

2. DOCTRINA NACIONAL

A CULPA PENAL E A LEI 9.099/95

DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO

Segundo Lassale,¹ a Constituição de um Estado não consiste propriamente em um texto legal escrito, mas sua essência se constitui da “soma dos fatores reais do poder que regem o país”.² Assim, a Constituição verdadeira não seria o texto escrito, mas o conjunto das forças sócio-políticas, de tal forma que a Constituição escrita poderia assemelhar-se a uma “folha de papel”.

Já Carl Schmidt compreende politicamente a Constituição,³ tendo-a por uma decisão política fundamental, em que há uma decisão concreta sobre o modo e a forma de existência da unidade política, a estruturar os órgãos do Estado, os direitos individuais, a vida democrática. Ainda que existentes outros textos normativos na Constituição, eles se resumiriam a simples leis constitucionais, não se inserindo no conceito verdadeiro de Constituição, que é de sentido político.

Com Hans Kelsen é que a Constituição ganha um enfoque eminentemente jurídico. Professo do positivismo jurídico, que reduzia todo o direito à lei e nessa redução equiparava o direito à justiça,⁴ no

sistema kelseniano a Constituição é simplesmente a lei fundamental. Sem interferências sociológicas e nem condicionamento político, a Constituição seria “norma pura, puro dever-ser, sem nenhuma fundamentação sociológica, política, ou filosófica”. É a lei do mais alto grau, é norma fundamental hipotética, da qual derivam necessariamente as demais normas.

Seja Lassale, Schmidt ou Kelsen, nenhum deles consegue distinguir a Constituição em seus dois aspectos fundamentais: de um lado, um texto normativo, proposição jurídica fundamental, com ou sem vinculação sociológica ou política, nesta última hipótese a resumir-se numa pura abstração jurídico-conceitual; de outro lado, e aqui aspecto relevantíssimo, um documento que enfeixa princípios imantados de perspectivas de valor, escritos ou não escritos, que recebem forma textual jurídica, seja pela explicitação por intermédio de normas legais, seja pela adoção de um conjunto ordenado e sistêmico de direitos e garantias dos quais brotam teses “garantísticas” fundamentais.

Não se nega seja o texto constitucional um complexo de normas, edificadas a partir de relações sociais concretas e forças políticas e econômicas determinantes, nascendo da vontade emanada do povo que cria e recria a norma fundamental.⁵ Por isso, a definição de José Afonso da Silva pode ser aceita: “Esta-

(1) Esta exposição inicial segue José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, RT, 1990, p. 18.

(2) *Que es una Constitución?*, Buenos Aires, 1946, p. 61 e 62, *apud* José Afonso da Silva, *op. cit.*, loc. cit.

(3) *Teoria da Constituição*, Madrid, sem data, p. 20, *idem, ibidem*.

(4) *Teoria pura do direito*, Coimbra, 1962, vol. I, p. 2 *et seq.*, *idem, ibidem*.

(5) Pensa-se no poder constituinte originário e no poder constituinte derivado.

belecimento da estrutura do Estado, organização de seus órgãos, modos de aquisição, transferência e perda do Poder, modos de exercício do poder e sua limitação, definição dos direitos e garantias individuais e sociais, fixação do regime político, disciplina dos fins socioeconômicos do Estado e estabelecimento dos fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais".⁶ A essa definição contudo importa observar que transcendentemente à definição formal dos direitos e garantias individuais e sociais, há uma fixação de princípios fundantes desses direitos.⁷

A Constituição não apenas deve ser vista como um texto jurídico fundamental, em que positivados direitos e garantias, em que estruturado o Estado e disciplinado o Poder, mas deve ser avaliada e encarecida como um núcleo de princípios.⁸

(6) *Direito constitucional positivo*, cit., p. 42.

(7) E aqui não se está a fazer juízo das vantagens ou desvantagens das constituições sintéticas ou analíticas, matéria com proficiência exposta por Luiz Roberto Barroso, em seu trabalho *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, Rio, Renovar, 1991, p. 41-59. Cabe, contudo, observar o risco tanto de um texto excessivamente sintético, em que são positivados tão apenas os institutos fundamentais e os princípios constitucionais próprios de cada setor do Estado — a permitir por vezes temerário trabalho exegético de busca da *mens legis* ou *mens legislatoris*, ou de um sentido escondido e críptico do texto legal —; quanto de um texto analítico (muita vez produto de uma desconfiança do futuro legislador ordinário), que gera uma inflação constitucional, pela disciplina miúda das matérias não propriamente constitucionais, que consagra uma insinceridade normativa, pelo acolhimento de contraditórios interesses para satisfação tão-só de grupos de pressão, com grande risco de pulverização dos institutos constitucionais, de assistematização do corpo legal.

