

A CULPA SEM CULPA?

Ronaldo Leite Pedrosa¹

SUMÁRIO - 1. Introdução. 2. A experiência humana. 3. Uma visão teológica da culpa. 4. Uma visão filosófica da culpa. 5. Uma visão psicanalítica da culpa. 6. Diversas modalidades de culpa no Direito. 7. A transação penal e a culpa. 8. Quase conclusão. 9. Referências

1 INTRODUÇÃO

Tema que sempre nos instigou, principalmente inspirado e refletindo hoje, novembro de 2005, tarde fria e chuvosa de domingo serrano, é o relativo à noção de culpa e seus desdobramentos nos diversos campos do conhecimento humano, mormente no Direito e, neste último, o específico sobre a transação penal e sua (in)existência.

A globalização (e nesse aspecto é positiva) está fazendo renascer a compreensão de que não existe ciência isolada no contexto do conhecimento, e que é necessário buscar as noções que podem ser úteis para desvendar-se este ou aquele conceito. É o complexo no simples.

Não se passa de forma diversa com o estudo da culpa.

A interdisciplinaridade exige, para uma melhor compreensão desse tema que tantas conseqüências produz no dia-a-dia de cada um de nós, abordar, ainda que confessando, desde logo, o temor de enveredar por searas que não são de nosso domínio formal por bacharelado, o sentido do termo em sede da Filosofia, da Psicologia, da Teologia e, por último, do Direito.

Especificamente para a proposta deste trabalho, objetivaremos discutir a existência, ou não, da assunção ou fixação de culpa em hipóteses de aceitação de transação penal no

¹ Doutorando em Direito Público. Mestre em Direito Público. Especialista em História do Direito. Especialista em Docência do Ensino Superior. Juiz de Direito.

âmbito dos Juizados Especiais Criminais, órgãos criados pelo art. 98, I da Constituição da República.

Para que o atento leitor possa avaliar o grau de dificuldade da empreitada, trazemos, como ponto de partida, as definições do Dicionário Aurélio:

Culpa. [do lat. *culpa*]. S.f. 1. Conduta negligente ou imprudente, sem propósito de lesar, mas da qual proveio dano ou ofensa a outrem. 2. Falta voluntária a uma obrigação, ou a um princípio ético. 3. Delito, crime, falta. [omissis] 4. Transgressão de preceito religioso; pecado. 5. Responsabilidade por ação ou por omissão prejudicial, reprovável ou criminosa [omissis]. 6. Jur. Violação ou inobservância duma regra de conduta, de que resulta lesão do direito alheio.²:

Por conseqüência dessa diversidade de sentidos encontraremos as variantes do termo, com conotações distintas: culposo, culpabilidade, exculpante, culpável, culpado, desculpado, desculpa, mea-culpa etc. Para cada uma dessas derivações haverá uma explicação técnica, mudando o enfoque conforme o ramo do conhecimento que estivermos cuidando.

Guilherme de Ockham, estudando a lógica das palavras, dividiu os termos em *categoremáticos* e *sincategoremáticos*, aqueles por possuírem significação “determinada e certa, assim como o nome ‘homem’ significa todos os homens, e o nome ‘animal’ todos os animais, e o nome ‘brancura’ todas as brancuras”; estes, por não possuírem significado certo e definido “como todos, nenhum, algum, todo, exceto, somente, enquanto, etc”.³

Como o objetivo deste breve ensaio não é ampliar o horizonte científico de tantos e diferentes ramos e significações, nem aprofundar qualquer deles até a exaustão, buscaremos traçar os balizamentos mais importantes de cada um dos selecionados e, se possível, ao final,

²FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2 ed. rev. e aum. 41ª reimpressão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. Verbetes *culpa*.

³OCKHAM, Guilherme de. *Lógica dos termos*. Tradução de Fernando Pio de Almeida Fleck. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999. (Coleção Pensamento Franciscano, v. III), p.126.

encontrar, ou não, um ponto de contato entre eles, ou reconduzir a um denominador comum que possa servir de âncora para o pesquisador.

