

DIREITOS HUMANOS E O PRINCÍPIO DA RETRIBUTIVIDADE: UMA ANÁLISE A PARTIR DAS TEORIAS RETRIBUTIVAS EM DIALÓGO COM O AXIOMA FERRAJOLIANO *NULLA POENA SINE CRIMINE*

*HUMAN RIGHTS AND PRINCIPLE OF RETRIBUTION: AN
ANALYSIS FROM THEORIES OF RETRIBUTION IN DIA-
LOG WITH FERRAJOLI'S AXIOM NULLA POENA SINE
CRIMINE*

*Renato Almeida Feitosa*¹

FADIC

*Marcelo Peixoto*²

PUC Minas

*Guilherme Coelho Colen*³

PUC Minas

Resumo

O presente artigo analisa o axioma da retributividade com parâmetro no sistema de garantias penais, investigando os seus influxos na aplicação da pena. Para tanto, será utilizado o trabalho “direito e razão” de Luigi Ferrajoli como marco teórico, demonstrando a vinculação do princípio da retributividade com o princípio da culpabilidade no processo de calibração dos fins da pena e, por fim, tracejando a confusão entre direito e moral no processos de afirmação formal e material da sanção, escapando da correspondência culpa/pena na dimensão qualitativa de sua mensuração legislativa e processual, como também formal de sua aplicação, violando os supracitados princípios, prescindindo do aspecto restaurador do homem apenado.

Palavras-chave

¹ Doutorando em Direito pela PUC Minas. Mestre em Direito pela UFPE. Professor da Faculdade Damas da Instrução Cristã.

²Doutorando em Direito pela PUC Minas. Mestre em Direito pela PUC Minas. Advogado.

³ Professor Permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas.

Retributividade. Culpabilidade. Garantias. Ressocialização. Pena. Execução Provisória da Pena.

Abstract

The present paper analyzes the axiom of retribution as a parameter in the system of criminal guarantees, investigating its influence on the application of the penalty. For this purpose, the work "law and reason" by Luigi Ferrajoli will be used as a theoretical framework, demonstrating the link between the principle of retribution and the principle of culpability in the process of calibrating the purposes of the penalty and, finally, tracing the confusion between law and moral in the process of formal and material affirmation of the sanction, escaping from the guilt/penalty correspondence in the qualitative dimension of its legislative and procedural measurement, as well as the formal dimension of its application, violating the aforementioned principles, dispensing with the restorative aspect of the convicted man.

Keywords

Retribution. Culpability. Guarantees. Resocialization. Penalty. Temporary Detention.

1. INTRODUÇÃO

Constitui objeto deste artigo uma análise sobre as teorias absolutas e relativas da pena, trazendo características essenciais como condição de apresentação do axioma da retributividade desenvolvido por Luigi Ferrajoli e sua afetação na contemporaneidade, com escopo na realidade brasileira. Para tanto, inicia-se este trabalho fazendo digressão sobre o caráter retributivo da pena, com breves apontamentos históricos e paralelos ao caráter ressocializador da pena.

Feito este introyto, aborda-se a retributividade enquanto princípio justificador da pena, partindo da perspectiva garantista de Ferrajoli, articulando ao axioma da culpabilidade como díade inafastável na aplicação de uma pena.

Neste ponto, demonstra-se a razão oposta de um Estado que não observa tais axiomas, a partir de modelos traçados por Ferrajoli, como base teórica necessária ao estudo de situações nas quais o princípio da retributividade é afetado negativamente na calibração da pena, tanto no processo de positivação da norma penal proibitivo-sancionatória, quanto na sua aplicação em casos concretos.

Essa problemática surgiria em função da confusão que se faz entre direito e moral, com reflexo no populismo penal que compromete o viés humano-ressocializador das penas. Logo, evidencia-se o princípio da retributividade enquanto condição de legitimidade da sanção penal.

Revela-se, então, o giro conceitual que o artigo propõe sobre a ideia de retributividade, partindo dela enquanto *fim* (distante do caráter restaurador que justiça punitiva, em tese, teria) transitando para ideia de valor inexorável condicionante da pena a ser positivada e aplicada.

