

BERND SCHÜNEMANN

Estudos de direito penal,
direito processual penal e
filosofia do direito

Coordenador

LUÍS GRECO

Marcial Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2013

**BERND SCHÜNEMANN,
PENALISTA E PROFESSOR.
A PROPÓSITO DESTA COLETÂNEA**

LUÍS GRECO

I. INTRODUÇÃO

Com grande alegria apresento ao público brasileiro o presente volume, que reúne todos¹ os estudos de Bernd Schünemann publicados em português e contém oito estudos inéditos, em traduções realizadas pelos seus vários discípulos brasileiros.

A ideia de compilar as traduções já anteriormente publicadas e de acrescentar alguns estudos recentes surgiu por acaso. Em novembro de 2012, o professor Schünemann acidentalmente tomou conhecimento do projeto de reforma do Código Penal brasileiro que tramita no Senado Federal (PL 236/2012, Senado Federal) – e assustou-se.² Parece claro que isso não pode surpreender a ninguém, porque raramente se viu na doutrina brasileira tamanha coesão e determinação em rechaçar planos de mudança legislativa.³

¹ Com uma exceção, à qual retornarei ao final, item V.

² Com o que temos uma primeira confirmação de meu prognóstico, segundo o qual o Projeto de Código Penal seria uma vergonha internacional, cf. L. GRECO, «Princípios fundamentais e tipo no novo Projeto de Código Penal», in: Revista *Liberdades* – Edição Especial – Reforma do Código Penal, http://www.ibccrim.org.br/upload/noticias/pdf/revista_especial.pdf, p. 35 e ss. (p. 57).

³ Para anotar apenas alguns pontos mais salientes da enxurrada de manifestações críticas: de início, as entrevistas de Cirino dos SANTOS, «Somos o país que mais pune no mundo», publicada no jornal *Folha de Londrina*, de 15.07.2012, p. 3; REALE JR., «Novo Código Penal é obscenidade, não tem concerto», <http://www.conjur.com.br/2012-set-02/entrevista-miguel->

Mas o que assustou o professor Schünemann foi, principalmente, a previsão do acordo (art. 105 Projeto: «barganha»), isto é, da possibilidade de condenar um acusado unicamente com base na sua confissão, que é dele extorquida sob a ameaça de uma pena mais grave (ou, o que dá no mesmo, sob a promessa de uma pena reduzida), sem produzir, em um processo contraditório, prova real de sua culpa. O professor Schünemann, que é um dos mais intransigentes críticos do acordo, instituição que, infelizmente, nas últimas décadas se alastrou por todo o processo penal alemão, dirigiu-se a nós, seus discípulos brasileiros, e perguntou-nos como podíamos permanecer calados diante da iminência de tamanha calamidade. Alaor Leite e eu respondemos-lhe que não havíamos permanecido inertes, mas que tínhamos publicado críticas aos primeiros capítulos do projeto, ainda que não ao dispositivo referente ao acordo.⁴ Acrescentamos – agora vejo que com ingenuidade – que o projeto já havia sido posto de lado no Senado, e que o perigo fora, assim, banido. Os acontecimentos das últimas semanas, isto é, o retorno do projeto à pauta do Senado, são, sem dúvida, preocupantes. Mas em novembro de 2012, quando ainda acreditávamos estar o direito penal brasileiro livre do vergonhoso projeto, tivemos a ideia de, por via das dúvidas, ao menos tornar conhecida no Brasil a crítica de Schünemann ao acordo. Essa ideia maturou e transformou-se na de montar o volume que o leitor agora tem em mãos. Esse processo de maturação também levou a uma mudança: como acreditávamos banido o perigo do projeto, nosso foco não foi mais a crítica de Schünemann ao acordo. Ela aparece, é verdade, em vários dos artigos processuais abaixo acolhidos e no artigo conclusivo, também jusfilosófico e sociológico. Nossa preocupação foi, pelo contrário, introduzir também alguns artigos de dogmática da parte geral, de processo penal e de filosofia do direito, uma vez que a maior parte dos artigos até então publicados e que aqui recompilamos dizia respeito aos fundamentos do direito penal material.

Meu objetivo, na presente introdução, é transmitir ao público brasileiro uma ideia geral do conteúdo e importância da obra deste que é um dos mais destacados e influentes penalistas alemães. Pretendo, e nisso talvez eu

reale-junior-decano-faculdade-direito-usp; MIRANDA COUTINHO/ROCHA DE CARVALHO, «Há vícios de origem», <http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/512777-reforma-do-codigo-penal-ha-vicios-de-origem-entrevista-especial-com-jacinto-coutinho-e-edward-rocha-de-carvalho>; depois o número Revista *Liberdades* – Edição Especial – Reforma do Código Penal, citado na nota anterior; em seguida os estudos coletados na *Revista da EMERJ* vol. 15, n. 60 (2012), que reproduzem o conteúdo do Seminário Crítica da Reforma Penal, promovido pela Escola da Magistratura do Rio de Janeiro (EMERJ) nos dias 11-13.09.2012, com manifestações de, entre outros, Juarez TAVARES, Juarez Cirino dos SANTOS; e, mais recentemente, Cirino dos SANTOS, «A reforma penal: crítica da disciplina legal do crime», *Tribuna Virtual IBCCrim* 1 (2013), p. 27 e ss.

⁴ Cf. os estudos L. GRECO, «Princípios fundamentais...», p. 35 e ss.; A. LEITE, «Erro, causas de justificação e causas de exculpação no novo projeto de Código Penal», p. 59 e ss., ambos publicados no número especial da Revista *Liberdades* citado nas notas anteriores.

viole conscientemente tradicionais cânones, falar não só do penalista Bernd Schünemann, mas também um pouco da pessoa desse grande professor, com quem tenho o prazer de trabalhar e conviver desde 2003 e de quem tanto pude aprender.

II. VIDA

Bernd Schünemann nasceu em 1.º de novembro de 1944, em Braunschweig. Estudou Direito em Göttingen, Berlin e Hamburg, entre 1963 e 1967, até o primeiro «exame de estado», a saber, a primeira prova de conclusão pela qual o jurista alemão tem de passar, em seguida doutorando-se em Göttingen, sob a orientação do jovem catedrático Claus Roxin, com tese sobre o tema «Fundamento e limites dos delitos de omissão imprópria», em 1971;⁵ e dedicou a sua tese de livre-docência («Habilitation») a uma teoria geral da interpretação do direito e ao recurso especial no processo penal.⁶ Em 1976, tornou-se catedrático em Mannheim; em 1987 foi para Freiburg e, desde 1990, possui a cátedra de direito penal, direito processual penal, filosofia do direito e sociologia do direito da Faculdade de Direito da Universidade de Ludwig Maximilian, Munique. No fim de março de 2013, tornou-se professor emérito. No curso de sua carreira de catedrático, formou dois livre-docentes que hoje se tornaram professores catedráticos, Tatjana Hörnle e Roland Hefendehl, sendo que há mais três pessoas, entre elas eu, que estão em vias de concluir a livre-docência sob a orientação de Schünemann.

Poucos autores no cenário mundial apresentam uma *produção literária* comparável.⁷ No curso de sua longa carreira, Schünemann escreveu quase duas centenas de artigos, sem contar as traduções para línguas estrangeiras, e um número impressionante de monografias. Ele é um dos colaboradores do mais tradicional e reputado comentário ao Código Penal alemão, o *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, e estão a seu encargo, entre outros dispositivos, os referentes à autoria e participação (§§ 25 e ss.) e o dispositivo central do direito penal econômico alemão, o § 266, a *Untreue* (infidelidade

⁵ «Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte», O. SCHWARZ, *Göttingen*, 1971; o livro foi recentemente traduzido para o espanhol, *Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia*, Madrid: Marcial Pons, 2009 (trad. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo).

⁶ «Die vier Stufen der Rechtsgewinnung, exemplifiziert am strafprozessualen Revisionsrecht», *Münchener jur. Habilitationsschrift* 1975, 630p.; o livro não foi, contudo, oficialmente publicado. Uma espremida síntese de algumas ideias centrais encontra em SCHÜNEMANN, «Die Gesetzesinterpretation im Schnittfeld von Sprachphilosophie, Staatsverfassung und juristischer Methodenlehre», in: KOHLMANN (coord.), *Festschrift für Klug*, Köln: Deubner Verlag, 1983, p. 169 e ss.

⁷ Cf. a lista de publicações periodicamente atualizada, disponível em: http://www.jura.uni-muenchen.de/personen/s/schuenemann_bernd/schriftenverzeichnis/index.html.

patrimonial, à qual já retornaremos).⁸ Ele é o continuador do manual de direito processual penal de Claus Roxin.⁹

Um dos focos da atividade científica de Bernd Schünemann é o *intercâmbio internacional*. Até o momento, orientou ele cerca de vinte doutorandos estrangeiros, tendo recebido incontáveis pesquisadores no Instituto de Filosofia do Direito e Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de Munique, do qual ele é diretor. Disso resultaram doutorados *honoris causa* concedidos na Mongólia, Espanha, Taiwan, Geórgia e no Peru. Esses doutorandos e pesquisadores são oriundos dos mais diversos países, como China, Japão, Coreia do Sul, Formosa, Mongólia, Armênia, Polônia, Geórgia, Canadá, Estados Unidos, México, Espanha, Costa Rica, Peru, Colômbia, Argentina e, principalmente, Brasil.

