

A retribuição como elemento limitador, apaziguador e justificador do direito penal

Uma análise do artigo “Die Vergeltungsidee als Grenze des Strafrechts”, de Tonio Walter

Luís Felipe Vicente Pires

Assessor - Des. Fed. Souza Ribeiro e parecerista da Revista do TRF3

É questão moderna a que põe no banco dos réus o caráter retributivo da pena, frequentemente tido por anacrônico e violador da dignidade da pessoa humana no seu estágio atual de compreensão. O penalista alemão Tonio Walter, professor da Universidade de Regensburg, no entanto, discorda.

Em artigo publicado este ano na *Juristen Zeitung*, Walter defende a ideia de *Vergeltung* (retribuição) como um fim legítimo do direito penal, frequentemente desvalorizada na doutrina alemã por ser considerada arcaica e ineficaz na prevenção de crimes. O autor argumenta que a retribuição não busca monopolizar a resposta estatal ao crime, mas oferecer uma justificativa moral e social para a punição, visando o restabelecimento da justiça e da pacificação jurídica. Ele sustenta que a retribuição, além de fundamento ético, pode funcionar como limite contra a expansão desmedida do direito penal, ao contrário das teorias preventivas, que tendem a ampliá-lo. A premissa central é que o sentimento de justiça da população é um fundamento democrático legítimo para o sistema penal — e talvez o único eficaz para impor limites à sua expansão.

O texto argumenta que o medo da ideia de *Vergeltung* (retribuição) como fundamento das penas é infundado. Contrariando o temor de que isso levaria a um sistema penal punitivista como o dos EUA, o autor demonstra que a retribuição pode ser moderada, compatível com objetivos como a suspensão condicional da pena, e não exclui medidas de ressocialização. A retribuição não deve ser confundida com ressocialização, pois nenhuma pena em si ressocializa: apenas oferece uma oportunidade para isso. Além disso, mesmo quando não há necessidade de ressocializar, a punição pode ser justa e necessária. Embora a retribuição não proporcione felicidade duradoura, ignorar as demandas por justiça pode gerar insatisfação social, desejo de vingança privada e enfraquecimento da legitimidade estatal. Assim, Walter defende uma abordagem penal que leve em conta o sentimento popular de justiça, sem abrir mão da racionalidade e da proporcionalidade.

O artigo critica a crescente expansão do direito penal nas últimas décadas, impulsionada principalmente pelas teorias preventivas da pena. Sempre que surgem fenômenos socialmente incômodos — como terrorismo, doping ou assédio — políticos recorrem a novas leis penais como resposta rápida e de baixo custo político. A

lógica preventiva, que vê o direito penal como meio de evitar comportamentos indesejados, transforma-o em ferramenta de engenharia social: basta criminalizar para tentar corrigir problemas. Isso é reforçado por populismo midiático e pela percepção de custo nulo, já que os encargos recaem sobre os estados federados. O autor alerta que esse uso do direito penal como instrumento de “melhoria do mundo” pode levar a excessos, como penas desproporcionais e abuso legislativo, reduzindo a legitimidade do sistema penal ao simplismo de “combater o mal e proteger os bons”, sem limites claros.

O trabalho analisa a ineficácia dos dois principais freios teóricos à expansão do direito penal: o dogma do bem jurídico (*Rechtsgutdogma*) e o princípio da intervenção mínima (*Ultima-ratio-Prinzip*). O primeiro foi rejeitado pelo Tribunal Constitucional Alemão (BVerfG), que afirmou que não há exigência constitucional de que leis penais protejam apenas bens jurídicos concretos — como no caso do incesto entre irmãos, considerado válido mesmo sem ameaça clara a um bem jurídico. Já o princípio da última ratio, embora amplamente aceito, carece de aplicação prática. Legisladores raramente exigem ou apresentam evidências de que apenas a pena criminal impediria um comportamento. A lógica preventiva dominante torna o princípio irrelevante, pois se presume que a criminalização automaticamente previne. Walter conclui que, na prática, esses dois princípios não impõem limites reais ao legislador penal, permitindo a contínua expansão do direito penal sob justificativas preventivas frágeis.