Por fim, analisa-se o princípio da retributividade à luz da realidade jurídico-penal brasileira, tratando da execução provisória da pena com a claudicante jurisprudência de 2016 do Supremo Tribunal Federal (STF) ao tempo do Habeas Corpus nº 126.292/SP em torno da prisão em segunda instância e que foi revisitada com as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43 e 44 em 2019.

2. AS JUSTIFICAÇÕES DO DIREITO PENAL DE CARÁTER RETRIBUTIVO: A NATUREZA DO CARÁTER ABSOLUTO DA PENA (*QUIA PECCATUM*) E A PREVENÇÃO (*NE PECCATUR*)

Ao abordarmos o tema da retributividade da pena, a primeira referência que podemos fazer está no livro de Platão, “Protágoras”, em diálogo com Sócrates com o seguinte trecho:

Se refletires um pouco, Sócrates, na força da expressão “punir os culpados”, chegarás à conclusão de que os homens estão convencidos de que essa virtude⁴ pode ser ensinada. É certo que ninguém pune os autores de injustiças pela simples consideração ou motivo de haverem cometido injustiça, a menos que se comporte como animal

⁴ Virtude de ser uma pessoa justa.

irracional. Mas quem se dispõe a punir judiciosamente, não inflige o castigo por falta cometida no passado – pois não poderá evitar que o que foi feito deixe de estar feito – porém com vistas ao futuro, para que nem o culpado volte a delinquir, nem os que assistem ao castigo venham a cometer falta idêntica⁵.

Percebe-se que o sofista, ao tratar com Sócrates, apresenta a noção de virtude como algo que pode ser ensinado. No contexto, a pena por si mesma não teria qualquer fim que não o de aplacar a ira do ofendido ou do afetado pelo crime. Seria um ato desprovido de razão, portanto, de justiça. Esta, enquanto uma virtude dos homens necessária à condução harmoniosa do Estado.

Embora o escrito em *Protágoras* não tivesse uma preocupação especial com os fins da pena no seu desenvolvimento, essa reflexão serviu de marco a estudiosos posteriores, a exemplo de Sêneca que trouxe o brocardo *nemo prodens punit quia peccatum est sed ne peccetur*, descortinando a problemática do fim preventivo da pena, em detrimento de uma resposta puramente afliativa àquele indivíduo que cometeu um delito.

A autorreferencialidade das teorias absolutas conferem um sentido de *castigo* e/ou *reparação* à retribuição penal, enquanto um dever metajurídico emanado do seu construto axiológico⁶. Essas teorias do período clássico são destituídas de qualquer finalidade a que atenda o direito penal, trazendo reflexos na análise da própria culpabilidade do acusado⁷.

Segundo Ferrajoli, o caráter absoluto da pena enquanto retribuição, traduzida em *vingança*, *expição* e *reequilíbrio* (***não do sujeito para com o mundo, mas da pena como forma de compensação pelo delito praticado***), seria sedutora para algumas

⁵ PLATÃO. Diálogos: Protágoras. Pará: Editora Universidade Federal do Pará, 2002, p. 68.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 204.

⁷ HASSEMER, Winfried. Fundamentos del derecho penal. Barcelona: Bosch, 1984, p. 290.

linhas de pensamento mais conservadoras, permanecendo no ideário da cultura penalística atual. Exemplo disso, podemos verificar na janela do século XVIII, reconhecidas as fragilidades do movimento secular, o reconhecimento da teoria kantiana que tratava a pena enquanto uma retribuição ética que se justificaria por meio da moral e da lei penal violada pelo culpado e do castigo que lhe é imposto. Ou, ainda, com o a teoria positivista hegeliana, partindo da ideia de pena enquanto uma retribuição jurídica (justificando a pena em função da necessidade de *restaurar o direito por meio de uma violência*), mas que, a rigor, não se afastaria da moral, já que o valor moral estaria vinculado ao ordenamento lesado⁸.