(8) A expressão "núcleo de princípios" é de Jorge Miranda, *Manual de direito constitu-*

Os princípios não se reduzem ao texto da norma em que proclamados, mas lhe são anteriores e a ele transcendem. Constituem-se em "enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber".⁹ São verdades fundamentais, que se fixam em alicerce ou garantia de certeza de um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos. Como verdades fundantes de um sistema de conhecimento, verdades evidentes por si mesmas e dotadas de caráter operacional, enquanto no texto normativo esses princípios corporificam "ordenações que se irradiam e imantam todos os sistemas de normas",¹⁰ confluindo para seu núcleo valores, bens e interesses constitucionais.¹¹

A Constituição, como já lembrado, é vista por Jorge Miranda como núcleo de princípios. E esses princípios exercem uma ação imediata, enquanto diretamente aplicáveis ou diretamente capazes de conformar as relações político-constitucionais, como também uma ação mediata, tanto num plano integrativo e construtivo como num plano essencialmente prospectivo.¹²

A Constituição, assim, como núcleo de princípios, exerce força atrativa sobre todas as normas, sejam elas igualmente constitucionais, sejam infraconstitucionais, ao mesmo tempo que aplicam uma força expansiva a essas normas que encarnam e disciplinam os direitos de raiz constitucional. Servem esses princípios de critérios de interpretação e integração normativa, emprestando ao sistema normativo coerência geral: "as-

cional, Tomo II, Coimbra, Coimbra ed., 1983, p. 199.

(9) Miguel Reale, *Filosofia do direito*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 60.

(10) José Afonso da Silva, op. cit., p. 82.

(11) Canotilho, citado por José Afonso da Silva, op. cit., p. 82.

(12) Jorge Miranda, op. et loc. citis.

sim, o sentido exato dos preceitos constitucionais tem de ser encontrado na conjugação com os princípios e a integração há de ser feita de tal sorte que se tornem explícitas ou explicitáveis as normas que o legislador constituinte não quis ou não pôde exprimir cabalmente".¹³

Classifica Jorge Miranda os princípios constitucionais em princípios axiológicos fundamentais, constitutivos de ponte de passagem entre o direito natural e o direito positivo, princípios político-constitucionais, que ordenam e estruturam a vida política do Estado, como a separação dos poderes; e princípios constitucionais instrumentais, a exemplo das normas relativas ao processo legislativo, ao funcionamento dos poderes etc.

Os princípios axiológicos fundamentais conferem caráter aos direitos e garantias individuais e sociais. A partir de uma opção político fundamental, estabelece-se o modelo político-criminal do Estado, que poderá afeiçoar-se a um modelo garantidor ou a um modelo meramente pragmático, de engenharia social.

Assim, a consagração de princípios fundamentais como da legalidade, da dignidade da pessoa humana, da lesividade ou exclusiva proteção de bens jurídicos, da intervenção mínima, da humanidade, da culpa penal, é projeção desse cerne axiológico constitucional irradiador de respeito ao homem em seus atributos entitativos.

No modelo político-criminal democrático-garantidor, o homem põe-se como valor fonte, valor superior e conformador de todos os outros valores, a um tempo arquétipo e projeção da cultura.

Nesse contexto assim delineado de Estado, a dignidade da pessoa humana não pode ser esvaziada de conteúdo ético, para se colocar tão apenas como referência abstrata de um limite de atu-

ação do Estado. Porque um tal respeito ao homem poderá resultar simplesmente de um conjunto de medidas meramente programadas, construídas por esforços técnicos de engenharia social, mas desvinculado de seu centro de referência, descomprometido com a pessoa humana, com sua carga de significação moral e projeção ética.

Essa constante preocupação com a dimensão humana no universo jurídico e na ordem social, com maior sensibilidade deve ser projetada no âmbito do direito punitivo.

O fundamento do direito penal, sua finalidade na ordem social, a pena que se põe como instrumento de controle e conformação de expectativas jurídicas, não podem desvencilhar-se dessa amarração ética. A doutrina do crime e a das consequências jurídicas acham-se estruturadas necessariamente nessa composição axiológica, em que a dignidade da pessoa humana e a culpa pessoal encontram posição privilegiada.

