

TATJANA HÖRNLE

DOIS ESTUDOS:
TEORIAS DA PENA E CULPABILIDADE

TATIANA STOCO
(ORGANIZAÇÃO)

TATIANA STOCO
SILVIO LEITE GUIMARÃES NETO
(TRADUÇÃO)

 Marcial
Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

APRESENTAÇÃO

É com imensa satisfação que trazemos ao público brasileiro a publicação de dois importantes estudos na doutrina jurídico-penal alemã, de autoria da Profa. *Tatjana Hörnle*.

O primeiro trabalho traduzido trata-se da segunda edição do livro *Straftheorien*, publicado originalmente em 2011, e posteriormente republicado em 2017. Nele, a autora expõe as diversas vertentes teóricas que pretendem justificar a legitimidade da pena estatal, trazendo importantes argumentos contra as abordagens comumente referidas como pertencentes às categorias “absolutas” e “preventivas”, trazendo, ainda, os distintos fundamentos para as chamadas “teorias expressivas da pena”. *Hörnle* oferece sua própria teoria justificadora da pena, ressaltando a necessidade de contemplar mais de uma abordagem de justificação considerando, especialmente, a heterogeneidade das formas de comportamento delitivo e os interesses sociais e individuais envolvidos.

O segundo trabalho foi publicado originalmente em 2013 e trata da culpabilidade fundamentadora da pena, trazendo uma original tese da autora, que pretende excluir este termo tanto da teoria do delito, como da própria legislação penal. Chamará a atenção do leitor a seriedade com que ela aborda o tratamento da culpabilidade pela doutrina alemã e pelos Tribunais, bem como enfrenta as contribuições das teses das neurociências, para então formular sua tese.

O leitor poderá constatar a coerência do pensamento de *Hörnle*, marcante nas duas obras, e concluirá que ambas estão bastante inter-

ligadas, tanto em seus fundamentos, como em suas consequências. O importante papel que ela confere à censura e à ideia da condenação criminal como meio para comunicação de uma mensagem ao infrator e à vítima é o principal elo entre as teses defendidas nos dois trabalhos.

Acredito que os dois estudos ora traduzidos para o público brasileiro certamente contribuirão para o amadurecimento de muitas discussões no âmbito da ciência jurídico-penal brasileira, além de familiarizá-lo, pela primeira vez, com o pensamento desta importante penalista alemã.

Agradeço a Adriano Teixeira, pela oportunidade da publicação e por sua valiosa ajuda na revisão dos textos. Também agradeço a Silvio Guimarães e Patrícia Pimentel pela colaboração na tradução do primeiro estudo.

TATIANA STOCO

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
--------------------	---

TEORIAS DA PENA

PREFÁCIO À 2.ª EDIÇÃO	13
I. Introdução.....	17
II. Qual a finalidade das normas penais?	22
III. As normas penais são legítimas perante os afetados?	25
IV. Qual o sentido das condenações criminais?	27
V. É legítima a imposição da pena criminal perante o apenado?...	45
VI. Resumo: teses.....	53
BIBLIOGRAFIA.....	57

PENA SEM CENSURA DE CULPABILIDADE: UM APELO POR MUDANÇAS NA TEORIA DO DELITO

I. Ainda vale a pena discutir sobre culpabilidade e livre arbítrio?	73
II. Problemas da censura de culpabilidade clássica	77
III. O lado científico-natural: modelos de decisão humana.....	81

IV. Valorações: liberdade, responsabilidade e culpabilidade .	89
V. O manejo do dilema pela ciência jurídico-penal.....	97
VI. Enfoque em uma censura de injusto na renúncia a uma censura de culpabilidade	115
VII. Consequências para a teoria do delito e a legislação penal...	135
VIII. Considerações finais.....	145

PREFÁCIO À 2.^a EDIÇÃO

A questão sobre se há uma boa razão para a cominação e imposição de uma pena me acompanha desde que eu me ocupo cientificamente com o Direito Penal em suas relações empíricas e filosóficas. Neste pequeno livro, eu formulo um balanço das minhas reflexões sobre o tema das teorias da pena. O editor e provedor da www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net autorizaram, gentilmente, que meu texto, primeiramente redigido para esta página da *Internet*, também possa sair como trabalho impresso. Para a segunda edição, eu revisei algumas passagens, também em razão de novas publicações, em especial, sobre as teorias expressivas da pena e sobre a capacidade de legitimação da pena criminal perante o apenado.

Eu agradeço sinceramente aos meus colaboradores na Humboldt-Universität, Rita Vavra, Sascha Holznagel, Johannes Lenzen e Viktor Volkmann pelas correções.

I. INTRODUÇÃO

1. A colocação do problema

É possível abordar a questão: “por que a pena?” de uma maneira descritiva. Quem assim o faz, descreve a prática da pena estatal a partir de uma perspectiva jurídica ou sociocultural, ou ocupa-se com explicações (sociais) psicológicas que decifram impulsos emocionais, parcialmente inconscientes, que estão por trás de necessidades de punição individuais ou sociais. Necessidades explicadas psicológica ou psicanaliticamente podem ser fontes de práticas jurídico-penais (Haffke 1976; Streng 1980; Morselli 2001). De uma perspectiva social-religiosa, a necessidade da pena pode ser avaliada como indício de uma profunda ancoragem em concepções religiosas, que são caracterizadas pelo desprezo aos “homens pecaminosos”, como “inimigos de Deus” (Lüderssen 2010, p. 479).