A vinculação da pena à culpa é ideia que persiste e revela a problemática da interação entre o direito e moral. Ligação expressada em Kant, escamoteada na metafísica positivista hegeliana, mas que estabelecia, ao fim, uma equivocada unificação da resposta da pena pela culpa e da resposta da pena pela retribuição no seu aspecto original (do mal pelo mal). Situação que levou a um entendimento falho da culpa não ser apenas limite e fundamento da pena, mas de carregar um valor ético-moral a atender o pressuposto de reequilíbrio do ordenamento.

Noutro prisma, Ferrajoli, em crítica à doutrina retributiva do período positivista, aponta para a incoerência ou obscuridade na relação entre culpa e punição a partir de um viés jusnaturalista, “com a ideia de pena como restauração [...] ou reafirmação da ordem natural violada, [...] da purificação do delito por meio do castigo ou da ideia de negação do direito por parte do erro e da simétrica reparação deste modelo (positivista) de direito”⁹.

⁸ O que nos remete à ideia de *reequilíbrio* supracitado, na perspectiva do direito particular – e lembremos estamos num período cujos valores do individualismo reverberam em todos os setores da sociedade. Reforça-se essa ideia, não obstante o paradigma positivista, com a afirmação de Ferrajoli *reconhecendo a vinculação do imperativo individual* atrelado a esse bojo de justificação. Cf. fls. 205. FERRAJOLI, Luigi. *Ibidem*, p. 205.

⁹ *Ibidem*, p. 206.

Curiosamente, se verificarmos o texto dos delitos e das penas de Beccaria, ao tratar das finalidades das penas, não obstante o seu viés utilitarista, observa-se um elemento humanístico na sua argumentação, rechaçando o caráter estritamente retributivo, em favor dos fins de prevenção, *in verbis*:

[...] resulta evidente que o fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer um delito já cometido. É concebível que um corpo político, que, bem longe de agir por paixão, é o moderador tranquilo das paixões particulares, possa abrigar essa inútil crueldade, instrumento do furor e do fanatismo, ou dos fracos tiranos? Poderiam os gritos de um infeliz trazer de volta do tempo sem retorno as ações já consumadas? O fim, pois, é apenas impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros de fazer o mesmo [...]¹⁰.

HANNAH ARENDT, ao tratar da questão do perdão e da irreversibilidade (do homem preso aos efeitos da ação feita e que não pode ser desfeita) pondera:

Se não fôssemos perdoados, liberados das consequências daquilo que fizemos, nossa capacidade de agir ficaria, por assim dizer, limitada a um único ato do qual jamais nos recuperaríamos; seríamos para sempre vítimas de suas consequências, à semelhança do aprendiz de feiticeiro que não dispunha da fórmula mágica para desfazer o feitiço. Sem estarmos obrigados ao cumprimento de promessas, jamais seríamos capazes de conservar nossa identidade; ***seríamos condenados a errar, desamparados e sem rumo, nas trevas do coração de cada homem*** (grifo nosso)¹¹.

¹⁰ BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e Das Penas. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.62.

¹¹ ARENDT, Hannah. A condição humana. – 11ª ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 295. Nota: Explicando a ideia de “promessas” em Hannah

Àquele que praticou o crime, rechaçada a possibilidade de uma justiça restaurativa, de finalidades especiais positivas da pena, restaria apenas, na retributividade da pena, a perenização do estigma do criminoso enquanto à margem da sociedade e, portanto, seu inimigo.

As teorias relativas desenvolvem-se a partir de um viés utilitarista, ou seja, com a justificação da pena a partir da sua instrumentalização na prevenção de futuros delitos, retratadas como teorias de prevenção especial ou geral (positiva ou negativa). Com um olhar ao futuro para que não se volta a delinquir (*sed ne peccetur*). Em outras palavras, a teoria relativa condiciona a pena à sua adequação (ou não) ao fim que se propõe o direito penal, “externo ao próprio direito, e, portanto, **exigindo um balanceamento concreto entre os valores do fim que justifica o “quando” da pena e o custo do meio do qual se deve justificar o “como”** (grifo nosso)¹².

