

EDUARDO SAAD-DINIZ  
MIGUEL POLAINO-ORTS  
(ORGANIZADORES)

**Teoria da pena,  
bem jurídico e imputação**

*À Biblioteca do IBCCRIM,  
com todo meu agradecimento.*

*Eduardo  
São Paulo, 03/10/2012*

BIBLIOTECA	
Cias.	<u>343.241</u>
	<u>T29</u>
Tombo	<u>62010</u>
Data	<u>03/01/13</u>

LiberArs  
São Paulo - 2012

*Teoria da pena, bem jurídico e imputação*  
© 2012, Editora LiberArs Ltda.

Direitos de edição reservados à  
Editora LiberArs Ltda

ISBN 978-85-64783-10-2

**Editores**

Fransmar Costa Lima  
Jasson da Silva Martins  
Lauro Fabiano de Souza Carvalho

**Coordenação Acadêmica - Coleção Diké**

Eduardo Saad-Diniz

**Revisão Ortográfica**

Julia Nagle  
Patricia Magnani

**Revisão técnica**

Jasson Martins

**Editoreção e capa**

César Costa

**Impressão e acabamento**

Gráfica Rotermund

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação – CIP

T314 Teoria da pena, bem jurídico e imputação / Eduardo Saad-Diniz,  
Miguel Polaino-Orts (organizadores) – São Paulo, SP:  
LiberArs, 2012.

278 p. ; 23 cm. – (Diké ; v. 3)

1. Direito Penal - Teoria. 2. Filosofia do direito. 3.  
Responsabilidade penal. I. Saad-Diniz, Eduardo, org. II. Polaino-  
Orts, Miguel, org.

CDU 343.2.01

Bibliotecário Responsável: Daiane Cidadin Raupp – CRB 8/8750

Todos os direitos reservados. A reprodução, ainda que parcial, por qualquer meio,  
das páginas que compõem este livro, para uso não-individual, mesmo para fins didáticos,  
sem autorização escrita do editor, é ilícita e constitui uma contrafação danosa à cultura.  
Foi feito o depósito legal.

**Editora Liber Ars Ltda**

www.liberars.com.br  
contato@liberars.com.br

62011

# AS NORMAS DE BINDING E A SOCIEDADE<sup>1</sup>

Günther Jakobs

*Figueiredo Dias* é conhecido não apenas por inúmeros ordenamentos jurídico-penais europeus, mas também se identifica com sua história dogmática. Por isso mesmo espero que meu breve ensaio, que também poderia ser chamado de “*Binding* e a moderna teoria do comportamento não-permitido”, seja bem recebido pelo homenageado, sobretudo porque ele próprio recorre frequentemente às teorias de *Binding*.

## I. A linguagem da lei

Apenas esporadicamente se encontra nas atuais legislações alemãs<sup>2</sup> comandos – e nesse sentido *normas*<sup>3</sup> – que têm os potenciais autores ou partícipes como destinatários, assim em parte nas Leis Gerais dos Estados prussianos de 1794, sobretudo na formulação seguinte: “ninguém deve (...)” (2ª parte, 20º título, § 509, o preceito central sobre os “delitos privados”). Para a formulação de semelhantes normas serão desenvolvidas algumas ideias a seguir.

Antes disso, no entanto, de modo incidental, de se indicar que outras relações normativas também não mais encontram lugar de destaque nas atuais formulações de *linguagem* da legislação. Até a metade do século XIX era usual formular o tipo – na linguagem moderna – e organizá-lo de tal forma que a sua realização *deve* ser seguida de pena; na Carolina de 1532 o autor de determinada conduta será condenado à morte (art. 137, assassinato e homicídio) ou punido com a pena máxima (art. 157, furto clandestino), em que o juiz era parte do dever como destinatário. Na Josefina de 1787 predomina a formulação “(...) a pena é (...)”; mas também

<sup>1</sup> Tradução autorizada de Eduardo Saad-Diniz, do original: “Bindings Normen und die Gesellschaft”. In: COSTA ANDRADE, Manuel da/ ANTUNES, Maria João/ AIRES DE SOUSA, Susana (org.) Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. v. I, Coimbra: 2009, pp. 387-400.

<sup>2</sup> Na medida em que as seguintes leis se referenciam a direito válido, elas são bem acessíveis em Arno Buschmann, Textbuch zur Strafrechtsgeschichte der Neuzeit, 1998.

<sup>3</sup> Seja como for, encontram-se ainda isoladas. Mas de certo modo não procede que *Binding* haja “descoberto” as normas, como corresponde à opinião largamente difundida. Leia-se o decálogo ou o próprio *Binding* (Die Normen um ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts, Bd. 1, Normen und Strafgesetze, 4. ed., 1922, reimpr. 1965, p. 135; Handbuch des Strafrechts, Erstes Band, 1885, p. 159).

se encontra “(...) deve ser punido (...)” e outros mais. O já mencionado direito geral prussiano classifica geralmente a pena como *devida*, o Código penal bávaro de 1813 alternava entre as expressões “(...) a pena é (...)” e “deve ser julgado com pena”.

