a um imperativo de justiça, só poderia assumir um valor positivo²¹⁵.

Bettiol conclui, não obstante, que somente a idéia retributiva é capaz de satisfazer as exigências atinentes à pena, de forma a reforçar a autoridade do Estado com a aplicação de penas justas e proporcionais aos transgressores da norma. Em sua visão, somente a pena retributiva é justa, sem a qual o Estado incorreria no risco de cair no arbítrio. (BETTIOL, 1976, p. 121)

3.3.2 Teorias relativas da pena

As teorias relativas²¹⁶ (também denominadas de utilitárias), definidas pelo brocardo latino *punitur ut ne peccetur* (pune-se para que não peque), deixam de lado o fim da pena como retribuição, passando a enxergar a prevenção do delito como o fundamento da reprimenda penal.

Afirma Costa (1972, p. 62) que as teorias relativas justificam a pena pelo *bem* que visam atingir, sendo elas consideradas não como um fim, mas um *meio* para se atingir os seus fins preventivos. Consoante lição de Correia (1968, p. 43), as teorias relativas, tendo como impulso a Renascença e o Humanismo, promoveram um retorno aos filósofos antigos, a exemplo de Platão (o qual já propunha idéias preventivas), rompendo, ao mesmo tempo, com as formulações retributivas. Correia cita como grandes propulsores deste movimento Hobbes, Puffendorf, Tomazius e Wolf, concebendo a pena em sua função *preventiva*, e nunca *retributiva*.

As teorias relativas podem ser concebidas tomando-se como base uma coletividade

²¹⁵ “desde que a pena é um valor, lhe é estranha toda possibilidade de jungi-la à idéia de *privatio boni*, isto é, de mal. Se tudo isso corresponde à verdade, acreditamos que a fadiga sofrida na tentativa de dar à pena um escopo tenha sido, em grande parte, fadiga vã. A pena, enquanto valor, acha necessariamente em si mesma sua razão justificadora. E é natural que assim seja, já que um valor que devesse encontrar seu ponto de referência fora de si mesmo não seria mais um valor, mas um fato bruto, um meio que poderá ser iluminado só pelo fim que se procura atingir. De outro lado, se a pena fosse realmente um mal moral, ela não poderia ser infligida: o fim não santifica o meio. Não é lícito realmente recorrer, mesmo para uma finalidade de bem, a um meio intrinsecamente mau. E em nenhum caso se explica porque o mal físico e psíquico da pena não possa encontrar em si mesmo sua razão justificadora, quando é “mal” apenas no plano naturalístico, porquanto moral e juridicamente falando, é reafirmação de uma norma e portanto de um valor”.

²¹⁶ “as teorias relativas, acerca das funções das penas, empreendem em sentido teórico a limitação do poder punitivo, tais teorias desenvolvem-se no sentido de legitimar o poder punitivo do Estado, como explicam Zaffaroni e Nilo Batista, a partir das funções manifestas das penas, embora não se possa esquecer de que a pena também apresenta funções latentes importantes ao estudo do tema. As teorias relativas são desenvolvidas ora sobre os indivíduos integrantes da sociedade como um todo, ora sobre os indivíduos delinquentes – teorias da prevenção geral e da prevenção especial -, sendo que ambas, incidem de forma positiva ou negativa”. (NOVAES; SANTORO, 2009, p. 73)

de indivíduos (prevenção geral), bem como um determinado criminoso (prevenção especial).

3.3.2.1 *Prevenção geral*

Na perspectiva da prevenção geral, visa o Estado, com a aplicação da pena, transmitir uma mensagem a toda a coletividade de que a ordem jurídica está em vigor e que a sua violação implicará na sujeição a uma pena. Desta forma, dita pena repercutirá não só sobre o indivíduo, mas sobre toda a coletividade, de forma a comunicar-se psicologicamente a todos os potenciais destinatários da norma, provocando um efeito dissuasor de forma a impedir que os membros da sociedade pratiquem crimes. (BEMFICA, 2001, p. 199)

Adverte Ferrajoli (2006, p. 340) que a idéia de *prevenção* não pode perder de vista o princípio da *retribuição*, sob pena de legitimar posições subjetivistas voltadas a um direito penal máximo, servindo de ingrediente a um autoritarismo penal. De fato, vê-se que o princípio da retribuição, por pregar uma adequação entre o ilícito praticado e a pena infligida, acaba por assegurar critérios de proporcionalidade, que poderiam se perder numa vinculação utilitarista da pena a critérios preventivos arbitrariamente escolhidos pelo aplicador da norma.

A prevenção geral²¹⁷, define Aschaffenburg (1904, p. 241-242), atua em *silêncio*, produzindo os seus efeitos pela elevação do nível médio de moralidade, antes educando do que intimidando diretamente. Aqui, o valor educativo traduzido na noção de dever despertado na sociedade é superior ao valor da ameaça penal.

A prevenção geral divide-se em negativa e positiva. Passa-se ao exame de cada uma das modalidades.

A prevenção geral negativa reforça o caráter de intimidação da pena, de sorte a desestimular os indivíduos à prática de crimes. A sua principal crítica repousa em que, ao focar exclusivamente o efeito intimidatório da pena, independentemente da aferição da *culpabilidade* do agente, a teoria da prevenção geral negativa corre o risco de transformar uma teoria relativa em uma teoria utilitarista de natureza

²¹⁷ “As teorias relativas da prevenção geral devem receber crítica, seja nas versões de dissuasão seja nas reforçadoras, pois a cada delito cometido se estará negando sua eficácia. Se seu caráter é de atuação sobre o todo social com a finalidade de impedir a prática de comportamentos proibidos, sob a ameaça da aplicação de pena ou sob a necessidade de confiança no público nos sistemas estatais e no consenso social, tais teorias serão negadas e se apresentarão em crise a cada delito praticado”. (NOVAES; SANTORO, 2009, p. 74)

absoluta, a autorizar a imposição de penas desproporcionais (e, nesta medida, lesivas à dignidade da pessoa humana), sob a única justificativa de se impedir a ocorrência de crimes. Neste mister, Beccaria (2000, p. 92)²¹⁸ propunha, na perspectiva de prevenção da ocorrência de delitos, a formulação, pelo legislador, de leis simples e claras, reduzindo-se o número excessivo de crimes, sob pena de se ver o seu sucessivo aumento.

Dois grandes expoentes desta corrente foram Bentham²¹⁹ e Feuerbach²²⁰. Jeremy Bentham (2002, p. 22-23), em sua obra **Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos**, expõe a sua teoria preventiva, cujo foco é a tomada de posições pelo legislador e magistrado de forma a prevenir que o crime, tendo acontecido, não volte a acontecer, devendo-se igualmente reparar o dano causado, quando possível.

De acordo com Bentham:

O perigo imediato vem do criminoso; este é o primeiro objeto, a que se deve acudir, mas ainda resta o perigo de que outro qualquer, com os mesmos motivos e com a mesma facilidade, não venha a fazer o mesmo. Sendo isto assim, há dois modos de atalhar o perigo: um particular que se aplica ao réu; e outro geral que se aplica a todos os membros da sociedade sem exceção. Todo homem se governa nas suas ações por um cálculo bem ou mal feito, sobre prazeres e penas, ainda mesmo o que não é capaz de uma reflexão apurada, lembra-se, por exemplo, de que a pena vai ser a conseqüência de uma ação que lhe agrada, esta idéia faz um certo abalo em seu espírito para o retirar do prazer. Se o valor total da pena lhe parecer maior, se pesa mais do que o valor total do prazer, é natural que a força que o afasta do crime venha por fim vencer, e que não tenha lugar o desatino que formava no seu pensamento. A respeito do réu podemos prevenir a recaída de três modos: 1º Tirando-lhe o poder físico de fazer o mal; 2º Fazendo-lhe esfriar o desejo; 3º Obrigando-o a ser menos afoito. No

²¹⁸ “É preferível prevenir os delitos do que precisar puni-los; e todo legislador sábio deve, antes de mais nada, procurar impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é mais do que a arte de propiciar aos homens a maior soma de bem-estar possível e livrá-los de todos os pesares que se lhes possam causar, conforme o cálculo dos bens e dos males desta existência. Contudo, os processos até hoje utilizados são geralmente insuficientes ou contrários à finalidade que se propõem. Não se pode submeter a atividade tumultuosa de uma massa de cidadãos a uma ordem geométrica, que não mostre irregularidade nem confusão. Ainda que as leis da natureza sejam sempre simples e constantes, não impedem que os planetas mudem à vezes os movimentos rotineiros. Como poderiam, portanto, as leis humanas, no entrechoque das paixões e dos sentimentos opostos da dor e do prazer, obstar que haja alguma perturbação e certo desarranjo na sociedade? Esta é, contudo, a quimera dos homens limitados, quando possuem algum poder”.

²¹⁹ Bonn exalta as contribuições dos trabalhos de Bentham e Beccaria para o surgimento, no final do século XVIII, da Escola Clássica, cujas reivindicações gravitavam em torno da necessidade de definição legal dos crimes, a proporcionalidade entre a pena e a infração, dentre outras. (BONN, 1984, p. 72)

²²⁰ “Como ensina Feuerbach, a sanção penal produz uma espécie de coação psicológica nos integrantes da sociedade levando a dissuasão da vontade de delinquir”. (NOVAES; SANTORO, 2009, p. 74)

primeiro caso o homem desmandado já não pode cometer o crime, no segundo não tem a mesma vontade de o cometer, no terceiro ainda que tenha desejos não se atreve. No primeiro fica inabilitado, no segundo reformado, no terceiro está como preso porque tem medo da lei. O modo geral de prevenir os crimes é declarar a pena que lhe corresponde, e fazê-la executar, o que, na acepção geral e verdadeira serve de exemplo. O castigo em que o réu padece é um painel em que todo homem pode ver o retrato do que lhe teria acontecido, se infelizmente incorresse no mesmo crime. Este é o fim principal das penas, é o escudo com que elas se defendem. (BENTHAM, 2002, p. 23)

O pensamento de Bentham influenciou decisivamente o direito penal do século XIX, a tal ponto de promover alterações significativas nos Códigos Penais da época. Proal (1892, p. 466)²²¹ explica que os autores do Código Penal francês de 1810, sob a influência das idéias de Bentham²²² e contaminados pelo espírito utilitário, promoveram a introdução de penas bárbaras, vedando, mesmo, a admissão de circunstâncias atenuantes em matéria criminal, o que só foi contornado em 1823, com modificações legislativas de inspiração mais humanista.

Mesma atenção à proporcionalidade dispensava Bertauld (1864, p. 109)²²³, para quem a intensidade de aplicação da pena encontrava-se na medida da defesa e da conservação social frente ao perigo para a sociedade, devendo-se aplicar a todas as infrações semelhantes uma pena idêntica.

Anselmo Von Feuerbach, segundo grande expoente da prevenção geral negativa, expunha que a imposição da pena só ocorreria para assegurar a eficácia da ameaça

²²¹ No original: “Ce n'est pas seulement dans l'ancien droit que la préoccupation exclusive de l'utilité sociale a conduit le législateur à exagérer la répression. Les rédacteurs du code penal de 1810, sous l'influence des idées de Bentham, voulant, dans une pensée d'utilité, exagérer l'intimidation, avaient édicté des peines barbares, le carcan, la marque, la mort civile, la confiscation des biens du condamné; ils n'avaient pas permis l'admission des circonstances atténuantes en matière de crime. C'est en 1832 que, sous l'inspiration de pensées plus humanines, le législateur a fait disparaître les pénalités excessives et étendue aux crimes le principe des circonstances atténuantes”.

²²² Ressalte-se que Bentham não defendia, ao menos expressamente, penas cruéis ou desproporcionais, mas apenas a aplicação de penas cuja intensidade permitisse atingir o efeito intimidatório e preventivo esperado. Um exemplo disso é a defesa que faz, em sua obra **Teoria das penas e das recompensas**, das penas de caráter pecuniário, capazes, segundo Bentham, de assegurar uma indenização à parte lesada e, ao mesmo tempo, infligir ao delinquente um sofrimento proporcional. “Il est des peines qui ont le double effet de fournir un dédommagement à la partie lésée, et d'infliger au délinquant une souffrance proportionnelle. Ainsi les deux buts se trouvent remplis par une seule et même opération. C'est là, en certains cas, l'avantage éminent des peines pécuniaires”. (BENTHAM, 1840, p. 24)

²²³ No original: “Le système pour lequel le Droit de punir n'est que le Droit de défense ou de conservation sociale, qui mesure, lui, la pénalité, non pas sur la perversité de l'agent, non pas même sur la perversité de l'acte, mais sur le danger de la société, doit logiquement appliquer à toutes les infractions qui ont le même caractère intrinsèque une peine égale; il doit enchaîner la liberté et la conscience du juge, le déshériter de tout pouvoir discrétionnaire, remplacer le maximum et le minimum par la même et inflexible mesure du châtiment. C'était ce qu'avait compris et consacré la logique de la Constituante”.

penal, de tal forma que, ao punir o criminoso, o Estado demonstraria à sociedade que as normas penais vigoram realmente, garantindo, com a pena, a esperada certeza da punição. (ROSA, 1995, p. 414).

A teoria da prevenção geral positiva está compreendida na corrente *funcionalista* do Direito Penal, sobretudo na concepção de Jakobs. Prega esta corrente que a pena deve ser aplicada de modo a garantir o restabelecimento da confiança dos cidadãos na vigência das normas, lesadas com a ocorrência dos crimes.

Os adeptos da teoria da prevenção geral positiva²²⁴, também chamada de *integradora* ou *positiva*, entendem que a pena, a partir do momento em que é aplicada, passa a repercutir na consciência de toda a coletividade os valores presentes à norma, garantindo a todos a certeza de que esta será aplicada sempre que houver a sua violação. Produz, portanto, um efeito educativo na consciência coletiva, permitindo assegurar a aprendizagem de valores positivos pelos cidadãos, na medida da obediência às normas.

A diferença entre a prevenção geral positiva e a prevenção geral negativa está em que, enquanto nesta o fim da pena é promover a obediência às normas por meio da intimidação, o fim daquela é garantir dita obediência pela inclusão, na mente coletiva, da confiança dos cidadãos na vigência e aplicação das normas, de tal sorte que a opinião pública readquira a confiança no direito penal.

Jakobs parte de um conceito funcional de culpabilidade, de forma a garantir um equilíbrio entre o indivíduo afetado psicologicamente e a sociedade. (AMBOS, 2005, p. 154)

Jakobs (2003, p. 9)²²⁵ entende que, assim como os homens em sua relação com a natureza somente se orientam na medida em que possam encontrar *regularidades*, do mesmo modo, nos contatos sociais, só é possível a orientação desde que o indivíduo não conte, a todo momento, com um comportamento imprevisível de seus semelhantes. Do contrário, todo contexto social se tornaria um risco imprevisível.

²²⁴ “a teoria da prevenção geral positiva também incidente sobre os integrantes da sociedade, mesmo e principalmente os não delinquentes, visa *reforçar* os valores éticos ou a confiança no sistema social, com a finalidade de evitar a prática de condutas delituosas, a “coação psicológica” é afastada em nome do *consenso*, conforme Gunther Jakobs, necessária a manutenção do convívio social harmônico”. (NOVAES; SANTORO, 2009, p. 74)

²²⁵ “Para JAKOBS, o direito penal é “um sistema específico de que se espera a estabilização social, a orientação da ação e a institucionalização das expectativas pela via da restauração da confiança na vigência das normas”: a vida social requer certa segurança e estabilidade das expectativas de cada sujeito frente ao comportamento dos demais”. (BOZZA, 2007, p. 199)

Para Jakobs, as normas jurídicas representam expectativas estabilizadas de comportamento de tipo contrafático, de forma a possuírem validade independentemente do seu cumprimento pelos destinatários, sendo, ainda, consideradas válidas mesmo quando as expectativas são quebradas em virtude da prática do delito. (BOZZA, 2007, p. 201). Nesta ótica, o fim alcançado é a norma, e não o indivíduo, razão da crítica²²⁶ de diversos autores à sua teoria.

3.3.2.2 *Prevenção especial*

A teoria da prevenção especial²²⁷ encontra as suas raízes históricas nos séculos XVII e XVIII, tendo como nascedouro as contribuições legadas pelo iluminismo²²⁸.

Esta teoria foca a pessoa do criminoso, de forma a evitar que este cometa novos ilícitos. Leva em consideração, portanto, a periculosidade do agente, considerado em sua individualidade e singularidade, tendo-se constatado a ineficiência da prevenção geral na intimidação do indivíduo concreto.

A teoria da prevenção especial²²⁹ lança mão de mecanismos de caráter intimidatório e educativo de sorte a corrigir o condenado, *ressocializando-o* e reintegrando-o ao

²²⁶ De acordo com Bozza, “levando em consideração que apenas as necessidades preventivas de estabilização da norma funcionam como seu conteúdo, seria perfeitamente possível manipular o conceito de culpabilidade. (...) O ponto mais grave da prevenção geral positiva (assim como a negativa) consiste na alienação da subjetividade e da centralidade do homem em benefício do sistema, deslocando o homem de sua posição de sujeito e fim de seu próprio mundo, para torná-lo objeto de abstrações normativas e instrumento de funções sociais”. (BOZZA, 2007, p. 207-208)

²²⁷ “O pensamento da prevenção especial repousa na ideia de que o crime tem na sua base certas tendências da personalidade do delinquente, de tal maneira que o que em primeira linha interessa é a *actuação directa da execução da sanção na personalidade do criminoso*. Ou, vistas as coisas de outro prisma: a pena tem a função única de defender a sociedade de elementos que perturbam a sua orgânica e entende-se, materialmente, como meio de segregar ou eliminar indivíduos socialmente perigosos e incorrigíveis, ou de tratar e corrigir os corrigíveis (...) a ideia de prevenção especial foi, pela primeira vez, cientificamente afirmada por GROLMAN, contemporâneo e contradito de Feuerbach”. (CORREIA, 1968, p. 49)

²²⁸ “Em *Tratado sobre a Tolerância* (1763), Voltaire, assim como fez Pietro Verri no caso das unções pestíferas de Milão, critica as funções, o método, o procedimento e o desiderato do sistema inquisitivo, a partir de um processo judicial condenatório. Ao descrever a forma de manipulação probatória pelo magistrado, Voltaire percebe o irracionalismo do ‘direito da intolerância’, encontrando guarida nos membros da *Academia dei Pugni*, principalmente em Beccaria, cuja tradução da obra *Dei Delitti e delle Pene* será prefaciada e comentada pelo autor. Parece, pois, ressalvada a ousadia na sustentação, que Locke e Voltaire estão para a filosofia política iluminista, pelo conteúdo e pela estrutura metodológica das obras, como Beccaria e Verri estão para o direito penal ilustrado. Todos, contudo, conformando o universo teórico-prático denominado garantismo ilustrado”. (CARVALHO, 2003, p. 36)

²²⁹ “Ao crime, que é a violação da ordem jurídica, com resultados desfavoráveis, reage a sociedade com a punição do agente, não apenas de um modo geral, em retribuição do mal praticado, mas também, em particular, com o fim de prevenir a verificação de novas infrações”. (SABINO JÚNIOR, 1967, p. 285)

convívio social²³⁰. Em outras palavras, quando o caráter de inibição geral atribuído à norma falhasse, atuaria a prevenção especial sobre o criminoso, de forma a evitar, através do mecanismo da pena, a incidência de mais ilícitos no meio social.

O grande expoente da teoria da prevenção especial é Von Liszt. Contrariando a corrente retribucionista²³¹, propõe Von Liszt a justificação da pena a partir da sua *necessidade* para a manutenção da ordem jurídica e, por via de consequência, para a própria manutenção do Estado, de tal sorte que qualquer outra solução quedaria supérflua, falha ou inútil.

Von Liszt revelou-se um dos maiores expoentes da Escola Sociológica do Direito Penal (surgida nos fins do século XIX). Para ele, a pena teria como fins: 1º) afastar o delinquente, a fim de que este não cometa novos crimes, promovendo a sua ressocialização; 2º) tranquilizar a sociedade, afastando o elemento perigoso do seu meio; 3º) intimidar os indivíduos com tendências para o crime. (ROSA, 1995, p. 414)

Nesta ótica, a pena justa, para Von Liszt, é aquela necessária para a manutenção da ordem jurídica, revelando a sua grandeza de acordo com a sua qualidade e extensão.

Lembram Novaes e Santoro (2009, p. 74) que, assim como na prevenção geral, a teoria da prevenção especial²³² também apresenta dois modelos: o positivo e o negativo, de tal sorte que:

Positiva enquanto possibilidade *moralizante*, isto é, seus defensores acreditam que através da aplicação concretizada da sanção penal o Estado estará criando a possibilidade de moralizar o delinquente, restituindo a ele os valores corretos, evitando que volte a praticar infrações penais. São as

²³⁰ Trata-se do objetivo de, uma vez imposta a pena, reeducar o condenado e promover sua reinserção social. (ESTEFAM, 2010, p. 295)

²³¹ “Reconhece-se que a pena corresponde também à *idéia finalística*, força produtora do direito, e com esse reconhecimento se torna possível utilizar os variados efeitos da cominação e execução da pena para a proteção dos interesses da vida humana. Conquanto a reminiscência do passado da pena não se tenha de todo esvaecido, e ainda hoje o instinto de vingança possa reclamar, como inspiração sua, a teoria da justiça reparadora, vai-se, todavia, incessantemente operando na história da pena a transformação que já o desenvolvimento do indivíduo nos fizera conhecida: a ação instintiva e desregrada, inconscientemente útil, converte-se em ato *voluntário*, determinado e moderado pela idéia do fim. Uma Política Criminal serena e cônica do fim a que se dirige é a inelutável exigência que resulta para nós da história do desenvolvimento da pena”. (VON LISZT, 2003, p. 77)

²³² “Em sua versão mais radical, a teoria da prevenção especial pretende a substituição da justiça penal por uma “medicina social”, cuja missão é o saneamento social, seja pela aplicação de medidas terapêuticas, visando ao tratamento do delinquente, tornando-o, por assim dizer, dócil, seja pela sua segregação, provisória ou definitiva, seja, ainda, submetendo-o a um tratamento ressocializador que anule as tendências criminosas”. (QUEIROZ, 2008, p. 53)

teorias de ressocialização do condenado, baseadas no caráter pedagógico da pena. Outrossim, a teoria da prevenção especial negativa visa à *neutralização* ou à *inocuidade* do delinquente, isto é, através da aplicação concreta da sanção penal proporcional e necessária, o delinquente será afastado do seio social, garantindo assim a paz e o desenvolvimento da sociedade.

As críticas feitas pelos referidos autores à teoria da prevenção especial recaem sobre a ilusão de *moralização* advinda da pena privativa de liberdade, sobretudo se considerarmos os modelos tradicionais de aprisionamento, cuja eficácia na reeducação dos encarcerados asseguradamente não é alcançada. (NOVAES; SANTORO, 2009, p. 74-75)

A incongruência da teoria da prevenção especial é revelada por Mastieri (1990, p. 326), que assevera:

um juiz aplica ao réu uma pena de cinco anos de reclusão a ser cumprida em regime fechado. No momento da aplicação tem ele em mente todos os princípios clássicos de justiça, retribuição e proporção; mas adentrando, o condenado, a fase de execução efetiva da pena, o que importará será o seu comportamento, a sua capacidade de adaptação, os sinais exteriores de ressocialização que for capaz de exibir, pelo que poderá mais ou menos rapidamente, progredir de regime, obter livramento condicional, etc. Essas questões ligadas à prevenção especial praticamente eclipsam todo o raciocínio dogmático clássico que presidiu a aplicação da pena. Julgamos tendo em mente a pena-*castigo* e executamo-la tendo presente a pena-*recuperação*.

Nota-se, pois, a falta de lógica do sistema punitivo atual²³³. Tendo unido o legislador as funções de retribuição e prevenção como o fim da pena, considera razoável empreender a *ressocialização*²³⁴ através do *castigo*.

²³³ Em sentido contrário, asseveram Dip e Moraes Jr.: “Se a idéia de retirar da pena as virtudes reprovativa e preventiva vem da suposição de que elas e ressocialização são termos antinômicos, nada mais equivocado. Na verdade, a reprovação é o único caminho pelo qual se chega à ressocialização. Não há outro. E isso é muito fácil de demonstrar e entender. Ressocializar (reintegrar, reinserir na comunidade ordeira) pressupõe: a) que a Sociedade seja depositária de altíssimos valores éticos; e b) que o prisioneiro ardentemente os queira redescobrir e reabsorver. Se ela os não tiver, ele não terá razão para desejar sair. Se ele os não quiser, ela terá toda razão para o deixar ficar onde está. Portanto, o processo de ressocialização consiste essencialmente em (re) incluir no espírito (supostamente) receptivo do condenado o culto daqueles valores. Equivalente a dizer: do respeito ao próximo. Ora bem, para chegar a dizer a Sociedade ao condenado que ele deve reabsorver os seus valores, ela deve começar por dizer que foi imensamente reprovável a decisão de abandoná-los. Por outras palavras, convencê-los a readotar aqueles valores (=reintegrar-se) pressupõe convencê-lo de que, sem eles, sua reintegração não será admitida”. (DIP; MORAES JR., 2002, p. 101)

²³⁴ A idéia de recuperação do criminoso não é recente, e já era levantada pelos próprios adeptos das teorias absolutas, ainda que não atribuíssem à ressocialização o fim primordial da pena. De acordo

Alicerçada em sua tarefa de ressocialização²³⁵, a teoria da prevenção especial crê na utilidade de imposição de uma pena *necessária* de forma a permitir ao homem criminoso a internalização dos valores aceitos pelo grupo social, donde a sua reintegração favoreça um plano de paz e estabilidade nas relações coletivas, de modo a garantir a sua utilidade social²³⁶.

Costa (1953, p. 285-286), por seu turno, entende que o direito à pena deve se basear na personalidade do delinquente, de tal forma que, quanto mais se adapte a seu caráter, mais justa será para ele. Assim, a pena é repressão quanto à natureza objetiva, sofrimento quanto à natureza subjetiva e prevenção quanto ao fim principal.