A culpa penal constitui-se no centro ético do direito punitivo. Não há pena sem culpabilidade, como também a pena não pode exceder-lhe a medida. Pena e culpa são binômios que se juntam, indissociavelmente, consistindo no exato ponto de ligadura e de penetração da teoria das consequências jurídicas na teoria do delito.

A sanção somente pode ser imposta a um agente culpável, situado dentro de um universo ético em que a liberdade de vontade, se é um dado da realidade indemonstrável cientificamente, representa experiência de todo ser humano. Não liberdade absoluta, como queria o livre arbitrio desmedido, nem determinismo absoluto como o apresentava o positivismo, mas uma margem de poder decisão conforme os próprios motivos, podendo-se falar de uma liberdade situada. Se porventura inexistisse plena consciência de liberdade em ato, a decisão humana, todavia, põe-se como o resultado de re-

(13) Jorge Miranda, *op. cit.*, p. 200.

soluções pretéritas, integradas e formadoras da personalidade, compondo um mosaico axiológico que se recompõe e se atualiza complexamente no concreto ato decisório.

A minimização ou exclusão da culpa do centro ético do direito penal recebe simpatia dos mais variados setores científicos,¹⁴ sempre sob o argumento, com tom de modernidade, de abandono de uma metafísica às antigas (*slechte metaphysic*), incapaz de responder às indagações e angústias de um direito penal concreto, chamado a auxiliar na disciplina jurídica do corpo social, envoltas nas mais pungentes e emergenciais questões de controle social.

Assim, procura-se minimizar a importância e o significado da culpa jurídico-penal, para, acrescentando critérios como da necessidade de pena, da responsabilidade, da proporcionalidade da resposta sancionatória, ver nesses mesmos critérios o seu fundamento. A pena já não se sustentará na culpabilidade, mas na finalidade da sanção penal. Opera-se uma

inversão lógica e ontológica: a finalidade da pena passa a constituir seu fundamento. Segundo Stratenwerth, "si se está de acuerdo en que la culpabilidad moral no pueda ser el único fundamento de la pena sino que junto a ella deberá acreditarse, para su justificación, la existencia de necesidades pragmáticas, la renuncia a la aplicación de la pena puede ser fundamentada en tal finalidad fuera el caso de la carencia de culpabilidad".¹⁵

As perplexidades que envolvem, desde a doutrina alemã, a precisa definição do que seja "merecimento de pena" e "necessidade da pena", e da relação que entre eles intercede, tem tido o perverso efeito de tornar relativo o conceito de culpa penal, consciente ou inconscientemente degradando o direito punitivo à função de simples controle social.

É o pragmatismo a invadir o direito punitivo e a afugentar as supostas imperatências éticas em que embebida necessariamente a responsabilidade humana, reduzindo o homem – apesar das insistentes negativas – a mero instrumento sobre que incidente o direito punitivo como forma de controle dos comportamentos socialmente indesejáveis. Assim, a pena seria imposta porque útil a infundir nos membros da comunhão social a fé na validade do direito, ao tempo em que proveitosa para dissuadir da prática da infração penal. Remontando ao pragmatismo céptico, como não se consegue de fato conhecer em si mesma a culpa pessoal e a própria sanção penal, tem-se como realidade ôntico-ontológica simplesmente a finalidade da sanção, o que ela pode resultar de útil, de proveitoso,¹⁶ chegando Vaihinger a admitir o trabalho com pressupostos falsos, desde

(14) Veja-se Roxin, para quem a culpa pessoal já não pode consistir no exclusivo fundamento da pena, mas se lhe permite apenas desempenhar a função de limite da sanção penal. Veja-se ainda Figueiredo Dias: "são justamente a secularização sofrida pelo fundamento da intervenção penal e o ver-se a função desta na estabilização contrafáctica de expectativas comunitárias que conduzem a eliminar a compensação da culpa (ou retribuição) do âmbito das finalidades da pena. Mas é por sua vez essa eliminação – e a correspondente função de *limite* da intervenção penal que à culpa se assinala – que permite dissociar o conceito jurídico-penal da culpa das querelas irresolúveis sobre o livre-arbítrio". Ao depois, contudo, volta Figueiredo Dias a sustentar a presença da idéia de culpa como limite máximo da intervenção penal, situando-se o limite mínimo na exclusiva proteção de bens jurídicos. (*Sobre o estado actual da doutrina do crime*, em Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. especial de lançamento, p. 28).

