

CULPABILIDADE E PENA NA LEI 9.099/95

LYCURGO DE CASTRO SANTOS

1. Introdução — 2. A compreensão da função da norma penal a partir da constituição da república — 3. A culpabilidade e a pena fundamentados na função da norma penal no estado democrático de direito — 4. A culpabilidade e a necessidade da pena na conciliação — 5. A culpabilidade e a necessidade da pena na transação — O *plea guilty* — 6. A culpabilidade e a necessidade da pena na suspensão condicional do processo — 7. Conclusões.

1. Introdução

O estudo da política criminal ganha espaço cada vez maior do moderno Direito Penal. A Lei 9.099/95, no que tange aos juizados especiais criminais, é um exemplo do quanto uma política criminal de cunho eminentemente humanista conforma o Direito penal como um todo, abolindo vetustos conceitos, criando outros tantos, remexendo, enfim, na própria estrutura da teoria do delito.

É de Roxin a idéia de que o Direito penal, especificamente a teoria do delito, deve responder às diretrizes da política criminal. Lembra o professor de Munique que, na teoria finalista, o dolo é compreendido como uma ação típica e apenas um erro sobre as características típicas pode excluí-lo. Na caso da legítima defesa putativa, todavia, o dolo permanece sistematicamente intocado e conduz, no caso de sua inevitabilidade a uma pena atenuada.¹

1. Cf. Claus Roxin, "Política Criminal y Estructura de Delito". Trad. Bustos Ramíres e Hormazábal Malarée, Barcelona, 1992, pp. 39 e 46. Em nosso ordenamento jurídico o tratamento à descriminante putativa é ambiva-

Todavia, a despeito do parágrafo 17, StGB, a jurisprudência e grande parte da doutrina entendem que um tratamento sociologicamente adequado seria apenas um castigo por um fato culposos, pois quando alguém executa, uma ação de defesa por sentir-se erroneamente atacado não se lhe pode increpar uma falsa atitude com respeito ao Direito, mas apenas um descuido. Esta é a solução político-criminal adequada. Para Roxin, não obstante, a sistematização do Direito penal é necessária: não se pode prescindir de um sistema coerente, uma vez que representa ele uma garantia de segurança do indivíduo frente à potestade punitiva do Estado. Todavia, adverte Roxin, há que ser a sistematização construída em uma base sólida de política-criminal, invertendo-se a famosa de Liszt, no sentido de que o Direito penal é a barreira infranqueável da política criminal; para "a política crimi-

lente. A ela se aplica ora o tratamento destinado ao erro de tipo, ora o tratamento aplicado ao erro de proibição. Conferir Alberto Silva Franco e Outros, "Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial" RT, São Paulo, 1995, p. 227/228.

nal é a fonte da construção penal-conceptual e sistemática".²

Ensina Jescheck que "a política criminal se ocupa de como se deve conformar o Direito penal para cumprir melhor sua missão de proteger a sociedade; conecta as causas do delito; ocupa-se de como deverão ser concebidos e desenvolvidos os elementos dos tipos penais para responder à realidade do crime: procura determinar os efeitos das sanções penais empregadas pelo Direito penal, para não restringir a esfera de liberdade do cidadão além do absolutamente indispensável e examina se o Direito penal se encontra configurado de maneira que possa realizar o processo penal".³

Nada melhor do que os princípios que informam o Estado Democrático de Direito e os princípios de garantia individual dele corolários, inseridos na Carta Magna, para se extrair os elementos de política criminal, sob os quais está o legislador infraconstitucional subordinado em sua tarefa legislativa: o Direito penal é ditado quanto à sua inerente política-criminal pelos princípios maiores que nortearam o legislador constitucional em sua tarefa criadora. Deles vertem os elementos indispensáveis para a melhor construção do sistema do Direito penal positivo.

Daí a importância fundamental do chamado Direito Constitucional penal, malgrado a parcimônia com que os órgãos judicantes dele se socorrem para solucionar as virtuais questões de Direito penal material.

Tratarei neste trabalho apenas da teoria da culpabilidade e, como não poderia deixar de ser, da pena, ambas vistas sob uma moderna política-criminal, e a sua implicação na Lei 9.099/95.

2. Claus Roxin, *Ibidem*,

3. Jescheck, "Tratado de Derecho Penal", Trad. Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993, p. 18.

2. A compreensão da função da norma penal a partir da Constituição da República

Em primeiro lugar, vejamos qual é a função da norma penal em um Estado Democrático de Direito. A lei, quando diz "não mate", está ordenando que não se mate ou, pelo contrário, limita-se a considerar a privação da vida como algo desvalioso? Ou ainda, faz a lei as duas coisas ao mesmo tempo? Ou, por fim, deixa ela a opção livre ao destinatário: ou se abstém de matar ou sofre a pena correspondente? Fundamentalmente, três são as posições que se formaram sobre a matéria.

A primeira compreende a norma penal como um imperativo, um *praeceptum legis*, ou seja, a norma se traduz em uma vontade dirigida a incitar os súditos a um certo modo de vida. Defendiam-na, entre outros, Binding e Petrocelli. O maior problema que se vislumbra na aceitação desta teoria é a polarização da sociedade política: de um lado, um grupo que manda habitualmente; e, de outro, um grupo que obedece. A idéia de Direito subjetivo torna-se apenas reflexo do dever jurídico, categoria básica do sistema. O núcleo do delito não será a lesão de um bem jurídico protegido, senão a rebeldia do autor aos mandamentos do Estado, a hostilidade, a desobediência. A lei, com isso, invade o campo da moralidade, antecipando a antijuridicidade para um momento prévio subjetivo de rebelião frente aos mandamentos do Direito.

