

**CONCRETIZAÇÃO E CUMPRIMENTO DA NORMA
DOS REQUISITOS DE FORMAÇÃO DE DEVERES E PROIBIÇÕES EM
CONTEXTOS ESPECÍFICOS E PARA DESTINATÁRIOS ESPECÍFICOS, BEM
COMO DE PUNIÇÕES CONCRETAS***

Professor Dr. Dr. h.c. dupl. Georg Freund, Marburg (Alemanha).

Prof. Dr. Dr. Frauke Rostalski, Köln (Alemanha).

Tradução: Dra. Deborah Alcici Salomão, LL.M. (Marburg)

Para poder tomar decisões juridicamente corretas, são necessárias normas de tomada de decisão: o tribunal penal deve, com base no Direito Penal, construir normas de decisão correspondentes para prolatar, como punição, uma sentença condenatória. O esclarecimento dos contextos normativo-teóricos, importantes para a construção de tais padrões de tomada de decisão, correm como um fio condutor através do grande trabalho de Wolfgang Frisch. Este artigo é dedicado a ele, em conexão pessoal e científica.

**I. DIREITO PENAL ABSTRATO E AS CONDIÇÕES DE VALIDADE DE
UMA PUNIÇÃO CONCRETA E ESPECÍFICA**

As leis penais não são normas de comportamento. Isso porque as normas de conduta ditam ou proíbem um determinado comportamento: fazer ou deixar de fazer. Como normas sancionadoras formuladas de maneira geral e abstrata, as leis penais apenas ordenam que, sob determinadas condições, deva-se reagir a certos comportamentos com condenação e pena. O infrator não age *contra* a lei penal, ele age de acordo com ela – ele cumpre as condições explicitamente nela declaradas e, assim, desencadeia precisamente as previstas consequências

* Este artigo foi publicado pela primeira vez – em alemão – na revista GA 2018, 264 ss. Título original: Normkonkretisierung und Normbefolgung – Zu den Entstehungsbedingungen kontext- und adressatenspezifischer Ver- und Gebote sowie von konkreten Sanktionsanordnungen.

- Advogada, doutora em Direito *summa cum laude* pela Justus-Liebig-Universität Gießen (Alemanha). Mestre em Direito *summa cum laude* pela Philipps-Universität Marburg (Alemanha). – Ajudaram na tradução: *Tayla Lydia Dummer* (Mestre em Direito *summa cum laude* pela Philipps-Universität Marburg), *Amelie Otto* (Estudante de Direito pela Philipps-Universität Marburg) e *Daniel Barbosa Reis* (Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais).

legais de condenação e punição.¹ Isso não pode ser seriamente contestado, no que pese ainda ser bastante controversa a discussão sobre a lei penal conter, de alguma maneira, normas de comportamento, de modo que tais normas possam ser “extraídas”² através de interpretação.³ A seguir, contra-argumentarei os defensores de tal ideia de interpretação das leis *penais*. Eles estão sob um engano básico que leva a uma performance gravemente errada da concretização, tanto em relação às normas de comportamento quanto em relação às normas de sanção.

1. AS GRAVES CONSEQUÊNCIAS DE SE SUPOR QUE AS LEIS PENAIS "CONTÊM" NORMAS DE COMPORTAMENTO

A lei penal geral e abstrata, assim formulada, não contém *explicitamente* nem mesmo todas as condições que devem ser individualmente atendidas em cada caso para uma ordem de responsabilidade penal específica. Para que uma determinada pessoa X seja considerada culpada de um determinado crime Y e seja punida em conformidade, de modo que uma norma de sanção individual – como uma "norma de decisão"⁴ correspondente – possa estar *em vigor*, outras condições devem ser satisfeitas. Tais condições resultam, apenas *implicitamente*, do Direito Penal abstrato. Em particular, o fato ilícito não pode ser justificado e, como tal, deve ter sido cometido com culpabilidade suficiente (ausência de eximente ou dirimente). Além disso, a responsabilidade do agente deve ser comprovada no processo, o que é de singular importância, pois, caso contrário, sua condenação e punição não poderiam ser legitimadas *formalmente* ao abrigo do Estado de Direito sem embasamento legal suficiente e tampouco *materialmente*, como “condenação por suspeita”.

¹ Já abordado por *Binding* no *Handbuch des Strafrechts*, Vol. 1, 1885, p. 155.

² Seria mais adequado falar de uma subordinação correspondente.

³ Sobre tal conceito, ver *Herzberg GA*, 2016, 737 ss., 747 ss.; ver também *Kindhäuser* *Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 53, 83 (com o modelo da proibição de causalidade derivado das normas sancionatórias; veja a crítica a este modelo em *Freund* *Erfolgssdelikt und Unterlassen*, 1992, p. 121 ss.).