A Sêneca, pela razão anteriormente exposta, poderíamos atribuir o marco inicial de um construto que séculos mais tarde foi sistematizado, vindo a ser qualificado como uma teoria moderna da pena: “nenhuma pessoa razoável castiga pelo pecado cometido, mas, sim, para que não peque (*nemo prodens punit quia peccatum est sed ne peccetur*)”. Brocardo este que delinea o que se denominam hoje de “teorias preventivas da pena” e, já em Sêneca, observa-se o rechaço à visão retributiva absoluta da pena, *punitur quia peccatum est* (punir-se tão somente) porque teria sido praticado o

Arendt, a promessa se insere no contexto de uma sociedade que tem um propósito comum, o qual todos concordaram. Propósito este que se traduziria na força de uma promessa que não somente obriga os indivíduos a pautarem suas ações de acordo, mas os mantém unidos, impedindo que a força da coesão se torne débil como a palavra efêmera e o ato. A fragmentação ou a enfraquecimento dessa união, comprometeria o propósito comum e, assim, a humanidade caminharia alienada e sem rumo. O fim delineado na história a que a sociedade se propunha restaria descaracterizado pela apatia social, lugar em que não se reconheceria o valor dos grandes feitos, vagando sem porto a atracar.

¹² FERRAJOLI, Luigi. Ibidem, p. 205.

crime. Neste sentido, “a teoria retributiva pretende que a ação criminosa e a culpabilidade sejam retribuídas através do mal que constitui a pena, que, numa perspectiva subjetiva, revelaria o carácter expiatório da teoria retributiva absoluta, alheio a qualquer aspecto de recuperação/ressocialização do apenado¹³.”

Hassemer faz uma diferenciação elucidativa entre as duas categorias, ensinando que as teorias absolutas se desenvolvem com pressuposto de validade plena de sua teorização, convalidando a pena a partir de uma ideia de justiça ou vontade geral alocadas num plano moral superior, deixando de avaliar as imperfeições na percepção da realidade, apenas valorando e atribuindo um sentido, enquanto que as teorias relativas atentariam, cientes das limitações na percepção da realidade, para o contexto no qual o direito penal se insere; observariam o carácter preventivo geral e especial da pena (reconhecendo fins a que se propoem a pena) ao tempo da incidência da pena (o que afetaria a natureza da pena aplicada) como condição de atender a uma razão finalística do direito penal, o que seria inconcebível a uma teoria absoluta¹⁴.

Observe-se, não obstante, que sistemas penais aprioristicamente garantistas podem, na razão legislativa ou jurisdicional, apresentar uma lógica que não se coaduna com os valores que serão apresentados a seguir, aproximando-se, portanto, a aspectos próprios de uma retributividade presente em teorias absolutas da pena.

Neste ponto, vale ressaltar a crítica que se faz às teorias relativas no que toca às teorias de prevenção geral negativa, na medida em que, da mesma forma que na teoria retributiva absoluta, desconsidera o carácter humano-ressocializador, delineando um sistema penal cujo conteúdo da pena não é mais que um mal necessário à consecução do fim intimidador da pena¹⁵.

¹³ HASSEMER, Winfried. *Ibidem*, p. 347-348.

¹⁴ *Ibidem*, p. 350.

¹⁵ *Ibidem*, p. 381.

3. A RETRIBUTIVIDADE ENQUANTO UM DOS ELEMENTOS DE JUSTIFICAÇÃO DO DIREITO PENAL

Quando buscamos dar fundamentação ao direito penal, surge uma série de problemas de cunho filosófico que podem ser divididos em três grandes questões: da justificação do direito de punir; da justificação das escolhas prévias à definição das condições de aplicação da pena (i.e. do reconhecimento de situações do mundo da vida que mereçam tutela do Estado através dos tipos penais) e; justificação das formas e dos procedimentos de individualização dos delitos e aplicação das penas. Nesse contexto, Ferrajoli decompõe para esses problemas quatro perguntas: *se, como, quando e porquê* da intervenção penal. Logo, estas seriam relativas à admissibilidade, à finalidade, aos pressupostos e às formas das penas, das proibições penais e dos juízos penais. Essas perguntas se intercomunicam, de sorte que, a título de exemplo, uma pergunta sobre a admissibilidade de uma punição afeta a todos os demais itens que compõem a justificação da pena; ou a afetação do modo da punição, quando se pergunta o porquê de punir. Questões com reflexos imediatos na razão de ser dos sistemas penais¹⁶.