2 A EXPERIÊNCIA HUMANA

Em considerável número de partes podemos estudar a idéia da culpa na trajetória do homem. Desde a fase primitiva, com submissão à mitologia, até os dias atuais, com o vislumbre de uma fragmentação vigorosa do tema, na qual cada parte do conhecimento busca para si a qualidade de resolver, ou ao menos explicar, o sentido e a idéia de culpa.

No Egito dos Faraós, no momento em que haveria o julgamento da sorte do finado governante pelo Tribunal de Osíris, a revelação da inexistência de culpa o absolveria. Assim ensina Mário Giordani:

Curiosa é a defesa que o defunto faz de si mesmo ao entrar na sala e que consiste, principalmente, em duas confissões negativas em que a alma proclama sua inocência. Assim, entre outras coisas, o defunto declara: *Não cometi injustiças contra os homens. Não maltratei os animais. Não fiz o mal em lugar da justiça. Não blasfemei contra Deus. Não empobreci um pobre. Não fiz sofrer. Não fiz chorar. Não matei. Etc..* Tais confissões revelam, inegavelmente, uma consciência moral elevada que necessariamente teria influído na conduta ética dos egípcios.⁴

Interessante notar que, hoje em dia, a primeira reação das pessoas, ao serem acusadas, ou apontadas como praticantes de algo errado, é de, imediatamente, tentar aplicar o que se convencionou chamar *prática da transferência*, ou seja, jogar para um terceiro, normalmente ausente, a responsabilidade dos fatos em tese. Ou acusar o acusador.

Até mesmo Instituições assim têm agido, por meio de seus representantes. A sociedade, ao ser cobrada, diz que a culpa é do Estado, omisso. O Estado, por sua vez, diz que

⁴GIORDANI, Mário Curtis. *História da Antigüidade Oriental*. 4 ed. Petrópolis: Vozes, 1977, p. 114.

a culpa é da globalização e da política internacional. A Igreja diz que a Família está enfraquecida. A Família liga a TV. A TV só mostra propagandas, priorizando o consumo insano, e esconde os fatos. O irmão diz que a culpa é do outro. Este, que a responsabilidade é da Polícia. O Delegado afirma que a polícia prende e a Justiça solta. O Judiciário diz que a culpa é do Legislativo. Este, por sua vez, alega que o defeito é do Executivo, hiperinfluyente. De seu turno, o Executivo alega que a culpa é do governo anterior. E assim vamos, de transferência em transferência, recusando-nos a atacar o cerne das questões, resvalando pelas superfícies igual surfistas no mar.

Mas é de se fazer uma análise mais consistente do tema, e apreciar a noção de culpa em outras searas do conhecimento. Iniciamos pela visão religiosa.

3 UMA VISÃO TEOLÓGICA DA CULPA

Entende-se teologia como a parte do conhecimento que busca estudar com profundidade a própria existência de Deus e sua interconexão com o mundo terreno. Nessa sede cognitiva é indispensável a busca de estudiosos, do passado e do presente, para avaliar a evolução ou manutenção de suas idéias.

Devemos deixar claro que estamos a examinar o assunto sob a óptica da doutrina da Igreja Católica Apostólica Romana, Instituição de que há mais séculos se preserva no mundo ocidental, pois seria inviável, agora, realizar um estudo comparativo da ideologia de todas as religiões.

O tema tratado neste rápido estudo é o da culpa que, para os ensinamentos bíblicos, toma a feição de pecado. Principalmente o original. Nele, o homem/criatura é o grande personagem. Desde o Século XI canonistas se tornaram responsáveis pela separação técnica das noções de

pecado, sob a fiscalização e apreciação da Igreja, e de delito, da alçada da Justiça do Homem, ambos vinculados à idéia de culpa.