(15) *El futuro del principio juridico penal de culpabilidad*, Madrid, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1980, p. 110.

(16) Ver Johannes Hessen, *Teoria do conhecimento*, Coimbra, Armenio Amado ed., 1980, p. 50 et seq.

que estes se mostrem úteis e vitais, resumindo-se a verdade ao “erro mais adequado”.¹⁷ Se essa é a visão da (im)possibilidade do conhecimento humano que leva a considerar como verdadeiro o útil, negando o conhecimento da verdade (o que seja culpa e pena), não menos daninho é o empirismo em que degenera: concebe a fonte do conhecimento apenas a experiência sensível, reduzindo-se, em nossa ciência, o universo experiencial meramente aos efeitos preventivos da sanção. E tudo isso com profissão de fé na dignidade da pessoa humana!

Exemplo paradigmático de uma tal atitude para com o direito punitivo no-lo oferecem as recentes mudanças no Código de Processo Penal (v.g. a profusa previsão de interrupção ou suspensão da prescrição, a possibilidade legal da imprescritibilidade em razão da suspensão do processo; a faculdade de intimação ficta), e mais particularmente a Lei. 9.099/95.

Esta última, sob a veste de uma legislação inovadora na processualística penal, em que impera a deformalização dos procedimentos, com adoção de princípios como da oralidade e imediatidade, da concentração das provas e da instrumentalidade das formas, trouxe de embrulho matéria concernente ao direito punitivo. Estatuíram-se mecanismos de abrandamento da sanção criminal, mas também excogitaram-se outros que, mediante eufemismo, pretendem tornar não penal resposta jurídica cuja essência é caracteristicamente punitiva.

Não se pode negar confrontarem-se dois valores na novel legislação: o do direito penal e o do processo penal. E na barganha, característica básica de duas formas de substituição do processo e sentença criminais (transação; suspensão do processo),¹⁸ permuta-se a submissão ao processo pela pena imediata. Reduz-

se, assim, a opção do condenado ou à pena diferida e permeada pelo processo, ou à pena imediata sem a submissão à instrução ou à sentença criminal. Fica de fora intencionalmente o “risco da absolvição”.¹⁹

Mais grave: a hipótese relevante da absolvição fica dissolvida no risco do processo, como se o vetor deste não se dirigisse também ao órgão acusador, mas exclusivamente à defesa. A bem ver, no sistema consensual fundado na barganha, cede apenas uma das partes, e a mais frágil: obtém a acusação todos os frutos de seu trabalho, qual seja a pena criminal.

Subjaz à legislação a meia verdade de ser o processo em si mesmo mais aflitivo que a própria sanção criminal. E com fundamento nessa falsa premissa, está a oferecer-se o suposto menos (pena) em troca do suposto mais (inexistência de decisão de mérito, como se fora necessariamente prejudicial ao acusado).

Explica-se a inversão jurídica, lógica e axiológica, com a afirmação de que a “conformidade” não significa a assunção de culpa com todas as suas conseqüências, nem seu reconhecimento pelo Judiciário, que sobre ela não se manifestaria, e isto em razão da única formalidade, de natureza eminentemente processual, de inexistência de sentença penal condenatória. Porque não há sentença, não há culpa penal, como se o ato decisório do Poder Judiciário fizesse nascer uma categoria do crime, supostamente não pre-existente e imanente à própria conduta delituosa.

A lei não pode escapar ao binômio culpa-pena, ainda que pretenda negar tal binômio substituindo-o por outro sentença-culpa: no modelo consensual brasileiro, não é a culpa penal que justifica a

⁽¹⁷⁾ *Apud* Hessen, *op. cit.*, p. 52.

⁽¹⁸⁾ Aqui exclui-se intencionalmente a composição civil.

⁽¹⁹⁾ Objeção lembrada em painel de debates em encontro promovido pelo Instituto Manoel Pedro Pimentel em 12.06.1996, na FADUSP, pelo Prof. Miguel Reale Júnior.

sanção, mas a justificação da sanção antecipada achar-se-ia no risco da sentença futura, que, fazendo nascer *ab ovo* a culpa, geraria uma resposta jurídica com esta compatível. A pena criminal, portanto, não seria o resultado da culpa pessoal, porque esta não surgiria com a barganha. A pena se remeteria a critérios de oportunidade e conveniência para o imputado e não se ligaria à culpa pessoal, porque esta somente ganharia realidade com a sentença condenatória.

