

A LINGUAGEM ENTRE O DELITO E A PENA: POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES DO PARADIGMA LINGUÍSTICO PARA UM MODELO DEMOCRÁTICO DE CENSURA

THE LANGUAGE BETWEEN CRIME AND PUNISHMENT: CONTRIBUTIONS OF THE LINGUISTIC PARADIGM FOR A DEMOCRATIC MODEL OF CENSURE

*Lohan Ribeiro Couto*¹
Universidade Federal do Paraná

*André Ribeiro Giamberardino*²
Universidade Federal do Paraná

Resumo:

O objetivo deste artigo consiste em avaliar de que maneira a filosofia da linguagem pode render ganhos para uma concepção democrática de censura. Traçando um paralelo entre o delito e a pena, a metodologia da pesquisa abrange a revisão bibliográfica pautada na interdisciplinaridade, especialmente entre as áreas da Filosofia e do Direito, adotando como marcos teóricos a fase pragmática de Ludwig Wittgenstein e o paradigma comunicativo em Jürgen Habermas. Primeiramente, observa-se que o giro linguístico permite romper com a pretensão de verdade na teoria do delito, afirmando uma concepção significativa de ação, bem como desconstituir o conceito ontológico de pena, enfatizando a sua dimensão comunicativa. Assim, visualiza-se a pena não mais como mera consequência do crime, mas como instituição política. A partir disso, com base na teoria republicana e em uma concepção deliberativa de democracia, defende-se a possibilidade de modelos de censura fundados no consenso argumentativo e na participação de “todos os potencialmente afetados”, valorizando o diálogo e a dimensão humana das relações conflitivas geradas pelo crime.

Palavras-chave:

Filosofia da linguagem. Teoria do delito. Teoria da pena. Censura. Democracia deliberativa.

Abstract:

The aim of this article is to examine how the philosophy of language can yield gains for a democratic conception of censorship. Drawing a parallel between crime and punishment, the research methodology comprehends the bibliographic review based on interdisciplinarity, specially between the areas of Philosophy and Law, adopting as theoretical framework the pragmatic phase of Ludwig Wittgenstein and the communicative paradigm in Jürgen Habermas. First, it is observed that the linguistic turn allows to break with the truth pretension in the theory of the crime, affirming a meaningful conception of action, as well as to dismantle the ontological concept of punishment, emphasizing its communicative dimension. Thus, the punishment is no longer seen as a mere consequence of the crime, but as a political institution. From that, based on republican theory and a deliberative conception of democracy, the possibility of censorship models based on the argumentative consensus and the participation of “all potentially affected” is defended, valuing the dialogue and the human dimension of the conflict relations generated by crime.

Keywords:

Philosophy of language. Theory of crime. Theory of punishment. Censure. Deliberative democracy.

¹ Mestre e Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

² Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Criminologia pela Università degli Studi di Padova. Professor da Faculdade de Direito e dos Programas de Pós-Graduação em Direito e em Sociologia da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor Visitante junto ao Departamento de Ciência Política da Università degli Studi di Bari Aldo Moro (Itália, 2024). Coordenador da CAJEP/UFPR (Clínica de Acesso à Justiça e Educação nas Prisões - UFPR). Defensor Público no Estado do Paraná. Atualmente, é Assessor da Vice-Presidência do Supremo Tribunal Federal.

1 INTRODUÇÃO

Se, em Jürgen HABERMAS (1995), a democracia passa pela garantia de um processo de tomada de decisão abrangente da vontade e da opinião de todos, no qual os cidadãos sejam tratados idealmente como livres e iguais, a proposta de se pensar em um paradigma democrático de censura deve se direcionar, na mesma linha, a um modelo que permita o exercício da reprovação a ações produtoras de danos com um viés participativo e não excludente ou destrutivo. Tal desafio se faz maior em face de um contexto periférico tal como o latino-americano e, em especial, o brasileiro, onde a desigualdade impera e a falácia dos fins declarados da pena é notória.

Trilhar esse caminho dentro de um prisma normativo, a partir da filosofia da linguagem, de modo distinto, mas sem ignorar a relevância da crítica empírica e sociológica ao poder punitivo, implica afastar-se das abstrações do linguajar cientificista para, assim, considerar as práticas sociais e o modo de vida das pessoas. Considera-se, a partir disso, a possibilidade de aproximar o *sentido* das categorias jurídicas à voz da linguagem comum, tanto em relação ao delito, como acerca da pena, reconhecendo que os problemas em torno do Direito, em vez de buscarem explicar a “verdade” das coisas por meio de conceitos jurídicos (o que tradicionalmente se fez, por exemplo, acerca da ação, do dolo e da proporcionalidade na relação crime-pena), dizem respeito, com efeito, a algo nada muito além de apenas “palavras”. Por outro lado, buscar um novo repertório linguístico, diferente daquele do sistema de justiça criminal, coloca-se cada vez mais como estratégia fundamental de um horizonte de resistência e construção de caminhos alternativos.

Com a assunção desses pontos de partida, a questão aqui posta é, traçando um paralelo entre o delito e a pena, de que maneira a filosofia da linguagem pode contribuir para uma concepção democrática de censura?³

Ainda que a crítica sociológica da justiça criminal indique a impossibilidade material de algo assim, o debate normativo não pode e nem deve ser interdito. Está-se a partir, nesses termos, de uma forma específica de se compreender a censura – por assim dizer, “democrática”.

³ Nesse ponto, vale remeter à distinção entre o que se quer dizer por “concepção”, aqui visualizada como a escolha retórica por uma interpretação dentre tantas outras possíveis, e “conceito”, isto é, aquilo que permite o compartilhamento de sentidos minimamente comuns em torno de um signo. Em Dworkin (1986, p. 71), a “concepção” é definida na medida em que particulariza, em si mesma, uma posição possível acerca de um “conceito”, sendo esse, por sua vez, expressivo de uma interpretação abstrata, compreendido em um nível de consenso. Se a posição aqui assumida caminha no sentido da linguagem, a postura não poderia ser outra a não ser limitar-se a falar em “concepção”, visualizada, em última análise, em seu uso a partir dos jogos de linguagem (WITTGENSTEIN, 1999).

Contudo, é importante dizer que tal assunção não se resume à terminologia empregada: quer-se também compreender a própria censura, do ponto de vista de sua operacionalização, a partir do uso linguístico que dela se faz na prática, buscando levar em conta as distintas formas possíveis de se exercer “reprovação” frente a um ato que produz dano. Ou seja, não se parte de qualquer resposta pré-concebida à pergunta: o que significa, efetivamente, reprovar alguém? Ao contrário, semelhantemente à colocação de WITTGENSTEIN (1999, § 432, p. 129) sobre a significação das palavras, considera-se que “todo signo sozinho parece morto. O que lhe dá vida? No uso, ele vive. Tem então a viva respiração em si? Ou o uso é a sua respiração?”.

Tal problema de pesquisa, aqui, fora enfrentado por meio de revisão bibliográfica pautada na interdisciplinaridade, especialmente entre as áreas da Filosofia e do Direito, adotando como marcos teóricos a fase pragmática de Ludwig Wittgenstein e o paradigma comunicativo em Jürgen Habermas.

Para seguir em tal linha de argumentação, parece ser necessário visualizar a pena de uma forma separada da noção de crime, ou seja, em uma instância autônoma em relação à teoria do delito, para que, assim, possa-se questioná-la abertamente, tanto do ponto de vista de sua (pretensa) justificação, como de sua escolha como um mecanismo hegemônico de controle social (tal como se fez hodiernamente, máxime em solo latino-americano).

Desse modo, a análise percorreu as seguintes etapas: (i) compreender as repercussões do giro linguístico para a teoria do delito, especialmente a partir da contribuição de Vives Antón em sua concepção significativa da ação; (ii) analisar em que medida é possível conceber a pena de modo autônomo em relação à teoria do delito, dissertando, a partir disso, sobre as implicações linguísticas na teoria da pena a partir de sua vertente expressiva, com base nos escritos de Joel Feinberg, tratando também de suas limitações e (iii) direcionar a análise ao problema de pesquisa lançado, indicando, assim, as possíveis contribuições da filosofia da linguagem – precisamente em sua versão comunicativa – para uma concepção democrática de censura.

Assume-se que, sendo o Direito Penal um veículo de violência, tanto nos casos que sanciona, como na forma de sancioná-los (MUÑOZ CONDE, 1985, p. 18), e que a sua instrumentalização em um espaço desigual como o brasileiro se dá de forma repressiva e seletiva (basta indicar, nesse sentido, o desenfreado encarceramento em massa no país – embora surjam alguns tentando negar o “óbvio”⁴), a busca por uma saída na filosofia da linguagem, em

⁴ Sobre a veiculação de teorias conspiracionistas em torno do fenômeno do encarceramento em massa, recomenda-se: GIAMBERARDINO, 2019.

seu nítido viés pragmático e desconstrutivista, pode representar uma via promissora para oferecer respostas tendencialmente democráticas aos problemas atrelados à questão criminal.

2 PRAXIS E PRETENSÃO DE JUSTIÇA: REPERCUSSÕES DA TEORIA SIGNIFICATIVA PARA O SISTEMA DE IMPUTAÇÃO

Segundo MUÑOZ CONDE (2001, p. 163-164; 171), o despertar das ciências sociais e naturais em meados do século XIX, no contexto de solidificação do positivismo científico, legou aos estudos no campo do Direito Penal (e, mais amplamente, do Direito como um “saber”) um marcante direcionamento ao método científico, como única forma de dotar a “ciência” jurídica com a autenticidade e validade próprias das demais áreas relacionadas às ditas “ciências naturais”. Para a compreensão do delito, visto nesse cenário como categoria científica, a consequência não poderia ser outra, senão o abandono, desde um método jurídico-positivista, de qualquer dimensão social ou política referente ao fenômeno do crime.

Os caminhos para a superação desse modelo positivista de ciência, dentro do Direito Penal, não foram apenas um. MUÑOZ CONDE (2001, p. 165-166; 177) destaca, por exemplo, a concepção “compreensivo-axiológica” (pautada no “valor”) proposta pelo neokantismo, em contraposição ao estudo “causal-explicativo” em torno do delito, cuja implicação mais visível teria sido a separação entre a criminologia e a dogmática penal: ambas ainda como “ciência”, mas fundadas em métodos distintos⁵.