Outra teoria defende a dupla função da norma penal: em primeiro lugar, é ela uma norma objetiva de valoração (norma de direito) e apenas de modo reflexo ou indireto é norma subjetiva de determinação (norma de dever). Segundo esta concepção, o injusto é uma lesão objetiva das normas de valoração e no campo da culpabilidade apenas

aparece a norma de dever como fundamento da existência de uma obrigação de agir conforme o delito.⁴

Dentre as inúmeras críticas a esta segunda teoria, a mais destacada é aquela formulada por Mir Puig. Segundo este autor, a lei penal não pode evitar resultados que não deseje, como por exemplo, a morte de uma pessoa devido a catástrofes naturais (furacões, terremotos, etc.), muito embora tenha este fato um valor negativo; mas pode e deve motivar os indivíduos através da sanção penal a que se abstenham da prática de determinadas condutas que possam lesionar ou colocar em perigo os bens jurídicos fundamentais à vida em sociedade. Daí que a antijuridicidade refira-se a uma ação que o Direito pretende evitar (desvalor da ação) e o resultado apareça apenas como causa objetiva de punibilidade.⁵

A teoria da motivabilidade, que advém de tais críticas, reconhece que a norma penal tem como função motivar os indivíduos a não praticarem determinadas condutas que possam ferir ou colocar em perigo determinados bens jurídicos. Expressa, sem dúvida, o imperativismo da norma penal. Não obstante, reconhece os limites da imperatividade nos princípios da garantia penal, como princípio da legalidade, o princípio da intervenção mínima, da culpabilidade, etc. Não admite a punição da intenção (*gesinnung*) contrária às

normas jurídicas não exteriorizada no mundo fenomênico, nem a responsabilidade penal objetiva. Vale dizer, arrefece o absolutismo no qual se insere a teoria imperativa, adequando-a ao Estado Democrático de Direito.

Pois bem, qual das três teorias espelha, em nosso sistema jurídico, a função da norma penal? Devemos chegar à teoria adequada através de princípios constitucionais, que indicam a política criminal a ser seguida, sob os quais deve se conformar todo o Direito penal pátrio.

Antes, porém, impõe-se que se esclareça a amplitude do termo “função” da norma penal. Ensinam Cobo/Vives que função da norma como proposição normativa diz respeito a seu sentido, enquanto que função da norma como fato social aponta à sua realidade.⁶ Não se pode olvidar, nas duas abordagens da norma penal, que é ela uma criação humana para um fim determinado — seja o de submeter os súditos aos mandamentos do rei, seja o de valorar as relações humanas nos diversos âmbitos de sua existência. A função da norma, pois, rege a sua configuração, o que nos remete a missão do Direito penal e, em consequência, ao fundamento do próprio Estado.

A Constituição da República é o texto que nos diz as bases sob as quais está fundamentado o Estado. Ela reconhece e garante a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (art. 1º da Constituição da República). Ela, já se disse, explicita a direção da político-criminal a ser tomada.

Tomemos, em primeiro lugar, o pluralismo político como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e o analisemos enquanto diretriz fundamental da político-criminal. A existência de uma sociedade pluralista

4. Segui, fundamentalmente, na exposição das duas primeiras teorias sobre a função da norma penal a Cobo/Vives, “*Derecho Penal — Parte General*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, p. 211 e ss. os quais adotam expressamente a teoria da dupla função da norma penal.

5. Mir Puig, *El Derecho Penal en El Estado Social y Democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 61 e ss. Da mesma opinião, porém com distintos matizes, Gimbernat Ordeig e Muñoz Conde; citados por Cobo/Vives, cit. pp. 213-214.

6. Cobo/Vives, cit. p. 211.

é reconhecida e garantida pela Carta Magna. Não se admita, em princípio, um juízo de valor positivo ou negativo de um grupo frente a outro — e do Estado imparcial frente aos grupos —, porque todos estão inseridos, com suas idiossincrasias, na sociedade multicultural. Esta é conflitiva, composta de interesses antinômicos e contraditórios, em meio aos quais o ser humano tem o direito inalienável de escolher (ou não escolher), dentre os diversos sistemas sociais, aquele que lhe permita o melhor desenvolvimento da própria personalidade⁷ (e isso se refere à dignidade da pessoa humana! — também fundamento do Estado Democrático de Direito).

A valoração objetiva, como juízos sobre determinados acontecimentos ou estados, surjam eles de condutas humanas bem definidas ou de processos naturais, que se pretende como função da norma penal (teoria da dupla função da norma penal), fere, pois, o reconhecimento da sociedade pluralista (diferenciada) e o princípio da dignidade humana — que pressupõe a mínima intervenção do Estado (e o Direito penal como *ultima ratio*) — especificamente no que diz respeito à liberdade de desenvolvimento da personalidade, na medida em que os valores, em uma sociedade multicultural, pluralista, são relativos e não absolutos.⁸

7. Veja-se José Afonso da Silva, “Curso de Direito Constitucional Positivo” RT, São Paulo, 1990, pp. 127/128).

8. Como bem afirma Fermim Morales, “O princípio de dignidade da pessoa aparece assim com um postulado de garantia que deve se contrapor à razão social ou coletiva, cuja inércia inexoravelmente conduz, no terreno penal, ao terror estatal utilitarista, caso não existam os adequados contrapesos ‘garantistas’”. A dignidade humana, em vista do art. 10-1 da Constituição espanhola, erige-se em ponto referencial do quadro de direitos constitucionais da pessoa; em suma, em fundamento ideológico de um *neopersonalismo* coerente com os postulados e ainda com as contradi-

ções do Estado social e democrático de Direito. Se trata, portanto, de promover o desenvolvimento da livre personalidade do indivíduo, através do exercício e da profundização de seus direitos-garantias fundamentais, e em última instância de reconhecer a primazia do pessoal (não do individual), enquanto pressuposto de uma participação livre e crítica da pessoa, sobre o estatal, contexto este último cujos valores tendem a absolutizar-se ou divinizar-se inclusive no Estado de Direito pela própria inércia do sistema”. in Quintero Olivares, “*Derecho Penal — Parte General*” — Marcial Pons, Madri, 1992, p. 74.