A *relação* de Bernd Schünemann com o *Brasil* é especialmente estreita. O professor tem atualmente um assistente brasileiro, que é quem escreve as presentes linhas; dois doutorandos, Danielle Campos, de Juiz de Fora, que fez o seu mestrado, também orientada por Schünemann, sobre o tema da tortura, e agora trabalha sobre o tema multi-culturalismo e direito penal; e Adriano Teixeira, de Belo Horizonte, que acaba de concluir seu mestrado sobre a aplicação da pena e a teoria da chamada «proporcionalidade pelo fato» e que está dando início a seu doutorado sobre o tema da desistência da tentativa; uma mestranda, Ana Cláudia Grossi; e um pesquisador convidado, Alaor Leite, que está fazendo seu doutorado com Claus Roxin, sobre o tema do erro nas causas de exculpação. Durante quatro anos, o professor Schünemann promoveu um programa de intercâmbio com um grupo de pesquisa dirigido pelo catedrático Miguel Reale Júnior, da Universidade de São Paulo. As portas do Instituto de Filosofia do Direito da Universidade de Munique sempre estiveram abertas para pesquisadores brasileiros, os quais, por sua vez, souberam gozar dessa generosidade: menciono, unicamente, Marina Pinhão Coelho, João Paulo Martinelli, Heloísa Estellita, Daniel Pacheco Pontes, todos de São Paulo, e José Paulo Baltazar Jr., do Rio Grande do Sul, com quem tivemos o prazer de conviver e discutir.

III. OBRA

Longe de mim tentar, nesta que deve ser uma singela introdução, abarcar todo o conteúdo da extensa obra de Schünemann, como já disse (acima II),

⁸ Comentários aos §§ 25-31 StGB (autoria e participação), in: LAUFHÜTTE/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN (coords.), *Leipziger Kommentar zum StGB*, 12^a ed., vol. I, Berlin: DeGruyter, 2007, vol. I, pp. 1813-2169; comentários ao § 266 StGB (Untreue), in: LAUFHÜTTE/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN (coords.), *Leipziger Kommentar zum StGB*, Berlin/New York: DeGruyter, 12^a ed., vol. IX/1, 2012, pp. 653-880.

⁹ ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, München: Beck, 26^a ed., 2009; 27^a ed., 2012.

um dos mais produtivos penalistas da atualidade. Meu objetivo aqui é esboçar apenas aquelas que, a meu ver, são as linhas mestras do pensamento de nosso autor e, simultaneamente, inserir os trabalhos aqui colacionados no contexto mais amplo de sua obra e da discussão científica alemã.

1. Método

Uma das mais marcantes ideias reitoras da obra de Schönemann diz respeito a seu *método*, que pode ser caracterizado como uma *síntese entre normativismo e ontologismo*. De um lado, o discípulo de Claus Roxin é um dos mais proeminentes defensores de uma perspectiva teleológico-funcional do direito penal, isto é, de uma perspectiva segundo a qual o sistema e os conceitos da teoria do delito têm de ser construídos tendo em vista certas finalidades político-criminais.¹⁰ Mas, levando adiante uma consideração que, em Roxin, também está presente, mas fica em segundo plano,¹¹ Schönemann enfatiza a importância de dados ontológicos, de estruturas lógico-reais ou lógico-materiais, quase no sentido que lhes conferia o finalismo, para que essas finalidades possam vir a ser alcançadas. Nisso, Schönemann se destaca como mais notável crítico da perspectiva normativista radical desenvolvida por Jakobs, que quer sistematizar a teoria do delito com total desconsideração de quaisquer dados ontológicos.¹²

Disso resulta também um dos temas que sempre reaparecem nas construções dogmáticas de Schönemann: o recurso a chamados *conceitos tipológicos*, como tentativa de superar a rigidez e inflexibilidade dos chamados conceitos classificatórios. O leitor encontrará a figura do conceito tipológico, *Typusbegriff* ou simplesmente *Typus* (que não se confunde com o tipo penal, em alemão *Tatbestand* ou *Straftatbestand*), que pode ser melhor entendida por contraposição aos conceitos tradicionais, que Schönemann chama de conceitos classificatórios. Um conceito tradicional pode ser descrito como um conjunto de elementos que designam condições necessárias e suficientes de sua aplicação, sendo que cada um desses elementos só pode ou estar presente,

¹⁰ SCHÜNEMANN, «Einführung in das strafrechtliche Systemdenken», in: SCHÜNEMANN (coord.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin/New York: DeGruyter, 1984, p. 1 e ss. (p. 45 e ss.); IDEM, «Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft», in: SCHÜNEMANN *et alii* (COORDS.), *Festschrift für Roxin*, Berlin/New York: DeGruyter, 2001, p. 1 e ss. (p. 23 ss.). A respeito dessa perspectiva sistemática, em geral, GRECO, «Introdução à dogmática funcionalista do delito», in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 32 (2000), p. 120 e ss.

¹¹ ROXIN, «Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts», in: Arthur KAUFMANN (coord.), *Gedächtnisschrift für Radbruch*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1968, p. 260 e ss.; *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8. ed., Berlin/New York: DeGruyter, 2006, p. 533 e ss.; IDEM, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, vol. I, 4ª ed., München: Beck, 2006, § 7 nm. 90.

¹² Cf. principalmente SCHÜNEMANN, *Strafrechtsdogmatik...*, p. 13 e ss.; e, na presente coletânea, vide, ainda que sucintamente, o artigo «Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo».

ou ausente. Para usar um exemplo que é objeto de um dos artigos seguintes:¹³ o conceito tradicional ou classificatório de dolo diz que «dolo é conhecimento e vontade de realizar o tipo». Se inexistir o elemento conhecimento, nada de dolo; se inexistir o elemento vontade, tampouco. Schünemann pensa, contudo, que especialmente no que se refere ao segundo elemento, a vontade, a realidade só em raros casos se apresentará ao aplicador do direito sob a forma do tudo ou nada. Aqui, no mais das vezes se tratará de mais e menos. Um conceito adequado de dolo terá, assim, de ser tipológico: ao invés de enunciar condições necessárias e suficientes, a serem avaliadas segundo a lógica do tudo ou nada, como faz o conceito classificatório tradicional, o conceito tipológico descreve algo como perfil geral, que servirá de guia para avaliar não apenas se os diversos elementos estão presentes, mas em que intensidade, e permitirá que uma manifestação menos intensa de um elemento seja compensada pela manifestação mais intensa de outro. Havendo muito conhecimento, bastará pouca vontade (e esse será o caso do chamado dolo direto de segundo grau: a bomba que o revolucionário instala com a intenção de matar a vítima também matará a filha dela, o que ele sinceramente lamenta); e havendo muita vontade, bastará pouco conhecimento (alguém dispara de uma longa distância, com a intenção de matar a vítima).

E aqui se vê mais um traço característico do método de trabalho de Schünemann: ele é um dos poucos autores que fazem mais do que meramente proclamar, e do número ainda mais reduzido daqueles que conseguem pôr em prática, de modo não meramente diletante, a ideia de *interdisciplinariedade*. Filosofia analítica, de um lado, sociologia e psicologia de outro, foram fontes constantes das quais bebeu o raciocínio jurídico de Schünemann.¹⁴ Na presente coletânea, veremos o uso que o autor dá aos conhecimentos oriundos de outras disciplinas principalmente em seus estudos de processo penal, em especial o estudo quase nada jurídico, e sim empírico, a respeito da influência do conhecimento dos autos da investigação preliminar e da tomada da decisão de recebimento da denúncia sobre o comportamento do juiz penal na audiência («O Juiz como um Terceiro Manipulado no Processo Penal?»), e no estudo conclusivo, um *tour de force* (nas palavras do próprio autor) jurídico-filosófico-sociológico sobre a importância do acordo no processo penal («Do templo ao mercado»).

¹³ A saber, «Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo».

¹⁴ Cf. a interpretação dada pelo discípulo HEFENDEHL, «Kriminologie, Dogmatik, Kriminalpolitik: ein Leben in friedlicher Koexistenz», in: HEFENDEHL (org.), *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus*, Köln/Berlin/München: Heymanns, 2005, p. 3 e ss. (7 e ss.).

