

BERND SCHÜNEMANN

ADRIANO TEIXEIRA

Coordenador

DIREITO PENAL, RACIONALIDADE E DOGMÁTICA

Sobre os limites invioláveis do direito penal
e o papel da ciência jurídica na construção de
um sistema penal racional

 Marcial
Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

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

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

APRESENTAÇÃO

I. Considerações iniciais

Esta pequena coletânea de artigos do *Prof. Dr. Dr. h. c. Bernd Schünemann*, Emérito da Universidade Ludwig-Maximilian, de Munique, retoma o projeto de traduções do *Prof. Dr. Luís Greco* (Catedrático da Universidade Humboldt, de Berlim), que, entre outras obras,¹ coordenou a primeira coletânea de textos do *Prof. Schünemann*: o livro *Estudos de direito penal, direito processual e filosofia do direito*, também publicado pela Editora Marcial Pons, em 2013. No entanto, o presente livro não constitui exatamente uma segunda edição ou uma nova versão da mencionada obra, porquanto possui um escopo mais específico e, de certa forma, mais modesto.

1. *Puppe*, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*, São Paulo: Manole, 2004, trad. Luís Greco; *Roxin*, Claus. *Estudos de Direito Penal*, org.: Luís Greco e Fernando Gama, Rio de Janeiro: Renovar, 2006 (2.ed. 2008), trad. Luís Greco; *idem*, *Novos estudos de direito penal*, org.: Alaor Leite, São Paulo: Marcial Pons, 2014; *Renzikowski*, Joachim. *Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato*, org. e trad. Alaor Leite, Adriano Teixeira e Augusto Assis, São Paulo: Marcial Pons, 2017; e *Wolter*, Jürgen. *O inviolável e o intocável no direito processual penal – Reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*, org. Luís Greco, trad. Luís Greco, Alaor Leite e Eduardo Viana. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

Nesta apresentação cabe-me a igualmente modesta tarefa de explicar esse escopo e o contexto em que se se insere esta coletânea. A apresentação da pessoa e da riquíssima obra de *Bernd Schünemann* ao público brasileiro já foi realizada de forma satisfatória por *Luís Greco* na apresentação dos *Estudos...*, a qual remeto o leitor.

II. Escopo e conteúdo desta coletânea

O texto principal desta coletânea (“Direito Penal no Estado Democrático de Direito: o imprescindível nível de racionalidade de sua dogmática e a progressiva propaganda de retrocesso”) foi publicado na prestigiada Revista *ZIS (Zeitschrift für die Internationale Strafrechtsdogmatik)*, na edição de seu jubileu de dez anos (10/2016). Além de homenagear a Revista em que figura como coeditor, o mote do texto de Schünemann é uma resposta a um artigo publicado pelo *Prof. Dr. Dr. h. c. Kai Ambos* (Catedrático da Universidade de Göttingen), na revista *Goldammer’s Archiv (GA)*, em 2016 (traduzido para o português e publicado no Brasil: Sobre o futuro da ciência jurídico-penal alemã: abertura e método discursivo no lugar de provincianismo presunçoso, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 121 (Julho 2016), 127-160). Nesse texto, *Ambos* se queixa de um suposto provincianismo e fechamento da ciência penal alemã perante a comunidade jurídica internacional. No texto ora traduzido, *Schünemann*, um dos mais célebres cultores de uma ciência penal universal, trata de desconstruir essa tese.

No entanto, o artigo vai muito além de uma mera resposta ou réplica científica a um colega. Em um texto notavelmente longo para os padrões da própria *ZIS*, *Schünemann* acaba por revisitar todos os pontos sensíveis que tocam as bases do direito penal, sobretudo no que toca a seus princípios invioláveis, e o papel da ciência jurídico-criminal. O resultado pode ser visto como uma síntese das reflexões de *Schünemann*, desenvolvidas e publicadas ao longo de décadas, sobre os fundamentos político-filosóficos do direito penal.

Os dois textos que seguem ao primeiro foram escolhidos para compor esta coletânea porque complementam e concretizam o texto inaugural.

