

O AGIR COMUNICATIVO DE HABERMAS E AS PRETENSÕES DE VALIDADE E DE EFICÁCIA DA PENA

*HABERMAS'S COMMUNICATIVE ACTION AND THE VALIDITY CLAIMS AND
EFFECTIVENESS OF PENAL SANCTION*

Fernando Bardelli Silva Fischer- Juiz de Direito em Curitiba/PR (TJPR). Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor de Pós-graduação da Escola da Magistratura do Paraná (EMAP). LATTES: <http://lattes.cnpq.br/4996885196638598>. E-mail: fernandobardelli@hotmail.com.

Maria Eduarda Pereira Rattmann- Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pós-graduanda na Fundação Escola Ministério Público do Paraná (FEMPAR). LATTES: <https://lattes.cnpq.br/4666825514812066>. E-mail: dudarattmann@gmail.com.

O presente artigo busca estudar as contribuições que a teoria do agir comunicativo de Habermas poderia oferecer para a satisfação das pretensões de validade e de eficácia da pena. Pressupõe-se que a reivindicação do fenômeno punitivo pelo âmbito jurídico gerou uma dicotomia entre as noções de pena justa e de pena útil, o que comprometeria a legitimidade dos sistemas penais contemporâneos. A partir da análise dos instrumentos teóricos oferecidos pela filosofia da linguagem, em especial pela teoria do agir comunicativo, esta investigação chega à conclusão de que a adoção de referenciais valorativos baseados em intuições gerais de justiça contribuiria para a consecução de uma consensualidade mais alargada na determinação da pena.

PALAVRAS-CHAVE: agir comunicativo; intuições gerais de justiça; teoria comunicativa da pena.

This article seeks to study the contributions that Habermas's theory of communicative action could offer to satisfy the claims of validity and effectiveness of punishment. It is assumed that the claim of the punitive phenomenon by the legal sphere has generated a dichotomy between the notions of fair punishment and useful punishment, which would compromise the legitimacy of contemporary criminal systems. Based on the analysis of the theoretical instruments offered by the philosophy of language, especially by the theory of communicative action, this research arrives at the conclusion that the adoption of evaluative references based on general intuitions of justice would contribute to the achievement of a broader consensus in the determination of punishment.

KEYWORDS: *communicative action; general intuitions of justice; communicative theory of punishment.*

INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objetivo investigar o fenômeno punitivo sob a

perspectiva viabilizada pela teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas, buscando uma melhor compreensão da dimensão jurídica desse fenômeno. Para o desenvolvimento desta investigação, parte-se da premissa de que o crescente assenhoreamento do fenômeno punitivo pelo jurídico, intensificado pela demanda de justificação racional do poder punitivo, cuja emergência remonta ao Iluminismo oitocentista, corroborou para o incremento das pretensões de validade e de eficácia da pena.

Sendo assim, em um primeiro momento, analisar-se-á o florescimento das pretensões de validade e de eficácia da pena sob uma perspectiva histórica, com o propósito de preparar um terreno para a discussão de suas implicações práticas, as quais serão apreciadas mediante o cotejo entre os instrumentais conceituais viabilizados pela filosofia da linguagem e os conhecimentos apresentados pelas teorias expressivas da pena. Uma vez superada essa etapa exordial, tocante ao assentamento dos pressupostos básicos desta investigação, partir-se-á em direção a uma interpretação das pretensões penais sob o prisma comunicativo, tendo como norte específico as categorias *habermasianas*.

Ao final, almeja-se que os saberes oferecidos pela teoria do agir comunicativo possam contribuir para a cognição da dimensão jurídica do fenômeno punitivo, de modo a promover a administração da pena de maneira mais adequada aos anseios

democráticos, bem como viabilizar a efetividade perseguida pelo sistema penal, diante da intelecção do processo comunicativo subjacente. Portanto, este artigo corporifica uma pesquisa eminentemente teórica, com matiz jurídico-filosófica, que privilegia o estudo de obras sobre pena e sobre linguagem, adotando-se como principal marco teórico o pensamento *habermasiano*.