O sistema de aplicação das penas atua, nesta ótica, na fixação da medida ou limite da penalidade, demonstrando que o poder só pode punir um delito em consonância com a justiça e a utilidade social²³⁷.

com Aragão: “A justiça penal doravante deve transformar-se em uma função de clínica preservadora contra o crime, encarado como um fenômeno de degenerescência, como um sintoma de patologia individual e social. Mais do que a punição do delinquente vale prevenir o delito pela supressão das causas que o produzem. É da sabedoria popular que o mal deve ser arrancado pela raiz, e é princípio científico que desaparecida a causa cessa o efeito que dela resulta. E não somente é possível evitar-se o delito por essas medidas que visam diretamente estancar as fontes produtoras da delinqüência como também preveni-lo pela “criação de instituições que nos permitam utilizarmos do criminoso tanto quanto do homem em benefício de ambos.” É a célebre doutrina da *simbiose* do crime, sugerida e preconizada por LOMBROSO, e que consiste em nos aproveitarmos das energias malfazejas e inclinações perversas, canalizando-as em formas de atividade social e úteis à coletividade humana. Muitos indivíduos de índole cruel e temperamento de homicida deixam de ser assassinos por se entregarem à profissão de magarefe ou à de cirurgião, onde podem largamente dar expansão aos seus instintos sanguinários. O delinquente, pois, de um homem prejudicial pode ser transformado, por meio de uma cultura simbólica apropriada, em um indivíduo útil aos seus co-associados”. (ARAGÃO, 1977, p. 343)

²³⁵ “a forma de prevenção especial que hoje mais requer a atenção dos penalistas é a que consiste em aplicar ao sentenciado um processo de ressocialização capaz de restituí-lo à vida livre sem problemas para o Direito. Esse é um objetivo a alcançar, sonhado por antigos penalistas e hoje elevado pela Penologia à categoria de missão a cumprir, para servir à qual se imaginaram várias atitudes e processos. São meios através dos quais se pretende fazer agir sobre a total personalidade do condenado um sistema de forças de adaptação e de convencimento orientadas no sentido de corrigir as causas do seu extravio e reintegrá-lo na comunidade social”. (BRUNO, 1976, p.25)

²³⁶ “O que se preconiza é a pena como meio e instrumento de utilidade social, atendendo, dentro dos limites imaginados, a reclassificação social do delinquente através dos meios educativos ou ortopsíquicos, ao invés da pena limitada ao sentido etimológico, como retribuição, ou como imperativo categórico, ou com fundamento em transcendentais razões filosóficas. A legislação suíça preconiza “les peines doivent être exécutées de manière à exercer sur le condamné une action éducatrice et préparer son retour à la vie libre” (art. 37). A Constituição Italiana declara “as penas não podem consistir em modos de tratamento contrários ao sentimento da humanidade e devem visar à reeducação do condenado”. A Declaração de Direitos da Constituição Francesa diz “as penas privativas de liberdade devem tender à reeducação do culpado” (Art. 10). O Código checo (1950) salienta, “educar o condenado durante sua execução e ressociá-lo, para convertê-lo em um membro da comunidade, como os demais”. No mesmo sentido, as legislações da Bulgária e Iugoslávia (1951)”. (COSTA, 1972, p. 68-69)

²³⁷ No original: “Si on fait, en effet, reposer le droit de punir sur la justice absolue et l'utilité sociale, pour déterminer où commence le droit répressif, ses limites ainsi que ses caractères essentiels, pour

Entretanto, García Pablos de Molina (1992, p. 257) critica a dicotomia usualmente feita entre prevenção, dissuasão e intimidação, devendo estas ser vistas como termos correlatos, de tal sorte que “o incremento da delinqüência explica-se pela debilidade da ameaça penal”; sendo que o rigor da pena se traduz no correlativo descenso da criminalidade. Para ele, o problema reside nas políticas criminais de nosso tempo, manipuladoras do medo e ocultadoras do fracasso da política preventiva²³⁸.

faire infliger un châtiment à un acte, il suffit de remonter à la théorie et de rechercher si cet acte est contraire à la justice absolue et contraire au devoir de conservation de la société. De même pour les peines, comme nous le dirons plus loin, ce système sert à fixer la mesure ou la limite de la pénalité en démontrant que le pouvoir ne peut punir un délit que ne le comporte la justice et plus que ne le demande l'utilité sociale”. (LEFORT, 1879, p. 23)

²³⁸ García Pablos de Molina propõe, em lugar deste modelo falacioso e simplificador, as bases de uma moderna política criminal de prevenção de delito: “1) O objetivo último, final, de uma eficaz política de prevenção não consiste em erradicar o crime, senão em *controlá-lo razoavelmente*. O total extermínio da criminalidade e as cruzadas contra o delito são objetivos utópicos e ilegítimos que entram em conflito com a “normalidade” do fenômeno delitivo e do seu protagonista; 2) No marco de um Estado social e democrático de Direito, a prevenção do delito suscita inevitavelmente o problema dos “meios” ou “instrumentos” utilizados, assim como dos “custos” sociais da prevenção. O controle eficaz da criminalidade não justifica o emprego de todo tipo de programas, nem legitima o elevado custo social que determinadas intervenções requerem; 3) Prevenir é mais que dissuadir, mais que criar obstáculos ao cometimento de delitos, intimidando o infrator potencial ou indeciso. Prevenir significa *intervir* na etiologia do problema criminal, neutralizando suas “causas”. Contramotivando o delinqüente só com a ameaça da pena ou com um sistema legal em excelente estado de funcionamento, permanecem intactas as suas “causas”; não se atacam as raízes do problema senão seus sintomas ou manifestações. E isso não basta; 4) A efetividade dos programas de prevenção deve ser programada a *médio ou longo prazo*. Um programa é tanto mais eficaz quanto mais se aproxime etiológicamente das causas do conflito que o delito exterioriza. Os programas de prevenção “primária” são mais úteis que os de prevenção “secundária” e estes mais que os de prevenção “terciária”; 5) A prevenção deve ser contemplada, antes de tudo, como prevenção “social” e “comunitária”, precisamente porque o crime é um problema social e comunitário. Trata-se de um compromisso solidário da comunidade – não só do sistema legal e das suas repartições oficiais – que mobiliza todos os integrantes para solucionar um conflito doloroso. O protagonismo e liderança da referida intervenção corresponde à comunidade; 6) A prevenção do delito implica em *prestações positivas*, contribuições e esforços solidários que neutralizem situações carenciais, conflitos, desequilíbrios, necessidades básicas. Só reestruturando a convivência, redefinindo positivamente a relação entre seus membros – e a destes com a comunidade – cabe esperar resultados satisfatórios no tocante à prevenção do delito. Uma prevenção puramente “negativa”, policial ou semi-policial, sobre bases puramente “dissuasórias”, carece de operatividade; 7) A prevenção do delito, a prevenção científica e eficaz do delito, pressupõe uma definição mais complexa e aprofundada do “cenário criminal”, assim como dos fatores que nele interatuam. Requer uma estratégia coordenada e *pluridirecional*: o infrator não é o único protagonista do fato delitivo, visto que outros dados, variáveis e fatores configuram esse acontecimento. Os programas de prevenção devem ser orientados seletivamente para todos e cada um deles (espaço físico, “habitat” urbano, grupos de pessoas com risco de vitimização, clima social etc.); 8) Pode-se também evitar o delito mediante a prevenção da *reincidência*. Mas, desde logo, melhor que prevenir “mais” delitos, seria “produzir” ou “gerar” menos criminalidade. Considerando-se que cada sociedade tem o crime que (muitas vezes) ela mesma produz e merece, uma política séria e honesta de prevenção deve começar com um sincero esforço de autocrítica, revisando os valores que a sociedade oficialmente proclama e pratica. Pois determinados comportamentos criminais, com freqüência, correspondem a certos valores (oficiais ou subterrâneos) da sociedade cuja ambivalência e essencial equivocidade ampara “leituras” e “realizações” delitivas” (GARCÍA PABLOS DE MOLINA, 1992, p. 275-277)

A teoria da prevenção especial, por haver mudado o foco do âmbito da pena para a recuperação do indivíduo, afastando-o, pois, de concepções retributivas e preventivas que desconsideravam o *ser humano*, passou a ter guarida²³⁹ em um Direito Penal cada vez mais humanitário e garantista.

Não obstante haver-se convertido, ao menos por alguns autores, na panacéia do finalismo da pena, a teoria da prevenção especial enfrenta algumas críticas. Acentuando o aspecto da ineficácia da ação preventiva individual, Aschaffenburg (1904, p. 242-243) apontava que, na perspectiva do criminoso já condenado, o eventual reingresso ao cárcere, uma vez experimentado, já não lhe pareceria tão assustador, de modo a atuar como um contra-motivo para impedir novos atos puníveis.

Não se pode compartilhar deste ponto de vista. Apesar de alguns indivíduos factualmente poderem encontrar adaptação ao universo do cárcere, não se mostra razoável que a média dos ex-presidiários não demonstre aversão à simples possibilidade de reingresso a este ambiente, por mais degradante que seja a sua vida anterior ou posterior à prisão.

A teoria da prevenção especial fortaleceu-se pela necessidade, cada vez mais sentida, de proteção da sociedade diante do fenômeno criminal. Aschaffenburg (1904, p. 244-245) propõe, para assegurar o fim de proteção da sociedade frente aos elementos a ela nocivos, a utilização de todos os meios possíveis, de forma a *converter* o criminoso num indivíduo inofensivo, corrigindo-o e dando a ele os motivos morais de que carece, modificando os seus defeitos de educação e caráter. No tocante aos considerados irrecuperáveis, nada mais bastaria, senão “reduzi-los à impossibilidade de exteriorização dos seus maus instintos”.

A fundamentação da pena, como necessidade de conservação social, engendra o risco de exagero das penas, a fim de torná-las mais exemplares, sacrificando os direitos de um indivíduo sob o pretexto de proteger, com a aplicação da pena, a

²³⁹ Roberto Lyra chega a falar em um *dever* de punir conferido à sociedade, de tal sorte a recuperar os seus indivíduos desviados com a prática do crime. “Prender para castigar, para expiar, para retribuir o mal do crime com o mal da pena – dizia-se. Adotemos, agora, outra fórmula: prender para tratar, para curar, para educar, para ensinar, para instruir, para aparelhar o homem. Assim, a sociedade tem, não só o direito, mas o dever de punir. A liberdade não permitiria êsses benefícios, de que o criminoso se apercebe no futuro. O Estado está tratando de reformular-se para poder reformar os indivíduos atirados ao crime por força daquele “estado perigoso social”, a que se refere SALDAÑA”. (LYRA, 1942, p. 48)

sociedade como um todo. (GARRAUD, 1888, p. 45-46)

O fato é que, malgrado a relevância jurídico-filosófica de cada teoria fundamentadora da pena, nenhuma delas consegue explicar, ao menos isoladamente, a funcionalidade da sanção penal no atual estágio evolutivo do Direito.

Fragoso (2004, p. 347-348) já denunciava, no tocante à prevenção geral, a ineficácia da suposta coação psicológica da pena no afastamento dos homens do delito, creditando a incidência de crimes a fatores não afetados pela ameaça de punição. No que se refere à prevenção especial, tampouco esta se mostraria efetiva, dado os índices de reincidência, sobretudo com a imposição da pena privativa de liberdade, fonte realimentadora do sistema.

Cervini (2002, p. 53) aponta, nesse sentido, uma “contradição entre fins e meios”, na medida em que:

A essa altura, é importante determinar se não existe uma clara contradição entre fins e meios. Uma questão é postular em abstrato que a pena deve servir para ressocializar ou reabilitar e outra muito diferente é aceitar que a prisão é um lugar idôneo para cumprir tal objetivo. Os termos “reeducação”, “reabilitação”, “regeneração”, “instrução” e outros comumente utilizados têm escasso significado pois, uns e outros, tentam atribuir à função penal, em seu aspecto penitenciário, uma finalidade que não lhe é própria, conquanto se lhe exige algo que não pode realizar.

No contexto da busca pela ressocialização, a imposição de penas restritivas de direitos para crimes de menor gravidade²⁴⁰ tem encontrado grande acolhida no Direito Penal moderno. Aplicadas em substituição às penas privativas de liberdade (e, por isso, chamadas de *alternativas*)²⁴¹, as penas restritivas de direitos²⁴², por

²⁴⁰ Em nossa legislação, as penas restritivas de direitos encontram-se previstas no artigo 43 do Código Penal, aplicáveis de acordo com os critérios estabelecidos no artigo 44 do mesmo estatuto, quais sejam: a) crimes com pena não superior a 4 anos e cometidos sem violência ou grave ameaça à vítima ou, independentemente da pena a ser aplicada, se o crime for culposo; b) o réu não seja reincidente em crime doloso; c) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do condenado, os motivos e as circunstâncias indicarem que esta substituição seja suficiente.

²⁴¹ Não obstante a denominação de *alternativas* às penas restritivas de direitos haver se consolidado em nossa doutrina e jurisprudência, registre-se a crítica de Lopes quanto a uma eventual imprecisão de caráter terminológico: “Estas penas, a nosso ver, não são alternativas em relação à pena privativa de liberdade, porque esta será sempre aplicada. Assim, quanto à sua aplicação, não há, pois, qualquer alternativa. Além de, obrigatoriamente, aplicada, a pena privativa de liberdade subsiste à substituição, podendo, a qualquer momento, ser executada, se descumpridas as condições de substituição. Segundo o dicionário AURÉLIO, “alternativa é a sucessão de duas coisas reciprocamente exclusivas”. Ora, a pena privativa de liberdade não é excluída, tendo, apenas, sido substituída sob condições. Logo, as penas restritivas de direitos são somente o que a própria lei diz –

permitirem ao condenado o cumprimento da pena longe do cárcere, estariam mais próximas do ideal ressocializador buscado pela teoria da prevenção especial.

As penas restritivas de direitos, malgrado a sua grande acolhida e receptividade, não repousaram imunes a críticas. A maior delas se revela, sobretudo, no tocante à sua adequação à Magna Carta, já que dita pena implica, necessariamente, numa sujeição do condenado a um programa imposto de regras e valores juridicamente instituídos de modo a *domesticar* o condenado, conformando-o ao conjunto de expectativas socialmente sentidas pelo grupo social.

Tal é o pensamento de Ribeiro (2008, p. 96-97), compreendendo a inadmissibilidade, num Estado Democrático de Direito, de modificação da personalidade e identidade de um indivíduo, contra a sua vontade, afrontando-se, com tal medida, a preservação da própria identidade do condenado. Em assim sendo, defende a idéia de que a aplicação de programas e métodos de tratamento deve passar pela aceitação do preso, de forma a garantir a sua dignidade²⁴³.

Na mesma linha, Rodrigues (2001, p. 162) defende que, antes de ser *socializadora*, a execução da pena seja *não-dessocializadora*, de forma a não violar os direitos de cidadão atribuíveis ao preso. Igual exigência manifesta Fragoso (2004, p. 347), de tal sorte a respeitar a dignidade e autonomia do indivíduo, devendo este ser livre para recusar qualquer forma de tratamento a ele atribuído.

3.3.3 Teorias mistas da pena

autônomas e substitutivas da pena privativa de liberdade – sendo que o qualificativo de autônomas foi empregado para as distinguir das antigas penas “acessórias”, que eram aplicadas junto com a pena privativa de liberdade, então denominada de “principal” (vide 23.1.4 infra). A nosso ver, só há um caso em que se aplica pena alternativa, segundo o nosso Código Penal, quando o Juiz, valendo-se da faculdade que lhe é conferida pela cominação legal alternativa, resolve fazer opção pela multa (ex. art. 147 – pena, detenção, de um a sei meses, *ou* multa). Aí, a multa é pena alternativa, mormente após a Lei 9.268, de 1º.04.1996, que aboliu a conversão. Neste caso, se aplicada a multa, fica excluída a pena privativa de liberdade”. (LOPES, 1999, p. 187)

²⁴² “Muitos disseram que essas penas são feitas para a Suíça, como se lá as coisas devessem ser melhores. As penas restritivas de direito são aplicadas hoje na maior parte dos países. Não foi invenção nossa: o CP, na sua parte geral, trouxe uma ampliação das chamadas penas alternativas, que são as penas de prestação de serviço à comunidade, a pena de limitação de fim de semana ou a pena de interdição de direitos. Dizem que ela não pode ser aplicada no Brasil. Não pode para quem não tem vontade política”. (REALE JÚNIOR, 1994, p. 148)

²⁴³ Ribeiro defende, contrariamente à idéia de *ressocialização*, o novo conceito de *reintegração social*, produto de diversas tendências político-criminais, representando, para o autor: “uma evolução em relação à concepção anterior, na medida em que expressa uma preocupação marcante com a integridade física e psicológica dos reclusos em face dos métodos utilizados, com a dignidade e o direito de autodeterminação dos mesmos e ainda com a necessidade de fomentar-se a comunicação e a interação entre o mundo da prisão e o mundo livre”. (RIBEIRO, 2008, p. 101)

As teorias mistas, também chamadas de *ecléticas* ou *unitárias*, surgiram em meio à profusão de críticas direcionadas, de um lado, às teorias absolutas e, de outro, às teorias relativas (prevenção geral e prevenção especial)²⁴⁴. Ao invés de negar estes dois fundamentos da pena, as teorias mistas procuram, do contrário, correlacionar a natureza retributiva e a natureza preventiva da sanção penal. No que tange ao aspecto retributivo, ao invés de fazer revelar um caráter de vingança, corresponde à necessária medida assecuratória da proporcionalidade entre a pena e o delito, adequando as funções de prevenção geral e especial aos critérios de justiça. Ao mesmo tempo, a pena passa a buscar tanto um efeito dissuasor de práticas criminosas pelos demais membros da sociedade, quanto um desestímulo à reiteração de ações criminosas pelo indivíduo já condenado, permitindo-se, ainda, que este seja ressocializado e reintegrado ao meio social.

Assim, atendidos os critérios da proporcionalidade, justiça e culpabilidade do réu, impor-se-lhe-á uma pena cujo fim permita assegurar os objetivos desejados de retribuição e prevenção, inter-relacionados na aplicação da norma punitiva, cujos limites encontram-se delimitados nas garantias constitucionais. Note-se, aqui, que a retribuição não é mais vista em seu caráter *vingativo*, mas como critério aferidor da proporcionalidade e justiça, razão pela qual se fala, nas teorias mistas ou unitárias, de um *neoretributivismo*.

O maior expoente das teorias mistas é Claus Roxin, propondo este a combinação de elementos utilitários e retributivos, e entendendo a retribuição numa perspectiva garantista²⁴⁵.

²⁴⁴ “É preciso ressaltar que o fundamento da pena não radica tão somente nos fins de prevenção geral ou de prevenção especial. A preponderância absoluta das exigências de prevenção geral implicaria constante e substancial ampliação das margens penais dos delitos mais graves ou mais frequentemente praticados, o que conduziria a penas injustas e desproporcionais. De outro lado, justificar a pena *exclusivamente* pela prevenção especial comprometeria sobremaneira a missão precípua do Direito Penal, de proteção de bens jurídicos fundamentais. E isso porque, se, por um lado, na hipótese de delinquentes ocasionais, dever-se-ia prescindir de qualquer sanção penal – já que não necessitam de um tratamento corretivo -, de outro, na hipótese de delinquentes perigosos, ainda que autores de delitos de menor gravidade, seria obrigatória a imposição de penas desproporcionais”. (PRADO, 2010, p. 520)

²⁴⁵ Para Souto, Roxin distingue três momentos ou fases da pena. No primeiro momento, denominado de *legislativo* (ou de cominação penal abstrata), as cominações penais só se justificam por sua utilidade para proteger bens jurídicos. No segundo momento, denominado de *judicial* (ou de mensuração da pena), a atividade judicial tomará em consideração a prevenção geral, já que a eficácia preventiva da ameaça penal se reduziria a nada se não houvesse realidade alguma por trás delas, ou seja, sem a imposição de pena. No terceiro momento, denominado de *executivo*, a pena deve perseguir a prevenção especial, com a reintegração do criminoso à comunidade (ressocialização). (SOUTO, 2006, p. 50-51)

A teoria unificadora preventiva de Claus Roxin repousa em três postulados básicos, conforme revela Crespo (2008, p. 15): 1º) Fim exclusivamente preventivo da pena, baseado no entendimento de que as normas penais só estão justificadas quando contêm a proteção da liberdade individual e uma ordem social a seu serviço; 2º) A renúncia a toda retribuição, de tal sorte que não seria correto afirmar que o castigo dos criminosos nazistas já reintegrados socialmente e que não representam nenhum perigo só se justificaria por um ponto de vista retributivo, considerando-se a existência de uma necessidade preventivo-geral de castigar tais feitos sob pena de afetar gravemente a consciência jurídica geral; 3º) O princípio da culpabilidade como meio de limitação da intervenção, reconhecendo Roxin que este elemento decisivo da teoria da retribuição deve passar a formar parte, em igual medida, da teoria preventiva por ele defendida, de tal forma que a pena não pode ultrapassar em sua duração a medida da culpabilidade, ainda que interesses de tratamento, segurança e intimidação revelem ser desejável uma detenção mais prolongada.

Nota-se que a busca de soluções combinadas das teorias legitimadoras da pena (LEMGRUBER, 1994, p. 66) parece ser a tônica no plano da política criminal moderna²⁴⁶, cujo fim de proteção dos membros da sociedade não pode se converter num instrumento de supressão dos direitos e deveres inerentes à cidadania²⁴⁷.

O Código Penal pátrio adotou, inegavelmente, a teoria *mista*. Esta nova concepção teórica, fruto de um posicionamento eclético, passou a ser designada de *pluridimensionalismo* ou *mixtum compositum*, onde as funções retributiva e intimidatória da pena conciliam-se com a sua função ressocializadora. (COSTA Jr., 2010, p. 191)

Por oportuno, registre-se a proposição de Zaffaroni de uma *teoria agnóstica da pena*, concepção esta inovadora na medida em que busca a deslegitimação das tradicionais teorias justificadoras da pena. Para Zaffaroni, a pena, em sua essência, não encontraria legitimação por parte do Estado, correspondendo a um mecanismo

²⁴⁶ Aníbal Bruno aponta a mesma tendência de convergência dos fins da pena para uma teoria mista, voltada para a reconquista social do criminoso, não excluindo da pena o seu caráter de justa retribuição, concepção esta que se coaduna, segundo o autor, com os princípios mais avançados da teoria jurídico-penal. (BRUNO, 1976, p. 25-26)

²⁴⁷ Tal é o pensamento de Novaes e Santoro, para quem: “O caminho pode ser o de combinação das teorias, sob visão constitucional, se a aplicação das penas é, como já afirmado, um *mal* necessário, este deve ser seu princípio norteador, somente haverá aplicação de pena quando se fizer necessário à manutenção do convívio social pacífico, observadas todas as garantias constitucionais e legais deferidas aos indivíduos em sua totalidade”. (NOVAES; SANTORO, 2009, p. 75)

arbitrário de punição que assegura as estruturas de poder promovedoras da exclusão e da segregação social, consubstanciando a sua teoria num reforço à luta pela reafirmação das liberdades individuais frente a uma violência punitiva estatal.

Em meio à completa falência das teorias absolutas, relativas e mistas em cumprir tal papel, Zaffaroni (1991), em sua obra **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**, acusa a crise de legitimação do discurso jurídico-penal, propondo, neste contexto, modelos construtivos que garantam a preservação das garantias individuais frente à atual *cultura de punição*.

Não se compartilha desse ponto de vista.

A teoria agnóstica da pena não corresponde propriamente a uma teoria, mas a um alerta ou despertar crítico do direito penal frente à imposição desnecessária e injustificada de certas penas. Embora reconhecendo factualmente o caráter político da pena como mecanismo garantidor de um poder estatal segregador e opressivo, negar qualquer base legitimatória à pena corresponderia, em certa medida, a negar a própria legitimidade do direito enquanto realidade sancionadora de condutas, mormente na verificação de que as primeiras manifestações do direito se deram através do mecanismo intimidatório da pena. Nesta medida, a negação das teorias legitimadoras da pena envolveria uma construção teórica que sustentasse a negação das próprias normas jurídicas, e, em essência, do próprio direito, o que não parece nem um pouco razoável.

A concepção, no plano filosófico, de uma teoria agnóstica da pena revela a faceta mais nítida da completa *falência* da perspectiva instrumental (e da perspectiva de seus seguidores) em continuarem insistindo na busca de uma justificativa racional para a pena sob ditas bases, de tal sorte a legitimá-la frente à coletividade.

No plano instrumental, a ilusão iluminista em buscar a verdade com o uso da razão (ao alvedrio da receptividade da pena, enquanto pretensão de verdade, no *consenso* racionalmente motivado dos sujeitos sociais), impede a ciência penal de sair do redemoinho de suas próprias contradições e imperfeições. Nesta ótica, ainda se crê, inutilmente, que um penalista *iluminado* revelará, *com o uso isolado de sua razão individual*, o sentido *ideal* ou *justo* de pena, sob os *aplausos* dos seus *sempre receptivos* destinatários sociais.

Não obstante haver Zaffaroni acertadamente denunciado a ilusão justificadora da

racionalidade instrumental, erra ao dizer que as penas não podem encontrar legitimidade. Podem *sim*, mas não numa perspectiva *instrumental*, e sim numa perspectiva *comunicativa*, encontrando repouso no *consenso* racionalmente motivado dos participantes, orientador das ações individuais dos destinatários sociais da norma.

No capítulo seguinte, passa-se ao desvelamento da *racionalidade comunicativa da pena*, com a necessária superação das teorias instrumentais até então veiculadas, numa abertura da perspectiva jusfilosófica da pena à dinâmica comunicativa das interações sociais.

4 A RACIONALIDADE DA PENA

A realidade do processo comunicativo estende-se a toda a esfera de conhecimento humano, em seus diversos campos do saber. No campo do Direito, representa a construção, viabilizada pela linguagem, de um sistema regulador das condutas sociais dos indivíduos, o que reforça o seu inquestionável caráter cultural²⁴⁸.

Se a comunicação é consequência lógica e natural da interação entre os sujeitos na sociedade, tampouco se pode negar a sua exteriorização na realidade do Direito, na medida em que este representa o mecanismo disciplinador e sancionador, por excelência, das condutas de todos os indivíduos.

No campo do Direito Penal este efeito comunicacional se revela no efeito dissuasor exercido sobre a coletividade pela ameaça da sanção penal. É por isso que a impunidade – indicadora da ineficácia da ameaça de sanção penal – alimenta, nos indivíduos, o descrédito nas instituições. Os efeitos comunicativos produzidos sobre a coletividade influenciam o processo histórico-evolutivo de modificação das leis, bem como a medida e a intensidade da resposta do Direito na regulação das condutas do grupo.

O efeito comunicativo gerado sobre os indivíduos a partir do Direito atua de forma a promover a mudança de comportamento dos membros da sociedade. Por igual turno, as ações comunicativas exteriorizadas por seus membros acabam por conduzir à modificação do próprio Direito, num dinâmico processo interativo conduzido pelos sujeitos.

A linguagem, transmitindo em seus símbolos e sinais os padrões de comportamento institucionalizados no grupo social, corresponde ao veículo no qual cada novo indivíduo passa a integrar o campo de significações comuns entre os sujeitos.

Através do processo de interpretação, os indivíduos passam a compreender os sinais e símbolos próprios à linguagem, internalizando-os, por via de consequência, na realidade de significações do mundo objetivo.

²⁴⁸ Não é outro o entendimento de Brito (1993, p. 11), ao visualizar o Direito como um conjunto de manifestações da mente humana, por onde se expressam as ações, vivências e convivências do homem. Segundo ele, “os seus veículos (as normas) correspondem a discursos carregados de toda a natureza da pragmática da comunicação humana”.

A apreensão da realidade pode ser dar tanto no plano de uma racionalidade instrumental como no plano de uma racionalidade comunicativa. A primeira, consubstanciada nos moldes de uma filosofia da consciência, estrutura-se numa relação meios-fins entre o sujeito cognoscente e o mundo exterior (objeto cognitivo). O sujeito, isoladamente considerado, baseia-se nas suas percepções e auto-compreensão para interpretar a realidade a sua volta.

Do contrário, no plano da racionalidade comunicativa, os sujeitos envolvidos, ao midiatizarem, através de atos de fala, suas pretensões de verdade com os demais sujeitos, acabam por transmitir a tradição cultural da realidade viabilizando o cumprimento das normas sociais instituídas. (HABERMAS, 1987, p. 63)

A realidade é captada pelos sujeitos em interação como um conjunto de padrões pré-moldados sobre os quais lhes cabe a aceitação ou recusa. Como esta realidade é igualmente experimentada por cada sujeito, passam a atuar expectativas recíprocas de comportamento frente aos demais, viabilizando mecanismos de controle social que acomodam e estabilizam as ações individuais. Assim, ao falarmos a mesma língua, passamos a agir conforme as expectativas de comportamento presentes no meio social, de forma a desempenhar papéis que nos são esperados.

As instituições sociais, para assegurarem estas expectativas, contam com variados mecanismos de coerção e sanção, de forma a garantir a adequação das condutas desviantes (ameaçadoras do *status quo*), ao complexo de normas sociais vigentes.

O Direito, enquanto sistema regulador de condutas sociais, institucionaliza mecanismos coercitivos correspondentes à sanção jurídica, a fim de que os seus destinatários sejam compelidos à observância das normas jurídicas estabelecidas pelo poder instituído. No campo do Direito Penal, ditas sanções recebem o nome de *pena*, aplicável como resposta às infrações penais (crimes e contravenções) praticados pelos sujeitos.

A tradição jurídica apresentada no capítulo anterior mostra a pena como justificada por uma racionalidade instrumental, ou seja, como a ameaça que principalmente ou também destinar-se-ia a induzir nas pessoas a quem a norma se dirige uma atitude de obediência. Neste capítulo, analisar-se-ão as possíveis relações entre a racionalidade instrumental e a racionalidade comunicativa da pena, com vistas ao

estabelecimento, ao final, de uma noção de justiça para a reprimenda penal.

Como se indicou no capítulo 2, a ação estratégica compreende a ação empreendida por um sujeito com vistas ao atingimento de determinado fim (êxito) sobre os demais sujeitos. Esta ação envolve a escolha dos meios mais adequados para a consecução de determinado objetivo, promovendo-se uma modificação psicólogo-comportamental no receptor, influenciando as suas ações, pensamentos e atitudes, de forma a comportar-se segundo os padrões esperados pelo seu emitente.

A ação estratégica permite influenciar²⁴⁹ as decisões dos demais participantes no discurso, induzindo o consenso teleologicamente calculado, cujas conseqüências são favoráveis apenas para uma das partes. Neste processo de influência são utilizados diversos instrumentos, dentre os quais se encontra a pena, cuja sanção jurídica implica, via de regra, na perda da liberdade do destinatário da norma.

A pena passa a ser, então, o veículo estratégico de garantia do cumprimento das normas penais, garantindo, por consequência, a preservação do *status quo* e o atingimento dos fins visados pela coletividade (êxito da ação). Inegavelmente, ao mesmo tempo em que se empreende, mediante a dimensão ilocucionária dos atos de fala, *ações comunicativas*, manifestam-se constantemente, mediante a dimensão perlocucionária dos atos de fala, *ações estratégicas*, de tal sorte que os fins visados (entendimento ou êxito) fazem parte do conjunto de ações sociais existentes no plano da comunicação entre os sujeitos.

