

DA CULPABILIDADE NORMATIVA

ODIN AMERICANO

SUMÁRIO : A culpabilidade normativa e seus problemas. 2 — Conceito de culpabilidade. — Fundamento da culpabilidade. 4 — Imputação objetiva e subjetiva. 5 — Motivação censurável. 6 — Estrutura da culpabilidade. 7 — A norma violada. 8 — Objeção de Mezger. 9 — Objeção de Moro. 10 — Conclusão.

A expressão *culpabilidade normativa* encontra-se hoje, perfeitamente integrada na linguagem jurídico-penal, muito embora seja justo reconhecer-se que não se trate de um assunto pacífico. Mezger, que é um dos mais proeminentes normativistas, pela sistematização que fez da teoria, no seu tratado, ressalta que, se o termo concepção normativa da culpabilidade chegou a ser hoje um lugar comum, não se diga que tenha ganho em clareza.

Pode-se dizer que a concepção normativa da culpabilidade encontra-se em fase de elaboração, tais são as divergências que separam os normativistas. Assim, uma corrente garante que a característica da culpabilidade normativa, reside na consciência da ilicitude por parte do agente, enquanto outros vão fundamentá-la na consciência de agir contrariamente aos princípios gerais que informam a conveniência humana. Há também os que entendem ser irrelevante o juízo do agente, porque definitivo é o julgamento do juiz. Mas não se esgotam as divergências. Se há quem fundamente o juízo de reprovação na violação de uma norma de direito outros tantos vão divisá-lo na violação de uma norma de dever. Ora se admite que as causas de exculpação estão tipificadas, ora que existem causas supra-legais de desculpa.

2 — Conceito de culpabilidade.

Segundo a concepção psicológica, entende-se por culpabilidade a relação psicológica existente entre o agente e o fato. «O progresso intelectual volitivo que se desenvolve no autor, no momento do delito e referente a êle, exgota a noção da culpabilidade» (Ricardo Nuñez,, *La Culpabilidad nel C. Penal*, pág. 3). A voluntariedade do fato ou a sua causação por imprudência, imperícia, etc., levam à conclusão de que houve culpabilidade do agente, donde a conclusão de V. Liszt de que a relação subjetiva entre o ato e o agente, exgota a noção e o conceito de culpabilidade.

Duas são as espécies de culpabilidade, segundo os psicologistas: o dolo e a culpa. Tanto o dolo como a culpa representam isoladamente, a culpabilidade, no seu conceito integral. Há culpabi-

lidade, com dolo do agente, quando a conduta é voluntária, e há culpa, quando o resultado é causado por imprudência, negligência, etc..

A nova concepção transtorna essa afirmação porque procura definir a culpabilidade como uma qualidade da relação psíquica, ou como a censurabilidade da conduta do agente, por não fazer o que deveria ter feito. O nexó psicológico é portanto insuficiente para caracterizar a culpabilidade.

Diferem profundamente as duas conceituações. Se para o psicologismo o dolo e a culpa esgotam a culpabilidade, como espécies que são, para o normativismo, o complexo da motivação completa a sua estrutura.

Se para os psicologistas a culpabilidade é fundamento da responsabilidade, para o normativismo é também instrumento de medida da responsabilidade, já que tanto maior deve ser a pena quanto maior a censurabilidade atribuída ao sujeito.

Ricardo Nuñez destaca as diferenças:

a) Para o psicologismo a inculpabilidade se deve só a causas que afetam a existência do laço psicológico representativo da culpabilidade, enquanto para o normativismo a culpabilidade também se elimina por situações, que sem afetar o fato psíquico, influem em seu modo de ser, tornando-o anormal. Para o psicologismo, a culpabilidade se exclui por causas que afetam o processo intelectual volitivo que a constituem, enquanto que para o normativismo, também a eliminam tôdas as causas que, deixando intacto êsse processo, demonstram que o autor foi conduzido à dita situação psicológica por um processo de motivação que não é reprovável.

b) Para o psicologismo só existem causas de desculpas enumeradas na lei, enquanto para o normativismo, existem estas e outras não enumeradas (as causas supra-legais de exculpação) que se resumem no conceito da não exibibilidade de outra conduta diferente da observada e encontram seu fundamento na preponderância no ânimo do autor, de outros motivos aceitos pela ordem jurídica, sobre o motivo para não delinqüir. (La Culpa nel C. Penal, pág. 6).