⁴ Sobre a concretização jurídica a partir da criação de “normas de decisão” veja *Müller/Christensen* *Juristische Methodik*, Vol. I, 11. Ed. 2013, p. 242 (Para. 233): A norma de decisão regula o caso concreto específico. Em relação à norma jurídica geral e abstrata, a norma decisória é “o seu estado agregado, que se individualiza em cada caso a partir de um caso concreto e no que diz respeito à sua solução vinculativa”. Com razão *Müller/Christensen* enfatizam o caráter da norma decisória como norma que não é obtida por meio de norma geral e abstrata. Eles também enfatizam, com razão, que a especificação necessária é sobre “criar uma norma jurídica geral no âmbito da solução de um caso específico” (p. 280 [Para. 275]). “Uma norma jurídica já existente que poderia ‘conter’ fatores de impacto, conteúdo de comando e declarações substanciais de qualquer tipo que possam ser distribuídas em casos individuais, não pode ser provada.” - Sobre a capacidade de generalizar a norma jurídica a ser gerada sobre a qual se funda a norma de decisão que regulamenta o caso concreto, compare com *Müller/Christensen* *Juristische Methodik*, Vol. I, p. 42 (Para. 16); *Möllers* *Juristische Methodenlehre*, 2017, § 14 Para. 7 ss. – Acerca da ideia de caso norma („Fallnorm“) compare com *Fikentscher* *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Vol. IV, 1977, p. 129 ss., 176 ss., 269 ss., 374 ss., 382 s.

No entanto, ainda existe uma visão persistente de que proibições ou deveres muito específicos possam ser *derivados* do próprio Direito Penal como normas de comportamento. A linha de pensamento é mais ou menos a seguinte: a norma sancionadora da Seção 212 I do Código Penal Alemão (CP Alemão) estipula que qualquer pessoa que cometer homicídio simples deve ser declarada culpada e correspondentemente punida. No § 222, o CP Alemão ordena o mesmo para quem comete um homicídio culposo. A partir dessa linha, pode-se formular o seguinte: a sanção prevista para homicídio simples implica a violação da correspondente norma de comportamento, assim como a sanção prevista para homicídio culposo implica a violação de uma norma de comportamento. Com base nisso, muitos chegam à avaliação de que a proibição do homicídio como norma de comportamento está "contida" no Artigo 212 I do CP Alemão e a proibição do homicídio culposo em seu Artigo 222. O mesmo se aplica, por exemplo, à proibição de impedir terceiros de fornecer assistência e ajuda em casos de acidentes ou perigo, que alguns agora "extrairão" da nova – embora totalmente malsucedida⁵ – Seção 323 c II do CP Alemão; ou ainda para a proibição de promoção comercial de suicídio, que foi “derivada” da Seção 217 I CP do Alemão sem consciência suficiente do problema.⁶

Do ponto de vista fático, tais considerações não têm, é claro, normas suficientemente concretas que são, em última análise, indispensáveis para a decisão de casos individuais. Em vez disso, tanto no nível do padrão de sanção quanto no nível do padrão comportamental, trabalha-se com produtos preliminares abstratos. No entanto, eles dizem muito pouco sobre a formação real do Direito Penal e sobre a decisão em última instância do comportamento legalmente correto. Tal conceito de dedução, no Direito Penal, de normas abstratas de comportamento (como normas abstratas de sanções) seria relativamente inofensivo se não fosse o problema de nos induzir a negligenciar os problemas de legitimação, formal e material, na necessária formação das normas específicas para os casos concretos na área de

⁵ Para crítica veja *Freund* em: MünchKommStGB, Vol. 5, 3. Ed. 2018, § 323 c Para. 132 ss., 137 ss.

⁶ *Herzberg* GA 2016, 737, 747 assume que, com a entrada em vigor do Artigo 217 do CP Alemão, a proibição de comportamento que era legalmente permitido até aquele momento seria “inferida” desta disposição penal. De forma simplista, ele formula: “A 'assistência ao suicídio' (que não ultrapassou o limite do homicídio) não foi uma antijurídica, mesmo que feita com frequência e com intenção de ser repetida ('profissional').” *Herzberg* quer dizer que, com a entrada em vigor do § 217 do CP Alemão, esse comportamento se tornou antijurídico. Isso tem que ser contradito: se sob o aspecto da proteção da vida não deve ser legitimamente proibido e, portanto, é permitido ajudar e incitar um suicídio livremente responsável, ele não pode – de um ponto de vista material – tornar-se antijurídico apenas por causa disso. Permanece inexplicável por que razão a repetida presunção de um comportamento perfeitamente legal o torna antijurídico. – Pra ler uma crítica justa ao § 217 CP do Alemão veja *Duttge* ZStW 129 (2017), 448 ss.; *Fischer* StGB, 66. Ed. 2019, § 217 Para. 2 ss.; *Saliger* em: Nomos Kommentar zum StGB, 5. Ed. 2017, § 217 Para. 6. Para uma contraproposta, veja *Freund/Timm* GA 2012, 491 ss. – Neste lapso temporal, o BVerfG já declarou, corretamente, a inconstitucionalidade do § 217 do CP Alemão, veja BVerfG, Decisão de 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15.

sanções e normas comportamentais.⁷ Como o último caso é o que ocorre, a formação de “produtos intermediários” abstratos acaba sendo perigosa para a posição legal do indivíduo dentro de uma comunidade livre. Quem, em um entendimento ingênuo-positivista da lei, queira derivar da própria lei penal certas proibições ou deveres como normas de comportamento, não está apenas fazendo uma tentativa de dedução absolutamente inadequada. Além disso, ele pode ser tentado a postular normas de comportamento, cuja legitimação material não está, de forma alguma, assegurada, carecendo também de qualquer legitimação formal devido ao pressuposto incorreto de que o legislador penal a regulamentou dessa forma.⁸

