

Sistema Penal & Violência

Revista Eletrônica da Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS

Porto Alegre • Volume 6 – Número 1 – p. 88-102 – janeiro-junho 2014

A construção social da censura e a penologia um passo além: Reparação criativa e restauração

The social construction of censorship and beyond penology:
Creative reparation and restoration

ANDRÉ RIBEIRO GIAMBERARDINO

DOSSIÊ

JUSTIÇA RESTAURATIVA

Editor-Chefe
JOSÉ CARLOS MOREIRA DA SILVA FILHO
Organização de
DANIEL ACHUTTI
JOSÉ CARLOS MOREIRA DA SILVA FILHO



A construção social da censura e a penologia um passo além: Reparação criativa e restauração

*The social construction of censorship and beyond penology:
Creative reparation and restoration*

ANDRÉ RIBEIRO GIAMBERARDINO^a

Resumo

Propõe-se a compreensão dos conceitos de pena e censura como representação social passível de desconstrução crítica. Constata-se, assim, que é possível se representar a existência de censura sem que haja, necessariamente, afluência. Nesse sentido, foram estudados 486 estudos psicossociais realizados no âmbito do Júri do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba. Defende-se o retorno crítico aos *chicagoans* e a operacionalização de uma concepção de controle social atenta à sua dimensão horizontal, o que acaba por mitigar a crença normativista no garantismo penal. Na construção de práticas de censura distintas da pena, a comunicação e expressividade viriam fundadas na alteridade, na participação ativa dos envolvidos, e não na afluência como intencional imposição de sofrimento a outrem. A censura restaurativa, por meio de práticas de mediação e reparação simbólica, deve se colocar como limite ao discurso punitivo, sendo este o sentido de qualquer hipótese de institucionalização.

Palavras-chave: Filosofia da pena. Justiça restaurativa. Mediação penal.

Abstract

This paper proposes the critical deconstruction of the concept of punishment, differentiating it from the concept of censorship. As starting point we discuss 486 interviews conducted by a psychologist and a social worker between 2007 and 2012 with defendants, victims or their families, in cases of homicide that occurred in the city of Curitiba. The punitive discourse is understood as a constitutive practice of reality, embracing the concept of punitive power, but going further, whereas it operates with a conception of social control aware of its horizontal dimension. It is proposed the possibility of building practices of censorship distinct from punishment, in which communication and expressiveness come base do not herness, ie, with the active participation of those involved, questioning the need forward treatment and intentional infliction of suffering. The institutionalization of restorative justice and penal mediation in this context is an open question to be debated in the coming decades.

Keywords: Philosophy of punishment. Restorative justice. Penal mediation.

^a Doutorando pela UFPR (conclusão em abril/2014). Mestre em Direito pela UFPR e em Criminologia pela Università degli Studi di Padova. Professor na Universidade Federal do Paraná e na Universidade Positivo. Defensor Público no Estado do Paraná. <andre.rg@terra.com.br>.

1 Introdução: horizontes de justificação da pena e sua insuficiência

A pena estatal deve ser sempre justificada. Afinal, trata-se da imposição oficial e intencional a sujeitos que são devidamente condenados de uma violência que seria absolutamente inadmissível se aplicada a quaisquer outros sujeitos ou em qualquer outra situação¹. Falar em merecimento da pena, nesse sentido, invoca uma “questão moral” inafastável da instituição legal da pena, que “envolve a inflição deliberada e intencional de sofrimento. É por conta disso que se trata de uma instituição que exige justificação de uma maneira que outras instituições políticas não exigem”².

Nesse horizonte, algumas opções teóricas são frequentemente postas em discussão. O garantismo penal, em primeiro lugar, é modelo eminentemente normativo que confia e crê na capacidade limitadora de seus conceitos e princípios³: o direito penal justificado como a “lei do mais fraco” e como limite do poder punitivo. A perspectiva negativa e agnóstica de Zaffaroni, por outro lado, nega ceticamente qualquer possibilidade de justificação: a pena seria um fato de poder sem nenhuma finalidade positiva⁴. Desse modo, a única função legítima possível que resta ao direito penal e processual penal não seria a justificação ou legitimação do poder punitivo, mas sua contenção e redução.

No mesmo sentido vai a compreensão das perspectivas críticas sobre as funções reais da pena como articuladas para a produção da diferenciação social, impondo degradação aos sujeitos criminalizados justamente para situá-los no polo extremo inferior da hierarquia social, transformando o “transgressor em criminoso”, e assim operando para a conservação da desigualdade social, política, econômica. Desenvolvendo a provocação já presente em Tobias Barreto, para quem aquele que “procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra” porque “o conceito da pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político”⁵, a função do direito penal é limitada a uma espécie de “política de redução de danos”.

O conceito negativo e agnóstico rejeita todos os componentes legitimantes da pena presentes na fundamentação contratualista e liberal da pena. Reconhecido como a “lei do mais forte”, o poder punitivo precisa ter os efeitos minimizados justamente porque injustificável. De todo modo, fica claro que “a teoria agnóstica não é uma teoria da pena, mas um modelo dogmático crítico que objetiva (...) restringir a *potentia puniendi*”⁶. Abstém-se de aderir a qualquer modelo de justificação, de um lado; concentra-se na minimização dos danos, de outro.

Ocorre que mesmo se adotada tal estratégia, ainda se hipoteticamente observado, respeitado e bem-sucedido o modelo de um direito penal subsidiário e fragmentário, como limite do arbítrio, ou se admitida a pena somente nos casos de *ultima e extrema ratio*, respeitando-se todas as garantias processuais, seguiríamos sem atentar efetivamente à elaboração e resolução do conflito em questão, perdendo de vista (novamente) o que Baratta buscara definir como “referente material” da criminalidade⁷, ou seja, o “conflito” instalado nas interações humanas.

A perspectiva hobbesianamente pessimista de Ferrajoli que, muitas vezes, neutraliza toda tentativa de se pensar além, funda-se na premissa segundo a qual a pena e o direito penal devem ser vistos como alternativa à guerra e “única possibilidade” de minimização da violência. Se, como afirma o autor, as alternativas ao

¹ BOONIN, David. *The problem of punishment*, p. 1.

² BURGH, Richard. Do the guilty deserve punishment?. *The Journal of Philosophy*, p. 193.

³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 851 e ss.

⁴ ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal*, p. 56.

⁵ BARRETO, Tobias. Fundamento do direito de punir. *Estudos de Direito*, p. 177-178.

⁶ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*, p. 149.

⁷ BARATTA, Alessandro. Che cosa è la criminologia critica? *Dei delitti e delle Pene*, n. 1, p. 67.

direito penal se resumem a quatro infelizes modalidades de controle social – “selvagem”, “estatal-selvagem”, “social-disciplinar” ou “estatal-disciplinar”⁸ – parece realmente haver pouco espaço de movimento e inovação.

É possível e teoricamente fundado, porém, problematizar o próprio conceito de pena e seus elementos, negando qualquer definição ontológica pré-existe de censura. A ideia é trabalhar com um conceito de censura ou controle social mais amplo e que se não confunde com o de poder punitivo ou as formas de reação punitiva vinculadas ao Estado. Reconhecê-lo para ser uma premissa decisiva para que se possa trilhar por uma via de deslegitimação “de baixo para cima” do discurso punitivo. É fundamental, nesse sentido, o retorno às teorias sociológicas desconstrucionistas para que se possa visualizar a possibilidade de uma crítica capaz de propor e não se contentar com estratégias de longo prazo com dificuldades em não se tornar, nos fatos, novos mecanismos de legitimação.