Começaremos pela visão de importante pensador da Igreja Católica, Santo Agostinho, narrando sobre o tema:

Da mesma maneira, segundo parece, para chegar a transgredir a Lei de Deus, o primeiro homem não foi arrastado pela sedução, acreditando na verdade das palavras de sua mulher: Cedeu sim devido à afeição que tinha à sua única companheira, à sua a si igual, à sua mulher. Não foi em vão que o Apóstolo disse: *E Adão não foi seduzido, mas a mulher foi seduzida*. Ela tomou por verdadeiro o que a serpente lhe disse, mas ele não quis separar-se da sua única mulher nem mesmo na comunhão do pecado. Não foi por isso menos culpável – pois pecou com ciência e consciência. Foi por isso que o Apóstolo não disse “*ele não pecou*” mas sim “*não foi seduzido*” (non est seductus). Confirma-o quando diz: *por um só homem entrou o pecado no mundo*, e, pouco depois, mais claramente ainda: *por uma transgressão semelhante à de Adão*.⁵

Por essa óptica, toda culpa é inerente ao homem, assim como todo homem é portador nato do peso a ele imposto.

Outra não é a visão da moderna teologia, valendo reproduzir o pensamento de Antônio Máspoli de Araújo Gomes, doutor em Ciências da Religião por São Paulo:

O ser humano nasce devedor, culpado diante de Deus. Embora em sua primeira infância ele ainda não tenha nenhuma consciência de seus atos morais, essa inconsciência não o exime da culpa primordial. Por isso, a criança, desde o ventre materno, depende da graça especial de Jesus para o perdão dessa culpa e para a sua salvação pessoal. No caso da criança, cabe registrar que o perdão e a salvação em Cristo lhe são imputados

⁵SANTO AGOSTINHO. *A Cidade de Deus*. Trad. de J. Dias Pereira. 2 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2000, vol. II, p. 1273-4.

automaticamente pelo Espírito Santo, caso ela venha a morrer antes de saber distinguir entre o bem e o mal.⁶

Sendo todos culpados, originariamente, qual seria a possibilidade, se houver, de expiar a culpa e, assim, libertar-se dela? Segundo a visão teológica hodierna, bastaria “*romper com seus mecanismos de defesas e assumir diante de Deus a responsabilidade pessoal pelos seus pecados, transgressões, erros e fracassos. Em seguida, confessá-los a Deus por meio de Jesus Cristo*”⁷. Ou seja, tudo em função de um ato de fé. E, como se pode compreender de maneira singela, ter fé é enxergar o invisível pelo simples querer e crer.

Interessante notar que o próprio *Codex Iuris Canonici* (Código de Direito Canônico)⁸, ao tratar das sanções da Igreja (Livro VI) assim prevê no cânon 1311: “*A Igreja tem o direito nativo e próprio de punir com sanções penais os fiéis delinquentes.*” Mais adiante, definindo os limites comportamentais dessas punições, o cânon 1321 § 1º (ora grifado) estatui: “*Ninguém é punido, a não ser que a violação externa da lei ou do preceito, por ele cometida, lhe seja gravemente imputável por dolo ou por culpa.*”

Aqui a teologia se aproxima do direito, pois os conceitos de culpa são fundamentados no comportamento negligente, gerando alguma espécie de prejuízo ou dano a outrem.

4 UMA VISÃO FILOSÓFICA DA CULPA

Estudando a essência das coisas, dos fatos, do ser, a filosofia permite analisar, com profundidade, o tema que instiga. No nosso caso em questão, a culpa deixará de ser um “quase adjetivo”, para transformar-se em verdadeiro substantivo: a culpa.

⁶GOMES, Antônio Máspoli de Araújo. *O Problema da Culpa e a Graça da Justificação pela Fé*. In *Fides Reformata et Semper Reformanda est*. V. 7, n. 1. São Paulo, 2002, p. 77.

⁷GOMES, Antônio Máspoli de Araújo. *Op. cit.* pág. 101.

⁸Código de Direito Canônico. Tradução: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. 12 ed. rev. e ampl. São Paulo: Edições Loyola. 2001

José Ferrater Mora optou em fazer uma avaliação indireta da culpa, analisando-a como consciência moral. No verbete em questão, assim ensinou:

O sentido da expressão “consciência moral” foi popularizado através de frases como “voz da consciência”, “apelo à consciência”, etc. Mas em seu sentido mais comum, a consciência moral aparece como algo demasiado simples; os filósofos investigaram, com efeito, em que sentidos se pode falar de uma voz da consciência e, sobretudo, qual é – se acaso existe – a origem de tal voz.⁹

Importante destacar que o sentido filosófico de moral nos envia a um outro caminho, para conhecer o mais profundo de nossos sentimentos e nossa escala individual de valores.