Os psicologistas, refutando a nova ordem de idéias, começam por dizer que a concepção normativa complica a questão, já que não nega a relação psíquica, mas sobrecarrega-a com o juízo valorativo. E argumentam: se é necessário à estrutura da culpabilidade normativa o nexó psicológico e mais o juízo de valor sobre êsse nexó, melhor seria então que se contentasse com a existência do primeiro sem necessidade de qualquer acréscimo. É um erro, entretanto, pretender-se que se soma ao nexó o juízo de valor. O que se valora é a conduta e não a vontade, a intenção, ou qualquer outro nome que se dê ao termo, do agente, em face dos motivos que o levaram a agir.

Entre atirar bolas de neve para o ar e atirar balas de canhão, não há diferença senão no resultado que pode sobrevir. A conduta é que pode ser valorada diferentemente, fazendo com que se reprove aquêlê que põe um dinamite sob um bloco de pedra na via pública e não se censure o que explode uma pedreira com as cautelas normais. No primeiro caso o juízo de reprovação é unânime porque a imprudência é evidente, o que não acontece no segundo caso. Se o chauffeur «pisa na tábua», na via pública e fere um transeunte, pode ser punido por crime culposo assim como pode ser desculpado, conforme os motivos que o levaram a assim proceder.

3 — Fundamento da culpabilidade.

Para que se possa aceitar a teoria normativa e negar a psicológica, devemos buscar o fundamento da culpabilidade para, em seguida, verificar qual das duas teorias se adapta a êsse fundamento.

A doutrina tem afirmado pelos séculos afora, que *punitur quia peccatum est*, da mesma forma que *punitur ne peccetur*. Punir-se o que seja pecado e para que não se peque são conclusões que não se repelem. Mais difícil entretanto definir-se o que seja pecado, isto é, quando se deve aplicar a pena.

Pode-se dizer que o crime é um mal. A noção do bem e do mal é imanente ao homem. Como ser criado à imagem e semelhança do Criador, êle possui no fundo de seu espírito a noção do bem e do mal. Se não o define, sente-o, entretanto. Para o mal do delito o mal da pena. Esta é, pois, no seu mais profundo significado, não só o sofrimento de um mal, como o mal de um sofrimento, como assinala Pessina (Elementi, pág. 602). Contém em si um profundo significado e não importa apenas a idéia materialística, utilitária de uma reação. É uma noção plena de significação e que em contacto com o homem, revela a sua mais alta expressão moral.

Com a escola positiva, um pensamento racionalístico penetrou no direito penal, procurando tudo resolver à custa de raciocínios. Foi assim que se procurou fundamentar a pena, na idéia de uma fria medida defensiva. A pena funcionaria apenas como meio de defesa da sociedade, devendo ser proporcional ao impulso criminoso. A periculosidade ingressou no direito penal, justificando a punição para prevenção de crimes. Dessa maneira a rica espiritualidade da pena perdeu-se na mecânica reação defensiva. A imputabilidade moral diluiu-se para ser substituída pela concepção da periculosidade. Em vez da punibilidade como expressão de um sofrimento que dignifica a personalidade humana, surge a punibilidade como medida formal de defesa da sociedade, de tranqüilidade e de paz para os co-associados. De modo que não se sabe bem como medir a responsabilidade: se em função da gravidade da ofensa ou da peri-

culosidade do criminoso. Dessa ou daquela forma, um objetivismo grosseiro, não permite que se busque na personalidade do delinqüente os meios para a escolha da medida adequada.