Não se pode negar que o exercício da motivação, levado a cabo pelo Estado para que os indivíduos deixem de praticar determinadas condutas, implica uma valoração — que se dá quando o legislador elege quais condutas devem os indivíduos evitar, bem como o magistrado declara que determinado comportamento contrariou a norma jurídica. Neste sentido, uma ação contrária à norma implica um juízo valorativo (desvalor da ação). O Direito penal é, pois, valorativo. Todavia, este desvalor da ação é compreendido de modo diverso nos grupos de distintos matizes culturais sob sua égide. Se existe esta ambivalência da valoração da norma em relação aos seus destinatários, nos dois momentos retromencionados, não se concebe que a sua função seja a de valorar positiva ou negativamente determinadas condutas, função precária, insegura e ambígua, que afronta também o princípio de segurança jurídica.

Como conceber a função da norma no sentido de valorar condutas, se a norma que proíbe o tráfico de entorpecente, por exemplo, é desprovida de valor entre os “junkies” e não entre a comunidade cristã ortodoxa? Compreende-se, não obstante, dentro do pluralismo social, do princípio da dignidade humana, que uma norma penal motive as pessoas a não praticarem o comportamento de traficar de forma

ilícita entorpecentes, se este comportamento impede a real possibilidade de participação dos indivíduos nas estruturas sociais a ele afetas.

A norma penal, portanto, tem como função, em um Estado Democrático de Direito, apenas motivar os indivíduos a se absterem de determinados comportamentos, não porque seja sua obrigação, dever ou sentido, valorá-los positiva ou negativamente, bom ou mau, embora o faça de modo reflexo em relação à norma (como contrários ou como concordes), mas porque o exige a convivência pacífica entre as diversas culturas.⁹

Existe a necessidade, para a coexistência das pessoas em sociedade, que algumas condutas sejam motivadas a serem evitadas com uma pena, mas não há qualquer exigência sob o aspecto do *jus puniendi*, de que os comportamentos sejam valorados como positivos ou negativos. É certo, repita-se, que ao motivar esta e não aquela conduta há um juízo de valor. O que importa, todavia, é que a função da norma penal

9. Como afirma Habermas, "Naturalmente os maometanos estão tão convencidos quanto os cristãos de que sua fé é a única verdadeira. Isto está OK. Mas há dois níveis. Num nível, dizemos que eles têm uma atitude fundamentalista com relação à verdade de sua religião. E existe um segundo nível, em que dizemos que eles têm uma atitude não-fundamentalista, no sentido de que, embora acreditem que seu Deus é o único verdadeiro, tem consciência de viverem em uma sociedade que assegura um universo público em que sua religião é apenas uma entre várias, e por isso estão dispostos a argumentarem publicamente" in Folha de São Paulo, 30.04.95, p. 5-8. É neste segundo nível que atua a norma, motivando as pessoas a se comportarem de modo a reconhecerem e a conviverem de forma pacífica com o espaço e a liberdade alheios. Neste sentido, afirma Habermas, os maometanos estão autorizados apenas a fazer propaganda de sua fé única através da razão, prescindindo de ações violentas e fundamentalistas. Ibidem.

no Estado Democrático de Direito não seja a de valorar, mas sim a de motivar. A valoração de comportamentos (e não de resultados, como diz Mir Puig) é apenas consequência reflexa da função de motivação que compete ao Estado através da norma. O maniqueísmo decorrente da valoração positiva e negativa de comportamentos apenas aparece como contrário à sociedade pluralista e ao princípio da dignidade da pessoa humana, quando se compreende tal valoração como função da norma penal; e, neste sentido, sim, invade o campo perigoso, movediço, da moralidade.

Se a norma penal é norma subjetiva de motivação — esta é a sua função — e apenas de modo reflexo valora comportamentos como sendo estes contrários à norma (no campo da antijuricidade), devemos compreender que sua função corolária é a de prevenir determinados comportamentos que ofendam ou coloquem em perigo bens jurídicos — necessários à preservação da paz social — e a pena, com consequência lógica, também tem, sob a égide da Constituição da República, a única função de prevenir delitos, prescindindo, como veremos a seguir, da retribuição de um mal por outro mal.¹⁰

3. A culpabilidade e a pena fundamentados na função da norma penal no estado democrático de direito

A concepção bilateral do princípio da culpabilidade, no sentido de que a pena tem que corresponder à culpabilidade do agente e que a afirmação desta, por sua vez, exige a imposição de uma pena, encontra restrições no moderno Direito penal. Como vimos, o Direito

10. Neste sentido, Mir Puig, citado, p. 36 e segs., com outros argumentos. A retribuição, não obstante, está presente no texto do art. 59 do Código Penal brasileiro que cuida da fixação da pena.

penal do Estado Democrático de Direito está ancorado à Constituição cujos princípios exigem não uma justiça retributiva, incompatível com a sociedade pluralista e com a dignidade humana, mas sim, um direito penal essencialmente preventivo. Roxin foi o primeiro a defender a culpabilidade jurídico-penal (ou responsabilidade, como prefere) como subordinada às necessidades da pena.¹¹ Mir Puig seguiu o mesmo caminho, com diversos matizes, todavia, advertindo que a retribuição pressupõe livre arbítrio, o que é impossível comprovar-se no caso concreto.