2. VIOLAÇÕES DE NORMAS COMPORTAMENTAIS COMO REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DE LEIS PENAIS

A lei penal, como tal, não contém quaisquer normas comportamentais, nem mesmo específicas ao contexto e ao destinatário da norma. Em vez disso, o Direito Penal eleva a violação típica específica de uma norma de comportamento legitimada *in concreto* ao nível de um *requisito para a aplicação* da norma de sanção, a ser estabelecida pelo tribunal penal caso-a-caso. Não é possível inferir da lei penal se tal violação típica específica das normas de comportamento existe. Ao contrário, uma punição concreta, no caso concreto, só pode ser formada a partir da lei penal – enquanto norma geral e abstrata –, *se tal violação* da norma de

⁷ Compare com a nota de rodapé anterior – Outro exemplo é o problema do incesto entre irmãos; compare com *Herzberg GA 2016, 737, 748*, que entende que § 173 II 2 do CP Alemão e outras disposições do Direito Penal sexual referenciadas teriam seu “fundamento jurídico (...) exclusivamente nas referidas normas sancionatórias”. Veja uma crítica ao § 173 II 2 do CP Alemão *Rostalski RphZ 2018, Caderno 2*.

⁸ Até mesmo o *Kindhäuser* (nota de rodapé 3), p. 53, 83 comete o erro de tentar derivar “proibição de causalidade” das normas de sanção. Na verdade, há mais nisso do que especulações ousadas. Porque a base desta derivação nada mais é do que a causalidade de um ato como requisito mínimo para a sanção devido a uma ofensa bem-sucedida que se supõe ter sido cometida por um ato de acordo com os fatos. Isso não resulta em nenhuma consequência para o comportamento legalmente incorreto – fato especificamente reprovado. Nesse caso, por exemplo, a norma de sanção do § 212 I do CP Alemão exige que um determinado ato se torne a causa da morte de uma pessoa. Mas de forma alguma já se segue daí que toda ação causal ao sucesso seja contrária às normas de comportamento. – O conceito de derivação de *Kindhäuser* se torna completamente impraticável quando tentado como uma ofensa criminal. A norma de sanção correspondente – que resulta dos §§ 212 I, 22, 23 I, 12 I do CP Alemão – não pressupõe qualquer comportamento que seja causal para atingir o fim. Exige apenas que, com base na apresentação da pessoa diretamente envolvida na realização dos fatos no momento do comportamento *ex ante*, surja a possibilidade legalmente desaprovadora de se obter o fim. Não é necessário realmente realizar o fim. Quando exatamente, com base na imaginação da pessoa diretamente envolvida, a possível indução de sucesso deve ser legalmente reprovada, não pode ser deduzida da norma de sanção da tentativa criminosa. Em vez disso, o fato de que essa desaprovação legal pode ser objetivamente justificada é um dos *requisitos* para a *aplicação* desta norma de sanção.

comportamento, específica para um contexto e um destinatário, independentemente do Direito Penal, puder ser *fundamentada*.⁹

Esse requisito material do crime surge, obrigatoriamente, das condições de legitimação do uso do veredito de culpado e da correspondente punição. A intervenção judicial correspondente só pode ter um fim legítimo se a acusação de comportamento ilícito para com determinada pessoa for realmente justificada. É necessária uma determinada má conduta pessoal, suficientemente culpável, contra uma norma de comportamento concretizada, específica para um contexto e um destinatário. Se tal norma de comportamento concreta não pode ser justificada, não há razão para aplicar uma punição. A pessoa em questão certamente não terá se comportado de maneira juridicamente incorreta, não fazendo sentido a reação de desaprovação criminal a um comportamento que não seja legalmente censurável.

Somente a violação de uma norma de comportamento legítima e concreta pode servir de ponto de partida para uma reação de desaprovação criminal. Para o Direito Penal, só pode ser relevante a violação em que a pessoa questiona a validade legítima da norma.¹⁰ Essa percepção tem consequências de longo alcance para a compreensão correta de comportamentos pessoais *antijurídicos* criminalmente significativos. Não se trata apenas do problema do comportamento (suficientemente) culpável. A suposição, ainda difundida, de que é possível fundamentar a violação de uma norma de comportamento, seja em casos de ação ou de omissão, e com isso justificar comportamentos *antijurídicos* penalmente relevantes não se sustenta.¹¹ O comportamento *antijurídico* pessoal não culpável é uma *contradictio in adiecto*.¹²

Somente a pessoa capaz de criar e seguir a norma em uma situação concreta é destinatária adequada da norma de comportamento a ser formada e cumprida. Se essa capacidade não

⁹ Antes que o Direito Penal possa entrar em ação, surge a questão primordial de como o Direito deve ser concretizado como ordem do comportamento correto das pessoas que devem se orientar por ele. Frisch enfatiza acertadamente essa prioridade do problema das normas de comportamento que precedem o Direito Penal em *Frisch* NStZ 2016, 16 ss.; ver também *Freund/Rostalski*, AT, 3. Ed. 2019, § 1 Para. 48 ss.; *Schmidhäuser* FS Müller-Dietz, 2001, p. 761, 767 s.

¹⁰ Mais sobre os fundamentos teóricos criminais da legitimação da condenação e da punição em *Frisch* GA 2015, 65, 67 s., 75 ss., 78 ss.; *do mesmo autor* GA 2017, 699, 703 s.; ver também *Timm* Gesinnung und Straftat, 2012, p. 52 ss.; *Rostalski* Der Tatbegriff im Strafrecht, 2019, p. 19 ss.