1 PRETENSÕES DE VALIDADE E DE EFICÁCIA DA PENA

Pode-se afirmar que o fenômeno punitivo, em seu sentido *lato*, é uma espécie de universal antropológico, uma vez que é experimentado, em maior ou em menor medida, nas diversas sociedades humanas que existiram ao longo da história. Mesmo antes do desenvolvimento de teorias de naturezas jurídicas ou filosóficas, que buscam justificar ou racionalizar a pena, o fenômeno punitivo já se manifestava como uma realidade social. Nietzsche, ao buscar uma genealogia do castigo, já constatou que a origem da punição – como prática social – é anterior às finalidades que foram atribuídas à pena no decorrer das eras (NIETZSCHE: 2014, p. 664-668). À vista disso, o estudo mais acurado do fenômeno punitivo reivindica uma cuidadosa distinção entre a pena como fato social (PAVARINI: 2014, p. 110-111) e os discursos de justificação que visam lhe conferir legitimidade.

É certo que rudimentares declarações de legitimidade do poder punitivo já eram encontradas em textos normativos da Antiguidade, tais como nos prólogos das leis sumérias do rei Ur-Nammu (século XXI a.C.) e das leis babilônicas do rei Hamurabi (século XVIII a.C.), que conferiam uma progénie divina à autoridade do soberano de fazer justiça (ROTH: 1995, p. 15-17, 24-26, 59 e 76-81). Todavia, foi apenas a partir do Iluminismo europeu que a pena sofreu um processo mais intenso de racionalização, consubstanciando a apropriação do fenômeno punitivo pelo discurso jurídico-filosófico. De acordo com Michel Foucault, o movimento de reforma penal do século XVIII nasceu de uma luta contra o poder supremo do soberano, redefinindo a economia do castigo desde então (FOCAULT: 1975, p. 90).

Sem dúvida, os ideais iluministas de cunho liberal avivaram os clamores por justificação do poder punitivo em face do cidadão, uma vez que, para a lógica iluminada, uma intervenção estatal tão violenta, materializada pela pena, somente se tornaria legítima com a restrição de arbitrariedades e com o suporte de uma justificação racional. O paradigma antropocêntrico impulsionou a busca por discursos e explicações que legitimariam a pena a partir de uma perspectiva do dever-ser, intensificando sua dissonância com a efetiva prática punitiva. Foi a partir desse período que se desenvolveram as principais teorias da pena até hoje influentes na dogmática penal, cujo principal escopo está

na justificação racional do poder punitivo mediante a atribuição de finalidades à pena. Da retribuição às prevenções gerais e especiais, todos esses fins estão relacionados a tentativas de racionalização da punição, visando lhe conferir maior legitimidade discursiva.

No século XIX, a pena se aproximou, cada vez mais, do domínio dos juristas, ainda que, em alguns períodos, tenha experimentado maior ingerência de outros saberes, tal como ocorreu com o entusiasmo naturalista vivenciado pela escola penal positivista, na segunda metade daquele século. De qualquer forma, mesmo o eventual socorro a outras ciências se deu em prol de uma legitimação do discurso jurídico, com o objetivo de validá-lo. Ou seja, diante da edificação dos contemporâneos Estados de Direito, há uma pretensão de validade da pena, que só lhe confere legitimidade democrática caso esteja respaldada por uma justificação racional. E essa justificação racional, por sua vez, somente se sustenta caso apresente finalidades sociais que vão ao encontro de um bem comum. Portanto, de acordo com os ditames jurídicos atuais, a pena deve ser – ao mesmo tempo – justa e útil. Tal utilidade, por sua vez, faz nascer a pretensão de eficácia da pena, criando uma relação de interdependência entre sua prática e seus fins justificantes, pois essa característica consequencialista implica a observância de um efetivo benefício factualmente constatável.

Paralelamente ao desenvolvimento das teorias jurídicas da pena, a filosofia do século XX particularizou-se pelo giro epistêmico promovido pelo aprofundamento do estudo da linguagem, inserindo categorias discursivas à hermenêutica das interações mundanas. Os significados comunitários passaram a ser compreendidos mediante o uso da linguagem, integrados em processos comunicativos que se apoiam em consensos linguísticos. Wittgenstein, em sua obra *Investigações Filosóficas*, observou que o uso precede o significado, pois não haveria significado de uma palavra apriorístico a sua utilização em um processo comunicativo (WITTGENSTEIN: 1960, p. 311, §43). De acordo com essa asserção, a linguagem é composta por regras e constitui a instrumentalidade da racionalidade humana, orientando práticas no interior do habitat social.