A assertiva segundo a qual não existe um conceito ontológico de crime é fortemente presente nos discursos críticos em criminologia, especialmente na passagem do interacionismo⁹ às criminologias críticas e radicais¹⁰, negando-se ao conceito qualquer essência: “crime” é noção condicionada a processos de definição, substituindo-se a criminalidade como objeto de estudo pela investigação dos processos de criminalização e sua inerente seletividade.

Porém, no que concerne às representações sociais que, também por meio de processos de definição, constroem o que se entende por censura, pena, justiça, algumas das contribuições críticas fundamentais não perpassaram, como espécie de “etapa anterior”, uma reflexão de viés desconstrutivista.

Tal observação vale tanto para a perspectiva mais tradicional como para aquela mais crítica. A primeira, por exemplo, trabalha com os elementos atribuídos a um conceito válido de pena, quais sejam, (a) imposição de um dano, ou seja, deve ser aflictiva; (b) de forma intencional; (c) esta intenção deve ser exatamente retribuir e reprovar um ato cometido; (d) de forma “autorizada” ou “oficial”¹¹. A segunda, de outro lado, traz à baila a emergência das funções reais, ocultas ou latentes da pena e, especialmente, da pena privativa de liberdade, descrevendo as relações entre as formas de punir, o mercado de trabalho e o modo de produção, mas também sem abandonar a pressuposição de uma inexistente univocidade em torno aos elementos que caracterizariam a ideia de pena e, especialmente, da pena estatal.

O risco presente é aquele da adesão acrítica a uma determinada concepção de pena marcada pela univocidade. O ocultamento da riqueza semântica das significações de censura e justiça não é sem propósito, na medida em que se tome por ponto de partida, como explica Foucault, a definição de *discurso* como *prática constitutiva*, não como mero conjunto de signos¹². No caso do discurso punitivo que equipara censura e pena, a questão que se coloca é como e de que modo se procedeu a uma violenta redução de toda a complexidade das interações sociais, no que tange às práticas de controle social, condicionadas pela premissa segundo a qual para além da pena estatal só há espaço para a violência intersubjetiva e a dominação pela força.

A hipótese apresentada a seguir é que é possível censurar sem punir, substituindo a aflictividade por espaços de alteridade. Não é possível afastar do debate a relevância das dimensões informais e horizontais das práticas de controle social, com papel ativo e constitutivo nos processos de construção social das representações sobre o que é pena, punição, censura, sobre o que é “fazer justiça”, tanto quanto foi feito no que tange aos

⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 338 e ss.

⁹ BLUMER, Herbert. *Symbolic interactionism: perspective and method*, p. 2-6.

¹⁰ Os marcos nesse sentido foram o texto de GOULDNER, Alvin W. The sociologist as a partisan: sociology and welfare state. *The American Sociologist*, v. 3, n. 2, 1968, p. 103-116 e a coletânea. TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *The new criminology*, London: Routledge, 1973.

¹¹ BOONIN, David. The problem of punishment, p. 3-28. Similar, v. HART, Herbert. Prolegomenon to the Principles of Punishment. *Punishment and responsibility*, p. 4-5.

¹² FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*, p. 143.

conceitos de “crime” e “desvio”. Argumenta-se ser este, inclusive, um marco teórico coerente para com a trajetória das criminologias e “penologias” críticas.

2 A afitividade não é elemento imprescindível da censura: análise dos estudos psicossociais realizados no âmbito do Tribunal do Júri de Curitiba/Paraná entre 2007 e 2012

A tese doutoral apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná em abril de 2014, da qual o presente texto decorre como síntese de alguns pontos, traz uma sugestão de análise empírica como ponto de partida para uma estratégia desconstrucionista em penologia. Trata-se do material gentilmente fornecido pelo Juiz de Direito Presidente da 2ª Vara Privativa do Tribunal do Júri do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, Paraná, Daniel Avelar, consistente em 486 (quatrocentos e oitenta e seis) estudos psicossociais, entrevistas reduzidas a termo com acusados, vítimas e familiares em casos de crimes dolosos contra a vida, alguns dias antes da sessão de julgamento. Sem adentrar nas diversas ressalvas metodológicas e materiais que se impõem – desde logo por não haver previsão legal quanto ao procedimento – o que se vislumbra não é a tomada de qualquer conclusão universalizante mas, bem ao contrário, a impossibilidade de redução semântica a um sentido unívoco de expressões idênticas e que se repetem nas “falas” dos sujeitos vitimizados e criminalizados.

Qualquer categorização sugerida seria falha porque as palavras proferidas, tratadas como dados, não podem ser tomadas passivamente ou reificadas, quantificadas. A dimensão a ser levada em conta é aquela que diz respeito aos caminhos possíveis das representações e percepções subjetivas e objetivas como componente de discursos punitivos ou não punitivos, em um complexo contexto social de uma violência causada e sofrida, fratura exposta do que foi definido, social e institucionalmente, como crime.

O ponto-chave é o seguinte: a demarcação entre o que seriam discursos “punitivos” ou “não punitivos” não estaria no anseio “pela condenação”, “por justiça”, que “pague pelo que fez”, mas sim na presença ou ausência do elemento correspondente à inflição intencional de sofrimento, ou seja, a *afitividade*. O que se propõe, em seguida, é trabalhar com a possibilidade de juízos de censura presentes em discursos caracterizáveis como “não punitivos”, pois “expressivos/comunicativos” mas sem a inflição intencional de sofrimento, elemento substituído pela participação ativa dos sujeitos envolvidos no conflito em sua discussão e resolução, pela criação de um espaço viável de linguagem capaz de comunicar reprovação sem fazer sofrer.

Apenas para exemplificar, nota-se as diferenças profundas entre desejar “uma morte dolorosa para o réu” (Número de Controle do estudo psicossocial, doravante NC: 271) e, sob a mesma rubrica de expressões como “fazer justiça” ou “pagar pelo que fez”, admitir-se a facultatividade entre prisão e “serviços comunitários” (NC: 191), afirmar que gostaria que o réu sofresse uma “pena leve de prestação de serviços à comunidade” (NC: 186) ou “prestação de serviços em um hospital” (NC: 60), ou quando se define claramente “justiça” como “reparação financeira” (NC: 450), “mesmo que seja para pagar uma cesta básica”, para “ele aprender a respeitar as pessoas” (NC: 189). A desconexão entre censura e afitividade fica clara quando, mesmo no caso em que o réu pede perdão e a vítima afirma que “o perdoara”, esta afirma que gostaria de uma condenação “a uma pena alternativa de trabalho comunitário” (NC: 273), associando o próprio perdão à exclusão de uma sanção afitiva, o que não interfere na expectativa de uma expressão pública de reprovação.