Dentre estes sujeitos, encontra-se a figura do Estado, cujas normas jurídicas apresentam um caráter comunicacional como emissores de *mensagens* compartilhadas pelos seus destinatários sociais, afetados que são tanto pelo seu aspecto comunicativo quanto pelo seu aspecto estratégico.

Mas como uma ação estratégica pode se manifestar no plano estatal, como instrumento para a consecução dos fins pretendidos pelo poder dominante? Pode-se exemplificar, no âmbito de uma ação estratégica dirigida pelo Estado aos seus cidadãos, os exemplo de Hitler²⁵⁰ e Churchill²⁵¹, que, na segunda grande guerra²⁵²,

²⁴⁹ Ora, “o direito, em toda a sua complexa realidade, consiste justamente numa tarefa de convencer e persuadir a respeito de certas situações, o que o torna eminentemente argumentativo e hermenêutico”. (MENDES, 1996, p. 35-36)

²⁵⁰ Hitler, utilizando-se de retórica como instrumento viabilizador de uma ação estratégica para ludibriar seus adversários, sobretudo a Inglaterra, ao disfarçar seus reais intentos de ataque a países da linha ocidental da Alemanha: “Declarei que as fronteiras entre a França e a Alemanha são

procuraram, com semelhante uso da retórica, captar a legitimidade das normas de exceção impostas frente ao seu povo, despertando-o, ainda, para a necessária união de esforços no atingimento do fim de vitória na guerra contra o adversário (êxito da ação). Buscavam, ainda, a legitimidade popular às normas jurídicas vigentes frente aos inimigos do sistema, cuja sanção era justificada como merecido castigo aos traidores de ambos os lados, autorizando-se a eventual morte ou tortura dos dissidentes e opositores ao regime.

A pena, como ato estratégico, sempre foi utilizada ao longo da história como veículo transmissor de mensagens comunicacionais à coletividade, a fim de que a norma punitiva, além de servir de castigo, passasse a funcionar como exemplo a todos os indivíduos, induzindo, diante deles, um consenso racionalmente motivado de obediência às normas.

Os fins utilitaristas perseguidos com o uso instrumental da pena acabam por fundamentá-la como um ato teleológico-estratégico de comunicação.

Viu-se, no segundo capítulo deste trabalho, que a ação estratégica pode se dar tanto de forma *ostensiva* quanto *disfarçada*. Quanto às ações disfarçadas, pode-se

definitivas. Fiz repetidas ofertas de amizade, e mesmo de estreita cooperação, à Grã-Bretanha [...] A Alemanha não tem interesses no Ocidente: Nossa muralha ocidental será sempre a fronteira do Reich a oeste [...] Quando agora peço ao povo alemão que faça sacrifícios – e até mesmo que sacrifique tudo, se fôr necessário – tenho o direito de fazê-lo, pois também eu estou hoje totalmente disposto, como sempre estive, a fazer pessoalmente todos os sacrifícios [...] A partir dêste momento, sou apenas o primeiro soldado do Reich. Vesti, uma vez mais, a farda que é para mim o que existe de mais sagrado e querido. Não a tirei até que chegue a vitória, ou não sobreviverei à luta (...) Há uma palavra que jamais aprendi: é capitular [...] Todo aquele que julgue poder se opor, direta ou indiretamente, às ordens da Nação, cairá. Nada queremos com traidores [...] (MICHALANY, 1967, p. 954)

²⁵¹ Churchill, igualmente utilizando-se do mecanismo da retórica como ação estratégica, cujo fim era encorajar os habitantes da Inglaterra na difícil empreitada contra os adversários alemães: “Iremos até o fim... Lutaremos na França, lutaremos nos mares e nos oceanos, lutaremos nos ares com confiança crescente e fôrça crescente... Defenderemos nossa ilha, qualquer que seja o custo... Lutaremos nas praias, lutaremos nos terrenos de desembarque, lutaremos nos campos e nas ruas e nas encostas... Nunca nos entregaremos, e ainda que – o que nem por um momento eu posso aceitar – esta ilha, ou parte dela, fôsse subjugada e esfomeada, então nosso Império, pelos mares, armado e protegido pela Marinha de Guerra Britânica, levará adiante a luta, até que, na hora que a Deus aprover, o Nôvo Mundo, em tôda sua pujança e fôrça, se atire ao salvamento e à libertação do Velho Mundo... A Grã-Bretanha combaterá a ameaça da tirania durante anos e, se necessário fôr, sozinha!” Discurso de Winston Churchill, primeiro-ministro da Grã-Bretanha, proferido em 04 de junho de 1940. (MICHALANY, 1967, p. 894)

²⁵² A propósito, visando a ação estratégica o êxito do sujeito diante do seu oponente, a sua visualização no âmbito da guerra é encontrada no precioso estudo do general chinês Zun-Tsu, representado em sua milenar obra *A arte da guerra*: “O moral é aquilo pelo qual o general domina. Ora, a ordem e a confusão, a bravura e a covardia são qualidades dominadas pelo coração. Assim o perito em controlar seu inimigo frustra-o e depois marcha contra ele. Irrita-o para confundi-lo e hostiliza-o para amedrontá-lo. Desse modo ele priva o inimigo de seu moral e de sua qualidade de planejar”. (SUN-TZU, 1996, p. 77)

produzir sobre os receptores da ação uma dissimulação *inconsciente* (comunicação distorcida) ou *consciente* (manipulação). Neste último caso, o sujeito, voluntariamente, busca ludibriar o(s) receptor(es), produzindo nele(s) uma modificação psicológico-comportamental.

A natureza da pena é a da dimensão perlocucionária de um ato de fala. A imposição da reprimenda penal visa não apenas punir o infrator da norma (face ao mecanismo de coerção e sanção na busca do ajuste forçado dos comportamentos desviantes ao conjunto das normas jurídicas vigentes no grupo), mas, também, transmitir à coletividade a mensagem de que a prática da conduta incriminada acarretará em punição.

Recordando a lição de Berger e Luckmann (1985, p. 142), por vivermos em um mundo simbólico, cuja compreensão é iluminada por um determinado universo compartilhado por todos os indivíduos, a legitimação de todas as práticas validada por esse universo fica ameaçada com a proposição de *outro* universo simbólico. Esta é a razão pela qual os comportamentos transgressores da *normalidade social* são estrategicamente punidos de forma a garantir a manutenção do *status quo*.

Dada a impossibilidade de garantir, com o gigantesco aparato repressivo de que dispõe e do arcabouço superabundante de leis penais, a diminuição da criminalidade, o Estado, com grande freqüência, tem se utilizado da pena como instrumento *simbólico* para a garantia da ordem pública e dos interesses estatais.

No quadro da realidade simbólica do Direito, são precisas as lições de Neves (1994, p. 34), para quem determinados grupos sociais buscam a influência sobre a atividade legiferante, de tal forma a dissuadir determinadas condutas que não se coadunam aos valores por eles compartilhados, satisfazendo as suas expectativas apenas com a expedição do ato legislativo. Em referência a Gusfield, Neves (1994, p. 35) cita como exemplo de legislação simbólica o caso da “lei seca”, nos Estados Unidos:

A tese central de Gusfield afirma que os defensores da proibição de consumo de bebidas alcoólicas não estavam interessados na sua eficácia instrumental, mas sobretudo em adquirir maior respeito social, constituindo-se a respectiva legislação como símbolo de *status*. Nos conflitos entre protestantes/nativos defensores da lei proibitiva e católicos/imigrantes contrários à proibição, a “vitória legislativa” teria funcionado simbolicamente a um só tempo como “ato de deferência para os vitoriosos e de degradação para os perdedores”, sendo irrelevantes os seus efeitos instrumentais.

Inúmeros são os exemplos da utilização (simbólica) da pena como ato teleológico-estratégico de comunicação. Tomem-se os crimes contra a ordem tributária. Nota-se, de forma flagrante, que a instrumentalização do Direito Penal em favor dos fins visados pelo Estado na arrecadação de tributos acaba por consagrar o tipo penal como mera reação à desobediência ao dever jurídico de contribuir. A pena, aqui, atua como o *cão de guarda* do Estado para a salvaguarda de seus fins arrecadatórios, ou seja, a ferramenta garantidora dos interesses do Estado na cobrança de tributos.

Em outras palavras, a voracidade do Estado em cumprir os seus fins arrecadatórios enseja a utilização estratégica da pena como o mecanismo de punição em caso de descumprimento dos cidadãos à obrigação de pagar tributos. Aqui, a mera construção conceitual dogmática consegue elevar a figura jurídica da *arrecadação de tributos* à condição de *bem jurídico* tutelado pelo Direito Penal, autorizando-se a criminalização das condutas que lhe são violadoras, o que representa uma utilização indevida do Direito Penal para fins que não lhe são próprios, lançando mão o Estado da *pena* como instrumento estratégico para a consecução dos seus fins.

Outro exemplo de manifestação simbólica do Direito Penal, viabilizada com a utilização estratégica da pena é encontrado no artigo 319-A CP. Dispõe o referido tipo: (“Deixar o Diretor de Penitenciária e/ou agente público de cumprir seu dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo” – pena: detenção, de 3 meses a 1 ano).

Explica-se: o referido tipo, incluído no ordenamento pátrio pela lei 11.466/07, teve como contexto histórico uma grande revolta ocorrida simultaneamente em presídios paulistas no ano de 2007, liderada por organizações criminosas que, além de planejarem o motim nos estabelecimentos prisionais, promoveram uma onda de crimes por todo o Estado, com a morte de inúmeros cidadãos, incluindo ataques a delegacias, veículos e postos policiais. Ditos acontecimentos, repercutindo nacionalmente e internacionalmente nos meios de comunicação, instaram os poderes públicos à adoção de urgentes providências no combate à criminalidade.

Como resposta, o Poder Executivo apressou-se em criar um assim chamado *pacote de medidas para a segurança pública*, cujas ações propostas, apresentadas

mediaticamente, não chegaram a se concretizar. O Poder Judiciário, por seu turno, apressou-se em dizer (excluindo a sua parcela de responsabilidade), que o problema residia nas leis brasileiras, e na sua inadequação e frouxidão diante da crescente criminalidade.

O Poder Legislativo, então instado a dar uma resposta eficaz ao problema, optou por promover a criação de mais um tipo no já extenso Código Penal Brasileiro: a figura do artigo 319-A CP. A inclusão do citado tipo encontrava justificativa na constatação factual de que a entrada de celulares e rádios em presídios havia sido o instrumento viabilizador da revolta simultânea nos estabelecimentos prisionais, de onde partiram, inclusive, as ordens para a prática de crimes em todo o Estado. O novo tipo, agora, passava a punir quem introduzisse ditos aparelhos no sistema prisional, ou permitisse a sua livre utilização pelos detentos.

A introdução de mais um tipo penal não representou nenhuma alteração factual no quadro da realidade caótica dos presídios em todo o Brasil. Além disso, o artigo citado é inócuo, por redundante, ao revelar-se, nada mais nada menos, do que uma hipótese anteriormente já criminalizada pelo crime de Prevaricação (artigo 319 CP), que preceitua: “Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”, cuja pena, *igualmente*, é de extensão de 3 meses a 3 anos.

Ora, a conduta de um diretor de presídio e/ou agente público de permitir ao preso o acesso a aparelho telefônico ou de rádio já era enquadrada como hipótese de prevaricação, desautorizando, por óbvio, a criação de um tipo específico para tutelar a referida modalidade, sobretudo sendo a pena do artigo 319 CP a *mesma* do art. 319-A CP. O legislador, visando comunicar à sociedade a pronta atuação dos poderes públicos frente à criminalidade, acabou por criar, com o artigo 319-A CP, a “prevaricação da prevaricação”. Antes de constituir-se em “equivoco de ordem técnica” do legislador, a criação intencional do artigo 319-A revela mais um exemplo de manifestação simbólica do Direito Penal, em que a pena é estrategicamente utilizada como mecanismo garantidor da ordem e da estabilização de expectativas sociais, neste caso não pela diminuição de oportunidades para a prática criminosa, mas, sim, por apresentar ao povo o poder público “tomando providências”.

Nesta ótica, Teles (2004, p. 326) aponta a presença de um Direito Penal simbólico, em que “o legislador declara uma intenção, quando na realidade deseja exatamente

outra: apenas ludibriar a comunidade, inculcando nela a idéia de confiança no Estado”.

A pena, é preciso esclarecer, sempre cumpriu esta função simbólica e estratégica. Se em épocas remotas²⁵³ a natureza repressiva dos castigos corporais visava despertar nos destinatários sociais da norma mecanismos intimidatórios dissuasores de futuras e potenciais transgressões, ainda hoje, e cada vez com mais freqüência, expressam-se, em espetáculos midiáticos, operações policiais cinematográficas, quando, não raro, envolvendo a participação das Forças Armadas e seus intimidadores aparelhos bélicos.

Ao invés de buscar minorar a incidência de crimes no combate a suas raízes sociais²⁵⁴, o Estado repressivo atua duplamente na transmissão comunicacional de mensagens, seja com modificações legislativas, seja com impactantes ações operacionais de combate ao crime.

Aqui reside o caráter mais realístico da utilização estratégica dos mecanismos punitivos estatais: o aparelho repressivo é destinado a manter o *status quo*.

Amaral (2008, p. 173) aponta a instrumentalização da pena como um “perpétuo preenchimento estratégico”, aplicada conforme a urgência da resposta determinada por cada momento histórico²⁵⁵. Nesta ótica, a pena sempre acumulou, ao longo da história, discursos contraditórios entre si, ao mesmo tempo em que teorias diversas procuraram a sua justificação. A busca destas justificativas revela, em sua raiz, os mecanismos de poder dominante na sociedade, constituindo a história da pena a própria “narrativa de sua reinvenção”.

A pena, como ato estratégico, midiática a manifestação utilitarista dos mecanismos

²⁵³ “a tortura surge como um momento importante para a concretização da ameaça da pena. O inquirido sente, durante todo o processo e, principalmente, durante o interrogatório sob tortura, o potencial de violência e a “majestade” do poder real. A tortura, portanto, tem efeitos intimidatórios para a coletividade. Como forma de punição antecipada, nunca se desvincula inteiramente de seus efeitos purgatórios, que podem levar à absolvição como também à aplicação de uma pena extraordinária. A tortura desempenha essa função simbólico-preventiva, ainda que aplicada raramente, atuando, em geral, como ameaça “oculta” e temida no âmbito do processo penal inquisitório secreto. Isso indica que a tortura pode ser eficaz mesmo quando pouco empregada pelos tribunais do *Ancien Régime*. Em outras palavras, o “rigor” do sistema penal da época não depende da freqüência de sua aplicação”. (SABADELL, 2006, p. 384)

²⁵⁴ Embora não se possa, logicamente, estabelecer uma relação direta entre *pobreza e criminalidade* (sob pena de uma injusta estigmatização das classes menos favorecidas), há de se ponderar que a miséria e as desigualdades sociais são potenciais engendradoras de situações de violência, algumas das quais desembocam na incidência de criminalidade.

²⁵⁵ Para Maus, a própria noção de *pena* reporta ao campo da ação estatal, onde a sua compreensão sofreu modificações ao longo da história. (MAUS, 1891, p. 35)

repressores estatais na manutenção do *status quo* de segregação e exclusão social. O poder dominante procura, através do instrumento repressor da pena, manter o quadro de desigualdades sócio-econômicas próprias ao capitalismo, destinando a sua aplicação preferencialmente às classes menos favorecidas.

Ao mesmo tempo, o aumento da criminalidade (fenômeno presente à civilização moderna), ao repercutir na insegurança dos cidadãos, aciona, frente ao poder instituído, o mecanismo teleológico-estratégico da pena, viabilizando, frente a eles, o convencimento estrategicamente motivado de que as instituições não apenas estão em funcionamento, mas que atuarão, com implacável rigor, no combate à criminalidade.

Expressa-se, nesse contexto, o caráter simbólico-estratégico da pena²⁵⁶, criando uma falsa sensação de segurança, atingindo-se, não obstante, o fim teleológico-estratégico visado pelo Estado. O próprio clamor social por um Direito Penal máximo é utilizado como ferramenta política do Estado para a obtenção de legitimidade frente aos cidadãos.

Conclui-se que a racionalidade da pena, expressa em sua feição teleológico-estratégica, revela-se um mecanismo político legitimador da estrutura de poder vigente na realidade social.

Entretanto, a ação empreendida pelo sujeito estratégico precisa compatibilizar-se com a ação comunicativa, como condição para a legitimação da norma frente aos sujeitos sociais. Quando os fins teleológico-estratégicos presentes na norma se adequarem aos argumentos substanciais presentes no consenso racional entre os sujeitos, a norma jurídica revelar-se-á como justa diante dos seus destinatários. Do contrário, quando os fins teleológico-estratégicos da norma jurídica não encontrarem guarida no consenso racionalmente obtido pelos sujeitos, a norma revelar-se-á como *injusta*, repercutindo o sentido comunicacional de descrédito por parte dos seus destinatários sociais.

Em outras palavras, a norma jurídica, enquanto pretensão de verdade manifestada no plano do discurso racional, procura a sua justificação no acordo que orientará as

²⁵⁶ A perspectiva abolicionista também leva em consideração o caráter simbólico da pena, a servir como mensagem comunicativa aos seus destinatários sociais: "A história e a antropologia permitem ainda que se afirme que não são a duração ou o horror do sofrimento infligido que apaziguam aqueles que eventualmente clamam por vingança, mas sim a dimensão **simbólica** da pena, ou seja, o sentido de reprovação social do fato que lhe é imputado". (HULSMAN; CELIS, 1993, p. 120-121)

ações individuais dos participantes. Assim, na medida em que a norma jurídica não mais corresponder à tese do melhor argumento racional presente ao discurso, perderá a sua legitimidade, engendrando a sua alteração de forma a restaurar o conjunto de expectativas sociais dos participantes do discurso.

4.1 A PENA À LUZ DA RACIONALIDADE COMUNICATIVA

Busca a pena, como toda norma jurídica, legitimar-se²⁵⁷ frente aos seus destinatários.

No plano das normas jurídicas (entre as quais situa-se a pena), ainda que estas sejam estabelecidas e impostas arbitrariamente por um determinado grupo detentor do poder²⁵⁸, isto não impede a sua voluntária aceitação (legitimidade) pelos seus destinatários²⁵⁹, desde que a pretensão de verdade correspondente à norma encontre guarida no plano do discurso racionalmente motivado entre os sujeitos. Na medida em que a norma (pretensão de verdade) não mais corresponder ao *melhor argumento* presente no discurso, deixará de valer como *verdade* (regra válida) entre os sujeitos comunicantes, perdendo a sua legitimidade na medida em que possa ser superada por outras pretensões de verdade dos sujeitos em interação.

Nesta ótica, a ausência de legitimação da pena frente aos seus destinatários revela o fato de que ela, como pretensão de verdade, deixou de valer como melhor argumento presente no plano comunicativo do discurso empreendido pelos sujeitos, de tal sorte que ao sentido comunicacional da obediência às normas pode sobrepor-

²⁵⁷ “Para legitimar, isto é, para realizar o pressuposto difuso da legitimidade, a dogmática se serve de instrumentos operacionais. Estes são constituídos de regras ou princípios legitimantes. Distinguímos três grupos delas: regras de fixação de valores, regras de programação e regras de consecução. Pelas primeiras estabelece-se um sistema constante de valores. Pelas segundas o sistema é projetado temporalmente num fluxo de adaptações. Pelas terceiras ele se atualiza. No caso concreto, as duas últimas acabam por depender das primeiras, o que confere à legitimação um evidente caráter ideológico, entendendo-se por ideologia uma valoração última e primeira dos valores, a partir da qual estes adquirem um conteúdo e um espaço de variação possível”. (FERRAZ JÚNIOR; DINIZ; GEORGAKILAS, 1989, p. 23)

²⁵⁸ “As proposições normativas foram postas no curso secular de formação do Estado moderno, provindas de várias fontes: costumes, precedentes judiciais, Direito romano (recepção), Direito escrito etc., e onde focos de poder diversos tinham poder normativo e decisório: cidades-livres, Sacro-Império, príncipes, igrejas nacionais (Werner Naef, *Staat und Staatsgedanke*, págs. 33-37), tudo atropelando-se, porque, atrás da multiplicidade de normas conflitantes, estavam os centros de poder emissores das normas”. (VILANOVA, 1997, p. 241)

²⁵⁹ “De um ponto de vista comunicacional, a questão da legitimidade se coloca no nível *fático* e não moral. Trata-se do *reconhecimento*, em última instância, das decisões do detentor do poder”. (FERRAZ JÚNIOR, 2002, p. 53)

se o sentido comunicacional de sua desobediência²⁶⁰, instando, por parte do legislador, a sua necessária alteração.

A ação comunicativa pressupõe, como já explicitado, a manifestação autêntica e sincera das opiniões dos sujeitos envolvidos no discurso, contemplando a predisposição destes em se deixarem convencer apenas pela força do melhor argumento, conduzindo os atores ao acordo racionalmente²⁶¹ motivado quanto à validade de suas proposições, harmonizando e coordenando os seus planos de ação individuais.

A racionalidade comunicativa, não é demais lembrar, não nega a racionalidade instrumental. Ao contrário, complementa-a, ampliando os horizontes do conhecimento presos ao limites do *sujeito*, capaz de apreender a verdade com o uso da razão. A ação comunicativa, ao mesmo tempo em que preserva o potencial crítico da racionalidade iluminista, denuncia a sua fragilidade e ilusão em creditar ao sujeito a capacidade única e transcendente de apreensão da verdade, dotado que é do mecanismo do seu intelecto.

Aí se encontra, pois, o caráter revolucionário da teoria da ação comunicativa transposta ao plano da pena: ao proporcionar a igualitária manifestação de pretensões de verdade pelos sujeitos, que atuam em direção a um *consenso* orientador das ações racionais de todos os atores, a verdade sobre a pena deixa de estar presa à autoridade do sujeito para revelar-se, ao contrário, como produto da interação comunicativa entre os participantes do discurso. Em outras palavras, na perspectiva da ação comunicativa, a verdade sobre a pena deixa de estar baseada na *autoridade* do sujeito que a proclama, para revelar-se no *consenso* entre os seus destinatários, na dinâmica do processo comunicativo entre eles.

Adotada esta perspectiva racionalista da pena, ela assenta-se, então, em bases comunicativas, com vistas a um *consenso*. Em virtude da dinâmica das interações sociais, não obstante a impossibilidade de realização empírica do consenso denominado *verdadeiro* na concepção habermasiana, depreende-se que a

²⁶⁰ Galvão faz referência, no plano existencial de uma sociedade dividida em classes, e social e politicamente estratificada, à desobediência de certos grupos marginalizados, cuja obstaculização às normas acaba por movimentar dialeticamente o direito, exercendo uma espécie de contra-poder frente aos dispositivos instituídos pelo próprio poder, constituindo a violência popular organizada um "legítimo direito político". (GALVÃO JR, 2007, p. 37)

²⁶¹ Como já se afirmou, dito acordo é dito *racional* porque os sujeitos têm consciência de que um consenso só pode surgir de interesses universalizáveis (comuns) a todos os participantes.

manifestação de um consenso *empírico* sobre a pena, engendrado como produto da força cogente dos argumentos racionais no plano do discurso entre os sujeitos, seja suficiente para fundamentar, tanto quanto é possível, a racionalidade da pena, respeitadas as condições de aproximação entre o consenso empírico e o consenso verdadeiro. Dito consenso *empírico* aproximar-se-á cada vez mais do consenso verdadeiro na medida em que os argumentos racionais dos sujeitos encontrarem guarida no acordo que orientará as ações individuais de todos os participantes, assemelhando-se as circunstâncias do discurso à situação de fala ideal.

As sanções penais, expressas em sua força *perlocucionária*, intentam a sua legitimação frente aos sujeitos sociais, como resposta às condutas violadoras da norma jurídica. Assim é que, para Habermas, a condenação moral ou legal acaba por apelar a um “consenso normativo de fundo”, viabilizador de um acordo racional entre os sujeitos, graças ao consenso básico legitimador das próprias normas penais. (HABERMAS, 2004b, p. 123.)

Este aspecto comunicativo torna-se ainda mais nítido ao visualizar-se a utilização, via processo argumentativo, de atos de fala²⁶² pelos sujeitos em interação, promovendo a modificação de comportamento dos demais participantes do processo da decisão jurídica²⁶³. É preciso, entretanto, ressaltar que enquanto a livre reivindicação de pretensões de validade, no contexto do devido processo legal, é

²⁶² “Assim concebemos o ato de falar como uma ação lingüística dirigida a outrem, como apelo ao entendimento de outrem. Esta ação comporta como elementos fundamentais o sujeito que fala ou orador, o endereçado da fala ou ouvinte e o objeto, aquilo que se fala ou questão. Estes três elementos são incontornáveis e não há discurso sem eles”. (FERRAZ JÚNIOR, 2000, p. 30)

²⁶³ “Normas jurídicas são decisões. Através delas, garantimos que certas decisões serão tomadas. Elas estabelecem assim controles, isto é, pré-decisões, cuja função é determinar outras decisões. Embora isto não signifique, como veremos, uma redução da norma à norma processual, o ponto de vista pragmático não deixa de ressaltar este aspecto procedimental do discurso normativo. No exemplo que estamos analisando, podemos levantar uma série de alternativas conflitivas que envolvem decisões a tomar: ser preso ou não ser preso, legalmente ou ilegalmente, por autoridades ou por qualquer um, tendo cometido um delito ou não tendo cometido um delito, em flagrante ou não, pagando fiança ou não pagando, admitindo-se fiança ou não se admitindo, etc. Estas alternativas são do tipo incompatível, portanto, conflitivas. A norma cumpre a tarefa de determinar quais as decisões, ou seja, quais alternativas decisórias devem ser escolhidas. O objeto do discurso normativo, ou seja, o objeto da situação comunicativa olhado do ângulo do comunicador normativo, não é propriamente o conjunto das alternativas, mas a decisão que, diante delas, deve ser tomada. Ou seja, no exemplo, são as decisões: só prender em flagrante delito ou por ordem escrita da autoridade, comunicar ao juiz a prisão ou detenção, relaxar a prisão ilegal. Temos, pois, dois ângulos distintos: as alternativas conflitivas (ser preso ou não, legalmente ou não), objeto do discurso dos comunicadores sociais, e o objeto do discurso do comunicador normativo, que também constitui um conflito, diferente do outro, na medida em que considera um conflito sobre o conflito, que requer decisão sobre a decisão. Assim, o objeto da norma, sua questão conflitiva, não é apenas “ser preso ou não ser preso”, “legalmente ou ilegalmente”, mas também “só prender em flagrante ou por ordem escrita: decisão obrigatória ou proibida ou permitida/ou indiferente/ou facultativa/etc.” (FERRAZ JÚNIOR, 2000, p. 49-50)

inspirada no modelo da ação comunicativa, a presença efetiva de interesses não universalizáveis a lastrear estas reivindicações converte o procedimento em um entrechoque de ações estratégicas.

Nesta ótica, a pena, enquanto pretensão de verdade, apresenta-se passível de questionamento no plano do discurso, engendrando, pela força do melhor argumento, o consenso racional entre os sujeitos.

Como se afirmou, dito acordo é denominado de *racional* porque os próprios participantes têm consciência de que seu consenso surgiu de interesses universalizáveis (comuns a todos os sujeitos). No âmbito dos interesses universalizáveis, presentes ao acordo racional entre os sujeitos, harmonizam-se as pretensões de verdade dos participantes. Este consenso produzido, longe de revelar-se imutável, mostra-se passível de modificação à medida que uma nova pretensão de verdade, em sua força ilocucionária, revelar-se, por sua vez, o melhor argumento no plano do discurso.

A compreensão da teoria da ação comunicativa envolve a disposição do investigador em colocar em suspenso uma racionalidade calcada no sujeito, em que a verdade está contida na *autoridade* daquele que a proclama, para descobri-la no *consenso* (acordo racionalmente motivado entre os sujeitos), orientador das ações individuais dos participantes do discurso.

Envolve, concomitantemente, a real compreensão da noção habermasiana de *situação de fala ideal*, em que a igualitária oportunidade de atos de fala pelos sujeitos (livres que estão de qualquer coerção ou pressão) substitui-se à perspectiva monológica da razão instrumental, esperança iluminista que, transposta à realidade da *pena*, faz creditar ao sujeito a capacidade de buscar regras e fórmulas expressivas e reveladoras da sua medida e intensidade.