Reencontrada a pena como medida de retribuição, de novo se rejuvenece a sua função e o seu caráter. A pena deve ser compreendida em função do homem e para êle polarizada. Não concebido esquelêticamente e privado do seu mais caro atributo espiritual, como um mero elemento da sociedade, uma simples parcela do todo. A punição para ser verdadeiramente compreendida deve ser retribuição pela falta cometida, evidenciando sua função educativa e de castigo. Deve ser atribuída ao culpado, atendendo à sua ação cometida, como expressão da sua personalidade, como reprovação que lhe é feita, porque recusando o motivo do dever, infringiu uma norma que lhe determinava conduta diversa.

Ora, a pena tem a função de retribuir o mal do crime com outro mal que nela se consubstancia. Para cumprir essa função de retribuição deve pressupor que o agente é um ser imputável, que sua ação representa, não somente sua vontade, mas também seu caráter, sua personalidade, suas tendências. Não pode, com rigor, impor-se uma pena fundado na imputação objetiva, nem na voluntariedade da ação, mas com justiça, quando o agente tiver sido causa física e causa moral do crime.

Para que haja causalidade moral não basta a imputabilidade moral, nem a voluntariedade, mas identificação do autor com a ação, isto é, quando o agente além de ter querido o fato, seja êste o resultado de um complexo de motivos reprováveis.

Esta a verdadeira conceituação da culpabilidade moral. Donde a conclusão de que fora da culpabilidade normativa estamos no caminho da culpabilidade, e não no seu têrmo.

A pergunta de Goldschmidt — a culpabilidade normativa é uma chama ou um fogo fátuo? — encontra sua resposta natural. Não tem ela apenas um valor construtivo como se pretendeu, mas responde integralmente às mais altas exigências do direito penal.

4 — Imputação objetiva e subjetiva.

Na censurabilidade da conduta imputável ao agente reside, portanto, a concepção normativa. É necessário uma imputação ao agente pelo resultado.

Kelsen reputou bastante para o juízo de culpabilidade a mera imputação objetiva. Desde que o agente fôsse causa do resultado, no sentido exclusivamente objetivo, proceder-se-ia ao juízo de culpabilidade, donde a inteira observação de A. Moro de que o direito como a história seguem, às vêzes, vias tortuosas para chegar ao seu destino verdadeiro.

A imputação objetiva de Kelsen aproxima o direito penal, no seu capítulo de mais refinada espiritualidade, dos primeiros dias da justiça penal. Ninguém contestará que nos tempos antigos, em que a punição se apresenta com aspectos de composição pecuniária ou de vingança, a responsabilidade penal — se é que verdadeiramente, de um direito se poderia falar — repousava na grosseira imputação objetiva, à moda Kelsen, em que o dano, o resultado contrário aos interesses individuais ou gerais, fundamentava a reação individual ou coletiva.

Ultrapassada essa fase, já não se deve falar em responsabilidade objetiva. Desde que o agente seja causa do resultado, que este lhe seja imputado objetivamente, passa-se ao exame dos motivos que levaram o homem a agir. As causas da ação as razões que decidiram o agente, irão identificar a sua personalidade, irão fornecer os dados para que se possa censurar ou não a conduta. Só então, após o balanço da motivação, poder-se-á dizer, com justiça, se o agente merece um juízo de reprovação pela sua conduta.

A justiça penal que desprezar êsses dados ponderáveis e que identificar um homem bom ou mau, sociável ou desordeiro, altruísta ou egoísta, não pode receber o nome de justiça social.

Para que haja culpabilidade é necessário imputação objetiva e imputação subjetiva, e mais que haja censurabilidade da conduta. Esta só é passível de um juízo de reprovação quando livre e consciente e quando o complexo dos motivos que determinaram o agente não fôr aprovado pela moral e pelo direito, ou quando a motivação fôr censurável.

5 — Motivação censurável.

A imputação objetiva, identificando o autor do fato, não chega a identificar o fato com o agente, o que é indispensável no direito penal.