Ocorre que, ao transformarmos esses valores individuais em comportamentos concretos, estaremos agindo, e nossas ações estarão limitadas pelas ações dos outros seres humanos. Logo, a moral pode ser enxergada como uma das formas de sairmos do individual para atingir o coletivo. De iniciar pelo privado, e alcançar o público.

Assim, temos que buscar nos pensadores da Idade Média e, relendo seus conceitos a respeito do tema, observar como estavam, desde então, vinculados à idéia próxima da teologia, unindo culpa e pecado. Vamos ao exemplo com Thomas Hobbes:

O pecado, na sua significação mais ampla, compreende todo ato, palavra e pensamento que vá contra a razão reta. Todo homem, ao raciocinar, procura os meios que forem mais convenientes para o fim a que se propõe. Se raciocinar direito – isto é, se partindo dos princípios mais evidentes construir seu discurso extraindo deles inferências continuamente necessárias –, ele seguirá por um caminho retíssimo. Mas, se assim não for, ele se extraviará, isto é, fará, dirá ou procurará algo contrário ao seu próprio fim; isso feito, diremos que errou, do ponto de vista do raciocínio, mas que pecou, do viés da ação e da intenção (*will*). Pois o pecado segue-se ao erro, assim como a vontade (*will*) se segue ao entendimento. E esta é a acepção mais geral do

termo *pecado*, sob a qual se contém toda ação imprudente, quer ela vá contra a lei, como quando derrubamos a casa de outro homem, quer não vá, como quando construímos nossa própria casa sobre a areia.¹⁰

Importa, aqui, até pela redução da proposta desta pesquisa, alterar o foco e adentrar em outra esfera do conhecimento, a psicanálise.

5 UMA VISÃO PSICANALÍTICA DA CULPA

Mais complexo, para nós estudiosos do Direito, é a noção da culpa sob uma abordagem psicanalítica. Mas o Direito é produto da cultura humana e, por tal prisma, a análise do homem, em seu interior, pode possibilitar o encontro de uma explicação que aproxime as duas Ciências.

Assim, consultamos, como qualquer curioso em compreender conceitos de determinada área, um dicionário de psicanálise, especificamente o de Pierre Kaufmann, no verbete *culpa*. Vamos a ele, esclarecendo ao leitor que vale a pena uma consulta integral ao verbete, pois, da página 104 até a 110, o autor esmiúça o assunto, em termos de apresentação ao consulente:

Enquanto bem no final de um de seus últimos escritos, *Moisés e o monoteísmo* (1939), Freud evocou essa primeira perspectiva como característica de nossa cultura judaico-cristã – sob cuja ação o sentimento de culpa “se apoderara de todos os povos do Mediterrâneo como um vago mal-estar, como um pressentimento de desgraça cuja razão ninguém é capaz de apontar” – dez anos antes, ele sublinhava uma forma projetiva da culpa no estranho modo como se comporta o “primitivo”: “Quando uma desgraça o atinge”, observa em *O mal-estar na cultura*, “ele não lança a culpa sobre si; ao contrário, lança-a na conta do fetiche, o qual evidentemente deixou de

⁹MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*. Trad. de Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabra. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes. 1998.

¹⁰HOBBS, Thomas. *Do Cidadão*. Trad. de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 228.

cumprir seus deveres; depois, em vez de se punir, o arrebenta de pancadas.”¹¹

É possível captar, nessa lição, a idéia básica de que há uma transferência da própria culpa para um objeto ou algo exterior ao sujeito de quem se busca a configuração dessa falta. Fala-se, também, em culpa mórbida, entendida como aquele estágio do complexo, ou sentimento de culpa, que resulta de psicose, ou neurose.

Logo, até agora foi visto que em diversos ramos do saber o tema *culpa* exige a presença de alguma coisa ou alguém estranho ao ator principal para sua constatação. Como será no Direito?

6 DIVERSAS MODALIDADES DE CULPA NO DIREITO

Enquanto se pode dizer que a Ética, regulando a consciência, se aproxima da Moral, pode-se, por outro lado, afirmar que a Ética, regulando o comportamento, conecta-se com o Direito.