O ponto é que os diferentes sistemas de imputação, desde as concepções clássicas e neoclássicas até o finalismo – buscando sempre a sua afirmação como ciência, seja qual fosse a base filosófica por elas adotada (PEREZ, 1999, p. 1075) –, fracassaram (como, aliás, não poderia ser diferente) em sua pretensão de dar conta da totalidade atinente à realidade social⁶. Nas palavras de VIVES ANTÓN (2011, p. 764-765), “o causalismo e o finalismo morreram, por assim dizer, de velhos”, de modo que, após esses sistemas, esgotou-se qualquer papel que se poderia esperar de uma “grande teoria” do Direito Penal, vale dizer, de sistemas calcados em

⁵ Sobre essa contraposição metodológica entre as ciências naturais e as ciências culturais, desde a perspectiva neokantista, cita-se Gustav Radbruch: “As ciências empíricas ocupam-se do que é, do que foi e do que será; a Filosofia do Direito estuda o conteúdo valorativo das normas, o que deve ser, embora infelizmente nem sempre aconteça (...). O mundo dos valores e o mundo dos fatos coexistem em órbitas paralelas que não se interpenetram. Esta forma de relacionamento entre valor e realidade, entre ser e dever é denominada dualismo metodológico” (RADBRUCH, tradução por Jacy de Souza Mendonça, p. 19, disponível em: <http://www.valorjustica.com.br/introducao.pdf> . Acesso em: 25/06/2020).

⁶ Conforme aponta Vives Antón (2011, p. 764-765), foi claro o fracasso do causalismo, no que tange à omissão, assim como do finalismo, em relação à imprudência.

categorias pré-jurídicas e ontológicas para responder aos problemas teóricos envolvendo o fenômeno criminal.

É justamente nesse sentido que, segundo BUSATO (2019a, p. 135), o resultado final da guerra entre os modelos causalista, neokantista e finalista, em suas críticas mútuas, culminou na completa ruptura de todos os conceitos ontológicos na teoria do delito. Aliás, para o autor, nem mesmo a resposta funcionalista a esse cenário teria logrado abandonar por completo o modelo científico, uma vez que, ainda se atendo ao método analítico – em que pese tenha incorporado noções político-criminais para a compreensão do Direito Penal –, teria preservado uma notável carga naturalista no conteúdo de categorias do delito, como o dolo e a ação.

Uma resposta distintiva, contudo, apareceu com Vives Antón, em meados da década de 90 do século XX, a partir de sua teoria significativa do delito. Tal concepção “significativa” assim restou denominada por assentar suas bases na filosofia da linguagem, visualizando na ação não mais uma categoria ontológica, mas, sim, a tradução de uma expressão de sentido (BUSATO, 2019b, p. 5).

Com efeito, segundo VIVES ANTÓN (2011, p. 266-272), a pretensão de cientificidade dos sistemas teóricos até então vigentes, buscando associar categorias próprias do discurso jurídico a objetos físicos (como ocorre, por exemplo, ao se procurar o elemento do dolo em um processo psíquico ocorrido na mente do indivíduo), introduziu na teoria do delito um profundo *erro categorial*, na tentativa de se valer – equivocadamente – de aportes científicos para explicar noções de um campo que, em verdade, é eminentemente prático. Esse equívoco do cientificismo, para o autor, teria consequências devastadoras, tanto de ordem conceitual, como política, provocando uma séria enfermidade, cuja cura passaria por adotar a “terapia” adequada, qual seja, um “banho prolongado de sentido comum e humildade intelectual” (VIVES ANTÓN, p. 550, 1028).

Em suma, quando se trata do Direito, não se está falando sobre algo que é (o *ser*), ou que ainda não é (o *dever ser*), tal como pretendeu o positivismo; em verdade, falar em Direito é tratar do âmbito do *sentido* (VIVES ANTÓN, p. 404-405). Em outras palavras, a partir da rejeição de incursões no mundo do ser, a teoria significativa passa a enfatizar o significado das normas jurídicas segundo as práticas sociais, deixando de visualizar a ação como categoria ôntica (como se pretendia, por exemplo, ao conceituá-la como um “movimento corporal voluntário modificador do meio exterior”, no causalismo⁷, ou ainda um “comportamento direcionado a uma finalidade”, no finalismo⁸), para compreendê-la, agora, como um sentido

⁷ Sobre o tema, confira-se: BELING, 1944, p. 20; LISZT, 2006, p. 193.

⁸ Nesse sentido, recomenda-se: WELZEL, 2009, p. 31-38.

atribuído aos comportamentos humanos a partir de um conjunto de regras, isto é, um *substrato* (VIVES ANTÓN, 2011, p. 221)⁹.

A proposição teórica de Vives Antón, conforme aponta PEREZ (1999, p. 1077), parte, de um lado, dos conceitos básicos da construção filosófica de Ludwig Wittgenstein, a partir de seu “giro pragmático”, e, de outro, da contribuição de Jürgen Habermas, no que tange ao método. Assim, estrutura-se a ação a partir de uma concepção fundada no caráter dinâmico dos “usos de linguagem”, expressos nas formas de vida – e aqui, a fonte seria o “segundo” Wittgenstein, identificado no trabalho apostro em “Investigações Filosóficas” (WITTGENSTEIN, 1999) –, bem como na metodologia de apresentação do sistema na teoria da ação comunicativa e na teoria do discurso de HABERMAS (1987, p. 110-146).¹⁰

Desse modo, ação só pode assim ser chamada porque é dessa forma que as pessoas, a partir de um contexto específico, e segundo regras determinadas, compreendem-na. Ela não existe por si só – vale dizer, não constitui um dado da natureza, que aí está e pode ser explicado pelo Direito –; antes, é um sentido atribuído a uma situação concreta, segundo a interpretação que as pessoas fazem, em um processo intercomunicativo, a partir de seus modos de vida.¹¹

É a partir desse panorama que, na afirmação de BUSATO (2019b, p. 23), a teoria significativa teria logrado romper em definitivo com a pretensão de cientificidade do Direito Penal, passando a aproximá-lo da *praxis* e do sentido socialmente partilhado, de modo a trazer para o espaço comunicativo, em uma perspectiva inclusiva, os próprios destinatários da

⁹ Nesse sentido, para o autor (2011, p. 210), a ação pode ser definida como “o resultado de um processo de interpretação conforme regras”. Um exemplo ilustrativo dessa concepção pode ser visualizado na figura do guarda de trânsito que, em uma via pública, levanta a mão: tal movimento corporal, se considerado em isolado, certamente não teria o mesmo significado do gesto do agente público exercido *contextualmente*, tendo como pano de fundo um conjunto específico de regras incidente na conjuntura fática (no exemplo, as normas de trânsito e o próprio poder de polícia exercido pelo agente em sua função pública) A esse respeito: veja-se: BUSATO, 2019b., p. 15. Trata-se daquilo que HABERMAS (1989, p. 167) chamou de “mundo da vida”, isto é, o que constitui o *contexto* da situação de ação, por meio do qual os participantes da comunicação adquirem os recursos necessários para interpretá-la e estabelecerem um entendimento mútuo.

¹⁰ Desse modo, o critério de legitimidade das normas penais estaria calcado em um acordo comunicativo segundo pretensões de validade, afinal, as normas (e, do mesmo modo, as ações) só fazem sentido quando dirigidas ao outro e reconhecidas como válidas em um processo intercomunicativo. A comunicação, assim, é a base – instrumental – sobre a qual se estrutura a validade e a racionalidade do sistema normativo. Sobre o tema, ver: BUSATO, 2019b, p. 9 e ss.

¹¹ Enquanto os sistemas tradicionais (clássico, neoclássico e finalista) centralizavam a análise na categoria da ação, e o funcionalismo, como contraponto, passou a enfatizar a categoria da norma (notadamente o funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs), a teoria significativa, por sua vez, logrou equilibrar a relação entre as duas noções em torno de uma categoria central: a *liberdade de ação*, vista não como um dado empírico (do que se poderia superar, de pronto, as críticas em torno do livre arbítrio humano, máxime aquelas levantadas pelo estudo da neurociência no Direito Penal), mas, sim, como *modo de vida*, constituindo um pressuposto da própria ação, já que não se pode compreender o agir humano caso não se tenha como ponto de partida a sua liberdade. Em outras palavras, pressupor a liberdade (como um modo de vida) é necessário se o objetivo do sistema normativo é regular a convivência social – a ideia, portanto, é mais pragmática do que qualquer outra coisa. Sobre o tema, ver: PEREZ, 1999, p. 1077-1078; 1083-1084.

pretensão de validade da norma. Mais do que isso, o paradigma linguístico teria propiciado um “resgate do humano”, ao preservar a importância da categoria da ação como expressão do que as pessoas fazem (e não como um objeto cuja essência seria passível de um conhecimento neutro pela “ciência” jurídica), bem como teria permitido uma incorporação da política na teoria do delito, abandonando pretensões descritivas para enfatizar o caráter de decisão no processo de imputação (BUSATO, 2019b, p. 30-31).

Nessa linha, para o presente trabalho, abre-se o questionamento sobre se tal aproximação à *praxis* não poderia permitir, do mesmo modo, uma quebra do paradigma cientificista para se pensar não apenas o delito, mas, também, os modelos de reprovação para quem o comete. Em outras palavras, nesse ponto, quer-se apontar para outra via possível de análise, na qual se permita explorar de que modo o paradigma linguístico – sem optar, ao menos neste momento de questionamento inicial, por qualquer que seja a sua vertente –¹² poderia romper, tal como se fez a respeito da ação, com uma pretensão científica em torno de uma dita “essência” da pena, de forma que também se possa resgatar a linguagem comum, própria das práticas sociais, para tratar da censura. Mais além, a partir dessa ruptura com o “ser” da pena”, considera-se a possibilidade de visualizar, também a partir da filosofia da linguagem (e é essa a hipótese da qual se parte, aqui), um modelo de reprovação atento às pessoas concretamente envolvidas em um conflito causado pelo crime.