O direito penal não exige apenas que tais e quais fatos não se realizem, mas impõe que não se realizem por motivos sociais e morais. O direito proíbe o homicídio, o furto, etc. porém reconhece que há motivos que determinam o homicídio e o furto. Não se trata de circunstâncias objetivas mas subjetivas, diante das quais qualquer sanção teria efeito mais que perturbador. Em suma, há uma imputação objetiva e outra subjetiva. A primeira não entra no mérito ou demérito da conduta e a segunda entra. O direito penal não exige simplesmente que o agente não se conduza de certa maneira, mas pretende que o homem examine as circunstâncias, pese as razões, motive-se conscientemente, de maneira livre, própria, de modo que o resultado seja o reflexo da sua vontade e do seu psiquismo.

Só assim poder-se-á censurar o agente. Só dessa maneira poder-se-á dizer que a conduta contrariou aquela que o direito esperava. Só então se lhe poderá chamar a responder pelo fato como seu, por culpabilidade sua. (Aldo Moro, *L'antigiuridicità Penale* — pág. 82).

É, pois, o complexo dos motivos um dos elementos ou melhor um dos pressupostos da culpabilidade, ao lado da imputabilidade, conferindo-lhe a qualidade de censurabilidade. É a natureza dos motivos conscientemente entendida pelo agente, de modo que fundamenta a sua decisão, que caracteriza a conduta como desaprovável e ainda como pessoal, porque o direito não aprovou tal determinação e esperava que o sujeito, naquelas circunstâncias, agisse de modo diverso. Pressupõe, assim, a culpabilidade, que a antijuridicidade foi projetada na consciência do agente que agiu contra o direito, devendo agir de modo diverso.

A consciência da juridicidade exprime a culpabilidade normativa. Advirta-se, porém, que tal consciência deve ser compreendida em termos e não literalmente, já que por força da lei, há uma presunção absoluta de que todo aquêle que age de modo diverso e contrário ao que o direito determina, não se excusa alegando ignorância.

6 — Estrutura da culpabilidade.

Nós já vimos como a culpabilidade deve ser compreendida: censurabilidade de uma conduta em virtude da infração de uma norma.

Da infração objetiva, no sentido de Kelsen, chegou-se à contrariedade objetiva de modo que ao culpado se fizesse um juízo de censura à sua personalidade. Como veremos, se a total personalidade do autor entra em linha de conta, o juízo de censura nasce da apreciação do fato isolado, entretanto.

Não se pode, no atual momento cultural, admitir culpabilidade do agente, apenas porque êle tenha sido causa do resultado. Seria um retôrno aos primeiros tempos do direito penal, uma negação de tanto trabalho e sobretudo, um esquecimento da função individualizadora da pena, um nivelamento retrógrado da sanção.

A culpabilidade funda-se na imputação subjetiva. Ela é o resultado de uma censura ao agente porque sua conduta é a expressão de sua personalidade e a revelação de seu psiquismo. Essa revelação obtém-se com a análise da personalidade do agente, da sua normalidade psíquica, da qualidade dos motivos, da sua força determinadora, das circunstâncias em que a decisão foi tomada. Quem age em estado de erro ou de coação, premido pelas circunstâncias, impulsionado por motivos imperiosos, por deficiente constituição men-

tal, não tem possibilidade de determinar-se regularmente, não possui liberdade de escolha. Para que se julgue a conduta, ou se a qualifique censurável, pressupõe-se que haja normalidade psíquica e liberdade de ação. Só então pode dizer-se que a conduta representa efetivamente a personalidade do agente, os seus sentimentos, o seu caráter. Só assim a ação será verdadeiramente e juridicamente culpável.

A imputabilidade implica na integridade espiritual do homem como ser superior, na capacidade de viver num mundo de valores. Imputável é aquele que não vive no mundo como coisas, que não é um mero autômato, mas que se projeta no mundo através do espírito. A imputabilidade é, pois, o sêlo da dignidade humana.

Conclui-se que a imputabilidade é um pressuposto da culpabilidade já que sem a normalidade psíquica, sem a capacidade de entender o caráter da ação, não se pode dizer que tenha havido liberdade. O inimputável é para o direito incapaz de perceber a *entonação* do comando ético-jurídico e de se *sintonizar* com êle.

Não procede a afirmação de Mezger de que «o que é pressuposto é por isso mesmo, de modo necessário, sua característica»! A capacidade de entender, a normalidade psíquica não entra na estrutura da culpabilidade para integrar seu conceito, mas apenas figura como uma *qualidade do agente*.