2. Direito penal material

A interação entre o normativo e o ontológico fica também patente nas considerações de Schünemann sobre os fundamentos de legitimação e a parte geral do *direito penal material*. Segundo Schünemann, o direito penal se legitima pelo fim político-criminal de proteção de bens jurídicos por meio da cominação de uma sanção (abaixo a); isso significa que a norma penal se dirige, em primeiro lugar, àqueles que estão em condições reais de lesionar ou pôr em perigo bens jurídicos, noutras palavras: àqueles que dispõem do domínio sobre o fundamento do resultado (abaixo b). Esse domínio não é uma criação do direito, e sim, em seu núcleo, um dado de realidade, uma estrutura ontológica; mas é a finalidade do direito penal que faz dele algo jurídico-penalmente relevante. Também os interesses de Schünemann na parte especial são, principalmente, uma concretização de suas ideias sobre os fundamentos de legitimidade do direito penal (abaixo c).

a) *Fundamentos do direito penal: proteção de bens jurídicos por meio de uma cominação penal*

O fim do direito penal, ao ver de Schünemann, é a proteção de bens jurídicos por meio da cominação de uma sanção. Da proteção de bens jurídicos cuida o artigo que abre a presente coletânea («O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos»). O direito penal se ocupa das violações do contrato social que fundamenta a vida em comum, e não do âmbito da moral privada. E como as partes do contrato social apenas abdicam da parcela de liberdade mínima necessária para assegurar essa vida em comum, o direito penal tem de atender ao princípio da *ultima ratio*, de que cuida especialmente o segundo trabalho («O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos!»). É verdade que isso não significa, ao contrário do que ainda propõe a concepção dominante, que o direito penal seja sempre, automaticamente, o mais gravoso dos ramos do direito e que seja legitimável apenas se subsidiário, uma vez que o direito administrativo sancionador, em muitos casos, restringe a liberdade dos cidadãos de modo muito mais intenso. Schünemann tenta demonstrar a necessidade de levar em conta uma série de fatores, que vão desde o caráter do bem protegido até a possibilidade de a vítima proteger-se a si mesma (vitimodogmática – à qual logo abaixo retornaremos), e de abandonar o uso de meros slogans difamatórios.

Em princípio, o direito penal tampouco se ocupa de autolesões ou de comportamentos perigosos para aquele que os pratica: o *paternalismo jurídico-penal*, de que trata o terceiro artigo da presente coletânea («A crítica ao paternalismo jurídico-penal – Um trabalho de Sísifo?»), só se legitima sob pressupostos bastante estreitos, entre os quais se encontram, principalmente,

ou a falta de capacidade para consentir do afetado, ou a necessidade de que ele seja protegido contra uma decisão apressada.

Por fim, Schünemann é um dos penalistas que mais atenção dedicou à antigamente esquecida figura da *vítima*, à qual se dedica o artigo «A posição da vítima no sistema da justiça penal: um modelo em três colunas». De um lado, pretende Schünemann, por meio da chamada perspectiva vitimodogmática, conferir maior importância a seu comportamento no plano da dogmática do injusto penal: nos casos em que a vítima está em condições de autoprotoger-se e essa autoproteção pode dela ser exigida, faltaria a necessidade, segundo o princípio da *ultima ratio*, de fazer uso do direito penal. Por outro, opõe-se ele às tendências não só alemãs, como mesmo mundiais, de recorrer à vítima para justificar um incremento de políticas repressivas e, especialmente no processo penal, de elevar a vítima como que a um status de parte, com o que se enfraqueceria ainda mais a já frágil posição processual do acusado.

b) *Dogmática da parte geral: domínio sobre o fundamento do resultado*

O direito penal, que se justifica por proteger bens jurídicos, dirige suas proibições, assim, em primeiro lugar àqueles que estão em condições fáticas de lesioná-los, isto é, que possuem o *domínio sobre o fundamento (ou sobre a causa fundamental) do resultado*.

Desde a sua tese de doutorado, esforça-se Schünemann por demonstrar que uma *estrutura lógico-real*, a saber, o domínio sobre o fundamento do resultado, é a espinha dorsal do tipo penal.¹⁵ Enquanto seu professor, Roxin, limita a importância da ideia de domínio do fato aos dolosos comissivos,¹⁶ entende Schünemann que, por trás dela, há algo mais fundamental. O domínio do fato, característico dos delitos comissivos, é um domínio sobre o próprio corpo; enquanto isso, no delito omissivo, o autor domina ou um perigo para o bem, ou a situação de fragilidade ou desamparo deste próprio. Próprio corpo, perigo e fragilidade do bem são, todos eles, causas fundamentais do resultado; o domínio do fato não passa, assim, de uma concretização ou especificação de um domínio mais geral, que fundamenta o injusto de todos os delitos dolosos, comissivos como omissivos, e que Schünemann chama de domínio sobre o fundamento do resultado. Deste domínio deriva ele a teoria das *posições de garantidor do delito omissivo impróprio*. Essas considerações, desenvolvidas inicialmente na tese de doutorado, são objeto do estudo «Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria».

¹⁵ Grund und Grenzen..., p. 229 e ss., 235 e s.; mais recentemente Leipziger Kommentar..., § 25 nm. 39, com ulteriores referências.

¹⁶ ROXIN, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, vol. II, Beck, München, 2003, § 25 nm. 27, 267 e ss., 288 e ss.

Também a pena mais grave que recebem os fatos dolosos em comparação com os culposos se fundamenta em parte no conhecimento dos elementos do tipo, confere ao autor certo domínio sobre o fato – ideia que é desenvolvida no estudo «Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo», que trata da *distinção entre dolo eventual e culpa consciente*, propondo que se entenda o dolo como conceito tipológico, noção a que acima já me referi (III.1).

E, obviamente, o domínio do fato tem importância fundamental na *dogmática da autoria e participação*, que foi objeto das anotações de Schünemann ao mais tradicional e reputado dos comentários ao código penal alemão.¹⁷ Com o estudo «A figura jurídica do “autor por trás do autor” e o princípio dos “níveis do domínio do fato”», a coletânea apresenta as ideias de Schünemann sobre a *autoria mediata*, que tanto interesse gerou no Brasil desde as críticas alusões feitas sem muito rigor técnico pelo STF ao domínio do fato no julgamento do chamado «mensalão». Schünemann propõe a substituição do tradicional princípio da responsabilidade ou da autorresponsabilidade, segundo o qual autor mediato é apenas quem atua por trás de uma pessoa que apresenta um déficit de responsabilidade,¹⁸ pela ideia de níveis de domínio do fato: o que interessa não é que o homem-da-frente seja irresponsável, e sim que o homem-de-trás tenha um domínio superior ao dele.

c) Parte especial do direito penal material: direito penal econômico

Os interesses de Schünemann na parte especial do direito penal dizem respeito especialmente ao direito penal econômico. A ideia fundamental talvez seja a de que um direito penal comprometido com a proteção de bens jurídicos não pode cuidar apenas de furtos e lesões corporais, isto é, dos delitos dos miseráveis, que compõem a massa daquilo que vem ocupando o direito penal por toda a sua história.¹⁹ No mundo de hoje, é a criminalidade de empresa, a criminalidade da classe alta que representa o maior perigo para os bens juridicamente protegidos.²⁰ Schünemann está, assim, em frontal oposição à postura da chamada Escola de Frankfurt, que, sob o lema de um «retorno ao direito penal clássico», propõe que o direito penal feche os olhos justamente para os crimes mais graves que hoje se praticam.

¹⁷ *Leipziger Kommentar...*, §§ 25-31.

¹⁸ Para uma crítica a esse princípio cf. também GRECO, «Domínio da organização e o chamado princípio da autorresponsabilidade», in: ZILIO/BOZZA (coords.), *Estudos críticos sobre o sistema penal. Homenagem a Cirino dos Santos*, Curitiba: LedZe, 2012, p. 925 e ss.

¹⁹ Para uma descrição GRECO, *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 27 e ss.

²⁰ SCHÜNEMANN, «Vom Unterschicht- zum Oberschichtstrafrecht. Ein Paradigmawechsel im moralischen Anspruch?», in: KÜHNE/MIYAZAWA (coords.), *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderung in Japan und Deutschland*, Berlin: Duncker & Humblot, 2000, p. 15 e ss.

Na década de noventa, o foco dessa discussão era especialmente o direito penal ambiental. Enquanto alguns autores de Frankfurt defendiam a transformação do direito penal ambiental em um chamado «direito de intervenção»²¹ ou mesmo a sua abolição,²² insistia Schünemann em que a exploração desenfreada do meio ambiente, que põe em perigo as condições de existência da vida humana na terra, é um crime contra a propriedade, isto é, um furto, praticado contra a humanidade como um todo, em especial contra as gerações futuras, e que por isso configura o protótipo de crime.²³ Na atualidade, a discussão se centra nos crimes econômicos em sentido estrito, e aqui tem especial importância no direito penal alemão o dispositivo do § 266 StGB, a *Untreue*, que eu propus traduzir como «infidelidade patrimonial». Penso que também poderia ter usado os termos «deslealdade patrimonial» ou «administração infiel ou desleal». Bem grosseiramente, esse dispositivo, próximo de nossa apropriação indébita (art. 168 CP),²⁴ ou de nossos delitos de gestão fraudulenta e temerária (art. 4.º *caput* e parágrafo único, Lei 7.492/1986),²⁵ criminaliza a conduta de alguém que, juridicamente autorizado para ou faticamente em condições de dispor sobre o patrimônio alheio, que, porém, ele tem o dever de tutelar, viola esse dever e com isso produz um dano patrimonial. Noutras palavras e mais coloquialmente: o dispositivo criminaliza a produção de um dano patrimonial por quem administra, de direito ou de fato, patrimônio alheio violando o dever que lhe foi confiado. É nesse dispositivo que vem sendo enquadrada boa parte dos escândalos do moderno direito penal econômico alemão: desde bonificações exorbitantes pagas a altos executivos,²⁶ até a utilização de um «caixa dois» (*schwarze Kasse*),²⁷ representariam uma tal administração desleal do patrimônio alheio. Um campo tradicional de aplicação, que mais nos interessa, são negócios especulativos de alto risco;²⁸ e aqui chegamos ao problema da chamada crise financeira, objeto do estudo «A chamada “crise financeira” – Falha sistêmica ou criminalidade globalmente organizada?», dirigido a demonstrar que a crise financeira não foi uma fatalidade, um acontecimento

²¹ Por exemplo, HASSEMER, Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, in: *ZRP* 1992, p. 378 e ss. (383).