Lembra o catedrático catalão que "... ainda admitindo que a decisão humana não se explica como mero produto mecanicista, é razoável pensar que se encontra determinada, ao contrário, pela concorrência de distintos fatores, em parte normativos, que concorrem no processo de motivação racional fundamentada no sentido humano: a disposição hereditária e o meio dão origem, ao confluir, a uma personalidade determinada que reage de uma determinada forma ante cada situação motivacional e que, em definitivo, não pode deixar de decidir pelo motivo que, segundo seu modo de ser — não livre — no momento concreto e irrepitível lhe parece preferível, quaisquer que sejam suas razões, inclusive irracionais. Uma tal decisão será própria do sujeito, mas o lógico é pensar que, no instante em que tomou a decisão, esta não pôde ser outra diante dos concretos e irrepitíveis fatores concorrentes — inclusive o ponto de vista do sujeito neste preciso momento — por muito que em um momento anterior ou posterior, ou introduzindo alguma variante, houvera podido ser distinta.¹²

11. Veja-se Claus Roxin, "Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal", trad. Muñoz Conde, Reus, Madrid, 1981.

12. Mir Puig, cit., pp. 81/82.

Um juízo positivo de culpabilidade, pois, não pode depender de algo indemonstrável, o livre arbítrio, no sentido de "poder agir conforme a direito", senão que expressa a um juízo de necessidade da pena. Isso para efeitos de prevenção geral positiva (fortalecimento e estabilidade do sentimento jurídico da população), geral negativa (intimidação dos indivíduos no sentido de que, se cometerem delito, sofrerão sanção penal), e especial (não dessocialização do indivíduo, ante a derrocada dos "programas de socialização máximo e mínimo", ambos de duvidosa constitucionalidade, no sentido de evitar que a pena contribua à reincidência).

Portanto, a concepção bilateral do princípio de culpabilidade cede lugar à seguinte proposição: o juízo de culpabilidade depende do juízo de necessidade de pena.¹³

Isso não significa o abandono das garantias que advêm do princípio de culpabilidade, nem a necessidade de se presumir o livre arbítrio para o Direito penal reconhecê-las. Tais garantias, como a não punição do inimputável e a imputação subjetiva do fato ao agente são inerentes à função da norma penal do Estado Democrático de Direito e por isso o âmbito da necessidade da pena deverá abarcá-las.

Como disse acertadamente Mir Puig, "o sujeito é culpável não porque teve a capacidade normal de motivação, no sentido de que poderia motivar-se em uma medida normal a atuar de outro modo — o que certamente suporia a liberdade de vontade —, senão porque pôde ser (de forma passiva) e foi motivado normalmente — ainda que o

13. A pena representa, sem dúvida, a inflicção de um mal, a privação de um direito, de um bem jurídico, como ensinam Cobo/Vives (cit. p. 616). Este mal, todavia, é infligido ao autor apenas porque é necessário para prevenir delitos e não como vindicta, como retribuição de um mal por outro mal.

motivo representado pela norma não lograra impor-se frente a outros motivos. Por uma parte, não entendo a motivação como objeto de uma capacidade ativa do sujeito, senão como o efeito que exercem sobre ele os motivos, e não exijo para a imputabilidade a capacidade ativa de motivar-se (normalmente), senão a capacidade passiva de ser influído (normalmente) pelas normas; e por outra parte, ser motivado normalmente não significa necessariamente, para mim, ser motivado com êxito (no sentido que também tem este verbo de ser efetivamente determinado por um motivo) a atuar de acordo com o Direito, nem em nenhum outro sentido determinado, senão apenas que no processo de decisão cada motivo concorrente (a norma é um destes motivos) teve sua eficácia causal normal. Entendido, assim, o processo de motivação como um conjunto de forças causais motivadoras percebidas pelo sujeito, não vejo o que pressuponha a liberdade de vontade.¹⁴

Assim, o juízo positivo de necessidade de pena (e de culpabilidade) depende essencialmente da normalidade do processo de motivação do indivíduo. Sendo este processo anormal (tratando-se dos inimputáveis ou dos que não têm consciência da ilicitude de seu comportamento, nem como atingi-la), seja para efeitos de prevenção geral, seja para efeitos de prevenção especial, não há necessidade de pena.¹⁵

14. In *Derecho Penal — Parte General*, PPU, Barcelona, 1990, nota 38, pp. 590/591.

15. Neste sentido, anota Gimbernat que as medidas de segurança, deste um ponto de vista preventivo, representam uma melhor resposta do que a pena aos inimputáveis. Por outro lado, os cidadãos normalmente motiváveis pela norma não se identificam com os inimputáveis e sabem que, se obrarem da mesma maneira, serão sancionados. Semelhante raciocínio se concebe com relação ao erro de proibição: as pessoas que acedem às

Vejamos agora a implicação destas concepções do juízo de culpabilidade e da pena na Lei 9.099/95, que instituiu os chamados juizados especiais criminais.

