

## A CULPA

*“A verdade nua e crua é que o advogado Paul Gast roubou a sopa do prato da sua sr<sup>a</sup> Heidrun Gast até que ela não mais se levantou e morreu, porque não teve outra opção, assim como ele lhe roubou a sopa, porque a sua fome não teve outra opção, assim como ele vestiu o casaco comprido dela com a gola redonda e as palas dos bolsos coçados de pele de lebre, e não teve culpa nenhuma que ela tivesse morrido, assim como ela não teve culpa nenhuma de não mais se ter levantado, assim como, depois, a nossa cantora Loni Mich vestiu o mesmo casaco e não teve culpa nenhuma que através da morte da mulher do advogado tivesse ficado livre o casaco, assim como o advogado não teve culpa nenhuma de também ele ter ficado livre através da morte da sua mulher, assim como ele não teve culpa nenhuma de a ter querido substituir pela Loni (...). Esta foi a ordem natural das coisas: porque ninguém teve culpa nenhuma, não foi culpa de ninguém<sup>1</sup>”.*

Sempre me questioneei acerca da pertinência do uso do conceito de culpa em direito, muito particularmente em direito penal. Como se sabe, neste particular sector da ordem jurídica a culpa ou é entendida como fundamento da pena (teoria da retribuição) ou em conformidade com a nossa lei penal vigente como pressuposto e limite da pena<sup>2</sup>. Mas o que é a culpa, ainda que só em sentido jurídico ou, mais concretamente, jurídico-penal? Perspectivando-a unicamente como negação ou desleixo face à lei penal, a culpa será, afinal, aquilo que o legislador quiser que ela seja (critério normativo); se, pelo contrário, procurarmos entendê-la como parece preferível por referência à vida real dos homens as dificuldades de fixação do respectivo conteúdo material serão, porventura, insuperáveis (critério ético-existencial).

Na minha opinião, sendo a culpa a manifestação ou expressão de uma nossa vivência radicalmente subjectiva do mundo que nos cerca, essa sua natureza íntima e pessoalíssima impede-nos, a nós juristas, de nos servirmos dela sem irremediavelmente a converter numa grotesca caricatura de si própria. A culpa é em si irracional, um sentimento que tanto aflige o “santo” como o “pecador”, ou que se revela até “inócua” porque simplesmente conforme à “natureza das coisas”. É se quisermos o nosso “pecado original”!

Assiste-se mais recentemente no direito civil a uma progressiva desconsideração da “culpa” como pressuposto juridicamente relevante: alargamento da responsabilidade objectiva, fim do divórcio litigioso ou com culpa, etc. Penso que tratando-se do direito penal deveríamos *a fortiori* seguir o mesmo caminho. As exigências de um “direito penal do facto” que obrigam à documentação *in concreto* do sentir que é próprio da culpa não me parecem suficientes para afastar a equivocidade desta realidade psíquica

---

<sup>1</sup> MÜLLER, Herta. *Tudo o que eu tenho trago comigo*. Tradução de Aires Graça. 2ª edição. Lisboa: D. Quixote, 2009, pp. 223 e s.

<sup>2</sup> Art. 40º, nº 2, CP: “Em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa”.

ainda hoje de importância capital tanto no que respeita à estrutura geral do crime como às suas consequências punitivas (o *se* e o *como* da pena, respectivamente).

Julgo que se ganharia em clareza e certeza científicas excluindo a culpa dos pressupostos gerais do facto e determinando a pena em função da concreta ilicitude e responsabilidade do agente. Asserção esta que ganha ainda maior acuidade quando nos deparamos com a consagração legal da responsabilidade penal das pessoas colectivas, hoje alargada entre nós a uma multiplicidade de tipos de crime<sup>3</sup>. Assim e no que respeita em particular à sanção aplicada, a carga de ilícito (ou contrariedade à ordem juspenal vigente) que o acto praticado evidencia demarcará a moldura correspondente às exigências máxima e mínima de prevenção geral, servindo a sobredita responsabilidade concreta do agente para fixar *in casu* a pena julgada adequada, necessária e proporcional ao dano social infligido. Nunca esquecendo que a pena de prisão em si mesma será sempre injusta porque ofensiva de uma das dimensões essenciais da nossa humanidade: a liberdade.

Dizer-se que o princípio da culpa é uma exigência do respeito pela dignidade humana constituindo a principal “barreira” à intervenção abusiva do Estado na esfera de liberdade dos cidadãos terá uma conotação mais retórica ou simbólica, sobretudo se atendermos às aporias a que a determinação do respectivo conteúdo inevitavelmente nos conduz, caso não optemos simplesmente por *qualificá-la* por referência à lei. Portanto, a sujeição da escolha e medida da pena aos critérios do princípio da proporcionalidade especialmente consagrados no artigo 18º, nº 2, da nossa Constituição, cumprirá melhor os ditames do Estado de direito do que uma culpa cujo conteúdo ou é indeterminável ou heteronomamente fixado pelo legislador (fidelidade à lei).

Fevereiro, 2011

João Varela

---

<sup>3</sup> Cfr. art. 11º, nº 2, do Código Penal.