Perante a questão sobre quais seriam as expectativas para o julgamento, a utilização significativamente frequente de alguns termos e expressões salta aos olhos, especialmente “que a justiça seja feita” (por 51 vezes) e a o anseio de “pagar pelo que fez” (por 43 vezes), esta última em altíssimo número dentre os réus e seus familiares. A própria frequência da expressão entre as falas dos réus e seus familiares indica a equivocidade do

que se poderia supor em um primeiro momento, reconduzindo-se a ideia de compensação presente na expressão “pagar pelo que fez” à noção de vingança. É preciso enfrentar a questão da construção das representações que definem o sentido da expressão em cada caso. Vê-se mães que defendem que se os filhos forem “culpados”, “devem pagar” (NC: 86, 180, 226, 247, 272), “não preso” (NC: 58), embora sintam o “coração apertado” e seja “doído”, segundo a irmã de um acusado (NC: 235). Quando são os próprios réus a utilizarem a expressão, admitindo a autoria e aceitando o juízo de reprovação, o que se vê é sua abertura semântica para formas de censura que não sejam tão aflitivas quanto a privação da liberdade. Por exemplo, “deve pagar porque agiu de forma errada” (NC: 158); “se eu cometi tenho que pagar” (NC: 333); “reconhece que agiu de forma incorreta e gostaria de pagar pelo que fez em liberdade” (NC: 448); quer “pagar pelo seu ato em liberdade, com cesta básica” (NC: 250); espera “pagar pelo que fez com trabalho, não com cadeia” (NC: 280); ré “acha que errou e deve pagar pelo que fez, mas não suportaria a ideia de ficar presa, gostaria de pagar a pena prestando serviços” (NC: 424); outro réu, por fim, afirma que os três meses que ficou preso preventivamente “foram o suficiente para pagar o seu feito e que já sofre as consequências de não conseguir emprego e estar marcado socialmente” (NC: 220). Por fim, vale mencionar as esposas que afirmam que o marido “não merece ser preso”, mas “seria justa uma condenação à prestação de serviços à comunidade” (NC: 341), ou aquela que “acha que seu marido não agiu certo, mas não merece a pena de prisão” (NC: 392).

Há, também, um número proporcionalmente muito maior de absolvições, pelo júri popular, quando a vítima ou seus familiares não expressam um desejo manifesto pela punição. Em vários casos, inclusive, sendo o réu confesso. Sem computar os processos em que não houve julgamento, tendo havido a declaração de extinção da punibilidade pelo decurso do prazo prescricional ou pela morte do réu, nota-se que mais da metade dos restantes resultou em absolvição ou desclassificação do delito. Esse tipo de postura abre também novas perguntas justamente sobre a dimensão simbólica, comunicativa ou expressiva das práticas de censura e sua vinculação à participação dos envolvidos.

A potencialidade latente e não explorada do diálogo aparece em outros casos que merecem menção. Primeiro, familiar vitimizado desabafa: “espero por justiça, porque os filhos dele têm ele no Natal, no dia dos pais, no aniversário. Depois que ele morreu, eu e meus filhos não sabemos o que é lazer, final de semana, férias”, enquanto o acusado se revelou, na entrevista, arrependido, dizendo-se “inconformado” porque nunca teve “uma ponta de motivo para fazer o que fez” (NC: 93). Segundo, a viúva vitimizada afirma desejar a condenação do réu “para aliviar sua dor”, dizendo: “Eu quero que ele sofra muito, como eu sofro até hoje” (NC: 125). Sobre o mesmo fato, em entrevista separada, o réu vincula o fato ao assassinato brutal de seu pai, anos antes, afirmando ter ficado com medo, “achei que fosse acontecer a mesma coisa comigo”, mesmo sem conhecer a vítima. Ele mesmo, o réu, disse que espera justiça e que “se eu merecer ser preso, não tem problema nenhum” (NC: 125). Terceiro exemplo, o réu afirma se sentir “culpado e muito arrependido”, mas familiares da vítima se queixam de nunca terem sido procuradas por ele, defendendo que ele “pague pelo que fez” (NC: 197). Quarto, o acusado, que é policial militar, afirma ter descoberto que a vítima tinha uma filha e “pensou” em oferecer algum tipo de auxílio, mas “ficou com medo, não sabia qual seria a reação dos familiares dela” (NC: 198). Quinto, a irmã da vítima que afirma “não condenar” o réu, que é policial militar, por ter atirado, mas o condena “pela atitude de não assumir o seu erro”, referindo-se ao fato de nunca terem sido procurados por ele (NC: 350). Sexto, em outro caso no qual o réu é policial militar, e que acabou sendo absolvido, narrando ter sofrido muito pelo constrangimento do processo. Mas o pai da vítima se afirma indignado e que “faz quinze anos que quer falar”, que “clama por justiça”, “uma raiva tão grande que dá vontade de fazer como o Bin Laden, matar tudo” (NC: 266). Mais uma vez, não há como ter acesso ao caso concreto e suas provas, mas a constatação fundamental está presente: “faz quinze anos que quer falar”...

Sétimo exemplo, de um lado, familiares das vítimas querem a punição como justiça: a irmã afirmou “jogar todos os planos para o futuro, pois antes querem o julgamento”, não se conformando “que o responsável por esse crime esteja solto nas ruas, usufruindo de conforto e dinheiro que não é dele”. Afirmando ainda sentir muito medo do réu. A viúva da vítima se disse revoltada porque “a vida dele seguiu normalmente, ele está solto, a minha não”. No julgamento, a pena privativa de liberdade aplicada foi superior a 20 anos. Não se pode afirmar, com qualquer grau de certeza, que práticas de mediação conduziram à transformação radical de tais concepções, porém é certo que as representações de justiça e censura, por parte dos familiares da vítima, tomam por pressuposto elementos que não estão presentes na forma como o réu e sua família se apresentaram voluntariamente à entrevista. O “responsável por esse crime”, termo usado pela irmã da vítima, não tem nome, não tem história: é uma abstração. Não é o réu que compareceu à entrevista e, chorando muito, afirmou-se arrependido e “atormentado, pois não pode fazer planos para o futuro” (NC: 205).

Oitavo, tem-se fato com consequências drásticas na vida do réu, com forte sentimento de culpa, e que vem a se tornar dependente de álcool e tentar suicídio por três vezes. O filho da vítima não sabe disso – o sistema penal não precisa que ele saiba para operar – e defende expressamente a ideia que, se não houver condenação, “ele não sofrerá nenhuma consequência do ato”... (NC: 199).

São alguns dos casos, e há tantos. Em três situações, as mães das vítimas se solidarizam às mães dos acusados tendo em vista experiências pretéritas de encarceramento do próprio filho: não desejam a prisão do réu porque “eu sei o que é isso, já tive um filho preso” (NC: 367, igual NC: 280, e NC: 461). Se a experiência pessoal muda a própria percepção de justiça e amplia o sentido de alteridade, é de se perguntar: não se está perdendo algo, pelo caminho? Quiçá, o que há de mais relevante? E esses rasgos de profunda humanidade que não interessam ao juízo de reprovabilidade, ao sistema de imputação, ao acertamento do caso penal? Em todos esses casos que são, por evidente, meramente exemplificativos e, repita-se, não têm o condão de conduzir a qualquer tipo de conclusão universalizante, o que se instala é a dúvida, a interrogação. O que ocorreria caso houvesse um espaço organizado e articulado de diálogo e participação ativa?

Dentre muitíssimas outras questões levantadas, o ponto central é que a necessidade de resignificação e compreensão do ocorrido, seja em relação aos sujeitos vitimizados, seja aos criminalizados, não encontra vazão ou um espaço viável no sistema penal formal. Não há saída: caso se queira buscar construir uma perspectiva restaurativa de censura a partir da participação dos envolvidos, haverá que se operar com a ideia de reparação *simbólica*, não somente econômica, o que significa um tipo de reparação capaz de trazer de volta o sujeito, sua responsabilidade, uma forma de censura construída sob o sentido de alteridade. Reduzir o conceito de reparação à dimensão pecuniária implica o risco de se incorrer em um desvio de sentido que amesquinha e “privatiza” qualquer prática de mediação¹³. Não obstante, tal redução é frequente no debate teórico sobre o resgate do lugar da vítima no processo penal e na própria discussão sobre a natureza político-criminal da reparação do dano causado pelo crime, um debate que parece “estéril”, no sentido, justamente, de pouco fértil, na medida em que se opera sob as mesmas premissas e conceitos de fundo.

