

PREFÁCIO

Nos seguintes estudos, realizo, de certo modo, uma compilação de minhas reflexões cultivadas no curso de um meio século a respeito do direito penal, bem como sobre a tarefa e o método da ciência jurídico-penal.

O ponto de partida é dado por uma constatação verdadeiramente simples, mas que durante um século ficou enterrada sob os escombros das diversas teorias retributivas, que também entorpeceram meu pensamento. Trata-se da constatação de que a pena, na grande maioria dos casos, não é de nenhuma maneira mera retribuição, mas sim representa um *Overkill*. Esse *Overkill* não pode se legitimar mediante uma teoria da restituição do direito (*Wiederherstellung des Rechts*), filosoficamente pretensiosa, mas que na verdade se revela primitiva. Essa legitimação só é alcançada conforme a ideia de estado de necessidade, justamente como *ultima ratio* para a proteção de bens jurídicos. Por outro lado, o manuseio da pena para outros fins, por exemplo, para a imposição de determinados modos de vida, é ilegítimo em qualquer estado de direito imaginável. O neopositivismo, que permite a criação de leis penais para praticamente qualquer finalidade e tem sua popularidade crescente entre jovens penalistas alemães, desce a um nível pré-iluminista, anterior a *Beccaria*.

Igualmente equivocada é a invocação, realizada por essa “propaganda do regresso”, do princípio da *democracia*. O real exercício do

poder nas democracias ocidentais sempre se desenvolveu mais no sentido do domínio do “estado profundo”, ou seja, na direção de uma oligarquia que se utiliza da forma externa da democracia e, assim, a deturpa; e que domina especialmente a manipulação da opinião pública de modo bem mais perfeito do que as ditaduras publicitárias do passado. Perante essa evolução, fracassam os conceitos de democracia direta e representativa.

E também à “democracia deliberativa” só resta uma chance quando, enquanto vanguarda da sociedade civil, existe uma ciência não corrompida: ou seja, no campo da criação e da aplicação do direito uma ciência jurídica (penal), crítica e observadora do exercício do poder e que assuma a tarefa antes pertencente à mídia corrompida e assim se torne uma forma de “quarto poder”, que não rege (domina), mas apenas controla (intelectualmente). Isso pressupõe, porém, a existência de uma ciência penal sistemática, pois ciência jurídica ou é sistemática ou não é ciência. A determinação do nível imprescindível de racionalidade de uma dogmática penal sistemática compõe, por isso, a segunda parte de minhas reflexões.

À luz das minhas experiências que perfazem meio século, não nutro grandes ilusões a respeito das muito limitadas perspectivas de sucesso do controle científico do exercício do poder. Entretanto, mesmo assim não devemos renunciar à presente tentativa de criticar e ao menos limitar o exercício do poder pelos meios da razão e da ciência. Afinal, nós não temos nada melhor à disposição do que essa tentativa. Não há verdadeiramente alternativas – ao contrário, por exemplo, da política essencialmente autoritária da chanceler Merkel, a qual amiúde recorre a essa expressão (“sem alternativas” – *alternativlos*).

Munique, Junho 2018

BERND SCHÜNEMANN

SUMÁRIO

Prefácio.....	9
Apresentação	13
Abreviaturas	17
Direito Penal no Estado Democrático de Direito: o imprescindível nível de racionalidade de sua dogmática e a progressiva propaganda de retrocesso	21
Ensaio sobre os conceitos de crime e pena e de bem jurídico e estrutura do delito.....	65
Dez teses sobre a relação da dogmática penal com a política criminal e com a prática do sistema penal.....	87