Traz-se em apoio o princípio da autonomia da vontade. Perde-se, contudo, de vista ser da essência de um direito fundamental sua irrenunciabilidade. Ora, como acentou acertadamente no painel promovido pelo Instituto Manoel Pedro Pimentel o prof. Miguel Reale Júnior, se o princípio da autonomia da vontade cede em face de setores normativos e regulamentares da vida social, como, por exemplo, a relação de consumo, o direito obrigacional, em que deve preservar-se a base econômica do contrato e a equivalência contratual, não há porque prevalecer diante dos direitos e garantias individuais. A bem ver, a Constituição como núcleo de princípios, fundantes do Estado e asseguradores dos direitos e garantias individuais e sociais, não pode tolerar a tamanha contradição que é, em nome da dita autonomia — que lança profundas raízes no princípio da legalidade —, relevarem-se direitos da qualidade, natureza e *status* de fundamentais, porque ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer qualquer coisa senão em virtude de lei. Não se cuida de renunciar uma faculdade ou prerrogativa atribuída por lei, mas se trata da possibilidade de abrir-se mão de um rol de direitos, imantados em princípios constitucionais, cujo interesse não é particular deste ou daquele membro da comunidade social, mas sustenta o próprio Estado democrático.

Na verdade, é preciso inverter a ótica da questão, para ver que não se está

apenas operando com a declarada “autonomia da vontade” do cidadão. Não é a critérios de oportunidade e conveniência exclusivos para a defesa que se liga a sanção antecipada, senão a idênticos critérios para a acusação, pois, em face da expectativa de absolvição, a pena antecipada satisfaz a pretensão ou intenção punitiva sem prova, sem processo.

A demonstração mais desconcertante da artificialidade da construção legislativa — que afirma inexistir reconhecimento por parte do Estado de culpa do agente — está em recorrer a lei mesma à categoria da culpa penal para estabelecer as condições de aplicabilidade da sanção resultado da barganha. O art. 76, ao disciplinar a imposição imediata da pena restritiva de direitos ou multa, não admite a proposta se houver, por parte do autor da infração, elevado grau de culpa. Repare-se nos critérios legais: ausência de antecedentes criminais específicos (condenação definitiva anterior a pena privativa de liberdade) e genéricos, defeituosa personalidade, conduta social de não conformidade, motivos condenáveis e circunstâncias do crime de especial gravidade. Numa palavra, são reproduzidos em grande parte os critérios de aferição da culpa penal presentes no art. 59 do CP.

Também em outra passagem a lei expressamente se reporta ao critério da culpabilidade. Ao dispor sobre a suspensão condicional do processo, o art. 89 estabeleceu como condição a presença dos requisitos próprios da suspensão condicional da pena, como estatuído no art. 77 do CP. Este último diploma, que se nutre do princípio ético da culpa penal, centro do sistema, estabelece como condição essencial do *sursis* a não reincidência em crime doloso e, principalmente, a avaliação da culpabilidade do agente, de seus antecedentes, da conduta social e personalidade, dos motivos e circunstâncias do delito. Esses requisitos, todos de ordem subjetiva, evidentemente estão

referidos à culpabilidade diferenciada ou modesta do sujeito ativo do delito. Esse critério centrado no caráter ético da culpa penal é que fundamenta e justifica a concessão da suspensão do processo, sendo inafastável, destarte, a referência à culpa pessoal.

A necessária "referibilidade" da transação e da suspensão condicional do processo à culpa torna absolutamente temerária a afirmação definitiva de que no sistema da nova legislação não há o reconhecimento da culpa porque não há processo que alcance seu termo, revestindo da força e efeito da coisa julgada a declaração judicial da culpabilidade.

Reduzida, sem ufanismos, a legislação a seus devidos termos, deve-se reconhecer, no plano penal e processual penal, uma de duas hipóteses: ou há a aplicação da sanção penal sem que interceda a culpa pessoal como condição *sine qua* de sua aplicabilidade, o que viola o princípio da culpabilidade; ou existe efetivo reconhecimento, antecipado, da culpa e a pena vem como consequência da conformidade do agente com o processo em perspectiva e seu resultado final, o que gera a aplicação da pena sem processo, a violar a cláusula do devido processo legal.