Partindo do pressuposto de que o Direito existe para disciplinar a vida das pessoas em sociedade, fixando os deveres e obrigações de cada um, prevendo as sanções para os casos de violação das normas, existe um ponto de contato entre os diversos ramos do Direito e as responsabilidades oriundas de atos contrários às regras de conduta: a culpa.

Em termos mais simples, existindo uma lei impondo determinado comportamento, sob pena de, não sendo obedecida, resultar em castigos previamente estabelecidos, a função do aplicador da lei será examinar o fato ocorrido e verificar, no caso concreto, se houve ou não comportamento baseado em culpa, ou, em sentido oposto, se ocorreu qualquer causa que pudesse excluir a culpa do agente, como legítima defesa, estado de necessidade, culpa

¹¹KAUFMANN, Pierre. *Dicionário Enciclopédico de Psicanálise – O Legado de Freud e Lacan.*

exclusiva da vítima (quando ela é a causadora do próprio dano), etc, e declarar as conseqüências do ato praticado.

Essa visão é a do comportamento individual, mas não se pode esquecer que, no mundo de hoje, incontáveis são os atos e fatos decorrentes de relações empresariais/institucionais, por exemplo, com reflexos diretos sobre a vida das pessoas. Mas permaneçamos apenas na seara individual.

Diversas áreas da ciência jurídica tratam da análise da culpa respeitando os princípios que diferenciam os ramos específicos, como o Direito Civil, o Penal, o Trabalhista, etc. Em cada um deles há um enfoque específico para a culpa.

Só para se ter uma rápida idéia, na área cível pode-se falar em culpa concorrente, que exige, além do comportamento do autor, um outro, negligente, do réu; culpa ex lege, ou seja, culpa presumida pela lei, quando de violação de um de seus dispositivos; culpa aquiliana, que é aquela derivada de falta extracontratual; culpa negativa, quer dizer, culpa por omissão; culpa indireta, ou seja, aquela que revela a responsabilidade civil por fato de terceiro. No direito das obrigações os sentidos da palavra culpa são diversos e, às vezes, confusos.

Já no direito penal pode-se falar, por exemplo, em culpa consciente, que é aquela em que o agente prevê o resultado que pode advir de seu comportamento mas, sinceramente, acredita que não acontecerá e atua, causando o resultado; culpa por equiparação, que consiste nos casos de extensão, ou assimilação, ou, em outras palavras, aqueles comportamentos que são praticados por erro, mas que causam lesões em terceiros, e esse erro não é desculpável; culpa propriamente dita, que é a que ocorre quando o agente atua com imprudência, negligência ou imperícia, etc.

Portanto, considerando o vasto campo a pesquisar para fechar-se a noção de culpa no Direito, o leitor pode constatar que não bastam essas noções jurídicas. Há indiscutível necessidade de buscar outros horizontes, a fim de aumentar o espectro de compreensão do tema.

No Direito Penal, como se viu, a noção de culpa é fundamental para amparar uma decisão condenatória. Mas, haverá imposição de sanção penal sem culpa, legitimamente? É o que tentaremos responder no próximo item.

7 A TRANSAÇÃO PENAL E A CULPA

Em pouquíssimas palavras, a Constituição da República de 1988, no art. 98, I, estabeleceu a criação de Juizados Especiais Criminais¹², órgãos destinados à conciliação, julgamento e execução de infrações penais tidas como de menor potencial ofensivo¹³, permitindo-se, pela primeira vez na história do Brasil, a possibilidade de *transação penal*.

Há vezes abalizadas e importantíssimas nesta quadra da história doutrinária do direito e do processo penal que estão se pondo radicalmente contra a sistemática e a prática empregada no âmbito dos Juizados Especiais Criminais.¹⁴

Não é este o momento de tentar refletir e dialogar com essas idéias, até mesmo pelo respeito e admiração que seus ilustres defensores merecem de todos nós. Será objeto de outro texto, em fase de elaboração, principalmente voltado para o princípio da conciliação.

¹² “A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I. juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau. Parágrafo único – Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.” Grifado agora.