O segundo texto (“Ensaio sobre os conceitos de crime e pena e de bem jurídico e estrutura do delito”), publicado em um livro

em homenagem ao *Prof. Dr. Dr. h. c. Ulfrid Neumann* (Emérito da Universidade Goethe, Frankfurt), dedica-se à elucidação de três conceitos fundamentais: pena, bem jurídico e estrutura do delito. O leitor atento irá perceber que não se trata de uma discussão conceitual estéril, mas sim de questões com o potencial de impactar a realidade do direito penal. O conceito de pena é fundamental, por exemplo, para o enfrentamento do candente tema da responsabilidade penal da pessoa jurídica, ao passo que a discussão acerca dos conceitos de bem jurídico e estrutura do delito é chave para a análise da legitimidade e para a interpretação de proibições já existentes e também para as que podem vir a existir no futuro.

Por fim, o terceiro artigo (“Dez teses sobre a relação da dogmática penal com a política criminal e com a prática do sistema penal”) move-se, pode-se dizer, em um plano metajurídico ou metapenal. No texto publicado em uma obra que homenageia o precocemente falecido *Prof. Dr. Joachim Vogel, Schünemann* elabora dez teses sobre o papel da dogmática penal e sua relação com a prática do direito penal, retomando um dos temas já abordado no texto da *ZIS*.

Em suma, pode-se dizer que os três textos que compõem esta coletânea, de maneira complementar, caminham por dois eixos que se comunicam: Um primeiro eixo, que trata dos direitos, princípios e garantias inquebrantáveis do direito penal, inerentes a todo Estado de Direito; e um segundo, que toca o papel da ciência penal, que se deve pretender racional, crítica e universal – sem desatender às especificidades de cada ordem jurídica nacional. Como dito, esses temas centrais perpassam os três artigos dessa coletânea, com menor ou maior intensidade. Por isso, algumas repetições são inevitáveis. Mas, como o leitor poderá julgar, isso não tira a originalidade e a utilidade próprias de cada contribuição.

III. Observações formais

Cumprе observar que se manteve o modo de citação original, que seguiu o padrão alemão, um pouco mais enxuto do que se costuma adotar aqui no Brasil. Modificar esse aspecto, além de atrasar sobremaneira a publicação deste livro, deixaria as densas notas de rodapé enormes, atrapalhando sensivelmente a leitura. A lista com a expli-

ção das abreviaturas utilizadas nos textos (p. 17) permitirá ao leitor conferir e buscar as referências bibliográficas.

IV. Agradecimentos

Resta-me realizar poucos, porém importantíssimos agradecimentos.

Primeiro, ao autor dos artigos que tive a honra de traduzir: ao meu *Professor Bernd Schünemann*, que ainda realizou a gentileza de honrar o público brasileiro com um prefácio especial. Este livro foi organizado, traduzido e publicado não apenas devido aos óbvios predicados literários e científicos dos textos que o compõem. Por trás dessa publicação, há uma razão de natureza pessoal, que tenho o dever de revelar: esta obra serve como um agradecimento pelo imenso apoio e amizade de que pude desfrutar nesses seis anos que estive sob sua orientação (no mestrado e no doutorado) na Universidade de Munique.

Como é de praxe, pude contar, uma vez mais, com a generosidade do auxílio neste projeto dos meus caros amigos e rigorosos revisores: *Luís Greco* (com quem tenho a honra de dividir a coordenação dessa coleção que se inaugura com a presente obra), *Heloisa Estellita*, *Alaor Leite* e *Augusto Assis*.

Por fim, mas não menos importante, gostaria de agradecer à Editora Marcial Pons, nas pessoas de Marcelo Porciuncula e Ida Gouveia, que acreditaram e levaram a cabo mais este projeto. Que venham muitos outros.

Belo Horizonte, 1.º de junho de 2018.