4. A culpabilidade e a necessidade de pena na conciliação

A Lei 9.099/95 reconheceu a primazia da função preventiva da sanção penal ao admitir o chamado Direito Consensual Penal. A composição dos danos civis acarreta, de acordo com o art. 74, parágrafo único, a renúncia ao direito de queixa ou representação nos casos de ação penal privada ou pública, mediante representação do ofendido, respectivamente. Ou seja, a pena, no caso de reparação civil, não é necessária, porque desde um ponto de vista de prevenção geral (positiva, no caso de fortalecimento do sentimento jurídico da comunidade; e negativa, no sentido de intimidação da população para que não cometa crimes) e desde um ponto de vista de prevenção especial (evitando a dessocialização decorrente da pena), a situação de desequilíbrio nas relações sociais, representada pelo conflito do qual emerge o ilícito penal, é satisfeita pela reparação civil. A reparação do dano suprime, nestes casos, a virtual necessidade de pena.

normas sabem que no seu caso serão apenas, vez que não se encontram na singular situação do autor do fato antijurídico. Ademais, precisamente por estar socializado, o autor, atua ele em erro, acredita firmemente que obra de acordo com as normas jurídicas. O medo insuperável (coação moral irresistível), implica uma situação dificilmente repetível e anormal, razão pela qual ninguém se identifica com tais situações. Não há, pois, nestes casos, necessidade de pena, sob o aspecto de prevenção geral e especial. Veja-se Gimbernat Ordeig, "Estudos Penales" — Tecnos, Madri, 1981, pp. 148 e ss.

Não existindo necessidade de pena, não há que se falar, obviamente, na conciliação operada em juízo positivo de culpabilidade, sob o aspecto jurídico-penal.

5. A culpabilidade e a necessidade de pena na transação — o *Plea Guilty*

No caso de representação ou de ação penal pública incondicionada, com a conseqüente proposição de acordo, aceitação pelo ofensor e aplicação da sanção pelo magistrado, haverá um juízo de culpabilidade sobre o agente do delito?

O Ministério Público, ao propor ao agente do fato o acordo, deverá não emitir um juízo positivo de culpabilidade, pois ainda não houve processo-crime com trânsito em julgado da sentença penal condenatória,¹⁶ culpabilidade sempre no sentido de necessidade da pena, mas um juízo de probabilidade de culpabilidade, havendo, no caso, uma antevisão de necessidade de pena com os elementos de prova que lhe são apresentados no momento.

Por outro lado, existe a possibilidade da recusa, por parte do agente, ao acordo proposto pelo Ministério Público, entendendo aquele que não é culpável e, ao final do processo, resultar que de fato não era culpável. Seria um contra-senso o Ministério Público propor o acordo, emitindo um juízo positivo de culpabilidade e, afinal, reconhecer que a necessidade da pena não existe. É, pois, provisório o juízo de culpabilidade que faz o Ministério Público, ao propor o acordo ao agente do fato, devendo fazê-lo, portanto, tão-somente quando vislumbrar a probabilidade de afinal existir a necessidade de

pena. Se verificar, já em um primeiro momento, a ausência de culpabilidade, de necessidade de pena, a proposição de arquivamento é o caminho a ser seguido.

O que compreende este juízo de probabilidade de culpabilidade que deve ser feito pelo Ministério Público quando da transação? A proposta que o Ministério Público leva ao agente do crime pressupõe a certeza do *parquet* acerca da antijuricidade do fato típico e da normalidade da motivação da norma penal em relação a ele, de modo que um futuro juízo positivo de culpabilidade apareça axiomático, em princípio, à luz das provas apresentadas ou que são imediatamente produzidas, e por isso altamente provável. Havendo dúvida que demande a produção de prova, deverá o Ministério Público requisitar as diligências necessárias para tanto, podendo propor em um momento posterior o acordo, nos termos dos arts. 77, *caput*, e § 3.º e 79 da Lei 9.099/95, ou a remessa do expediente ao juízo comum, nos termos do art. 66 da referida Lei.

Todavia, admitindo o acordo, o agente estará admitindo a culpabilidade, no sentido de que a sua conduta está a exigir pena, sendo esta necessária e suficiente, não apenas como forma de se evitar a sua dessocialização (que adviria com uma provável pena privativa de liberdade, que se procura evitar, e todas as suas conseqüências estigmatizantes, como a perda da primariedade, a inclusão do nome no “rol dos culpados”, etc.), mas também com o fim de fortalecer o sentimento jurídico da comunidade (prevenção geral positiva) e advertir à população que aquela conduta deve ser evitada (prevenção geral negativa). A impunidade deve estar em antinomia manifesta com os postulados de necessidade da pena. Neste sentido deve ser compreendido o termo anglosaxão *plea guilty*: é uma declaração do

16. Veja-se o art. 5.º, LVII, da Constituição da República, que diz: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

agente do delito, aceitando a proposta do Ministério Público, declarando-se culpado pelo fato a ele atribuído.

O magistrado, ao apreciar a proposta do Ministério Público (na qual deve estar especificada a pena), admitida pelo agente do fato, aceita ou não a declaração de culpabilidade, o *plea guilty* do infrator e emite, quando aceita a transação, um juízo positivo de culpabilidade, ou seja, admite que a pena é necessária para o fim de prevenir delitos. Havendo aplicação de pena (restritiva de direitos ou multas), no seu sentido técnico-jurídico, é irretorquível a existência de um juízo positivo de culpabilidade. Não há em nosso Direito penal pátrio pena sem culpa: *nulla poena sine culpa*.