Argumenta-se existir processo. Compreende-se tão ampliada quanto especiosamente o conceito de processo, ao ponto de admitir que o simples comparecimento em juízo, em virtude de um Auto Circunstanciado lavrado na Delegacia de Polícia, significa, por si só, a existência de processo, a instauração de uma relação processual. Nem mesmo as teorias que divergem quanto ao momento de nascimento do processo e da relação processual, chegam ao ponto de afirmar, nessas circunstâncias, a existência verdadeira e genuína de um processo. Há de existir ao menos uma acusação formal e um liame entre as partes e o juízo. Ora, a ausência de acusação formal, mas a

única existência de um Auto Circunstanciado que poderá até mesmo vir desacompanhado de prova documental, ou se tanto de prova da materialidade da infração, nunca corporificará uma relação processual nem subsistirá como processo. A compreensão da existência verdadeiramente de um processo nessas circunstâncias parece um excesso.

De outro lado, em nenhuma oportunidade, na Constituição, existe autorização para aplicação da pena sem processo ou prescindindo da culpa jurídico-penal. O fato de permitir-se, no Capítulo destinado à estruturação do Poder Judiciário, a criação dos juizados especiais e, neles, a transação como forma de extinção do processo ou da punibilidade, não significou a derrogação de tantos outros princípios caros ao estatuto Constitucional e ao Estado de cariz de democrático, como o da presunção de inocência, da necessidade e obrigatoriedade do processo, da culpabilidade e de sua medida, da proporcionalidade da resposta sancionatória e, por fim, da fundamentação das decisões judiciais.

Ora, uma Constituição que em seu texto "inadmite" sequer a deliberação a respeito de emenda supressiva de direito e garantia fundamental (art. 60, § 4.º, inc. IV), não terá certamente confortado em seu seio dispositivo que em sua literalidade ou em sua extensão hermenêutica venha a contender frontalmente com os mais caros princípios garantidores do Estado democrático. Tanto mais em artigo de lei marginal (art. 98 da CF), inserido em Capítulo dedicado a matéria outra, própria da estruturação do Poder Judiciário. É certo, ainda, que o art. 98, inc. I, da CF, ao dispor sobre a criação dos juizados especiais, permitiu a transação penal, mas nunca autorizou, e nem o faria, a criação de tal instituto com a aplicação de pena sem culpa e sem processo. Princípio fundamental de interpretação constitucional é aquele, não escrito na Constituição mas que a ela permeia,

da “interpretação conforme a constituição”. Segundo esse princípio todas as normas, constitucionais ou infraconstitucionais devem ter sua âncora hermenêutica na própria Constituição. Quando o dispositivo tem residência constitucional deve ser ele interpretado à luz dos princípios constitucionais e dentro da lógica do sistema normativo constitucional. Não poderia o texto Maior, depois de consagrar com proeminência e preeminência os direitos e garantias individuais, de centralizar a dignidade da pessoa humana como valor fundante do sistema jurídico-político, em capítulo concernente tão apenas à organização do Poder Judiciário, e fazendo referência tão-só à possibilidade de transação, não poderia estar a admitir a aplicação da grave pena criminal em abandono de toda a principiologia democrática agasalhada na Carta Magna.

De outro lado, ainda que se fuja a uma interpretação “conforme a constituição”, a atitude exegética para dispositivos que apequenem direitos e garantias individuais, como sabido, é sempre de preferir o âmbito de incidência normativa restrito. Assim, o admitir o legislador constituinte a transação nos domínios do processo penal não significou *ipso juris* o consentimento de aplicação de uma pena criminal sem culpa e sem processo. E pouco importa não ser a pena diretamente privativa de liberdade, mas consistir em restritiva de direitos e multa, quando ambas além de conversíveis em detentiva representam uma drástica restrição a um direito individual, o que lhes preserva a natureza específica do direito punitivo.²⁰