a. DA RETRIBUTIVIDADE ENQUANTO AXIOMA NO CONTEXTO DO SISTEMA DE GARANTIAS DE FERRAJOLI

A discussão acerca dos princípios de garantia penal surge a partir do debate iluminista, ou seja, anterior à formação do Estado de direito, apresentando resultados de caráter filosófico-político com escopo em questões de legitimação externa do direito penal ou de justiça penal a partir de parâmetros jusnaturalísticos ou racionais com viés utilitarista. A depuração e implementação desses valores às constituições modernas os consubstanciaram em

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Ibidem*, p. 169.

parâmetros de legitimação interna, ou seja, que disciplinam a validade das leis¹⁷.

Ferrajoli, a partir das máximas penais sistematizadas no início do período clássico, desenvolveu axiomas de justificação do direito penal ou de condicionamento da aplicação do direito penal, traduzidas em axiomas de garantismo penal.

O objeto deste estudo está na análise da máxima *nulla poena sine crimine* que revela, dentre outros princípios, o caráter axiológico a expressar um caminho de imputação de responsabilidade e aplicação da pena que garanta a integridade do sistema penal, enquanto estrutura racional, previsível e, logo, controlável por aqueles que são alvo do poder-dever punitivo estatal.

Veja-se que o princípio da retributividade não tem a mesma semântica, por óbvio, que o caráter retributivo trazido nas teorias de justificação, pois nelas a retributividade seria um fim da pena que se satisfaria nela mesma. O axioma da retributividade trata das condições de convalidação da pena enquanto garantia, sendo meio/condição de legitimação da resposta estatal.

Ferrajoli atribui a este brocardo latino a nomenclatura de princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito. Este se apresentaria como corolário dos demais axiomas (especialmente os de *garantias penais*) que se comunicariam e se reforçariam, na medida em que individualmente se confirmam desvelando, na sua soma, a concretude do alcance garantista ao caso e, por natural, ao sujeito alvo da força punitiva estatal¹⁸.

Nesta senda, trazendo o axioma de Ferrajoli ao panorama das teorias de justificação da pena, quando trata da ideia de retributividade no contexto das teorias de prevenção geral e especial, a pena se diz retributiva a partir dos parâmetros do princípio da legalidade e do princípio da culpabilidade, sendo

¹⁷ Ibidem, p. 78.

¹⁸ Ibidem, p. 78.

preservado o princípio da retributividade na observância destes, convalidando os fins de realização das prevenções geral e especial.

Em outras palavras, a ideia de *justa retribuição* a partir da ideia de Ferrajoli, traduz-se na pena aplicada com observância daqueles dois princípios. Certo que *nullum crimen sine lege, nulla poena sine crimine et nulla poena sine culpa*, reforçando a indissociabilidade dessas máximas na análise da retributividade penal *que não é um fim, mas um meio para alcançar os fins de prevenção*.

A ausência dos princípios garantistas esboça uma relação de inversa proporcionalidade entre um Estado democrático de direito (i.e.: com um direito penal garantista) e um estado autoritário (com não ou parcial observância dos axiomas de garantia). Ferrajoli traçou modelos de sistemas penais falhos de forma a ilustrar os seus vícios por afetação dos axiomas garantistas, em contraponto a um sistema SG que observa os dez axiomas por ele propostos. Três serão esboçados neste texto por afetarem diretamente o princípio da retributividade penal:

- i. O primeiro sistema autoritário tratado seria o *objetivista* (ou de responsabilização por critérios objetivos, sem passar pelos filtros axiológicos propostos por Ferrajoli que apontariam para a responsabilização (como o da culpabilidade como critério legitimador da retributividade penal, dado o caráter pessoal e intransferível do qual a pena deve ser dotada). Neste sentido, Ferrajoli classifica esse sistema *objetivista* (sem culpabilidade) de S3, aponta para doutrinações e ordenações de Estados cujo foco não se dá com parâmetro no garantismo penal, e sim na segurança pública, tergiversando dos axiomas necessários a evitar situações de responsabilização objetiva, presumida ou sem culpa, com inevitável

- reflexo na higidez dos demais axiomas em matéria penal e processual penal¹⁹.
- ii. Os sistemas penais *subjetivistas* (sistemas S4 e S5), que seriam sistemas punitivos sem condicionar a ação ou ofensa para responsabilização e punição, ausentes a lesividade do fato ou da materialidade da ação. Situação que também implica na afetação do princípio da retributividade, tendo parâmetros de legitimação da pena vinculados a aspectos subjetivos do réu, e não da materialidade e ofensividade da conduta. Ou seja, ausente a ação condicionada à lesão ou a própria lesão do bem jurídico, a responsabilização é prévia e justificada por uma ameaça abstrata que o indivíduo, por sua condição, representaria. Ou ainda, segundo Ferrajoli, punido em função de desvalor social ou político sobre ação sem dignidade penal (i.e.: não visando tutelar bem jurídicos). Nessa perspectiva, poderíamos trazer um direito penal de lastro biológico, no qual priorizar-se-ia a defesa da sociedade frente aquele sujeito delinquente que seria, no exemplo, deformado, estranho aos padrões daquele universo social, justificando a necessidade de prevenção social contra a ameaça que o indivíduo pode representar²⁰;
- iii. Os sistemas, segundo Max Weber, *irracionais*, que seriam pré-penais ou extrapenais, com afetação direta ao axioma *nulla poena sine crimine* por ser um sistema *sem delicto* (classificado por Ferrajoli como sistema S7). Neste caso, Ferrajoli o classifica como um sistema de *mera prevenção* que, a rigor, mas por razões distintas, coincide na sua finalidade com o sistemas subjetivistas²¹. Neste caso, a intervenção punitiva desse sistema independe de

¹⁹ Ibidem, p. 80.

²⁰ HASSEMER, Winfried. Ibidem, p. 44.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. Ibidem, p. 80-81.

comprovação judicial ou predeterminação legal, evidenciando o caráter totalitário de um Estado que manifesta sua potestade punitiva sem qualquer limite.

A imanência desses axiomas no ordenamento de um Estado irá definir a natureza do sistema penal enquanto um sistema direito penal mínimo/garantista, condicionando e limitando a potência punitiva do Estado e estabelecendo parâmetros lógicos e claros na aplicação de uma pena.

Oposto a esse desenho, está o direito penal máximo, indiciando o caráter autoritário de um Estado, cujo binômio poder/dever punitivo se descaracteriza, revestindo-se na expressão de máxima potência do domínio do Estado sobre o cidadão, mitigando o controle e a razão sobre as condenações.

O aspecto consequencialista do princípio da retributividade revela uma outra face do problema, no que toca à intensidade da pena aplicada. Intensidade que pode se traduzir no reconhecimento do valor ético-social violentado pela prática de determinado ato e que se traduzirá numa quantificação legal de pena a ser aplicada ou na natureza da pena que será implementada na sua execução, revelando sua íntima relação com o princípio da culpabilidade.

Nesta senda, conectando o axioma *nulla poena sine crimine* às teorias retributivas relativas, observa-se que, no exercício das funções legiferantes e judicantes, a construção e positivação do tipo penal e a aplicação da pena ao caso concreto são condicionadas por este processo de calibração dos fins da pena a partir do princípio da retributividade. Ou seja, da construção e aplicação de um conseqüente normativo que seja adequado (por razoável e proporcional que deva ser) pela espécie de sanção, pelo tempo no qual incidirá, e pelo *quantum* temporal a ser aplicado à situação que demanda uma tutela jurídico-penal. Diga-se:

- i. Na fase de justificação externa com a razão do legislador reconhecendo a necessidade, primeira, de tutelar ju-

ridicamente aquele bem com uma norma proibitiva e, em segundo, qualificar e quantificar uma pena mínima e máxima e abstrato que seja proporcional àquela hipótese então descrita no tipo penal.