A proposta geral não trata, é necessário que se esclareça, de uma incursão nova; ao contrário, o campo da teoria da pena tem representado um solo fértil, desde a segunda metade do século passado, para abordagens calcadas em uma dimensão comunicativa do castigo.¹³ Tal ponto, aqui, será melhor tratado no próximo tópico; por ora, basta demarcar o interesse da pesquisa em visualizar o crime em suas circunstâncias concretas, desde uma perspectiva contextual, para o fim de indicar um caminho possível ao exercício de censura construído na *praxis*, cujo *sentido* seja atribuído a partir dos jogos de linguagem vivenciados pelas pessoas, de “carne e osso”, em torno do fenômeno criminal.

De todo modo, como já se dizia, a repercussão basilar da concepção significativa para a teoria do delito seria exatamente o rompimento com a pretensão de cientificidade. VIVES ANTÓN (2011, p. 489), frente a isso, rejeita qualquer pretensão de verdade no Direito Penal, assumindo que a atribuição de responsabilidade penal aos indivíduos, pelo julgamento de suas condutas a partir das normas jurídicas e dos valores que elas protegem, exige, sim, uma

¹² Acerca das distintas acepções da filosofia da linguagem, recomenda-se: LUDWIG, 2006, p. 93.

¹³ Nesse contexto é que aparecem as chamadas teorias expressivas da pena, cujos fundamentos podem ser encontrados, a partir de linhas gerais, em: EWING, 1970 [1929]; FEINBERG, 1965, p. 397-423; e DUFF, 2001.

pretensão de *justiça*, de modo a satisfazer demandas por valores como segurança jurídica, liberdade, eficácia, utilidade, dentre outras. Dito de outro modo, o que se quer com o Direito, em uma perspectiva bem menos pretensiosa, é simplesmente regular a coexistência humana da forma mais justa possível.

Nesse caminho, Busato traça algumas repercussões da teoria significativa para o sistema de imputação penal, tendo por base justamente a compreensão da ação como um sentido visualizado a partir de critérios pragmáticos, tal como se tem exposto até aqui. Assim, em primeiro lugar, o autor expõe que Vives Antón, ao afastar o critério da voluntariedade como elemento psicológico intrínseco à mente do sujeito, permite compreender os “estados de inconsciência” (sonambulismo, por exemplo) como efetivas ações, e isso, com efeito, decorreria de uma necessária aproximação do Direito Penal com a linguagem comum, afinal, faz sentido – e este é o ponto – dizer que um sonâmbulo “matou” ou “lesionou” alguém. A solução quanto à responsabilidade penal não seria dizer que o sujeito não agiu, mas residiria, sim, em outro lugar – mais precisamente, no campo da culpabilidade.¹⁴

Ainda, a teoria significativa daria um importante passo crítico no que diz respeito aos delitos de omissão imprópria, possibilitando um significativo recorte em seu âmbito de imputação. Isso porque, para Vives Antón, o recurso à “posição de garante” nos delitos comissivos por omissão geraria um sério *déficit de legalidade* (posto que permite imputar como “ação” uma conduta omissiva), sendo necessário, frente a isso, recorrer às “práticas de usos estáveis”, de modo que só seja possível compreender como “ação” uma conduta omissiva nos casos em que, efetivamente, haja uma *equivalência de sentido* do “abster-se” em relação ao “agir” (BUSATO, 2019a, p. 148-152).

Partindo das mesmas premissas, BUSATO (2019a, p. 152-162), então, oferece alguns elementos como “novos horizontes” da teoria significativa em matéria de imputação penal: o primeiro seria o recorte dos delitos de posse, excluindo tipos legais que, embora se pautem em verbos, não expressam qualquer sentido de ação (como no caso dos verbos *ter* e *possuir*), promovendo, antes, um inaceitável Direito Penal de autor; o segundo, por sua vez, apresentaria a perspectiva de imputar ações às pessoas jurídicas, partindo sempre do paradigma da

¹⁴ A discussão proposta por Vives, nesse ponto, parte da discussão travada no contexto de *common law* em torno do caso *Hill versus Baxter*, na qual um motorista havia caído em um estado de inconsciência e, após dirigir certa distância, acaba provocando um acidente. Após tratar do debate entre Herbert L. A. Hart e Michael S. Moore a respeito do caso referido, Vives remete ao pensamento de Bernard Williams, enfatizando que a ação do “inconsciente” não apenas expressaria uma ação em sentido comum, mas, além disso, expressaria também uma ação intencional (BUSATO, 2019a, p. 143-148).

autorresponsabilidade penal, tema que, inclusive, tem ocupado de forma central as pesquisas do autor, já há algum tempo.¹⁵

Feitas tais considerações, parece ser possível acrescentar, especialmente para o discurso construído nesta pesquisa, uma possibilidade de rendimento do paradigma linguístico para a própria compreensão do que seja o “crime”, permitindo que se afastem, também nesse aspecto, quaisquer conceitos pré-jurídicos que pretendam enxergar uma categoria científica, naturalística, nesse fato legalmente definido como ilícito.

Um viés desconstrutivista do conceito “essencializado” do crime, de fato, já vem sendo sustentado, no campo da criminologia, desde o interacionismo simbólico (MEAD, 1934; BLUMER, 1969) até as criminologias críticas (TAYLOR; WALTON; YOUNG, 1973), visualizando no crime uma vinculação a processos seletivos de definição. A partir da filosofia da linguagem, o caminho aqui apontado consistiria, de forma mais específica, na compreensão do crime em seus usos linguísticos, vale dizer, como um fenômeno que, antes de tudo, é percebido nas práticas sociais. A partir daí, pela negação de sua “essência”, seria possível manuseá-lo ora como categoria jurídica *construída*, na teoria do delito, ora em sua dimensão concreta, cujo sentido seja atribuído pelas pessoas, abrindo portas para se pensar em respostas inovadoras aos conflitos por ele causados.

A proposta se assemelharia à proposição de HULSMAN e BERNAT (1993, p. 102), no sentido de que “não existem nem crimes nem delitos, mas apenas situações problemáticas. E sem a participação das pessoas diretamente envolvidas nestas situações, é impossível resolvê-las de uma forma humana”. O conceito de dano seria mais adequado para tratar dos conflitos humanos. Entre os abolicionistas contemporâneos destaca-se Michael Coyle e sua ênfase na necessidade de se trabalhar com outro vocabulário, outro repertório, deixando para trás aquele da justiça criminal. Em tais abordagens, afirma-se com criticismo a tese de que as palavras não apenas descrevem, mas constroem o “crime”, o “criminoso” e os critérios que tolerarão algumas transgressões e outras não (COYLE, 2013).

A mesma postura é a que se quer assumir para as reflexões em torno da pena e, de forma mais ampla, da censura, também se valendo da aproximação à *praxis* e da ruptura com o ontologicismo. Para tanto, opta-se por questionar, traçando esse paralelo entre delito e pena, se é possível tratar as duas noções de forma independente, indagando se a pena constitui mera consequência do crime, como tradicionalmente se coloca, ou se pode ser vista, efetivamente,

¹⁵ Basta mencionar, nesse sentido, o desenvolvimento inovador, sob a coordenação do autor, do Projeto de Pesquisa intitulado “Responsabilidade penal de pessoas jurídicas”, no âmbito do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Federal do Paraná, atualmente em atividade.

como uma instância autônoma. Uma vez colocada essa discussão, a proposta, então, é voltar os olhos para as repercussões do paradigma linguístico na teoria da pena, em sua vertente expressiva, destacando as suas premissas e, também, as suas limitações.

3 A PENA COMO MERA CONSEQUÊNCIA DO DELITO? APONTAMENTOS SOBRE A TEORIA EXPRESSIVA DE JOEL FEINBERG

Deixando claros os pontos de partida, ao se falar em “pena”, aqui, adota-se como critério necessário de sua definição a noção de “aflictividade”, isto é, a inflicção de *dor* a alguém. Assim, a concepção de pena acolhida pode ser entendida como a imposição intencional de sofrimento ou dor a um indivíduo, sempre de forma legalmente autorizada, como resposta ao cometimento de um ato contrário a um referencial normativo (BOONIN, 2008, p. 12-17).¹⁶ Tal postura consiste, antes que qualquer outra coisa, em uma opção interessada, que visa a compreender a pena como uma instituição política e, portanto, de difícil justificação, exatamente porque pressupõe a inflicção de sofrimento, aos cidadãos, pelo uso intencional da força.¹⁷

Não se trata, portanto – é imprescindível que se diga –, de afirmar um conceito ontológico da pena ou de concebê-la como uma categoria pré-jurídica. Ao contrário, está-se a partir de uma escolha eminentemente retórica, cujo objetivo, ao eleger um *sentido* possível acerca da pena, consiste em transparecer a linguagem que se fala na pesquisa, possibilitando o estabelecimento de um espaço comum de diálogo.

Afirma-se que tal opção, assumindo que um único signo pode ter variados significados – e isso dependerá, com efeito, do uso que dele se faz –¹⁸, implica algumas premissas para o presente trabalho: de um lado, se falar-se em pena é versar sobre uma prática odiosa (e dolorosa, sublinhe-se) de atacar alguém (FEINBERG, 1965, p. 419-421), o recurso ao Direito Penal para exercer o controle social exige uma necessária instância de garantias (daí, então, a importância de preservar o seu caráter de *ultima ratio*); de outro – e aqui se encontra o enfoque –, ao se

¹⁶ Herbert Lionel HART (2008, p. 4-5), em sentido semelhante, aponta cinco elementos da definição de pena: (i) o envolvimento de dor ou qualquer efeito indesejado; a sua imposição (ii) como resposta a uma ofensa a regras legais e (iii) direcionada a quem cometeu a ofensa; (iv) a sua administração *intencional* por outras pessoas que não o ofensor, e (v) a sua imposição por uma autoridade legalmente constituída.

¹⁷ Nas palavras de GARGARELLA (2016, p. 166), em tradução livre, é “uma premissa clássica da filosofia política que o uso dos poderes coercitivos do Estado requer uma justificação cuidadosa. Necessitaremos de uma justificação ainda mais firme e cuidadosa – proponho – quando nos referimos ao exercício, por parte do Estado, de uma força bruta que implica danificar a indivíduos e que pode incluir a privação de sua liberdade”.