²² MÜLLER-TUCKFELD, «Traktat für die Abschaffung des Strafrechts», in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (coord.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Peter Lang, Frankfurt a. M. usw., 1995, p. 461 e ss.

²³ SCHÜNEMANN, «Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft», in: *GA* 1994, p. 201 e ss. (p. 207); IDEM, «Zur Dogmatik und Kriminalpolitik des Umweltstrafrechts», in: *Triffterer-FS*, 1996, p. 437 e ss. (p. 437 e s.).

²⁴ Com a importante diferença de que ele não exige que se trate de «coisa», isto é, de objeto corpóreo, e muito menos que o objeto do delito seja «móvel».

²⁵ Com as importantes diferenças de que o crime não se refere apenas a instituição financeira, mas a qualquer pessoa física ou jurídica, e de que ele só se consuma com a produção de um dano patrimonial.

²⁶ BGHSt 50, 331 – chamado caso Mannesmann.

²⁷ BGHSt 52, 323 – chamado caso Siemens.

²⁸ Cf. a SCHÜNEMANN, *Leipziger Kommentar...*, § 266 nm. 115 e ss., com exaustivas referências.

natural, como quer fazer crer um setor da doutrina, e sim algo que resultou de um cometimento orquestrado de condutas criminosas individuais.

3. Processo penal

A nossa doutrina processual, que tradicionalmente busca na Itália e, crescentemente, na Espanha suas fontes de inspiração, pouco leva em conta o pensamento processual alemão. Creio, pessoalmente, que o pensamento jurídico alemão esconde vários tesouros nem sequer imaginados, e que seria um enorme mistério que a grandeza dessa cultura jurídica só se manifestasse no direito penal material – e não no processual. É verdade que a nossa tradicional distância torna ainda mais difícil compreender essas ideias; o jurista brasileiro que se interessar pela doutrina processual alemã não só se verá diante da dificuldade de aprender o idioma, como também na situação de alguém que, imaginemos, tivesse aprendido direito penal sem usar os conceitos de tipo, antijuridicidade e culpabilidade. A esse problema, que gera uma série de dificuldades de tradução de termos técnicos, retornarei logo abaixo (IV.2).

O pensamento processual de Schönemann, que é exposto especialmente nos artigos sobre «Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial?» e «Um olhar crítico sobre o modelo processual penal norte-americano», pode ser sintetizado como uma tentativa de recuperar, mas também de atualizar os ideais do liberalismo processual do séc. XIX, que inspirou a confecção da *Reichsstrafprozessordnung* (RStPO), do Código Processual Penal do Império, de 1877. A RStPO consolidou a superação do modelo inquisitorial, no qual estava imerso há séculos o processo alemão, em favor do modelo do chamado *processo penal reformado* (*reformiertes Strafverfahren*). O processo inquisitorial era problemático especialmente por duas razões: ele reduzia o acusado a um mero objeto do processo, uma fonte de informação, não reconhecendo nele o status de sujeito processual, dotado de direitos, tais quais o de silenciar ou de defender-se ativamente; e esse processo, identificando acusador e julgador na figura do inquisidor, dificultava a descoberta da verdade material. A RStPO propôs, assim, como alternativa superadora dessas duas insuficiências, isto é, como alternativa tanto respeitadora da posição do acusado como um sujeito de direitos, quanto idônea para descobrir a verdade dos fatos, um modelo cuja pedra angular seria dada pela audiência de instrução e julgamento, audiência oral, imediata, concentrada e pública. Apenas provas e fatos discutidos na audiência, aos olhos de todos, podem servir de fundamento para a sentença (§ 260 RStPO; § 261 StPO vigente).

No modelo alemão, o órgão jurisdicional não assiste passivamente a um embate entre acusação e defesa, mas é o encarregado de coletar a prova na audiência (§ 244 II StPO: «O juízo tem, para descobrir a verdade, de estender a colheita das provas de ofício a todos os fatos e meios de prova que são

relevantes para a decisão»). A posição do órgão jurisdicional, assim, é especialmente forte; mas a ideia da StPO, a que Schünemann sempre aponta e que ele se propõe a resgatar, é a de encontrar um limite a esses poderes não só por meio de sua redução, e sim por meio do fortalecimento da posição de outros sujeitos processuais – em especial da entrega da investigação preliminar ao Ministério Público (§ 160 I StPO), que decide, quase sempre sob o princípio da obrigatoriedade (§ 152 II StPO), se há ou não suspeita suficiente (a nossa «justa causa», a respeito, abaixo IV. 2. c] cc] [1]) para oferecer a denúncia (§ 170 StPO); e da previsão de um direito um tanto forte de fazer requisições de prova na audiência, que só podem ser recusadas pelo juízo na presença de um catálogo fechado de causas de recusa (§ 244 III StPO). A StPO, com a sua audiência de instrução e julgamento, compreenderia assim, um modelo de pesos e contrapesos, um modelo de um processo equilibrado, capaz tanto de assegurar o respeito à posição do acusado como sujeito processual quanto a busca da verdade material.

Esse equilíbrio foi, contudo, paulatinamente dismantelado por razões eficientistas, relativas à chamada capacidade de funcionamento da justiça penal («Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege»). Uma primeira grande ruptura, aos olhos de Schünemann, ocorreu já na República de Weimar: a supressão do impedimento de que o juiz que decidiu pelo recebimento da denúncia, isto é, que, após a *leitura dos autos da investigação preliminar*, emitiu a chamada «decisão de abertura» (*Eröffnungsbeschluss*) do processo principal, participasse na audiência. Na decisão de recebimento da denúncia, o juiz tem de concordar com a avaliação do Ministério Público, no sentido da existência de «suspeita suficiente» da punibilidade do acusado (§ 203 StPO). Entende-se, majoritariamente, a suspeita suficiente como a probabilidade de uma condenação.²⁹ Isso significa que, desde a década de 20 do passado século, o mesmo juiz que, após a leitura dos autos, formula a prognose de que a audiência provavelmente acabará em uma condenação, será encarregado de coletar a prova e decidir imparcialmente sobre o resultado dessa atividade. Schünemann tenta demonstrar, por meio de investigações empíricas, num dos estudos talvez mais interessantes do presente volume («O Juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança»), que esse juiz ativo e forte, na verdade, talvez não passe de um terceiro manipulado, inconscientemente preso à imagem que o Ministério Público ou a Polícia desenharam ao compor os autos que ele teve de ler. Schünemann defende, assim, um resgate da função original da audiência de instrução e julgamento, não mediante a institucionalização do juiz passivo, e sim de um juiz sem conhecimento dos autos da investigação, oferecendo aqui uma bela demonstração de seu método interdisciplinar e de o

²⁹ Por todos ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht...*, § 42 nm. 8

quanto o jurista pode aprender se se dispuser a colaborar com seriedade, e não de modo diletante, com outras ciências.

O segundo maior ataque ao equilíbrio do modelo original da RStPO é dado pela crescente institucionalização do *acordo* na justiça penal alemã. Schünemann enxerga no acordo uma quebra de todos os princípios com base nos quais se assentava o equilíbrio idealizado pela RStPO: a audiência deixa de existir; o juiz se convence com base na leitura do inquérito, isto é, com base numa prova construída unilateralmente e sem possibilidade de defesa, o que contraria a ideia de oralidade, publicidade, imediatez; não interessa mais a verdade material, o que realmente fez ou não fez o acusado (o que é o núcleo da objeção desenvolvida no artigo sobre o processo penal norte-americano); e, principalmente, nega-se a posição de sujeito processual do acusado, que é coagido a renunciar a seus direitos de defesa, sob a ameaça de uma sanção mais severa.