O magistrado não pode modificar os termos da proposta levada a cabo entre o Ministério Público e o agente do delito, caso contrário estará impondo ao agente uma pena não querida, não aceita como necessária e suficiente para os efeitos de prevenção, descaracterizando o *plea guilty*, e afrontando o princípio de culpabilidade. Ademais, a pena diversa não se imporia sob o devido processo legal, pois o agente não admite a culpa para sofrer sanção penal distinta da que acordara com o Ministério Público. Haveria afronta manifesta aos incisos LIV e LVII do art. 5.º da Constituição da República. O magistrado, entendendo insuficiente a pena para os efeitos de prevenção, deve simplesmente rejeitar o acordo proposto pelo Ministério Público e aceitar pelo agente do delito.

Por outra parte, o agente do fato, premido ante a circunstância de ter contra si um processo penal, poderá aceitar a pena a ser imposta apenas a fim de evitar um transtorno maior, que é o processo-penal, muito embora exista a possibilidade eventual da suspensão condicional do processo, que paradoxalmente pode lhe resultar mais proveitosa,

como veremos adiante. Isso requer um cuidado extremo do Ministério Público ao antever a probabilidade de um juízo positivo de culpabilidade (ante uma dúvida insolúvel, deverá requisitar diligências, na forma dos arts. 77 e 79, como foi dito acima).

A participação do defensor é também imprescindível, garantindo-se o princípio da ampla defesa, pois há inequivocamente um processo-penal em desfavor do agente, para o fim de se lhe aplicar uma pena. O princípio da ampla defesa o exige (art. 5.º, LV, Constituição da República). O defensor deverá sempre, a exemplo do Ministério Público e do magistrado, esclarecer ao agente as diversas hipóteses de solução do conflito penal, de modo que, se eventualmente declarar-se culpado, que o faça consciente de que é culpado e não levemente, com o fito de evitar o aborrecimento que lhe resulta ser o processo penal (quando o juiz deverá rejeitar a proposta, nos termos do § 4.º do art. 76). Vale dizer que a aceitação da culpa pelo agente do delito implica a assunção, também por ele, de que aquela sanção penal que se propõe é necessária a fim de prevenir delitos.

O agente do delito deverá ser alertado, por isso, de todos os pressupostos e de todas as consequências do reconhecimento da culpa, de forma que o faça de forma consciente. Não se pode admitir o reconhecimento da culpa pelo agente por motivos diversos a ela. Seria como admitir um crime e uma pena sem culpa, apenas respaldada por um juízo de probabilidade de culpa promovido pelo Ministério Público e pelo magistrado, aceito pelo defensor, quando em nosso Direito penal é consagrado o princípio *nullum crimen nulla poena sine culpa*. Ademais, o agente do delito tem, na maioria das vezes, a possibilidade de evitar a estigmatização que lhe possa advir com o processo-crime, aceitando a suspensão condicional do

processo, como veremos em seu momento.

As restrições à proposição de acordo pelo Ministério Público na Lei 9.099/95 são de caráter objetivo (incisos I e II do art. 76, § 2.º) e subjetivo (inciso III do art. 76, § 2.º). Causa espanto a restrição de caráter subjetivo. Em primeiro lugar, no prazo exíguo de tempo imposto pelo art. 62 não há meio de se comprovar suficientemente a conduta social, os antecedentes, a personalidade do agente, bem como todos os motivos e circunstâncias do fato.¹⁷

Abre espaço tal inciso à discricionariedade, olvidando que o objetivo da lei é a desestigmatização e a solução rápida de conflito penal. É um óbice injustificável ao acordo, pois a necessidade da pena, em crimes cuja pena privativa de liberdade máxima não excede a um ano, sempre existe de forma atenuada quando não estão presentes as restrições objetivas.

O que importa é o crime em si, a culpabilidade em relação ao fato (e não a culpabilidade pelo *modus vivendi*), a necessidade da pena em virtude da ação do infrator e não de seus antecedentes, de sua conduta social e de sua personalidade. Crer o contrário é abrir espaço à retribuição, à devolução de um mal por um mal, espécie de justiça divina, de lei de talião, própria de estados

absolutistas que guardam o ranço do estado eclesiástico, olvidando-se que a pena pela própria natureza, malgrado o pensamento neokantiano, deve ser limitada o máximo possível, e este é o espírito da Lei 9.099/95, senão pela simples ausência de identidade entre delito e sanção.¹⁸

Este inciso, portanto, contraria o objetivo da Lei em foco; impede por motivos assaz subjetivos a desestigmatização do infrator, deixando de relegar ao indivíduo e sua religião o processo expiatório, criando obstáculos ilusórios à possibilidade de uma eficiente e suficiente prevenção do delito.

Parece-me correto compreender, por outro lado, que estando presentes os pressupostos objetivos retromencionados significa que “os motivos e as circunstâncias são necessárias e suficientes à adoção da medida” (veja-se o inciso III novamente, que não pode ser interpretado de forma desvinculada dos dois primeiros incisos), de forma que o Ministério Público não pode recusar-se a propor o acordo (vislumbado, é claro, um futuro juízo positivo de culpabilidade), com fundamento na “estranha” forma de viver do infrator. Neste contexto, é inequívoco que o Ministério Público carece de discricionariedade para propor ou não o acordo. Estando presentes os requisitos objetivos e havendo a probabilidade de um juízo positivo de culpabilidade, deve propor o Ministério Público a transação, o que implica reconhecer a existência de um cunho de obrigatoriedade no que ora se chama princípio da oportunidade.¹⁹

18. Assim, Jiménez de Asúa — “Principios de Derecho Penal — La Ley y el Delito”, Abeledo — Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 97.