Outro filósofo essencial para a compreensão das relações humanas mediadas pela linguagem é John Austin, o qual propôs que "dizer algo" pode importar em "fazer algo", em certas circunstâncias. Segundo o autor, nem todas as sentenças são utilizadas apenas para fazer declarações, pois algumas também podem expressar ordens, desejos ou concessões. Ele indicou a existência de ações que apenas se concretizavam mediante o proferimento de determinadas palavras, ao que chamou de "performativo" (AUSTIN: 1962, p. 6). Nessa inteligência, performativos constituem ações materializadas por meio de locuções.

Além disso, Austin segmentou os atos de fala em i) locutórios; ii) ilocutórios; e iii) perlocutórios (AUSTIN: 1962, p. 94-119). Atos locucionários são atos de fala em sua modalidade mais simples, apresentando natureza constatativa e descritiva. Já os atos ilocucionários realizam ações propriamente ditas, pois são performativos e têm força ilocucionária, isso é, permitem a produção de efeitos no mundo real. Por fim, há os atos perlocucionários, similares aos anteriores, mas caracterizados por situações em que dizer algo provoca determinados efeitos ou consequências sobre os sentimentos, pensamentos ou ações dos ouvintes. Desse modo, a diferença sutil entre ilocutórios e perlocutórios está no fato de que a sentença ilocucionária tem consequências a ela intrínsecas, quase que automáticas, ao passo que as pretensões da sentença perlocucionária nem sempre serão alcançadas, haja vista que não dependem somente de atos do locutor, mas de circunstâncias que lhe são extrínsecas (GÜNTHER: 2014, p. 1-22). Em razão desta particularidade, os atos perlocucionários são capazes de provocar mudanças no curso normal dos acontecimentos e têm sua felicidade vinculada à legitimidade (aceitação) do procedimento utilizado pelo locutor.

A percepção da importância da linguagem nas interrelações sociais não passou incólume pelo campo jurídico, uma vez que o Direito também se vale de processos comunicativos para controlar as

condutas em sociedade. Conforme assinala Gregorio Robles, o ordenamento jurídico é um grande texto, formado por diversos conteúdos normativos, que são materializados em leis, decisões judiciais, tratados internacionais, etc. Esses textos jurídicos, em sua essência, são prescritivos, voltados a regular tanto a ação humana quanto as instituições jurídicas. O Direito, então, passa a ser compreendido como um grande sistema de comunicação (ROBLES MORCHÓN: 2010, p. 86-101).

Valendo-se dessa premissa comunicativa, inerente aos sistemas jurídicos, fica evidente que o Direito Penal depende sobremaneira da interlocução entre a fonte de poder normativo/punitivo (Estado) e a sociedade. Isso se dá, pois a efetividade do controle comportamental está vinculada às mensagens transmitidas pelas normas penais, bem como pelas penas abstratamente previstas e concretamente aplicadas. Entre os diversos institutos jurídicos presentes em um ordenamento, a pena se destaca como um dos mais explícitos e enérgicos mecanismos de controle social, que busca alcançar seus objetivos a partir da imposição de uma resposta estatal violenta.

Embora não façam referências diretas à filosofia da linguagem, nem à teoria comunicacional do Direito, as teorias expressivas da pena, desenvolvidas na dogmática de *common law* a partir da década de 1970, reforçam o caráter comunicativo da sanção penal. De acordo com o preconizado

por essas teorias, a pena teria a função de expressar a desaprovação social que recai sobre a conduta perpetrada pelo ofensor. A punição estatal, portanto, seria um veículo para transmitir, ao apenado, mensagens de reprevação comportamental (FEINBERG: 2011, p. 113; VON HIRSCH: 2001, p. 129-130). Assim, é de se notar a evidente interdependência entre os objetivos almejados pelo sistema penal e o processo comunicativo que lhe permeia.

O arcabouço conceitual ofertado pela filosofia da linguagem, cotejado com a análise da dimensão jurídica do fenômeno punitivo enquanto discurso legitimador, apresenta-se como a chave para a compreensão das pretensões de eficácia e de validade da pena. Uma intervenção estatal extrema na esfera de liberdade do cidadão apenas pode ser aceita, dentro de um ordenamento jurídico com aspirações democráticas, quando plenamente justificada em finalidades socialmente benéficas. Exige-se da pena, como instituto jurídico, uma capacidade de atingir os objetivos propostos pelo sistema penal, sob um âmbito pragmático. Por outro lado, esse mesmo plano pragmático tem sua origem em um plano discursivo, que justifica a pena mediante a apresentação de escopos práticos. Paradoxalmente, o plano discursivo também se encerra no plano pragmático, pois a legitimidade do discurso de justificação depende de sua confirmação prática. É, portanto, estabelecida uma relação dialética entre a pretensão de

validade da pena, nascida do plano discursivo, e a pretensão de eficácia da pena, nascida do plano pragmático, uma vez que para ser válida, a punição também deve ser eficaz.