4. Europeização do direito penal, cooperação judiciária internacional

O surgimento de mercados comuns, como o Mercosul, e mesmo de espaços jurídicos comuns, como a União Europeia, com livre circulação de mercadorias e pessoas, gera a necessidade de uma aproximação do direito penal material e, principalmente, de cooperação entre os diversos países interessados em promover a persecução por um crime. O modelo dominante hoje na UE é orientado pelo princípio do reconhecimento mútuo, segundo o qual, simplificadamente, todos os países europeus seriam estados de direito suficientemente bons, de modo que o que for decidido em um desses países deve ser cumprido, sem reexame, pelos demais países.³⁰ Isso significaria, em teoria, que uma medida coativa qualquer ordenada na Bulgária teria de ser cumprida na Alemanha, ainda que, segundo o direito alemão, não se pudesse agir com base nesses pressupostos – por exemplo, porque a medida podia ser imposta sem reserva judicial ou porque o fato nem sequer é criminoso segundo o direito alemão. No artigo sobre «As bases do processo penal transnacional» Schünemann expõe a linhas mestras de seu Projeto Alternativo sobre a Persecução Penal Europeia,³¹ cuja ideia central é a rejeição do princípio do reconhecimento mútuo. A transposição desse princípio, cuja origem é o campo da livre circulação de mercadorias, para o direito penal e processual penal, significa que, da mesma forma que as mercadorias são produzidas no país em que os custos de produção são mais reduzidos (por exemplo, mão de obra

³⁰ Cf. por todos SATZGER, *Internationales und europäisches Strafrecht*, 5. ed., Nomos, Baden Baden, 2011, § 10 nm. 24 e ss.

³¹ SCHÜNEMANN (coord.), *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege/A Programme for European Criminal Justice*, Köln/Berlin/München: Heymanns, 2006; cf. também o anterior *Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung*, Köln/Berlin/München: Heymanns, 2004.

mais barata) e vendidas onde elas podem alcançar o melhor preço, punições poderiam ser obtidas segundo o direito penal material mais punitivo e o direito processual penal mais repressivo. A proposta alternativa de Schünemann é baseada, assim, em três ideias centrais: insistir na exigência da chamada *dupla criminalidade*, uma vez que seria uma violação da ideia de democracia que, por exemplo, um cidadão alemão que não participou da decisão búlgara de criminalizar determinado fato tenha de responder por ele; em segundo lugar, uma *concentração de processos*, segundo a qual crimes transnacionais têm de ser processados e julgados segundo o processo penal de um único país, de modo a coibir tanto o chamado *forum shopping*, quanto, o que é ainda pior, o uso combinado dos instrumentos coativos do processo de cada país; e, por fim, a institucionalização de uma defensoria pública que opere a nível transnacional, o chamado «*eurodefensor*». Essas propostas podem, muito em breve, ser de grande interesse também para nós, na medida em que o Mercosul for ganhando traços de um verdadeiro espaço jurídico comum.

5. Filosofia, metodologia e sociologia do direito

Schünemann dedicou reflexões importantes também ao campo mais fundamental da filosofia, metodologia e sociologia do direito. Já me referi a algumas de suas convicções metodológicas acima, III 1; ali descrevi a ideia do uso de conceitos tipológicos. Uma das características centrais do pensamento de Schünemann é, além disso, o recurso à *filosofia analítica da linguagem*, e, com base nas distinções e precisões que ela fornece, uma recuperação das tradicionais dicotomias como a entre questão de fato e questão de direito,³² interpretação e analogia,³³ e, principalmente, conhecimento e poder,³⁴ dicotomias essas das quais parte a tradição do liberalismo jurídico e que várias modas periódicas, desde a hermenêutica dos anos 1960 e 70 até o pós-modernismo dos dias de hoje, tentam turvar. O texto sobre «Espirais ou o ovo estrelado? Modelos de aplicação do direito: Do modelo hermenêutico ao modelo da filosofia analítica da linguagem» é uma tentativa de mostrar a superioridade do modelo analítico ao modelo hermenêutico, na versão que o defendera Hassemer.

Por fim, o texto que fecha a presente coletânea, «Do templo ao mercado?», é mais uma amostra da abordagem interdisciplinar de Schünemann: uma tentativa um tanto heterodoxa não mais de criticar os acordos processuais, e sim de «compreendê-los» (no sentido que essa palavra tem na filosofia das ciências

³² Principalmente SCHÜNEMANN, «Zum Verhältnis von Norm und Sachverhalt bei der Rechtsanwendung, von Ober- und Untersatz im Justizsyllogismus und von Rechts- und Tatfrage im Prozeßrecht», in: HAFT *et alii* (coords.), *Festschrift für Arthur Kaufmann*, Heidelberg: C. F. Müller, 1993, p. 299 e ss.

³³ SCHÜNEMANN, *Gesetzesinterpretation...*, 180 e ss.

³⁴ IDEM, *ibidem*, p. 174 e ss.

sociais, isto é, de compreensão interpretativa, *Verstehen*, como contraposição à mera «explicação» causal, *Erklären*), especialmente de revelar que visão de direito penal e de direito em geral eles encerram e, com isso, de pôr à mostra o que eles têm de verdadeiramente criticável: eles transformam a norma penal, antes lei inviolável, protetora de bens jurídicos e limitadora do arbítrio estatal, em um maleável instrumento nas mãos de uma justiça penal cuja maior preocupação passa a ser dar conta do próprio contingente de processos.

5. Lacunas

Diante da amplitude da obra de Schünemann, foi inevitável que ficassem fora da coletânea algumas ideias relevantes pelas quais ele se fez enormemente conhecido. Ainda assim, não quero deixar de mencioná-las, nem de fazer referência ao menos a alguns trabalhos a que o leitor mais interessado poderá recorrer e que aqui traduziremos em eventuais futuras edições da presente coletânea.

Essas ideias são, principalmente, uma teoria da pena que, na tradição de Feuerbach, à qual também eu proponho que se retorne,³⁵ coloca em primeiro plano a função de *intimidação geral por meio da cominação* (e não da execução) de uma pena;³⁶ a compreensão do tipo não como indício de antijuridicidade, e sim como tipo total de injusto, nos moldes *da teoria dos elementos negativos do tipo*;³⁷ a defesa e concretização da *teoria da imputação objetiva*, como uma teoria que conecta o tipo penal ao fim político-criminal da proteção de bens jurídicos;³⁸ a recondução do *princípio da culpabilidade* ao livre arbítrio, o qual por sua vez é entendido como um dado presente na reconstrução linguística da realidade social do mundo ocidental moderno;³⁹ a pioneira manifestação em favor de uma teoria da aplicação da pena fundada na *proporcionalidade pelo fato*;⁴⁰ a formulação de uma teoria do *sancionamento extra-penal da pessoa*

³⁵ GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, Berlin: Duncker & Humblot, 2009, p. 354 e ss., 509 e ss.

³⁶ SCHÜNEMANN, «Zum Stellenwert der positiven Generalprävention in einer dualistischen Straftheorie», in: SCHÜNEMANN/VON HIRSCH/JAREBORG (coords.), *Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog*. Uppsala Symposium 1996, Heidelberg: C.F. Müller, 1998, p. 109 e ss.

³⁷ SCHÜNEMANN, «Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars», 1. Teil, in: *GA* 1985, p. 341 e ss. (347 e ss.); SCHÜNEMANN/GRECO, «Der Erlaubnistatbestandsirrtum und das Strafrechtssystem – Oder: Das Peter-Prinzip in der Strafrechtsdogmatik?», in: *GA* 2006, p. 777 e ss.

³⁸ SCHÜNEMANN, «Über die objektive Zurechnung», in: *GA* 1999, p. 207 e ss.

³⁹ SCHÜNEMANN, «Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht», in: SCHÜNEMANN (coord.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin/New York: DeGruyter, 1984, p. 153 e ss. (p. 163 e ss.); «Zum gegenwärtigen Stand der Lehre von der Strafrechtsschuld», in: *Festschrift für Ernst-Joachim Lampe*, 2003, S. 537 e ss.

⁴⁰ SCHÜNEMANN, «Plädoyer für eine neue Theorie der Strafzumessung», in: ESER/CORNILS (coords.), *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik – Beiträge zu einem deutsch-skandinavischen*

jurídica, por meio de uma medida de segurança consistente na submissão a um administrador externo similar ao síndico do direito falimentar.⁴¹

IV. DETALHES TÉCNICOS

1. Com isso, concluo minhas considerações sobre a obra de Schünemann e passo a questões mais técnicas a respeito da presente coletânea. A coletânea reúne uma série de traduções antigas e mais um punhado de novas. Esforçamo-nos, na medida do possível, em manter uniformes a terminologia e a metodologia de citações. A uniformização da terminologia sugeriu a introdução de pequenas modificações nos artigos já publicados. Quanto às citações, está claro que a tirania das regras da ABNT teve de ser deixada de lado, uma vez que estas regras primam por exigir informações irrelevantes que, por não estarem contidas no original, exigiriam dias de trabalho, que simplesmente preferimos investir para proporcionar ao público brasileiro um artigo a mais. A metodologia de citações, assim, é fundamentalmente a dos originais. Às vezes, mas não sempre, acrescentaram-se referências a traduções para o espanhol ou português de trabalhos citados.