¹⁸ Em WITTGENSTEIN (1968, §§§ 321, 322 e 326, p. 66-67): “Dois símbolos diferentes podem ter, pois, em comum o mesmo signo (escrito ou sonoro, etc.) – designam desse modo de diferentes maneiras”, e acrescenta: “Para reconhecer o símbolo no signo deve-se atentar para seu uso significativo”. Nesse caminho, Wittgenstein reconhece que o signo é sempre arbitrário.

conceber a pena em sua dimensão política, passa-se a visualizá-la como uma *prática*, antes do que um instituto de ordem jurídica, a exigir uma justificação para o seu exercício com base nos princípios e propósitos morais aceitos pela comunidade política que a instituiu – e essa tarefa, além de difícil, sempre passará pela assunção de um juízo de valor de caráter argumentativo (GIAMBERARDINO; OLCCHANOWSKI, 2017 p. 15).¹⁹

Assim, é possível assumir, desde logo, uma posição distinta daquela que reduz a pena a uma consequência jurídica do delito, na lógica da subsunção normativa (consoante a fórmula kelseniana do juízo hipotético condicional, consistente em “se A é, B deve ser”), e que simplifica todo o problema que a envolve em uma mera questão de sua individualização no caso concreto, seguindo critérios de proporcionalidade e adequação à gravidade do crime. De fato, compreender a pena como instituição política aponta para um problema muito maior, permitindo questionar, desde as bases, por que é justo utilizá-la em determinado contexto político e, mais além, qual é a justificativa para administrá-la – em contextos periféricos, como o latino-americano, com preponderância e violência (ZAFFARONI, 1997, p. 26) – em detrimento de outras formas de reprovação social ao cometimento de um delito (isto é, de exercício de *censura*), as quais não traduzam, necessariamente, o elemento da aflitividade.

Porém, é interessante observar que, da mesma forma que na teoria do delito, o cientificismo levou ao abandono de qualquer carga social ou política referente ao crime, a mesma pretensão de verdade, nas teorias tradicionais da pena, conduziu ao esvaziamento de um conteúdo político dos debates em torno do castigo, seja por considerá-lo, como até aqui se tem observado, uma mera consequência de um delito (na perspectiva da retribuição), seja por abordá-lo desde um viés utilitarista, vinculando a pena a finalidades de prevenção voltadas ora ao indivíduo, ora à estabilização social.

Com efeito, na análise de Massimo PAVARINI (2006, p. 57), a justificação teórica da pena na modernidade, em virtude de seu processo de laicização, despiu-se de qualquer razão universal de justiça para abraçar um escopo consequencialista. Nas palavras do autor (em tradução livre), “a teoria da pena moderna é também uma história de uma improvável justificação quando ela deixa de ser pena ‘justa’ para tornar-se ‘útil’”.

Em geral, contudo, o esforço teórico para justificar uma resposta social ao delito acaba pressupondo, seja do ponto de vista da retribuição, seja da prevenção, a necessidade de recorrer

¹⁹ Prosseguem os autores: “E um juízo de valor nunca é apenas verdadeiro. Sua correição, seu critério de verdade, só podem ser avaliados pela defesa (*case*) que se ofereça: ‘Sempre é apropriado perguntar por que a moralidade requer o que dizemos que ela requer, e nunca é apropriado apenas dizer: ela simplesmente assim exige’, já que, no campo do valor ‘fazemos uma defesa das proposições’” (*Idem*).

a isso que se tem entendido como pena, sem dela ir além, concebendo-a univocamente em uma definição que, em termos filosóficos, se confundiria com a própria noção de pena retributiva.

Nesse sentido, aponta Claus ROXIN (1986, p. 17), a “teoria da retribuição” propugna que a “culpabilidade” do autor do crime seja retribuída com a imposição de um mal penal, sem que tal formulação esteja vinculada a uma finalidade específica. Assim, a pena constitui um fim em si mesmo como efetiva realização da justiça (daí tal posição ser denominada, também, como teoria “absoluta”), remetendo à concepção teórica de Immanuel Kant quanto à ideia do “justo merecimento”, bem como à fórmula dialética de Hegel, que vê a essência da pena como uma negação da negação do direito.

Tal ideia de impor dor ou sofrimento a quem comete um ilícito danoso, fundada na concepção kantiana da pena como um “imperativo categórico”, foi ressignificada, segundo PAVARINI (2006, p. 58), com a filosofia utilitarista no século XVIII, que, a partir das noções de “prevenção geral negativa” (a pena como intimidação e ameaça à sociedade) e “prevenção especial positiva” (a pena como recuperação e reinserção social do indivíduo), deu base à distinção entre a justificação da pena “em abstrato” (por que punir) e a pena “em concreto” (por que, quando e como se deve punir), caracterizando o que se chamou de “teoria eclética”.

Como importante representante de tal posição, Herbert Lionel Hart defende, com apoio no que já indicava John RALWS (1955, p. 3), uma distinção entre “justificar uma prática” e “justificar uma ação particular enquadrada naquela primeira justificação”. Assim, para HART (2008, p. 8-12), de um lado uma justificação geral da pena (“*General Justifying Aim*”) consideraria as suas consequências benéficas, notadamente a prevenção geral impulsionada por sua intimidação, e, de outro, a existência de “princípios de distribuição” (“*Principle of Distribution*”), atuando como limite à primeira justificação, passaria por restringir a aplicação da pena a quem cometeu um delito e nos limites de seu justo merecimento.

Dessa forma, a fundamentação da pena desvinculou-se do objetivo ético antes existente nas teorias retributivas, para agora justificá-la, em abstrato, segundo a função de prevenção geral negativa, induzindo os cidadãos à obediência às regras sociais. No aspecto concreto, por sua vez – isto é, no que diz respeito à sua aplicação e determinação –, permaneceu-se utilizando o escopo da retribuição, agora como mecanismo de garantir a proporcionalidade entre o delito e a pena, evitando que o escopo prevencionista “em abstrato” levasse à sua indeterminação (PAVARINI, 2006, p. 59-60).

Uma reformulação dos fundamentos da pena a partir da filosofia da linguagem, conforme a linha reflexiva que se tem proposto neste trabalho, possivelmente permitiria questionar a sua noção como “pena proporcional”, vista como essência, tendo sempre como

referência um crime cometido. O caminho, então, teria a perspectiva de afirmar a autonomia da pena em relação à teoria do delito e discuti-la a partir de um viés político, com as cartas na mesa, permitindo que seus fundamentos sejam questionados e que se abra o debate, de forma integrada e participativa (desde um paradigma *comunicativo*, portanto), para a diversidade de formas possíveis de se exercer um juízo de reprovação sobre um crime e colocar em movimento o controle social.

Não se pretende, aqui, negar a importância dos ganhos teóricos promovidos pelas perspectivas tradicionais, em especial aquelas que, de um ponto de vista eminentemente individualista-liberal (como exemplo, os já citados Rawls e Hart), pretenderam delinear limites ao exercício punitivo do Estado, recorrendo a princípios como os de culpabilidade e proporcionalidade. Sem prejuízo da ampla gama de críticas possíveis a essa postura – notadamente as que apontam a falência das promessas modernas do contratualismo liberal –²⁰, o que se propõe, sobretudo, é ir além deste escopo, para visualizar a pena como prática social, dotada de conteúdo político.

As teorias expressivas/comunicativas²¹ da pena, nesse cenário, aparecem como uma distinta via a considerar uma dimensão linguística em torno do castigo. Joel FEINBERG (1965, p. 400), um dos precursores de tal abordagem, apontava, em célebre texto intitulado “*The expressive function of punishment*”, que o caráter distintivo da pena em relação às demais formas de sanção passa, em primeiro lugar, pela infligência de um tratamento doloroso (“*hard treatment*”), aplicada por uma autoridade em direção ao autor de uma ofensa, e, em segundo – e aqui estaria, com efeito, o aspecto realmente inovador dessa aproximação –, por uma função eminentemente expressiva, pela qual a comunidade exerceria uma reprovação simbólica frente à falta cometida. Os dois aspectos, juntos, deveriam necessariamente integrar a definição da pena.

O enfoque na dimensão simbólica do castigo, de fato, dá-se na medida em que, para Feinberg, a força da reprovação pública (na perspectiva de uma condenação moral) em face do delito teria especial relevância em sociedades democráticas, justamente porque permitiria

²⁰ Por exemplo, GIAMBERARDINO (2015, p. 107-108) cita Eligio Resta, para quem o discurso liberal de garantias individuais frente ao arbítrio estatal não passaria de uma promessa vã, pautada em uma proposta de contenção da violência que, por outro lado (e em última análise), utiliza da própria violência para celebrar a conquista da liberdade.

²¹ GARGARELLA (2016, p. 162) aponta uma distinção entre as abordagens expressivas e comunicativas. Para o autor, as primeiras buscam justificar o castigo como um modo de expressão pública de reprovação ao autor do crime; as últimas, por sua vez, se pautariam em uma via de mão dupla, a partir de uma relação dialógica entre a comunidade e o ofensor.

exercer um juízo condenatório frente à ofensa como algo errado e indesejável para a convivência social (FEINBERG, p. 402-403).

Mais do que isso, a relevância do caráter público de desaprovação demarcaria, ainda, o *sentido* distintivo daquilo que, no caso concreto, constitui ou não a inflição de pena. Nesse sentido se deu o exemplo apontado por Bernard HARCOURT (2001, p. 160), ao ilustrar as proposições de Feinberg, referindo três casos distintos em que, hipoteticamente, alguém estaria aplicando a manobra de Heimlich a uma pessoa: no primeiro, o receptor da manobra estaria se engasgando com o seu jantar; no segundo, seria alguém totalmente estranho caminhando na rua; e no terceiro, seria um condenado por um crime, sendo o aplicador um executor de uma ordem judicial. O ponto é que, nos três casos, a manobra aplicada – ou seja, o comportamento humano – é a mesma; a grande distinção, com efeito, seria a dimensão *expressiva* das condutas executadas: a primeira expressaria assistência, compaixão, suporte; a segunda, por sua vez, uma agressão injusta, provavelmente criminosa; já a terceira, aí sim, lograria expressar a aplicação de uma pena, pois a ela seria possível atribuir o sentido de uma “condenação moral”.