A possibilidade jusfilosófica de investigação da racionalidade comunicativa da pena, via instrumental habermasiano, encontra guarida no sentido comunicacional da punição. De fato, embora se reconhecendo a repercussão de todos os aspectos do Direito, não se pode comparar o efeito comunicacional das penas ao de outras determinadas normas jurídicas, a exemplo das normas *comerciais*. Para o indivíduo comum, uma nova lei de falências, na medida em que quase nada repercute sobre o seu dia-a-dia, apresenta pequena importância no plano do sentido comunicacional

da norma frente aos indivíduos.

Entretanto, confrontado o sujeito social à possibilidade de ser morto, roubado ou violentado, a aspiração social a uma pena capaz de afastar e punir potenciais violadores da norma repercute comunicativamente na formulação e manifestação de pretensões de verdade pelos sujeitos racionais, refletindo-se na confirmação ou modificação do sentido comunicacional da pena frente ao sistema punitivo.

Transpostas a racionalidade comunicativa e instrumental para o plano da pena, observa-se a insuficiência desta última na histórica busca por uma justificação para a reprimenda penal.

A pena, enquanto *norma jurídica*, já goza, desde o seu nascimento, de potencial *legitimidade* pelos sujeitos sociais. De um lado, por constituir-se um produto da linguagem comum entre os sujeitos, encontra aceitação no acordo comunicativo entre eles e transmissível pela própria tradição. Desde o seu nascimento, o indivíduo encontra-se condicionado, em sua existência social, à observância de uma série de normas cuja violação acarretará, quase que inevitavelmente, punições pelo grupo. A própria aceitação das normas encontra legitimidade nas expectativas mútuas de cumprimento pelos seus destinatários, reduzindo os conflitos e garantindo a estabilidade no meio social.

No contexto da teoria da ação comunicativa de Habermas, a pena abriga uma *pretensão de verdade*, mediatizada no plano de um discurso racionalmente motivado entre os sujeitos sociais. Considerando que os sujeitos, na ação comunicativa, manifestam as suas pretensões de verdade no plano do discurso, atuam de forma a buscar o entendimento (verdade) como regra orientadora de suas futuras ações, fazendo prevalecer a força do *melhor argumento*.

Ao aderirem às regras estabelecidas pelo grupo social, os sujeitos, atuando de acordo com expectativas mútuas de comportamento diante dos demais sujeitos, inserem-se no acordo racionalmente motivado que assegura a estabilidade social, representando este acordo o conjunto das aspirações comuns de comportamento presentes em um determinado momento histórico.

Em outras palavras, a necessidade da *pena* é comunicativamente aceita pelos seus destinatários. Como pretensão de verdade manifestada no plano do discurso racional entre os sujeitos, goza, como norma jurídica, de potencial legitimidade frente

aos seus destinatários, por corresponder ao *melhor argumento* que orientará o conjunto das ações individuais dos participantes, garantindo a natural e voluntária submissão destes ao acordo racional exteriorizado no plano da ação comunicativa.

A norma jurídica encontra duas vias de legitimação. A primeira repousa na adequação da norma ao próprio sistema jurídico vigente. A segunda encontra guarida na sua justificação frente aos destinatários da norma, o que só pode ser feito via processo argumentativo.

Considerando que a pena repousa, como ato comunicativo, no *acordo* racionalmente motivado entre os sujeitos, cuja pretensão de verdade encontra legitimação entre os participantes do discurso, resta esclarecer que dito acordo (verdade) não é estático; ao contrário, demonstra-se variável conforme a historicidade e a própria dinâmica das relações sociais entre os sujeitos comunicativos. Mais ainda, corresponde a uma verdade passível de mutação na medida em que as pretensões de verdade entre os participantes do discurso sejam passíveis de novos questionamentos no contexto de um plano de fala ideal.

Tal se observa do exame histórico-evolutivo do Direito Penal. Embora a idéia de imposição da pena pelo Estado já encontrasse guarida desde a Antiguidade, variaram no tempo a intensidade de sua imposição, bem como os próprios fundamentos ético-político-religiosos do direito de punir.

O mesmo se observa no exame das mudanças vivenciadas pelo advento do Iluminismo e das idéias antropocentristas e humanistas. Ditas mudanças permitiram uma nítida alteração no pensamento coletivo, a engendrar novas perspectivas de punição e a busca de uma nova racionalidade na imposição da pena.

Quando a pena era estabelecida pelos chefes da tribo, líderes religiosos ou monarcas, a quem eram atribuídas pretensões de conhecimento e sabedoria (ou mesmo, o privilégio divino de revelar a verdade), não raro, era o uso da força que induzia, estrategicamente, o consenso acolhedor dessas pretensões.

Neste mister, as intervenções do poder dominante, ao encontrarem guarida no acordo racional que orientava as ações dos destinatários da pena, permitiam a sua legitimação de tal sorte a corresponder ao melhor argumento racional presente no plano comunicativo. Em sociedades tribais, a pena, enquanto pretensão de verdade, na medida em que espelhava o castigo exigido pelos deuses para o abrandamento

de uma fúria manifestada em raios, trovões e tempestades, encontrava adequação ao acordo racional que orientava as ações individuais dos membros do grupo. Note-se que, por compartilharem a crença nos deuses comuns, a pena atribuída acabava por elevar-se à tese do melhor argumento, harmonizando as pretensões de validade reivindicadas pelos destinatários da norma e viabilizando, assim, um *consenso*.

Não obstante, por ser dito consenso variável, por exemplo, se a crença no deus sedento de sacrifícios fosse substituída por uma crença de outra natureza, na medida em que a pretensão de verdade correspondente à pena não mais passasse a valer como a tese do melhor argumento, necessariamente provocaria, nessas sociedades primitivas, a quebra no acordo racional obtido, sendo superada a pena (enquanto pretensão de verdade) por outros argumentos racionais que então passavam a valer, no plano do discurso entre os sujeitos, como o melhor argumento que orientaria as suas novas ações racionais.

Tal pode ser compreendido, em ditas sociedades, na factual suposição de que o castigo corporal de um membro do grupo (em nome dos deuses), a partir do momento em que não mais aplainasse o seu terrível furor, deveria ser substituído por outra espécie de pena mais gravosa, a exemplo da pena de morte ou da intensificação dos castigos corporais na pretensa salvaguarda dos interesses do grupo social em obterem a benevolência dos deuses.

A racionalidade comunicativa da pena consegue, então, explicar de que maneira, em sociedades afetadas por um drástico isolamento comunicacional²⁶⁴, encontrava esta *legitimação* entre os povos. Para certas sociedades teocráticas, a punição em nome dos deuses encontrava justificação frente ao grupo social ao adequar-se, como pretensão de verdade, ao acordo racional que harmonizava as ações individuais dos participantes, como devotos submissos a suas divindades regentes, presos que estavam ao universo de mitos que conferiam sentido à sua existência.

A mesma análise vale para as reprimendas penais aplicadas em plena Idade Média, em meio ao obscurantismo religioso e ao teocentrismo, sob cuja estrutura teve origem, em alguns países europeus, a Santa Inquisição.

²⁶⁴ Isto ocorria nas sociedades primitivas e ainda pode ocorrer entre grupos excluídos da globalização da informação. A noção de comunidade comunicacional, isto é, a totalidade dos indivíduos capazes de se comunicarem entre si, permite, em princípio, a realização de um consenso empírico que seja o mais próximo possível do consenso verdadeiro. É evidente que isto depende das condições de discussão reproduzirem suficientemente bem as da situação de fala ideal e de terem os participantes uma competência comunicativa que é testemunho de sua racionalidade.

Note-se que, ao contrário do que possa parecer, as práticas inquisitórias encontravam legitimação e obediência frente aos indivíduos, justificando-se muito mais pela sua aceitação social do que por qualquer instrumento coercitivo imposto pelo Estado. Isso se explica pelo clima de medo e insegurança espiritual vivenciados em meio à crença indiscutível na probabilidade de danação humana administrada pela Igreja, intermediária na dicção da vontade de Deus.

Neste cenário, multidões se aglomeravam para assistir ao *espetáculo* de execução pelo fogo, na crença irresoluta de que dito ato, longe de representar uma violência punitiva do Estado, revelava-se medida piedosa praticada pela Igreja, permitindo ao indivíduo a expiação dos seus pecados e o acesso a Deus, no livramento dos espíritos malignos que haviam se apoderado do corpo. Nesta medida, o espetáculo piedoso da pena conformava-se, como pretensão de verdade, ao melhor argumento que, orientando as ações racionais dos sujeitos, legitimava os fins teleológico-estratégicos trazidos com a pena.

Ocorre que, com o advento do humanismo e do antropocentrismo, pondo por terra a visão teocrática de mundo e a tese da revelação exclusiva da verdade e do conhecimento por intermédio de uma organização gestora dos interesses da divindade, processou-se uma significativa mudança na dinâmica comunicativa. O Iluminismo então surgido, ao repercutir sobre os indivíduos a crença na revelação da verdade por instrumento da própria razão, possibilitou, no tocante ao Direito Penal, a quebra de legitimidade na autoridade teocrática dos tribunais, com significativos reflexos na perspectiva da pena.

A partir daí, os fins teleológico-estratégicos perseguidos pelo Estado não mais encontravam guarida no acordo racional entre os sujeitos, deixando, pois, de valer como o melhor argumento orientador das suas ações individuais. A partir do momento em que o humanismo e o antropocentrismo opuseram-se ao teocentrismo, a justificação do sentido e intensidade da pena como castigo encontrou sérios óbices nas pretensões de verdade dos sujeitos sociais. Em outras palavras, a partir do momento em que os argumentos racionais expressos nos valores humanistas passaram a fazer parte do discurso racional entre os sujeitos, a fogueira e a força cederam lugar à conveniência, *socialmente sentida*, de mensuração de critérios racionais para a aplicação da pena.

A constatação intermediária a que se chega, até este momento, corresponde a uma

assertiva nevrálgica para a compreensão desta tese: a de que *a racionalidade da pena, longe de ser determinada apenas por critérios instrumentais, precisa ser revelada em suas bases comunicativas.*

Como se afirmou, as tentativas históricas de fundamentação da pena se basearam em uma racionalidade instrumental (racionalidade meios-fins), de caráter iluminista. Na busca de uma justificação filosófica para a pena, originaram-se as teorias *absolutas* (pregando a pena como um ato de retribuição), *relativas* (dividindo-se em prevenção geral negativa - reforçando o caráter intimidatório da pena frente à coletividade; prevenção geral positiva - repercutindo na consciência coletiva os valores positivos presentes à norma; e especial - buscando a ressocialização do criminoso); e *mistas* (unindo aspectos retributivos e preventivos no tocante à pena).

Na teoria absoluta da pena, a racionalidade instrumental, em sua crença na determinação da verdade por intermédio da razão, exercitada de maneira solipsista pelo Estado, legislador, juiz, doutrinador, embora não atribuindo explicitamente qualquer fim ao primeiro momento histórico da pena, houve por bem reputar a *retribuição* (vingança) como a conseqüência natural do crime (pecado cometido), realizada com a reprimenda penal.

Nesse momento (como em todos os momentos históricos da pena), a sua justificação não se fundamentou apenas no exercício solipsista da razão, mas, também, no consenso racionalmente obtido pelos seus destinatários sociais, sendo o sentido comunicacional da pena sustentado, como pretensão de verdade, pelo acordo racional que orientava as ações dos indivíduos, cujo efeito legitimador opera *ex post factum*.

Tanto assim se procedeu que, a partir do momento em que as pretensões de verdade correspondentes aos valores humanistas sobrepuseram-se, por sua força ilocucionária, à lógica das execuções e castigos corporais impostos pelo Estado, a *lógica instrumental* viu-se forçada a elucubrar novas justificativas para a imposição racional da pena, de forma a obter, novamente, potencial legitimação frente aos sujeitos sociais.

O que se verificou a partir deste momento foi que a pena, como ato estratégico, não mais se sustentava em termos comunicativos, já que os fins por ela perseguidos não mais se harmonizavam com os argumentos racionais suscetíveis de promover o

consenso, forçando a modificação da pena enquanto pretensão de verdade a adequar-se ao acordo racional que orientava a nova sociedade iluminista.

Os fins perseguidos com a pena, em outras épocas, podiam encontrar justificação em reconhecimento ao exercício solipsista da razão, a exemplo dos tribunais inquisitórios. No entanto, a partir do momento em que a dinâmica comunicativa das interações sociais não mais reconheceu como válidos os argumentos racionais contidos na pena em seu caráter de *castigo*, a perda de sua legitimidade enquanto melhor argumento pôs a relevo a insuficiência de uma racionalidade que insiste em buscar e disciplinar regras na perspectiva única do sujeito, à revelia do universo dos argumentos racionais dos destinatários sociais da norma, sem apreço, pois, ao caráter comunicativo da interação entre os participantes.

A racionalidade instrumental iluminista viu-se, então, forçada a procurar, com o auxílio da razão, um novo fim para a pena, revelando, na manifestação de alguns precursores, a exemplo de Bentham e Feuerbach, que agora ela se basearia no caráter de *prevenção geral*. Ocorre que a mudança na racionalidade da pena não se procedeu, ao contrário do que se possa pensar, em virtude do reconhecimento social da autoridade intelectual dos referidos autores, sendo, ao contrário, um reflexo da dinâmica comunicativa das interações sociais, que não mais coadunava a coexistência de valores humanistas socialmente valorizados e a noção de pena como um ato de *castigo*.

Alheio ao caráter comunicativo das interações sociais no tocante ao sentido comunicacional da pena frente à coletividade, a intervenção estatal sobre a pena demonstrou, nesse momento histórico, graves equívocos. A este respeito, o apego iluminista à idéia de prevenção geral, com inspiração nas idéias de Bentham, levou à introdução desta idéia, como *fórmula mágica* no Código Penal francês de 1810 (PROAL, 1892, p. 466), resultando na adoção de penas bárbaras, reveladoras de catastrófica intervenção da razão instrumental na estipulação das reprimendas penais, erro só corrigido com o Código Penal de 1823, naquele país.

A adoção de fins utilitaristas que levassem a uma eficaz intimidação de potenciais criminosos no cometimento de infrações desencadeou, ao contrário, insatisfações, protestos e revoltas, que, exteriorizadas comunicativamente, propiciaram a mudança de um Código sem legitimidade diante do corpo social. O que se revelou, aqui, foi a *completa dissonância entre a ação estratégica da pena midiaticizada pelo Estado e a*

ação comunicativa verificada no consenso entre os sujeitos.

Mais uma vez, a mudança no caráter da pena, agora afastando os fins utilitaristas que, buscando a prevenção a todo custo, exacerbavam drasticamente as reprimendas penais, não se procedeu em virtude da acolhida social de novos argumentos. Os mesmos teóricos que haviam *descoberto* a necessidade do agravamento penal, *sponte sua*, pelo exercício solipsista da razão instrumental, diagnosticavam, agora, a necessidade de harmonização entre os fins *retributivos* e *preventivos* (servindo aqueles como parâmetros de proporcionalidade para a estipulação da pena).

A mesma racionalidade instrumental iluminista dispôs-se a revelar a finalidade da pena como um ato de *ressocialização*. Não obstante, a idéia de *ressocialização* presente na teoria da prevenção especial esbarra na ausência de guarida no consenso racionalmente obtido pelos sujeitos sociais.

Em que pesem as contribuições científicas de seus expoentes, dentre os quais se encontra Von Liszt, o fim pretendido de *ressocialização* (versando sobre o sujeito *in concreto*), não pode ser conseguido por meio de uma racionalidade instrumental, mas somente por meio de uma racionalidade comunicativa, de tal sorte a promover a aderência do condenado ao acordo racionalmente motivado que orientará as suas futuras ações racionais. Nesta perspectiva, estabelece-se o consenso entre o Estado, a sociedade e o indivíduo, que, ciente da condição de coerção que lhe é imputada, manifesta ações racionais em sintonia com os fins teleológico-estratégicos visados por aqueles.

Assim, não basta ao sujeito estratégico (Estado, legislador, juiz, etc...) *estabelecer* ou *declarar*, através da pena, o fim de *ressocialização* pretendido. Ao contrário, a pretensão de verdade correspondente à pena deve revelar-se, *na perspectiva do condenado*, o melhor argumento racional de forma a orientar os seus planos de ação individual, de tal sorte a conformar o seu agir racional ao conjunto de expectativas sociais de observância à norma.

Pode-se então concluir que em toda decisão judicial há sempre um mandamento estratégico. Ocorre que este mandamento estratégico necessita coadunar-se com o mandamento comunicativo. Quando isto ocorre, passa a repousar frente à norma jurídica um sentido de *justiça*, repercutindo no sentido comunicacional de sua

obediência pelos sujeitos sociais. Do contrário, quando o mandamento estratégico não encontrar guarida no mandamento comunicativo, o que se evidenciará será a perda de legitimidade da norma jurídica frente aos seus destinatários sociais, induzindo, por parte do sujeito estratégico, que seu cumprimento se dê por mecanismos coercitivos, de tal sorte a induzir, pela coerção, a sua observância pelos sujeitos sociais.

Isso só é contornado por meio de uma ação comunicativa, através do *consenso* racionalmente obtido pelos sujeitos, que, por espelhar *interesses universalizáveis* (comuns a todos os participantes), repercute sobre o condenado em uma atuação racional em sintonia não apenas com os interesses do Estado, *mas com os seus próprios interesses*.

Observa-se, assim, que a racionalidade da pena, antes de corresponder a critérios lógico-instrumentais, revela, desde os primórdios, o seu nítido caráter *comunicativo*, confirmando o Direito como um dinâmico fenômeno cultural, mediado pela linguagem e redimensionado pelos sujeitos, no evoluir comunicativo das interações sociais.

No tocante à pena, revela a racionalidade instrumental iluminista o esforço histórico de justificação, no plexo de normas jurídicas, da atuação repressiva do Estado com vistas à sua legitimidade social. Em outras palavras, a racionalidade instrumental iluminista, à base de acertos e erros, revela, em seu percurso histórico de justificação da pena, um esforço teleológico tendente à sua legitimação diante da coletividade.

Tal crença ainda está presente no Direito Penal moderno. Ainda se crê que a qualquer momento um *sábio iluminista* dirá, com toda a evidência, qual é o sentido *ideal* ou *justo* de pena. Tal é a crença transmitida à ciência penal por advento do Iluminismo: de que somos capazes, com o uso da *razão*, de estabelecer um fundamento para a pena, fundamento este que venha a libertar a dogmática penal das limitações de uma justificação da pena além das enferrujadas e vencidas teorias absolutas, relativas e mistas.

A ausência de substância e viabilidade teórico-prática de soluções alternativas para a pena contribuem para a estagnação da ciência penal, na qual, vez ou outra, algum penalista, adicionando *cerejas ao bolo dogmático* da justificação instrumental da

pena, sugere, em vão, modificações pontuais nas referidas teorias.

Ciente da inviabilidade de alternativas para uma adequada justificação da pena via racionalidade instrumental, Zaffaroni conclui por uma *teoria agnóstica da pena*, para a qual esta não encontraria justificação possível por parte do Estado. O que pretende o autor desta tese é demonstrar, exatamente, que há uma alternativa a esta visão niilista de Zaffaroni. A pena encontra, *sim*, uma racionalidade. Ocorre que esta racionalidade não é instrumental, e sim comunicativa, revelando-se no plano do *consenso* racional entre os sujeitos.

Diante das imperfeições das teorias absolutas e relativas, reputando a inconveniência de justificação racional da pena como ato exclusivo de *retribuição* (que reduziria a pena a uma mera *vingança*) ou como ato exclusivo de *prevenção* (que engendraria o exagero indiscriminado da pena), as teorias mistas espelham, por seu aparente equilíbrio, o porto seguro dos penalistas, enquanto não descortinam, no horizonte, a revelação do sentido *ideal* de pena, justificador de sua medida e intensidade.

O que se afirma aqui é a *inexistência de fórmulas ou de regras instrumentais que cumpram tão missão*. A indicação da filosofia contemporânea ao realçar a importância do fenômeno da comunicação em grande parte das teorias veiculadas pelos autores mais representativos (entre eles Habermas, Luhmann, Gadamer, os construtivistas e os adeptos da psicologia cognitiva) sugere que este pode ser um caminho fértil a ser explorado quando a razão instrumental do Iluminismo se revele insuficiente.

A racionalidade da pena, longe de ser determinada por uma lógica instrumental, só pode ser revelada em seu caráter comunicativo. Nos moldes de uma racionalidade comunicativa, a verdade não se baseia no exercício solipsista da razão, mas no *consenso* racionalmente motivado que orientará as ações racionais dos sujeitos. Nesta medida, é vã qualquer tentativa de fundamentação instrumental da pena, se esta, enquanto pretensão de verdade, não corresponder ao acordo racionalmente obtido pelos sujeitos.

Explica-se: conceber a pena como um ato de *intimidação* ou *retribuição* nada diz, se a pena, enquanto pretensão de verdade, não encontrar guarida no acordo racional que orientará as futuras ações individuais dos seus destinatários. Em igual medida,

conceber a pena como um ato de *ressocialização* nada diz, se a pena, enquanto pretensão de verdade, não corresponder ao melhor argumento que orientará as ações racionais *do condenado* frente a uma atuação de acordo com padrões socialmente esperados.

Na medida em que os fins teleológico-estratégicos perseguidos com a pena podem ou não se coadunar, como argumentos racionais, ao acordo comunicativo dos destinatários sociais da norma, torna-se frágil qualquer tentativa de determinar, na perspectiva isolada do *sujeito*, os fins da pena.

Nesta perspectiva, a construção de um *sentido comunicacional de pena*, elevado a um *consenso racional* entre os sujeitos, orienta as ações individuais de todos os destinatários, viabilizando a justificação e a legitimação da pena frente aos participantes. Em outras palavras, a legitimação da pena, ao invés de assentar-se na *autoridade* do sujeito que a proclama - Estado, legislador, juiz etc..(alheia que está à dinâmica comunicativa das interações sociais) -, passa a encontrar guarida no *consenso racionalmente motivado* entre os sujeitos, orientador de suas ações individuais.

No plano da superação de uma racionalidade instrumental por uma racionalidade comunicativa, faz-se severa ressalva de que a necessária adequação dos fins teleológico-estratégicos perseguidos pelo Estado ao consenso racionalmente obtido pelos sujeitos não se confunde (ao contrário do que equivocadamente se possa presumir), com um *perpétuo preenchimento estratégico de sorte a atender a vontades ou demandas sociais episódicas no tocante à pena*.

Por outro lado, no mundo da informação globalizada, rompem-se as comunidades comunicacionais que poderiam reivindicar para a sua tradição as características de consenso verdadeiro, de vez que o intercâmbio das idéias obriga a que se ofereça para sustentação das pretensões de verdade mais do que simplesmente o apelo à autoridade de um pensamento divino ou humano de que determinado grupo se imagine guardião.

Ao se conceber como *ação estratégica* uma ação em que os sujeitos comunicativos atuam utilitariamente no sentido de influenciar os demais no fim colimado de atendimento aos próprios interesses, agindo de acordo com as expectativas de comportamento dos demais sujeitos no meio social, não soa menos lógico constatar

que, nesta natureza, o próprio Estado passe a figurar como um sujeito (viabilizador de ações estratégicas), sobretudo ao se pressupor a noção/função de *sujeito* como *emissor de mensagens comunicativas* e, neste diapasão, não se pode negar o caráter comunicacional das leis, códigos, jurisprudência e das diversas normas, cujo nascedouro provém do Estado. Dessa forma, assim como qualquer sujeito, atribuem-se ao Estado, enquanto sujeito emissor de mensagens, tanto ações comunicativas quanto ações estratégicas.

Costa (1998, p. 39-40) salienta que “a realidade comunicacional pressupõe sempre o sentido originário implícito na própria comunidade, naquilo que é comum”, de tal sorte que, mesmo no diálogo entre duas pessoas, está sempre presente a marca indelével da comunidade, onde o “eu” só se reconhece como “eu” na medida em que se vê no outro.

Assim sendo, a norma penal sofrerá alterações, de forma a buscar, no plano discursivo, a sua aspiração de *verdade* (dentro do acordo racionalmente motivado entre os sujeitos), de forma a orientar as futuras ações dos participantes do discurso.

Esta realidade comunicativa é revelada igualmente na perspectiva do condenado. A pena atua como um processo de diálogo com a sociedade e com o próprio condenado, despertando e provocando sobre ele um universo de expectativas. (DOTTI, 1998, p. 141-143)

Nesta ótica, o pensamento contemporâneo vem concebendo a pena como um “processo de diálogo entre o condenado e o Estado”, de forma a não mais enxergá-lo como um objeto de medidas terapêuticas, mas como um sujeito da execução, induzindo a sua participação efetiva no processo de reinserção social, a estabelecer um mecanismo de interação através de diversos institutos, como o sursis, o livramento condicional, a prestação de serviços à comunidade, a admoestação verbal, dentre outros²⁶⁵.

²⁶⁵ “O Conselho da Comunidade, de exigência obrigatória em cada comarca e composto por representantes de categorias sociais estranhas ao quadro oficial (advogados, comerciantes, industriais, assistentes sociais), traduz a presença da sociedade no interior dos estabelecimentos que, segundo a sua natureza, deverão contar em suas dependências com áreas de serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática desportiva. Além disso, haverá instalação reservada a estágio de estudantes universitários (LEP arts. 82, 83 e parágrafo único). A participação da comunidade no processo de execução penal, em forma militante (diagnosticando, propondo e ofertando soluções) e não como testemunha das violências e rebeliões é uma das exigências da democracia fundada em princípios e regras que dignificam o ser humano, cujo extrato revela a história pessoal em meio à essência e à contingência”. (DOTTI, 1998, p. 144)

A pena, aqui, é vista em sua racionalidade comunicativa, contrariamente à racionalidade instrumental que marcou as concepções teóricas da finalidade da pena, voltadas para a busca de determinado objetivo (justa retribuição ou prevenção contra novos crimes). Esta é a visão de Estefam (2010, p. 295), para quem o debate deve girar em torno de uma racionalidade comunicativa, encarando-se a pena como um mecanismo de comunicação (de transmissão de mensagens):

A pena (aplicada) é um mecanismo necessário para transmitir a todos uma mensagem, sem a qual a sociedade não funcionará corretamente. A mensagem de que, apesar do crime cometido, a norma segue vigente – essa informação somente será transmitida, insista-se, se a pena for efetivamente aplicada.

O condenado, pelas próprias condições que o cercam, tem consciência das limitações impostas pelo Estado e dos papéis que lhe são esperados no cumprimento da sua pena. Tem igual consciência de que um acordo racional sobre a pena só pode partir de interesses universalizáveis (comuns a todos os sujeitos). Ocorre que o diálogo exercido entre o Estado e o condenado através da pena deve repercutir não apenas como um mero mecanismo coercitivo de imposição de condutas, mas, ao contrário, deve repousar na força *ilocucionária* do mandamento como reivindicação de uma pretensão de verdade passível de adequação ao acordo racional que harmonizará as ações individuais do condenado ao conjunto de expectativas juridicamente exigíveis.

Em outras palavras, a partir do momento em que as ações racionais do sujeito estratégico em quem se investe o poder estatal, levadas a efeito pelo mecanismo da pena, encontrarem guarida, como melhor argumento, no plano do acordo racional, as ações teleológico-estratégicas perseguidas pelo Estado (presentes em benefícios como a progressão de regime, sursis, livramento condicional, etc...), obterão sintonia com as ações individuais racionais do condenado.

Assim, a racionalidade comunicativa engendra a possibilidade de legitimação da pena frente ao próprio condenado, repercutindo um sentido de atuação estatal em que a reprimenda, longe de lhe parecer autoritária, atue sobre ele como pretensão de verdade legitimamente aceita, já que expressiva de interesses *universalizáveis, ou seja, comuns*.

Retome-se a noção já exposta de *acordo racional*. Ele é dito *racional* justamente

porque os sujeitos têm a plena consciência de que *o consenso verdadeiro só pode ser buscado numa solução que contemple interesses universalizáveis*, ou seja, comuns a todos os participantes, razão pela qual, mesmo ciente dos mecanismos de coerção a que está submetido, a atuação racional do condenado harmoniza-se aos fins perseguidos pelo Estado com a imposição da pena.

Desta feita, não se trata de um mero esforço estatal, viabilizado por políticas criminais, no sentido de atender às *exigências* ou *preferências* do condenado. Esta eventual afirmação revelaria a incompreensão dos postulados teóricos da ação comunicativa. O conteúdo proposicional da pena contempla argumentos *racionais*, manifestados no plano de um discurso *racional* entre o condenado e o Estado, expressivo de interesses comuns a todos os participantes. Recorde-se, como afirmado, que aquele tem consciência das limitações a que está submetido, e dos papéis que lhe são juridicamente esperados, desde que a racionalidade aqui referida seja a racionalidade comunicativa.