- ii. Na fase da construção da razão jurídica fundamentadora da aplicação da pena, analisando o contexto fático causal de sorte a identificar qual a melhor forma de resposta do Estado, dentre as possibilidades normativas presentes, com vistas a cumprir com o primado da dignidade humana enquanto pena mínima necessária que atenda ao seu caráter ressocializador.

Destarte, o princípio da retributividade revela seu caráter condicionante tanto i. no processo de justificação externa, i.e., do reconhecimento da dignidade penal de certos bens pelo legislador e criação de tipos penais e suas respectivas penas; quanto ii. no processo decisório com a janela de discricionariedade que o juiz possui, dentro das possibilidades normativas, de aplicar a pena que melhor se adequa ao caso e aos fins a que o direito penal se propõe.

A não observância do princípio da retributividade nesses processos, significa violação do axioma proposto por Ferrajoli (revelando o caráter retributivo absolutista da pena nesses processos) indiciando a pena como um fim em si mesmo, dissociado dos valores de justificação interna e, conseqüentemente, afetando outros axiomas ou mesmo, em última análise, ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Aquí, revela-se o embate entre o poder estatal e os direitos fundamentais, com a confusão que se faz entre direito e moral com reflexos no populismo penal a recrudescer o caráter humano-ressocializador das penas²². Confusão está que pode ser observado no Século XVIII com o positivismo jurídico lastreado na teoria hegeliana que, conforme já apontado, não escapava do conteúdo moral na justificação da pena.

²² A respeito, Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Ibidem*, p. 175.

Como bem explica JORGE FIGUEIREDO DIAS:

A medida concreta da pena com que deve ser punido um certo agente por um determinado facto não pode em caso algum ser encontrada em função de quaisquer outros pontos de vista (por mais que eles se revelem socialmente valiosos e desejáveis) que não sejam o da *correspondência* (grifo do autor) entre a pena e o facto ou culpa do agente²³.

Não por menos, a retributividade enquanto axioma é valor condicionante de legitimidade da pena, devendo ser observada a justa medida tanto do reconhecimento da dignidade penal e criação da pena com quantificação adequada àquela norma que tutela certo bem jurídico, quanto ao tempo de sua aplicação, com a aplicação de pena que melhor se adegue na relação entre o caso fático e os fins que o direito penal propõe. Assim, o princípio da retributividade, estreitamente ligado ao axioma da culpabilidade, também revela seu aspecto condicionante da natureza da pena, enquanto caráter qualitativo da sanção, no curso da gradação da responsabilidade penal que irá quantificar a resposta do Estado àquele ilícito típico, antijurídico e culpável.

A retributividade, *enquanto fim*, em sua máxima potência, não observado os seus limites dentro da axiologia garantista, alcança outro patamar semântico, indiciando o abandono do caráter restaurador da justiça punitiva. Um Estado que busca atender a pleitos individuais de satisfação das suas dores com a inflicção de sofrimento aos seus algozes (na tradução do populismo punitivo revestido do espírito de vingança privada com esteio na moral) ou impõe um direito penal simbólico alheio aos axiomas apontados por Ferrajoli claudica na preservação dos

²³ DIAS, Jorge Figueiredo. Temas básicos da doutrina penal. Sobre os fundamentos da doutrina penal. Sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 68.

valores constitucionais que o sustentam (demonstrando a problemática do populismo punitivo, decorrente do choque entre direito e moral acima referenciado).

O populismo penal como fomentador da retributividade mitigadora do caráter humano-ressocializador da pena é uma ameaça concreta ao Estado democrático de direito e, conseqüentemente, ao próprio desenvolvimento de uma sociedade pautada em valores de igualdade, justiça, segurança jurídica e solidariedade entre cidadãos.