Tentamos, na medida do possível, fornecer ao leitor brasileiro em notas de tradutor as informações que Schünemann pressupõe em seu público e que provavelmente faltarão no leitor médio a que o presente livro se dirige. Essas notas estão caracterizadas com a notação (N.T.). Por vezes, as notas foram introduzidas por mim em um texto que, contudo, não fui eu quem traduziu; nesse caso, usei a notação (N.T.2), nota de outro tradutor. Referências feitas por mim ou pelos tradutores ao presente estudo introdutório não o citam pelo seu título, que é um tanto extenso, e sim pela descrição abreviada «Introdução».

Referências a leis são outro problema. A maior parte das leis alemãs chama seus dispositivos de §, que se lê «*Paragraph*», parágrafo; algumas poucas, contudo, usam a denominação «*Artikel*», artigo. Em geral, os subdispositivos numerados em romanos, que nós chamamos de incisos, são chamados em alemão de «*Absatz*», o que – e aí reside o problema – se traduziria também por parágrafo. Para evitar qualquer confusão, optamos por citar leis apenas

Strafrechtskolloquium, MPI, Freiburg i.Br., 1987, p. 20 e ss.; a teoria foi desenvolvida em todas as suas ramificações pela discípula HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1999; levando-a adiante também o discípulo argentino PERALTA, *Dogmática del hecho punible, principio de igualdad y justificación de segmentos de pena*, in: *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho* 31 (2008), p. 599 e ss. (= RBCC 82 [2010], p. 88 e ss.).

⁴¹ SCHÜNEMANN, «Die Strafbarkeit der juristischen Person aus deutscher und europäischer Sicht», in: SCHÜNEMANN/SUÁREZ GONZÁLEZ (coords.), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*. Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, Köln/Berlin/Bonn/München: Heymanns, 1994, p. 265 e ss.; mais recentemente Leipziger Kommentar..., vor § 25 nm. 17 e ss., 29 e s., com amplas referências.

por símbolos, por exemplo: § 244 III 1 StPO, e não § 244 Abs. 3 S. 1 StPO, nem muito menos art. 244 inciso III alínea 1 StPO ou coisa do gênero.

2. Os verdadeiros problemas que, nessa sede, pretendo ainda mencionar, dizem respeito a certas *dificuldades de tradução de certos termos técnicos*, especialmente quando estranhos ao direito penal material e à sua parte geral. No geral, valemo-nos de uma nota de tradutor, observando a dificuldade de tradução e justificando, mais ou menos extensamente, a opção tomada, ou consignamos o termo original entre parênteses. Falarei, aqui, apenas das dificuldades que dizem respeito a mais de um texto, ou de dificuldades centrais. Observo, desde já, que algumas das opções foram minhas, e não dos tradutores, que por vezes até delas discordaram, de modo que assumo plena responsabilidade por termos «infelizes» e ficaria grato por sugestões e críticas, que não passarão desconsideradas na eventualidade de novas edições da presente coletânea. Gostaria, assim, de prestar já nesse momento contas ao leitor das seguintes opções terminológicas:

a) No *direito penal material, parte especial*, a dificuldade por vezes se colocou. Sobre a tradução do termo *Untreue* já me manifestei acima (cf. III. 2. c]). A maior parte dos outros termos foi explicada na ocasião em que isso se fez oportuno.

b) No campo das *disciplinas fundamentais*, um problema fundamental está na tradução dos termos *Tatbestand*, da teoria e metodologia do direito, (*Straf-)**Tatbestand*, no sentido do direito penal, e *Typus*, de novo no sentido da teoria e metodologia do direito. De um lado, a tradução mais natural de todos os três é *tipo*. O *Typus*, contudo, não é o mesmo que o tipo penal, e sim a figura que acima descrevi e que optamos por traduzir como conceito tipológico. E o *Tatbestand* da teoria do direito foi traduzido como suporte fático. Outra dificuldade recorrente diz respeito a termos básicos da metodologia do direito, como *Rechtsgewinnung* ou *Rechtsfindung* e, especialmente, *Rechtsfortbildung*. Os dois primeiros não são termos técnicos, no pleno sentido da palavra, e sim metáforas que se referem ao processo de interpretação jurídica, e que têm o mérito de, simultaneamente, aludir a seu caráter produtivo, mas também vinculado a algo externo, isto é, a algo que não está à disposição do sujeito que pratica essa atividade. *Gewinnung* é, literalmente, algo como que a «extração», tal como se extrai ouro e prata de uma mina, e *Findung* é encontro, ou, melhor ainda, descoberta. Termo técnico, isso sim, é a *Rechtsfortbildung*, que inclusive aparece em dispositivo legal central que regula a competência dos tribunais superiores (§ 132 IV GVG). *Fortbilden* significa desenvolver, construir; o prefixo *fort* esclarece que o que se constrói já existe, está sendo expandido, levado adiante. *Rechtsfortbildung* designa a atividade judicial que ultrapassa os limites da tradicional interpretação, ainda que extensiva ou restritiva, e acrescenta algo ao dispositivo legal que, por assim dizer, dele não pode mais ser «extraído» e nem nele pode ser «descoberto». Uma

importante *Rechtsfortbildung* que Schünemann repetidas vezes discutirá foi a introdução dos acordos no processo penal alemão, que se deu não por uma decisão do legislador, e sim pela atuação dos tribunais. Não nos valem de um termo fixo para designar a *Rechtsfortbildung*, e sim de paráfrases, tais como construção inovadora ou *praeter legem* do direito.

c) As maiores dificuldades de tradução se colocaram, entretanto, no campo do *processo penal*, que, como já disse (acima III.3), é tradicionalmente distante do pensamento processual alemão. Nossas máximas gerais foram, aqui, duas: na medida do possível, fazer uso de um termo que possa ser usado para designar a instituição nos dois sistemas; onde isso não foi possível, usar termos menos artificiais e menos aptos a gerar confusão. Seguindo essa segunda máxima, a opção foi muitas vezes por usar o termo corrente no Brasil, ainda que ele não designe um fenômeno estritamente equivalente.

aa) Um exemplo do uso da primeira máxima foi a tradução de *Ermittlungsverfahren* ou *Vorverfahren*, o termo que designa a fase preliminar, secreta e escrita, do processo penal. No Brasil, fala-se aqui geralmente em inquérito policial; fazer uso do mesmo termo seria, contudo, errôneo, porque esse procedimento, na Alemanha, não está nas mãos da polícia, e sim do Ministério Público (§ 160 I StPO). A doutrina alemã tampouco distingue entre processo e procedimento, como a doutrina brasileira está acostumada a fazer. Optamos, assim, pelo termo *investigação preliminar*, e por vezes também falamos em *procedimento preliminar*.

bb) Exemplo do uso da segunda máxima foi traduzir o recurso de *Revision* (§§ 333 e ss. StPO) não por revisão, uma vez que a *Revision* não se dirige contra sentença transitada em julgado, tratando-se, isso sim, de um recurso por erro de direito (material ou processual), isto, de nosso recurso especial. Da mesma forma, traduzimos *Eröffnungsbeschluss* (literalmente: decisão de abertura), que é a decisão que o juiz toma após ler a acusação ou denúncia (§ 203 StPO), no sentido de dar seguimento ao processo, por *recebimento da denúncia*.

cc) Por vezes, foram necessárias *explicações adicionais*. Quero, já nessa introdução, adiantar três.

(1) Um conceito fundamental com base no qual a StPO estrutura as diversas fases do processo alemão é o de *Verdacht*, suspeita. A investigação preliminar tem de ser instaurada quando chegar ao conhecimento do Ministério Público a suspeita de que pode ter sido cometido um delito (§ 160 I StPO); esta suspeita se chama de *Anfangsverdacht*, suspeita inicial. Esse conceito equivale àquilo que nós chamamos de *notitia criminis*,⁴² termo, então, que preferimos. Ao final da investigação, o promotor avalia se o *Anfangsverdacht*

⁴² Por todos, NUCCI, *Código de processo penal*, 10. ed. São Paulo: RT, 2011, art. 5º, n. 15.

se transformou em um chamado *hinreichender Verdacht*, uma suspeita suficiente. Como já se disse acima (III.3), entende-se por suspeita suficiente a existência de uma alta probabilidade de condenação, isto é, de uma probabilidade em geral entendida como maior do que a de não condenar. O promotor só pode oferecer a denúncia se, a seu ver, estiver presente essa probabilidade (§ 170 I StPO), e o juiz só pode receber a denúncia depois de afirmar a presença desse pressuposto (§ 203 StPO). A suspeita suficiente equivale, assim, aproximadamente àquilo que chamamos de *justa causa*.⁴³

(2) Outra dificuldade é o uso generalizado do termo *Gericht*, literalmente, juízo, tribunal, e não do termo *Richter*, juiz. Isso se deve, provavelmente, ao fato de que boa parte do poder judiciário alemão é estruturado em colegiados. Nossa opção foi, no geral, usar o termo juízo ou órgão jurisdicional, ainda que conscientes de que, se o texto tivesse sido originalmente escrito em português, talvez o mais natural houvesse sido usar o termo juiz.