Diante do reconhecimento dos planos de validade e de eficácia da pena, a compreensão do processo comunicativo adjacente à administração jurídica do fenômeno punitivo se mostra fundamental para o êxito de qualquer sistema penal que busque fomentar o consenso. Considerando que a pena é um aparato de difusão de mensagens estatais, a felicidade do processo comunicativo depende tanto da maneira como essas mensagens são transmitidas quando da maneira como elas são recepcionadas pelos destinatários. Destarte, o processo comunicativo tocante à administração da pena não pode enfocar apenas a figura do Estado, mas sim abarcar todos os interlocutores, incluindo os apenados, as vítimas e a sociedade em geral (FISCHER: 2023, p. 122).

Para que a pena atinja os objetivos propostos pelo sistema penal, os quais implicam alguma forma de controle massificado do comportamento humano, é imprescindível que a mensagem punitiva seja internalizada pelos destinatários e que essa apreensão gere uma conformação de suas condutas e de suas expectativas. Traduzindo essa dinâmica para os processos de linguagem, a mensagem penal apresenta uma força ilocucionária, pois não apenas declara o agente como culpado; também expressa a reprevação social sobre sua

conduta e reafirma a vigência do sistema jurídico.

Contudo, a pretensão de eficácia da pena não se encerra aí, pois ela também busca adequar a conduta humana, seja do apenado ou da sociedade como um todo. Assim, emerge a força perlocucionária da pena nesse processo comunicativo, tendo em vista que, para que a mensagem punitiva seja eficaz, os interlocutores devem reagir favoravelmente a ela e conformar suas atitudes de acordo com os ditames normativos preconizados. Desse modo, observa-se que a pretensão de eficácia da pena ostenta forte dependência com a felicidade perlocucionária do processo comunicativo. Os anseios consequencialistas dos sistemas punitivos exigem a readequação do comportamento desviante mediante a administração de punições. E tal conformação de conduta somente será viável caso a mensagem estatal seja compreendida e internalizada pelo destinatário da norma penal, de modo a promover futuro ajustamento comportamental.

Por sua vez, os mesmos anseios consequencialistas dos sistemas punitivos, cuja legitimidade se erige em discursos justificantes que atribuem objetivos à sanção penal, também são responsáveis por avivar a pretensão de validade da pena. A explicação de tal proposição está no fato de que a assunção de finalidades específicas pelos sistemas penais traz consigo a exigência de confirmação de tais propostas, para que os

discursos justificantes sejam considerados válidos pelos interlocutores desses sistemas. A primeira dimensão de validade da pena se mostra vinculada à satisfação da pretensão de eficácia, quando discursivamente vinculada a alguma justificação de natureza consequencialista, como, por exemplo, a prevenção de delitos. Ou seja, em um primeiro momento, a pena somente será válida se for apta à consecução dos objetivos proclamados pelo sistema penal.

No entanto, além de útil, a pretensão de validade da pena reclama que ela seja percebida como justa pelos interlocutores do processo comunicativo. Ainda que “justiça” possa ser considerado um conceito metafísico intangível, a atribuição dessa qualidade à pena é fundamental para o reconhecimento de sua legitimidade pelo corpo social. Para fins de validade, a pena não precisa ser justa em si mesma – como em uma acepção aporética (DERRIDA: 1992, p. 22) –, bastando que a sociedade a admita como tal com um certo grau de consensualidade. Portanto, visando a satisfação da pretensão de validade, a administração da punição pelo sistema jurídico-penal demanda que a pena se manifeste em sintonia com as intuições gerais de justiça presentes em sociedade (ROBINSON: 2008, p. 9-14).