Ocorre que, em lugar de uma imposição que lhe pareça autoritária, descabida ou injusta de mecanismos coercitivos, passa a atuar, no plano comunicacional, a possibilidade de *participação na formação discursiva do acordo racional entre os sujeitos envolvidos*, de tal sorte que o *consenso* obtido, representando interesses comuns, harmoniza ações racionais de todos os participantes.

Ao espelhar interesses universalizáveis, o acordo racional obtido é livre de decepção, garantindo uma atuação esperada em sintonia com as expectativas jurídicas do Estado. Igualmente na perspectiva do condenado, a racionalidade se evidencia pelo *consenso*, e não pela imposição de normas que eventualmente se lhe apresentem descabidas, irracionais ou injustas.

Em outras palavras, ao representar interesses universalizáveis, comuns aos sujeitos envolvidos, a justificação racional da pena frente ao condenado passa a assentar-se não na força bruta da coerção estatal, mas na força do *melhor argumento* dentro do acordo racional obtido, onde o *consenso*, longe de ser imposto de fora para dentro, é aceito como *válido* pelos participantes, legitimando a imposição estatal da pena sobre o indivíduo concreto.

Recorde-se que na concepção habermasiana de ação comunicativa, as pretensões de verdade, manifestadas em sua força ilocucionária em direção ao consenso,

promovem o acordo racional que harmonizará as ações individuais de todos os participantes do discurso. Necessário é esclarecer, no tocante ao sentido impositivo da pena, os caracteres desta noção de *acordo racional*, a fim de se evitar possíveis equívocos por parte do leitor.

A redução simplória de *acordo racional* a um mero *acordo* ou *ajuste* de vontades, ou, ainda, a uma simples *intersecção* de vontades entre os sujeitos representa grave erro, que se deve evitar. Navegando neste equívoco, um simples acordo obtido entre indivíduos para o apedrejamento de uma mulher adúltera, comumente levado a efeito em sociedades extremistas, equivaleria a um acordo racional, que legitimaria violações a liberdades individuais.

A superação deste equívoco passa pela rememoração, frente ao leitor, da noção de *situação de fala ideal*, presente na concepção habermasiana de ação comunicativa. A *situação de fala ideal* pressupõe, antes de tudo, *liberdade* entre os participantes do discurso, ausente, neste contexto, qualquer coerção ou imposição, sendo a única força válida a do melhor argumento. Pressupõe, ainda, a predisposição dos participantes do discurso de, colocando em suspenso as suas convicções pessoais e *abrindo os ouvidos* para a alteridade, poderem deixar-se surpreender pelos demais argumentos racionais igualmente manifestados no discurso, prevalecendo, ao final, por sua força *ilocucionária*, o melhor argumento.

Voltando ao exemplo ventilado, de uma sociedade extremista construir um consenso acerca de determinada modalidade de Direito Penal, a impossibilidade de manifestação livre dos participantes do discurso no referido contexto comunicativo, dada a impossibilidade de questionamento pelos sujeitos racionais dos dogmas religiosos em ditas sociedades (sob a constante ameaça de sanções), inviabilizaria, por completo, a manifestação de uma *ação comunicativa*.

A ação comunicativa, ao pressupor a situação de fala ideal, exige a igualitária manifestação de atos de fala pelos sujeitos. Deste modo, a possibilidade de construção comunicativa do *consenso* depende do caráter democrático e plural das instâncias que produzem as normas jurídicas. Nesta ordem, quanto mais democrática for uma sociedade, mais as pretensões de verdade contidas nas normas jurídicas encontrarão guarida no consenso racionalmente obtido, repercutindo, por conseqüência, no plano da sua legitimidade frente aos destinatários sociais.

Esclarece-se, assim, que a harmonização, no plano da imposição da pena, entre os fins teleológico-estratégicos perseguidos pelo Estado e os argumentos racionais dos destinatários da norma, manifestada no *consenso* racionalmente obtido entre os sujeitos, não corresponde a uma suposta ameaça de violação às garantias constitucionais.

Como se esclareceu, os argumentos contidos nas pretensões de verdade dos participantes do discurso, para que prevaleçam, não podem corresponder ao que os participantes racionais do discurso considerassem manifestações irrefletidas, inflexíveis ou tendenciosas. Ao contrário, ditos argumentos, porque necessariamente *racionais*, já pressupõem não apenas a manifestação sincera dos participantes, mas a abertura para todas as demais pretensões de verdade presentes ao discurso.

Ocorre que, dentre as inúmeras pretensões de verdade manifestadas no plano comunicativo *encontram-se também as garantias constitucionais de ordem individual*. Elas também correspondem a argumentos racionais presentes ao plano do discurso, por isso mesmo inseridas na Lei Maior. Neste mister, eventuais manifestações teleológicas do Estado, no tocante à pena, que representassem um decréscimo às garantias constitucionalmente previstas (limitando, por sua ordem, a liberdade coletiva), não encontrariam guarida, frente aos sujeitos racionais, como o melhor argumento válido no discurso. A própria evolução histórica revela a insustentabilidade, frente aos destinatários sociais da norma, de limitações incisivas à liberdade dos indivíduos.

Em momentos de grande incidência de criminalidade, repercutindo sobre a opinião pública a necessidade de incremento punitivo, as pressões populares podem levar o Estado a, estrategicamente, promover modificações no caráter da reprimenda penal, exacerbando o seu rigor punitivo com reflexos no direito material e processual. Não obstante, na medida em que o novo caráter da pena (enquanto pretensão de verdade) possibilitar, frente aos destinatários sociais, limitações exageradas e injustificadas ao seu direito de liberdade, na medida em que não mais encontrarem guarida no *acordo racional* entre os sujeitos, perderão a sua legitimidade, com a consequente perda de sua validade social.

Na perspectiva instrumental, atribui-se ao sujeito (Estado, juiz, legislador) o papel de *guardião das garantias constitucionais*. Ledo engano. Nós (sujeitos sociais) é que somos os guardiões de ditas garantias, tendo sido o Direito, a Constituição e a

própria Democracia produto da construção comunicativa dos sujeitos sociais. Nessa medida, um eventual sentido punitivo imprimido pelo sujeito estratégico que repercute, como afirmado, na supressão significativa de liberdades individuais, ecoará comunicativamente na esfera do discurso, não obtendo, como pretensão de verdade, guarida no consenso racional obtido pelos destinatários da norma.

Isto leva à conclusão de que as garantias constitucionais, enquanto pretensões de verdade, encontram igualmente guarida no discurso racional entre os sujeitos, cuja garantia pelos seus próprios destinatários impede a sua brutal suspensão por eventuais pretensões de verdade manifestadas comunicativamente no plano do *consenso* racionalmente obtido. A não ser assim, a própria constituição, e com ela todo o ordenamento jurídico, seria repudiada pelo acordo racional dos participantes da sociedade. Quando isto ocorre, o efeito desta circunstância chama-se *revolução*.

Infere-se, então, que os fins visados pelo Estado com a pena, na medida em que encontrarem guarida no acordo racional dos destinatários da norma, repercutirão frente à coletividade a sua observância e aceitabilidade social na medida do consenso racionalmente obtido entre os sujeitos. Nesta ordem, ao representar interesses universalizáveis, combinados sem decepção, manifestarão (como se demonstrará no último capítulo desta pesquisa) um sentido *justo* ou *ideal* para a pena frente aos sujeitos, harmonizando os fins teleológico-estratégicos perseguidos pelo Estado com o consenso racional obtido pelos destinatários da norma.

A guarida, no caráter da pena, de *interesses universalizáveis* é viabilizada na demonstração, frente aos seus destinatários, de que o cumprimento da norma não apenas representa interesses do Estado, mas, em igual medida, os *seus próprios interesses*, de tal sorte que a sua observância pelos sujeitos implicará na igual proteção aos seus fins particulares, orientando as suas ações racionais em sintonia com os fins estrategicamente previstos. Assim, a imposição coercitiva da pena por parte do sujeito estratégico é substituída por um sentido de pena que repercute, frente aos indivíduos, como o *melhor argumento* orientador de suas ações racionais.

A pena juridicamente instituída busca a sua validade como o melhor argumento que, visando o consenso, harmonizará as pretensões de verdade dos sujeitos participantes do discurso, engendrando o *sentido comunicacional de obediência à norma*. Em outras palavras, dita pena visa harmonizar-se com os argumentos racionais dos seus destinatários, conformando as expectativas sociais de obediência

às normas e de atuação do Estado no combate ao crime.

Em apoio das pretensões de validade reivindicadas no discurso, trocam-se argumentos substanciais. Esses argumentos não são necessariamente lingüísticos, mas ações às quais é possível atribuir um significado. Do ponto de vista defendido nesta tese, a pena é, sobretudo, um argumento oferecido ao criminoso com a pretensão de convencê-lo do caráter inválido do crime cometido. Busca-se, desse modo, trazer o condenado a participar do consenso acerca dos padrões de comportamento social validados pelo acordo racional intersubjetivo.

Se a pena não tiver a capacidade de funcionar como argumento substancial que convença o condenado da ilegitimidade de ação, ela só poderá ser justificada como uma ação estratégica que vise excluir o condenado do convívio com sujeitos racionais com os quais ele, condenado, não consegue entrar em consenso.

Esta é a atitude que permite classificar o apenado como *sociopata*, ou seja, um *anormal*, desprovido da racionalidade que lhe permita compreender o caráter ilegítimo do seu comportamento.

Esta possibilidade não significa a validação de qualquer ordem jurídico-social pela exclusão daqueles que a ela se opõem. Aqueles que apontam, nas desigualdades econômicas e na injustiça social, um terreno fértil a tornar atrativos comportamentos antisociais, oferecem, legitimamente, reivindicações de pretensões de validade a suas próprias idéias, não se podendo considerar como racionalmente justificada, no sentido comunicativo, a ordem jurídico-social que não tenha argumentos que desmintam cabalmente essas reivindicações.

Desse modo, quando se diz aqui que a pena comunicativamente justificada levará o próprio condenado a admitir que ela resguarda interesses universalizáveis que ele participa, está-se imaginando superadas as desigualdades e injustiças que levariam o indivíduo a sentir-se excluído do modo de vida que a sociedade oferece e, portanto, afastado do discurso racional que poderia levá-lo a participar do consenso.

A necessária superação de uma racionalidade instrumental da pena por uma racionalidade comunicativa requer, portanto, uma abertura para novas perspectivas no plano da realidade comunicativa do Direito.

Requer-se a compreensão de que a verdade, longe de estar assentada na perspectiva isolada e limitada do sujeito, revela-se, com maior legitimidade, no

consenso entre os sujeitos envolvidos. No tocante aos fins da pena, dito consenso, na medida em que representar interesses comuns construídos e revelados comunicativamente, harmonizará as ações racionais dos indivíduos ao conjunto de expectativas socialmente esperadas.

A abertura, via racionalidade comunicativa, para o universo de pretensões de verdade dos sujeitos sociais no plano do discurso atua de forma a conferir à norma jurídica não apenas legitimidade formal, mas também legitimidade material, na medida em que viabiliza a necessária e efetiva abertura para a argumentação moral.

4.2 OPINIÃO PÚBLICA E FORMAÇÃO DO CONSENSO NA PERSPECTIVA DE HABERMAS

A opinião pública exerce, neste contexto, um papel decisivo. Igualmente ao que ocorre no plano da ação comunicativa, na ação estratégica ela desempenha, como sujeito comunicacional, modificações no âmbito do Direito. Promovendo uma alteração psicológico-comportamental nos sujeitos receptores, a opinião pública acaba por modificar o âmbito de validade da norma, influenciando a sua eventual alteração na busca de potencial legitimidade frente aos seus destinatários.

Os meios de comunicação desempenham, aqui, um papel decisivo, na medida em que possam ser manipulados²⁶⁶ para a preservação do *status quo* vigente, ou mesmo para a sua eventual alteração na salvaguarda de determinados fins. Esta afirmação parte da verificação factual de que, mesmo em países democráticos, não

²⁶⁶ A capacidade de manipulação dos meios de comunicação não deve ser desprezada. Levando-se em conta o seu poder de influência sobre os indivíduos, constitui-se em poderosa ferramenta que viabiliza a utilização de ações estratégicas pelo poder constituído. Nesse sentido, assevera Guareschi: “Não seria exagero dizer que a comunicação constrói a realidade. Num mundo todo permeado de comunicação – um mundo de sinais – num mundo todo teleinformatizado, a única realidade passa a ser a representação da realidade – um mundo simbólico, imaterial. Isso é tão verdade, que na linguagem do dia-a-dia já se podem ouvir frases como estas: “Já acabou a greve?” E se alguém pergunta por que, a resposta é? Deve ter acabado, pois o jornal não diz mais nada...”, ou “A televisão não mostrou mais nada...” A conclusão a que chegamos é a de que uma coisa existe, ou deixa de existir, à medida em que é comunicada, veiculada. É por isso, conseqüentemente, que a comunicação é duplamente poderosa: tanto porque pode criar realidades, como porque pode deixar que existam pelo fato de serem silenciadas. Um exemplo claro de como a comunicação constrói a realidade foi o que Mattelart (1973) chamou de “maior exercício de marketing internacional do Brasil”, a campanha feita pelo governo brasileiro, no início da década de 70, para a criação do que se chamou de “milagre brasileiro”. Ao preço de meio milhão de dólares, o governo brasileiro reuniu, num consórcio, as quatro maiores agências publicitárias do país (todas elas penetradas de capital norteamericano) e planejou a campanha da “criação” do “milagre brasileiro”, com anúncios redigidos em cinco línguas e enviados aos maiores diários e revistas dos países do bloco capitalista. Com isso, o governo encheu o balão do “milagre” que viria a se esvaziar pouco tempo depois, misteriosamente.” (GUARESCHI, 1991, p. 14)

se pode afirmar a existência de uma imprensa absolutamente livre e imune ao complexo de influências externas, características da polarização do poder no início deste século²⁶⁷.

“Quem detém a comunicação, detém o poder”, afirma Guareschi (1991, p. 15), de tal sorte que, se é a comunicação que constrói a realidade, os que detêm a construção dessa realidade acabam por deter o poder sobre a existência das coisas, a difusão das idéias e a criação da opinião pública. Chegam, inclusive, a determinar certos grupos sociais como melhores ou piores, confiáveis ou não-confiáveis, tudo de acordo com os interesses dos detentores do poder²⁶⁸.

Para Guareschi (1991, p. 19):

A posse da comunicação e a informação tornam-se instrumento privilegiado de dominação, pois criam a possibilidade de dominar a partir da interioridade da consciência do outro, criando evidências e adesões, que interiorizam e introjetam nos grupos destituídos a verdade e a evidência do mundo do dominador, condenando e estigmatizando a prática e a verdade do oprimido como prática anti-social. Essa sociedade de dominação, por não poder ser questionada e contestada, se fortifica e se consolida, passando a exercer a hegemonia numa determinada sociedade; hegemonia no sentido mais exato de Gramsci: o poder que possui um grupo dominante de definir uma situação ou uma alternativa como a única válida e possível.

Assim, ao veicularem hodiernamente, por vezes de forma espetaculosa e sensacionalista, o aumento da incidência de crimes no meio social, os meios de comunicação, atuando no processo de influenciar a opinião pública, acabam por

²⁶⁷ “o poder não é mais identificado só ao poder político (o qual, além disso, vê suas prerrogativas roídas pela ascensão do poder econômico e financeiro) e porque a imprensa, os meios de comunicação de massas não se encontram mais, automaticamente, em relação de dependência com o poder político; o inverso é quase sempre o caso. Pode-se até mesmo dizer que o poder está menos na ação do que na comunicação. (...) Quanto a falar do poder, não se pode fazê-lo senão considerando a crise que ele sofre, no sentido amplo do termo, e que é uma de suas características neste fim de século. De um poder vertical, hierárquico e autoritário, estamos passando para um poder horizontal, reticular e consensual (um consenso obtido, precisamente, por meio de manipulações midiáticas). Crise, dissolução, dispersão do poder, só dificilmente se sabe onde ele se encontra”. (RAMONET, 1999, p. 39)

²⁶⁸ “Em estudos e pesquisas realizados no campo da comunicação, verificou-se que a opinião pública é preparada com informações sobre determinadas populações de tal modo que isso pode chegar a justificar até mesmo uma invasão de um país adversário. A pesquisa de Hester (1976) mostrou que, de cada 100 notícias enviadas do bureau da Associated Press de Buenos Aires para o quartel central dos Estados Unidos, apenas 8 eram aproveitadas. Mas o mais sério era que das 8 aproveitadas, 4 eram notícias que falavam de violência e de criminalidade – quando das 100 originais, apenas 10 eram sobre o assunto. Com isso, os países informados por essas agências vão formando opinião, construindo imagens sobre determinados povos, identificando-se como criminosos e violentos. Não é difícil, posteriormente, legitimar-se uma invasão ou retaliações sobre populações que, para a grande maioria, são criminosas e violentas”. (GUARESCHI, 1991, p. 15)

levar à crença de que o incremento da atuação repressiva é condição inexorável da atuação estatal, dando margem à inflação legislativa penal, com o aumento dos crimes e o aumento das penas. (REALE JÚNIOR, 1994, p. 145)

O medo provocado pelo crescente incremento da criminalidade, bem como a verificação factual da impunidade na atuação repressiva estatal acabam por repercutir frente à coletividade um inverso sentido comunicacional de descrédito nas instituições, a afrontar o sentimento médio de *justiça* das reprimendas penais.

A corrupção impregnada nas instituições públicas, cuja realidade é transportada para o mundo jurídico, repercute junto à sociedade a mensagem comunicacional de que as sanções jurídicas não se aplicam às camadas mais abastadas da população, ficando elas imunes à incidência da lei, destinando-se, em contrapartida, aos pobres e miseráveis as punições juridicamente previstas pelo poder estatal.

A constatação factual de manipulação das normas jurídicas em favor de certas classes privilegiadas revela mecanismos de poder presentes no meio social. Neste particular, reportam-se hodiernamente, nos meios de comunicação, dezenas de casos que sugerem a não incidência das reprimendas penais na proteção dos interesses dos detentores do poder político e econômico. Um simples exame do perfil sócio-econômico dos presos (tanto provisórios quanto definitivos) aponta as discrepâncias de um direito penal segregador e elitista, que destina a pena como instrumento reafirmador dos mecanismos de exclusão social.

Esta advertência tem presente comentários como o de Wacquant (2007, p. 419), para quem:

as autoridades responsáveis pela ordem pública dos diferentes governos que se sucedem num determinado país ou em diferentes países, em um dado momento, combinam, todos eles, com o mesmo ritmo entrecortado e com apenas umas poucas variações menores, as mesmas figuras obrigatórias com os mesmos parceiros: fazer patrulha numa estação de metrô ou num trem de subúrbio, exaltando as medidas anti-crime; visitar, em cortejo, o posto de polícia de um bairro mal afamado; deixar-se posar numa foto coletiva de vitória após uma batida de drogas anormalmente grande; fazer algumas advertências viris aos malfeitores para que, de agora em diante, eles “se comportem bem”; e lançar os faróis da atenção pública sobre os transgressores reincidentes, os mendigos agressivos, os refugiados errantes, os imigrantes que aguardam ser expulsos, as prostitutas de calçada e outros detritos sociais que se acumulam nas ruas das metrópolis *fin-de-siècle*, para a indignação dos cidadãos “respeitáveis”. Por toda a parte, ecoam as mesmas loas à devoção e à competência das forças da ordem, o mesmo lamento em relação à escandalosa complacência dos juizes, a mesma afirmação apressada em prol dos

invioláveis “direitos das vítimas do crime”, os mesmos anúncios tonitruantes prometendo ora “fazer baixar a delinqüência em 10% ao ano” (promessa que nenhum político arrisca lançar em relação ao número de desempregados), ora restaurar o controle do Estado sobre as “zonas do não-direito”, ou ainda aumentar significativamente a capacidade das prisões, ao custo de bilhões de euros.

Ocorre que a impunidade, ao corromper as expectativas sociais de justiça na atuação repressiva estatal, acaba por comprometer a eficácia comunicacional de obediência às normas. A precariedade e ineficiência do aparelho administrativo-judicial na apuração e processamento criminal dos acusados, com a consequente demora na solução das lides, acabam por reforçar o descrédito nas instituições, cujas implicações são transpostas no plano da realidade comunicativa entre os sujeitos.

A isto se adere o desconhecimento da maioria da população quanto aos direitos e garantias constitucionalmente previstas em favor dos acusados, interpretados pela opinião pública como regalias ou privilégios injustificados diante do quadro da realidade de violência socialmente sentida. Neste mister, os meios de comunicação reproduzem um papel destrutivo, ao induzirem a coletividade a conceber uma pretensa passividade e conivência dos poderes públicos à revelia da impotência de uma população amedrontada pela criminalidade.

Assim é que, veiculando que determinado juiz *mandou soltar* um indivíduo *já condenado pela justiça*, omitem os meios de comunicação que o citado condenado possivelmente já fazia *jus* à obtenção do benefício do livramento condicional, instituto jurídico presente em inúmeros países civilizados, inclusive nos reputados pela mídia como *modelos* de justiça criminal.

Da mesma forma, ao veicularem a soltura de um determinado *bandido que já tinha passagens pela polícia*, olvidam os meios de comunicação que, na hipótese ventilada, dita prisão, por sua eventual arbitrariedade e lesão aos ditames da lei, afrontou supostas garantias constitucionais de ordem individual, cuja preservação é condição de existência de um Estado Democrático de Direito.

A sensação de insegurança reflete-se igualmente no plano da estipulação, *in abstracto* e *in concreto*, das penas, comunicando a legisladores e juizes a conveniência em estabelecerem reprimendas penais mais *duras* no sentido de refrear a criminalidade.

Dada a pretensa morosidade e benevolência do aparelho repressivo estatal em punir os infratores da lei, o sentido comunicacional de pena socialmente construído revela pretensões de verdade tendentes ao descrédito nas instituições e à perda de confiança na capacidade intimidatória da pena. Ditas pretensões de verdade, manifestadas no discurso, propiciam a quebra no acordo racional entre os sujeitos, provocando, por parte do Estado, alterações na pena de forma a novamente obter a sua legitimação no *consenso* entre os participantes.

Nesta ordem, vê-se então o Estado compelido a promover, estrategicamente, modificações no quadro das reprimendas penais, de forma a estabilizar expectativas frustradas com a quebra na alegada capacidade intimidatória da pena. Ainda que eventualmente ciente da ineficácia desta medida, atua o Estado no envidamento do mecanismo utilitário da pena de forma a preservar o *status quo* socialmente instituído.

A imposição estratégica da pena como necessário instrumento de defesa social frente à criminalidade busca coadunar-se com o conjunto de garantias constitucionais de ordem individual, acabando por engendrar paradoxais manifestações de sua política criminal, gravitando em torno de um direito penal mínimo e de um direito penal máximo.

Encontrando profundas limitações em sua tarefa de garantia da segurança pública, o Estado, cada vez mais pressionado pela opinião pública, vê-se forçado a utilizar estrategicamente o Direito Penal como instrumento *simbólico* para a consecução de seus fins.

A realidade simbólica do Direito é reconhecida por Neves (1994, p. 34), para quem determinados grupos sociais buscam a influência sobre a atividade legiferante de tal forma a dissuadir determinadas condutas que não se coadunam aos valores por eles compartilhados, satisfazendo as suas expectativas apenas com a expedição do ato legislativo. Em referência a Gusfield, Neves (1994, p. 35) cita como exemplo de legislação simbólica o caso da “lei seca”, nos Estados Unidos:

A tese central de Gusfield afirma que os defensores da proibição de consumo de bebidas alcoólicas não estavam interessados na sua eficácia instrumental, mas sobretudo em adquirir maior respeito social, constituindo-se a respectiva legislação como símbolo de *status*. Nos conflitos entre protestantes/nativos/defensores da lei proibitiva e católicos/imigrantes contrários à proibição, a “vitória legislativa” teria funcionado simbolicamente a um só tempo como “ato de deferência para os vitoriosos e de degradação

para os perdedores”, sendo irrelevantes os seus efeitos instrumentais.

No plano da ação comunicativa, a opinião pública²⁶⁹ assume posição de destaque ao influenciar e promover alterações nas pretensões de verdade dos participantes do discurso. Aqui, o sentido comunicacional da pena ocasiona modificações no acordo racional obtido pelos sujeitos (destinatários da norma). Estas modificações promoverão, por conseqüência, alterações no âmbito das normas penais, de forma a se coadunarem com as pretensões de verdade socialmente sentidas e esperadas pelo grupo social, ocasionando constantes modificações no Direito Penal.

Ripollés (2005, p. 195) comenta a reivindicação feita por Habermas do papel desempenhado pela opinião pública na tarefa de criação do Direito. Para Habermas, a opinião pública seria um fenômeno social elementar, situado no mesmo plano dos conceitos sociológicos de ação ou de autor social, correspondendo a uma “estrutura de comunicação de pareceres que utiliza a linguagem natural e que se desenvolve no mundo da vida”. A diferença entre a opinião pública e as interações da vida privada repousaria no fato de aquela se projetar em um número cada vez maior de sujeitos, que entram em contato recíproco através dos meios de comunicação, contribuindo para a formação da vontade coletiva institucionalizada.

Habermas (1984a, p. 288) entende a impropriedade de se definir a existência de *uma* opinião pública, sendo mais apropriado falar em tendências isoladas que, sob determinadas condições, atuam na formação da opinião pública, razão pela qual ela só pode ser definida comparativamente. Para ele:

O grau de caráter público de uma opinião pode ser medido pelo seguinte: até que ponto este provém da esfera pública interna à organização de um público constituído por associados e até que ponto a esfera pública interna à organização se comunica com uma esfera pública externa que se constitui no intercâmbio jornalístico-publicitário através das mídias e entre organizações sociais e instituições estatais.

Semelhante raciocínio expõe Melo (1998, p. 207-209), para quem o fenômeno da

²⁶⁹ “Por opinião pública deve-se entender, no plano operacional no qual nos movemos, a opinião de um coletivo qualificado de pessoas, mais concretamente, daquelas que determinam os conteúdos dos meios formadores de opinião. Refiro-me, entre outros, aos redatores, roteiristas ou editores, aos articulistas e comentaristas habituais e, em geral, a todos aqueles que têm capacidade significativa para selecionar as matérias a tratar e para decidir o modo de aproximação e ênfase das mesmas; e não se pode esquecer, obviamente, dos diferentes setores privados, corporativos, políticos... que, ao redor desses meios, terminam por condicionar ou influir em seus conteúdos”. (RIPOLLÉS, 2005, p. 30)

opinião pública pressupõe a existência de opiniões minoritárias, correspondendo na verdade a um fenômeno dialético resultante do choque entre opiniões divergentes diante de um fato, buscando uma delas captar as atenções e as preferências da maioria dos indivíduos. No entanto, a opinião pública²⁷⁰ só pode ser determinada quando se manifestar explicitamente através das opiniões individuais, de tal forma que, quantificadas as opiniões individuais, e definida a tendência majoritária, tem-se a *opinião pública*. Melo aponta a opinião pública como um produto da atividade social, daí resultando a sua dinâmica e a sua sujeição à influência dialética das opiniões que refletem as forças vivas da sociedade.

As considerações a respeito da opinião pública ganham revelação a partir do momento em que estas passam a ser o *termômetro social* para a modificação legislativa das normas penais e processuais penais.

Em outras palavras, a alteração nas pretensões de verdade presentes no discurso jurídico promove modificações no acordo racionalmente obtido, sendo que a busca de um novo *consenso* pelos sujeitos visa reabilitar a legitimidade da norma frente a todos os destinatários. Observe-se que esse acordo não pode ficar restrito a um mundo dos especialistas em Direito, protegidos na *torre de marfim* de um jargão hermético e inacessível, nem, tampouco, ficar ao sabor de uma pressão da opinião pública episodicamente comovida por uma campanha sistemática da mídia.

Neste contexto, ganha relevância a necessidade de distinguir-se entre um *movimento de opinião* episódico, ainda que maciço, e um *consenso* que se possa aproximar do *consenso verdadeiro* que Habermas preconiza.