Essa tradição, de se fazer conhecer por meio da *linguagem* o comando judicial e a relação normativa entre conduta e pena ao potencial autor, foi rompida na metade do século XIX, e, do Código penal prussiano de 1851 em diante, passando pelo Código penal dos Estados do Norte de 1870 e pelo Código penal do *Reich* de 1871 até o atual código penal em vigor (StGB), pode-se generalizar que: quem se comportar desta ou daquela forma *será* apenado desta ou daquela outra forma. Esta é a linguagem do todo poderoso: “o senhor *irá* apenar desta ou daquela outra forma”<sup>4</sup> ou, em *Dante*, “(...) quer-se estar no lugar onde se pode o que se quer (...)”<sup>5</sup>. *Hegel* sabiamente amenizou: “O Estado (...) é a vontade substancial que se pensa e de que se é consciente e que realiza aquilo de que é consciente e na medida em que é consciente”<sup>6</sup>. Debaixo da onipotência da própria envergadura deve-se justamente observar o que se apena. “O autor foi apenado” e “ele será apenado” são dois gêneros distintos no mundo profano!

Quem descarta essas objeções antigas à linguagem usual das leis como se fossem picuinhas, não poderia se descuidar ou mesmo ignorar nem o comando normativo, nem sequer a normatividade da relação entre conduta e pena: a conduta não *deve* ser e a pena a ela *deve* seguir. Se o ser devido (*Gesolltsein*) da pena é, de sua parte, conteúdo de um imperativo (quer dizer, uma norma como no tipo referido), direcionada à instância estatal competente para aplicar a pena<sup>7</sup> ou se será “apenas” fixado o que é juridicamente correto<sup>8</sup>, ou se é o caso de ambos pode ficar aqui em aberto; pois não se trata de assinalar como são possíveis todas as normas, mas sim investigar seu conteúdo possível. Para isso basta se concentrar na sua forma mais conhecida: “ninguém deve (...)”.

---

<sup>4</sup> 2. Moisés 20, 7.

<sup>5</sup> *Dante Alighieri*, Die göttliche Komödie, traduzido para o alemão por *Philatethes*, explicado por *Kauer*, Primeira Parte, Die Hölle, 5/24. Tradução da estrofe ao português de Ítalo Eugênio Mauro: “Não impeças a sua fatal jornada,/pois lá, onde pode o que se quer,/isto se quer, e não peças mais nada”.

<sup>6</sup> Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, in: Sämtliche Werke. Jubiläumsausgabe in 20 Bänden, Bd. 7, 1952, § 257; cursivas *acrescidas*.

<sup>7</sup> Assim *M.E. Mayer*, Rechtsnormen und Kulturnormen, 1903, reimpr. 1965, p. 30, 130.

<sup>8</sup> *Binding*, Normen, Bd. 1 (nota 2), p. 7, 20, 21: será regulamentada a relação jurídico-penal entre a autoridade penal (o Estado) e o criminoso.

## II - Binding

Pelo visto esta norma, a que *Binding* dedicou uma monografia em quatro volumes<sup>9</sup>, trata-se daquela cujo princípio é formulado de modo claro e convincente: o criminoso não infringe a lei penal, mas sim age na medida da descrição do tipo penal<sup>10</sup>. A lei penal deve preceder “a lei infringida pelo criminoso”, mas “conceitual e regularmente, e não necessariamente temporal”<sup>11</sup>. *Binding*: “dá-se o nome de *normas* àquelas regras jurídicas que prescrevem os limites de seu comportamento, dado que o criminoso pode apenas infringir a regra”<sup>12</sup>. Mas o que essas normas têm a informar? *Binding* pondera três formulações: (1) quem age assim, deve sofrer a pena<sup>13</sup>; (2) “Não deveis, sob pena”<sup>14</sup>; (3) “Não deveis (proibição, *G. J.*) ou deveis (dever, *G. J.*)”<sup>15</sup>. A primeira formulação é descartada por *Binding* pela consideração de que estaríamos “acostumando a observar o delito como proibição”<sup>16</sup>, que já poderia bastar como argumento. No centro da resolução da segunda formulação está o argumento de que a ameaça penal pode ser eficaz apenas em relação àquele criminoso que conta com a sua descoberta, e com isso o direito convenceria qualquer aceitação do autor<sup>17</sup>; isso também poderia bastar.

O plano argumentativo da terceira formulação não é tão simples; já que *Binding* pretende fundamentar a norma em relação à lógica (“conceitual”) da lei penal, quer dizer, *per se* não como uma norma com uma sanção, ou seja, assim como *Binding*, *lex imperfecta*<sup>18</sup>. Por certo que *lege imperfectae* são duvidosas como normas *jurídicas* desde tempos remotos em *Thomasius*<sup>19</sup>; elas pertencem aos meros *consilia* e estão mais próximas da

---

<sup>9</sup> Serão citados da forma seguinte: Bd. 1, (nota 2); Bd. 2, Schuld und Vorsatz, Hälfte 1: Zurechnungsfähigkeit, Schuld, 2. ed., 19114, reimpr. 1965; Bd. 4, Die Fahrlässigkeit, 1919, reimpr. 1965. – Sobre isso, entretanto, “clássico”: *Armin Kaufmann*, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik, 1954. – Registro de outras fontes literárias sobre as teses de *Binding*, em *R. von Hippel*, Deutsches Strafrecht, Erster Band, Allgemeine Grundlagen, 1925, p. 19, nota 1.