¹¹ Ver *Binding* Handbuch des Strafrechts, Vol. 1, 1885, p. 159: „Violação à norma e violação culposa à norma são idênticas“; ver também *Frisch* FS Beulke, 2015, p. 103, 108 ss.; *Jakobs* FS Neumann, 2017, p. 899, 904; *do mesmo autor* Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992, p. 41 ss.; *Pawlik* FS Otto, 2007, p. 133 ss.; ver *Freund/Rostalski* AT, § 3 Para. 38 ss., § 4 Para. 13 ss., 20 ss., 65 s.

¹² Mais sobre o tema, ver *Rostalski* Der Tatbegriff im Strafrecht, p. 102 ss. A impossibilidade fática de antijuridicidade ausente de culpa também contradiz a responsabilidade penal das pessoas jurídicas; sobre isso, veja *Frisch* FS Wolter, 2013, p. 349 ss.; *Mulch* Strafe und andere staatliche Maßnahmen gegenüber juristischen Personen, 2017, p. 46 ss. (p. 90 ss. sobre a responsabilidade sob a lei de contra-ordenação, que também deve ser rejeitada).

existe, o que falta não é apenas a capacidade de reconhecer e obedecer a uma norma *já existente*. Falar sobre uma *violação* não culpável de norma só teria sentido se houvesse uma norma independente da pessoa de seu destinatário que pudesse ser aplicada de forma concreta. Mas este não é o caso. Tais normas não surgem do nada e só precisam ser compreendidas e lidas quando necessário. Na verdade, uma norma de comportamento suficientemente concretizada sequer surge se não se pode esperar de seu potencial destinatário esta formação e cumprimento, enquanto performance individual e pessoal. A pessoa não culpável já não é destinatária adequada de uma norma de comportamento *que esteja em vigor contra ela*.¹³

A norma de comportamento, que inexistente em relação à pessoa especificamente incapaz de criá-la ou cumpri-la, não pode ser substituída pela consideração de que uma norma de comportamento pode ser justificada para pessoas com outras características nas condições apropriadas. Contra normas meramente hipotéticas só pode haver violações hipotéticas. Uma violação real não pode resultar dela. Mais ainda, uma violação real da norma não pode ser fundamentada com base em uma norma abstrata que não tenha sido suficientemente concretizada. Tal norma não é nem mesmo uma norma de comportamento “acabada”, mas um mero produto preliminar. Disso não resultam quaisquer requisitos comportamentais para as pessoas que não são capazes de atendê-los.

Portanto, se uma determinada condenação e sua respectiva punição devem ser legitimadas como uma sanção específica válida em casos individuais, disso resultam as seguintes condições: o ofensor a ser punido deve ter violado uma norma de comportamento concretizada, específica para um certo contexto e um certo destinatário. Norma esta que ele poderia e deveria ter criado e cumprido de acordo com suas circunstâncias individuais na situação concreta.¹⁴ “Normas de comportamento” que não podem ser formadas e cumpridas por seus “destinatários” na situação concreta não são legitimadas pelo Direito Constitucional, porquanto inadequadas para o cumprimento de um propósito legítimo e, portanto, não

¹³ Pouco convincente é *Greco* GA 2009, 636 ss., que gostaria de ver os inocentes como destinatários das normas de comportamento. *Greco* admite que não se espera que uma pessoa incapaz (não culpável) se comporte de acordo com a norma. No entanto, ela deve ser a destinatária da norma de comportamento, e não para ter um efeito orientador de comportamento sobre ela, mas para poder induzir outras pessoas (culpáveis) a se comportarem de acordo com a norma. No entanto, tal conceito não faz justiça à função das normas de comportamento legitimadas.

¹⁴ Isso corresponde à definição dos critérios gerais para cada crime em *Freund/Rostalski* AT, § 4 Para. 92: „Uma ofensa criminal é cometida por alguém que ilegalmente comete o delito de uma lei penal por meio de uma conduta pessoal suficientemente grave. A má conduta pessoal só está presente se o perpetrador, de acordo com suas circunstâncias individuais, era capaz de reconhecer e evitar que ele pudesse cometer o delito de uma lei penal, sem ser justificado, e se exatamente isso pudesse ser legalmente esperado dele”. Ver também *Freund* FS Küper, 2007, p. 63, 78.

podendo ser transgredidas de maneira relevante para o Direito Penal.¹⁵ Uma norma de comportamento correspondente só existe no caso de uma falha na conduta que é legalmente esperada e possível para o destinatário da norma, cuja validade legítima pode e será questionada pela má conduta do agente. Só com esta base pode a sanção penal, precisamente com relação a esta pessoa e justamente por este ato, ser legitimada como norma decisória de acordo com a lei aplicável em casos individuais, desde que cumpridos os demais requisitos da sanção. Tal punição específica, como norma de tomada de decisão, só existirá se *todas* as condições de aplicação forem cumpridas.