Talvez, essa dicotomia entre pena justa e pena útil possa ser considerada um dos grandes antagonismos enfrentados pelos sistemas penais contemporâneos (PAVARINI: 2014, p. 104), diante da reivindicação de simultâneo atendimento de

suas pretensões de eficácia e de validade. Se, por um lado, as atuais justificações do poder punitivo se fundam na consecução de um bem comum, por outro, não se pode olvidar que a categorização das penas é uma tradução jurídico-dogmática de conteúdos éticos de uma sociedade (HABERMAS: 1996, p. 205-206). Por isso, sob uma perspectiva comunicativa, as pretensões de validade e de eficácia da pena se entrelaçam para satisfazer as expectativas sociais de justiça e de veracidade que recaem sobre o sistema penal, exigindo um grau alargado de consensualidade, de modo a não irritar o tecido social (HESPANHA: 2019, p. 118).

2 O AGIR COMUNICATIVO ANCORADO NO DISCURSO PENAL

A essência do Direito está na linguagem, ele se manifesta e existe como texto. Sua função pragmática é regular a sociedade, o que implica organizar e dirigir condutas – em síntese, prescrever, sempre tento em vista elementos concretos da realidade que busca conformar. Na medida em que o texto judicial, em suas prescrições, constitui ações, que sem ele não existiriam, ele é um ato de fala. Exemplo dessa constatação é que, sem a norma, embora exista a ação de matar, não existe o crime de assassinato (ROBLES MÓRCHON: 1996, p. 197 e 212-216). Da mesma forma, sob a égide de um Estado Democrático de Direito, não existe cumprimento legítimo de pena senão

mediante a prolação de uma sentença penal condenatória.

Habermas foi o responsável por promover a análise sociológica dos processos comunicativos, interpretando fenômenos sociais, tais como o direito, à luz das categorias linguísticas de Austin (AUSTIN: 1992) e Wittgenstein (WITTGENSTEIN: 1960, p. 323-325, §65-67). Nada obstante o mérito do pragmatismo linguístico, há de se reconhecer o caráter abstrato de suas construções, não sendo automática sua transposição aos sistemas sociais contemporâneos, marcados por sua complexidade e fluidez. Nesse sentido, Habermas destacou que a pragmática linguística não pode ser engendrada sem as categorias de verdade, objetividade, realidade, referência, validade e racionalidade (HABERMAS: 2004, p. 7-12).

A hermenêutica *habermasiana* integrou a filosofia da linguagem à arena pública, em crítica à dominação exercida pelas instituições do século XX. No entender do teórico, a pragmática linguística se prestou à estruturação de uma teoria do agir comunicativo, constituindo o fundamento de uma teoria crítica da sociedade. Viabilizou a ressurgência de uma concepção da moral, do direito e da democracia ancorada na teoria do discurso.

Valendo-se de conceituações típicas dos pragmáticos supramencionados, Habermas propôs o entendimento e a comunicação livres de coerções, bem como instituiu o conceito de ação comunicativa,

meio pelo qual os sujeitos partilham elementos culturais, normativos e subjetivos. O agir comunicativo se materializa quando os atores coordenam seus planos de ação mediante entendimento mútuo, adotando uma perspectiva não consequencialista. Essa forma de interação prescinde – ao mesmo tempo em que se volta ao estabelecimento – de um acordo racional entre os participantes (BETTINE: 2021, p. 11).

Indispensável para esse intento é o conhecimento do ouvinte das justificativas da pretensão de validade levantada pelo locutor e das consequências que a aceitação do proferimento acarretará no plano das ações. Tal situação se deve ao fato de a ação comunicativa apenas se concretizar quando o falante e ouvinte se entendem a respeito de algo em uma atitude performativa, voltada e compreensível a terceiros que não tomaram parte do debate (HABERMAS: 2004, p. 92 e 112).

Como corolário, extrai-se que o escopo perlocucionário (conformador) de um proferimento não depende unicamente das proposições linguísticas utilizadas pelo locutor, mas também da compreensão dos ouvintes (HABERMAS: 2004, p. 108), a partir do que o convencimento se torna factível. No agir comunicativo, os ouvintes são motivados racionalmente pelo locutor para uma “ação de adesão”, decorrente do efeito ilocucionário de comprometimento que o ato de fala suscita (HABERMAS: 1989, p. 79 e 112).