<sup>10</sup> Normen, Bd. 1 (nota 2), p. 4.

<sup>11</sup> Normen, Bd. 1 (nota 2), p. 4 – A lei penal é sempre lógica e na maioria das vezes temporalmente anteposta à lei infringida.

<sup>12</sup> Normen, Bd. 1 (nota 2), p. 7 – *Binding* conduz suas investigações não apenas por interesses isolados na lógica normativa, senão que pretende alcançar o conhecimento da “teoria dos delitos e seus aspectos da culpa”.

<sup>13</sup> Normen, Bd. 1 (nota 2), p. 37.

<sup>14</sup> Normen, Bd. 1 (nota 2), p. 38.

<sup>15</sup> Normen, Bd. 1 (nota 2), p. 42.

<sup>16</sup> Normen, Bd. 1 (nota 2), p. 37.

<sup>17</sup> Normen, Bd. 1 (nota 2), p. 37, 63.

<sup>18</sup> Normen, Bd. 1 (nota 2), p. 37, 63.

<sup>19</sup> *Chr. Thomasius*, Fundamenta Iuris Naturae et Gentium, 4. ed., 1718, reimpr. 1979, Pr. IX; I Cap. V § 34.

eticidade (*Sittlichkeit*) do que do direito<sup>20</sup>. Mas *Binding* traz complicações a si mesmo aqui: não é a *punibilidade* de comportamentos contrários à norma que separa o direito da moralidade, mas sim a *coercibilidade* dos comportamentos conforme a norma<sup>21</sup>, e coercível é definitivamente a observância ilimitada da norma *jurídica* (especialmente quando ela é tão vigorosa a ponto de poder acarretar uma pena com o seu rompimento). Mas também se trata de *lex imperfecta* quando a norma deixa imprecisa a apresentação moral da formulação que abrange o “aja bem” ou “evite o pior”.

Mas o que precisamente querem dizer as normas? *Binding* pondera especialmente sobre a possibilidade de se limitar aos comportamentos dolosos, quando a lei penal se referencia apenas a condutas dolosas<sup>22</sup>, mas já se vê que critica essa possibilidade: não devem ser contrários à norma apenas determinados tipos de comportamento descritos (como nos delitos de perigo abstrato, de que *Binding* trata a exemplo dos “delitos policiais”<sup>23</sup>, mas sim – na proibição – de toda “produção” de “resultado lesivo” ou – no dever – com a falta de “resultado benéfico”<sup>24</sup>; “a norma busca impedir todo resultado, pretendendo conduzi-lo”<sup>25</sup>. Então a norma quer dizer: “não deveis em absoluto matar, em absoluto manter relações de bigamia, (...) em absoluto manter ninguém em cárcere, (...) etc.”<sup>26</sup>. Com essa formulação *Binding* não pretende dispor sobre a proibição da causação (agir) ou do dever (omitir); já é o espírito de sua teoria que a norma deve ser “impregnada na cabeça” dos seus destinatários<sup>27</sup>.

Mas o que significa “não deveis em absoluto matar”<sup>28</sup>? Também significa que (1) não deveis sair com vossa carruagem (para que ninguém acidentalmente escorregue e venha a sofrer lesões letais sob vossas rodas)<sup>29</sup>, (2) não deveis destilar vossa bebida (a fim de que ninguém a beba até a morte)<sup>30</sup>, (3) não deveis permitir que vosso ferreiro acenda o

<sup>20</sup> Assim também *Binding*, Normen, Bd. 1 (nota 2), p. 43.

<sup>21</sup> *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, in: Kant's gesammelte Schriften, Akademie-Ausgabe, Bd. 6, 1907, p. 203, 231: “(...) portanto, com o direito simultaneamente há uma autorização (...) que o vincula para obrigar frente ao que lhe causa rupturas”.

<sup>22</sup> Normen, Bd. 1 (nota 2), p. 53; Normen, Bd. 2 (1) (nota 8), p. 370; Normen, Bd. 4 (nota 8), p. 341.

<sup>23</sup> Normen, Bd. 1 (nota 2), p. 53, 312 e frequentemente.

<sup>24</sup> Normen, Bd. 1 (nota 2), p. 52.

<sup>25</sup> Normen, Bd. 1 (nota 2), p. 52.

<sup>26</sup> Normen, Bd. 1 (nota 2), p. 54.

<sup>27</sup> *Binding*, Normen, Bd. 1 (nota 2), p. 243, Bd. 2 (1) (nota 8), p. 82, 117 e frequentemente. Expressão original: “durch den Kopf der Adressaten laufen muss”.

<sup>28</sup> Sobre isso veja-se também *Jakobs*, La imputación objetiva en derecho penal, Bogotá 1994.

<sup>29</sup> Agir no risco permitido; sobre *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. ed., 1991, 7/35.