3. REQUISITOS E IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Questões de especificação de normas estão amplamente associadas a supostos requisitos do Princípio de Legalidade. Em particular, é importante esclarecer o seguinte *mal-entendido*: quando se trata de concretizar a ordem jurídica de comportamento, a referência à norma de sanção *abstrata*, existente na forma de uma lei penal, não contribui em nada. Isso é demonstrado de forma particularmente impressionante pelos elementos da culpa, que a este respeito – por boas razões – não são minimamente significativos. Seria impossível descrever no CP Alemão, mesmo aproximadamente, todos os comportamentos específicos cuja avaliação se justifica como homicídio culposo ou lesão corporal culposa. Sem exagero, a descrição do crime de homicídio culposo provavelmente se transformaria em uma obra de vários volumes, mesmo que cobrisse apenas as áreas mais importantes da vida. Não é diferente com os crimes dolosos, como mostra o proeminente exemplo do crime de injúria, na Seção 185 do CP Alemão: uma extensa lista de palavras ofensivas em todas as línguas possíveis não seria suficiente para descrever o tipo. A avaliação da ofensividade não é possível sem a referência contextual necessária, que também teria que ser descrita. Com tudo isso, a estrutura volumosa resultante destas descrições também se tornaria obsoleta rapidamente: Ora, devido às constantes mudanças no mundo linguístico, por um lado haveria lacunas no registro de novas formas de insulto e, por outro, comportamentos supostamente injuriosos ainda estariam incluídos, embora já tivessem perdido este caráter.

¹⁵ *Frisch* GA 2017, 364, 371 fala de dois requisitos para qualquer crime: De acordo com esse conceito, o primeiro requisito é que o comportamento represente algo que se desvia do código legal de conduta e que é reprovado. O segundo requisito deve ser a possibilidade de evitar esse desvio, que exige capacidade individual de se comportar de acordo com o código legal de conduta. – Entretanto, o segundo requisito referido por *Frisch* é um subrequisito do primeiro quando analisado mais de perto: Sem a capacidade adequada para criar e seguir uma norma de comportamento, não se pode legitimar o destinatário específico. Ele não existe.

CONCRETIZAÇÃO E CUMPRIMENTO DA NORMA

Neste contexto, é imperativo que a legislação criminal apropriada nem mesmo tente formular normas de comportamento específicas para o contexto e para o destinatário no Direito Penal. As leis criminais precisam apenas especificar, clara e inequivocamente, a qual *tipo* de violação das normas de comportamento, quando atendidos quais demais requisitos, deverá ser dada a resposta de um veredito de culpado e de pena correspondente. O § 222 do CP Alemão, portanto, acertadamente, apenas estipula a responsabilidade penal por “homicídio culposo”, como também o § 185 do CP Alemão define apenas a responsabilidade criminal por “injúria”. Quais comportamentos específicos constituem uma violação de uma norma específica referida e exigida pela norma de sanção, ficam de fora da lei penal por uma boa razão.

Não existem preocupações justificadas sob o aspecto do Princípio da Legalidade do Art. 103 II da Constituição Alemã contra as infrações penais assim concebidas. Não é de forma alguma tarefa das leis criminais, como normas sancionadoras abstratas e gerais, enumerar em detalhes os comportamentos abrangidos por elas.¹⁶ Para que os requisitos constitucionais sejam satisfeitos, é preciso apenas – e no mínimo! – que esteja *legalmente* estipulado que *tipo* de norma de comportamento deve ser abrangida pela disposição penal. Por exemplo, de acordo com o § 222 do CP Alemão, qualquer pessoa que causar a morte de outra pessoa por culpa deve ser penalizada. Embora esta lei penal não forneça quaisquer detalhes concretos no que diz respeito à situação particular do destinatário da norma, a responsabilidade penal correspondente é determinada, definitivamente, na forma constitucionalmente exigida.¹⁷ O Código Penal alcança essa determinação ao se referir, pelo menos implicitamente, à legitimidade daquelas normas de comportamento que deveriam ser puníveis em caso de violação (desde que os outros requisitos de sanção também sejam atendidos). O esclarecimento do tipo de normas de comportamento para as quais o § 222 do CP Alemão faz tal ordem de responsabilidade criminal (condicional) é muito simples: são condenadas as violações de todas aquelas normas de comportamento, específicas ao contexto e ao destinatário, que podem ser legitimadas pelo interesse de proteger a vida de outrem, dada a responsabilidade específica do destinatário das normas.

Para uma melhor compreensão, ao legitimar normas de comportamento, dois tipos diferentes de razões para a legitimação devem ser distinguidas. Uma razão indispensável para

¹⁶ Veja, sobre isso, *Freund/Rostalski* GA 2016, 443, 444 s.; *Freund* FS Küper, p. 63, 64 s.; *Rostalski* RphZ 2018, Heft 2.

¹⁷ *Freund* ZStW 112 (2000), 665, 676 ss.; ver também *do mesmo autor* em: *MünchKommStGB*, Vol. 6, 3. Ed. 2018, antes do § 95 AMG Para. 62; *Spickhoff/Knauer* Medizinrecht, 2011, § 95 AMG Para. 8.

legitimar a justificação de uma norma de comportamento perante o potencial destinatário da norma é o benefício justificado a ser alcançado com o cumprimento da norma, como *finalidade* da norma de comportamento. Sem uma finalidade legítima, pode-se dizer também, sem interesses legítimos na proteção dos bens jurídicos, a restrição da liberdade geral de ação decorrente da norma de conduta não seria constitucionalmente sustentável. A norma de conduta deve ser apta, necessária e proporcional para atingir um propósito legítimo.¹⁸ Além deste aspecto da proteção dos interesses jurídicos, a responsabilidade especial do destinatário da norma muitas vezes, mas não sempre¹⁹, desempenha um papel importante, como um motivo adicional para o cumprimento. Por exemplo, quando o perigo a ser evitado emanar do grupo organizacional da pessoa a ser considerada responsável ou se ela se declarou pronta para evitar o perigo.²⁰ Portanto, existem normas de comportamento legitimadas monisticamente (unicamente por meio do propósito legítimo de proteger interesses jurídicos) e dualisticamente (também por meio da responsabilidade especial do destinatário da norma por evitar o potencial dano em questão).