A culpa é princípio fundante da Constituição, angular na ordem dos direitos

O argumento lançado é da inconstitucionalidade dessa forma de reação, pois se estaria, em última instância, realizando prisão por dívida. Há certo equívoco do legislador. A conversão em pena detentiva não decorre de ser a pena de multa um valor a ser pago pelo condenado, que, não o fazendo, receberia a privação da liberdade como forma de coação à liquidação de seu débito, de natureza patrimonial, para com o Estado. O estabelecimento de uma sanção penal mais gravosa está no descumprimento da reprimenda penal pelo condenado. Em nosso sistema, à semelhança da pena restritiva de direito, a conversão decorre da inobservância do condenado da pena a si aplicada. Identicamente ocorre, por exemplo, no regime de cumprimento de pena. O condenado que deve cumprir a sanção no regime aberto poderá regredir até o regime fechado, em razão de descumprimento das condições impostas e próprias de seu regime. Em momento nenhum se cogitou na lei, nem em nossa terra nem no exterior, de a conversão ocorrer em virtude do simples não pagamento de dívida. Até porque se o condenado não tem recursos para enfrentar seu débito, ele não é cobrado. A conversão da pena de multa em privativa de liberdade, como forma de prestigiar e dar seriedade à pena pecuniária, é prevista na legislação alemã, espanhola, portuguesa, francesa sem que se veja necessariamente nessa conversão uma violação a preceitos constitucionais. De outro lado, engana-se também o legislador quando estima que a cobrança via execução fiscal trará efetividade à pena de multa. Ora, se o condenado, sob a ameaça da conversão da sanção pecuniária em privativa de liberdade já não recolhe o valor relativo à multa, que dizer sendo ela mera dívida de valor. De outro lado, dificilmente a Fazenda Pública, já tão atarefada de execuções fiscais se animará a promover ações para haver valores ínfimos (no mínimo legal, ordinariamente aplicado, aproximadamente R\$ 30,00), sendo que o custo da demanda é muito maior, além de sobrecarregar a capacidade do sistema judiciário. Ocorrerá, certamente, o não desejado: benefício constante de anistias. De

(20) A natureza jurídica da multa, contudo, alterou-se profundamente com o advento da Lei 9.268, de 10.04.1996, que transformou a multa penal em dívida de valor a ser inscrita na dívida ativa da União, aplicando-se-lhe as normas legislativas pertinentes. Revogou-se igualmente o art. 51 do CP, que dispunha sobre a conversão da pena multa em pena privativa de liberdade.

fundamentais em face do Estado e sua intervenção na esfera pessoal. Ao Estado é defeso intervir sobre um direito inalienável e irrenunciável, ainda que haja ato de disposição de seu titular. Assim como a vida, a integridade corporal, a saúde, a liberdade é direito inegociável, sendo, neste terreno, absolutamente irrelevante suposta autonomia da vontade. A instituição da escravidão, por exemplo, a todo título é abominável no atual estágio da civilização, em que se atribui um rol de direito da personalidade inolvidáveis, apresentando-se por tudo irrelevante eventual aquiescência dos a ela sujeitos.

Tanto mais quando a renúncia ao direito de liberdade com fundamento em suposto princípio da autonomia da vontade,

outro lado, nenhuma razão jurídica leva a que uma sanção eticamente menor, decorrente de uma resposta jurídica de modesta dimensão, cumpra o mesmo prazo de prescrição da sanção privativa de liberdade em sua quantidade máxima abstratamente cominada. Ora, é um exagero que a pena de multa, por exemplo no delito previsto no art. 316, § 2.º (excesso de exação qualificado), tenha como lapso prescricional 20 anos. Em conversa informal aos membros da comissão de reforma do Código, sugerimos como forma de prestigiar a pena de multa e conferir-lhe seriedade a manutenção do atual sistema, apenas limitando a conversão da pena privativa de liberdade ao tempo da pena substituída, ou então, quando a multa é a única aplicada, a conversão pelo tempo mínimo da pena privativa de liberdade prevista. Desse modo evitasse-se o descompasso punitivo entre a sanção privativa de liberdade e a pena de multa convertida em detentiva. Propusemos, também, a criação de uma audiência específica, da natureza da audiência admonitória para o *sursis*, em que o condenado seria advertido do prazo para pagamento da pena de multa, com ciência da conversão caso, solvente, não pagasse ou frustrasse a execução. Acabou-se por desnaturar a pena de multa de sua qualidade penal, caracteristicamente, de forma imediata ou mediata, capaz de atingindo a liberdade individual.

vem para sustentar confessadas finalidades de controle social, de prestação jurisdicional rápida e eficiente, com diminuição da sobrecarga do sistema,²¹ ora se falando em “adequação do processo a resultado dele esperado”, ou, ainda, em “um processo de resultados”, ou também em “evitabilidade de prescrição”, e de “acertos na delegacia”. A finalidade de efetividade dos sistemas de controle social não deve sobrepor-se à dignidade da pessoa humana, ainda que retoricamente se pretenda que a renúncia a essa dignidade (pena sem culpa e sem processo) contraditoriamente signifique sua afirmação!