<sup>30</sup> Auto-colocação da vítima em perigo; sobre *Jakobs* (nota 28), 7/51.

fogo (pois ele poderia ser pouco atencioso e causar um incêndio que venha a matar alguém)<sup>31</sup>, e finalmente (4) não deveis devolver o machado àquele que estiver em estado alterado (pois ele poderia golpear um indivíduo)<sup>32</sup>? Então a norma requer que seja abarcado qualquer movimento da vida que possa trazer consequências maléficas (e que sua consumação esteja relacionada com o risco de condução a consequências maléficas e *vice versa*)?

### III – M.E. Mayer

Seria um direito ilusório (*lebensfremd*) se, de forma grosseira, desconsiderasse as situações cotidianas da vida social em suas exigências (exigências essas que em outra etapa da imputação será excluída de forma vexatória). M.E. Mayer, tido por *Binding* como um veemente e combativo opositor - mas que ele bem poderia tê-lo recebido como colaborador científico - opõe-se e principia a sua teoria das normas (como resultado de um certo exagero) com as situações cotidianas da vida social, com as “normas de cultura”<sup>33</sup>.

Segundo M.E. Mayer o direito - e também o direito penal - constitui, assim genericamente, as regras de cultura já normativamente estruturadas e que erguem o edifício da vida cotidiana<sup>34</sup>. “Recorro à expressão ‘normas de cultura’ como nome genérico para o conjunto dos deveres e proibições que se aproximam do indivíduo como exigências religiosas, morais e convencionais de suas relações e ofícios”<sup>35</sup>. O direito também pertence à cultura, mas não é reconhecido pelos cidadãos - em M.E. Mayer não é destinado ao cidadão, mas sim, enquanto norma, aos órgãos de Estado<sup>36</sup> -, antes disso o complexo de normas de cultura subjacentes<sup>37</sup>. Se o direito se distancia da cultura - no uso judiciário - e

<sup>31</sup> Agir na confiança permitida; sobre *Jakobs* (nota 28), 7/51.

<sup>32</sup> Condição da proibição de regresso; sobre *Jakobs* (nota 28), 24/13 - em “perceptível predisposição aos fatos” a proibição de regresso não deve valer, segundo *Roxin* (*Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. 1, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. ed., 2006, 24/27). Mas como o devedor deve reagir se o credor o acusar no vencimento do benefício?

<sup>33</sup> M.E. Mayer, *Rechtsnormen* (nota 6), contínuo.

<sup>34</sup> M.E. Mayer, *Rechtsnormen* (nota 6), p. 14, 17, 49; M.E. Mayer, *Rechtsphilosophie*, 3. ed., 1933, p. 37; M.E. Mayer, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2. ed., 1923, p. 37 e 44.

<sup>35</sup> M.E. Mayer, *Rechtsnormen* (nota 6), p. 17.

<sup>36</sup> *Rechtsnormen* (nota 6), p. 30, 130 e frequentemente. - Comparável com a teoria de *Kelsen* - “dever” (*Sollen*) como imposição ou permissão de um ato de coação (*Reine Rechtslehre*, 2. ed., 1960, p. 26, 124). - M.E. Mayer fundamenta o direito também como conexão lógica dos comportamentos no âmbito *interno* do Estado (sobre, *Jakobs*, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, p. 3, nota 9), todavia, à diferença de *Kelsen*, inclui fundamentações *externas* ao direito, que fazem penetrar no direito relações de finalidade.

<sup>37</sup> *Rechtsnormen* (nota 6), p. 17.

não volta a “experimentá-la”<sup>38</sup>, então pode apenas aparecer ao “indivíduo”<sup>39</sup> como “sem justificação”. Formulado drasticamente, se a norma jurídica deixa de interessar aos cidadãos, eles também não podem conhecê-la; a eles deve ser acessível sua fundamentação material, vale dizer, a estrutura normativa da cultura<sup>40</sup>.

De acordo com essa concepção, em sentido material o injusto é a contrariedade à cultura. Apesar de *M.E. Meyer* reconhecer o rendimento da orientação normativa à dogmática<sup>41</sup>, neste ponto ele também vê uma oposição intransponível: *Binding* não admite a mesma ideia de que “ilícito é o que não é lícito”<sup>42</sup>. “*Binding* fundamenta internamente a essência da contrariedade ao direito, ao passo que ela pode ser verificada apenas externamente. Por conseguinte, as concepções culturais, as (...) finalidades sociais, que (...) *Binding* (...) também deve considerar em análises específicas, não encontram espaço na teoria das normas. Apenas com falsos instrumentos as prescrições jurídicas (“normas”) que estão no âmbito do direito não positivado criam condições de ingressar no império do direito”<sup>43</sup>. Aí se chega ao tendão de Aquiles da teoria da norma em *Binding*; constantemente *Binding* se debateu<sup>44</sup> com a reprovação da insubordinação de uma violação à norma, elaborando-se um critério apenas formal em sua formulação posterior, “como núcleo, a lesão a um bem (*Gutsverletzung*)<sup>45</sup> está oculta nas barreiras da desobediência”, bem descreve o problema como a sua solução.