ADRIANO TEIXEIRA

DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O IMPRESCINDÍVEL NÍVEL DE RACIONALIDADE DE SUA DOGMÁTICA E A PROGRESSIVA PROPAGANDA DE RETROCESSO

I. Prólogo

1. Comemorar o jubileu de dez anos da *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik* nesse ano (2016) poderia, ao primeiro olhar, parecer exagerado, tendo em vista a história de aproximadamente 5000 anos do direito penal *estatal*.² No entanto, tendo em

2. Naturalmente, o atual conceito de Estado bem como de direito penal não pode ser utilizado de qualquer maneira para outras culturas e épocas. Todavia, deve existir, de todo modo, uma “verossimilhança familiar” (*Familienähnlichkeit*) entre todas as inflições de um mal por meio da autoridade estabelecida em resposta ao cometimento de um sacrilégio. Logo, não há dúvida acerca da existência do direito penal no reino divino de culturas orientais antigas. Nesse contexto, as normas penais escritas, que encontramos, por exemplo, no Código de Hammurabi (1754 v.u.Z.), constituem muito provavelmente o produto final de um longo exercício prático do direito, como no Egito faraônico e na dinastia chinesa Xia.

mira a história de apenas 250 anos do direito penal moderno, cujo marco de nascimento é a publicação de *Dei delitti e delle pene*, de *Cesare Beccaria*, no ano 1764, a situação modifica-se. E, quando se põe em relevo o começo da europeização do direito penal com a entrada em vigor do tratado de Amsterdam em 1999 e do Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional em 2002, o jubileu da *ZIS* engloba grande parte dessa espetacular internacionalização do poder penal. Esse paralelismo temporal corresponde ao conceito da *ZIS* descrito pelo meu coeditor *Thomas Rotsch*, o coração e o cérebro de todo o projeto: “aceitar os desafios do direito penal... que se colocam em um mundo marcado pela contínua globalização”, e com isso tomar em consideração “especialmente a europeização e internacionalização”, sem deixar de lado “de forma alguma, no entanto, a dogmática penal nacional”.³

2. Naturalmente essa ideia teria um ponto de partida pouco prestável, caso se devesse dar credibilidade a novas vozes que, anos depois, repetiram e intensificaram os tons críticos que se puderam ouvir em Berlim antes da virada do século, em uma autocontemplação, encenada de forma magnífica, da ciência jurídico-penal.⁴ Depois que *Joachim Vogel*, em 2012, enfileirou-se àqueles que se queixaram do “consciente provincianismo” da ciência penal alemã e da mentalidade de “pastores de uma comunidade de fé”, bem como de uma “perturbadora distância democrática”,⁵ *Kai Ambos* recentemente repetiu isso múltiplas vezes e clamou por uma (percebida por ele como ainda ausente) “abertura e pela adoção de uma metodologia discursiva”,⁶ e ainda buscou acentuar o significado global de sua diatribe através de

3. *ZIS* 2011, 285.

4. Ver Eser/Hassemer/Burkhardt (Org.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende – Rückbesinnung und Ausblick*, 2000, e sobre isso minha resenha em *GA* 2001, 205 ss.

5. *JZ* 2012, 25 ss. com citações de *Fletcher, Donini e Stuckenberg* e a respeito minha réplica em: Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Org.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2015, p. 223 ss.

6. *GA* 2016, 177 ss.

uma dupla publicação na Alemanha e outras em línguas espanhola e portuguesa.⁷

3. *Ambos*, como antes dele *Vogel*, não se reporta a equívocos materiais da doutrina penal alemã, mas ao seu déficit de ressonância em organizações e fóruns de discussão internacionais, argumentando, portanto, em um metaplano pragmático. Por isso, poder-se-ia replicar no mesmo plano pragmático, indagando como ele então, por exemplo, explica a grande ressonância de sua Escola de Verão, que ocorre anualmente, destinada a jovens cientistas latino-americanos, sobre direito penal e direito processual penal. Cientistas esses que se dispõem a arcar com a taxa de matrícula⁸ e os elevados custos de transporte e de hospedagem, para ouvir, entre outros, *Claus Roxin*, a (segundo o próprio *Ambos*) “estrela dentre os professores de direito penal que se mantém ativos na América-Latina”⁹ – portanto, justamente aquele que, sem sombra de dúvida, representa o nível de uma dogmática penal elaborada, desenvolvida de forma sistemática na resolução esquematizada de problemas, que fixa o padrão acadêmico no âmbito da discussão em língua alemã.¹⁰ No entanto, para enquadrar corretamente no plano do objeto a caricatura feita por *Ambos*, provavelmente extensamente propagada por meio de suas publicações em três línguas, é necessário primeiramente e sobretudo recapitular o âmbito material (do direito penal) e a lógica científica

7. O artigo também foi publicado em *Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowsk* (Org.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, 2016, p. 321 ss.; na *Revista Penal* (Espanha), n. 37 (Janeiro 2016), p. 5-22; e na *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (sob o título “Sobre o futuro da ciência jurídico penal alemã, abertura e método discursivo no lugar de provincianismo presunçoso”), n. 121 (Julho 2016), p. 127-160.