No “caso normal”, a justificabilidade de tal norma de comportamento legitimada dualisticamente está fora de questão. Por exemplo, se alguém em um determinado contexto concreto aponta uma arma de fogo para outro, a norma comportamental específica a ser formulada é: no interesse da proteção da vida e dada a responsabilidade especial, a pessoa em causa está proibida de criar perigo mortal para outra com o disparo de um tiro. Isso se aplica independentemente da existência das normas de sanção do § 222 e do § 212 I do CP Alemão. É claro – e o Artigo 103 II da Constituição Alemã apenas se refere a isso – que a morte de outra pessoa deve realmente ser provocada de forma causal, como uma consequência previsível, evitável e legalmente evitável do comportamento de homicídio, legalmente reprovado com a responsabilização criminal, de acordo com o § 222 do CP Alemão. Contudo, não é possível inferir apenas das condições da norma de sanção de causar morte, a formulação correta da norma de comportamento concreta.

¹⁸ Sobre estes critérios, ver *Freund/Rostalski* AT, § 1 Para. 50 ss., § 2 Para. 11 ss.; *do mesmo autor* em: *MünchKommStGB*, Vol. 1, 4. Ed. 2020, antes do § 13 Para. 134 ss., 163 ss. – Mesmo as recentes críticas de *Stuckenberg* *ZStW* 129 (2017), 349 ss. sobre a importância da proteção dos interesses jurídicos para a legitimação das penas estatais não podem mudar nada. Mesmo para a legitimação de uma norma de comportamento (restritiva da liberdade), um propósito legítimo perseguido por essa norma é indispensável.

¹⁹ Exemplos disso são as obrigações monisticamente legitimadas às quais se referem as normas de sanção dos §§ 138, 323c I do CP Alemão. Mesmo com a ação ativa, existem reconhecidamente raros casos de falta de responsabilidade especial; compare com *Freund* em: *MünchKommStGB*, § 13 Para. 84 ss.; *do mesmo autor* FS Herzberg, 2008, p. 225, 232 ss.; *Frisch* *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, p. 250 ss.; *Jakobs* AT, 2. Ed. 1991, 7/52; *Merkel* FS Herzberg, p. 193 ss.

²⁰ Sobre a responsabilidade especial como o segundo pilar das normas de comportamento legitimadas dualistas, veja *Freund/Rostalski* AT, § 2 Para. 17 ss.; *Freund* em: *MünchKommStGB*, antes do § 13 Para. 171 ss.

II. CONDIÇÕES DO VIGOR DE UMA NORMA DE COMPORTAMENTO CONCRETIZADA ESPECÍFICA AO CONTEXTO E AO DESTINATÁRIO

De acordo com o que foi dito, não apenas a observância do contexto e das normas comportamentais específicas compete ao destinatário da norma, mas também sua *criação* lhe é tarefa própria.²¹ O legislador (penal) não consegue fazer nenhum dos dois. Só o cidadão competente e responsável pode e deve providenciar a avaliação e desempenho, autônomo e necessário para criar, ele mesmo, a norma de comportamento segundo a qual deverá se portar. A norma de comportamento concretizada que é exigida, portanto, não é trazida de fora para a pessoa, de maneira heterônoma.²² Não há um companheiro constante que sussurre para o destinatário da norma o que é legal e nenhum remetente que possa transmitir as informações correspondentes em seu *smartphone*. Mesmo se houvesse essas mensagens no momento relevante para o comportamento, o destinatário da norma ainda teria que verificar sua confiabilidade e correção, assim, em última análise, ainda teria que fazer as avaliações necessárias pessoalmente.

Infelizmente, ainda é um equívoco generalizado pensar que o sistema jurídico já “contém” uma abundância de comandos comportamentais a serem apenas transmitidos, de alguma forma, ao cidadão subordinado à norma, enquanto destinatário da ordem.²³ Entretanto, aplica-se o seguinte: o que ainda não existe de forma concretizada e específica com relação ao contexto e ao destinatário também não pode ser transmitido, sendo que apenas com produtos preliminares abstratos e gerais, nenhuma decisão vinculativa final sobre uma situação de conflito específica é possível. Neste contexto, é informativa a lista exemplar de comandos padrão, gerais e abstratos, feitos por *Armin Kaufmann*, em que uma estação de radiodifusão, como representante do estado ou da vontade do público em geral, envia uma mensagem de rádio permanente: "Para todos! Para todos! Você não deve matar, roubar, suprimir, trapacear etc.! Você deve relatar planos de crime, fornecer ajuda em caso de acidentes etc." ²⁴ Isso

²¹ Mais sobre isso em *Freund* GA 1991, 387, 396 ss.; ver também *Jakobs* AT, 9/12; *Müller-Franken* FS Bethge, 2009, p. 223, 250; *Reus* Das Recht in der Risikogesellschaft, 2010, p. 176; *Rostalski* GA 2016, 73, 77.