Obviamente que no sistema de *M.E. Mayer* se pode responder ao – retórico – questionamento acima dirigido a *Binding* a respeito da contrariedade à norma pelo condutor da carruagem ou produtor de bebida alcoólica etc.: com a falta de normas culturais proibitivas. Seja como for, *M.E. Mayer* desenvolve aí também – é certo que não nominalmente, mas o faz – o conceito de comportamento não permitido. Negligente pode ser apenas o que contradiz um “dever” (*Sollen*), e esse dever se refere ao “círculo de obrigações em que está o autor, ou o que dá no mesmo, às normas de cultura reconhecidas pelo Estado. Elas são independentes da civilidade ou incivilidade do autor interessado e também de todas as outras circunstâncias que dadas subjetivamente, sobretudo porque aí se tem a ideia de delimitação do dever, antes que

---

<sup>38</sup> Rechtsnormen (nota 6), p. 23.

<sup>39</sup> Rechtsnormen (nota 6), p. 22, 26.

<sup>40</sup> Rechtsnormen (nota 6), p. 74, também p. 18, 28; Strafrecht (nota 33), p. 234.

<sup>41</sup> Rechtsnormen (nota 6), p. 130, 133; Strafrecht (nota 33), p. 175.

<sup>42</sup> Strafrecht (nota 33), p. 177.

<sup>43</sup> Strafrecht (nota 33), p. 177.

<sup>44</sup> Especialmente digno de leitura, a cuidadosa crítica de *Merkel*, Die Lehre von Verbrechen und Strafe, org. *Liepmann*, 1912, p. 10.

<sup>45</sup> Normen, Bd. 1 (nota 2), p. 365; cursiva no original.

algum sujeito possa comportar-se negligentemente”<sup>46</sup>. Manifestamente, isso não apresenta mais do que a teoria do comportamento não permitido – para a contrariedade ao direito, a seu tempo, cinde-se em relação aos escalões tradicionais do delito de exposição ao risco não permitida (*unerlaubt Riskant*) para o risco permitido (*erlaubtes Risiko*), avança ainda mais *M.E. Mayer*<sup>47</sup> –, mas essas reflexões de *M.E. Mayer* trazem algo mais do que a norma de *Binding* “não deveis matar em absoluto”<sup>48</sup>.

#### IV – De novo *Binding*

*Binding* reagiu ao conceito de *M.E. Mayer*, com acuidade e que hoje seria mesmo hilariante: “essa teoria por suas meias-verdades tem a virtude de que nela tudo é falso”<sup>49</sup>. Sua fundamentação para esse veredicto radical diz: “é uma humilhação dos juristas indigna para o direito, quando ele toma por necessária a sua existência (*Dasein*) uma outra “justificação” do que aquela que a própria vontade comum (*Gemeinwille*) deduz da conhecida livre necessidade do regramento da comunidade (*Gemeinschaftsregelung*)”<sup>50</sup>. Por conseguinte, as “normas de cultura” devem se tratar “[...] da mais odiosa criação de dogmática jurídica contaminada pela sociologia”<sup>51</sup>. Em uma formulação moderna, significa que apenas o sistema *jurídico* decide o que é lícito e o que é ilícito. Por certo que não se pode simplificar *M.E. Mayer* desta forma; a *autonomia* do direito para decidir sobre lícito e ilícito é *uma coisa*, os *critérios* de decisão são, do contrário, *uma outra*, ou, para dizer em outras palavras, o direito pode muito bem decidir de forma independente, se a percepção das normas de cultura bastam para a fundamentação da culpabilidade jurídico-penal (assim como o *direito* comercial decide de forma autônoma, quando as *práticas* comerciais são relevantes para a determinação do lícito e do ilícito).

*Binding* não é de todo refratário a semelhantes reflexões, como aponta em suas ideias sobre o “risco moderado” (*massvolles Risiko*)<sup>52</sup>, em que se apoia para permitir uma solução plausível e ponderada sobre os casos *supra* elaborados<sup>53</sup>, por certo não como resultado de um comportamento *conforme à norma*, mas um comportamento *ofensivo à norma* com

---

<sup>46</sup> Strafrecht (nota 33), p. 253, sob indicação no mesmo sentido do § 276, Abs. 1, Satz 2, BGB a. F. (“Age com negligência quem não observa o cuidado necessário no trânsito”), p. 254, nota de rodapé 6.

<sup>47</sup> Strafrecht (nota 33), p. 197.

<sup>48</sup> Como nota 25.

<sup>49</sup> Normen, Bd. 2 (1), (nota 8), p. 368 – no original também ainda é destacado.

<sup>50</sup> Normen, Bd. 2 (1), (nota 8), p. 369.

<sup>51</sup> Normen, Bd. 2 (1), (nota 8), p. 370.

<sup>52</sup> Normen, Bd. 4 (nota 8), p. 432.

<sup>53</sup> Não o quarto caso (proibição de regresso), que condensa em si um perigo no delito.