19. O princípio da oportunidade, em contraposição ao princípio da obrigatoriedade, significa que o Ministério Público deverá dispor da ação penal, em favor do acordo, nas hipóteses previstas em Lei.

17. Lembra com agudeza Gimbernat que “se um psicoanalista, contando com o constante esforço do paciente em colaborar e superar suas inibições e depois de largos anos de tratamento psicoterapêutico, apenas aproximadamente e inseguramente pode chegar a constatar, sobre a base de hipotéticas explicações que nunca encontram confirmação absoluta, que peso têm e quais são os fatores que determinam o comportamento do analisado, como poderá conseguir o não especialista (o juiz) no tempo muito mais limitado que dispõe? Apud Octavio de Toledo/Huerta Tocildo — “Derecho Penal — Parte General”, Madrid, 1986, p. 288.

Ressalte-se, por fim, que a lei tem como escopo evitar a aplicação de pena privativa de liberdade. Se a multa é suficiente para satisfazer os aspectos de prevenção geral e especial da pena, constitui flagrante ofensa ao princípio da culpabilidade, que exigiu apenas uma pena de multa, a sua conversão em pena privativa de liberdade, na forma do art. 85 da Lei 9.099/95.

Já se falou que crime e pena nunca se equivalem. São também ontologicamente distintas as penas privativas de liberdade e pecuniária. A privação de liberdade limita a própria natureza ambulatoria humana, reveste-se de um aspecto dessocializador incontestável, enquanto a pena de multa tem predominantemente caráter patrimonial. E, tendo caráter patrimonial, assemelha-se à dívida civil.

Em virtude do pacto de San Jose da Costa Rica de 22.11.69, referendado pelo Brasil através do Decreto Legislativo 27 de 26.5.92, “ninguém deve ser detido por dívida” (art. 7.º, número 7).²⁰ Este dispositivo não especifica a origem da dívida — civil ou penal. Ainda que o fizesse, a natureza de ambas é a mesma — uma obrigação jurídica, especificamente toda quantia de dinheiro que se deve a alguém²¹ — no caso o condenado para com o Estado. A multa penal, na acepção jurídica do termo, é dívida, o que implica a ilegalidade de sua conversão em pena de liberdade, seja o réu solvente ou não, nos moldes

do art. 85 da Lei 9.099/95, confrontado com o Pacto de San Jose.²²

6. A Culpabilidade e a Necessidade de Pena na Suspensão Condicional do Processo

Estabelece o art. 89 que, “nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta lei (no caso, farão jus todos aqueles que se enquadram na hipótese do art. 61 que não tenham, por qualquer razão, estabelecido o acorde de que trata o art. 76 e ss.), o Ministério Público, ao oferecer denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal)”.

Aqui vale a crítica, feita anteriormente, aos requisitos de natureza subjetiva (conferir o art. 77, II, do Código Penal).

Ressalte-se que não se pode falar na suspensão condicional do processo em juízo de culpabilidade, posto que ao acusado não é feita uma proposta de reconhecimento de culpa, como na transação, senão de suspensão do processo mediante condições. O juízo que irá determinar a responsabilidade do réu frente à necessidade da pena ainda não se encerrou, senão apenas teve seu

20. Sobre a situação do Pacto de San Jose em nosso ordenamento jurídico, veja-se Luiz Flávio Gomes, “A questão da obrigatoriedade dos Tratados e Convenções no Brasil (Particular Enfoque da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)”, in RT-710, dezembro de 1994, pp. 21 e ss.

21. Veja-se a definição de “dívida” em De Plácido e Silva — “Vocabulário Jurídico” — Forense, Rio, 1987, pp. 107 e ss.

22. A norma do Pacto de San Jose prevalece em relação à norma ordinária, pois tem *status* constitucional (veja-se novamente Luiz Flávio Gomes; cit. pp. 29-30), já que diz respeito ao Direito à Liberdade Pessoal e nossa Constituição da República garante o Direito à Liberdade. Assim, o inciso LXVII do art. 5.º da Constituição da República deve ser lido atualmente da seguinte forma: “não haverá prisão civil ou penal por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

início em virtude de um juízo de probabilidade de culpabilidade penal (com o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público e o seu recebimento pelo magistrado). E a Constituição da República estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5.º, LVII).

Por outro lado, estando presentes os pressupostos objetivos da lei: que o agente não esteja sendo processado ou que não tenha sido condenado por outro crime (doloso ou culposo — pois a norma não distingue a natureza do delito, como o faz o inciso I do art. 77 do Código Penal — excluídas as contravenções), é imperativo que o Ministério Público proponha a suspensão do processo. Não se aplica a hipótese do inciso III do art. 77 do Código Penal, que diz respeito à pena restritiva de direitos, haja visto que no instituto da suspensão condicional do processo ora enfocado não há que se falar em pena.

Com o oferecimento e o recebimento da denúncia, há um juízo prévio de probabilidade de culpabilidade realizado pelo Ministério Público e pelo magistrado, nos moldes a que me referi anteriormente. Deverá o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, estando presente a condição objetiva já mencionada, propor a suspensão do processo mediante as condições elencadas no § 1.º do art. 89 da Lei 9.099/95. O magistrado, antevendo um juízo positivo de culpabilidade, recebe a denúncia. Se não recebê-la, por qualquer motivo que seja, não há razão para levar a proposta ao acusado e ao seu defensor. O acusado apenas pode aceitar a proposta de suspensão condicional do processo se já houver processo. Antes do recebimento da denúncia pelo magistrado, não há que se falar ainda em processo-crime. Neste sentido deve ser entendido o § 1.º do art. 89 da Lei 9.099/95.