Na culpabilidade normativa, o que é sua característica é a reprovabilidade que naturalmente pressupõe a imputabilidade. Nem mesmo o dolo e a culpa podem ser concebidos como elementos da culpabilidade.

A censurabilidade, o juízo de reprovação recai sôbre o agente em virtude da avaliação comparativa feita entre a conduta realizada e a realizável. Se o agente agiu de modo diverso do que devia agir, apesar do poder fazê-lo, se as circunstâncias que cercam o fato não foram de natureza a neutralizar sua liberdade, sua consciência, deve êle ser responsabilizado pelo fato cometido.

A imputabilidade e as circunstâncias motivadoras dão significado ao juízo sôbre a conduta.

O autor do fato o realiza ou porque o quis conscientemente, sabendo do resultado, ou porque se desinteressou das conseqüências: em suma, ou por dolo ou por culpa, sendo, portanto, o dolo e a culpa as formas de culpabilidade. A censurabilidade constitui a culpabilidade cujas *formas* são o dolo e a culpa.

Mezger estrutura a culpabilidade como constituída dos seguintes elementos: dolo ou culpa, imputabilidade, ausência de causas de exclusão de culpabilidade.

Ora, se a culpabilidade é censurabilidade como uma qualidade que recai sôbre as demais partes integrantes do conceito, e «quando

o sujeito tenha em seu favor uma causa de exclusão de culpabilidade, atua sem culpabilidade *exatamente* como inimputável, o enfeêrmo da mente, ou como o imputável em quem, sem embargo, não concorrem os pressupostos do atual doloso ou culposo» (Trat. cit. pág. 171 e 172), fica estabelecido que esse *terceiro elemento* representa uma característica negativa da culpabilidade e que, provados os outros e ausentes este, terá que haver censurabilidade.

Entretanto o próprio Mezger conceitua o dolo e a culpa como formas de culpabilidade nas características psicológicas. Um e outro são uma situação de fato psicológica, enquanto a culpabilidade é censurabilidade, logo não fica provado, segundo sua estruturação, que haja censurabilidade nos elementos positivos, mas apenas no elemento negativo.

Procede portanto a crítica de R. Nuñez, porque efetivamente, Mezger «apesar de todos sus afirmaciones no llega a provar que la culpabilidad es, en su integridad, reprochabilidad, y que de este modo se queda, en este punto en camião de la meta del normativismo. En efeto, para que la culpabilidad sea pura reprochabilidad es menester despojarla de elementos de hecho, como son la imputabilidad, el dolo e la culpa» (Bosquejo de la Culpabilidad in Goldschmidt XXVII).

Se a imputação objetiva não tem significado para o juízo de culpabilidade, a imputação subjetiva não passa de uma plataforma sobre a qual se valora a conduta. Se houve um crime, um homicídio, um furto, uma lesão corporal causados por um homem, o primeiro problema a ser examinado é o de se definir se houve vontade do resultado. Uma vez constatado que o agente era normal, mentalmente são, imputável e que houve de sua parte conhecimento dos fatos ou previsão ou previsibilidade do evento, não se pode defini-lo como ato culpável, porque para isso, é necessário, sobretudo, que o ato seja, não apenas, mecânicamente psicológico, mas a expressão do sujeito como um valor ético-jurídico. Essa expressão ético-jurídica do fato, é o resultado de sua valoração diante das «circunstâncias concomitantes» (como se exprime a doutrina), isto é, de todas as circunstâncias que cercam o fato e que fundamentam o juízo de censura que qualifica o complexo dos motivos que levaram à ação, à conduta. Se houve a causação psíquica, a imputação subjetiva, se o agente foi a causa moral do resultado, será culpado, se se justifica a reprovação irrogada à sua conduta.

O dolo e a culpa não são elementos da culpabilidade, mas formas, espécies de sua apresentação. É verdade que Bettiol inclui entre os elementos da culpabilidade o dolo e a culpa, porém é necessário não perder de vista como se exprime o lúcido penalista

(Diritto Penale, pág. 243/244), quando define a culpabilidade como um juízo de reprovação pela perpetração de um ato lesivo de um interesse legitimamente protegido.