O acordo racional obtido pelos sujeitos, consoante Habermas, engloba um equilíbrio de poder entre as partes envolvidas e uma capacidade de generalização de interesses negociados, elementos sem os quais não se poderia falar em acordo, mas somente em um *pseudo-acordo*. Não obstante, estes pseudo-acordos já equivalem e exprimem formas de legitimação cuja função é a de justificar que as pretensões de validade do sistema normativo são legítimas, evitando, desta forma, que sejam questionadas no plano discursivo pelos sujeitos intersubjetivamente

²⁷⁰ “o processo da comunicação coletiva (mecânico, indireto, unilateral) não basta a si mesmo. Depende, para sua eficácia, do processo da comunicação interpessoal. Pois o fenômeno comunicativo, com os seus efeitos culturais, está condicionado à dinâmica dos grupos dentro da sociedade. Aparentemente, os “mass media” atingem globalmente a sociedade; mas, na prática, o conteúdo das suas mensagens é refletido, digerido, analisado dentro dos grupos, vindo daí a adoção de opiniões e de atitudes”. (MELO, 1998, p. 194)

relacionados. (HABERMAS, 1980, p. 142-143)

A estrutura do discurso racional ou fundamentante está determinada pela regra do dever de prova e outras que a ela se ligam. O que dá o sentido da sua unidade é a possibilidade pragmática do discurso, ou seja, as regras compõem uma unidade em função da possibilidade de comportamentos discursivos fundamentantes.

Para Chamon Júnior (2007, p. 126), o processo de legitimação do Direito se dá por duas vias, a saber:

a) pela via da correção do procedimento em que as normas foram estatuídas e b) pela possibilidade de, além desta correção, também ser capaz de uma justificação material – para além da forma representada pelo procedimento. Destarte, estabelece HABERMAS uma diferenciação entre meios capazes de se verificar a “legitimidade” do Direito. Há uma justificação formal, garantida pela correção do procedimento de produção normativa, inclusive, apontado pelo autor como *única forma de legitimidade possível para o positivismo* (WEBER), e, por outro lado, haveria uma justificação material que, não desprezando a formal, permitiria ainda uma legitimidade perante o mundo da vida, isto é, para além do *mero processo* de produção normativa.

Nesta ordem, na primeira via de legitimação o que se busca é a adequação da própria norma ao sistema jurídico vigente. Aqui, a norma encontra legitimidade porque está em consonância com o próprio ordenamento. Na segunda via de legitimação, o que se busca é a sua justificação frente aos destinatários sociais da norma (legitimidade perante o mundo da vida), o que depende, todavia, de um processo de argumentação. Daí decorre que, para Chamon Júnior (2007, p. 127), a averiguação da legitimidade da instituição jurídica deve se dar tanto sob o aspecto formal (procedimento formal) quanto material (legitimidade material)²⁷¹.

No que concerne ao formalismo, o direito moderno define âmbitos em que as pessoas podem exercer legitimamente o seu arbítrio. Em outras palavras, pressupõe-se um livre-arbítrio dos sujeitos jurídicos em um determinado âmbito (eticamente neutralizado) de ações privadas, mas que comportam, anexas, consequências jurídicas. (HABERMAS, 1984b, p. 259)

Esses três traços estruturais, segundo Habermas, referem-se:

²⁷¹ Entretanto, segundo o autor, determinadas matérias, em virtude de seu próprio conteúdo, já alcançam sua legitimidade pela estreita via da legalidade formal (a exemplo do Direito Comercial), o que não ocorre com outras matérias (como o Direito Penal ou Constitucional), em que se requer, além da legitimidade formal, também a via da legitimidade material, o que se justifica pelo acentuado conteúdo moral destas áreas do Direito. (CHAMON JUNIOR, 2007, p. 127)

- a) ao modo de validez do direito e de criação do direito;
- b) aos critérios de punibilidade;
- c) ao modo de sanção;
- d) ao tipo de organização da ação jurídica.

Nesta ordem, tais estruturas definem um sistema de ação em que se supõe que todas as pessoas se comportam estrategicamente, obedecendo, em primeiro lugar, às leis a título de convênios publicamente sancionados, passíveis, no entanto, de legítima modificação; em segundo lugar, perseguem seus próprios interesses sem atender a aspectos éticos; em terceiro lugar, tomam, de acordo com tal orientação conforme os próprios interesses, as decisões *ótimas*²⁷² no marco das leis vigentes (tomando em consideração as conseqüências jurídicas), de forma que todos os sujeitos jurídicos acabam por fazer uso de sua autonomia de modo racional com respeito a fins. (HABERMAS, 1984b, p. 259-260)

Habermas promove uma separação clara entre legalidade e legitimidade²⁷³, daí a sua flagrante oposição a Max Weber. Consoante lição de Chamon Jr. (2007, p. 140-141), Habermas rebate qualquer tentativa de se conferir legitimidade à legalidade como algo inerente ao Direito. Ao contrário, Habermas propõe que a legitimidade do Direito se derivaria da relação interna entre Direito e Moral, “e não de um procedimento formal capaz de encobrir sob o manto da ‘legitimidade’ (formal) quaisquer conteúdos ainda que moralmente insustentáveis”.

Legitimidade e legalidade são realidades indissociáveis. Para ser legítima, pressupõe-se a concordância da lei aos procedimentos formais para ela estabelecidos. Não obstante, num Estado Democrático de Direito não encontra validade uma lei que não possua legitimidade. A título de ilustração, exemplifica Schmitt (1982, p. 50) que uma resolução majoritária do Parlamento inglês não bastaria para fazer da Inglaterra um Estado soviético (comunista), já que dita norma não encontraria legitimação frente aos seus destinatários.

²⁷² *Ótima* é tomada no sentido de *racional*, decisão esta capaz de atingir o fim desejado de acordo com as expectativas de comportamento dos destinatários das normas.

²⁷³ “Só se tem sentido falar em legitimidade da legalidade à medida em que a juridicidade se abre e incorpora a dimensão da moralidade, estabelecendo assim uma relação com o Direito que, ao mesmo tempo, é interna e normativa. Em síntese, só é legítima a legalidade circunscrita em uma racionalidade cujo procedimento se situa entre processos jurídicos e argumentos morais”. (MOREIRA, 2002, p. 74)

A legitimidade pressupõe uma previsibilidade de comportamento dos destinatários da norma, com vistas à sua aceitação. Somente em um ordenamento em que a segurança jurídica seja um princípio predominante podem os cidadãos defender adequadamente seus interesses e direitos. Assim, somente a razoável expectativa de que os titulares do poder público e demais sujeitos de Direito vão se comportar de maneira respeitosa diante das leis é que possibilita aos cidadãos estruturarem-se em todos os planos de suas vidas. (GUERRA; ESPÍN; MORILLO, 2007, p. 66)

O estudo da legitimidade das normas jurídicas envolve o estudo do surgimento do próprio Estado. A noção de um *contrato social* é dada, consoante revela Hénaff (1931, p. 85)²⁷⁴, com a própria Revolução Francesa, em 1789. Esta visava trazer para o plano da realidade as teorias filosóficas que destruíram as bases da sociedade francesa e da monarquia absoluta, conferindo a esta nova sociedade o princípio de um *contrato*, erigindo-se, com base na penalidade²⁷⁵, a idéia de *contrato social*.

De uma forma ou de outra, as regras penetram, segundo Hénaff (1931, p. 172), a intimidade das consciências individuais, que aceitam com fidelidade a estrita observância do direito moral e ideal. Assim, o Direito conteria forças em equilíbrio, interesses comuns ligados, uma razão que os iluminaria e um ideal que os dominaria. Quanto à justiça, esta corresponderia a um processo evolutivo, correspondente à *moralização progressiva de forças brutas*.

Nesta visão, a própria democracia assume uma nova vertente legitimadora. A sua legitimidade decorreria não mais de uma aprovação coercitiva dos interessados, mas de um processo em que seus destinatários pudessem, como sujeitos livres e iguais, tomar parte numa formação discursiva de vontade. (HABERMAS, 1990, p. 226-227)

²⁷⁴ No original: “La Révolution de 1789 était plus qu’une révolution *politique*, c’était une révolution *sociale*; elle essaya de traduire en fait et de réaliser dans la pratique, dans ce qu’elles avaient de bon et dans ce qu’elles avaient de désastreux, les théories philosophiques qui avaient ruiné les bases de l’ancienne société française et de la monarchie absolue qui en avait été la dernière expression. Elle voulut donner à la société nouvelle, pour unique fondement, le principe que la société était *un contrat*, la loi *un contrat*, la création du pouvoir, le résultat d’un *contrat*; elle dut, pour être logique, et ce n’était pas par la logique qu’elle péchait, donner pour base à la pénalité le principe du *contrat social*, ce principe que Rousseau, Beccaria, Voltaire, Mably avaient accredité dans la philosophie, et que Servan et Dupaty, comme magistrats, Linguet, Élie de Beaumont, Target et Lacretelle, comme avocats, avaient transporté dans le monde judiciaire”.

²⁷⁵ A penalidade, para Hénaff, era vista de duas maneiras: 1) relacionando-se ao direito de punir, cujo poder social investido era o direito que cada indivíduo havia cedido sobre ele mesmo em caso de violação do contrato.; 2) Relacionando-se ao direito de cada indivíduo de se defender contra seus semelhantes em caso de agressão. De acordo com Hénaff, a primeira concepção foi adotada pelos filósofos e publicistas, sendo a segunda adotada pelos juristas. (HÉNAFF, 1931, p. 85-86)

Habermas (1997, p. 218-219)²⁷⁶, do ponto de vista da legitimidade, considera indissociáveis o Direito e a Moral, admitindo uma relação de complementariedade entre estas duas realidades. Nesta perspectiva, contrariamente ao que propugna o direito positivista, a moral não paira sobre o direito; do contrário, *emigra* para o direito positivo, sem, no entanto, perder a sua identidade, de tal sorte que tanto o Direito como a Moral controlam-se mutuamente²⁷⁷.

Sublinhando a íntima relação entre Direito e Moral na perspectiva habermasiana Agra (2008, p. 413) afirma:

O Direito moderno, para Habermas, se caracteriza pelas exigências concomitantes de posituação e de fundamentação argumentativas, baseadas em parâmetros éticos morais. No que se difere dos positivistas tradicionais que sustentam poder ser a legitimidade obtida apenas pelo procedimento, destituída de qualquer tipo de conteúdo material. A institucionalização das decisões judiciais é realizada de uma dupla forma: obedecendo ao procedimento que fora previamente estipulado, quando cada ato acarretará uma consequência prevista no ordenamento, e que a decisão proferida seja sustentada pelo critério fornecido pelo melhor argumento, com a abertura de um canal para os preceitos morais. A legitimação do Direito é obtida por meio de procedimentos, que se desenrolam através de uma seqüência de atos jurídicos, cuja decisão será tomada com base no argumento mais robusto, imbuída de preceitos morais. Assim, dessa forma, a legitimação procedimental do Direito fundamenta-se em princípios morais. A única coerção admitida durante o procedimento judicial é a força exercida pelo melhor argumento, em uma relação de

²⁷⁶ “Não podemos apagar simplesmente as fronteiras que separam o direito da moral. Os procedimentos oferecidos pelas teorias da justiça para explicar como é possível julgar algo do ponto de vista moral só têm em comum, com os processos juridicamente institucionalizados, o fato de que a racionalidade dos procedimentos deve garantir a “validade” dos resultados obtidos conforme o processo. Os processos jurídicos aproximam-se mais das exigências de uma racionalidade procedimental completa, uma vez que dependem de critérios institucionais independentes, os quais permitem constatar, na perspectiva de um não-participante, se uma decisão surgiu conforme as regras ou não. Ao passo que o processo dos discursos morais, não regulados juridicamente, não consegue preencher esta condição. Neles, a racionalidade procedimental é incompleta. E, para saber se algo foi julgado do ponto de vista moral, é preciso decidir na perspectiva de participantes, pois não existem outros critérios externos aos objetivos. Entretanto, nenhum dos dois tipos de processos pode realizar-se sem idealizações, especialmente sem os pressupostos comunicacionais da prática de argumentação, eles são inevitáveis no sentido de uma coerção transcendental fraca. A própria fragilidade de tal racionalidade procedimental imperfeita nos faz entender, sob pontos de vista funcionais, por que determinadas matérias têm que ser reguladas pelo direito e não pelas regras morais pós-tradicionais. Pouco importa a feição do procedimento escolhido para examinar se uma norma poderia encontrar o assentimento racionalmente motivado de todos os possíveis envolvidos. Ele não garante a infalibilidade, nem a univocidade e, menos ainda, o surgimento do resultado no prazo devido. Para fundamentar normas, uma moral autêntica só dispõe de processos falibilistas”. (HABERMAS, 1997, p. 216)

²⁷⁷ “Nos discursos jurídicos, o tratamento argumentativo de questões práticas e morais é domesticado, de certa forma, pelo caminho da institucionalização do direito, ou seja, a argumentação moral é limitada: a) metodicamente através da ligação com o direito vigente; b) objetivamente, em relação a temas e encargos de prova; c) socialmente, em relação aos pressupostos de participação, imunidades e distribuições de papéis; d) temporalmente, em relação aos prazos de decisão. De outro lado, porém, a argumentação moral também é institucionalizada como um processo aberto que segue a sua própria lógica, controlando sua própria racionalidade”. (HABERMAS, 1997, p. 218-219)

complementariedade entre o Direito e a moral.

Desta forma, Habermas, contrariamente a Max Weber²⁷⁸, negando que a legitimidade possa ser auferida exclusivamente com base nos procedimentos, propõe, no processo de construção das decisões jurídicas, que estas, além de atenderem aos procedimentos previstos no sistema²⁷⁹, permitam o espaço para a justificação da norma, o que só pode ser conseguido por meio de uma abertura para os preceitos morais.

De acordo também com Moreira (2002, p. 31-32), a noção de Habermas a respeito do acordo normativo (aceitação pelos destinatários da norma) opõe-se à concepção de Max Weber. Enquanto que para este o acordo normativo estaria firmado na tradição, para Habermas estaria firmado no consenso entre os participantes, onde “a ação comunitária do tipo *convencional* é substituída por uma ação societária do tipo *racional*”.

Esta indissociabilidade entre Direito e Moral²⁸⁰ é visualizada por Habermas não apenas no plano individual, mas também no plano legislativo, cuja legitimidade, em ambos, deve estar assentada em processos racionais. A abertura para a argumentação moral impede que a autonomia do direito se estruture apenas em uma autonomia sistêmica, ou seja, que adquira autonomia apenas para si mesmo.

²⁷⁸ “Max Weber interpreta as ordens estatais das sociedades ocidentais modernas como desdobramentos da “dominação legal”. Porque a sua legitimidade depende da fé na legalidade do exercício do poder. Segundo ele, a dominação legal adquire um caráter racional, pois a fé na legalidade das ordens prescritas e na competência dos que foram chamados a exercer o poder não se confunde simplesmente com a fé na tradição ou no carisma, uma vez que ela tem a ver com a racionalidade que habita na forma do direito e que legitima o poder exercido nas formas legais. Esta tese desencadeou grande discussão. E, durante o seu desenrolar, Max Weber introduziu um conceito positivista do direito, segundo o qual direito é aquilo que o legislador, democraticamente legitimado ou não, estabelece como direito, seguindo um processo institucionalizado juridicamente. Sob esta premissa, a força legitimadora da forma jurídica não deriva de um possível parentesco com a moral. Isso significa que o direito moderno tem que legitimar o poder exercido conforme o direito, apoiando-se exclusivamente em qualidades formais próprias. E, para fundamentar essa “racionalidade”, não se pode apelar para a razão prática no sentido de Kant ou de Aristóteles. Isso significa, para Weber, que o direito dispõe de uma racionalidade própria, que não depende da moral. Aos seus olhos, a confusão entre moral e direito pode, inclusive, colocar em risco a racionalidade do direito e, com isso, o fundamento da legitimidade da dominação legal. Segundo ele, todas as correntes contemporâneas que “materializam” o direito formal burguês são vítimas desta moralização fatal”. (HABERMAS, 1997, p. 193-194)

²⁷⁹ No processo de legitimação são utilizados instrumentos operacionais, constituídos por regras e princípios. (FERRAZ JUNIOR, 1989, p. 23)

²⁸⁰ No que tange à coexistência entre Direito e Moral, esclarece Silva que “em lugar de distinção substancial, melhor será falar em variações e pontos de contato entre a Moral e o Direito, para só quantitativamente se referirem alguns elementos que ética ou tecnicamente predominam na construção das normas de comportamento: processo de elaboração, campos de incidência do preceito e objetivos específicos”. (SILVA, 1979, p. 251)

(HABERMAS, 1997, p. 246-247)

Para Habermas, “o direito reclama não apenas aceitação; ele demanda dos seus endereçados não apenas um reconhecimento fático, mas também reivindica *merecer* o reconhecimento”. Aí se encontra, justamente, a necessidade de abertura para a argumentação moral²⁸¹, servindo esta, como esclarece Reese-Schaffer (2008, p. 77-78), como o modelo processual de averiguação da formação da vontade, exteriorizada pelas pretensões de validade hipotéticas. Nesta ótica, “a legalidade só é legítima à medida que os discursos jurídicos forem permeados por discursos morais”.

Em igual sentido, abordando a íntima ligação dos valores na lógica jurídica formal, aponta Canaris (2002, p. 31-33):

“Este carácter axiológico e teleológico da ordem jurídica implica que, comparativamente, os critérios lógico-formais tenham escasso significado para o pensamento jurídico e para a metodologia da Ciência do Direito. Na verdade, a Ciência do Direito, na medida em que aspire à cientificidade ou, pelo menos, à adequação racional dos seus argumentos, está evidentemente adstrita às leis da lógica; contudo essa ligação não é condição necessária nem suficiente para um pensamento jurídico correcto; mais ainda: os pensamentos jurídicos verdadeiramente decisivos ocorrem fora do âmbito da lógica formal. Assim sucede com o que é a essência do Direito, com o encontrar as decisões de valor, com o manuseamento esclarecido dos valores, pensando-os até o fim e, a concluir, num último estádio, executando-os”.

²⁸¹ Registre-se, no entanto, que apesar da íntima relação entre o Direito e a Moral, Habermas promove clara distinção entre os dois conceitos, consoante revela Reese-Schaffer: “do ponto de vista funcional, a Moral sofre de duas fraquezas. A primeira seria uma fraqueza cognitiva. Nos processos morais, a possibilidade de se saber se tal norma obteria o consentimento dos possíveis envolvidos não garante a adesão necessária, pois nesse procedimento não se garante a “infallibilidade, nem a univocidade e, menos ainda, o surgimento do resultado no prazo devido”. Em sociedades complexas, as relações sociais se dão sob a égide de um tal pluralismo, já que a aplicação de processos falibilistas, como os decorrentes dos discursos morais, implicaria uma incerteza estrutural. A outra seria uma fraqueza motivacional. A moralidade não seria capaz de acoplar ao seu redor, sozinha, uma motivação para o agir, pois delas não se depreende uma obrigatoriedade geral (...) o Direito, para Habermas, assume, diferentemente da Moral, uma dimensão instrumental. Enquanto a Moral é fim em si mesma, o Direito pode servir como instrumento a partir do momento em que serve para efetivar decisões políticas. Mais do que uma relação de complementaridade, interessa para Habermas a pesquisa pelo entrelaçamento realizado entre a Moral e o Direito. Nesse sentido, a Moral não é entendida mais como um conteúdo metafísico ao invés, imigra para o Direito positivo, sem, no entanto, perder sua identidade. Como não possui um conteúdo metafísico, a Moral se constitui enquanto procedimento que permite a busca da fundamentação das normas, segundo conteúdos normativamente fracos. Esse entrelaçamento entre os procedimentos jurídico e moral permite um controle mútuo entre ambos”. (REESE-SCHAFER, 2008, p. 78-80)

Para Moreira (2002, p. 74), a abertura do Direito para a Moral²⁸² possibilitou uma ampliação dos princípios jurídicos no ordenamento, isso porque certos princípios morais foram sendo evolutivamente incorporados ao mundo do Direito, assumindo, concomitantemente, a feição de *princípios jurídicos*.

Mas como é possível o surgimento da legitimidade a partir da legalidade? Esclarece, então, Reese-Schafer (2008, p. 80-81):

depreende-se da circunstância de que a legalidade é oriunda de um processo de legislação que, em princípio, é democrático. Nesse sentido, o procedimento parlamentar assume a perspectiva de uma racionalidade prático-moral. Ora, essa normatividade decorre da circunstância de que são levadas em consideração, para a elaboração da vontade do legislador, todas as possíveis manifestações da vontade soberana do povo, de modo a não se excluir nenhuma, e essa vontade legislativa depende da formação discursiva da vontade na esfera pública e política. Assim, a legitimidade do ordenamento jurídico depreende-se de sua abertura para a busca racional das condições de validade que se institucionalizam através de um procedimento que incorpora em suas entranhas a dimensão moral.

Assim, Habermas propõe resolver o problema da legitimidade do Direito a partir da própria legalidade, utilizando, para tal, o princípio da *democracia*. (DUTRA, 2005, p. 189). No plano legislativo, a norma encontraria legitimação em função da representação democrática da vontade popular, abrindo espaço para as diversas manifestações de vontade racionalmente mediatizadas no processo comunicativo de elaboração das leis. Nesta perspectiva, o direito positivo já nasce com uma expectativa de legitimidade, ou seja, uma expectativa de aceitação racional da norma pelos seus destinatários. (DUTRA, 2005, p. 199)

Em outras palavras, para Habermas²⁸³, a legalidade extrai a sua legitimidade por

²⁸² “Temos que a técnica jurídica afasta a arbitrariedade das decisões no âmbito do Direito, uma vez que a sistemática do ordenamento jurídico possibilita um desenrolar plenamente calculável e, por sua vez, uma base deontológica que permite a introdução de normais morais em seu bojo. As normas jurídicas, além de estipular condutas juridicamente aceitas ou reprováveis, articulam um nexo interno que fornece as diretrizes para as atitudes do Estado. Portanto, essas normas reúnem em si diretrizes de comportamento tanto para os sujeitos de Direito privado quanto para os sujeitos de Direito público”. (MOREIRA, 2002, p. 73)

²⁸³ Note-se que pode haver um distanciamento significativo entre as pretensões de verdade dos sujeitos comunicantes. Conforme afirma Hassemer: “As dificuldades de compreensão entre os juristas e os leigos, os problemas de tradução entre a linguagem técnica jurídica e a linguagem do cotidiano, são frequentemente atribuídos ao “distanciamento da realidade” dos juristas e à sua dogmática artificial. Esta dogmática documentada se contrapõe às ciências sociais como “ciências da realidade”. Mas uma integração das ciências sociais à ciência do Direito servirá como auxílio na superação das dificuldades comunicativas dos juristas? Claro que não. Na verdade os juristas (penalistas) e os cientistas sociais reúnem seu respectivo conhecimento sobre a realidade a partir de interesses distintos, na verdade eles falam uma linguagem diferente. Porém nem mesmo as ciências sociais

meio de uma racionalidade procedimental de conteúdo moral. Assim, pode-se dizer que uma norma encontra legitimidade se ela é aceita pelo interesse geral, sendo, entretanto, passíveis de discussão as pretensões de verdade que as legitimam, podendo ser questionadas a qualquer momento pelos participantes.

.As pretensões de verdade reivindicadas em boa-fé, no entender de Habermas, sobrenadarão às ações estratégicas que contemplam interesses não universalizáveis e apenas os atos comunicativos serão examinados reciprocamente com vistas ao entendimento. Esta esperança não é meramente um *wishful thinking*; é o postulado de racionalidade (comunicativa) dos sujeitos participantes.

4.3 O SENTIMENTO DE JUSTIÇA DA PENA

Não se concebe uma instrumentalização teleológico-estratégica da pena de forma a preencher, pura e simplesmente, *anseios sociais* de exacerbamento repressivo frente ao medo e à insegurança diante da criminalidade. Os argumentos proferidos sob tais condições *não corresponderão a argumentos racionais*. Isso porque, recordando-se a lição já exposta, estes envolvem a busca de interesses universalizáveis (comuns a todos os participantes), de tal sorte que as proposições argumentativas manifestadas pelos sujeitos, tendentes a uma exasperação irracional da pena em momentos de irreflexão, *não encontrarão guarida* no acordo racional entre os sujeitos.

Isso ocorre porque as garantias constitucionais de ordem individual também correspondem a argumentos racionais (pretensões de verdade) midiáticas no plano do discurso, cuja força *ilocucionária* atua de forma a fazer prevalecer, como melhor argumento, um sentido de pena que não implique a supressão de direitos e interesses socialmente sentidos pelos destinatários da pena. Neste mister, a própria experiência histórica demonstra a inconveniência e ilegitimidade social de uma atuação repressiva alheia às garantias mínimas dos direitos do indivíduo, a tornar inconciliáveis perspectivas engendradoras de um direito penal máximo, expressíveis comunicativamente.

Esta é a razão pela qual ditas proposições comunicativas, enquanto pretensões de

estão ligadas diretamente à "realidade", elas também tem uma dogmática, cujas estruturas de relevância produzem de modo distinto a realidade que para elas é significativa". (HASSEMER, 2005, p. 141)

verdade manifestadas no discurso, não alcançam a força do *consenso*, ou seja, não preenchem o acordo racionalmente motivado que orientará as ações racionais dos sujeitos. Isso porque atuam no processo comunicativo pretensões de verdade (expressas em princípios e regras de ordem jurídica), que, manifestadas no plano de uma situação de fala ideal, *igualmente* buscam a sua legitimação pela força do melhor argumento, acabando por inviabilizar, no plano racional do discurso, a adesão, pelos participantes, a soluções extremistas. Nesta ordem, as soluções obtidas pelo *consenso* racionalmente motivado entre os sujeitos pressupõem a compatibilização entre um eventual incremento punitivo e as garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito.

O consenso universal sobre a pena nunca é alcançado, mas apenas um consenso *empírico*, que pode se aproximar cada vez mais do consenso *universal* na medida em que as pretensões de verdade encontrarem fundamentação nos argumentos substanciais oferecidos e aceitos pelos sujeitos, *no contexto de uma situação de fala ideal* que deve ser pressuposta, a fim de que o melhor argumento possa manifestar-se no plano discursivo.

No plano da racionalidade comunicativa, de nada adianta conceber a pena como um ato de *retribuição* ou *prevenção* se a pena, enquanto pretensão de verdade, não encontrar guarida no acordo racional entre os sujeitos, situação em que a perda de sua validade social denunciará a inconveniência do seu sentido punitivo. Em igual medida, a concepção de pena como um ato de *ressocialização* não alcançará validade social se não se revelar, na perspectiva do condenado, o melhor argumento racional orientador de suas ações individuais.

Recorde-se a afirmação já exposta de que a perspectiva da pena enquanto ato comunicativo não envolve uma mera adequação aos *desejos* ou *vontades* dos destinatários sociais da norma. O acordo aqui obtido, não é demais repetir, é dito *racional* justamente porque os participantes têm consciência de que um *consenso* só poderá surgir a partir de interesses universalizáveis, ou seja, *comuns* a todos os participantes. Nesta medida, os sujeitos têm consciência de que a pena, em sua natureza coercitiva, repercutirá na limitação das suas liberdades individuais. O *consenso* racionalmente obtido pelos participantes permite adequar as pretensões punitivas (pretensões de verdade) aos argumentos racionais dos destinatários da pena, harmonizando as expectativas sociais de obediência às normas.

Na perspectiva do consenso racional obtido pelos sujeitos, uma pena que se apresente (em seu sentido comunicacional) como inócua ou benevolente poderá repercutir, como pretensão de verdade, na alteração do acordo racional entre os sujeitos, de tal sorte a promover modificações no âmbito da norma. Semelhante efeito se produzirá ao se revelar a pena atentatória às garantias constitucionais (estas, pretensões de verdade igualmente presentes ao discurso racional entre os sujeitos), perdendo, então, sua força *ilocucionária* como o melhor argumento racional no plano do discurso.

Na medida em que se harmonize ao *consenso* racionalmente obtido pelos sujeitos, orientador das ações racionais dos participantes, a pena revelar-se-á como *justa*. Mas justa não na perspectiva isolada de um sujeito que a proclame, mas sim perante *todos os seus destinatários sociais*.

Ignorar esta realidade é ignorar a própria dinâmica comunicativa das interações sociais, olvidando, ainda, a constatação factual de que a mudança no caráter histórico da reprimenda penal sempre se deveu a alterações socialmente sentidas no caráter comunicacional da pena frente aos destinatários.

Os indivíduos, compactuando com as regras presentes no seio social, tendem, segundo Rawls (2003, p. 6-7), a uma cooperação mútua no atingimento de fins universalizáveis, sobretudo numa sociedade democrática. Assim é que Rawls concebe a sociedade como um sistema equitativo de cooperação social, perpetuado de geração a geração, e formado por homens livres e iguais.

Esta tendência à associação de pessoas livres para, comunicativamente, atingirem fins comuns, manifesta-se em diferentes sentidos no plano social. A propósito, Hall (2001, p. 49) aponta a própria idéia de nação como reveladora de um sistema de representação cultural, que, como uma comunidade simbólica, promove identidade e lealdade entre os participantes.