8. Em 2015, para duas semanas de Escola: 1.500 € (cedpal@uni-goettingen.de).

9. *Ambos/Malarino*, GA 2016, 336.

10. Mas de nenhuma maneira se utilizando aqui de um específico germanismo, motivo pelo qual justamente *Roxin* fixou o termo “dogmática penal internacional”, denominação de sua linha de pesquisa na Universidade de Munique (LMU), e que posteriormente seria utilizado para nomear a ZIS. E isso se deu, ironicamente, em um tempo em que *Ambos*, enquanto realizava sua livre-docência em Munique, desenvolveu, nesse espírito, sua “abordagem para uma dogmatização” do direito penal internacional (*Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2002, espec. p. 517 ss.).

(convencionalmente formulado: a essência) da dogmática penal bem como seu papel social.

II. O conceito de direito penal e sua dogmática

1. Na dogmática jurídica, trata-se de obter enunciados sobre o direito vigente com pretensão de validade (correção) intersubjetiva.¹¹ Para que essa pretensão se coloque, primeiramente, como pressuposto mínimo, deve ser respeitada a proibição de contradição, da qual, por sua vez, decorre a necessidade de reunir os enunciados isolados em um sistema geral.¹² Por se tratarem de enunciados do dever-ser, os principais conceitos do sistema constituem-se necessariamente de princípios normativos,¹³ que, devido à importância existencial do direito penal para o indivíduo submetido ao direito bem como para a totalidade da população, precisam ser parte da constituição (escrita

11. Ou seja, pretensão de verdade, quando o conceito de verdade não se restringe, de antemão, a sentenças descritivas por meio do critério sensorial empírico. Sobre isso, amplamente, desde uma perspectiva histórica, *J. Schröder*, *Recht als Wissenschaft: Geschichte der Methodenlehre in der Neuzeit (1500-1933)*, 2012; cf. ainda *Neumann*, in: *Kaufmann/Hassemer/Neumann (Org.)*, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 8.ed. 2011, p. 385 ss.; *Jestaedt/Lepsius (Org.)*, *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008.

12. Sobre as consequências do conceito sistemático de ciência de *Kant* (*Vorrede zu Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft*, 1786: “Toda teoria, se ela for um sistema, ou seja, um todo do conhecimento organizado segundo princípios, chama-se ciência... [desde que] os princípios possam ser agrupados segundo as conexões racionais do conhecimento em um todo”), para a jurisprudência (sobretudo da perspectiva do direito civil) instrutivamente *Rückert*, in: *Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Org.)*, *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2015, p. 13, 41 ss. Evidentemente, a necessidade de um sistema dogmático não implica uma errática pirâmide conceitual pretensamente fechada, a qual, construtivamente a partir de constelações de casos ainda não pensados, seria capaz de produzir deduções no sentido de juízos sintéticos, apenas por força da “genealogia dos conceitos”.

13. Sobre a distinção entre *normas* e *princípios* em geral *Esser Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956, p. 49 ss., 73 ss., 219 ss., 336 s.; *Dworkin Taking Rights Seriously*, 1978, p. 14 ss, 46 ss.; *Alexy Theorie der Grundrechte*, 1986, p. 71 ss. Os princípios centrais abordados no texto colocam-se num nível de abstração ainda mais alto. Eles constituem, por assim dizer, a sopa primordial de todo um campo jurídico, como o princípio democrático e do estado de direito no direito público e, no direito privado, o princípio da autonomia privada.

ou não-escrita), portanto dos princípios basilares de uma sociedade (ao menos também) juridicamente constituída. Disso resultam as duas questões centrais que a dogmática penal necessita responder: por que e para que existe o direito penal, e por quais critérios deve a punição se orientar? Para a resposta, precisamos, para não argumentar de maneira circular, de uma pré-compreensão não tão estreita e suficientemente elástica para o desenrolar da espiral hermenêutica.¹⁴ Gostaria de chamar de direito penal em um sentido mais amplo a parte do sistema jurídico que regula a imposição de sanções negativas por ocasião de um evento desagradável contra pessoas ou grupo de pessoas.¹⁵