3 Penologia e criminologia crítica um passo além: uma teoria expressiva/comunicativa mas sem afluência?

“O criminoso merece sofrer?”, diz a pergunta sobre a qual se desdobram reflexões várias inseridas no horizonte filosófico da pena como justiça, de forma diversa, portanto, do prisma utilitarista do direito penal moderno e sua ênfase presente nas teorias preventivas e ecléticas.

¹³ ROSA, Alexandre Morais da. Justiça Restaurativa e Ato Infracional: Práticas e Possibilidades. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, p. 213; também: BRUNELLI, Federica. La mediazione nel sistema penale minorile e l’esperienza dell’ufficio di Milano. In: PISAPIA, Gianvittorio (Org.). *Prassi e teoria della mediazione*, p. 79.

Sob a etiqueta “retribuição” ou “retributivismo” cabem, certamente, muitíssimas definições, não sendo possível reduzir o conceito a uma definição unívoca¹⁴. O que justificaria, afinal, a inflição intencional do mal com o propósito, justamente, de fazer o mal, mesmo se através disso se visar um bem? As teorias utilitaristas e unitárias não adentram efetivamente no debate sobre a justificação retributiva da pena, supondo-a, simplesmente, como expressão de uma “vingança sem sentido” ou de uma frágil vinculação entre culpa e castigo. Uma primeira linha de abordagem das teorias retributivas remonta exatamente à filosofia idealista ocidental de base kantiana; em segundo lugar, há a emergência do neorretribucionismo na segunda metade do século XX, que embora com os mesmos fundamentos confere maior ênfase à ideia de “merecimento” (vide, por todos, a teoria da vantagem injusta de Morris¹⁵); e por fim, pode-se situar em apartado, como um terceiro grupo, as teorias expressivas ou denunciatórias da pena.

A crítica do retributivismo, porém, não necessita trilhar por uma racionalidade consequencialista – por exemplo, quando alega sua não comprovação empírica, o que é evidente! –, pois se assim for ela é frágil. Desde logo, a crítica incide sobre a pena como “imperativo categórico”, ou seja, sobre a atribuição de uma relação de necessidade entre a pena e o cometimento de um delito. O retributivismo não questiona a definição legal estabelecida¹⁶, fundando-se sobre o pressuposto que aceita, simplesmente, a regra dada e a violação desta como equivalente a uma ação “errada”. Afirmar, em segundo lugar, que para se ter direitos é preciso cumprir o dever de respeitar os mesmos direitos de outrem, e quando se os viola o ofensor estaria abrindo mão de seus próprios direitos, restando justificado que sofra sua redução ou privação por meio da pena, ignora que o nexo entre a violação de direitos de outrem e a perda dos próprios não é capaz de, por si só, justificar a inflição da pena¹⁷, justamente porque fundados em premissas distintas.

Outras duas linhas possíveis de crítica se referem, primeiramente, à ruptura do paradigma do sujeito e da filosofia da consciência, sobre os quais se funda a base da teoria da pena de Kant e consequentemente das teorias neorretribucionistas; e em segundo lugar, à crítica material com fulcro nas necessidades concretas do ser humano e as relações econômicas e sociais nas quais ele se encontra inserido.

Levar em conta a superação do paradigma do sujeito e da filosofia da consciência pela virada linguística implica rejeitar a possibilidade de se visualizar uma essência na pena, como se ela, “por si só”, pudesse ser “justa ou injusta” ou como se o mal do crime pudesse ser por ela “anulado”. Pensar em uma estrutura pela linguagem, aqui, é conceber a censura como um ato de comunicação, socialmente e linguisticamente construído, estruturado menos como certeza e mais pela noção de consenso argumentativo, pautado pela dialogicidade. Com a linguagem alçada ao pólo principal do ponto de vista epistemológico, e perdido qualquer referencial ontológico, é desde fora, desde o “Outro”, que se deve partir.

A crítica material da retribuição, por sua vez, explícita como todos os conceitos manejados, da reciprocidade às definições de justiça, do merecimento à “vantagem injusta”, não passam de abstrações ideais e cegas ao funcionamento real do sistema penal. Karl Marx, em uma das poucas vezes que escreveu expressamente sobre a questão penal, afirmou que “do ponto de vista do direito em abstrato, há apenas uma teoria da pena que reconhece a dignidade humana em abstrato, e se trata da teoria de Kant, especialmente na forma mais rígida dada por Hegel”¹⁸. Em seguida, porém, reafirma como ilusória a substituição de “indivíduos

¹⁴ Sobre, v. DOLINKO, David. Some thoughts about retributivism. *Ethics*, The University of Chicago Press, v. 101, n. 3, p. 537-559, 1991; e ANDERSON, Jami. Reciprocity as a justification for retributivism. *Ethics*, Institute for Criminal Justice Ethics, v. 16, n. 1, p. 13-25, 1997..

¹⁵ MORRIS, Herbert. Persons and Punishment. BAIRD, Robert; ROSENBAUM, Stuart (Org.). *Philosophy of Punishment*, p. 75.

¹⁶ BEAN, Philippe. *Punishment: a philosophical and criminological inquiry*, p. 15-17.

¹⁷ BURGH, Richard. Do the guilty deserve punishment?. *The Journal of Philosophy*, p. 198.

¹⁸ MARX, Karl. On Capital Punishment. *New-York Daily Tribune*, London, Fev. 1853. Disponível em: <<http://www.marxists.org/archive/marx/works/1853/02/18.htm>. Acesso em 20/04/2013>. No mesmo sentido, afirmou o marxista Jeffrie MURPHY ser a perspectiva kantiana “a única teoria da pena moralmente defensável”, cf. MURPHY, Jeffrie. Marxism and Retribution. *Philosophy and Public Affairs*, v. 2, n. 3, p. 221.

concretos, com suas necessidades e complexas circunstâncias sociais, por seres abstratos que exercitam o livre arbítrio”¹⁹, definindo tal abstração como uma mera “expressão metafísica do talião”, concluindo que, nos fatos, a punição não passaria de um meio de *defesa social* contra agressões às suas condições vitais.

Concretamente, se as relações sociais são profundamente injustas, qualquer possibilidade de se justificar a punição sob esses parâmetros se esvai²⁰. Como falar, afinal, em “vantagem injusta”, em um contexto no qual o ofensor sempre foi injustamente privado dos bens fundamentais da vida? Se não há igualdade material, perde-se o ponto de referência do pensamento retributivo.

O horizonte utilitarista, a seu turno, oferece duas vias possíveis para o ato ou ação ser valorado com fulcro no princípio da utilidade²¹, e duas concepções diversas. De um lado, a referência pode ser às ações em particular, aferíveis como *conforme* ou não à felicidade do maior número, residindo aqui as tradicionais teorias utilitaristas da pena (seria o *utilitarismo-ato*, tradução livre do inglês *act-utilitarianism*). De outro, porém, visualiza-se tipos ou grupos de ações que devem ser submetidos a regras e assim analisadas em seu conjunto (*utilitarismo-regra*, tradução livre do inglês *rule-utilitarianism*), admitindo assim, na busca de uma síntese, a abertura a critérios de justiça típicos do retributivismo.