Assim, diz Harcourt, a concepção *expressiva* da pena leva em conta justamente o significado que tem, em determinado contexto, o ato de infligir um tratamento doloroso a alguém. Ou seja – e aqui se nota um possível paralelo com a teoria significativa da ação, na teoria do delito –, a pena não existe por si só, em essência, como dado da realidade; é, antes, percebida como tal de acordo com a interpretação que dela se faz nas práticas sociais. Feinberg parece caminhar nessa ideia, inclusive, quando afirma que “mesmo os açoitamentos ou a privação de alimentação não constituem pena onde as convenções sociais são tais, que eles não expressam censura pública” (FEINBERG, 1965, p. 419 – em tradução livre).

Seria lógico pensar que, a partir do *expressivist turn*, se abandonasse a vinculação ontológica da pena a uma resposta juridicamente justa dada a um crime, desde o princípio da proporcionalidade. De fato, trilhando esse caminho, FEINBERG (1965, p. 422-423) chega a sinalizar que não existe uma teoria efetivamente racional para afirmar uma proporção entre crime e punição, no sentido de que “alguém mereça exatamente o dobro ou três-oitavos ou doze-nonos de sofrimento em relação a outrem”, entendendo que a versão retributiva da pena “ajustada ao mal cometido” estaria fundada mais em uma superstição moral, fundada no senso comum, do que em uma explicação racional para a questão do castigo.

Em outras palavras, uma versão expressiva da punição, por seus fundamentos até aqui explicitados, parece representar, na linha do que se tem traçado neste trabalho, um espaço propício à afirmação de uma autonomia da pena em relação ao delito, justamente na medida em

que traz para o debate a percepção social em torno de uma reprovação simbólica exercida contra o autor de uma conduta criminosa.

Entretanto, não é essa a posição que Bernard HARCOURT (2001) assume ao se debruçar, com mais cuidado, nos termos da proposta teórica formulada por Joel Feinberg. Com efeito, Harcourt se propôs a analisar a relação existente entre os trabalhos de Feinberg em “*The expressive function of punishment*”, relacionado à teoria da pena (definida como questão de “segunda ordem”), e em sua obra intitulada “*The moral limits of the criminal law*”, na qual se problematiza, dentre outras questões, os limites quanto a quais condutas devem ser punidas pelo Direito Penal (questões que se aproximariam à discussão própria da teoria do delito, referida como questão de “primeira ordem”). Para tanto, apresenta quatro categorias de possíveis posições acerca do tema, a partir do que o autor busca definir em qual delas aquela assumida por Feinberg, em sua teoria expressiva, melhor se enquadra.

Em primeiro lugar, HARCOURT (2001, p. 149-151) indica a posição que assume a inexistência de uma necessária relação entre os limites morais da lei penal (quais condutas criminalizar) e a compreensão da pena (quanto e como punir). Como defensores de tal premissa, aponta-se Jean Hampton, para quem a teoria da pena, direcionada a justificar o castigo como meio de educação moral do ofensor, não poderia responder questões relacionadas à “área apropriada” para a legislação penal; bem como Herbert Lionel Hart, defensor da ideia de que a teoria do delito e a teoria da pena estão permeadas por princípios morais distintos e, portanto, não se poderia vincular discussões como quais ações podem justificadamente ser punidas e, de outro lado, quão severa deve ser a pena de acordo com as diferenças espécies de ofensa (se é possível, por exemplo, administrar tortura e outras penas cruéis). Veja-se que, ao se desvincular as duas instâncias, abre-se a possibilidade de, em vez de buscar “explicar” que quantia de pena é proporcional no caso concreto, enfrentar, mais além, a questão sobre *qual* forma de censura efetivamente se quer acolher em determinado contexto político.

Em um segundo momento, HARCOURT (2001, p. 151-154) aponta a posição de que tanto os limites morais da lei penal como as teorias da pena devem ser guiados por um “princípio maior”, entendendo ambas as questões como necessariamente interligadas. São citados como adeptos dessa resposta Richard Posner, que vincula as duas instâncias à promoção da eficiência (a partir de um modelo econômico do crime), bem como George Rusche e Otto Kirchheimer, especialmente na obra “*Punishment and social structure*”, em que concebem a combinação entre a “demografia da população” e os “mercados de trabalho” como o ponto central de influência quanto à forma como as instituições sociais criminalizam certas classes na sociedade, de modo que tanto a definição de crimes (como “vadiagem”, “mendicância”) como os modelos

de pena (penas corporais, trabalho forçado, confinamento solitário) seriam produto direto do modo de produção vigente.

Em seguida, é apresentada uma terceira posição, segundo a qual teoria da pena é, em certa medida, primária e deveria ditar os limites morais da lei penal. Segundo HARCOURT (2001, p. 154-156), assumem tal perspectiva Hugo Bedau, bem como Jules Coleman, que teria criticado a resposta dada por Feinberg por não desenvolver, primariamente, uma teoria da pena em sua análise dos limites morais da lei penal, defendendo, em contrapartida, um enfoque prioritário na análise da justificação da pena, pois é a partir dela que se pode restringir, de forma eficaz, o que pode ser punido.

Por fim, a posição restante é a que considera a teoria do delito como primária e, portanto, norteadora do conteúdo da teoria da pena, sendo que, para HARCOURT (2001, p. 157), é exatamente nessa categoria que se encontra a posição assumida por Joel Feinberg. Isso porque, se a teoria expressiva, em Feinberg, teria um aspecto descritivo – explica Harcourt –, a visualizar no castigo um elemento simbólico de condenação moral, teria também, por outro lado, um aspecto marcadamente normativo – e esse, de fato, seria o ponto decisivo –, pois estipula que a dimensão expressiva da reprovação simbólica deve ser proporcional à dimensão do dano causado pelo crime (princípio do dano – “*Millian harm principle*”) e ao grau de disposição das pessoas em cometê-lo.

Conquanto Feinberg rejeite a versão retributivista da “pena proporcional ao crime”, a argumentação de Harcourt leva a entender que tal proposição, em verdade, corresponde, em algum nível, à visão do autor. Isso porque a proposta expressiva, ao enfatizar a função simbólica da pena (dando menos enfoque, portanto, ao seu aspecto – também elementar – do “*hard treatment*”), parte da necessidade de um ajuste não da *dor*, em si, imposta (como queriam as teorias retributivas), mas, sim, de um ajuste do “aspecto condenatório” da pena ao delito cometido, de tal modo que os crimes mais sérios, pelo grau do dano causado, devam receber uma desaprovação mais forte que aqueles menos graves (HARCOURT, 2001, p. 160-161). Nesse sentido, seria possível dizer que Feinberg realmente enfatiza as questões de “primeira ordem” como norte para a análise da pena.

O ponto central, entretanto, é que a posição assumida pela teoria expressiva, ao pressupor uma necessária proporção entre a condenação pública e o dano causado pela ofensa, deixa em aberto exatamente a questão dos métodos da pena, isto é, nas palavras de HARCOURT (2001, p. 166), “que tipo de punição nós deveríamos efetivamente administrar”. Mais do que isso, seguindo a linha do que se tem proposto neste trabalho, o questionamento poderia ser mais basilar, apontando na teoria expressiva uma lacuna não apenas em relação aos

distintos métodos de punição, mas, sim (e em especial), às diferentes formas de se expressar e administrar censura: ao se justificar a pena, ainda que em sua função simbólica, não se logra para dela ir além.

A distinção, aqui, é relevante para a compreensão do argumento defendido, bem como para o seguimento da análise no último tópico: está-se partindo, em verdade, da premissa de que a censura, embora possa ter a pena (entendida como imposição intencional de *dor*, conforme se enfatizou acima) como um de seus possíveis veículos, a ela não se reduz. Trata-se, com efeito, de uma importante precisão terminológica, semelhante ao que assumem BRAITHWAITE e PETTIT (1990, p. 209), ao não verem “qualquer conexão presumível entre reprovação e punição como tradicionalmente concebida”, mas que, ao contrário, “muitas vezes ela pode ser melhor promovida, por exemplo, através de formas não punitivas de se expressar uma desaprovação da comunidade”.²²

Caminhar nessa esteira parece exigir algo além da postura expressivista, viabilizando que se pense a pena de modo autônomo, vista não como mera consequência do delito, mas como uma escolha política que se tornou hegemônica em um determinado contexto histórico. Só assim, ao que se tem indicado, é possível pensar em outras formas de reprovação compatíveis com um ideal democrático.

Colocadas tais questões, possibilita-se reconhecer, em conclusão a este tópico, um importante rendimento de uma aproximação linguística em torno da compreensão do castigo. Isso pode ser visualizado, de fato, a partir do giro expressivista na teoria da pena, negando a ela qualquer conceito ontológico e partindo de uma perspectiva significativa da reprovação simbólica, conforme as práticas sociais. Tal afirmação é verdadeira mormente tendo em vista o contexto de países periféricos como o Brasil, no qual a pena efetivamente não pode ser apenas retribuição: ela deve falar algo mais, em atenção às condições materiais de execução da pena e do encarceramento em massa (COUTINHO, 2008, p. 5). Um aspecto expressivo construído pela comunidade, nesse caminho, pode contribuir para conceber a reprovação punitiva a partir de uma noção concreta de justiça, de modo que, afastando-se da abstração retributivista, se aponte a necessária luta por uma dimensão *humana* da pena, ainda que pela denúncia de sua impossibilidade.

O desafio aqui posto, porém, já foi adiantado, e envolve indagar que rendimentos pode oferecer o paradigma linguístico para uma compreensão democrática de censura, sem pressupor ou justificar o elemento da afluência, que leve em conta, ainda, o incremento de dificuldade

²² Para posições semelhantes, ver: HIRSCH, Andrew Von, 1993; WALGRAVE, 2000.

ao se falar desde um espaço social marcado pela desigualdade e pelo exercício autoritário do poder punitivo, tal como o é o latino-americano e, mais especificamente, o brasileiro.

4 REPROVAR SEM CASTIGAR: CAMINHOS POSSÍVEIS DESDE A FILOSOFIA DA LINGUAGEM

Desmantelar o conceito ontológico de pena constitui, sem dúvida, um importante avanço a partir do paradigma linguístico, ao menos se de fato é levado a sério o intento de fazer com que o Direito Penal fale a voz das pessoas. Ocorre que não se pode perder de vista o *lugar* de onde se fala, isto é, as condições reais que as pessoas possuem (ou não) de ter alguma voz nas decisões políticas, especialmente quando se está em jogo o exercício de censura sobre indivíduos que, a depender do contexto, sequer tiveram mínimas condições de participar da criação das regras que lhes afetam e do discurso reprovador que sobre eles recai.