“exclusão da antijuridicidade”<sup>54</sup>. Mas como se pode chegar à imputação de uma ofensa à norma – não matar “em absoluto”<sup>55</sup> – para a consideração de um risco moderado? *Binding* constata que em quase todas as ações “os perigos ou lesões ao direito” não poderiam ser desconsiderados<sup>56</sup>, e quando se produz um resultado se está por mostrar “que o direito escrito passa sem quase todas as leis no domínio da dinâmica do direito. Uma série de lacunas do direito são reveladas no interior das leis formuladas”<sup>57</sup>. Essas lacunas devem, assim como em *Binding*, ser extraídas da ciência<sup>58</sup>, mas “desde tempos remotos” já haviam sido elaboradas também “regras (...) sobre a dimensões da admissibilidade do risco”<sup>59</sup>, e “há um substancial assentimento (!) que os juízes devem bem incorporar o seu conteúdo na formulação de seu juízo”<sup>60</sup>. – Particularidades da determinação do risco moderado – *Binding* situa a probabilidade do dano (*Schadenwahrscheinlichkeit*) e a relevância do dano em contraposição à prescindibilidade ou imprescindibilidade da ação<sup>61</sup> – não devem ser abordadas aqui em favor da investigação como a determinação do risco moderado deve chegar às normas de cultura (!) e não de outra coisa se trata as “regras” e os “assentimentos”.

*Binding* é um positivista *jurídico*, mas não um positivista da *lei*. Direito é para ele uma realização de autoridade da “regulação oportuna de um comportamento social” (!) e se constitui por meio de dois “atos”, vale dizer, primeiro a “expressão de um pensamento jurídico” (um “projeto de lei”) e segundo a “expressão de uma vontade jurídica”<sup>62</sup>. Mas – e isso estende tremendamente a matéria jurídica – ambos os atos não podem, segundo *Binding*, ser efetivados apenas pela fala ou escrita, mas também “concludente” (*konkludent*)<sup>63</sup>, de tal forma que ao lado do direito “positivado” (*gesetze*) esteja o “não-positivado” (*ungesetze*), geralmente representado como direito consuetudinário, uma representação recusada por *Binding*, porque não é o costume, mas sim porque os representantes da “vontade coletiva” assim decidiram a “aprovação implícita” das “fontes

---

<sup>54</sup> Normen, Bd. 4 (nota 8), p. 432, nota 1 (p. 433). – Se *Binding* não se limita à norma, então surpreende que ele entenda, com acuidade, que os fundamentos de justificação não alcancem uma solução de um conflito de bens ou interesses mediante um risco moderado; p. 432 na nota 1 – também *M.E. Mayer* conhece a solução a partir do escalão da antijuridicidade *ao lado* da abrangência das normas de cultura; *supra*, nota 46.

<sup>55</sup> Como nota 25.

<sup>56</sup> Normen, Bd. 4 (nota 8), p. 433.

<sup>57</sup> Normen, Bd. 4 (nota 8), p. 436.

<sup>58</sup> Normen, Bd. 4 (nota 8), p. 438.

<sup>59</sup> Como nota 57.

<sup>60</sup> Normen, Bd. 4 (nota 8), p. 439.

<sup>61</sup> Normen, Bd. 4 (nota 8), p. 440. – Não há dúvida de que essa ponderação não é possível sem a consideração das normas de cultura.

<sup>62</sup> Handbuch (nota 2), p. 197, 203, também p. 3.

<sup>63</sup> Handbuch (nota 2), p. 198, 199.

do direito” sobre os caracteres jurídicos<sup>64</sup>. “O direito não-positivado é a vontade da fonte do direito, na medida em que é esclarecido de outro modo que não a forma de lei”<sup>65</sup>. Ademais, no entendimento de *Binding*, toda regra jurídica de mesma hierarquia são “regras jurídicas latentes”<sup>66</sup>, que podem ser esclarecidas: por meio de uma interpretação retificadora da formulação dos pressupostos implícita das regras jurídicas, pela analogia e outros ainda<sup>67</sup>. – Um positivista assim generoso, como *Binding* o é, toma a regra jurídico penal *nulla poena* como o espartilho que constringe a dinâmica do direito<sup>68</sup>, e quando *Binding* assume que sem os grilhões dessa regra seria constituída uma aceitação geral do direito não-positivado, algo não muito distante do que seria a admissão de uma auto-regulação da *sociedade*.

Não basta para o positivismo jurídico de *Binding* a determinação do direito escrito e não-escrito, o que ele pretende é mais do que isso, conceber o direito também em sua função: “agora se posiciona (...) no conceito de ordenamento da racionalidade (*Ordnung der Vernünftigkeit*). Uma ciência do ordenamento do gênero humano não pode prescindir de conceituá-lo em sua racionalidade nem de verificar sua finalidade (*Zweckhaftigkeit*)”<sup>69</sup>, e por isso mesmo a ciência do direito “furta-se à observação sobre as regras da vontade jurídica e encontra indicados, desde fora, os pensamentos sobre o por quê e o para quê”<sup>70</sup>. Essa teleologia deve ser consistente para que a ciência do direito possa criticar não apenas o “por quê e para quê” do direito e oferecer sugestões de melhoria<sup>71</sup>, mas sim em conexão com a aplicação do direito para iniciar a interpretação (e não: modificação) do direito positivado e não-positivado sob o aspecto essencial (*Leitaspekt*) do ordenamento, do “por quê e para quê” racionais, irrompendo assim, sobretudo pelos raciocínios por analogia, as normas de cultura – o “por quê e para quê” é fundamentado *externamente* ao direito – também no sistema de *Binding*. Em outras palavras, a questão sobre “por quê e o para quê” não se deixa responder pelo direito em isolamento, antes demanda também uma – com a palavra injuriosa para *Binding*<sup>72</sup> - perspectiva “sociológica”, de se dizer, uma perspectiva no estado de desenvolvimento relativo à sociedade, e entre