Vai nesse sentido a “mais convincente” dentre as teorias ecléticas²², de Herbert Lionel Hart, rejeitando, desde logo, a possibilidade de uma teoria monista da pena, afirmando que qualquer perspectiva deverá assumir que se aproxima de princípios distintos e parcialmente conflitantes. Seu ponto de partida é a diferenciação, já indicada por John Rawls em 1954, entre “justificar uma prática”, em termos gerais, e “justificar uma situação em particular que se enquadra na primeira justificação geral”²³. No léxico utilizado por Hart, trata-se da “Justificativa Geral da Punição” (*General Justifying Aim*), de um lado, e do “Princípio de Distribuição ou Proporcionalidade” (*Principle of Distribution*) no momento da aplicação da pena ao caso concreto, de outro. Diferencia-se, assim, a justificação da pena em abstrato da justificação da pena em concreto.

Em termos simplificados, Rawls e Hart defendem como solução de consenso o reconhecimento de que a “Justificativa Geral da Punição” reside em suas consequências benéficas, e em especial a prevenção geral decorrente da ameaça legal da pena, porém limitada por um “Princípio de Distribuição ou Proporcionalidade” na qual se inserem as considerações retributivas sobre o “justo merecimento”²⁴, essas sempre tendo por referência o caso concreto.

Seria dentro deste segundo momento, portanto, relativo à aplicação da pena, que emergiriam as questões de quem punir e quanto punir: respectivamente, aquele que teve acertada sua responsabilidade penal, e nos limites do justo merecimento em face da gravidade do delito cometido. Desse modo, Hart busca rejeitar a importante objeção ao utilitarismo que denuncia uma possível autorização à punição de inocentes²⁵.

De qualquer forma, a justificativa geral da pena seguiria sendo substancialmente consequencialista, residindo o erro dos retributivistas, segundo o autor, em definirem a retribuição como “Justificativa Geral”. A perspectiva consequencialista acompanha, assim, a construção de um sistema penal justificado por seus escopos de prevenção. Trata-se do que em regra se denomina retributivismo “negativo” ou

¹⁹ RUGGIERO, Vincenzo. *Il delitto, la legge, la pena*: la contro-idea abolizionista, p. 82.

²⁰ ANDERSON, Jami. Reciprocity as a justification for retributivism. *Ethics*, Institute for Criminal Justice Ethics, v. 16, n. 1, p. 17, 1997.

²¹ PRIMORATZ, Igor. *Justifying legal punishment*, p. 118-119.

²² Segundo FLETCHER, George. *Rethinking Criminal Law*, p. 418. FERRAJOLI adere à hipótese de RAWLS e HART, não admitindo qualquer justificativa geral para a pena “senão a utilitarista”, cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 256.

²³ RAWLS, John. Two concepts of rules. ACTON, H. B. (Ed.). *The Philosophy of Punishment*, p. 105.

²⁴ HART, Herbert. Prolegomenon to the Principles of Punishment. *Punishment and responsibility*, p. 9; RAWLS, John. Two concepts of rules. ACTON, H. B. (Ed.). *The Philosophy of Punishment*, p. 107.

²⁵ Sobre o debate acerca da objeção ao utilitarismo porque permitiria a punição de inocentes, há vasta literatura: v. por exemplo BOONIN, David. *The problem of punishment*, p. 120 e ss.; e PRIMORATZ, Igor. *Justifying legal punishment*, p. 45-61.

“limitado”²⁶, pois meramente limitador e não justificador da punição. Não se trata de fazer com que a severidade da pena “alcance” um determinado grau de “culpabilidade” do ofensor, mas somente de evitar o excesso.

Ora, é fundamental, em todo caso, sempre diferenciar dois momentos distintos para o debate: um concernente à justificação da instituição política da pena, *em abstracto*, e outro relativo à aplicação da pena no caso concreto. A crítica filosófica é fortíssima nesse ponto, reconhecendo que a pretensão de uma precisa equivalência entre a ação punida e o ato de punir é inaplicável e não passa de um ato de fé ou superstição²⁷. Não obstante o esforço teórico de autores como von Hirsch em construir uma “escala de penas”, negando que a valoração da severidade seja feita conforme as preferências individuais, mas sim com base em parâmetros “médios”²⁸, é impossível se obter um critério racional para a proporcionalidade em seu momento concreto de aplicação. Mesmo sendo viável, a princípio, “hierarquizar” atos como mais ou menos graves entre si, a partir de valores e critérios a serem determinados, não é possível justificar no caso concreto o ato de punir como equivalente ou justo perante a ação punida. Buscou-se a proporção com uma “moeda comum”, a privação da liberdade, mas o próprio desenvolvimento histórico da execução da pena de prisão comprova exatamente o oposto: a consolidação da privação da liberdade como modalidade hegemônica de punição foi pautada desde o início pela sua flexibilização segundo parâmetros utilitários, não passando a pena fixada na sentença condenatória de uma “pena virtual” e sujeita a alterações qualitativas e quantitativas no curso de sua execução²⁹.

Desse modo, o ponto de tensão para com o princípio da proporcionalidade presente no desdobramento lógico do escopo preventivo que conduziria à adoção de penas indeterminadas parece se confirmar historicamente, não obstante o esforço teórico de Hart seguido pela similar teoria “unificadora dialética” de Claus Roxin³⁰.

Ora, se em uma acepção garantista ou mesmo agnóstica a retribuição deve ser um critério meramente negativo, qual seja, de limitação ao quanto punir, o que dela resta se a execução da pena aplicada volta a se pautar por parâmetros de utilidade?

Não parece haver, portanto, uma justificação racional para a pena, na medida em que as perspectivas consequencialistas tendem à supressão de princípios de justiça fundamentais como a exigência da responsabilidade pelo ato e a proporcionalidade, ao passo que o prisma retributivo é filosoficamente problemático, especialmente incapaz de justificar a pena como instituição política³¹, mormente considerando conceitos como reciprocidade e retribuição por meio de uma noção abstrata, e não concreta, de justiça, ou pautada ainda pelo paradigma da consciência, e não da linguagem.

A única “versão” da teoria retributiva que pode ser relida a partir do marco do paradigma da linguagem e de uma sociologia desconstrucionista, qual seja, aquela referente a uma função comunicativa ou expressiva para a pena, no sentido de denúncia e reconhecimento público da ofensa como algo simplesmente errado³², de modo similar à leitura durkheimiana da relação entre a punição e a coesão social.

²⁶ MURPHY, Jeffrie. Retributivism, Moral Education and the Liberal State. *Ethics*, v. 4, n. 1, p. 6. Sobre o mesmo tema, v. VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar*, p. 93.

²⁷ Entre outros, v. BEAN, Philippe. *Punishment: a philosophical and criminological inquiry*, p. 24; PRIMORATZ, Igor. *Justifying legal punishment*, p. 85-94; PINCOFFS, Edmund. Are questions of desert decidable? CEDERBLUM, J. B.; BLIZEK, William (Ed.). *Justice and Punishment*, p. 87.

²⁸ VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar*, p. 61-69. Para uma análise acurada sobre sua proposta, v. TONRY, Michael. Proportionality, parsimony and interchangeability of punishments. TONRY, Michael (Ed.). *Why Punish? How much? A Reader on Punishment*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 217-237.

²⁹ Por todos, v. PAVARINI, Massimo. *Lo scambio penitenziario: manifesto e latente nella flessibilità della pena in fase esecutiva*. 2. ed. Bologna: Martina, 1996.