III. Direito penal mágico e arcaico-primitivo

1. Em sociedades mágico-primitivas, bastava um nexó mágico entre a pessoa e o acontecimento.¹⁶ No nível seguinte do desenvolvimento, exige-se a existência de um nexó específico entre o evento desagradável e a pessoa a ser punida, sob a figura da causalidade do comportamento da pessoa para o acontecimento ou sob forma de um status social por força do qual o comportamento causal de um terceiro é imputado à pessoa detentora desse status. Essa forma de imputação predomina tipicamente em sociedades arcaico-primi-

14. Assim a reformulação do “círculo hermenêutico” realizada por *Winfried Hassemer* (Tatbestand und Typus, 1968, p. 107 s., e sobre isso *Schünemann*, FS f. Hassemer, 2010, p. 239 ss.).

15. Para questões mais especiais, como a respeito da operacionalização de um genuíno direito penal contra pessoas jurídicas, um conceito mais específico de pena teria de ser desenvolvido, seja de modo correspondente à sugestão de *Greco*, no sentido de uma “agressão a direitos inatos” (Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, 2015, p. 653 ss.; *idem*, GA 2015, 503, 512 s., tal sugestão inclui a pena pecuniária que substitui a pena privativa de liberdade, mas exclui a multa do direito administrativo sancionador!), seja com a minha sugestão, de acordo com a pura ideia de repressividade, (v. *Schünemann*, ZIS 2014, 1 ss.; GA 2015, 274, 279 ss., o que significa que a pena é definida por uma imposição de uma sanção apenas devido a um evento ocorrido no passado e, por isso, só pode ser legitimada por meio do princípio da culpabilidade), seja por meio de uma combinação dos dois.

16. Sendo que a sequência entre fato e sanção pode inverter-se, por exemplo quando pessoas são sacrificadas em favor dos deuses, para que no futuro chova. Se se pode apreender esse tipo de fenômeno sob o conceito de direito penal, deixa-se aqui em aberto.

tivas, que atrelam a responsabilidade à mera causalidade ou ao mero pertencimento a um clã. Resquícios de tal concepção de direito penal sobreviveram até hoje em várias ordens jurídicas, vide os inúmeros exemplos de responsabilização penal causal no círculo jurídico da *common law*.¹⁷ Ademais, a responsabilização coletiva ou tribal (*Sippenhaftung*) também ainda é praticada em sistemas totalitários. E também a vinculação a outras formas de status social se faz presente até hoje e, pode-se dizer, encontra-se de novo em ascensão, como sob a forma da responsabilidade de comandantes militares segundo o Art. 28 do Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional.¹⁸ Ainda pode-se perceber uma tendência a esse tipo de responsabilização na nova jurisprudência da Corte Federal Alemã (*Bundesgerichtshof*),¹⁹ que, na hipótese de um fato cometido no seio de uma organização hierarquicamente construída, imputa-o diretamente ao dirigente da organização: em uma empresa econômica, portanto, ao diretor.²⁰ Constitui tema de investigação de uma ciência penal analítico-crítica a inquirição se esse estado de coisas descrito se trata de um resquício ou até mesmo de um retorno a figuras jurídico-penais primitivas, ou,

17. Sobre isso *Leigh*, *Strict and vicarious liability*, 1983; *Clarkson/Keating*, *Criminal Law*, 3. ed., 1994, p. 197 ss.; *Smith/Hogan/Ormerod*, *Criminal Law*, 7. ed., 45 ss., 174 ss., 210 ss., 225 ss.; *Jones/Christie*, *Criminal Law*, 1992, 59 ss. Acerca da atual discussão, em especial consideração à *strict liability* no caso de abuso sexual *Leonard*, *Buffalo Criminal Law Review* 6 (2003), 691 ss. A análise histórica de *Leonard* mostra muito bem que a tendência culminante em Guantânamo (a respeito *Schünemann*, GA 2003, 299, 312 s.; *idem*, in: Moreno Hernández [Org.], *Globalización e internacionalización del derecho penal*, Mexico City, 2003, p. 115 ss.) de utilização do direito penal como uma espécie de terrorismo estatal baseia-se no excepcionalismo da *Common Law*, cujo pensamento jurídico-penal funda-se, não no iluminismo e na filosofia idealista, mas no puritanismo e no utilitarismo.