Na busca por pensar, aqui, em uma modelo de censura que possa ser chamado de “democrático”, acolhe-se a postura assumida por Carlos Santiago NINO (1996, p. 117) em seu construtivismo ético, segundo o qual o método mais confiável para se conhecer os princípios de moralidade social na vida em comunidade consiste num procedimento que assegure a participação, nos debates coletivos, de todos aqueles que de alguma forma possam se ver afetados por uma determinada decisão. Trata-se, assim, do *valor epistêmico* da prática do discurso moral, que se torna mais confiável – porque tende mais à imparcialidade – a partir do intercâmbio entre diferentes pontos de vista e do consenso a respeito dos princípios que devem guiar a conduta. Nas palavras de NINO:

O resultado do discurso não tem um valor constitutivo. Mas sim tem um valor epistemológico: devido ao efeito positivo que tem a discussão para detectar falhas no conhecimento e na racionalidade e, sobretudo, na equivalência funcional que, sob o pressuposto de que ninguém é melhor juiz de seus interesses que si mesmo, há entre consenso unânime entre todos os interessados e imparcialidade, pode-se presumir que o resultado do discurso se aproxima a uma solução correta, ou seja, consiste em um princípio que havia sido aceito em condições de racionalidade, conhecimento e imparcialidade. A discussão é um bom método, embora falível, para se aproximar da verdade moral (1989, p. 390 – em tradução livre).

O autor (NINO, 1989, p. 92) toma como ponto de partida, dentre outros, o trabalho de Jürgen HABERMAS (1989) acerca da “ética do discurso” (embora com ele não se confunda,

como expressamente o reconhece)²³. Em Habermas, o critério de validade do discurso é eminentemente procedimental, na medida em que vincula a legitimidade dos enunciados a condições de igualdade de participação em sua formulação, de modo que são “válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais” (HABERMAS, 1997, p. 142-146). A partir disso, o princípio da democracia operaria no nível de institucionalização externa das normas jurídicas, conferindo-lhes legitimidade na medida em que se garanta a cada um participação equânime em determinado processo de normatização.

Nesse sentido, refletir acerca de um modelo de censura pautado em um princípio de democracia, tal como enunciado por Habermas, aponta, de um lado, para a necessidade de se conceber a reprovação como um ato de comunicação, socialmente construído (e aqui se destaca o importante suporte dado pelas teorias expressivas da pena). De outro, indica a relevância de se estabelecer um processo participativo e consensual para a construção dos discursos de censura, especialmente pela inclusão daqueles potencialmente afetados pelas regras jurídicas – eis aqui o critério pelo qual, neste trabalho, permite-se atribuir a uma determinada prática um caráter democrático. Na mesma trilha, também a partir da ética do discurso, assume-se a possibilidade de pensar em formatos de censura que chamem ao debate as pessoas concretamente envolvidas em um fato legalmente definido como crime, oportunizando-lhes o diálogo, em condições de igualdade, e a construção autônoma de uma resposta para o conflito gerado.

Na seara da teoria da pena, tal postura é adotada por Antony DUFF (2001, p. 79), notadamente em sua proposta de uma concepção comunicativa sobre a reprovação estatal, seguindo o princípio básico de que o Estado deve evitar o crime pela razão e pelo convencimento, fazendo entender que compromissos sociais foram violados. Tal mensagem reprovadora direcionada ao ofensor, para o autor, constitui uma via de mão dupla, como um compromisso recíproco e racional entre a sociedade e o indivíduo, na medida em que lhe oportuniza reconhecer o seu próprio erro e, eventualmente, expressar arrependimento: daí porque, em suas palavras, tal proposta não é adequadamente denominada pelo rótulo “expressiva”, mas, sim, “comunicativa”.

Segundo DUFF (2001, p. 80-82), o sistema penal deve pressupor a existência de sujeitos autônomos, de modo a tratar os cidadãos como agentes morais, membros de uma comunidade,

²³ Acerca de tal distinção, NINO (1996, p. 112-117) se coloca em uma posição intermediária entre a ética do discurso de Habermas e a concepção de verdade moral em John Rawls. Remete-se, ainda, à seguinte leitura: LEYVA, 2011, p. 225-231.

capazes de avaliar criticamente as suas ações. Assim, o objetivo da pena não seria propriamente neutralizar ou atemorizar o ofensor, mas, sim, estabelecer um diálogo moral com ele, comunicando a reprovação comunitária frente ao ato cometido e possibilitando, mediante uma persuasão racional, o autorreconhecimento do dano causado.

É dessa forma, então, que o Direito Penal e as pessoas poderiam falar a mesma voz. Trata-se, para DUFF (2001, p. 193), de uma importante implicação na teoria comunicativa da pena, posto que, se “a punição deve se comunicar com o ofensor (e torná-lo apto para comunicar arrependimento aos seus concidadãos), então ela deve falar a mesma linguagem que ele possa entender e falar por si só como uma linguagem normativa de censura”. Do contrário, isto é, em uma situação de intensa desigualdade social, onde os excluídos não possuem voz política, a linguagem será normativamente inacessível e a cidadania lhes será negada, de modo que não se sentirão obrigados a obedecê-la (DUFF, 2001, p. 195-196).

Nesse sentido, inclusive, caminha a afirmação do autor de que, se as condições de exclusão social tornarem a voz comunicada pelo Direito estranha aos cidadãos, a própria legitimidade da reprovação estatal é afastada, configurando a linguagem jurídica como mero produto do ponto de vista de alguns.

A perspectiva comunicativa adotada por Duff, em um contexto periférico de desigualdade e exclusão como o latino-americano, pode, de fato, constituir uma importante via de denúncia do caráter altamente repressivo e seletivo do exercício punitivo estatal, permitindo desvelar a notória carência de validade de leis penais produzidas por uma elite social e por ela monopolizadas do ponto de vista linguístico. Assim, pode-se demarcar um importante rendimento *deslegitimante* do poder punitivo, especialmente em cenários de distanciamento social, promovido por essa noção procedimental de validade do discurso punitivo, na linha do que enunciava Jürgen Habermas ao tratar do princípio da democracia.

Por outro lado, deve-se reconhecer que, ao centralizar sua análise na dimensão comunicativa da pena, sempre falando em termos de “castigo”, Duff não logra superar a mesma lacuna já constatada nas teorias expressivas – embora ele próprio, inclusive, faça questão de distinguir delas a proposta comunicativa que busca defender. Dito de outro modo, com a ênfase na validade da reprovação pública a partir de condições de inclusão e participação igualitária, embora se promova, de um lado, um ganho significativo do ponto de vista *deslegitimante* do discurso punitivo (como dito acima), perde-se, de outro, a oportunidade de romper com a vinculação tradicionalmente concebida entre censura (o juízo de reprovação do ato) e a pena propriamente dita (imposição intencional de sofrimento) (GIAMBERARDINO; OLCHANOWSKI, 2017, p. 32).

Nesse ponto, como interessante proposta para a pesquisa, surge a posição assumida por Roberto GARGARELLA (2016, p. 37), que, partindo da aproximação feita por Duff, entende ser necessário questionar o poder repressivo estatal e devolver à comunidade o exercício do controle social, de modo que, pela participação de órgãos comunitários e pela autogestão coletiva, se possibilite enfatizar mais o autorreconhecimento do dano por parte do ofensor do que seu castigo, bem como priorizar sua reintegração social em vez de isolá-lo do resto da sociedade. Assim, pelo enfoque também no aspecto comunicativo da censura, GARGARELLA (2016, p. 93) dá um passo a mais, abrindo portas para ir além da punição, conforme expressamente se verifica de sua assunção: “tendo a intuir que reprovar não é o mesmo castigar, e que um Estado democrático deve ter a possibilidade de optar entre formas distintas de reprovar condutas que quer desestimular, assumindo que essas formas podem incluir, ou não, o castigo”.

Semelhantemente à posição de Antony Duff frente a contextos de exclusão social, Gargarella busca oferecer uma resposta, à luz da teoria republicana, a contextos que denomina de “alienação legal”, marcados por uma realidade de frágil representatividade na criação de leis e precária legitimidade do direito. São “aquelas situações extremas onde os cidadãos não podem se identificar com a lei, que eles não criaram e nem puderam questionar razoavelmente, e frente à qual só ficam ocupando o papel de vítimas” (GARGARELLA, 2008, p. 27).

A preocupação republicana, segundo o autor (GARGARELLA, 2016, p. 32-34), se daria a partir de valores como o autogoverno coletivo, direcionado à autodeterminação comunitária exercida sem qualquer dominação externa sobre os próprios afetados, promovendo a intervenção cívica e a cidadania; a integração social, em um ambiente no qual os cidadãos se reconhecem como iguais e se veem ligados a um destino comum, e a igualdade, exigindo do Estado a dispensa de um tratamento equânime aos cidadãos, tanto do ponto de vista de seus direitos, como de seus deveres públicos perante a comunidade. Daí que, ao enfatizar a participação cívica e o fortalecimento dos vínculos interpessoais, em um cenário de ausência de dominação (e não de “não-intervenção”), a teoria republicana se distanciaria da visão liberal, buscando um caminho que, no âmbito da justiça penal, rechace a exclusão e se oriente a um modelo participativo e direcionado à comunidade (GARGARELLA, 2008, p. 39; 60).

A concepção epistemológica de Carlos Nino em relação à democracia, como o próprio GARGARELLA (2016, p. 171-172) reconhece, representa o marco metodológico de tais ideias. Com efeito, segundo NINO (1989, p. 397), uma concepção epistemológica de democracia, em um nítido viés habermasiano do consenso argumentativo, condiciona a validade das decisões políticas ao grau de discussão e participação inclusiva para a sua formação, de modo que “é muito improvável que alguém pesasse acertadamente todos os interesses de todos os afetados

no curso de uma ação sem uma confrontação prévia com eles”. Nessa linha, GARGARELLA (2016, p. 122) acolhe a noção de democracia deliberativa para tratar da justiça penal, expressando confiança na decisão majoritária e na discussão pública não como garantias, por si só, de resultados melhores, mas como um importante critério de legitimidade das decisões coletivas, maximizando a imparcialidade, evitando preconceitos indevidos e tratando o “outro” como alguém igual e racional, sem a necessidade de imposição de força.