²² Isso acaba com a crítica de *Zaczyk* GA 2014, 73 ss. ao conceito de norma de comportamento de que as conotações pessoais devem ser temidas. A única coisa a criticar é o uso acrítico – na ausência de alternativas superiores – do indispensável e bastante sensato conceito, que não raramente é encontrado.

²³ A imagem do destinatário e remetente pode ser vista em *Armin Kaufmann* Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954, p. 124; compare com *Freund* GA 1991, 387, 397 ss.

²⁴ *Armin Kaufmann* (nota de rodapé 23), p. 124.

parece bom e também não está errado, mas não resolve o problema relevante para a decisão. Enquanto não forem claras as consequências que a violação da norma resulta para uma determinada pessoa, em um contexto específico, a mensagem de rádio permanente é um investimento inútil. Uma simples derivação de obrigações concretas não tem sucesso, pois sua legitimação requer avaliações independentes, que de forma alguma são pré-decididas com a norma geral e abstrata.

Na solução do problema de criação de normas, não adianta criar um “homúnculo” independente como destinatário da norma e que, por sua vez, como representante do ordenamento jurídico, deve emanar proibições ou comandos específicos e concretizados. Essa “personificação imaginária do sistema jurídico de julgamento”²⁵ também é incapaz de produzir normas de comportamento suficientemente concretizadas, que poderiam ser entregues ao destinatário na forma acabada. Um comando que pode ser usado como uma instrução comportamental não pode surgir dessa forma. Sem o potencial destinatário da norma comportamental como performador durante a *criação* da norma, não é possível criá-la. Apenas ele está no local, no momento relevante para o comportamento. Apenas ele está na situação concreta de tomada de decisão e deve empreender os esforços razoáveis para se comportar de modo legalmente correto, de acordo com suas possibilidades individuais.²⁶ Isso significa, inicialmente, que ele mesmo deve criar uma norma de comportamento que deve seguir por certas razões. As normas de comportamento são construções jurídicas que perseguem uma finalidade legítima à luz do princípio constitucional da Proporcionalidade, sendo aptas, necessárias e, na ponderação dos bens e interesses em conflito, também proporcionais em sentido estrito. O fim legítimo de uma norma de comportamento reside no benefício esperado para os legítimos interesses de proteção dos bens jurídicos. Este fim só pode ser alcançado se um efeito comportamental correspondente puder ser esperado do destinatário. Portanto, a possibilidade de criação da norma e de cumprimento da norma por parte do destinatário já faz parte das condições de vigor da norma de comportamento em relação ao seu destinatário

Neste contexto, depois de tudo o que foi dito até agora, não é praticável postular *normas gerais e abstratas* que devam, por assim dizer, “concretizar-se” ao necessário *dever específico* do contexto concreto-individual.²⁷ Isso porque essa metamorfose em execução

²⁵ Sobre a bela imagem do homúnculo, ver *Armin Kaufmann* FS Welzel, 1974, p. 393, 409.

²⁶ Com razão, no sentido de uma obrigação correspondente, ver *Frisch* GA 2017, 699, 707.

²⁷ *Armin Kaufmann* (nota de rodapé 23), p. 132, 138 ss. presume isso quando faz a suposição de um efeito vinculante dependente apenas da “capacidade de agir”, enquanto a “reconhecibilidade da norma” não deveria

automática é impossível. Mesmo que haja tempo suficiente em casos individuais, não seria útil esperar para ver se do ovo não fertilizado que você recebeu não poderia, em algum momento, sair um pintinho. Na verdade, nem a mínima coisa vai se mexer neste ovo, mesmo se você esperar mais! Se for para ser usado com sensatez, você mesmo deve agir e fazer um bolo com ele, adicionando outros ingredientes. Como um produto preliminar, a norma geral e abstrata não se desenvolve por si mesma virando um requisito comportamental concreto que o potencial destinatário deve atender. Em vez disso, o trabalho de concretização necessário, no momento relevante para o comportamento, só pode ser fornecido pelo próprio potencial destinatário da norma, que por meio da motivação e do controle do comportamento deve ser alcançado.²⁸

A norma de comportamento específica exigida para o controle comportamental – alguns diriam: o dever concreto e individual – não é pré-existente, não está disponível. Ela deve sempre ser *criada* primeiro por seu potencial destinatário. Dependendo das circunstâncias, isso pode ser muito simples, mas também pode estar associado a problemas consideráveis na criação de normas.²⁹ Dificuldades com relação a tais criações podem surgir tanto por razões internas quanto externas. Por exemplo, a capacidade do indivíduo de criar e seguir normas pode faltar por vários motivos.³⁰ Não apenas os déficits habituais, como a pouca idade da pessoa, podem impedir o desenvolvimento de uma norma que possa ser seguida. Também devido a circunstâncias situacionais, não se pode esperar que mesmo um cidadão adulto e responsável, que se esforce para cumprir a lei, chegue a uma determinada avaliação da situação e, conseqüentemente, se comporte de determinada maneira. Este é o caso quando o sujeito em questão não consegue compreender os motivos que justificam a legitimação de uma proibição ou a exigência legal em uma situação específica. Nessas circunstâncias, ele não pode fazer a ponderação entre os interesses conflitantes, necessária para a criação da norma.

importar. Entretanto, aplica-se o seguinte: Se o respectivo destinatário da norma na situação concreta não puder identificar nada especificamente vinculativo, não pode haver para ele qualquer obrigação concreta. – Com relação aos esforços para diferenciar entre (abstrato-geral) "norma" e (individual) "dever", veja *Kindhäuser* (nota de rodapé 3), p. 50 ss.; *Mikus* Die Verhaltensnorm des fahrlässigen Erfolgsdelikts, 2002, p. 25 ss.; *Vogel* Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993, p. 41 ss.