18. Porque o Art. 28 pune o superior hierárquico a título de dolo quando age culposamente. Claramente, é seu status que fundamenta sua responsabilidade, e não sua culpabilidade pessoal. Nisso reside não a legitimação, mas a dissolução lógica da contradição registrada por *Weigend e Ambos* (*Weigend*, *Festschrift für Roxin*, 2001, p. 1397; *Ambos*, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2002, p. 705); no comentário de *Fenrick*, in: *Triffterer/Ambos* (Ed.), *Commentary on the Rome statute of the international criminal court*, 3. ed. 2016, Art. 28 nm. 11, no entanto, essa contradição nem sequer é identificada, o que é característico de um autor do campo da *Common Law*.

19. N.T.: Análoga ao Superior Tribunal de Justiça, no Brasil.

20. A respeito, com diversas referências, *Schünemann*, in: *50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft*, IV, 2000, p. 621, 623 ss.

diversamente, de uma moderna percepção de legítimas necessidades do direito penal.

2. Em teocracias erigidas sob o fanatismo religioso, o direito penal deveria de certa forma antecipar o inferno na terra, motivo pelo qual a pena, concebida como retribuição, constituía um excesso (“overkill”) que beira as raias do sadismo.²¹ Vez que a cruel pena infernal duraria de modo eterno no pós-vida segundo o dogma cristão, reconhecido predominantemente pela igreja católica e também na protestante Confessio Augustana de 1530, o princípio normativo penal da “sobre-retribuição” continha-se à época implicitamente na constituição não escrita da comunidade cristã fundada no perdão divino.²² E também o conceito de delito resultava, em grande parte, da revelação divina, motivo pelo qual, por exemplo, *Benedikt*, ainda no século 17, tratava a *Bíblia* como uma fonte jurídica,²³ e, segundo Islão, a infração do “hadd” lesionava o direito de Deus.

21. Impressionantes as “cinco penas (corporais)” para 3000 delitos na China antiga (a respeito *Nienhauser jr. ed.-, The Grand Scribe’s Records, Bloomington & Indianapolis 1994, p. 69*), das quais a pena de morte do esquartejamento (Lingchi), com um recorde de 500 pedaços, era praticada de 1905 até 1908 (*Brook/Bourgon/Blue, Death by a Thousand Cuts, Cambr. Mass. 2008*), ou, na Europa, a pena corporal e de morte da baixa idade média e do começo da era moderna (instrutivamente *Heinemann, Der Richter und die Rechtsgelehrten, Neudruck 1969, Abb. 101 ss; Schmidhäuser, Vom Sinn der Strafe, 1963, p. 6 ss.*; segundo o art. 185 do Código de Bamberg, previa-se para a invasão de domicílio seguida de furto o enforcamento, para homens, o afogamento, para mulheres, e a mesma sanção para o furto simples para a segunda reincidência – Art. 188 –, enquanto no caso da primeira reincidência apenas se cortavam as orelhas – Art. 187).

22. Por isso, é fácil ver que a diferença entre o direito penal da xaria (ver apenas *Zehetgruber, Islamisches Strafrecht versus europäische Werteordnung, 2010*) e o direito penal cristão antes do iluminismo é bem menor do que entre ambos e o direito penal depois do iluminismo. Isso sem mencionar a semelhança entre o ódio do Estado Islâmico com a centenária caça às bruxas empreendida pela Igreja Católica.

23. Cf. *Carpzov, Practica Nova Imperialis Saxonica Rerum Criminalium, 2. ed. 1646, Pars I, Quaestio 44 Nr. 32, 40, 41, 50, 52, 66 ff.* A pena de morte contra bruxas e feiticeiras é justificada como mandamento divino de Deus (Nr. 50: “*Quis tuto negare poterit, revera sortiariorum & sortilegorum in rerum natura existere, convictus sacrarum literarum auctoritate, quae non modo veneficos &*