A suspensão condicional do processo apenas pode ser concedida pelo magistrado quando o acusado aceita a proposta, o que implica um juízo de probabilidade de culpabilidade que deve efetuar o acusado. Este juízo, todavia, não se refere à sua compreensão de haver culpabilidade quanto ao fato a si atribuído, como no caso do *plea guilty* anteriormente mencionado, senão que, auxiliado pelo defensor, deverá verificar a probabilidade real de afinal ser reconhecida pela Justiça Penal a sua culpabilidade e julgada em definitiva procedente a ação penal com a imposição de uma pena. Isso porque, repita-se, não há culpabilidade nem imposição de pena na suspensão condicional do processo.

Ressalte-se uma vez mais a importância dada pelo legislador à reparação do dano. A instituição feita pelo legislador da reparação do dano como causa de extinção da punibilidade nos casos de ação penal privada ou pública mediante representação e como condição objetiva da suspensão do processo-crime, a par de reconhecer a vítima como protagonista principal do drama criminal, satisfaz à virtual necessidade de pena, aliada, no caso da suspensão condicional do processo, a outras condições, as quais devem ser vistas sob o enfoque de prevenção especial, no sentido de se evitar a dessocialização do agente.

Vale dizer que a participação ativa da vítima na solução do conflito penal, que deve ter o dano reparado como uma das condições à manutenção da suspensão do processo (art. 89, § 3.º) e a imposição de condições “ressocializadoras”, ou melhor, “não dessocializadoras” (esta pauta deve seguir o magistrado na especificação das condições, de acordo com o § 2.º do art. 89) reflete uma resposta penal antecipada a um provável juízo positivo de culpabilidade, e ao conflito penal; e, por isso, sob o aspecto preventivo, as condições devem ser

suficientes e necessárias à prevenção de delitos — com a vantagem de se evitar a estigmatização do processo-penal (é o que difere este instituto, conforme Luiz Flávio Gomes, do instituto anglo-saxão da *probation*²³), bem como a admissão de culpa na transação (o *plea guilty*) e uma sentença condenatória.

É possível, pois, cumpridos os requisitos objetivos do art. 89 da Lei 9.099/95, o agente preferir, a se declarar culpado e receber uma pena restritiva de direitos, com a imposição de uma sentença condenatória, ser denunciado pelo Ministério Público, para então ter suspenso o processo mediante determinadas condições, e não ter contra si um juízo positivo de culpabilidade — pois determina o § 5.º do mencionado art. que, expirado o prazo sem revogação, o juiz declarará extinta a culpabilidade.

7. Conclusões

7.1. A política-criminal é essencial à compreensão do sistema jurídico-penal. Ela deflui dos princípios e garantias constitucionais; e, assim como o legislador, o intérprete e o magistrado não podem dela se afastar na criação, na interpretação e na aplicação do Direito.

7.2. A função da norma penal em um Estado Democrático de Direito é prevenir delitos, motivando os indivíduos a que prescindam de praticar determinadas condutas que lesionem ou ponham em perigo bens jurídicos protegidos.

7.3. A culpabilidade e a pena são institutos dependentes e são compreendidos a partir da função do Direito e da norma penal no Estado Democrático de Direito.

7.4. O juízo de culpabilidade depende do juízo de necessidade de pena. A pena

apenas é necessária para prevenir delitos (prevenção geral, positiva e negativa, e prevenção especial). Não se admite a função retributiva da pena, que suporia a comprovação do livre arbítrio, e pelo mesmo motivo nega-se ao magistrado um juízo de reprovabilidade do comportamento, pelo fato de o agente poder e dever atuar conforme o direito.

7.5. A conciliação na Lei 9.099/95 (juizados especiais criminais) não reflete um juízo positivo de culpabilidade, porque a reparação do dano é suficiente para prevenir determinados delitos, prescindindo-se da pena pública.

7.6. A transação na Lei 9.099/95 importa um juízo de probabilidade de culpabilidade promovido pelo Ministério Público e a aceitação da culpa por parte do agente. Há um juízo positivo de culpabilidade proferido pelo magistrado, ao aceitar a culpa declarada pelo agente e aplicar a pena adequada à sua culpabilidade (prevista no acordo).

7.7. Apenas os requisitos objetivos para a concessão do benefício da transação são compatíveis com o princípio de culpabilidade pelo fato. Os requisitos de caráter subjetivo são próprios da responsabilidade pelo modo de vida, proscrito em nosso Direito.

7.8. A conversão da multa em pena privativa de liberdade ofende o pacto de San Jose, referendado pelo Brasil, e a Constituição da República, além de contrariar o princípio de culpabilidade (necessidade e suficiência da pena).

7.9. A suspensão condicional do processo implica um juízo de probabilidade de culpabilidade promovido pelo Ministério Público. Apenas depois de recebida a denúncia a proposta deve ser levada ao acusado. Este não aceita a culpa, mas verifica a presença de um provável juízo positivo de culpabilidade ao final do processo.

7.10. Os requisitos para a concessão do benefício da suspensão condicional

23. In Boletim do IBCCRIM, outubro/1995, p. 3.

do processo são de caráter objetivo, sob pena de afronta ao princípio de culpabilidade pelo fato.

7.11. Em todos os institutos, o legislador reconheceu a vítima como um dos

protagonistas principais do crime, concedendo a ela participação positiva no processo-criminal, condicionando determinados benefícios ao agente à reparação dos danos sofridos com o delito.