À luz de tais referenciais, destacam-se dois caminhos apontados pelo autor, a indicar vias possíveis para um modelo de censura que, partindo dessa noção deliberativa de democracia, ancorada na filosofia da linguagem, possa ser considerado participativo e inclusivo, prescindindo do elemento da afluência.

O primeiro deles reside na reflexão crítica a respeito do caso “Gelman *versus* Uruguai”, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em 24 de fevereiro de 2011, no qual aquele país foi condenado pelo desaparecimento forçado de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman e o nascimento em cativeiro de sua filha Macarena Gelman, durante o período de ditadura militar. O deslinde da decisão envolveu a decretação de ineficácia da Lei 15.848, denominada “Lei de Caducidade da Pretensão Punitiva do Estado”, promulgada em 22 de dezembro de 1986, que, basicamente, conferia anistia aos supostos autores de crimes de violação aos direitos humanos durante a ditadura. O ponto central de discussão proposto por GARGARELLA (2016, p. 91), ao analisar o caso, consiste em que, muito embora a referida lei tenha sido cancelada pela população através de duas consultas diretas, a Corte, ainda assim, não viu impedimento a que se reconhecesse sua incompatibilidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e, conseqüentemente, fosse ela tornada sem efeito.

Uma importante implicação teórica do julgado em questão é de matriz democrática, mais precisamente acerca da tensão existente entre a justiça internacional e o caráter democrático das decisões tomadas internamente no Uruguai. Para a CIDH, o problema residia, propriamente, em uma incompatibilidade das leis de anistia, nos casos de graves violações aos direitos humanos na América Latina, frente ao que se chamou de um “espírito” da CADH, na medida em que impediam as investigações e o acesso das vítimas à verdade e à reparação a que tinham direito. Para além das possíveis inconsistências desse entendimento em relação à própria Convenção, o autor (GARGARELLA, 2016, p. 95-96) indica uma questão central a que denomina de “problema de gradação democrática”, relacionado aos diferentes graus de legitimidade democrática das leis de anistia historicamente promulgadas no contexto latino-americano, evidenciando que a Corte, na posição que assumiu, perdeu a oportunidade de

realizar uma reflexão mais aprofundada e, em especial, individualizada ao contexto político de elaboração de cada um dos diplomas legais surgidos na região.

Assim, se algumas leis de anistia pudessem ser caracterizadas por um baixo grau de validade democrática – e, portanto, mais frágeis do ponto de vista de sua legitimidade –, como aquelas promulgadas na Argentina (em 1983, durante o governo ditatorial do general Bignone), no Peru (em 1995, no governo Fujimori) e novamente na Argentina (lei do “ponto final”, em 1986, e lei da “obediência devida”, em 1987, no governo Alfonsín), a Lei de Caducidade uruguaia teria uma marca distintiva. Isso porque, após sua promulgação em 1986 e a declaração de sua constitucionalidade em 1988, pela Suprema Corte local, a referida lei foi submetida a consulta popular em duas oportunidades, uma mediante referendo, em 1989, e outra por plebiscito, em 2009, tendo ambas resultado na manutenção de sua vigência, do que se poderia notar claramente um maior grau de legitimidade pela inclusão e debate público (GARGARELLA, 2016, p. 97-100).

Dessa questão de base democrática, então, surgiria outra: o problema da diversidade da reprovação estatal. Trata-se, efetivamente, de um ponto nuclear para definir os contornos da argumentação apresentada por Gargarella, precisamente no sentido de que, se a CIDH, de um lado, não enfrentou os diferentes graus de legitimidade democrática entre as leis de anistia, de outro – e eis, aqui, o cerne da questão –, não assume uma posição mais cuidadosa a respeito dos diferentes modos com que uma comunidade democrática pode reagir frente ao crime. Pelo contrário, ao tornar sem efeito a Lei de Caducidade por sua suposta violação ao “espírito” da CADH, a decisão pressupõe tão somente uma forma de reprovação das graves violações de direitos humanos: o castigo (GARGARELLA, 2016, p. 112-113).

Assim, além de não atentar a outras formas mais eficazes e tendencialmente mais democráticas de censura, a decisão tomada pela Corte parte da necessidade da punição como meio de satisfação dos interesses das vítimas e da sociedade frente aos crimes cometidos na ditadura, sem observar que a saída pelo castigo, em si, ante a sua notória falência em termos de prevenção e integração social (aproximando-se ainda, em contextos periféricos como o latino-americano, de práticas de tortura), acolhe uma opção – política, em última análise – que não é nada fácil de justificar (GARGARELLA, 2016, p. 115-118).

Em síntese, a análise crítica em relação ao caso Gelman culmina em uma importante constatação acerca do contexto político em torno da Lei de Caducidade uruguaia, especialmente relevante para a linha argumentativa que se tem pretendido construir neste trabalho. Com efeito, ao verificar na decisão da CIDH um resgate do argumento “hostil-à-democracia”, GARGARELLA (2016, p. 155-156), então, direciona o enfoque para as vias democráticas de

reprovação manifestadas, no Uruguai, em torno das consultas populares referentes à Lei de Caducidade: se a comunidade política local, de fato, deixou de punir, por outro lado, sua escolha não foi por uma “anistia às secas”; ao contrário, expressando uma condenação pública do ocorrido, “fez declarações públicas desde as máximas instâncias em tal sentido, promoveu seu próprio informe ‘Nunca más’; construiu monumentos, realizou homenagens e exercícios de memória, e investigou de forma ampla o ocorrido durante esses anos atroz”. É essa riqueza de expressões que, na decisão proferida pela Corte, foi silenciada e ignorada.

Não se trata, portanto, de um mero recurso à decisão majoritária irrefletida e impulsiva, já que, conforme o próprio autor (GARGARELLA, 2016, p. 191) assume, a posição da democracia deliberativa exige debate, informação, tempo, reflexão coletiva, inclusão social e certas condições materiais de igualdade. Em verdade, a saída republicana para o problema indica a relevância do debate entre os afetados, da participação cidadã e, como no exemplo acima apontado, da condenação pública dos atos ofensivos por mecanismos dialógicos e inclusivos, como interessante rendimento para uma via de censura democrática, atrelada ao princípio do discurso habermasiano, e indicativa de uma resposta não excludente, especialmente relevante em contextos políticos marcados pela desigualdade.

Nesse ponto se encontra, então, a abertura para mencionar outra via possível indicada por Gargarella (a segunda aqui elencada), mais como uma indicação de horizontes do que, propriamente, um exaurimento da possibilidade apontada. Com efeito, se as reflexões em torno do caso Gelman evidenciam a distinção da postura adotada por Gargarella em relação, por exemplo, àquela presente nas teorias expressivas ou mesmo à proposta por Antony Duff, tal distanciamento fica ainda mais visível quando é apontada, pelo autor, a possibilidade de concretização do ideal democrático-republicano a partir da ideia de *restauração*.

Na proposição de GARGARELLA (2016, p. 18-22), as práticas restaurativas são sinalizadas, de acordo com os princípios que as guiam, como um interessante caminho para a promoção do encontro e o restabelecimento de vínculos, de modo que, tal como pretende a perspectiva republicana, seja estabelecido um diálogo moral entre as pessoas afetadas – o ofensor, a vítima e a comunidade de suporte –, sempre vistas como agentes iguais.

Tal aproximação seria possível na medida em que as práticas restaurativas, pela ênfase na resolução do conflito de forma coletiva pelas partes envolvidas – dotadas, no procedimento restaurativo, da necessária voz para lidar com as consequências do crime e as suas implicações para o futuro (MARSHALL, 2003, p. 28) –, permitem a realização do valor republicano da “não dominação”, justamente porque guiam o sistema de justiça criminal em direção à efetiva

responsabilização do ofensor, por meio de um diálogo comunitário, tratando-o como um agente moral – em vez de simplesmente puni-lo (BRAITHWAITE; PETTIT, 1994, p. 767).

A associação entre a filosofia republicana e a justiça restaurativa, na forma em que aqui apresentada, já tem sido sugerida em trabalhos anteriores.²⁴ Refletindo a partir de um cenário periférico como o latino-americano, GIAMBERARDINO (2015, p. 79, 97, 109-114, 189) resgata, na mesma linha, a perspectiva de Gargarella acerca da democracia deliberativa e da filosofia republicana para pensar a justiça restaurativa como uma via possível de censura desprovida de pretensões afluivas, pautada no consenso argumentativo (desde a filosofia da linguagem) e visualizada como instrumento de limite ao discurso punitivo, em um cenário marcado pelo distanciamento social e pela repressividade penal – podendo representar, nesse sentido, uma “justiça transformativa”.

Como, enfim, reconhece GARGARELLA em seus escritos, considerar a justiça restaurativa como uma resposta republicana “dependerá dos detalhes, de como é organizado o processo reparador na prática” (2008, p. 68), tratando-se, em verdade, de uma importante abertura de discussão a ser melhor desenvolvida em trabalhos futuros. O que até aqui incumbia, para a pesquisa, consiste justamente em apontar de que forma o paradigma linguístico – precisamente em sua versão comunicativa – pode render ganhos para refletir acerca de uma forma distinta de controle social, e o caminho, nesse sentido, indica como horizonte uma concepção pragmática de censura, despida de conceitos ontológicos, apta a considerar a percepção social em torno dos conflitos e, em especial, a participação dos “potencialmente afetados” em um processo deliberativo e igualitário de tomada de decisão.

De fato, se a saída apontada remete a uma “aproximação ao humano” no Direito Penal, e, de forma mais ampla, nas práticas de censura, a contribuição de uma concepção deliberativa de democracia, à luz da filosofia da linguagem, pode indicar a importância de se promover a escuta dos envolvidos em um processo fundado no encontro, permitindo que as pessoas depurem suas próprias preferências, aclarem as próprias contradições e diluam, através do contato com o *outro*, preconceitos injustificados. Conforme Nils CHRISTIE (1988, p. 15), “que o crime se converta então em um ponto de partida para um diálogo real, e não para uma resposta igualmente torpe sob a forma de uma colher de sopa de dor”, ainda que, no final do dia, o ganho tenha sido “apenas” fazer transparecer todos os interesses em jogo – quem sabe, aliás, já não seja isso o suficiente.