A ideia é que, mediante as informações e as razões trazidas, os destinatários cheguem à mesma conclusão

do locutor, ou, ao menos, possuam condições de fundamentadamente contraditá-la. Assim, para que uma sentença judicial – enquanto ato de falo complexo – atinja sua pretensão perlocucionária, impende que os destinatários/coletividade entendam os fundamentos da sanção aplicada (HABERMAS: 2004, p. 109), o que não seria viável mediante o emprego de referenciais valorativos puramente jurídicos, artificialmente criados pela dogmática e passivamente acolhidos pela jurisprudência.

Para elucidação do uso da linguagem orientado ao acordo, o pensador alemão se valeu da teoria jogos de linguagem e da comunicação mediada pelo uso de regras de Wittgenstein. Em oposição à filosofia transcendental, que vinculava a validade de uma proposição a um processo de certificação autorreflexivo, verificado *in foro interno*, a filosofia da linguagem introduziu uma explicação pragmática do saber, que habilita os sujeitos ao discurso e à ação comunicativa. Esse saber não procede de juízos ou significados apriorísticos à experiência mundana, mas de tipos elementares de comportamentos regidos por regras socialmente forjadas (como atos de fala, ações, relações e interações sociais).

Nesse ínterim, performativos, aos quais se conferem força ilocucionária, entendem-se como expressões de vontade normativamente autorizadas, que estão de acordo com as regras de linguagem vigentes em comunidade e são, por isso, aptos a produzir as repercussões fáticas que

almejam (HABERMAS: 2004, p. 18-19 e 116). Dentro do mundo da vida, as ações são regidas por regras essencialmente gramaticais. A ação, na teoria comunicativa, não é somente um fenômeno físico, pois contempla um significado intersubjetivamente instituído, apreensível senão em termos linguísticos (ROBLES MORCHÓN: 1996, p. 210). A partir das circunstâncias que subjazem sua exteriorização, os atos de fala adquirem idiossincrasias, formando os jogos de linguagem, que nada mais são do que espécies de microssistemas linguísticos aptos a interferir secundariamente no significado dos proferimentos.

Portanto, para se compreender adequadamente o sentido dos atos de fala reguladores, como ordens, é preciso conhecer o contexto normativo que autoriza o locutor a sua veiculação e vincula os destinatários a seu cumprimento. Todavia, tratando-se de atos de fala reguladores precedidos de discurso moralizante, cuja pretensão é corrigir desacordos à luz de elementos axiológicos, o mero conhecimento do contexto normativo não basta. Isso ocorre porque ele foi violado pela ação a que se pretende correção. Por exemplo, o crime realiza determinado tipo penal, violando o consenso existente sobre a vedação daquele comportamento. Faz-se, então, necessário que o locutor fundamente a razão pela qual a norma merece ter sua vigência reafirmada (HABERMAS: 2004, p. 117). Por qual motivo, malgrado o comportamento transgressor, o

imperativo de conduta remanesce válido? Essa pretensão é tangível senão em um discurso composto por referenciais valorativos intersubjetivamente partilhados (HABERMAS: 1999, p. 129).

O magistrado, em seu labor típico, subsume situações concretas às regras positivadas pelo legislador. Por trás dessas regras, subsiste, ou ao menos deveria, um acordo. Esse compromisso assume várias dimensões, correlacionando o comportamento a ser sancionado, a pena a ser aplicada e as autoridades do Poder Legislativo para redigir a norma e do Poder Judiciário para aplicá-la. Entretanto, a concretização da regra, por meio da decisão judicial, somente reafirma o acordo quando os envolvidos aceitam as disposições dadas pelo locutor (juiz), com fulcro na justificação por ele trazida (HABERMAS: 2004, p. 113 e 123). Em uma simples colocação: exige que os atores se entendam entre si sobre aquilo a que estão normativamente obrigados.

Como exemplo, é possível sustentar que há um acordo, na sociedade brasileira, no sentido de que furtar um bem para adquirir uma arma de fogo é um comportamento mais reprovável do que cometer análogo crime para prover seu próprio sustento. Por esse motivo, o juiz, valendo-se da discricionariedade conferida pelo artigo 59 do Código Penal, aplicaria a pena acima do mínimo legal no primeiro caso. Fundamentaria que o móbil pelo qual o autor adotou a conduta ilícita a torna mais reprovável, merecendo, portanto, maior

sanção. Nessas circunstâncias, haverá acordo se os jurisdicionados tiverem a pena imposta como correta pelas mesmas razões que foram exaradas na sentença, o que muito provavelmente ocorrerá.