Percebe-se que Bettiol não pretende incluir na estrutura da culpabilidade a imputabilidade, o dolo, a culpa e a motivação normal como seus elementos, mas explica que tudo isso deve ser considerado como pressuposto, como fundamento sobre o qual recai o juízo de reprovação.

Como o dolo e a culpa, a imputabilidade não entra na estrutura da culpabilidade como elemento, nem a consciência e a vontade ou as circunstâncias concomitantes, que apenas fundamentam o juízo de reprovação.

7 — A norma violada.

Em que se funda a censurabilidade? Na contrariedade ao direito ou na contrariedade ao dever?

A resposta a essa questão colocou Goldschmidt em uma posição singular. Enquanto a unanimidade dos normativistas afirmavam que a censurabilidade se fundamenta na contrariedade à norma jurídica, Goldschmidt sustentou que não são as normas jurídicas que funcionam como modelos de valor para fundamentar o juízo de censura. Explicou que ao lado das normas de direito de natureza valorativas existem as normas éticas com função de determinação. As normas de direito apenas são de valoração objetiva. Raciocina que o direito não determina a conduta de quem quer que seja, mas apenas define o que é apreciável ou não, para a ordem jurídica. Determinação, ordem incondicional, exigência suprema, só a norma ética pode fazer. Busca na filosofia de Kant o fundamento de sua doutrina e, aplicando o pensamento filosófico ao direito positivo, diz Goldschmidt que a todo imperativo jurídico é imanente uma norma de motivação que exige que o indivíduo se motive pela representação desse imperativo.

Para Goldschmidt, uma ação tem diante da lei penal dois aspectos: por um lado, o de sua *legalidade* (conformidade com a norma de ação que ordena ou proíbe objetivamente); por outro lado, o de sua *exigibilidade* (se a norma de dever obriga ou não, ao indivíduo, a que se motive pela representação do dever jurídico).

As objeções que se lhe opuseram respondeu com precisão e justeza na sua obra *Norvativer Schuldbegriff*.

Foi negada a necessidade da norma de dever já que não existe legalidade contrária ao dever. Goldschmidt respondeu que não há legalidade contrária ao dever, existe, entretanto, contrariedade ao dever com legalidade tentada. Não se referiu à tentativa de crime, porque realisticamente, a tentativa é ilegalidade não apenas tentada,

mas consumada. Nos casos de tentativa inidônea, o que se constata é ilegalidade tentada, em que a contrariedade ao dever se exaure. Quem ministra açúcar a outrem, *pensando* ministrar arsênico, realiza *subjetivamente* uma ação reprovável, que, entretanto, não é punível porque não realiza *objetivamente* um crime. Subjetivamente não faz diferença ser arsênico ou açúcar o corpo oferecido a outrem, mas apenas objetivamente. Se não há diferença subjetivamente, a conclusão lógica será de que não é punido o agente, por falta do tipo objetivo e nunca por inexistência do tipo subjetivo. Da mesma forma, no caso de uma conduta culposa sem resultado lesivo, houve tudo que se chama imprudência, imperícia, etc., entretanto, não há crime. Certamente que ainda nesse caso, houve reprovabilidade, censurabilidade, contrariedade de uma norma que não pode ser jurídica, porque então haveria crime.

Existe identidade subjetiva entre uma conduta imprudente com resultado típico e outra sem resultado típico, logo ambas merecem o mesmo juízo e o mesmo conceito, por isso que são estruturalmente iguais. Não recebem o mesmo tratamento punitivo porque o direito positivo assim o quer.

Objetou-se que não há norma de dever de determinação e norma de direito de valoração, mas que determinação e valoração são funções diversas da norma jurídica.

Mas se se trata de funções diversas da mesma norma de direito, tanto é norma de valoração da conduta como norma de determinação ou, o injusto objetivo tanto é uma conduta sobre a qual recai em juízo de valor, como uma conduta que contravém um imperativo. Como explicar a contrariedade subjetiva, se o agente é incapaz, um inimputável, cuja ação, se não é para o direito penal reputada criminosa, é entretanto ilícita?