4. O PROBLEMA DA RETRIBUTIVIDADE NA REALIDADE JURÍDICO BRASILEIRA

Na realidade jurídica brasileira podemos tratar da questão com escopo na problemática do último decênio a respeito da aplicação ou não da execução provisória da pena com a prisão em segunda instância. Neste caso, o caráter retributivo seria violado (sendo, no caso, arbítrio judicial que desidrata a higidez dos valores de garantismo penal insculpidos na carta constitucional), quando a ação aflitiva do Estado sobre o condenado ocorre antes da sentença penal condenatória transitada em julgado, com a aplicação da execução provisória da pena (tornando vazio o caráter excepcional da medida que deveria ter natureza cautelar, como expressa o artigo 312). Noutros termos, ocorrendo frontal violação à integridade do princípio *nulla poena sine crimine*.

Vejamos o caso do HC 126.292, de relatoria do finado Min. Teori Zavascki, que, ao ser votado pelo Supremo Tribunal Federal, ferindo os princípios da colegialidade, da estabilidade das decisões, além dos emanados do sistema penal, rasgou a jurisprudência assente e concorde com o artigo 5º, incisos LIV e LVII²⁴ afirmando que seria possível a execução provisória da pena

²⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à

após a confirmação em segunda instância, esvaziando os requisitos de justificação e de caráter cautelar para manutenção ou aplicação da execução provisória da pena. Ressalte-se que o fato de o Min. Zavascki, legalista e exímio técnico da área penal e o Min. Gilmar Mendes, conhecido constitucionalista garantista, terem votado pela mudança drástica da jurisprudência²⁵.

A claudicante jurisprudência foi revista (diga-se, em apertada decisão de 6 votos a 5) ao tempo das ADCs 43 e 44 em novembro de 2019, reconhecendo a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal²⁶ (em consonância com o art. 5º, LVII da Constituição Federal²⁷), resguardando os princípios da presunção de inocência, da culpabilidade e da retributividade (observe-se, considerando a ausência de razoabilidade da pena a ser aplicada antes da condenação definitiva. Assim, inconstitucional por ausentes os pressupostos básicos de legitimidade da sanção penal).

No mesmo decênio, agora no legislativo, verificou-se um movimento no sentido de ceifar o princípio da presunção de inocência (cláusula pétrea, diga-se), com as PECs 5/2019 e 410/2018. Com flagrante violação aos limites inculpidos no art. 60, §4º, IV²⁸ da Constituição Federal.

propriedade, nos termos seguintes: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

²⁵ Acompanhados por Luis Fux, Luis R. Barroso, Dias Toffoli, Carmen Lúcia (contra Marco Aurélio, saudoso Celso de Mello e Lewandowski).

²⁶ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

²⁷ LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

²⁸ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.

5. CONCLUSÃO

Constatam-se, nesse fenômeno de recrudescimento das ações do Estado face ao cidadão marginalizado, caracteres que não dialogam com os valores de um Estado garantista, revelando, repise-se, a aproximação da moral (com vestes de populismo penal) à concreção do direito, na sua manifestação por todos os Poderes da República.

Observa-se que essa característica dialoga com a afirmação de Ferrajoli, ao esboçar os axiomas garantistas como requisitos sem os quais não seria possível afirmar a responsabilidade penal e aplicar a pena a um condenado. Estariam interligadas e seriam inexoráveis no processo de imputação de responsabilidade e aplicação da pena²⁹.

Ademais, revelam-se os princípios da culpabilidade e retributividade como condição necessária e inexorável de legitimidade das penas. Por pressuposto que são destas, enquanto condicionantes e vinculados, estes princípios são a garantia de que o Estado não poderá adotar postura oblíqua na manifestação do seu poder-dever de punir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. – 11ª ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

²⁹ FERRAJOLI. *Ibidem*. p. 74.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal.** Sobre os fundamentos da doutrina penal. Sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

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

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal.** Barcelona: Bosch, 1984.

PLATÃO. **Diálogos:** Protágoras. Pará: Editora Universidade Federal do Pará, 2002.