Contudo, invertido esse cenário, caso o magistrado aplique a pena acima do mínimo legal à situação do sujeito que cometeu o crime para garantir seu sustento e justifique a exasperação com base na motivação da conduta, o *quantum* penal até poderia ser aceito por um setor minoritário da sociedade. Porém, certamente por motivos escusos aos constantes na sentença, como preconceito *sui generis* às classes economicamente desfavorecidas.

A existência de juízos de conduta reputados como corretos pelos atores – pretensões deontológicas justificadas e justificáveis mediante o acordo – viabiliza a ação comunicativa, posto que, para interagirem no mundo da vida, os atores precisam compartilhar certezas: devem saber, claramente, que dado comportamento é admitido, enquanto outro é vedado. O triunfo das ações se vincula à existência de um discurso descentrado que lhes confira validade, a possibilitar avaliá-las como corretas ou incorretas. A transição das ações para o discurso permite que os participantes adotem uma atitude reflexiva acerca de sua legitimidade, ora validando-as, ora refutando-as (HABERMAS: 2004, p. 49).

Emerge, aqui, a questão da acessibilidade dos discursos, uma vez que, em sociedades modernas, marcadas pela

especificação sistêmica, são escassos os espaços de deliberação inclusiva, em que os participantes podem efetivamente tomar parte da discussão travada. Nesse contexto, a argumentação perde parcela significativa de sua essência comunicativa, pois se mostra inteligível tão somente aos sujeitos que participam do microssistema social do qual o discurso provém. O direito, na maioria dos atuais sistemas jurídicos, é outorgado a um grupo restrito de intérpretes, que o traduz para uma linguagem especializada e pouco acessível à compreensão cotidiana. A antiga disputa pelo poder de dizer o direito pende, cada vez mais, para o lado do tecnicismo dos juristas, que muitas vezes impõem referenciais valorativos próprios, a despeito da consensualidade que deveria orientar os ordenamentos com pretensões democráticas.

Para que o acordo comunicativo entre o sistema penal e o jurisdicionado seja satisfeito, mostra-se indispensável que os padrões impostos de conduta se coadunem com as expectativas gerais da sociedade em questão. Caso contrário, todo o sistema sofrerá um deficit de legitimidade, devido à dissonância entre a moralidade institucionalmente imposta (ideal, proveniente do dever-ser) e a moralidade socialmente praticada (positiva, proveniente do ser) (HART: 1994, p. 167-184).

Considerando que a determinação de penas, tanto em abstrato quanto em concreto, implica inafastáveis juízos de valor, torna-se evidente que qualquer ordenamento

jurídico deve se valer de referenciais axiológicos de natureza metajurídica para integração do sistema normativo. Portanto, a solução para a satisfazer a pretensão de validade da pena está na escolha de um referencial valorativo adequado às expectativas gerais compartilhadas em sociedade. Compreendendo a administração da pena sob a perspectiva de um processo comunicativo, o referencial valorativo apto a atingir um maior grau de consensualidade social será aquele baseado nas intuições gerais de justiça, extraído dos padrões éticos socialmente difundidos (FISCHER: 2023, p. 150-152).

Por sua vez, tal satisfação da pretensão de validade da pena, a partir da adoção de referenciais axiológicos orientados pelas percepções de justiça extraídas do tecido social, mostra-se crucial para a felicidade dos objetivos práticos pretendidos pelo direito penal. Compreendendo a dinâmica do processo comunicativo instaurado pelo sistema punitivo, tem-se que o alcance de uma consensualidade alargada a partir da administração da pena é fundamental para a consecução dos efeitos perlocucionários almejados. De igual forma, a conformação do comportamento humano a partir da resposta penal depende da maneira como a pena é recepcionada pelos interlocutores desse processo, sendo mais eficaz na medida em que se mostre mais consensual em relação aos padrões éticos socialmente compartilhados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao ser capturado pelo âmbito jurídico, o fenômeno punitivo passa a reivindicar, com muito mais intensidade, a satisfação de pretensões de validade e de eficácia da pena. Os sistemas penais contemporâneos, atrelados a Estados Democráticos de Direito, estão submetidos ao controle tanto sobre a legitimidade do discurso justificante da pena quanto sobre sua eficácia na consecução de um bem comum à sociedade. Atualmente, para que se coadune com os ditames dos ordenamentos jurídicos com fundamentos democráticos, a pena deve se apoiar em finalidades que se mostrem úteis e válidas às percepções gerais. Todavia, é na dicotomia entre pena justa e pena útil que reside a grande problemática dos sistemas penais contemporâneos.