Se há uma valoração objetiva na ação de um louco, se ela é apreciada pelo direito, se é valorada, por que não é também reputada culpável? Se o direito exerce a função de valoração, por que se abstém de exercer a função paralela de determinação? Que afirmam os autores sobre os destinatários da norma penal?

Só se pode responder que não existe determinação porque não se trata de funções diversas de uma mesma norma, mas de normas diversas que se dirigem à conduta externa e ao complexo dos motivos subjetivamente, respectivamente.

Onde, porém, ressalta, de maneira mais convincente, a correta tese de Goldschmidt, é no exame da estrutura da culpa.

Há na conduta culposa uma dupla contrariedade. A imprudência, a infração do preceito de precaução é violação da norma de dever e a causação do resultado antijurídico, violação da norma jurídica. A primeira dirige-se à motivação, ao psiquismo do agente,

determinando o modo de agir, e a segunda valorando objetivamente a conduta.

Concebida a imprudência como violação da norma de direito, como faz E. Schmidt, como conciliar a concepção do mesmo autor que considera tal conduta impune e juridicamente irrevelante?

8 — Objeção de Mezger.

Depois de expor a tese de Goldschmidt, Mezger afirma que nos casos apontados de tentativa, culpa inconsciente, e causas de exclusão de culpabilidade, não se encontra a pretendida prova da independência das normas de direito e de dever.

Já vimos a refutação de Goldschmidt quanto à tentativa.

No caso de culpa inconsciente, diz Mezger que se pune apenas em atenção ao resultado, porém não mostra a dependência ou unidade das normas. Se se trata de violação do direito que fundamenta o juízo de censura, se na culpa existe apenas e exclusivamente contrariedade ao direito, por que não há injuridicidade na conduta culposa inócua? Por acaso, na culpa inconsciente, estamos diante da responsabilidade pelo resultado ou da responsabilidade objetiva?

No terceiro caso, afirma Mezger que a «norma de dever não é uma norma independente, ao lado da norma de direito, senão uma norma de determinação que se dirige imperativamente ao indivíduo, derivada da norma de valoração». (Trat. vol. II, pág. 19/20).

Tal derivação não se verifica senão de acôrdo com as regras estabelecidas pelo próprio direito. Tanto é assim que nos casos de ação do inimputável, não se constata a norma de determinação. O fato do inimputável é valorado da mesma forma que o do imputável, isto é, o louco que mata um homem pratica um homicídio, uma ação típica, contrária ao direito, objetivamente ilícita, mas o direito reconhece expressamente, que não é êle destinatário da norma ou do mandato de obediência.

Nas causas de exculpação, verificar-se-ia o mesmo fenômeno. Muito embora houvesse a valoração objetiva, a correlata norma de determinação não teria sido derivada, porque o direito assim o quizesse, donde a conclusão de que ainda nesses casos a independência das normas de valoração e de determinação não se poderia provar.

Em primeiro lugar, é necessário refletir porque a ação do louco é reconhecida como infratora de uma norma. O direito não nasce por geração espontânea. O direito reconhece aqui a inutilidade das normas de determinação porque o agente não tem capacidade para escolher os motivos da ação. Seria o mesmo que mandar o analfabeto escolher somente bons livros ou a boa leitura para não se corromper. Mas se a boa leitura dirige o espírito e a má leitura corrompe, não será por certo, a ordem do direito que faria reconhecer essa

verdade intangível e preexistente. Da mesma forma, quando o direito determina a escolha dos motivos «x» em vez dos motivos «y», reconhece que há motivos morais e motivos imorais, e mais ainda, reconhece que os motivos morais devem prevalecer sobre quaisquer outros.

Eis como Goldschmidt responde a Mezger e E. Schmidt quando escreve que, se o direito reconhece que as normas de autoconservação constituem as causas de exculpação é porque aceita que é mais importante para o autor, «porque diante d'ele não há nenhuma possibilidade de impor-se o ordenamento jurídico» (Culp. Normativa. pág. 21).