¹³ Pelo artigo 2º, parágrafo único da Lei Federal nº 10.259, de 12.07.2001, são infrações dessa natureza aquelas cuja pena máxima não supere 02 anos de pena privativa de liberdade.

¹⁴ Cf., como exemplos significativos os cinco primeiros textos constantes em *Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*, organizado por Alexandre Wunderlich e Salo de Carvalho; igualmente

Todavia, os Juizados Especiais Criminais aí estão, constituídos e em funcionamento(?). Não há como escapar disso, inútil reduzir a discussão para o “*sou a favor, sou contra*” em relação aos Juizados Especiais Criminais.

Não só o próprio órgão especializado teve sua criação pela Lex Magna, (pode-se citar outro exemplo: o estabelecimento de justiça para os conflitos agrários), como a sua competência restou constitucionalmente delimitada (conciliação, julgamento e execução), tratando-se, assim, de competência funcional, e, por fim, os princípios específicos foram elencados, para distingui-los daqueles da chamada justiça ordinária.

Com base nessa realidade buscaremos formular uma análise específica sobre um aspecto que envolve a dinâmica dessa justiça especializada, que é a relativa à transação penal.

Nos Juizados Especiais Criminais vigora (ao menos a prática deveria ser assim), em sua plenitude, o princípio da conciliação, amparado no princípio da oralidade, considerando-se que Constituição da República ordenou a criação desses órgãos judiciários para as infrações penais de menor potencial ofensivo.

Não deve ser esquecido que a finalidade primordial do direito penal é a proteção de bens jurídicos. E o processo penal, como instrumento, deve implementá-la. Mas não todo e qualquer bem jurídico; apenas e tão somente aqueles na medida exata de seu valor como fator de preservação da própria sociedade.

Em tal direção, a lição de Luigi Ferrajoli:

Está claro que o direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de *racionalidade* e de *certeza*.¹⁵

a excelente tese de doutorado de Geraldo Prado, *Elementos para uma análise crítica da transação penal*.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.83.

A concretização, a materialização do princípio da democracia encontra proteção no estabelecimento e definição dos bens jurídicos. Direitos sociais, direitos fundamentais são os parâmetros, as balizas para tais definições.

Parte-se do óbvio (mas nem sempre respeitado), acolhimento do princípio da supremacia da Constituição. Segundo a lição sempre fundamental de Luís Roberto Barroso:

O princípio da supremacia da Constituição, que tem como premissa a rigidez constitucional, é a idéia central subjacente a todos os sistemas jurídicos modernos. Sua compreensão é singela. Na celebrada imagem de Kelsen, para ilustrar a hierarquia das normas jurídicas, a Constituição situa-se no vértice de todo o sistema legal, servindo como fundamento de validade das demais disposições normativas. Toda Constituição escrita e rígida, como é o caso da brasileira, goza de superioridade jurídica em relação às outras leis, que não poderão ter existência legítima se com ela contrastarem”.¹⁶

Leia-se, então, para evitar dúvidas, o próprio Hans Kelsen:

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com ou norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental _ pressuposta. A norma fundamental _ hipotética, nestes termos _ é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.¹⁷

Eis a opinião de José Afonso da Silva, cuidando do princípio da supremacia da Constituição (aliás, mais do que um princípio, um verdadeiro axioma do direito constitucional):

Nossa Constituição é rígida. Em conseqüência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo

¹⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 3 ed. 1999, pág. 67.

federal, nem os governos dos Estados, nem os governos dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos. Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão se se conformarem com as normas da Constituição Federal.¹⁸

Logo, a expressão *transação penal* escrita na Lei Maior há de ser observada e aplicada, sempre que, no caso concreto, houver justa causa, sob pena de descumprimento do comando supremo.

Recentemente, tratando da justa causa penal sob o enfoque constitucional, Luis Gustavo Grandinetti e outros assim se manifestaram sobre o conceito de bem jurídico:

Conclui-se, portanto, que o bem jurídico penal, analisado materialmente, diante dos próprios termos valorativos insertos na Constituição Federal de 1988, principalmente pela natureza eminentemente axiológica do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, imanta os demais conceitos a ele conectados, inclusive, e principalmente, de maneira instrumental, dando-lhe a feição que mais se amolde à realidade por eles tratada.¹⁹

As ferrenhas críticas à transação penal partem da idéia inicial de que haverá processo e pena sem averiguação da culpa e submissão a essa reprimenda em desobediência à garantia da ampla defesa²⁰.