(3) Por fim, o termo *Urteilsabsprache* ou *Absprache* foi traduzido como *acordo*. O termo acordo, contudo, não é ideal, porque ele tem uma conotação quase que positiva, enquanto no termo *Absprache* ecoa também algo baixo, isto é, algo como um acerto, um arranjo, que se perde, contudo, no termo que escolhemos.⁴⁴ Os defensores da instituição preferem, assim, a denominação *Verständigung*, e é esse o termo de que fez uso a recente lei que chancelou o instituto, a chamada *Verständigungsgesetz* de 2009. Para que não se perca de todo do público brasileiro essa interessante batalha linguística, optamos em geral por traduzir *Verständigung* por *entendimento*, que, seguramente, tem uma conotação ainda mais positiva do que o termo *acordo*, e consigno agora que aquilo que chamamos de acordo, no original, foi assim chamado justamente para que desaparecesse qualquer conotação positiva.

V. À GUIA DE CONCLUSÃO

Com o que acima disse, poderia (e talvez alguém diga: deveria) dar por cumpridos meus deveres de organizador do presente volume e por encerrada a presente introdução. Ainda assim, gostaria de aproveitar a oportunidade para contar ao público brasileiro algo mais da pessoa cujos escritos ele está a ponto de conhecer.

Sobre a pessoa do professor Schünemann eu poderia estender-me muito além do já não reduzido número de páginas de que precisei para falar da obra. Poderia mencionar aspectos peculiares, como sua atividade junto ao grupo

⁴³ Que aparece no art. 395 III CPP; cf. sobre o conceito PACELLI, *Curso de processo penal*, 15. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 116 e ss.

⁴⁴ Esses termos apresentam, contudo, outras desvantagens, e o mesmo se pode dizer do termo transação, cuja origem é o processo civil (e que em alemão se designaria por Vergleich).

«Aktion Lebensräume», uma associação que se ocupa da proteção dos rinocerontes na Namíbia, ou o fato de, na década de 90, ter Schünemann fundado e mesmo se tornado o diretor nacional de um partido político de orientação liberal, batizado de *Statt Partei*. Poderia também apontar a que nosso autor escreveu não apenas trabalhos jurídicos, mas duas peças de teatro: *Richard Wagners letzte Liebe* («O último amor de Richard Wagner»), que chegou a ser encenada em Köln, Pegnitz e Stegen no fim da década de 90,⁴⁵ e *Das kurze glückliche Leben Ludwigs des II.* («A curta e feliz vida de Ludovico II»). Prefiro, contudo, mencionar aquilo que pude presenciar com meus próprios olhos nos últimos quase dez anos de convívio. Schünemann, admirador de Friedrich Nietzsche, Richard Wagner e, principalmente, William Shakespeare, é, ao mesmo tempo, torcedor fanático do time de futebol Eintracht Braunschweig – um time da segunda divisão da Bundesliga alemã, que, segundo escuto,⁴⁶ está com boas chances de subir –, apreciador de charutos cubanos, e, como pôde comprovar o catedrático brasileiro com quem Schünemann realizou o programa de intercâmbio que acima (II.) mencionei, frequentador assíduo da famosa Oktoberfest de Munique.

Creio, porém, que a melhor maneira de passar ao leitor brasileiro uma imagem da pessoa e do professor Bernd Schünemann é narrar uma curta história, que muito me marcou. Estávamos em 2005 ou 2006, eu já trabalhava com Schünemann desde o final de 2003. Durante um almoço de despedida de uma pesquisadora polonesa, Schünemann e eu nos pusemos a discutir sobre o problema de legitimidade de abater aviões capturados por terroristas e de torturar o terrorista que plantou uma bomba atômica e que é o único que pode desativá-la. Tanto a secretária, Ingrid Hillebrand, quanto a pesquisadora polonesa irritaram-se, porque só falávamos de direito, com o que prontamente retornamos a amenidades. Nesse almoço, porém, surgiu a ideia de, no semestre seguinte, promover um *Streitgespräch*, algo como uma «disputa», no tradicional «Seminário das Quintas-Feiras» (promovido no instituto desde a época de Arthur Kaufmann, o antecessor de Schünemann). Greco falaria 20 minutos, Schünemann replicaria em 20 minutos, Greco faria a sua tréplica em 5 minutos, em seguida ter-se-ia uma hora de discussão com o público.⁴⁷

⁴⁵ E atraiu a atenção do estudioso JOHN W. BARKER, *Wagner and Venice fictionalized*, Rochester, N.Y., 2012, p. 216 e ss., que lhe dedica um apartado de seu livro.

⁴⁶ Quem me conhece sabe que não me interessa por futebol...

⁴⁷ Daí resultaram dois artigos, que foram publicados na Alemanha e depois no Brasil: GRECO, «Die Regeln hinter der Ausnahme. Gedanken zur Folter in sog. ticking time bomb-Konstellationen», in: *GA* 2007, p. 628 e ss.; SCHÜNEMANN, «Kommentar zur Abhandlung von Luís Greco», in: *GA* 2007, p. 644 e ss.; GRECO, As regras por trás da exceção: reflexões sobre a tortura nos chamados «casos de bomba-relógio», in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 78 (2009), p. 7 e ss.; SCHÜNEMANN, «Comentário ao estudo de Luís Greco», in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 78 (2009), p. 35 e ss. Como trabalho de Schünemann é um comentário ao meu artigo, este é o único dos estudos já traduzidos que optamos por deixar de fora da presente coletânea.

Guardo esse Streitgespräch como um das mais estimulantes acontecimentos do Seminário das Quintas-Feiras. Mas o que mais me impressionou, pessoalmente, foi que um catedrático sexagenário de reputação mundial tivesse a disposição e a humildade de discutir, de igual para igual, sem medir palavras, à frente de um público de aproximadamente trinta pessoas (o que, para um seminário alemão de frequência facultativa, é muito), com alguém que era, de uma perspectiva jurídica, seu subordinado, de uma perspectiva acadêmica, um não-doutor, e, de uma perspectiva sociológica, brasileiro.⁴⁸

Com isso concluo esta introdução, não sem agradecer aos tradutores Danielle Campos, Heloísa Estellita, Ana Claudia Grossi, Alaor Leite, Adriano Teixeira; a Augusto Assis, que ajudou com a revisão de alguns textos; à editora Marcial Pons, na pessoa de Marcelo Porciúncula e de meus colegas, Ramon Ragués e Iñigo Ortiz, pelo apoio e confiança. Se minha introdução também falou de Bernd Schünemann, como pessoa, ela o fez porque aqui, mais do que em qualquer outro lugar, procede o clichê de que pessoa e obra são inseparáveis. Schünemann escreve com o coração, e caberá ao leitor julgar em que medida nós, tradutores, tivemos sucesso nessa difícil tarefa de passar para o português o inflamado e combativo estilo desse autor que, para o mundo jurídico, é um grande penalista, e, para nós, é também nosso orientador, professor e amigo.

⁴⁸ Apenas como comparação: mais ou menos à mesma época, participando de um seminário de outro professor, noutra universidade alemã, manifestei minha recusa à teoria ressocializadora da pena, reportando-me à objeção clássica de que essa teoria seria incompatível com o reconhecimento da dignidade e autonomia do indivíduo. O professor iniciou a sua réplica observando, com condescendência, que ele entendia que um brasileiro não acreditasse na ressocialização.

SUMÁRIO

Bernd Schünemann, penalista e professor. A propósito desta coletânea...	5
Abreviaturas	27
Referências.....	31

PARTE I

FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL

O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos.....	39
O direito penal é a <i>ultima ratio</i> da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal.....	69
A crítica ao paternalismo jurídico-penal: um trabalho de Sísifo?.....	91
A posição da vítima no sistema da justiça penal: um modelo em três colunas	112

PARTE II

DIREITO PENAL, PARTE GERAL

Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo	127
A figura jurídica do «autor por trás do autor» e o princípio dos «níveis do domínio do fato»	142
Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria – Possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos.....	159

PARTE III

DIREITO PENAL, PARTE ESPECIAL

A chamada «crise financeira» – Falha sistêmica ou criminalidade globalmente organizada?	185
---	-----

PARTE IV

DIREITO PROCESSUAL PENAL

O Juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança.....	205
Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3º milênio	222
Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano.....	240

PARTE V

DIREITO PENAL TRANSNACIONAL

As bases do processo penal transnacional	265
--	-----

PARTE VI

FILOSOFIA DO DIREITO

Espiral ou ovo estrelado? Modelos de aplicação do direito: do modelo hermenêutico ao modelo da filosofia analítica da linguagem	285
Do templo ao mercado? Como a justiça penal aparentemente transforma a teoria econômica do direito em prática, governo em governança e soberania em cooperação	298

ADENDO

Entrevista concedida a João Paulo Martinelli	327
--	-----

PARTE I

FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL

O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS COMO PONTO DE FUGA DOS LIMITES CONSTITUCIONAIS E DA INTERPRETAÇÃO DOS TIPOS¹

I. A FUNÇÃO NO PLANO DA INTERPRETAÇÃO

1. Os que têm anunciada a iminência da morte são os que mais tempo vivem («*Totgesagte leben länger*»), diz um antigo provérbio. Se este dito contiver ainda que um pequeno grão de verdade, deveremos profetizar um grande futuro à ideia da proteção de bens jurídicos como fundamento e limite do direito penal, tendo em vista o quanto e o quão decididamente ela tem sido (outra vez) declarada no leito de morte nos últimos anos.² E esta prognose

¹ Trad. Luís Greco.