³⁰ ROXIN, Claus. Sentido e Limites da Pena Estatal. *Problemas fundamentais de direito penal*, p. 43-45.

³¹ FLETCHER, George. *Rethinking Criminal Law*, p. 415-417; v. também ANDERSON, Jami. Reciprocity as a justification for retributivism. *Ethics*, v. 16, n. 1, p. 22.

³² Por todos, em ordem de publicação, v. EWING, Alfred Cyril. *The morality of punishment*. New Jersey: Patterson Smith, 1970 [1929]; FEINBERG, Joel. The expressive function of punishment. *Monist*, v. 49, n. 3, p. 397-423, 1965; e DUFF, R. Anthony. *Punishment, Communication and Community*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

A crítica deslegitimante dos sistemas penais no Brasil e na América Latina indica justamente a impossibilidade de que tais sistemas produzam e comuniquem censura, no sentido desejado. Há apenas violência, de forma brutal e seletiva. Não é à toa, enfim, que mesmo com altíssimos índices de violência estatal e encarceramento em massa seja empiricamente constatável a percepção subjetiva de impunidade por parte da população. Seria possível, afinal, expressar censura de outro modo?

É ponto central constatar que as teorias expressivas não são necessariamente retributivas³³ porque nem sempre exigem a conexão entre o reconhecimento público da ofensa e a imposição intencional de sofrimento. Com efeito, a questão sobre o que efetivamente justificaria o *hard treatment* como elemento necessário à expressão de censura segue não respondida³⁴. Justamente por isso, nota-se um menor grau de atenção à questão da proporcionalidade por parte das teorias expressivas da pena. Para Feinberg, por exemplo, um de seus mais importantes defensores, a busca de proporção entre crime e punição, no caso concreto, não encontra uma teoria racional para seu manejo³⁵.

O debate em torno ao que se denomina, hoje, “justiça restaurativa”, é fruto daquele sobre o novo papel possível para a reparação do dano; primeiramente com Giorgio Del Vecchio³⁶, em 1965, argumentando que a compensação, inclusive simbólica, seria a única forma de atender às expectativas de justiça da vítima e da coletividade. Em seguida, em 1977, Randy Barnett defendeu a “restituição pura” como um novo paradigma para a justiça penal: o conceito de “crime” seria visto como uma ofensa a direitos de alguém, e não do Estado, consistindo sua forma pura na compensação pelo dano causado sem passar pela imposição de sofrimento ao ofensor³⁷. Tudo isso contribuiria de forma mais eficaz, segundo o autor e outros, como o psicólogo Albert Eglash, para se atingir a fins tais quais a “reabilitação” do acusado sem o recurso à privação de liberdade. Eglash é apontado, justamente, como o primeiro a utilizar o termo “justiça restaurativa” no contexto ocidental³⁸, classificando-a como uma terceira possibilidade ao lado das justiças “retributiva” e “distributiva” e caracterizada como *criativa* por contar com a participação dos diretamente envolvidos.

“Restauração”, “restituição criativa”, mediação: a denominação não deve importar tanto, já que “nomes” muitas vezes podem trazer consigo vícios e experiências que não correspondem aos objetivos de fundo. O ponto central está na participação ativa e criativa dos sujeitos criminalizados e vitimizados, na criação de espaços viáveis de linguagem, de oportunidades de diálogo e mútua compreensão. É natural que prevaleça a utilização dos termos relativos às “práticas restaurativas” porque se trata, efetivamente, do mais consistente movimento, na atualidade, que caminha nessa direção. De todo modo, o termo não deve aprisionar e reduzir o potencial da proposta que está na base.

A justiça restaurativa, em sentido amplo, é em regra definida como conjunto de princípios normativos que, assim como outras teorias, visa responder à questão sobre como deve uma sociedade (re)agir diante do conflito³⁹. A primeira metáfora marcante ao se a tentar definir se refere a um outro “olhar”, outras

³³ Peladistinção, v. WALKER, Nigel. *Punishment, danger and stigma*, p. 28-30.

³⁴ BENNETT, Christopher. *The Apology Ritual: a philosophical theory of punishment*, p. 33.

³⁵ FEINBERG, Joel. The expressive function of punishment. *Monist*, p. 422-423: “Certainly, there is no rational way of demonstrating that one deserves exactly twice or three-eighths or twelve-ninths as much suffering as the other; (...). For all that, however, the pain-fitting-wickedness version of the retributive theory does erect its edifice of moral superstition on a foundation in moral common sense, for justice does require that in some (other) sense ‘the punishment fit the crime’”.

³⁶ DEL VECCHIO, Giorgio. The struggle against crime. ACTON, Harry Burrows (Ed.). *The Philosophy of Punishment*. Great Britain: Macmillan, 1969, p. 197-203.

³⁷ BARNETT, Randy. Restitution: a new paradigm of criminal justice. JOHNSTONE, Gerry (Ed.). *A Restorative Justice Reader*, p. 50. Para uma consistente defesa da “teoria da restituição pura” como uma resposta ao argumento da necessidade da pena, v. BOONIN, David. *The problem of punishment*, p. 218 ss.

³⁸ EGLASH, Albert. Creative Restitution: A Broader Meaning for an old term. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 48, p. 619-622, 1957-1958, .

³⁹ Nesse sentido ROCHE, Declan. *Accountability and restorative justice*, p. 58.

“lentes”⁴⁰, buscando expressar a necessidade de revisão de postulados arraigados que estão na base do moderno sistema de justiça criminal. É preciso, justamente, rever o que significa “crime”, o que significa “punir” e qual papel deveria realmente ocupar a vítima no “conflito”. Trata-se de um amplo movimento social global com grande diversidade interna⁴¹, “novo paradigma de justiça” e não “mais uma técnica de resolução de conflitos ou instrumento de alívio processual”, tendo por fundamentos a ampliação dos espaços democráticos e a construção de novas modalidades de regulação social⁴².

Haveria, afinal, afitividade na “restauração”? Para Anthony Duff⁴³, a dicotomia entre restaurar e retribuir seria equivocada porque possível e necessário alcançar o objetivo de restauração através de, não evitando, um modelo retributivo de punição. A mediação penal seria, assim, apenas uma outra forma de punir porque, a seu modo, também produz sofrimento e censura. Porém, sua proposta supervaloriza um dos aspectos que são realmente levados em conta no prisma restaurativo, que é a restauração “da comunidade” – ou seja, a função expressiva de Feinberg – mas em detrimento da atenção ao caso concreto que abarca o ofendido e o ofensor; para esses, tratar-se-ia de mera “reparação/compensação”, e não de restauração.

Partindo da premissa de que crimes não são simplesmente a produção de dano a alguém, mas condutas reprováveis perante toda a coletividade, Duff acaba também reduzindo e subjugando a riqueza do conflito exclusivamente à moldura normativa que justifica a punição, deixando de lado a possibilidade de empoderamento da vítima para, uma vez mais, definir seu papel como meramente coadjuvante perante o interesse público.

Para Walgrave, com posição diversa, a produção de sofrimento na justiça restaurativa pode ocorrer, mas nesse caso seria mero efeito colateral, não um objetivo ou elemento necessário do processo, podendo servir como critério de redução da afitividade da medida restaurativa acordada, jamais para aumentá-la⁴⁴. Para Duff, enquanto isso, trata-se de elemento constitutivo dos objetivos das práticas restaurativas⁴⁵.