A dificuldade de se alcançar atendimento conjunto das pretensões de validade e de eficácia da pena pode ser, em tese, superada a partir da compreensão da resposta punitiva estatal sob a perspectiva do processo comunicativo que lhe é imanente. Evidentemente, a pena é manejada pelo Estado como um veículo que visa conformar a conduta humana em sociedade, por meio de expedientes repressivos. Portanto, o sucesso da mensagem estatal capitaneada pela pena depende, para sua irrestrita satisfação, não somente da forma pela qual a mensagem é transmitida, mas também da maneira como ela é

recepção e internalizada pelos destinatários das normas jurídicas, na condição de interlocutores dos processos comunicativos.

Adotando-se tal perspectiva, a teoria do agir comunicativo de Habermas pode se apresentar como um valioso instrumento para o aprimoramento da compreensão da dimensão jurídica do fenômeno punitivo, na medida em se propõe a investigar a validação de processos comunicativos mediante um fundamento consensual. Empregando-se as categorias *habermasianas*, as pretensões de validade e de eficácia da pena podem ser analisadas sob o ponto de vista da felicidade dos processos comunicativos.

Essa abordagem, por sua vez, permite que os referenciais valorativos – indispensáveis para a determinação de penas – sejam eleitos tendo como norte a satisfação das pretensões de validade e de eficácia da pena, considerando as nuances do processo comunicativo adjacente. E, dentre tais referenciais, as intuições gerais de justiça se apresentam como a mais fiável opção, na medida em que refletem níveis mais altos de consenso social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUSTIN, John Langshaw. **How to do things with words: the William James lectures delivered at Harvard University in 1955.** Oxford: Oxford University Press, 1962.

BETTINE, Marco. **A teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas: bases conceituais.** São Paulo: Edições EACH, 2021.

DERRIDA, Jacques. Force of law: the "mystical foundation of authority". In: CARLSON, David Gray; CORNELL, Drucilla;

ROSENFELD, Michael (ed.). **Deconstruction and the possibility of justice.** London; New York: Routledge, 1992. p. 3-67.

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

FEINBERG, Joel. The expressive function of punishment. In: TONRY, Michael (ed.). **Why punish? How much? A reader on punishment.** Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 111-125.

FISCHER, Fernando Bardelli Silva. **Individualização comunicativa da pena.** São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023.

FOUCAULT, Michel. **Surveiller et punir: naissance de la prison.** Paris: Gallimard, 1975. GÜNTHER, Klaus. Criminal law, crime and punishment as communication. **Normative Orders Working Paper**, Frankfurt am Main, n. 2, p. 1-22, 2014.

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

HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy.** Tradução de William Rehg. Cambridge: MIT Press, 1996.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa.** v. 1: Racionalidad de la acción y racionalización social. Tradução de Manuel

Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Humanidades, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação: ensaios filosóficos**. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **The concept of law**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.

HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático: prospectivas do direito no século XXI**. Coimbra: Almedina, 2019.

NIETZSCHE, Friedrich. Zur Genealogie der Moral. In: NIETZSCHE, Friedrich. **Gesammelte Werke**. Köln: Anaconda, 2014. p. 615–737.

PAVARINI, Massimo. **Governare la penalità: struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena**. Bologna: Bononia University Press, 2014.

ROBINSON, Paul H. **Distributive principles of criminal law: who should be punished, how much?** Oxford: Oxford University Press, 2008.

ROBLES MORCHÓN, Gregorio. El derecho como texto: en torno a la fundamentación de una teoría comunicacional del derecho. **Persona y Derecho**, Navarra, v. 35, p. 195–226, 1996.

ROBLES MORCHÓN, Gregorio. **Teoría del derecho: fundamentos de teoría comunicacional del derecho**. v. 1. 3. ed. Pamplona: Civitas, 2010.

ROTH, Martha Todi. **Law collections from Mesopotamia and Asia Minor**. Atlanta: Scholars Press, 1995.

VON HIRSCH, Andreas. **Deserved criminal sentences**. Oxford: Bloomsbury, 2017.

WITTGENSTEIN, Ludwig. Philosophische Untersuchungen. In: WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus; Tagebücher 1914–1916; Philosophische Untersuchungen**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1960.