² Cf. dentre a já quase inabarcável literatura publicada apenas na última década AMELUNG, em Jung/Müller-Dietz/Neumann (coords.), *Recht und Moral*, 1991, p. 276 e ss.; APPEL, *Verfassung und Strafe*, 1998, p. 206, 336 e ss.; IDEM, *KritV* 1999, p. 278 e ss.; FRISCH, in: *Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels*, 1993, p. 69 e ss. (71 e ss.); HIRSCH, in: *Festschrift für Dionosyus Spinellis*, 2001, p. 425 e ss.; VON HIRSCH, *GA* 2002, p. 2 e ss.; KORIATH, *GA* 1999, p. 576 e ss.; KRÜGER, *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff*, 2000, p. 62 e ss.; LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, p. 21 e ss.; PAPAGEORGIOU, *Schaden und Strafe*, 1994, p. 92 e ss.; STERNBERG-LIEBEN, *Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht*, 1997, p. 362 e ss.; STRATENWERTH, in: *Festschrift für Theodor Lenckner*, 1998, p. 377 e ss. (388 e ss.) (N. T.: Este artigo se encontra traduzido para o português, in: Greco/ Tórtima [coords.], *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, p. 101 e ss.); VOGEL, *StV* 1996, p. 110 e ss.; WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, 2000, p. 218 e ss., 279 e s.; IDEM, *GA* 2002, p. 15 e ss. (N.T.: Este artigo se encontra traduzido para o português, in: *RBCC* 97 [2011], p. 19 e ss.); síntese em STRATENWERTH, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2000, § 2 nm. 7 e ss. Não se poderá discutir em detalhe as considerações por vezes bastante sutis destes mencionados autores, nem adentrar nas não menos complexas manifestações em favor da manutenção ou

sequer é sobremaneira ousada, uma vez que a indispensabilidade da categoria do bem jurídico na interpretação dos tipos penais é, como adiante demonstrarei, não apenas reconhecida, como também destacada até mesmo pelos seus mais agudos críticos (que rechaçam tanto a possibilidade de determinar seu conteúdo quanto o seu significado constitucional limitador do legislador). Assim é que o esclarecimento de qual seja o bem jurídico típico é não só uma das mais importantes questões interpretativas nos comentários da parte especial, devendo ser resolvida antes de qualquer outra, como é de se observar que a ideia de bem jurídico deu provas de sua fecundidade e mesmo de sua indispensabilidade também nas mais significativas monografias modernas sobre a estrutura do delito: através de sua pioneira sistematização dos bens jurídicos coletivos no direito penal, trouxe Hefendehl esclarecimento dogmático a um gigantesco grupo de delitos que, a rigor, há cem anos era conduzido pela ciência aos trancos e barrancos,³ e Wohlers, em sua investigação sobre a legitimidade dos «modernos delitos de perigo» enquanto específicos «tipos de delito do direito penal da prevenção», desenvolveu uma tipologia tripartida dos delitos que ultrapassam as barreiras do clássico delito de lesão, composta, a saber, de delitos de ação concretamente perigosa, de delitos de cumulação e de delitos de preparação,⁴ os quais já analiticamente dependem da determinação prévia do bem jurídico protegido pelo delito em questão, de maneira que também para Wohlers «a determinação de qual o bem jurídico protegido pela norma é e continua sendo o ponto de partida para o exame da legitimidade dos tipos penais».⁵ É verdade que se poderia, à primeira vista, afirmar que aqui se está recorrendo apenas à categoria do conceito de bem jurídico «imaneente ao sistema» – para usar a conhecida terminologia de Hassemer⁶ – não, porém ao conceito de bem jurídico «crítico ao sistema», como porta de entrada para a via régia da ideia da proteção de bens jurídicos. Mas o que tento expressar com a minha formulação do bem jurídico como «ponto de fuga das figuras de imputação» é o fato de que, também lá, onde ele não é utilizado com a «ambi-

de desenvolvimento do princípio clássico da proteção de bens jurídico, cf. a respeito apenas HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, p. 5 e ss., 42 e ss. e passim; IDEM, GA 2002, p. 21 e ss.; MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, 1994, p. 9 e ss., 71 e ss. e passim; HASSEMER, in: Nomos-Kommentar zum StGB, 3ª remessa (31.12.1995), Vor § 1 nm. 255 e ss.; ROXIN, *Strafrecht AT I*, 3ª ed., 1997, § 2 nm. 2 e ss.; RUDOLPHI, in: *Systematischer Kommentar zum StGB*, 35ª remessa (Janeiro 2001), Vor § 1 nm. 3 e ss.; STÄCHELIN, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, 1998, p. 30 e ss.; SCHULZ, STÄCHELIN e KINDHÄUSER, in: LÜDERSSEN (coord.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, vol. I, 1998, p. 208 e ss., 239 e ss., 263 e ss.

³ *Kollektive Rechtsgüter...*, p. 111 e ss., 147 e ss. e passim.

⁴ *Deliktstypen...*, p. 311 e ss. É verdade que essas categorias não foram originalmente concebidas por WOHLERS. Nova é a sua sistematização tripartite dos delitos que antecipam a punibilidade para um momento anterior ao do clássico delito de lesão. Para outras sistematizações cf. ZIESCHANG, *Die Gefährdungsdelikte*, 1998, p. 347 e passim.

⁵ GA 2002, p. 15 e ss. (20).

⁶ *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973, p. 19 e ss. e passim.

ciosa» finalidade de limitar constitucionalmente a legislação penal, o bem jurídico não é apenas a síntese conceitual de resultados obtidos por meio de outras considerações (como insinua a conhecida formulação do bem jurídico como «abreviatura da ideia de fim»⁷), mas desempenha um papel importante e produtivo já nesta primeira fase de determinação da estrutura do delito e, em seguida, numa segunda fase, cujo objeto é determinar o campo das ações «afetadoras de bens jurídicos» compreendidas pelo tipo.

2. Uma vez que, para se fixar a matéria de proibição, é necessário, através do trabalho exegético, passar pelos estágios da determinação do bem jurídico protegido e da estrutura do delito dele dependente, o conteúdo substancial do bem jurídico, que logo adiante examinaremos em mais detalhe, acaba se impondo já no plano do trabalho diário da dogmática jurídica,⁸ sendo-lhe possível irradiar seus efeitos de modo bem mais despreocupado justamente neste plano, em que não é necessário confrontar a lei com o grosso calibre do reproche de inconstitucionalidade. Dito de outra forma, a determinação do bem jurídico não é formulada apenas ao final do processo de interpretação, como etiqueta final, mas ela dirige, com sua orientação liberal, isto é, contrária a limitações desnecessárias das liberdades civis, a concretização da matéria de proibição, de modo que, no que se refere ao processo de interpretação, pode-se dizer que a ideia de bem jurídico é a um só tempo imanente e crítica. Uma vez que ela abre as portas de uma dimensão bem mais vasta do que a do mero sentido literal da lei, tornando os princípios fundamentais do direito penal fecundos para a interpretação, acaba ela por constituir o «ponto de fuga» desta, introduzindo as ideias básicas liberais representantes de uma dimensão constitucional diretamente no trabalho interpretativo, sem que com isso tenha a calamitosa tarefa de fazer parecer legítima uma decisão inconstitucional do legislador. Uma tal «análise do bem jurídico e das estruturas do delito» disponibiliza, assim, os fundamentos para toda a interpretação, aos quais serão acrescentadas ulteriores diretrizes interpretativas, outra vez também constitucionalmente fundadas, como por exemplo, a máxima vitimodogmática, que a seu turno nada mais representa do que uma componente do princípio da *ultima ratio*.⁹⁻¹⁰

⁷ Cunhado por GRÜNHUT, in: Festgabe für Reinhard von Frank, vol. I, 1930, p. 8, com referência a HONIG, Die Einwilligung des Verletzten, 1919, p. 94.

⁸ (N.T.) Optei por traduzir o termo RECHTSFINDUNG – literalmente, descoberta do direito – por meio de uma paráfrase; cf. já minha Introdução, IV. 2. b).

⁹ Ocupei-me recentemente deste tema e das críticas e ele dirigidas, as quais apesar de difundidas baseiam-se predominantemente em mal-entendidos, in: Schünemann (coord.), Strafrechtssystem und Betrug, 2002, p. 51 e ss. (61 e ss.).

¹⁰ (N.T.) Sobre a máxima vitimodogmática cf. minha Introdução, III. 2. a) e, mais extensamente, o quarto estudo da primeira parte dessa coletânea, «A posição da vítima no sistema da justiça penal: um modelo em três colunas».