²⁸ Para controle de comportamento que só é possível *ex ante* ver *Frisch* (nota de rodapé 19), p. 71 s.; *do mesmo autor* Vorsatz und Risiko, 1983, p. 76, 121 ss.; *Armin Kaufmann* (nota de rodapé 23), p. 139; *Zippelius* NJW 1057, 1707 s.

²⁹ Ver *Freund* GA 1991, 387, 390 ss., 396 ss.

³⁰ Sobre a relevância das restrições à capacidade de criar e cumprir as normas para antijuridicidade e culpa na definição de crime e na aplicação da pena, ver *Frisch* FS Müller-Dietz, 2001, p. 237 ss., 251 ss.

Com tudo isso, deve-se levar em consideração que a necessária criação da norma não sai do nada. Em vez disso, existem auxílios de orientação e avaliações preliminares do sistema jurídico que o cidadão chamado a criar normas pode e deve usar. A ajuda adequada pode ser uma placa com o nome de um local que sirva como ponto de partida para justificar um limite de velocidade de 50 km/h. Com base nisso, não se aplicaria mais tal limitação se uma pessoa não autorizada removesse a placa do nome do local e não houvesse outros pontos de partida.³¹ O último pode ser derivado da construção fechada, reconhecível na beira da estrada ou, por exemplo, resultante do fato de um motorista local ter pistas sobre a retirada ilegal da placa, o que ainda poderia desencadear a validade do limite de velocidade. Se, no entanto, não existem as circunstâncias adequadas, a criação de normas se torna impossível para o indivíduo, razão pela qual não haveria, portanto, nenhuma exigência legal ou proibição de qualquer espécie. Não há necessidade de entrar em mais detalhes aqui. Há muito são conhecidos os problemas correspondentes no contexto do ato culposo, do ponto de vista da especificação da má conduta culposa-individual.

III. CONCLUSÃO E CONSEQUÊNCIAS

Leis criminais formuladas de maneira geral e abstrata não contêm quaisquer ordens de sanção específicas. Para que uma determinada pessoa X seja considerada culpada de um crime específico Y e seja punida, deve-se *criar* primeiro uma norma de decisão correspondente, à qual se aplicam outros requisitos. Isso inclui, em particular, a violação do tipo penal específico referente a uma norma de comportamento, legitimada como tal de maneira direcionada ao contexto e ao destinatário. Normas de comportamento concretas não podem ser “derivadas” de leis criminais abstratas. Em vez disso, a violação específica do crime de uma norma de comportamento constitui uma condição de aplicação essencial para o Direito Penal, quando se trata de estabelecer uma punição específica como norma de tomada de decisão nela baseada. É tarefa própria de cada cidadão responsável a criação da norma de comportamento específica que é, em primeiro lugar, relevante para ele. Nenhum comando comportamental é trazido a ele "de fora".

Essa percepção tem consequências importantes para a doutrina criminal, não se cogitando, por exemplo, uma separação entre antijuridicidade e culpa. A denúncia de má conduta só pode ser levantada contra um cidadão se a ele foi dada a possibilidade de criar e

³¹ Sobre o caso de uma placa com nome de local roubada, ver *Freund/Rostalski* AT, § 5 Para. 50 ss.

cumprir a norma de comportamento aplicável à situação concreta. Portanto, um conceito individualizante de uma única etapa do conceito de culpa, por si só, já é apropriado ao nível da antijuridicidade. Depois do que foi explicado, nem é preciso dizer que o agente doloso viola a mesma norma de comportamento do agente culposo.³² Em ambos os casos, há um erro jurídico na formação e cumprimento da mesma norma de comportamento. No caso do agente doloso, esta falha só é dada de forma especial.

Em geral, o seguinte é extremamente importante para toda a doutrina penal e para a dogmática de dosimetria da pena: se o cidadão *criou e seguiu* a norma de comportamento que lhe é relevante numa determinada situação, esta sempre perderá a sua importância *como norma de comportamento*. As normas de comportamento que, na verdade, ainda são necessárias de forma concreta em um momento posterior, nunca são pré-existentes e disponíveis. Em vez disso, elas também devem sempre ser *geradas* por seu destinatário(!), no contexto concreto e, na verdade, continuamente, com conteúdo totalmente mutável. Somente se essa tarefa constante for dominada, pode-se agir e deixar de agir de acordo com a lei. Isso também se aplica ao comportamento das pessoas no sistema de justiça criminal. Suas punições devem ser formal e materialmente legitimadas em relação ao caso individual a ser decidido. Para isso, uma lei penal geral e abstrata é necessária, como base para a autoridade de punir, mas de forma alguma é suficiente. É preciso muito mais fundamentação para legitimar um concreto veredito de culpado e punição. – Quem vê de outra forma tem que ser combatido: eles não sabem o que estão fazendo!

³² Mais sobre isso em *Rostalski* GA 2016, 73, 73 ss.; ver também *Frisch* (nota de rodapé 19), p. 33 ss., 36 ss., 40 ss.