O influente livro de Howard Zehr que fala em “trocar as lentes”, publicado em 1990⁴⁶, fazia justamente uma apresentação da justiça restaurativa contrapondo-a à “justiça retributiva”, estabelecendo entre elas uma clara dicotomia. Ele mesmo traz ponderações à sua posição, porém, no posfácio à 3ª edição, vindo a concordar que retribuição e restauração são teoricamente similares, porém distinguem-se na “moeda” utilizada: o sofrimento na primeira e restauração, em todas suas facetas, na segunda.

A ênfase que associa a restauratividade ao processo e à participação, mais que ao próprio acordo ou resultado, está presente no conceito de Tony Marshall, para quem se trata de um “conjunto de princípios” que delimita um método de resolução de conflitos que envolve as partes envolvidas e a comunidade de um modo ativo e participativo⁴⁷. Trata-se da visão minimalista ou pura, que prioriza a efetiva resolução de conflitos por mecanismos de mediação e traz um conceito de reparação simbólica, não apenas pecuniária.

Nessa perspectiva é necessário, para que se possa falar em restauração, que haja ao menos a tentativa de promoção de um encontro face-a-face entre vítima e ofensor, assim como entre seus respectivos círculos

⁴⁰ HULSMAN, Louk. Alternativas à Justiça Criminal. PASSETTI, Edson (Coord.), op. cit., p. 52; ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008.

⁴¹ JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel. The meaning of restorative justice. JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel (Org.). *Handbook of Restorative Justice*, p. 5.

⁴² SICA, Leonardo. Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa. *De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, p. 434.

⁴³ DUFF, R. Anthony. Restorative punishment and punitive restoration. JOHNSTONE, Gerry (Ed.). *A Restorative Justice Reader*, p. 382 e ss. Similar, v. DALY, Kathleen. Restorative justice: the real story. JOHNSTONE, Gerry (Ed.). *A Restorative Justice Reader*, p. 364-365.

⁴⁴ WALGRAVE, Lode. “Imposing restoration instead of inflicting pain: reflections on the judicial reaction to crime”. VON HIRSCH, Andrew; ROBERTS, Julian; BOTTOMS, Anthony (Ed.). *Restorative justice and Criminal justice: competing or reconcilable paradigms?*, p. 63 e ss.

⁴⁵ DUFF, R. Anthony. Restorative punishment and punitive restoration. JOHNSTONE, Gerry (Ed.). *A Restorative Justice Reader*, p. 393.

⁴⁶ ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*, p. 61 e ss.

⁴⁷ MARSHALL, Tony. Restorative justice: an overview. JOHNSTONE, Gerry (Ed.). *A Restorative Justice Reader*, p. 28. Ver também PERRIER, Camille. Criminels et victims: quelle place pour la réconciliation?, p. 43-47.

familiares e sociais, e que sejam eles a debater e construir a proposta de acordo de reparação simbólica. Se a ênfase reside no processo restaurativo, e não tanto no resultado, é coerente dizer que a “desvinculação da mediação com o resultado final de acordo revela sua não instrumentalidade em relação ao processo penal, por um simples motivo: a mediação penal não é um meio e sim um fim”, sendo a mediação, nesse sentido, “uma reação penal (concebida sob o ponto de vista político-criminal) alternativa, autônoma e complementar à justiça formal punitiva, cujo objeto é o crime em sua dimensão relacional”⁴⁸.

Para a perspectiva maximalista, diferenciando-se da minimalista, é admissível a inclusão da coerção à cooperação e possível a ressignificação do processo penal tradicional e da pena estatal sob o prisma da restauração⁴⁹. Em regra, mas não necessariamente, a ênfase acaba se deslocando para a reparação dos danos sofridos sob um prisma compensatório ou restitutivo, mais preocupado com a reparação financeira/pecuniária da vítima.

4 Considerações finais

A demarcação de um conceito de restauração que não decorre ou faz parte daquele de poder punitivo tem como ponto-chave a diferenciação entre a reação estatal, seja dentro ou fora da legalidade, a que se denomina poder punitivo ou pena, e a censura como conceito ampliado de controle social, vinculado à tradição da sociologia norte-americana que esteve na base do *labelling approach*. No âmbito dos discursos crítico-criminológicos, é efetivamente necessário retornar criticamente às raízes do interacionismo, como por exemplo ao pensamento de George Herbert Mead e a relevância da cooperação, e não da subordinação a um poder soberano, para se situar a linguagem como a mais desenvolvida expressão desse complexo processo de controle e limite do que denomina o autor “instintos hostis”. Ocorre que a formalização jurídica expressa e enfatiza essa atitude emocional, ao invés de reduzi-la ou limitá-la, canalizando a hostilidade ao violador da lei que é identificado como inimigo comum.

O ponto de partida é a asserção de que a inflição intencional de castigo ou sofrimento faz parte da definição de pena. A censura, por sua vez, é componente da função expressiva ou de denúncia, como ato comunicativo, mas que não necessariamente é acompanhada da inflição intencional do castigo. Ocorre que os mais importantes defensores de uma função expressiva para a pena⁵⁰ partem equivocadamente do pressuposto que equipara a capacidade expressiva e reprobatória da censura com a intencionalidade do ato de punir “fazendo sofrer”. Todavia, caso seja encontrada uma medida de censura suficiente para o reconhecimento público da ofensa e a reprovação pelo ato, restabelecendo o limite ao sujeito, sem a intenção do castigo na forma de dano e sofrimento, ter-se-á este exemplo de censura não punitiva, sem prescindir da presença do Estado, mas efetivamente articulada como instância de garantia de abusos e voltada à elaboração do conflito.

Um direito criminal cindido do penal, liberto da necessidade de imposição de sofrimento não significa, como referido, rejeitar os sistemas de imputação. A pena não é imprescindível ao juízo de reprovação, mas apenas uma das possibilidades, entre muitas, de sua formalização e materialização. Nesses termos, reduzir o debate à questão da adesão ou não ao “abolicionismo penal” conduz a mais equívocos que esclarecimentos,

⁴⁸ SICA, Leonardo. Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa. *De Jure* – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, p. 419.

⁴⁹ “Fazer justiça através da restauração”, cf. WALGRAVE, Lode. Imposing restoration instead of inflicting pain: reflections on the judicial reaction to crime. VON HIRSCH, Andrew; ROBERTS, Julian; BOTTOMS, Anthony (Ed.). *Restorative justice and Criminal justice: competing or reconcilable paradigms?*, p. 62; v. também LONDON, Ross. *Crime, punishment and restorative justice: from the margins to the mainstream*, p. 23-24.

⁵⁰ Cf. já citado no Cap. 1; v. EWING, Alfred Cyril. *The morality of punishment*. New Jersey: Patterson Smith, 1970 [1929]; FEINBERG, Joel. The expressive function of punishment. *Monist*, v. 49, n. 3, p. 397-423, 1965; e DUFF, R. Anthony. *Punishment, Communication and Community*. Oxford: Oxford University Press, 2001; sendo necessária a distinção clara também para com JAKOBS, Günther. *Sobre la teoría de la pena*, p. 15 e ss. quando estabelece como único fundamento da pena a “confirmação da realidade normativa” da sociedade.

na medida em que se não põe de lado, em nenhum momento, a constatação agnóstica da presença da violência punitiva como inafastável fato de poder. Mas isso não significa aderir ao próprio direito penal, nos moldes conhecidos, como única opção de limite à violência punitiva, e sim construir outras modalidades de censura e reprovação, ancoradas no resgate da alteridade e da responsabilidade, na participação ativa dos sujeitos vitimizados e criminalizados, atentas à importância da atuação sobre as dimensões horizontais que constituem o discurso punitivo.