Note-se que a vigência de uma norma é conseguida não apenas em virtude da ameaça de punição, mas, anteriormente a ela (e em essência), pela própria aceitação social dos seus destinatários. Este papel, no entanto, não é meramente passivo, mas comunicativamente ativo no processo de construção das normas sociais.

Neste diapasão, Machado Neto (1987, p. 415) entende que o poder social, acima de

qualquer poder político institucionalizado, mantém íntimas relações com o Direito, sendo esse poder o mecanismo sociológico da vigência, não apenas aceitando as normas sociais, mas provocando o aparecimento de outras normas. Para ele:

mesmo quando a norma legal já está regulamentada, cabem pressões da opinião pública sobre juízes, tribunais e funcionários administrativos a quem está afeta a aplicação das normas aos casos particulares. Casos há mais ostensivos, em que a própria norma deixa ao poder social a sua complementação, tal como se dá quando a norma refere conceitos eminentemente sociais como pudor, bons costumes, bom pai de família, pessoa nimamente pobre etc... Assim se esclarece que, sob o ordenamento jurídico-positivo vigente existe uma realidade social que, além de produzi-lo inicialmente, o mantém em vigência e o vai reelaborando sucessivamente de maneira constante e que o condiciona em todos os momentos de sua vida. Há, portanto, um poder social que dá origem ao sistema jurídico e atua incessantemente em sua manutenção e modificação.

Nesta condição, o Estado se apodera do direito/dever de estabelecer, atendendo aos requisitos da positividade, formalidade e legalidade, as normas jurídicas disciplinadoras das condutas sociais.

Discorrendo sobre a natureza deste poder estatal, Bourdieu (2005, p. 212) aponta que o campo jurídico é o “lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito”, com a atuação de agentes com competência técnica para interpretar um corpo de textos que consagram a visão legítima e justa do mundo social²⁸⁴.

Ainda que se utilize da fixação da pena como ato estratégico, indutor de *mutabilidade*, todo o percurso histórico da evolução penal repousa na adequação da pena aos argumentos racionais presentes no consenso racional típico daquele momento histórico, denunciando, pois, a ilusão da perspectiva instrumental em dotar o sujeito da possibilidade de *controlar* ou, mesmo, *antever*, os fins adequados para a pena.

O exame da realidade comunicacional da pena permite evidenciar que o sentido imprimido pelo sujeito estratégico pode não repousar em aceitabilidade pelos seus

²⁸⁴ “É com esta condição que se podem dar as razões quer da autonomia relativa do direito, quer do direito propriamente simbólico de desconhecimento, que resulta da ilusão da sua autonomia absoluta em relação às pressões externas. A concorrência pelo monopólio do acesso aos meios jurídicos herdados do passado contribui para fundamentar a cisão social entre os profanos e os profissionais favorecendo um trabalho contínuo de racionalização próprio para aumentar cada vez mais o desvio entre os veredictos armados do direito e as intuições ingênuas da equidade e para fazer com que o sistema das normas jurídicas apareça aos que o impõem e mesmo, em maior ou menor medida, aos que a ele estão sujeitos, como *totalmente independente* das relações de força que ele sanciona e consagra”. (BOURDIEU, 2005, p. 212)

destinatários. A constatação factual da dissonância entre o caráter estratégico da reprimenda penal e o consenso racionalmente obtido sobre a pena denuncia a imperfeição da racionalidade instrumental na determinação do sentido e medida da pena.

A racionalidade da pena é fundamentalmente *comunicativa*, e secundariamente instrumental. Ela se evidencia no *consenso* entre os seus destinatários, sendo seu sentido comunicacional historicamente construído no apreço ou despreço às condutas socialmente manifestadas no plano da realidade.

Aliás, a definição tradicional de justiça, *dar a cada um o que lhe pertence*, aponta claramente nessa direção. “Dar”, implica fazer com que alguém abandone alguma coisa e que alguém aceite algo. É, portanto, um ato estratégico. Quem, porém, está autorizado a determinar o que a cada um pertence, sem que se gere, nesse mister, o conflito? Apenas o consenso de todos racionalmente construído pela troca de argumentos substanciais na situação de fala ideal.

Nesta medida, se o sentido imprimido à pena pelo sujeito estratégico englobar interesses *universalizáveis* presentes ao consenso entre os participantes, a pena revelar-se-á como *justa*, repercutindo no sentido comunicacional de obediência à norma. Do contrário, se o sentido imprimido pelo sujeito estratégico não espelhar interesses *universalizáveis*, presentes ao consenso, a pena soará como *injusta*, repercutindo no sentido comunicacional de descrédito na norma, e, por via de consequência, nas próprias Instituições.

O preenchimento, no caráter da pena, de interesses universalizáveis viabiliza-se na demonstração, aos seus destinatários, de que a observância da norma não apenas representa interesses do Estado, mas os seus próprios interesses, de tal sorte que a sua observância pelos sujeitos implicará na igual proteção aos seus fins particulares.

Semelhante efeito pode ser manifestado no tocante ao próprio condenado. Na medida em que se lhe revele, no processo de diálogo estabelecido pela pena, que o ato por ele praticado ofendeu não apenas os interesses do Estado e dos demais sujeitos, mas os seus *próprios* interesses, a norma passará a repercutir, em sua racionalidade, reconhecida pelo *consenso* comunicativamente atingido, na própria consciência moral do apenado.

Assim, recuperar o condenado representa, ao contrário de fazê-lo encampar,

forçosamente, realidades e interesses que ele não reconhece como seus, a necessária harmonização das pretensões de verdade dos sujeitos envolvidos, em que o *consenso*, passando a surgir de interesses universalizáveis (comuns), atua de forma a orientar as futuras ações individuais, ao mesmo tempo em que consagra, frente ao Estado, a sua autoridade moral em imputar a pena ao indivíduo concreto.

O Direito aspira a que as suas normas sejam *justas*. Ocorre que, visto o seu universo de incidência repercutir sobre os indivíduos (destinatários das normas jurídicas), a mensuração do *justo* ou *injusto* passa a repousar no sentido comunicacional da norma frente à coletividade, e não na perspectiva isolada do sujeito que assim o declara.

Na medida em que a ordem jurídica contempla, no âmbito da norma, interesses universalizáveis, promove a aderência dos sujeitos desviantes ao consenso, conformando-os ao acordo racionalmente obtido, orientador de suas ações individuais.

Pode-se afirmar então que, na medida em que a pena abranger interesses universalizáveis, promoverá a adequação das condutas desviantes ao consenso racionalmente obtido, harmonizando os argumentos racionais trazidos ao discurso. Do contrário, na medida em que a norma espelhar unicamente os interesses do sujeito que a profere, por não obter receptividade e legitimidade pelos seus destinatários sociais, instará o Estado a utilizar-se do caráter estratégico da pena para obter, coercitivamente, a sua observância.

Todos os indivíduos dotados de racionalidade²⁸⁵ são passíveis de adentrarem ao consenso. Insta, nesta ótica, à norma jurídica a salvaguarda de interesses universalizáveis entre os sujeitos, a fim de que estes possam aderir a dito consenso.

A perspectiva irrealista da racionalidade instrumental está em acreditar na observância invariável das normas jurídicas ainda quando destoantes do *consenso* entre os sujeitos. Inúmeros exemplos poderiam ser dados neste contexto. A famosa “guerra de espadas” na Bahia é apenas um deles.

O que pretende a norma proibitiva não se harmoniza às pretensões de verdade dos adeptos desta prática. Por não espelhar interesses universalizáveis, a norma

²⁸⁵ Excluem-se, desta feita, os *loucos*, que, por não serem capazes de criar uma racionalidade alternativa, não são passíveis de aderirem ao *consenso*.

proibitiva cai em descrédito, em que os praticantes da referida modalidade, antes de se verem intimidados com a ameaça simbólica da sanção, repercutem em suas ações racionais o desvirtuamento da medida juridicamente imposta.

Incumbe à norma, neste contexto, estabelecer, na perspectiva de uma situação de fala ideal, um processo de diálogo com os destinatários, em que a pena repercute diante deles como o melhor argumento racional presente ao discurso, de tal sorte a salvaguardar não apenas os interesses institucionalizados, mas os seus próprios interesses, no caso, a saúde e integridade física. O acordo racionalmente obtido, revelador de uma ação comunicativa, evitará a utilização da pena meramente como *ato estratégico*, sendo a crença falida no seu *potencial intimidatório* cada vez mais denunciadora da imperfeição do sistema.

A criminalização da figura do usuário de drogas ilícitas representa outro exemplo. Visualizam-se, neste contexto, duas realidades flagrantemente conflitantes. De um lado, o Estado, considerando *criminoso* o consumo de substâncias entorpecentes, *ordena* à coletividade (e ao condenado, individualmente considerado) que fiquem longe das drogas. De outro lado, na perspectiva do usuário, a droga muitas vezes representa seu único refúgio ou prazer, ou, mais ainda, o seu direito *inegociável* expressivo de seu *jus libertatis*. Em outras palavras, a proibição estatal lhe soa como *orquestra para surdos*, onde o recurso previsto na lei 11.343/06 (de admoestação verbal e multa para forçar-lhe o *enquadramento*), soa inócuo, para não dizer *patético*.

Como então garantir, sob tais condições, a legitimidade e justificação da norma frente aos seus destinatários? O único meio se revela na busca, pela pena, do *diálogo* entre o Estado e o indivíduo, viabilizado na perspectiva de uma situação de fala ideal. A autoridade moral do Estado, nesta medida, não repousará numa qualidade superior que lhe seja ínsita, mas na força do melhor argumento por ele demonstrado (frente aos seus destinatários) de que o consumo de drogas não apenas fere interesses estatais, mas os seus próprios interesses, revelando-se-lhes, nesta medida, como *legítima e justa* a reprimenda penal.

Aí repousa, justamente, o grave equívoco da perspectiva instrumental: apesar de se dizer *democrática*, por não manifestar uma situação de fala ideal (igualitária oportunização de atos de fala pelos sujeitos), inviabiliza, no âmbito da norma jurídica, a manifestação de interesses universalizáveis. Retomando o exemplo das

drogas ilícitas, ao colocarem-se, frente a frente, juiz e usuário, o que se percebe é que, na perspectiva da racionalidade instrumental, jamais falarão eles a mesma língua. A norma juridicamente estabelecida, traçando a *receita* de sua ressocialização, requer do condenado o seu enquadramento forçado ao sistema imposto. Nada mais brutal, irrealístico e esquizofrênico.

A ressocialização de um condenado só é possível ao entrar o sujeito comunicativo (Estado, juiz, legislador) em um *acordo racional* com ele, demonstrando, no plano do discurso e pela força cogente dos argumentos *racionais*, que, ao mesmo tempo em que seu ato criminoso ofende a sociedade, acaba por ofender também a si próprio.

Por ser incapaz de manifestar tal diálogo, somente passível de consecução via *ação comunicativa*, a mesma racionalidade instrumental da pena, *oferecedora* do remédio coativo do que é *bom e justo* para a sociedade, acaba por conferir a esta a noção de que alguns indivíduos são *irrecuperáveis*, já que não foram capazes de *deglutir* a *receita* instrumentalmente fabricada para o seu próprio *bem*.

Com efeito, a crença na racionalidade instrumental acaba por obstaculizar novos caminhos para a pena. Observe-se, a este respeito, a seguinte passagem exposta por Minahim (2008, p. 21):

Qualquer que seja a resposta escolhida para a pergunta formulada, quanto à adequada providência que o estado deve tomar com o violador da ordem, mesmo aquelas pensadas pelos abolicionistas trarão consigo o sofrimento. De fato, é impossível dissociar a pena, a composição e as formas alternativas de restauração da dor, pelo menos, do constrangimento por ela infligido.

Este pensamento não é o que aqui se defende. Sua coerência e lucidez restringem-se a uma perspectiva instrumental da racionalidade, na medida em que a pena, por não se harmonizar, por vezes, às pretensões de verdade presentes no *consenso* entre os sujeitos, pode ressoar sobre os destinatários sociais com um sentido *coercitivo* e *constrangedor*, revelados como *sofrimento*. Não obstante, na perspectiva da racionalidade comunicativa, ao permitir-se a *harmonização* dos fins perseguidos pelo sujeito estratégico aos argumentos racionais dos destinatários da norma, presentes no *consenso*, a pena torna-se passível de revelação, frente a estes, como *justa e adequada*. Passa, então, a ser vista não como um *sofrimento*, mas como *pretensão de verdade legitimamente aceita*.

O que se conclui, nesta ótica, é que a concepção da pena como *sofrimento* revela

apenas a faceta mais nítida, arbitrária e ilusória da perspectiva instrumental, cuja utilização estratégica considera viável uma incorporação *forçada* de valores e interesses pelos seus destinatários sociais. Nesta perspectiva, a pena correrá sempre o risco de revelar-se, de fato, um *sofrimento*.

Note-se que no plano da racionalidade comunicativa o argumento racional (pretensão de verdade) manifestado pelo sujeito (Estado, juiz, legislador) é apenas *mais um* argumento presente no discurso, que, por estruturar-se no contexto de uma situação de fala ideal, poderá ou não revelar-se o melhor argumento orientador das ações racionais de todos os destinatários.

Exemplifica-se: a pretensão de verdade validadora da pena presente nos artigos 219 a 222 e 240 do Código Penal (correspondentes às revogadas figuras do *rapto* e do *adultério*) deixou de valer como o melhor argumento orientador das ações racionais dos destinatários da norma, manifestado no plano do discurso racional entre os sujeitos. Em consequência, a força cogente das referidas normas perdeu eficácia junto à coletividade, em decorrência da notória modificação dos costumes durante, especialmente, a segunda metade do século XX. Observe-se que isto não significa que o adultério se tenha tornado algo recomendável ou elogiável. Apenas, face às alterações na moral vigente, especialmente nos aspectos da sexualidade, a repercussão social dessa prática ficou totalmente modificada.

Neste contexto, a racionalidade instrumental, que sempre opera *ex post*, achou por bem, décadas após a factual perda de legitimidade e justificação social da norma, revogar os referidos dispositivos legais. Nota-se, no exemplo citado, que a pretensão de verdade do Estado já havia perdido terreno, no plano comunicativo do discurso, para as pretensões de verdade presentes no consenso racional entre os seus destinatários, cuja forma de vida se alterara substancialmente.

Pode ocorrer, todavia, que a pretensão de verdade presente à pena, *mesmo gozando de potencial legitimidade no plano social*, venha a perder terreno, em *determinado contexto fático*, para outra pretensão de verdade manifestada no plano do discurso. Tal pode ser ilustrado no rumoroso exemplo do *tratorista*, ocorrido há alguns anos e frequentemente explorado pela imprensa pátria. Instado a demolir o imóvel humilde de determinada moradora em virtude da obrigação de observância de decisão judicial, o referido tratorista optou por descumprir a norma, sendo então preso em flagrante por crime de desobediência, consequência esta geradora, não

obstante, de significativos protestos por parte da sociedade.

O exame da realidade comunicativa do caso citado revela que a pretensão de verdade manifestada pelo tratorista prevaleceu frente à pretensão de verdade da pena como o melhor argumento no plano do discurso, de tal sorte a revestir de ilegítima qualquer tentativa de imposição de pena àquele indivíduo, porque eivada comunicativamente, frente aos seus destinatários, da mais absoluta *injustiça*.

Resta esclarecer, então, em que medida é possível ao sujeito estratégico auferir o sentido comunicacional de pena socialmente revelado no acordo racionalmente obtido entre os sujeitos, de tal sorte a imprimir políticas criminais em sintonia com os argumentos racionais dos participantes do discurso.

Tal possibilidade passa a ser engendrada na *abertura do discurso penal aos argumentos racionais dos destinatários da norma*. Envolve, particularmente, a superação da crença na perspectiva instrumental em sua busca de fórmulas só passíveis de serem reveladas pelo sujeito isoladamente considerado, com base na sua autoridade, à revelia das demais pretensões de verdade manifestadas no discurso.

A partir do momento em que, tanto no plano legislativo, judicial ou administrativo, o discurso penal abrir espaço, em sua alteridade, ao pluralismo e à oportunidade democrática de atos de fala pelos sujeitos, a construção de um sentido de pena que harmonize os argumentos racionais de todos os participantes frente a um Estado Democrático de Direito permitirá a mais próxima sintonia entre a função comunicativa e a função estratégica da reprimenda penal, substituindo o sentido comunicacional de descrédito por um sentido comunicacional de *crença* na norma, orientador das ações racionais dos indivíduos.

Como se afirmou, os fins da pena não podem ser *criados* ou *institucionalizados* como um ato de mágica do sujeito estratégico, passível de invariável recepção no acordo racional entre os indivíduos. Ao contrário, é a dinâmica comunicativa das interações sociais que conforma, historicamente, a realidade jurídica da pena, cabendo ao sujeito estratégico imprimir o seu sentido e intensidade *em harmonia com o consenso racionalmente obtido sobre a pena no plano comunicativo*.

A situação de fala ideal, ao viabilizar a igualitária oportunidade de atos de fala pelos interlocutores, engendra, na perspectiva do consenso racionalmente obtido, a

construção de um sentido comunicacional de pena passível de adequar-se ao sentido punitivo manifestado pelo sujeito estratégico.

Assim, à medida em que a função teleológico-estratégica da pena harmonizar-se com a sua função comunicativa, a pena revelar-se-á como *justa* frente aos seus destinatários sociais. Do contrário, na medida em que os fins teleologicamente previstos pelo sujeito estratégico destoarem do sentido comunicativo de pena presente ao acordo *racional* entre os sujeitos, a pena repercutirá em um sentido comunicacional de descrédito ou descrença perante as instituições e ao sistema estatal repressivo, ou mesmo, de arbitrariedade ou irracionalidade do sujeito que a profere.

A justiça da pena só é alcançada quando os fins teleológico-estratégicos da sanção perseguidos pelo sujeito coadunam-se com um *consenso* expressivo dos argumentos racionais dos seus destinatários, apresentando-se então a pena, nesta medida, como *justa* frente ao grupo social. Pode-se então afirmar que a justiça da pena só é alcançada quando a sua função comunicativa encontra sintonia com a função estratégica teleologicamente perseguida pelo sujeito, de modo a harmonizar o conjunto dos fins estrategicamente previstos com as pretensões de verdade dos destinatários da norma.

Em outras palavras, rejeitando-se as *fórmulas mágicas* da racionalidade instrumental, afirma-se que o sentido *ideal* ou *justo* da pena *só pode ser revelado na harmonização entre a função estratégica da pena com a sua função comunicativa*. Somente nesse sentido é que a pena é passível de revelação como *justa*; mas justa não na perspectiva isolada do sujeito (Estado, juiz, legislador), mas, sim, na perspectiva *de todos os seus destinatários sociais*.

Na medida em que o Estado não abre o discurso jurídico para o pluralismo e a democrática oportunização de atos de fala pelos sujeitos, cada vez mais se verá instado a se utilizar da pena como um *ato estratégico*, à pura base do *dura lex sede lex*. A significação comunicacional do referido brocado latino no tocante à pena revela tão somente a *ausência da autoridade moral* da ordem jurídica frente aos seus destinatários, porque o sentido de *justiça* visado pelo sujeito passa a não se adequar ao sentido de *justiça* comunicativamente construído e presente no *consenso* racional entre os participantes. A conseqüência é a ilegitimidade da norma frente aos seus destinatários sociais.

Nesta medida, os interesses que a ordem jurídica espelha no âmbito da reprimenda penal têm de ser universalizáveis, sob pena de ela não ser aceita comunicativamente pelos sujeitos. Assim, quanto mais democrática for a ordem jurídica, mais justa ela será, na medida em que salvaguardar os interesses comuns a todos os participantes.

Torna-se possível, nesta ordem, trazer para o *consenso* os potenciais transgressores e mesmos os indivíduos reincidentes, a partir do momento em que a pena espelhar, no contexto de uma situação de fala ideal, a salvaguarda de interesses universalizáveis, conformados ao plano de um *consenso* entre os participantes do discurso.

Ao incorporar interesses universalizáveis, a pena se mostrará *justa* diante dos atores sociais, substituindo-se um agir estratégico baseado na ameaça da pena por um agir comunicativo em que o consenso, livremente obtido, passa a orientar as ações individuais dos seus destinatários. Em outras palavras, substituindo-se um direito penal *impositor de verdades instrumentais* por um direito penal do *consenso* entre os participantes.

5 CONCLUSÃO

A linguagem, como *medium* condutor da tradição, engendra mecanismos de controle social na medida em que comunica a todos os indivíduos uma realidade comum socialmente experimentada.

O caráter comunicacional da linguagem, ao compartilhar padrões de relacionamento apreensíveis por cada membro do grupo, conforma os comportamentos individuais a um universo de expectativas mútuas de comportamento frente aos seus semelhantes, na medida em que a relação fonte e receptor condiciona cada sujeito a uma atuação segundo papéis socialmente esperados.

A realidade socialmente construída encontra a sua objetivação no espectro da vida coletiva, correspondendo os usos e costumes a um universo de condutas dotadas de sentido frente aos sujeitos sociais. É nesta lógica que os mitos alcançaram grande importância para as sociedades, ao conferirem sentido existencial ao conjunto da realidade comunicativamente partilhada.

Não obstante, a realidade comunicacional não pressupõe uma mera passividade do receptor às mensagens do emissor, tampouco que o fenômeno da comunicação alcance os mesmos efeitos para todos os indivíduos, razão pela qual não se pode compreendê-lo como um mero intercâmbio de informações, mas como um complexo conjunto de mensagens, sinais e símbolos, que, ao serem internalizados conforme a singular realidade psicológico-comportamental dos destinatários sociais, revela a dinâmica deste processo.

A construção viabilizada pela linguagem disciplinadora e estabilizadora das ações coletivas não impede, entretanto, que determinadas ações individuais transgridam a esfera de obediência às normas sociais, desencadeando, em virtude do afastamento da realidade instituída, a imposição de sanções (jurídicas, morais, religiosas ou de outra natureza), cujo fim é a recomposição das expectativas sociais frustradas, de tal sorte a ajustar as condutas desviantes ao conjunto das normas vigentes no grupo.

O Direito, ao projetar-se no mundo dos fatos considerados juridicamente relevantes, estabelece sanções dotadas de impessoalidade e coercibilidade, encontrando na pena o termômetro da reprovabilidade e censurabilidade social das condutas transgressoras dos padrões de comportamento coletivamente admitidos.

A compreensão da natureza comunicativa e estratégica das ações sociais é esclarecida na Teoria da Ação Comunicativa, de Jürgen Habermas, fundamentando uma racionalidade comunicativa, alternativa à racionalidade instrumental.

Assim, desloca-se o eixo de uma filosofia centrada no sujeito e voltada à aplicação de meios racionais para a obtenção de fins, no campo da ação pragmática e no plano das concepções metafísicas de uma racionalidade pré-estabelecida (de caráter Iluminista), para uma filosofia centrada na intersubjetividade dos integrantes do discurso, que, num dinâmico processo cooperativo de interação e emancipação, buscam o acordo racional que viabilizará o *consenso*. Habermas postula que, na hipótese de atender a efetuação do consenso a determinados requisitos (situação de fala ideal, interesses universalizáveis, pressuposto de veracidade ou sinceridade), este consenso fundamentará a verdade dos enunciados e a racionalidade dos participantes do discurso.

Observe-se que o consenso é sempre passível de modificação pelos próprios sujeitos participantes do agir comunicativo, desde que novos argumentos substanciais sejam oferecidos e livremente aceitos, na situação de fala ideal.

A racionalidade construída comunicativamente e intermediada pela linguagem fundamenta, então, uma verdade sempre perfectível, na medida em que as pretensões de verdade colocadas em xeque pelos próprios sujeitos racionais não mais corresponderem ao melhor argumento, deixando de valer como a regra que orientará as futuras ações individuais dos participantes do discurso.

A tipologia das ações sociais em Habermas contempla a existência de ações teleológicas, normativas, dramáticas, comunicativas e estratégicas (teleológico-estratégicas), sendo as ações comunicativa e estratégica as bases da epistemologia habermasiana.

A ação comunicativa inclina-se ao consenso (acordo racionalmente motivado entre os participantes do discurso), que, testando as suas pretensões de verdade, buscam orientar as ações individuais em busca do entendimento, com a igualitária oportunidade de proposições argumentativas numa situação de fala ideal, coordenando de comum acordo os planos de ação individual dos participantes.

As pretensões de verdade, submetidas aos critérios de aceitabilidade que emergem da ação dos demais participantes do discurso, todos supostamente obedientes às

regras de correção técnica e ética impostas à interlocução, fornecem, no plano argumentativo, a justificação racional *ex post* frente aos interlocutores, obtida mediante o próprio *consenso*. Na ação comunicativa, mediatizam-se, nas pretensões de verdade, atos de fala *ilocucionários*, cujo caráter proposicional visa o entendimento entre os sujeitos intersubjetivamente relacionados.

A ação estratégica, por seu turno, visa o convencimento estrategicamente motivado de um sujeito sobre os demais oponentes, orientando suas ações na escolha dos meios mais adequados para a persecução das suas próprias metas individuais. Nesta modalidade de ação, os sujeitos atuam de forma a influenciar os demais.

Em outras palavras, a racionalidade presente na ação estratégica corresponde a uma racionalidade teleológica das metas individuais dos atores sociais envolvidos, que atuam de forma a influenciar os demais sujeitos na consecução dos seus próprios fins. Nesta modalidade de ação, utilizam-se atos de fala *perlocucionários*, com a intenção de modificar, de modo psicológico-comportamental, os receptores, engendrando uma persuasão estrategicamente motivada que conforme os destinatários da ação aos padrões esperados pelo emitente.

O Direito constrói uma realidade simbólica e paralela que procura coadunar-se à realidade factual da convivência coletiva. Estas realidades revelam-se idealmente congruentes na medida em que o Direito consegue, realisticamente, obter a legitimação frente aos sujeitos sociais.

A realidade da convivência social revela a cooperação entre os indivíduos na consecução de interesses comuns, atuando cada sujeito de acordo com os padrões exigíveis pela coletividade, cujo comportamento e expectativas são pré-moldadas e transmitidas pela linguagem, aderindo os participantes ao acordo racionalmente motivado que assegura a estabilidade social.

Revela-se, aqui, o caráter estratégico das normas jurídicas. Nesta ótica, a dogmática da decisão jurídica, por meio de mecanismos procedimentais, viabiliza a fundamentação do Direito como um sistema de controle de comportamento, não apenas conformando a lei ao ordenamento jurídico (legitimidade formal), mas buscando a sua justificação frente aos destinatários via argumentação jurídica (legitimidade material), exigindo, para tanto, uma democrática abertura para a argumentação.

A pena, enquanto norma jurídica, submete-se igualmente ao plano de sua justificação, gozando de pretensa legitimidade frente aos destinatários sociais. Tanto na sanção *in abstracto* (prevista no tipo sancionador correspondente a cada crime e definida pelo legislador) quanto na sanção *in concreto* (aplicada pelo magistrado na solução do caso concreto), a estrutura dogmática da norma jurídica pretende conferir à pena um grau de legitimidade frente aos sujeitos.

Na tradição jurídica, essa legitimação é buscada nos efeitos da pena, isto é, na adequação da pena aos efeitos pretendidos, o que é típico da racionalidade instrumental. Não obstante, enquanto pretensão de verdade manifestada no plano do discurso racional, a pena procura a sua justificação no acordo racional que orientará as ações individuais dos participantes do discurso.

Assim, na medida em que não mais corresponder ao melhor argumento, perderá a pena a sua legitimidade. Isto será manifestado por um sentimento de *injustiça*, que, em última análise, propiciará a alteração da norma de forma a restaurar o conjunto de expectativas sociais dos participantes do discurso.

O caráter comunicativo da pena, enquanto produto cultural e termômetro moral das sociedades, revelou-se historicamente em seu papel de manutenção das estruturas de poder, incorporando em sua dogmática o conjunto de valores socialmente vigentes.

A tentativa de adequar o direito penal aos seus fins ético-políticos propiciou o surgimento das teorias da pena, cuja racionalidade, de caráter instrumental, revelou correntes jusfilosóficas, divididas historicamente em absolutas, relativas e mistas, ligadas, respectivamente, às idéias de retribuição, prevenção (geral negativa, geral positiva e especial) e conjugação de idéias retributivas e preventivas.

Seja promovendo o castigo (teoria absoluta), reforçando o caráter intimidatório da pena (prevenção geral negativa), repercutindo na consciência da coletividade os valores positivos presentes à norma (prevenção geral positiva), induzindo no condenado mecanismos intimidatórios e educativos tendentes à sua ressocialização (prevenção especial), ou correlacionando a natureza retributiva e a natureza preventiva da sanção penal (teorias mistas), o fato é que a proposição de teorias fundamentadoras da pena, por revelarem uma racionalidade instrumental (baseada na aplicação de meios racionais para a obtenção de fins), não levam em

consideração, no cálculo de seus efeitos, o complexo de influências comunicacionais presentes no amplo espectro da interação entre os sujeitos.