---

<sup>64</sup> Handbuch (nota 2), p. 197, 203, também p. 3.

<sup>65</sup> Handbuch (nota 2), p. 200.

<sup>66</sup> Handbuch (nota 2), p. 210; 202, também p. 11; já *Binding*, Strafgesetzbegung, Strafjustiz und Strafrechtswissenschaft in normalem Verhältnis zu einander, ZStW 1 (1881), p. 4, 18.

<sup>67</sup> Handbuch (nota 2), p. 201.

<sup>68</sup> Handbuch (nota 2), p. 17, 2009.; ZStW 1 (nota 65), p. 4, 11; Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil, Erster Band, 2. ed., 1902, p. 21; sobre isso, *H.-L. Schreiber*, Gesetz und Richter, 1976, p. 169.

<sup>69</sup> Handbuch (nota 2), p. 13.

<sup>70</sup> Handbuch (nota 2), p. 13; ZStW 1 (nota 65), p. 17, 18: “necessidades vitais”.

<sup>71</sup> *Binding*, Handbuch (nota 2), p. 14.

<sup>72</sup> Como nota 50.

uma orientação à vontade dos deuses e o estímulo a uma frágil funcionalidade das interações globais permanece possível em variados aspectos.

Assim como já foi mencionado<sup>73</sup>, M.E. Mayer advertiu que “concepções culturais ou, se a expressão é preferível, os fins sociais” e “*Binding* naturalmente também teria recorrido a elas em investigações específicas”<sup>74</sup>, daí porque dificilmente se pode contradizê-las. *Binding* pretende elaborar o conceito de direito “em relação à história, à totalidade do direito, e não da linguagem cotidiana e da dinâmica do direito em um determinado tempo”<sup>75</sup>, mas concebido a partir de uma “totalidade (...) da dinâmica do direito” que não seja aquela introduzida pelas “concepções culturais” ou pelas “finalidades sociais” perseguidas, seria então uma tarefa em vão, *a fortiori*, se devemos recorrer ao “contexto histórico”.

#### V. Normas capazes de comunicação (*Anschlussfähige Normen*)

Como a autopoiese do sistema jurídico não impede que a sociedade em si se reproduza, como então o temor ao contato (*Berührungssängste*), nessa medida, é inadequado, mais ainda, como qualquer outro procedimento do direito está confinado em um nicho no qual permanece sem efetividade na ausência de acoplamentos estruturais, equiparável a uma religião em decomposição, deve-se finalmente perguntar como se pode entender a norma de *Binding* “não deves em absoluto matar”, se o direito decide levar em conta “conceitos culturais” – claro que sob estrito controle, se não é o caso de uma não-cultura (*Unkultur*).

A cultura se dedica às análises de que se valem os juristas, por razões técnicas, para a elaboração do delito, apenas o condicionando. Em uma sociedade bem organizada essas análises correspondem – dos juristas aos administradores – a um sentido de particularidade (*Separatsinn*), no entanto sem que esse sentido de particularidade, a sua vez, possa também comunicar. Se então o direito encaminha ao mundo a norma “não deves em absoluto matar”, significa que as pessoas capazes de comunicação, e nesse sentido cultivadas, formularam questão ao direito, que então significaria “em absoluto” e “matar”, e, quando a resposta for não se deve *dar causa* à morte de um indivíduo<sup>76</sup>, o comando perde sua legitimidade: ele passa a ser, sem dúvida, ditado a alguém que não conhece e nem considera a estrutura *normativa* da sociedade, e por isso mesmo não pode se comunicar – com sentido – em relação a um comando na sociedade

---

<sup>73</sup> Texto na nota 42.

<sup>74</sup> Strafrecht (nota 33), p. 177.

<sup>75</sup> (nota 67), p. 3.

<sup>76</sup> “Dar causa” no sentido das condições conforme a lei; sobre, *Engisch*, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, p. 21.

dada. Bem independente de que comando orientado ao impossível não possa, de qualquer forma, efetivar-se (um “com os melhores esforços” é imanente a todos os comandos)<sup>77</sup>, não basta *categorialmente* a proibição de causação (ou um dever causal de socorro): em uma sociedade com intensas interações em rede, um comportamento socialmente adequado<sup>78</sup> pode causar cursos danosos, e por isso mesmo não admite constituir uma orientação por meio da rigidez da causalidade possível. Quem pretende razoavelmente comunicar um comando (capaz de comunicação) deve integrar no comando a estrutura *normativa* da sociedade, e isso significa que o comando tem pouco a dizer enquanto proibição, nenhuma morte poderia ser causada (nem mesmo limitada aos melhores esforços), mas sim ninguém deveria ser *responsável* pelo curso danoso (em que a responsabilidade, em regra<sup>79</sup>, por um delito comissivo consumado não vem desacompanhada de causalidade).