A proposta da redução do manejo institucional da violência e da afluência não implica, necessariamente, a idealização de seres humanos amáveis, cordiais e “bons por decreto”, como é comum se sugerir ao se classificar propostas abolicionistas como próprias de ingênuos sonhadores. Bem ao contrário, na verdade, está-se tomando como ponto de partida a inevitabilidade dos conflitos e da violência interpessoal, deixando de lado a obsessão pela sua absoluta supressão. Nem se advoga o fim do Estado ou mesmo sua retração no que tange às formas de controle social, mas sim a viabilização da participação ativa dos sujeitos diretamente envolvidos no conflito, no que tange às possibilidades de sua compreensão e discussão. A questão é, toda ela, estruturar entre os sujeitos envolvidos um espaço viável de linguagem.

Referências

- ANDERSON, Jami. Reciprocity as a justification for retributivism. *Ethics*, Institute for Criminal Justice Ethics, v. 16, n. 1, p. 13-25, 1997.
- BARATTA, Alessandro. Che cosa è la criminologia critica? *Dei delitti e delle Pene*, n. 1. Bari: Edizione Scientifiche Italiane, 1991. p. 53-81.
- BARNETT, Randy. Restitution: a new paradigm of criminal justice. In: JOHNSTONE, Gerry (Ed.). *A Restorative Justice Reader*. Cullompton: Willan Publishing, 2003., p. 46-56.
- BARRETO, Tobias. Fundamento do direito de punir. *Estudos de Direito*. Brasília: Senado Federal, 2004. p. 161-179.
- BEAN, Philippe. *Punishment: a philosophical and criminological inquiry*. Oxford: Martin Robertson, 1981.
- BENNETT, Christopher. *The Apology Ritual: a philosophical theory of punishment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- BLUMER, Herbert. *Symbolic interactionism: perspective and method*. New Jersey: Prentice-Hall, 1969.
- BOONIN, David. *The problem of punishment*. New York: Cambridge University Press, 2008.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Russel, 1989.
- BRUNELLI, Federica. La mediazione nel sistema penale minorile e l'esperienza dell'ufficio di Milano. In: PISAPIA, Gianvittorio (Org.). *Prassi e teoria della mediazione*. Padova: Cedam, 2000. p. 63-80.
- BURGH, Richard. Do the guilty deserve punishment? *The Journal of Philosophy*, v. 79, n. 4, p. 193-210, 1982.
- CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- _____. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DEL VECCHIO, Giorgio. The struggle against crime. In: ACTON, Harry Burrows (Ed.). *The Philosophy of Punishment*. Great Britain: Macmillan, 1969. p. 197-203.
- DOLINKO, David. Some thoughts about retributivism. *Ethics*, The University of Chicago Press, v. 101, n. 3, p. 537-559, 1991.
- DUFF, R. Anthony. *Punishment, Communication and Community*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- _____. Restorative punishment and punitive restoration. In: JOHNSTONE, Gerry (Ed.). *A Restorative Justice Reader*. Cullompton: Willan Publishing, 2003, p. 382-397.
- EGLASH, Albert. Creative Restitution: A Broader Meaning for an old term. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 48, p. 619-622, 1957-1958.
- EWING, Alfred Cyril. *The morality of punishment*. New Jersey: Patterson Smith, 1970 [1929].
- FEINBERG, Joel. “The expressive function of punishment”. *Monist*, v. 49, n. 3, p. 397-423, 1965.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta, 1995.

- FLETCHER, George. *Rethinking Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. 8. ed. Trad. Luiz Felipe Baeta Neves. Rio de Janeiro: Forense, 2013 [1969].
- GOULDNER, Alvin W. The sociologist as a partisan: sociology and welfare state. *The American Sociologist*, v. 3, n. 2, p. 103-116, 1968.
- GÜNTHER, Klaus. Crítica da Pena – I. *Revista Direito GV* 4, v. 2, n. 2, p. 187-204, jul.-dez. 2006.
- HART, Herbert Lionel. Prolegomenon to the Principles of Punishment. *Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 1-27.
- HULSMAN, Louk. Alternativas à Justiça Criminal. In: PASSETTI, Edson (Coord.). *Curso livre de abolicionismo penal*. São Paulo/Rio de Janeiro: Nu-Sol/Revan, 2004.
- JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel. The meaning of restorative justice. In: JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel (Org.). *Handbook of Restorative Justice*. Cullompton, Devon, UK: Willan, 2006. p. 5-23.
- MARSHALL, Tony. Restorative justice: an overview. In: JOHNSTONE, Gerry (Ed.). *A Restorative Justice Reader*, p. 28.
- MORRIS, Herbert. Persons and Punishment. In: BAIRD, Robert; ROSENBAUM, Stuart (Org.). *Philosophy of Punishment*. Buffalo, NY: Prometheus Books, 1988. p. 67-82.
- MURPHY, Jeffrie. Marxism and Retribution. *Philosophy and Public Affairs*, v. 2, n. 3, p. 217-243, 1973.
- _____. Retributivism, Moral Education and the Liberal State. *Ethics*, Institute for Criminal Justice Ethics, v. 4, n. 1, p. 3-11, 1985.
- PAVARINI, Massimo. *Lo scambio penitenziario: manifesto e latente nella flessibilità della pena in fase esecutiva*. 2. ed. Bologna: Martina, 1996.
- PERRIER, Camille. *Criminels et victims: quelle place pour la réconciliation?* p. 43-47.
- PINCOFFS, Edmund. Are questions of desert decidable? In: CEDERBLOM, J. B.; BLIZEK, William (Ed.). *Justice and Punishment*. Cambridge: Ballinger Publishing Company, 1977. p. 75-88.
- PRIMORATZ, Igor. *Justifying legal punishment*. New Jersey: Humanities Press, 1989.
- RAWLS, John. Two concepts of rules. In: ACTON, Harry Burrows (Ed.). *The Philosophy of Punishment*. Great Britain: Macmillan, 1969. p. 105-114.
- ROSA, Alexandre Morais da. Justiça Restaurativa e Ato Infracional: Práticas e Possibilidades. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 9, n. 50, p. 205-213, 2008.
- ROXIN, Claus. La reparación en el sistema de los fines de la pena. In: MAIER, Julio (Coord.). *Dos delitos e de las victimas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001. p. 130-156.
- _____. Sentido e Limites da Pena Estatal. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1986. p. 15-47.
- RUGGIERO, Vincenzo. *Il delitto, la legge, la pena: la contro-idea abolizionista*. Torino: Abbele, 2011.
- SICA, Leonardo. Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa. *De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 12, p. 411-447, 2009.
- VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar*. Trad. Elena Larrauri. Madrid: Editorial Trotta, 1998.
- TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *The new criminology*. London: Routledge, 1973.
- WALGRAVE, Lode. Imposing restoration instead of inflicting pain: reflections on the judicial reaction to crime. In: VON HIRSCH, Andrew; ROBERTS, Julian; BOTTOMS, Anthony (Ed.). *Restorative justice and Criminal justice: competing or reconcilable paradigms?* Oxford: Hart Publishing, 2003. p. 61-78.
- WALKER, Nigel. *Punishment, danger and stigma: the morality of criminal justice*. Oxford: Basil Blackwell, 1980.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal: Parte General*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2009.
- ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008.

Recebido em: 09 março 2014

Aceito em: 11 junho 2014