Abordagens descritivas promovem uma definição distanciada, até mesmo cética, a respeito da pena (por ex. Kunz 2004). Quem tem consciência dos fatores históricos e dos mecanismos psicossociais que estão por trás de valorações, geralmente, está menos inclinado a tratá-las como uma inquestionável naturalidade. A questão decisiva é, portanto, se a pena é *apenas* uma expressão de emoções (possivelmente atávicas) e/ou *apenas* um produto de processos históricos, contingentes e, conseqüentemente, de determinadas formas de pensar. Se assim fosse, esse entendimento deveria levar a exigências abolicionistas ou à resignação com o desagradável, porém, inevitável. Ou será que existem justificações que podem convencer de tal forma

que não possam ser vistas como encobrimentos falsamente racionais do estabelecido e do irracional? Esta *perspectiva normativa* é que a seguir deverá ser tomada como fundamento. A esta altura, o resultado já pode ser indicado: uma teoria da pena que oferece uma única fundamentação não pode ser convincentemente sustentada. Mas, quando se está disposto a se envolver em reflexões complexas, é possível desenvolver argumentos que fundamentam suficientemente a necessidade e a legitimidade da pena estatal *de forma global* (diferentemente, Lüderssen 1995, p. 387).

A análise que se segue restringe-se à instituição da pena, enquanto a legitimidade de um sistema de duplo binário, que prevê também medidas de segurança, não será discutida. O ponto central situa-se em uma perspectiva normativa e não em circunstâncias da realidade jurídica que são objeto de investigação da Criminologia. Embora a questão a respeito dos efeitos das sanções seja inevitável na discussão sobre a teoria da pena, ela somente poderá ser abordada superficialmente.

2. A estrutura da investigação

Na ciência jurídico-penal alemã é difundida a divisão entre as denominadas teorias da pena “absolutas” e “relativas”. Com frequência, artigos e manuais trabalham com este esquema (Momsen/Rackow 2004; Frister 2015, p. 18; Rengier 2016, p. 10; críticos a respeito: Hörnle 2011; Roxin 2015). A dicotomia entre teorias da pena “relativas” e “absolutas” já não parece, no entanto, capaz de convencer, pois não está claro o que constitui o “absoluto” de uma teoria. Não é convincente designar como “absolutos” todos os fundamentos que não possuam como finalidade a prevenção de delitos. Desta forma, ignora-se que, além do objetivo de prevenção, existem outros fundamentos racionais para a pena criminal, orientados a interesses coletivos e individuais. Estes fundamentos são melhor designados pela rubrica “teorias expressivas da pena”, do que por “teorias absolutas da pena” (ver também Hassemer/Neumann 2013, § I, número de margem 105).

Além disso, a pergunta comumente formulada a respeito da finalidade da pena é inapropriada para conferir uma forma adequada a uma investigação. Ao contrário, é recomendável desmembrá-la em

perguntas distintas, para evitar que as explicações sobre “o sentido da pena” sejam realizadas de modo apenas parcial. De um lado, é preciso distinguir a forma de intervenção, já contida na lei penal, e a intervenção que se situa no âmbito de imposição da pena (Greco 2009, p. 228). De outro lado, é preciso diferenciar as perguntas: “*Deve* o Estado cominar e impor penas? Levando em consideração os custos financeiros para a coletividade, existem razões convincentes para a manutenção da prática da pena estatal?” e “*Podem* haver proibições penais e condenações, levando em consideração o que, com isso, exige-se das pessoas afetadas?”. A pena precisa ser justificada tanto perante a sociedade quanto perante o infrator (Pérez-Barbera 2014, p. 507). É preciso discutir de forma diferenciada essas distintas dimensões do projeto “justificação da pena”, o que nem sempre ocorre no debate teórico. Diferentes perguntas levam a diferentes respostas. Quem, ao contrário, busca uma fórmula unitária para a teoria da pena (a favor da “coerência axiológica” vide Pawlik 2004a, p. 53), parte explícita ou implicitamente da ideia de que considerações sobre a *restrição* da intervenção estatal deveriam corresponder às considerações sobre a *fundamentação* de tais medidas de intervenção (neste sentido, Kaufmann 1967, p. 555). Contudo, essa concepção é equivocada (Greco 2009, p. 248). Pelo contrário, uma justificação abrangente da intervenção coercitiva estatal pressupõe atender a interesses em jogo manifestamente opostos. Não pode bastar a referência apenas aos interesses de todos ou de parte dos que se beneficiam da intervenção estatal, senão deve ser também justificado perante aqueles que, contra sua vontade, tornam-se destinatários da intervenção, a razão pela qual *eles* foram escolhidos e porquê *eles* devem ser utilizados para a perseguição de interesses alheios (Schünemann 1998, p. 114; Frisch 1998, p. 142; Neumann 1998, p. 150). Inversamente, o mesmo aplica-se a argumentos sobre a responsabilidade dos destinatários da intervenção, que são apenas necessários, mas não constituem uma fundamentação suficiente (Schünemann 2002, p. 330). Eles não são capazes de justificar porque a coletividade deve assumir os custos da manutenção do sistema de justiça criminal. Em um sistema de justiça criminal de um Estado de Direito, os custos exigidos pelo alto grau de profissionalismo e de mecanismos de controle são elevados, e apenas justificáveis quando indicarem benefícios em prol da coletividade. Já não seria convincente classificar os efeitos preventivos da pena