¹⁷ Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 6 ed. 1999, pág. 247.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo: Malheiros, 19 ed. 2001, pág. 46.

¹⁹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; CHAGAS, Fernando Cerqueira; FERRER, Flávia; BALDEZ, Paulo de Oliveira Lanzelotti; PEDROSA, Ronaldo Leite. *Justa causa penal constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 50.

²⁰ Ver, por todos, o excelente trabalho de Maria Lúcia Karam: “A tendência de estabelecimento da consentida submissão à pena, em procedimentos abreviados, concretiza-se, no Brasil, como em outros países, sob a influência da experiência norte-americana encontrada na fórmula indicada pela expressão *plea bargaining*” (KARAM, Maria Lúcia. *Juízados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.37).

Data venia, parece-nos claro que essas afirmações partem de pressupostos equivocados, no que diz respeito à realidade brasileira. Equiparam a nossa transação penal com figuras alienígenas, principalmente com o norte-americano *plea bargaining*.

Os institutos são parecidos, mas não idênticos. Ilusão de interpretação. Os primeiros e respeitabilíssimos comentadores da Lei nº 9.099/95, expressamente fizeram a ressalva:

Convém esclarecer, desde logo, que a lei, no âmbito do Juizado Especial Criminal, ao lado de favorecer a “conciliação”, reservou pouco espaço para a tão difundida “barganha penal”. No que concerne à transação que leva à aplicação imediata da pena, não estamos próximos nem do *guilty plea* (declarar-se culpado) nem do *plea bargaining* (que permite amplo acordo entre acusador e autor da infração sobre os fatos, a qualificação jurídica e a pena.²¹

No Brasil, frise-se, inexistente, expressamente, a aceitação, ou sequer a discussão a respeito da culpa no momento da aceitação da transação penal.²² Concordar com a transação é um direito do envolvido, não uma obrigação. Ele, obrigatoriamente, deverá estar assistido e orientado por defensor. A transação é instituto criado pela Constituição da República. Há vantagens superiores às desvantagens (não poder usar o benefício nos próximos 5 anos) para o envolvido. A área de atrito e o embate por provas cessa. O juiz não está vinculado à proposta feita pela acusação, apreciando livre e fundamentadamente a razoabilidade.

É preciso dizer mais?

²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais*. 5. ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: RT, 2005, p.48.

²² Os parágrafos 4º e 6º do art. 76 da Lei nº 9.099/95, agora grifados, assim prevêm: “*Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, **que não importará em reincidência** [omissis]; a imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo **não constará de certidão de antecedentes criminais**, [omissis] e **não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.**”*

Diante do que foi exposto acima, é viável elencar, preliminarmente, as seguintes considerações de ordem genérica, a fim de estabelecer alguns critérios lógicos e objetivos e buscar compatibilizar o sistema infraconstitucional com os princípios basilares da Lei Maior:

a – o vetor mais significativo e fundamental de uma Constituição é o de sua supremacia, importando que todas as suas regras sejam efetivadas;

b – visando a agilizar a prestação jurisdicional, desburocratizar a prática judiciária, e permitir a solução de delitos de menor potencial ofensivo sem a imposição de pena privativa de liberdade, a Constituição determinou a criação, no âmbito dos Estados, e posteriormente da União Federal, dos Juizados Especiais Criminais, neles cabendo, entre outros institutos despenalizadores, a transação penal;

c – a cláusula pétrea dos direitos fundamentais prevê, também expressamente, a possibilidade de penas sociais alternativas (art. 5º, XLVI, *d*);

d – para dar cumprimento ao comando constitucional, o legislador infra, em 26.09.1995, editou a Lei 9099, que, no artigo 76, cuidando da transação, estabeleceu sua opcionalidade, por parte do envolvido, e a não discussão a respeito de culpa;

e – a transação penal, determinada pela Constituição da República, e implementada pela Lei nº 9.099/95, com os cuidados específicos da norma infra, em nada ofende os princípios da ampla defesa, do devido processo legal, ou da presunção de inocência;

f – esse instituto é inteiramente diferente dos distantes *guilty plea* e *plea bargaining*.

