

## Culpabilidade Material em Jakobs e Roxin

Warley Belo

São muitas as teorias construídas para definir o *conteúdo material da culpabilidade*: do poder agir de outro modo (Welzel); da atitude jurídica reprovada ou defeituosa (Wessels, Jescheck); da responsabilidade pela condução de vida (Mezger); responsabilidade pelo próprio caráter (Dohna); da atribulidade (Maurach); do dever de motivar-se pela norma (Mir Puig, Muñoz Conde); do defeito de motivação jurídica (Jakobs); da dirigibilidade normativa (Roxin).

De qualquer forma, a teoria dominante ainda é a do *poder agir de outro modo* de Welzel. Tal concepção leva em conta como verdadeiro o livre arbítrio, quer dizer, que o agente poderia escolher o respeito ao justo, mas não o fez.

A teoria da atitude jurídica reprovada (de Jescheck e Wessels) tem o mesmo significado da de Welzel, só mudando as palavras. A teoria da responsabilidade pelo próprio caráter (Dohna) e a teoria da responsabilidade pela condução de vida (Mezger) ligam o fato produzido como decorrente da personalidade do autor no que se denomina *culpabilidade de autor*.

A partir da década de 70, surge o *funcionalismo*, que pugna pela transição científico-dogmática para a política-criminal-empírica, orientação essa que se preocupa mais com o *limite* da pena do que com sua *legitimação*, já que essa vertente dogmática se apoia em medidas político-criminais preventivistas. São dois autores os mais debatidos no Brasil: Jakobs e Roxin.

Jakobs, a bem dizer, substituiu o conceito de culpabilidade pelo de prevenção geral positiva. Para Jakobs, a concepção material de culpabilidade seria o *defeito de motivação jurídica*, a culpabilidade material seria a *ausência* de motivação jurídica do autor. A pena serviria, assim, como um mecanismo de prevenção eminentemente geral, pois visaria à estabilização da confiança no sistema jurídico, tendo, a pena, a função de firmar a vigência da norma. Pune-se o sujeito para que haja um *reforço* à confiança no sistema, no ordenamento jurídico. A reprovabilidade da culpabilidade recai sobre a *infidelidade* do agente para com o ordenamento jurídico por não ter se motivado conforme a norma, conceito eminentemente *normativo*. Quer dizer: o sujeito é reduzido a um *meio* e não a um *fim* do sistema. Ele importa mais como um exemplo para os outros do que como uma pessoa dotada de direitos a ser reintegrada à sociedade. Por sua característica preventiva há um *enfraquecimento* da relevância da vontade individual. Leva-se em consideração a funcionalidade da culpabilidade segundo *elementos sociais*. Não por outro motivo, Günther Jakobs afirma que "a culpabilidade e exigências de prevenção geral são idênticas". Nominalmente, entretanto, Jakobs expressa que a utilidade preventivista da pena *já* poderia se sobrepor à dignidade da pessoa humana, o que, desde logo, parece legítimo, mas totalmente *inseguro*, pois a culpabilidade é substituída pelo conceito de prevenção geral, o que abriria caminho a um *direito penal preventivista*, de cunho eminentemente autoritário. Também possibilitaria a substituição de uma culpabilidade do fato pela *culpabilidade de autor* ao admitir a perseguição contra a população vulnerável por mecanismos

prevencionistas já que se releva a utilidade da *reprovabilidade social*. É dizer, Jakobs pugna por uma culpabilidade mais social, menos individual, o que atinge de morte a culpabilidade.

Para Roxin, a *dirigibilidade normativa* é a capacidade de comportamento igual à norma, definição essa já defendida por Liszt.

Roxin é crítico quanto a Jakobs no que tange ao abandono da função *restritiva* da culpabilidade. Em posição menos radical, defende que a necessidade preventiva da pena é *subsidiária* em relação ao princípio da culpabilidade. Esse princípio continua inabalável em seu caráter *limitativo*. Entretanto, assim posto, *esvazia* o referido princípio no que tange à *fundamentação* da pena. Roxin, na verdade, ataca a função retributiva da pena – para também ressaltar a função preventiva – ao pontuar que só se poderia encontrar uma compensação entre um ato criminoso e uma pena temporal através de um "ato de fé". Para Roxin, assim, deve-se privilegiar a prevenção especial positiva. A única função do princípio seria, pois, a de *limitar* essa prevenção.

O nosso sistema adota, entretanto, *expressamente* no art. 59 do CP, além do prevencionista, também a teoria *retribucionista* (*Die Theorie der Vergeltung*). O limite defendido por Roxin é a garantia que a culpabilidade daria aos indivíduos, impedindo que o Estado abusasse desse instrumento. O fundamento da pena, ao se apoiar exclusivamente na política criminal prevencionista, acaba por deslocar a *responsabilização* do sujeito para, unicamente, critérios prevencionistas de política criminal. Nesse ponto, a teoria também atinge de morte o postulado inalienável de se estabelecer uma pena proporcional à gravidade objetiva do fato e à culpabilidade do autor. Parece-nos, portanto, que não é desta vez que toda a doutrina clássica retribucionista (apoiada em Kant e Hegel) será posta em descrédito, salvo a hipótese de se descartar a culpabilidade.

A história da culpabilidade é a história de sua *normatização* porque a reprovação da culpabilidade não é empiricamente mensurável, a não ser pela quimérica figura do *homem médio*. O fato do sistema jurídico-penal pugnar por uma culpabilidade como reprovação acaba por dificultar seu conceito e encobrir fatores externos à consecução de um delito por uma pessoa, o que nos leva de volta ao ponto de onde partimos: "a culpabilidade nada mais é do que a ausência de causas de exclusão da culpabilidade".