²⁴ Confira-se, a respeito: BRAITHWAITE; PETTIT, 2000; BRAITHWAITE; PARKER, 1999; DZUR; MIRCHANDANI, 2007.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pretensão de cientificidade, no âmbito do Direito Penal, legou um importante desafio para modelos teóricos que pretendam apresentar respostas mais justas em relação ao fenômeno criminal: corrigir as distorções entre a linguagem falada pelo Direito e a voz das pessoas. Nesse aspecto, tanto no que diz respeito à teoria do delito, como às reflexões acerca da pena, a filosofia da linguagem aparece como relevante suporte teórico para aproximar a teoria da *praxis*, com um olhar atento para o elemento humano a permear as categorias jurídicas.

Daí que tratar do paradigma linguístico, visualizado em um paralelo *entre o delito e a pena*, pôde oferecer interessantes pontos para reflexão. O caminho traçado, de um lado, permitiu apresentar a ruptura com a pretensão de verdade na dogmática penal, com o consequente desmantelamento do ontologismo e a afirmação de uma concepção significativa de ação; e, de outro, partindo das mesmas premissas, possibilitou alçar os efeitos do giro linguístico para romper, também, com um conceito ontológico de pena, passando a visualizá-la em sua dimensão comunicativa, segundo a forma como as pessoas efetivamente percebem a sanção que se segue ao delito.

Ocorre que, se a pesquisa se propôs a pensar em um modelo de censura (entendida, aqui, como o juízo de reprovação direcionado a um delito cometido) que pudesse ser chamado de democrático, fundando-se em valores de participação e inclusão, seria necessário conceber a pena (vista como imposição intencional de dor) como uma instituição de caráter genuinamente político, para assim se pensar em formas de reprovação que, prescindindo da aflitividade, pudessem ir além do castigo. O primeiro passo, para tanto, foi o de superar a compreensão da pena como mera consequência jurídica do crime, pautada em termos de proporcionalidade, para visualizá-la como uma prática social – em outras palavras, não mais como mero dado da realidade (pena justa-proporcional), mas como um *sentido* socialmente construído.

Considera-se que, em um contexto periférico como o brasileiro, marcado pela desigualdade, pelo distanciamento social e pelo exercício autoritário do poder punitivo, a construção de um modelo de censura na forma proposta se mostra significativamente desafiadora. Tendo isso em mente, optou-se por traçar a linha argumentativa da pesquisa com base no aporte teórico oferecido pelas teorias comunicativas, especialmente em uma vertente republicana e pensada a partir de uma concepção deliberativa de democracia, para direcionar o olhar a modelos de censura pautados no consenso argumentativo e na participação de todos os “potencialmente afetados”. Aqui estaria, em um nítido viés habermasiano, a possibilidade de

se pensar em mecanismos de reprovação do crime que rechacem a exclusão e se orientem à comunidade.

Assim, foram apontados importantes contribuições de um viés fundado no paradigma da linguagem, ao mesmo tempo que crítico frente ao discurso punitivo, indicando caminhos de censura que, desde valores de autogestão coletiva e integração social, promovessem uma condenação pública dos atos de ofensa a partir do debate, da participação dos envolvidos e, mais além, do encontro humano. Que desnaturalizassem, assim, a seletividade penal, a qual passaria a objeto de crítica e parte integrante do problema a ser resolvido coletivamente. Mas o maior ganho, nesse ponto, é assumir de forma contundente a possibilidade de se falar em reprovação sem a necessidade de castigo, principalmente quando entram em pauta os ideais de *restauração, reparação simbólica e transformação*; trata-se, em verdade, de uma discussão aberta a uma diversidade de perspectivas.

Em suma, o paradigma linguístico gera importantes repercussões na compreensão do crime e da pena, direcionando o olhar para a percepção de tais fenômenos a partir do que vivem as pessoas, concretamente, no âmbito de suas interações sociais e “situações problemáticas”. O horizonte, com isso, apresenta a possibilidade de se construir modelos de censura que permitam fazer transparecer os interesses em jogo e os preconceitos assumidos, tudo em torno da figura do *diálogo*, orientando-se à participação, em um processo deliberativo, para a resolução coletiva dos conflitos causados pelo que é chamado “crime”, situação problemática ou comportamento socialmente negativo.

REFERÊNCIAS

BLUMER; Herbert. **Symbolic interactionism: perspective and method**. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1969.

BOONIN, David. **The problem of punishment**. New York: Cambridge University Press, 2008.

BRAITHWAITE, John; PARKER, Christine. Restorative justice is republican justice. *In: Restorative juvenile justice: repairing the harm of crime juvenil*, p. 103-126, Monsey: Criminal Justice Press, 1999.

BRAITHWAITE, John; PETTIT, Philip. **Not just deserts: a republican theory of criminal justice**. Oxford: Clarendon Press, 1990.

BRAITHWAITE, John; PETTIT, Philip. Republican criminology and victim advocacy: comment. **Law & Society Review**, 28 (4), p. 765-776, 1994.

BRAITHWAITE, John; PETTIT, Philip. Republicanism and restorative justice: an explanatory and normative connection. *In*: BRAITHWAITE, John; PETTIT, Philip. **Restorative justice: philosophy to practice**, p. 145-163, Burlington, Vermont: Ashgate Publishing Company, 2000.

BELING, Erns von. *Esquema de derecho penal: la doctrina del delito-tipo*. Tradução de Sebastian Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944.

BUSATO, Paulo César. Concepção significativa da ação e sua capacidade de rendimento para o sistema de imputação. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 18, n. 73, p. 133-166, 2019a.

BUSATO, Paulo César. O giro linguístico e o direito penal. *In*: BUENO, Marcela Bianchini (org.); BUSATO, Paulo César. **Novas reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo**. Curitiba: Veddelta, p. 4-40, 2019b.

CARVALHO, Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. *In*: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II**, p. 146-173, Porto Alegre: DIPUCRS, 2010.

CHRISTIE, Nils. **Los limites del dolor**. Trad. de Mariluz Caso. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1988.

COYLE, Michael. **Talking Criminal Justice: Language and the just society**. New York, Routledge, 2013.

DUFF, R. Anthony. **Punishment, communication and community**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge: Harvard Unity Press, 1986.

DZUR, Albert W; MIRCHANDANI, Rekha. Punishment and democracy: the role of public deliberation. **Punishment & Society**, v. 9, n. 2, p. 151-175, 2007.

EWING, Alfred Cyril. **The morality of punishment**. New Jersey: Patterson Smith, 1970 [1929].

FEINBERG, Joel. **The expressive function of punishment**. *Monist*, 49:3, p. 397-423 1965.

GARGARELLA, Roberto. **Castigar al prójimo: por una refundación democrática del derecho penal**. 1. ed. - Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016.

GARGARELLA, Roberto. **De la injusticia penal a la justicia social**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2008.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Encarceramento em massa e os terraplanistas do Direito Penal**, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-02/tribuna-defensoria-encarceramento-massa-terraplanistas-direito-penal> (acesso em 15/07/2020).

GIAMBERARDINO, André Ribeiro; OLSCHANOWSKI, Nikolai. A pena estatal contra a democracia: reflexões a partir da filosofia política. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 50, p. 10 a 39, jan./jun. 2017.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Trad. por Guido A. Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Vol. 1, trad. de Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**. Vol. 1, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid: Taurus, 1987.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. **Cadernos da Escola do Legislativo**, p. 107-121, Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, jan./jun. 1995.

HARCOURT, Bernard E. Joel Feinberg on crime and punishment: exploring the relationship between the moral limits of the criminal law and the expressive function of punishment. **Buffalo Criminal Law Review**, vol. 5, n. 1, abril, p. 145-170, 2001.

HART, Herbert Lionel. **Punishment and responsibility**: essays in the philosophy of law. 2. ed. Oxford University Press, 2008.

HULSMAN, Louk; BERNAT, Jacqueline de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. 1. ed. Niterói: Luam, 1993.

LEYVA, Leopoldo Gama. El modelo de democracia constitucional de Carlos Nino y sus implicaciones para la práctica judicial. **Revista Justicia Electoral**, vol. 1, n. 8, p. 223-258, 2011.

LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Vol. 1. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Ed. Fac-sim. – Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006.

LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma filosofia jurídica da libertação**: paradigmas da filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

MARSHALL, Tony F. Restorative justice: an overview. overview. In: JOHNSTONE, Gerry (org.). **A restorative justice reader**: texts, sources, context. Cullompton: Willan Publishing, 2003.

MEAD, George Herbert. **Mind, self and society**: from the standpoint of a social behaviorist. Chicago: University of Chicago Press, 1934.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal y control social**. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1985.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción al derecho penal. **Maestros del derecho penal**, n. 3. Buenos Aires: B de F, 2001.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1989.

NINO, Carlos Santiago. **The constitution of deliberative democracy**. New Haven, CT: University Press, 1996.

PAVARINI, Massimo. **Un arte abyecto: ensayo sobre el gobierno de la penalidade**. 1. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

PEREZ, Carlos Martínez-Buján. La “concepción significativa de la acción” de T. S. Vives y sus correspondencias sistemáticas en las concepciones teleológico-funcionales del delito. *In: RECPC*, Granada, 1999, p. 1075.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à filosofia do direito**. Tradução de Jacy de Souza Mendonça, disponível em: <http://www.valorjustica.com.br/introducao.pdf> (Acesso em: 25/06/2020).

RAWLS, John. Two concepts of rules. **The Philosophical Review**, vol. 64, n. 1, p. 3-32, jan. 1955.

ROXIN, Claus. **Sentidos e limites da pena estatal**. Problemas fundamentais de direito penal. Trad. de Ana Paula dos Santos Natscheradetz. Lisboa: Veja, 1986.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. **The new criminology**. London: Routledge, 1973.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. 2. Ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2011.

VON HIRSCH, Andrew. **Censure and sanctions**. Oxford, Clarendon Press, 1993.

WALGRAVE, Lode. Restorative justice and the republican theory of criminal justice. *In: STRANG, Heather; BRAITHWAITE, John. Restorative justice: philosophy to practice*, Burlington, Ashgate, 2000.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. 2. ed. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 31.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**. Trad. de José Arthur Giannotti. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Globalização e sistema penal na América Latina: da segurança nacional à urbana. **Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**, n. 4, 2o sem., Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1997.

Submissão: 01/03/2021. Aprovação: 27/09/2023