Se essa responsabilidade pressupõe também a falta de justificativas e a culpabilidade dada<sup>80</sup>, de tal forma que quanto ao resultado a norma seja “culpa evitável de homicídio”<sup>81</sup>, deve ser aqui deixada em aberto; seja como for, é possível formular no caso de justificativa dada que ao autor foi permitido matar, e no caso de ausência de culpabilidade, ele matou contra o direito, porém sem culpa. Nas quatro hipóteses acima elaboradas, a causalidade do comportamento *permitido* não se deixa anunciar, a sua vez, sem espasmos de linguagem, e também linguagem especializada, que se trata de um comportamento homicida. Isso *deve* ser assim; pois os conceitos de um comportamento social relevante absorvem ou a estrutura normativa da sociedade em si ou apenas permanecem como mero conceito *parcial* que deve ser normativamente complementado. “Matar”, como comportamento social (e não como mordida de um animal etc.) significa então “causar objetivamente a morte de forma imputável”, também significando: “tornar-se *responsável* pelo curso da morte”. Poder-se-ia, com a formulação de *Binding*, conceber o proibido (ou a sua maneira também o dever) não apenas como parte da natureza, mas sim como acontecimento *social* e organizado em *estrutura* normativa.

Essa interpretação do comando normativo, com base no sentido *social*, não é uma versão contorcida da teoria de *Binding*? Segundo ele, não se trata, ao menos expressamente, de uma comunicação *social* no sentido da norma como “fonte do direito” até a “cabeça dos destinatários”. *Silva*

---

<sup>77</sup> Sobre *Binding* veja-se *supra* nota 26 e em seu texto.

<sup>78</sup> Sobre isso, que o comportamento não permitido se inclui *in nuce* na teoria de *Welzel* da adequação social, *Cancio Meliá*, *Finale Handlungslehre und objektive Zurechnung. Dogmengeschichtliche Betrachtungen zur Lehre von der Sozialadäquanz*, GA 1995, p. 179.

<sup>79</sup> Para as exceções, *Jakobs*, *Beteiligung durch Chancen- und Risikoaddition*, in: *Puttke et al*, org., *Strafrecht zwischen System und Telos* (Herzberg-Festschrift), 2008, p. 395.

<sup>80</sup> Em *Binding*, veja-se *supra* nota 26 e em seu texto.

<sup>81</sup> Sobre, *Jakobs*, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992, p. 41.

Sánchez investigou a compatibilidade das concepções dogmáticas da norma com as da expectativa social, e atingiu os resultados seguintes: "(...) de minha parte, entendo que os conceitos de norma (...) são compatíveis"<sup>82</sup>. Eu o formulei de forma um pouco mais cautelosa: genuinamente, essas concepções *não são* compatíveis, mas elas se *tornam* quando se secciona artificialmente a teoria das normas em *Binding* relativamente ao que ela pode render nas expectativas institucionalizadas, a saber, na compreensível semântica de comportamento. Sabe-se que isso mancha a pureza da lógica normativa, com especial menção às elaborações de *Armin Kaufmann* baseadas na teoria de *Binding*<sup>83</sup>. Desde a lógica da abstração social, ou seja, vazia e nesse sentido um espaço *puro*, converte-se em lógica de uma sociedade concreta e por isso mesmo um espaço *impuro* – definitivamente prático.

## VI. Resumo<sup>84</sup>

1. A normatividade decorre da lógica das leis penais e não do que é hoje a sua formulação corrente (I).

2. *Binding* representa a norma "conceitualmente" subjacente à lei penal com a maior extensão possível: "não se pode pura e simplesmente (...)" (II).

3. *M.E. Mayer* retira a norma da cultura normativamente estruturada. Por isso, não se pode contrário à norma um comportamento socialmente adequado (consonante com a cultura) mesmo em caso de resultado lesivo (III).

4. Embora rejeitando o pensamento de *M.E. Mayer*, também *Binding* se vê, por seu turno, forçado a considerar as "normas de cultura" na interpretação do direito (como, por exemplo, um "risco massivo" em sede de ilicitude) (IV).

5. Uma norma "capaz de comunicativo" não proíbe ou impõe pura e simplesmente que se causê (fazer) ou que se impeça (omitir) um resultado, mas ordena a criação de condições para que se evite o curso da produção de um resultado: a norma conforma-se à estrutura normativa da sociedade (V).

---

<sup>82</sup> *Silva Sánchez*, Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas, in: *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, 2001, p. 559, 566.

<sup>83</sup> Como na nota 8.

<sup>84</sup> Resumo facultado pelo autor e traduzido do original alemão por Manuel da *Costa Andrade*, que, note-se, optou por "não se pode pura e simplesmente (...)" para traduzir "Ihr sollt überhaupt nicht (...)".