«As normas de dever, em sentido mais amplo, isto é, de acordo com as restrições contidas nelas de antemão, ou com as exceções feitas delas, dão o limite extremo das exigências postas à motivação, ou seja, à exigibilidade» (Goldschmidt, ob. cit. pág. 23).

9 — Objeção de Aldo Moro.

Aldo Moro, em sua obra *L'Antigiuridicità Penale*, critica Goldschmidt quanto à natureza da norma violada, pretendendo que seja a de direito, mas atesta: «Não se põe em dúvida a agudeza e o interesse dos relevos de Goldschmidt, nem o mérito de ter melhor esclarecido, através da reprovabilidade do processo de motivação, a essência da culpabilidade normativa».

Não concordando com a distinção entre norma jurídica e norma de dever cuja contrariedade justifica o processo de motivação, reconhece que «il punto però no ce le dissimuliamo, è veramente delicato e si presta assai bene a tale distinzione sottile e suggestiva, le quali non sono poi in fondo un gran male».

Sua crítica pode ser assim resumida. Há uma ordem imperativa de escolher o motivo do dever, expressa pela norma jurídica. Essa ordem não é qualquer coisa de diferente da própria norma, como se fôsse um instrumento para sua execução. Quer dizer que a norma impõe ao sujeito, motivando-lhe a vontade. «Na inderrogável necessidade que ela propõe, de acolher o motivo, exaure sua imperatividade».

Nesse sentido a norma de direito confunde-se com a norma de dever. Moro argumenta que, se conforme Goldschmidt, a norma jurídica contém as funções de determinação e de valoração, por mais que se investigue não se encontrará a sua função determinada senão na apontada determinação subjetiva. Fora disso cairemos na grosseira sujeição jurídica, na imputação subjetiva, em que o direito como chama do espírito não pode crepitar. «Non solo, dunque, non c'è un SEIN SOLLEN, ma neppure, un HANDLEN SOLLEN,

che non sia un SICH MOTIVIEREN LASSEN, nel senso del Goldschmidt». (Ob. cit. pág. 83/84).

Não resta dúvida de que, nos casos em que o dever manda ao particular que se motive pelas representações de dever jurídico, pode dizer-se que *praticamente* confundem-se as duas normas, mas *teòricamente*, não. Teòricamente, a legalidade e a conformidade ao dever continuam sendo distintas, assim como a ilegalidade e a contrariedade ao dever. E o prova o fato da determinação contrária ao direito, não por representações de valor jurídicas, mas impossibilidade natural, não ser punida por culpa, exatamente por não ser contrariedade ao dever.

10 — Conclusão.

A culpabilidade penal é um conceito que ultrapassa a clássica concepção psicológica. Além das características psíquicas que a fundamentam, ela se entende como censurabilidade.

O dolo, a culpa, a preterintencionalidade, são formas tipificadas da culpabilidade e podem ser aceitas como formas psicológicas, que se gradua desde a culpa inconsciente até o dolo premeditado. Os motivos bitolam a maior ou menor gravidade da culpabilidade, em confronto com a escala de valores éticos. Ante a irrecusável força determinadora desses valores, a culpabilidade se compreende e se afirma como a censurabilidade da conduta.

A maior ou menor censurabilidade corresponde uma maior ou menor responsabilidade, donde a correta conclusão de que a fórmula «nullum crime sine culpa» não dá idéia de todo o significado da culpabilidade. Esta além de fundamentar o juízo sobre o crime, serve de medida da pena.

Se a culpabilidade é a relação entre a motivação e a escala de valores éticos, há motivos que desculpam e devem as causas de exculpação ser reconhecidas como não tipificadas, ao lado de outras tipificadas: erro, coação e para alguns o estado de necessidade, etc.. A existência de causas de exclusão da culpabilidade não tipificadas, que a consciência jurídica tem tentado introduzir no direito penal, é, sem dúvida, o ponto culminante da teoria normativa e embora ainda encontre alguma resistência entre os idólatras da *legalidade tipificada*, é a maior conquista da justiça penal moderna.