Não se discute, não se admite e não se fala em *culpa* quando se cuida de *transação penal*. É instituto novo na realidade brasileira e, como sói acontecer com as novidades, fortes

barreiras se levantam. No tema em análise, todavia, destaque-se: o fundo da preocupação é resguardar os direitos individuais, mas, como tentamos demonstrar, eles não sofrem, sob nosso ponto de vista, esse risco alardeado.

8 QUASE CONCLUSÃO

Olhando para a montanha, e vendo a Natureza esbanjar exuberância, o verde salpicado de gotas de chuva gelada, pássaros se aconchegando em busca de calor, pequenos camaleões se ocultando em locas de pedra, cães deitados olhando para o vazio, reflito.

E, pensando, chego a uma quase conclusão (eis que, consoante visto, não há como alcançar a essência do tema e reduzi-la a um denominador comum), inspirado nas lições de Morin:

Mas a compreensão nos conduziu a outra coisa: a atitude para o perdão e a magnanimidade que devemos cultivar. Considero sublime que Mandela tenha perdoado os crimes ignóbeis que, durante anos, foram cometidos contra os negros. Este ato de magnanimidade deveria permitir ao futuro sul-africano conhecer uma vida mestiçada.²³

É a noção de culpa escondida, ou ao menos disfarçada na nossa incapacidade de reconhecer o outro. De perceber a diversidade e o sentido de conjugação de vidas. Cada vida é composta de uma infinidade de valores, sentimentos, pensamentos, condutas, características, personalidades, opções, variantes incontáveis que, em um mesmo ser une as partes e forma o todo. Só que muitas dessas partes são contraditórias, quando não antagônicas.

Se é assim em um único ser, como não seria no conjunto de uma sociedade? Como justificar nossas culpas, senão aumentando as dos outros? Como não punir nossos erros, senão criminalizados os dos outros?

²³ MORIN, Edgar. *Amor, Poesia, Sabedoria*. Trad. de Edgar de Assis Carvalho. 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand, 2002, p. 63.

Comecei este ensaio no início de novembro de 2005. Termine-o em dezembro do mesmo ano. Desculpe, leitor, se ao invés de oferecer uma conclusão eu tenha deixado indagações. Mas, é também uma forma de fugir da culpa por não cumprir a promessa feita no título.

REFERÊNCIAS

- Código de Direito Canônico*. Tradução: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. 12 ed. rev. e ampl. São Paulo: Edições Loyola. 2001
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (org); CHAGAS, Fernando Cerqueira; FERRER, Flávia; BALDEZ, Paulo de Oliveira Lanzelotti; PEDROSA, Ronaldo Leite. *Justa causa penal constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. Trad. de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2 ed. rev. e aum. 41^a reimpressão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. Verbete *culpa*
- GIORDANI, Mário Curtis. *História da Antigüidade Oriental*. 4 ed. Petrópolis: Vozes, 1977
- GOMES, Antônio Máspoli de Araújo. *O problema da culpa e a graça da justificação pela fé*. In *Fides Reformata et Semper Reformanda est*. V. 7, n. 1. São Paulo, 2002
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais*. 5. ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: RT, 2005
- HOBBS, Thomas. *Do Cidadão*. Trad. de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002
- KARAM, Maria Lúcia. *Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1988

KAUFMANN, Pierre. *Dicionário Enciclopédico de Psicanálise – O Legado de Freud e Lacan*. Tradução de Vera Ribeiro e Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996

MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*. Trad. de Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabra. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes. 1998

MORIN, Edgar. *Amor, Poesia, Sabedoria*. Trad. de Edgar de Assis Carvalho. 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand, 2002

OCKHAM, Guilherme de. *Lógica dos termos*. Tradução de Fernando Pio de Almeida Fleck. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999. (Coleção Pensamento Franciscano, v. III)

PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003

SANTO AGOSTINHO. *A Cidade de Deus*. Trad. de J. Dias Pereira. 2 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2000, vol. II

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002

WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo (org). *Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005