Após a queda do *Rechtsgutdogma* e o fracasso prático do princípio da *ultima ratio*, Walter defende a ideia de *Vergeltung* (retribuição) como o mais eficaz limite à expansão do direito penal. A pena deve ser aplicada apenas quando houver exigência de retribuição justa — algo que não se aplica, por exemplo, à posse de drogas, ao auxílio ao suicídio ou ao incesto consensual entre adultos. Tanto legisladores quanto juízes deveriam considerar, antes de criminalizar condutas, se estas realmente despertam uma necessidade de punição. A *Vergeltung* é vista como força limitadora, já presente (ainda que confusamente) em discursos legislativos que falam em “dignidade penal”. Para definir o que merece retribuição, duas correntes se destacam: a filosófica, baseada em princípios racionais (como a kantiana), e a sociológica, que busca captar o sentimento majoritário da população. Ambas têm limitações, mas a sociológica tem mais força democrática e prática.

Além disso, ele defende a importância de distinguir entre convicções pessoais e recomendações legislativas. Um jurista pode considerar certa conduta moralmente punível, mas ainda assim aconselhar o legislador a não criminalizá-la, se essa punição não encontrar respaldo no sentimento de justiça da maioria da população. Isso reforça o papel da *Vergeltung* (retribuição) como critério democrático e limitador do direito penal. A teoria empiricamente orientada da retribuição propõe que o Estado só deve punir quando a maioria da população vê essa punição como necessária à coesão social. Essa abordagem não apela ao clamor punitivista momentâneo, mas às expectativas mínimas e sustentáveis de justiça da sociedade, medidas por estu-

dos científicos. Assim, a retribuição se torna o primeiro filtro para o direito penal, e o princípio da *ultima ratio* recupera função real: punir apenas o necessário para evitar a deslegitimação do Estado de direito.

O autor mostra como a ideia de *Vergeltung* (retribuição) pode impor limites concretos ao direito penal alemão. Ela pode restringir a criminalização de condutas que não despertam verdadeiro clamor por justiça punitiva — como o consumo de drogas, a ajuda ao suicídio ou certos comportamentos sexuais entre adultos. A *Vergeltungsidee* também questiona a proporcionalidade de dispositivos como o § 89a (atos preparatórios) e §§ 186, 231 e 323a StGB, onde o anseio por retribuição é duvidoso. No direito penal geral, critica-se o tratamento igual de diferentes níveis de culpa (ex.: dolo eventual e intenção homicida). Também se sugere que a intensidade do dolo e o impacto da conduta deveriam ser levados mais em conta na lei, e não apenas na dosimetria judicial. Finalmente, no processo penal, a retribuição rejeita atenuações por falhas processuais que não se relacionem com a culpa, e admite que o perdão da vítima reduza o interesse público pela punição.

O trecho final reconhece uma objeção à *Vergeltungsidee*: a de que ela poderia ser usada para ampliar ainda mais o direito penal. O autor responde que nem toda expansão é necessariamente ilegítima, já que mudanças nos valores sociais podem gerar novas exigências por justiça retributiva — como no caso de crimes sexuais. Ainda assim, a retribuição não legitima punições excessivas, pois está limitada pelo princípio constitucional da proibição de excesso (*Übermaßverbot*), que exige que apenas as expectativas mínimas de justiça da população sejam atendidas. Além disso, a aplicação da retribuição deve ser equilibrada com outros objetivos legítimos do Estado, como a liberdade de imprensa, os direitos da família e a prevenção de reincidência. Assim, a *Vergeltungsidee* não é um instrumento absoluto, mas parte de um sistema em que ela deve coexistir com outras finalidades públicas igualmente relevantes.

Ao final, o artigo conclui que o direito penal se fundamenta no desejo humano por justiça, ou seja, no impulso por retribuição quando ocorre um ato injusto. Ao contrário das críticas acadêmicas, a ideia de retribuição não exige penas severas nem exclui prevenção ou ressocialização. Já as teorias preventivas, amplamente adotadas, estimulam a expansão do direito penal sem provas concretas de eficácia. O autor propõe substituir princípios ineficazes como o *Rechtsgutdogma* e o *Ultima-ratio-Prinzip* por um critério baseado nos sentimentos de justiça da população, identificados por meio da *Vergeltungsidee* com base empírica. Isso implicaria revisar diversas normas que hoje se justificam apenas por lógica preventiva. Embora ainda escassos, estudos sobre o sentimento social de justiça devem ser incentivados e considerados nas leis penais.