Sustenta-se não haver juízo de culpabilidade estatal e, por isso, não estar afligido o princípio da “não culpabilidade” inscrito na Constituição, além do que, a aplicação da pena é precedida da assunção de culpa pelo agente (*plea guilty*).²² Assim estaria satisfeita a exi-

(21) Veja-se, por exemplo, esta afirmação: “É indiscutivelmente a via mais promissora da tão esperada desburocratização da justiça Criminal (grande parte do movimento forense criminal poderá ser reduzido), ao mesmo tempo em que permite a pronta resposta estatal ao delito, a imediata (se bem que na medida do possível) reparação dos danos à vítima, o fim das prescrições (essa não ocorre durante a suspensão), a *ressociação* do autor dos fatos, sua não reincidência, uma fenomenal economia de papéis, horas de trabalho etc.” (Ada Pellegrini Grinover *et alii*, *Juizados especiais criminais*, São Paulo, RT, 1996, p. 17 e 18.)

(22) Luiz Flávio Gomes, op. cit., p. 140, textualmente: “A transação no juizado criminal possui a mesma natureza do *guilty plea* anglo-saxônico, isto é, o autor do fato, no instante em que aceita a aplicação imediata de pena alternativa, está assumindo culpa (mesmo porque *nulla poena sine culpa*)”. É verdade que este autor, na última linha, em sentido oposto afirma: “A transação na suspensão condicional do processo tem a natureza do *nolo contendere*, é dizer, o acusado não discute, assume certas condições, mas não admite culpa”.

gência constitucional, sem que houvesse declaração pelo Estado-Juiz da culpa. Ora, segundo o modelo consensual brasileiro, de duas, uma: ou o juízo homologa ou não homologa a transação e a suspensão, sem qualquer fundamentação, apenas considerando, na primeira hipótese (homologação), a aceitação do acusado e seu defensor, mas assim viola em ambas as alternativas o dever de fundamentação; ou apresenta os fundamentos por que nega ou consente a aplicação antecipada da sanção ou a suspensão do processo, fazendo necessária referência à culpa pessoal. Numa palavra: ou não fundamenta e há uma decisão desobediente ao imperativo constitucional (art. 93, IX, da CF), ou faz referência à culpa pessoal, e se nega o sistema em sua essência.

Com que critérios operará o magistrado para a aplicação da pena de multa e das penas restritivas, senão com aqueles próprios da culpabilidade, que, contraditoriamente, não estará afirmada!

Reduzida a legislação a fatores os mais singelos, o modelo consensual excogitado assim se resume: ou pena ou pena. Ou pena antecipada, sem intermediação do processo, ou pena ao final com a intermediação do processo, sendo que nesta última hipótese remanesce ao imputado a chance de absolvição (se é que remanesce após o magistrado haver acenado, insistido com a aceitação da proposta, num necessário pré-juízo – não verbalizado – da imputação). E

tudo isso em troca apenas de favores de ordem processual: inexistência de sentença penal condenatória, rol dos culpados, reincidência.

Toda essa aporia decorre de o legislador imprudentemente haver encartado nos institutos da transação e da suspensão a consequência jurídica própria do direito punitivo, isto é, a sanção propriamente criminal. E nesse particular não pode haver ilusão ou equívoco: o *sursis* é medida penal de fundo não institucional, corporificando verdadeira sanção criminal. Assim, a extensão dos ônus e sujeições próprios da suspensão condicional da pena outra coisa não significa se não a aplicação de sanção genuinamente penal. E, note-se: a lei não prevê razões e motivos de ordem processual para estabelecer os requisitos da suspensão, mas os colhe de terreno outro, precisamente do direito penal, do princípio da culpabilidade. De outro lado, não faltarão aplicadores da lei, que na ligeireza peculiar – e porque é da natureza do *sursis* a aplicação de uma pena restritiva – conjugarão, na suspensão, condições próprias das penas restritivas ou condições de símile natureza, de entremeio nas condições judiciais.

Em suma, a novel legislação exige verdadeiramente uma “mudança de mentalidade”. Essa mudança, contudo, não poderá conduzir o penalista a mentir os democráticos princípios fundantes de sua ciência.