Ao conceber o *castigo* como o fundamento ético-político da pena, o Direito Penal não impediu a evolutiva perda de legitimidade da sanção incriminadora em decorrência da internalização, no discurso racional entre os sujeitos, das idéias iluministas e humanistas, que apregoavam a necessidade de prevenir os crimes, ao invés de puni-los. Por outro lado, a concepção da pena como um ato de prevenção, na medida em que autorizou, em certos momentos, o exacerbamento das penas como reforço ao seu caráter intimidatório, teve a sua legitimidade condicionada ao sentido comunicacional de repressão socialmente sentido pelo grupo, dando margem, paradoxal que pareça, ao abrandamento de penas bárbaras factualmente instituídas, em virtude da ausência de justificação racional frente aos destinatários.

Em igual medida, o estabelecimento de um fim ressocializador ou a junção de idéias retributivas e preventivas, escolhidas pelo Estado repressor como o fundamento ético-político de imposição da pena nenhum efeito logra se no cálculo dos seus resultados estratégicos não for levado em consideração o sentido comunicativo da norma, considerando-se, como ocorre na forma de vida democrática, que a norma expressa interesses universalizáveis validados por um consenso que se aproxime do consenso verdadeiro.

Conclui-se que a concepção da pena como um ato de prevenção, retribuição ou ressocialização de nada repercutirá se a pena, apoiada nas pretensões de verdade reivindicadas pela norma, não encontrar guarida no *acordo racional* (de caráter comunicativo) orientador das ações individuais dos seus destinatários.

Por ser uma norma jurídica, a pena goza, por sua própria natureza, de potencial legitimidade frente aos sujeitos, com pretensões de elevar-se a melhor argumento que orientará as futuras ações individuais dos participantes do discurso, estabilizando as expectativas de atuação repressiva do Estado.

No entanto, dito acordo racional encontra-se sujeito a rupturas decorrentes da perda de legitimidade da norma (enquanto consenso) frente aos destinatários, o que decorre da dinâmica das relações sociais entre os sujeitos comunicativos.

O descrédito do Estado em seu papel de combate à criminalidade repercute, na sociedade, no sentido comunicacional da pena, abstrata e concretamente instituída.

O sentido *justo* de pena é revelado quando a sua função comunicativa encontra sintonia com a função estratégica, de modo a coadunar o conjunto de intenções estrategicamente previstas para a norma com os argumentos racionais de seus destinatários presentes no *consenso* racionalmente obtido.

Em outras palavras, a justiça da pena só é revelada quando os fins teleológico-estratégicos da sanção perseguidos pelo Estado coadunam-se com as pretensões de verdade (argumentos racionais) dos sujeitos manifestadas no plano do *discurso* gerador do consenso. Apresenta-se a pena, nesta ótica, como *justa* frente aos seus destinatários sociais.

Se o sentido imprimido à pena pelo sujeito estratégico integrar interesses *universalizáveis* presentes no consenso entre os participantes, a pena revelar-se-á como *justa*, repercutindo no sentido comunicacional de obediência à norma. Ao contrário, se o sentido imprimido pelo sujeito estratégico não englobar interesses *universalizáveis*, presentes ao consenso, a pena soará como *injusta*, repercutindo no sentido comunicacional de descrédito na norma, com a conseqüente perda de sua legitimidade.

O preenchimento, no caráter da pena, de interesses universalizáveis é viabilizado na demonstração, frente aos seus destinatários, de que a observância da norma não apenas representa interesses do Estado, mas também *os seus próprios interesses*, de tal sorte que a sua observância pelos sujeitos implicará a igual proteção aos seus fins particulares legítimos, orientando as suas ações racionais em sintonia com os fins estrategicamente previstos.

Na medida em que a ordem jurídica contempla, no âmbito da pena, interesses universalizáveis, promove a aderência dos sujeitos desviantes ao *consenso*, conformando-os ao acordo racionalmente obtido, orientador de suas ações individuais, conferindo, à reprimenda penal, a sua necessária e efetiva legitimidade.

REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. Habermas e a legitimação da jurisdição constitucional. In: **Revista do programa de pós-graduação em direito da universidade federal da Bahia**, n.º 16, 2008.1. Salvador, BA, 2008.
- AGUIRRE ORAA, José María. **Raison critique ou raison herméneutique?**: une analyse de la controverse entre Habermas et Gadamer. Paris: Les Éditions du Cerf, 1998.
- ALMEIDA, Cândido Mendes de. **Código Philippino ou ordenações e leis do Reino de Portugal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870.
- AMARAL, Augusto Jobim do. Fronteiras do político e do direito penal: discursos críticos sobre a pena. In: **Ciências penais**: revista da associação brasileira de professores de ciências penais. Ano 5, nº 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- AMBOS, Kai. **La parte general del derecho penal internacional**: bases para una elaboración dogmática. Trad. Ezequiel Malarino. Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.
- ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré de. **As três escolas penais**: clássica, antropológica e crítica: estudo comparativo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.
- ARAÚJO, Inês Lacerda. **Do signo ao discurso**: introdução à filosofia da linguagem. São Paulo: Parábola Editorial, 2004.
- ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- ARRUDA, José Jobson de A.; PILETTI, Nelson. **Toda a história**: história geral e história do Brasil. São Paulo: Ática, 1994.
- ASCHAFFENBURG, G. **Crime e repressão**. Trad. S. Gonçalves Lisboa. Lisboa: Livraria Clássica Editora de A. M. Teixeira, 1904.
- ASÚA, Luis Jiménez de. **Tratado de derecho penal**: Tomo 1. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Losada, 1956.
- BASTOS, Filinto Justiniano Ferreira. **Estudos de direito penal**. Salvador: Joaquim Ribeiro & Co., 1911.
- BATISTA, Vera Malaguti. A funcionalidade do processos de criminalização na gestão dos desequilíbrios gerados nas formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado. In: KARAM, Maria Lúcia(org.). **Globalização, sistema penal e ameaças ao estado democrático de direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BATTAGLINI, Giulio. **Direito penal**: parte geral. Trad. Paulo José da Costa Jr.; Armida Bergamini Miotto. São Paulo: Saraiva, Ed. Da Universidade de São Paulo, 1973.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. 11. ed. Curitiba: Hemus, 2000.

BEMFICA, Francisco Vani. **Da teoria do crime**. São Paulo: Sarava, 1990.

_____. **Programa de direito penal**: parte geral. V.1. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BENNETT, Walter. **O mito do advogado**: reavivando ideais da profissão de advogado. Trad. Valter Lellis Siqueira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BENTHAN, Jeremy. **Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos**. Leme, SP: CL EDIJUR, 2002.

_____. **Théorie des peines et des récompenses**. Tomo I. Bruxelas: Société Belges de Librairie, 1840.

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. **A construção social da realidade**: tratado de sociologia do conhecimento. Trad. Floriano de Souza Fernandes. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1985.

BERLO, David Kenneth. **O processo de comunicação**: introdução à teoria e à prática. Trad. Jorge Arnaldo Fontes. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

BERTAULD, A. **Cours de code pénal et leçons de législation criminelle**: explication théorique et pratique. 3. ed. Paris: Cosse et Marchal, 1864.

BERTRAM, Salzman. **História de crimes da Bíblia**. Trad. Sílvia Reinhold Timm. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2000.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**. Trad. Paulo José da Costa Júnior; Alberto Silva Franco. V. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas penas alternativas**: análise político-criminal das alterações da Lei n. 9.714/98. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Tratado de direito penal**, v.1: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOFF, Leonardo. **Homem**: satã ou anjo bom? Rio de Janeiro: Record, 2008.

BONN, Robert L. **Criminology**. New York: McGraw-Hill, 1984.

BOULOC, Bernard; LEVASSEUR, Georges; STEFANI, Gaston. **Droit pénal général**. 14. ed. Paris: Dalloz, 1992.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 8. ed. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

BOZZA, Fábio da Silva. **Uma análise crítica sobre a prevenção geral positiva de Gunther Jakobs**. In: Revista de Estudos Criminais, Ano VII, nº 26. São Paulo: Notadez, 2007.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Significado político-constitucional do direito penal. In: **Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRAUDEL, Fernand. **La méditerranée et le monde méditerranéen a l'époque de Philippe II**. 3. ed. Tomo I. Paris: Librairie Armand Colin, 1976.

BRETON, Philippe; PROULX, Serge. **Sociologia da comunicação**. Trad. Ana Paula Castellani. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BRITO, Edvaldo. Aspectos jurídicos da democracia participativa como uma revisão do processo decisório. In: **Revista da Faculdade de Direito: Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia**, v. XXXVI. Salvador: EDUFBA, 1996.

_____. **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

BRITO, Raymundo. **Direito penal fascista: medidas administrativas de segurança**. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F.º, 1938.

BRUNER, Jerome. **Atos de significação**. Trad. Sandra Costa. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

_____. **Direito penal: parte geral**. Tomo 1º. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CAMARGO, Antônio Luís Chaves. **Tipo penal e linguagem**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANCELLI, Elizabeth. **A cultura do crime e da lei**. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal: parte geral**. V. II. Trad. José Luiz V. de A. Franceschini; J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1957.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CASSIRER, Ernst. **A filosofia das formas simbólicas**. Trad. Marion Fleischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **O mito do Estado**. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976.

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2. ed. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 2002.

CHAIJ, Fernando. **Paz na angústia**. Trad. Dejanira Mendes Rossi. 3. ed. Santo André: Casa Publicadora Brasileira, 1969.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do direito na alta modernidade**: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CHANDLER, Daniel. **The Sapir-Whorf hypothesis**. Disponível em: <http://www.aber.ac.uk/media/Documents/short/whorf.html>. Acesso em 28/jun/2011. Acesso em: 15 mar 2011.

CHAVANNE, A.; LESASSEUR, G. **Droit pénal et procédure pénale**. 2. ed. Paris: Sirey, 1971.

CHRISTENSEN, N. E. **Sobre la naturaleza del significado**. Trad. Juan Carlos Garcia Borrón. Barcelona: Editorial Labor, 1968.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito e poder**: ensaio de epistemologia jurídica. São Paulo: Saraiva, 1992.

CORRÊA, Manoel Luiz Gonçalves. **Linguagem e comunicação social**: visões da lingüística moderna. São Paulo: Parábola, 2002.

CORREIA, Eduardo. **Direito criminal**. Coimbra: Livraria Almedina, 1968.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Exame criminológico**. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária LTDA, 1972.

_____. **Direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

COSTA, Fausto. **El delito y la pena en la historia de la filosofia**. Trad. Mariano Ruiz-Funes. México, UTEHA, 1953.

COSTA, José Francisco de Faria. **Direito penal da comunicação**: alguns escritos. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

COSTA Jr., Paulo José da. **Curso de direito penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CRESPO, Eduardo Demetrio. Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin. In: **Ciências Penais**: Revista da associação brasileira de professores de ciências penais. Ano 5, nº 8, jan-jun/2008.

DAVIS, Flora. **A comunicação não-verbal**. Trad. Antônio Dimas. São Paulo: Summus, 1979.

DE JESUS, Santa Teresa. **Castelo interior ou moradas**. Carmelitas descalças do Convento Santa Teresa, segundo a edição crítica de Frei Silvério de Santa Teresa. 15. ed. São Paulo: Paulus, 1981.

- DE SOUZA, Rosa. **Testiculos habet, et bene pendentes**. São Paulo: Ibrasa, 2008.
- DIP, Ricardo; MORAES JR., Volney Corrêa Leite. **Crime e castigo**. Campinas: Millennium, 2002.
- DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- DURÃO, Aylton Barbieri. **A crítica de Habermas à dedução transcendental de Kant**. Londrina: Ed. UEL; Passo Fundo: EDIUPF, 1996.
- DUTRA, Delamar José Volpato. **Razão e consenso em Habermas: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia**. 2. ed. Florianópolis: UFSC, 2005.
- ESTEFAM, André. **Direito penal**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.
- EWALD, François. **Foucault: a norma e o direito**. Trad. Antônio Fernando Cascais. 2. ed. Lisboa: Veja, 2000.
- FARIA, Antônio Bento de. **Anotações teórico-práticas ao código penal do Brasil**. V. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves & Cia, 1913.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 1995, p. 223.
- _____. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.
- _____. **Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1973.
- _____. **Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**. São Paulo: Atlas, 2002.
- _____. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2008.
- _____. **Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. **Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1989.
- FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Forense, 2000a.
- FERREIRA, Rodrigo Mendes. **Individuação e socialização em Jürgen Habermas: um estudo sobre a formação discursiva da vontade**. São Paulo: Annablume; Belo Horizonte:

Unicentro Newton Paiva, 2000b.

FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal**: o criminoso e o crime. Trad. Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1998.

FERRI, Henri. **La sociologie criminelle**. 3. ed. Paris: Arthur Rousseau, 1893.

FOUCAULT, Michael. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 1996.

_____. **Microfísica do poder**. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. Ver. Por Fernando Fragoso. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FRASSATI, Alfredo. **Lo sperimentalismo nel diritto penale**. Torino: Fratelli Bocca, 1892.

FREITAG, Barbara. **Dialogando com Jürgen Habermas**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

FUHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **História do direito penal**: crime natural e crime de plástico. São Paulo: Malheiros, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GALVÃO JR., J. C. **Dialética da violência e relações de força**. 2. ed. Rio de Janeiro: NPL, 2007.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**, v.1, Tomo I. 4. ed. São Paulo: Max Liminad, 1972.

GARCIA, José Ángel Brandariz. **Política criminal de la exclusión**: el sistema penal en tiempos de declive del estado social y de crisis del estado-nación. Granada: Comares, 2007.

GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antônio. **Criminologia**: uma introdução a seus fundamentos teóricos. Trad. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GAROFALO, R. **La criminologie**. 2. ed. Paris: Félix ALCAN, 1890.

GARRAUD, R. **Traité théorique et pratique du droit penal français**. Tomo I. Paris: Larose et Forcel, 1888.

GASTALDI, Viviana. **Direito penal na Grécia antiga**. Trad. Mônica Sol Glik.

Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

GIORGI, Alessandro de. **A miséria governada através do sistema penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006.

GRIMBERG, Carl. **História universal**. V. 1, a aurora da civilização. São Paulo: Azul, 1989.

GUARESCHI, Pedrinho A. (coord.). **Comunicação e controle social**. Petrópolis: Vozes, 1991.

GUERRA, Luis López; ESPÍN, Eduardo; MORILLO, Joaquín Garcia. **Derecho constitucional**, v.1. 7. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

_____. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. Trad. Vamireh Chacon. (Biblioteca Tempo Universitário: Série Estudos alemães). Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1980.

_____. **A ética da discussão e a questão da verdade**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004a.

_____. **A lógica das ciências sociais**. Trad. Marco Antônio Casanova. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

_____. **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**. Trad. Lucia Aragão; revisão Daniel Camarinha da Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

_____. **Conhecimento e interesse: com um novo posfácio**. Trad. José N. Heck. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982.

_____. **Connaissance et intérêt**. Trad. Gérard Cléménçon e Jean-Marie Brohm. Paris: Gallimard, 1976.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume II**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. Trad. Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984a.

_____. **O discurso filosófico da modernidade: doze lições**. Trad. Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Para a reconstrução do materialismo histórico**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1990.

_____. **Passado como futuro**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler; entrevistador, Michael Haller. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.

_____. **Raison et légitimité**: problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé. Trad. Jean Lacoste. Paris: Payot, 1978.

_____. **The theory of communicative action**, I: reason and the rationalization of society. Trad. Thomas McCarthy. Boston: Beacon Press, 1984b.

_____. **The theory of communicative action**, II: Lifeworld and system: a critique of functionalist reason. Trad. Thomas McCarthy. Boston: Beacon Press, 1987.

_____. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004b.

_____. Vorbereitende Bemerkungen zu einer Theorie der Kommunikativen Kompetenz. In: HABERMAS, J. e LUHMANN, N. **Theorie der Gesellschaft older Sozialtechnologie**, Frankfurt/Main, Suhrkamp, 1971. (Tradução não publicada de Guido Antônio de Almeida)

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Trad. Tomaz Tadeu da Silva; Guaracira Lopes Louro. 6. ed. Rio de Janeiro: DP & A, 2001.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.

HÉNAFF, Armand Le. **Le droit et les forces**: étude sociologique. 9. ed. Paris: Librairie Félix Alcan, 1931.

HERKENHOFF, João Batista. **Crime**: tratamento sem prisão. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

HERRERO, César Herrero. **Política criminal integradora**. Madrid: Dykinson, S. L., 2007.

HESCHEL, Abraham Joshua. **Deus em busca do homem**. Trad. Tuca Magalhães. São Paulo: Arx, 2006.

HULSMAN, Louk; CELLIS, Jaqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Trad. Maria Lúcia Karan. Niterói: LUAM, 1993.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. V. I, Tomo II. 4. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1958.

_____. **Novas questões jurídico-penais**: Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito Ltda, 1945.

JAKOBS, Gunther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Barueri: Manole, 2003.

JANET, Pierre. **L'intelligence avant le langage**. Paris: Ernest Flammarion, 1936.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Le système pénitentiaire brésilien. In: **Les systèmes pénitentiaires dans le monde**. CÉRÉ, Jean-Paul; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. Paris: Dalloz, 2007.

JOINER, Eduardo. **Manual prático de teologia**. Rio de Janeiro: Central Gospel, 2004.

JUNG, Carl G. **Chegando ao inconsciente**. In: JUNG, Carl G. O homem e seus símbolos. 2. ed. Trad. Maria Lúcia Pinho. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. **A inter-ação pela linguagem**. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2007.

LANDIM FILHO, Raul; ALMEIDA, Guido Antônio (Orgs.). **Filosofia da linguagem e lógica**. Rio de Janeiro: Loyola, 1980.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LEFORT, M. Joseph. **Cours élémentaire de droit criminel: droit pénal, procédure criminelle**. 12. ed. Paris: Ernest Thorin, 1879.

LEMGRUBER, Julita (org.). **Alternativas à pena de prisão: anais da conferência promovida pela secretaria de justiça do estado do rio de janeiro em outubro de 1994**. Rio de Janeiro, 1994.

LESLY, Philip (coord.). **Os fundamentos de relações públicas e da comunicação**. Trad. São Paulo: Pioneira, 1995.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. 2. ed. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

LOMBROSO, César. **L'homme criminel**. Tomo I. Paris: Félix Alcan, 1895.

LOPES, Jair Leonardo. **Curso de direito penal: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal: e sua conformidade constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOWENSTIMM, A. **Superstição e direito penal**. Trad. Alfredo Ansur. Porto: Livraria Chardron, 1904.

LYRA, Roberto. **Comentários ao código penal**. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

LYRA FILHO, Roberto. **Criminologia dialética**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

MACHADO NETO, Antônio Luís. **Sociologia jurídica**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

MARINO JÚNIOR, Raul. **A religião do cérebro: as novas descobertas da neurociência a respeito da fé humana**. São Paulo: Gente, 2005.

- MARQUES, Antônio. **O interior**: linguagem e mente em Wittgenstein. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.
- MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. V.1. Campinas: Bookseller, 1997.
- MARTINS, José Salgado. **Direito penal**: introdução e parte geral. São Paulo: Saraiva, 1974.
- MAUDSLEY, H. **Le crime et la folie**. 4. ed. Paris: Librairie Germer Baillière et Cie., 1880.
- MAUS, Isodore. **De la justice pénal**: étude philosophique sur le droit de punir. 2. ed. Paris: Félix Alcan, 1891.
- MEDINA, José. **Linguagem**: conceitos-chave em filosofia. Trad. Fernando José R. da Rocha. Porto Alegre: Artmed, 2007.
- MELO, José Marques de. **Teoria da comunicação**: paradigmas latino-americanos. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998.
- MENDES, Antônio Celso. **Direito**: linguagem e estrutura simbólica. Curitiba: Champagnat, 1996.
- MESTIERI, João. **Teoria elementar do direito criminal**: parte geral. Rio de Janeiro: J. Mestieri, 1990.
- METZ, A. **Les cinquante livres du digeste ou des pandectes de l'empereur justinien**. Tomo VII. Paris: Behmer et Lamort, 1805.
- MICHALANY, Douglas. **História das guerras mundiais**. Livro IV, primeiro tomo. São Paulo: Agev, 1967.
- MINAHIM, Maria Auxiliadora. Pena e sofrimento. In: **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito** da Universidade Federal da Bahia, nº 17, Ano 2008.2, Salvador, Bahia.
- MINAHIM, Maria Auxiliadora; COELHO, Yuri Carneiro. A estrutura ontológica das coisas como recurso garantidor no direito penal. In: **Direito penal contemporâneo**: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MONTE, Octavio Pimentel do. **Ensaio de direito penal**. Rio de Janeiro: Livraria Editora Conselheiro de Almeida, 1923.
- MONTESQUIEU. **De l'Esprit des lois**. V. I. Paris: Gallimard, 1995.
- MORE, Thomas. **A utopia**. 2. ed. Trad. Maria Isabel Gonçalves Tomás. São Paulo: Martin Claret, 2009.
- MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

- MORETTI, Fernando. **Piratas**: uma história secreta. São Paulo: Escala, 2010.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría general del delito**. 3. ed. Vanencia: tirant lo blanch, 2004.
- NEDER, Gizlene. **Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro**: obediência e submissão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- NEVES, Vasco de Philadelpho. **A existência de Deus**. Salvador: Casa do Caminho, 2001.
- NIETZSCHE, Friedrich. **La généalogie de la morale**. Trad. Isabelle Hildenbrand. Paris: Gallimard, 1971.
- NINO, Carlos Santiago. **Consideraciones sobre la dogmática jurídica**: con referencia particular a la dogmática penal. México: UNAM, 1974.
- NOGUEIRA, Alcântara. **Poder e humanismo**: o humanismo em B. de Spinoza; o humanismo em L. Feuerbach; o humanismo em K. Marx. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.
- NOVAES, Felipe; SANTORO, Antônio. **Direito Penal**. Coord. Milton Delgado Soares. V. 3. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ORTEGA Y GASSET, José. **O homem e a gente**: inter-comunicação humana. Trad. J. Carlos Lisboa. 2. ed. Rio de Janeiro: Livro Ibero-Americano, 1973.
- ORTOLAN, J. **Explication historique des instituts de l'empereur Justinien**. Paris: E. Plon et Cie., 1876.
- PARODI, D. **Les bases psychologiques de la vie morale**. 9. ed. Paris: Félix Alcan, 1937.
- PENTEADO, José Roberto Whitaker. **A técnica da comunicação humana**. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2001.
- PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**: nova retórica. Trad. Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- _____. **Tratado da argumentação**. Trad. Maria Emantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil**: evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Direito penal e estado democrático de direito**: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PINKER, Steven. **O instinto da linguagem**: como a mente cria a linguagem. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PIZZI, Jovino. **O conteúdo moral do agir comunicativo**: uma análise sobre os limites do procedimentalismo. São Leopoldo do Sul, RS: UNISINOS, 2005.

_____. **Curso de direito penal brasileiro**, v. 1: parte geral, arts. 1º a 120. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PROAL, Louis. **Le crime et la peine**. Paris: Félix Alcan, 1892.

PUGLIA, Ferdinando. **Manuale di diritto penale**: secondo il nuovo codice penale italiano”. v. I, parte generale. Napoli: Ernesto Anfossi Editore, 1890.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal**: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RAMONET, Ignacio. **A tirania da comunicação**. Trad. Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

RAWLS, John. **Justiça como equidade**: uma reformulação. Trad. Claudia Berliner; revisão técnica e da tradução Álvaro De Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Direito penal aplicado**, 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

REESE-SCHAFER, Walter. **Compreender Habermas**. Trad. Vilmar Schneider. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. **A função de reintegração social da pena privativa de liberdade**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A racionalidade das leis penais**: teoria e prática. Trad. Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROCHA, Alexandre Sérgio da. Cientificidade e consenso: esboço de uma epistemologia a partir da teoria consensual da verdade de Jürgen Habermas. In: OLIVA, Alberto (org.) **Epistemologia**: a cientificidade em questão. Campinas: Papyrus, 1990.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. **Política criminal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão. São

Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e prática histórica da execução penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

ROSA, Antônio José Miguel Feu. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 2003.

ROSSI, P. **Traité de droit pénal**. 12. ed. Tomo I. Paris: Guillaumin et Cie., 1855.

ROUH, F. **L'expérience morale**. 4. ed. Paris: Félix Alcan, 1937.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RUSHE, Georg; KIRCHLEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Trad. Gislene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

SABADELL, Ana Lucia. **Tormenta juris permissione**: tortura e processo penal na península ibérica (séculos XVI-XVIII). Rio de Janeiro: Revan, 2006.

SABINO JÚNIOR, Vicente. **Direito penal**: parte geral. V. 1. São Paulo: Sugestões Literárias S.A., 1967.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. **O indivíduo e o direito penal do futuro**. Salvador: Edições Forum, 1942.

SANTOS, Boaventura de Souza. **O discurso e o poder**: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1988.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2006.

SÁRANAN, Sánkara. **Deus sem religião**. Trad. Brazil Translations & Solutions. São Paulo: Centro de Estudos Vida & Consciência Editora, 2008.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica**: arte e técnica da interpretação. Trad. Celso Reni Braida. Brgança Paulista: Universitária São Francisco, 2003.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de escrever**. Trad. Pedro Sússekind. Porto Alegre: L&PM, 2005.

SEARLE, John R. **Expressão e significado**. Trad. Ana Cecília G. A. de Camargo; Ana Luiza Marcondes Garcia. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

_____. **Os actos de fala**: um ensaio de filosofia da linguagem. Coimbra: Livraria Almedina, 1981.

SILVA, Luciano Correia da. **Direito e linguagem**: teoria e prática da comunicação forense. Bauru, SP: Jalovi Ltda, 1979.

SILVA, Severino Celestino da. **Analisando as traduções bíblicas**: refletindo a essência da mensagem bíblica. 2. ed. João Pessoa: Núcleo Espírita Bom Samaritano, 2000.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção constitucional à liberdade religiosa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito e racionalidade comunicativa**. Curitiba: Juruá, 2007.

SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de direito penal**: parte geral. Tomo I. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947.

SOARES, Orlando. **Direito penal**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

SOUTO, Miguel Abel. **Teorias de la pena y limites al ius punieni desde el estado democrático**. Madrid: Dilex, S. L., 2006.

SOUZA, Ricardo Timm de. **Sobre as origens das filosofias do diálogo**: algumas aproximações iniciais. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (coord.). Sistema penal e violência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STEIN, Ernildo. Dialética e hermenêutica: uma controvérsia sobre método em filosofia. In: HABERMAS, Jürgen. **Dialética e hermenêutica**: para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Trad. Álvaro Valls. Porto Alegre: L & PM, 1987.

SUN-TZU. **A arte da guerra**. Trad. do chinês para o inglês: Samuel B. Griffith. Trad. inglês para o português: Gilson César Cardoso de Sousa; Klauss Brandini Gerhardt. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. **Legitimidade da intervenção penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TELES, Antônio Xavier. **Introdução ao estudo de filosofia**. 15. ed. São Paulo: Ática, 1977.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 1998.

_____. **Direito Penal**: parte geral: arts. 1º a 120. V. 1. São Paulo: Atlas, 2004.

TISSOT, G. **Le droit pénal étudié dans ses principes, dans ses usages et les lois des divers peuples du monde ou introduction philosophique et historique a l'étude du droit criminel**. 2. ed. Tomo I. Paris: Arthur Rousseau, 1879.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TURNER, Ronaldo D. **Introdução ao antigo testamento**. V. 1. São Paulo: I.B.B.C., 1987.

VERNANT, Jean-Pierre. **Mito e pensamento entre os gregos**: estudos de psicologia histórica. Trad. Haiganuch Sarian. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.

VIEIRA, Celso. **Defesa social**: estudos jurídicos. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1920.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Max limonad, 1997.

_____. **Causalidade e relação no direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

VON LISZT, Franz. **Tratado de direito penal alemão**. Trad. José Higino Duarte Pereira. Campinas: Rossell Editores, 2003.

WACQUANT, Loic. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos: a onda punitiva. Trad. Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e a sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick; JACKSON, Don D. **Pragmática da comunicação humana**: um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 2007.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Trad. Marcos G. Montagnoli. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

_____. **Tractatus Logico-Philosophicus**. Londres: Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., 1947.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vânia Romano Pedrosa. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**, v.1: parte geral. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. **Derecho penal**: parte general. 2. ed. Valencia: T. B., 2004.