Resumo em tópicos

- A ideia de retribuição é vista como arcaica pela maioria dos penalistas alemães.
- A retribuição visa o restabelecimento do *Rechtsfrieden* (paz jurídica) por meio da justiça.
- O BGH e o BVerfG reconhecem a retribuição como fundamento legítimo das penas.
- O caso dos “Raser” de Colônia ilustra o clamor popular por punições mais severas como forma de justiça.
- As teorias preventivas são hoje o principal motor da expansão do direito penal.
- A retribuição pode ser justa, humana e moderada, não necessariamente dura.
- Penas não têm, por si só, efeito ressocializador; apenas criam oportunidades.
- A ressocialização não pode substituir a necessidade de punição justa.
- Ignorar o desejo de justiça popular pode levar à justiça privada e crise estatal.
- Estudos mostram que a retribuição não traz felicidade duradoura, mas ainda é socialmente necessária.
- A expansão do direito penal alemão ocorre há cerca de 40 anos.
- A prevenção é usada como justificativa para novos tipos penais e agravamentos legais.
- Políticos recorrem ao direito penal para responder rapidamente à indignação pública.
- O custo do endurecimento penal é diluído, recai sobre os estados, e parece “gratuito”.
- A lógica preventiva transforma o direito penal em ferramenta de intervenção social ilimitada.
- O *Rechtsgutdogma* foi rejeitado pelo BVerfG em 2008 no caso do incesto entre irmãos.
- O princípio da última ratio é ignorado porque não se exigem provas de sua necessidade.
- Leis penais são criadas sem demonstrar eficácia real na prevenção de condutas.

- A lógica preventiva atual pressupõe que criminalizar equivale a prevenir.
- O *Rechtsgutdogma* e o *Ultima-ratio-Prinzip* não limitam mais a expansão penal.
- A *Vergeltung* é proposta como o único freio funcional à expansão do direito penal.
- Juízes já são limitados pelo critério da proporcionalidade da retribuição (justo “Schuldausgleich”).
- A legislação penal atual usa conceitos contraditórios de justificação sem articulação coerente.
- A necessidade de punição deveria preceder a criminalização de condutas.
- Duas correntes determinam o que merece punição: a filosófica (objetiva) e a sociológica (majoritária).
- Juristas devem distinguir entre juízos pessoais e recomendações políticas.
- O direito penal deve ter base no sentimento majoritário e estável de justiça.
- A teoria empírico-sociológica da retribuição busca limites mínimos de punição exigidos socialmente.
- Pesquisas devem aferir não os desejos extremos, mas as expectativas mínimas da sociedade.
- O princípio da *ultima ratio* volta a ter relevância nesse modelo como limite real à punição.
- A retribuição não justifica penas para condutas sem real clamor social por punição (ex.: posse de drogas, incesto consensual).
- A equiparação entre dolo eventual e intenção plena é criticada por ferir o princípio de justiça proporcional.
- A *Vergeltungsidee* sugere revisar o direito penal para excluir punições simbólicas ou desnecessárias.
- Veredictos baseados em falhas processuais não devem alterar a pena se não dizem respeito à culpa.
- O perdão da vítima pode reduzir legitimamente a necessidade social de punição, sob a ótica da retribuição.

- A retribuição pode acompanhar mudanças sociais legítimas (ex.: crimes sexuais).
- O *Übermaßverbot* constitucional limita a aplicação da retribuição a expectativas mínimas.
- A retribuição deve ser ponderada com outros direitos, como liberdade de imprensa e direitos parentais.
- Prevenção de reincidência pode justificar a substituição da pena por medidas ressocializadoras.
- A *Vergeltungsidee* só é válida se aplicada com equilíbrio entre múltiplas finalidades estatais.
- O direito penal nasce do desejo social por justiça retributiva.
- A retribuição não exige penas duras e não impede outras funções penais.
- Teorias preventivas expandem o direito penal sem base empírica sólida.
- A *Vergeltungsidee* deve ser baseada em dados sociológicos e democráticos.
- Se a pena serve só para retribuir, sua utilidade transformadora é limitada.