

**UNIJUÍ - UNIVERSIDADE REGIONAL DO NOROESTE DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL**

FELIPE ROBERTO RENZ RIBEIRO

**A AMPLIAÇÃO DA ESFERA PENAL DO ESTADO E SEUS REFLEXOS NOS
DELITOS NO TRÂNSITO**

Três Passos (RS)
2015

FELIPE ROBERTO RENZ RIBEIRO

**A AMPLIAÇÃO DA ESFERA PENAL DO ESTADO E SEUS REFLEXOS NOS
DELITOS NO TRÂNSITO**

Trabalho de Conclusão do Curso de
Graduação em Direito objetivando a
aprovação no componente curricular
Trabalho de Curso - TC.

UNIJUÍ - Universidade Regional do
Noroeste do Estado do Rio Grande do
Sul.

DCJS- Departamento de Ciências
Jurídicas e Sociais.

Orientadora: MSc. Ester Eliana Hauser

Três Passos (RS)
2015

Dedico este trabalho à minha família e aos meus amigos, que durante todo este caminho me apoiaram e confiaram em minhas escolhas.

AGRADECIMENTOS

À minha família, que sempre me incentivou em cada etapa desta caminhada, sendo também meu porto seguro e fortaleza. Sem vocês, nunca teria chegado tão longe.

À Josielle Marta, moça a quem ousou chamar de “Amor”, que já deve estar com a caixa de entrada de seu e-mail cheia, por todas as vezes que lhe enviei backups do que escrevi, pelas inúmeras vezes que releu os esboços feitos por mim, à procura de erros de concordância, sempre muito prestativa em ajudar com sugestões.

À minha orientadora Ester Eliana Hauser, pessoa extremamente interessada em ajudar, dedicada ao trabalho e à docência, com quem tive o prazer de dividir esta árdua tarefa de fazer o presente trabalho, sempre me guiando e orientando no que fosse necessário.

Aos meus amigos, que me ajudam a lembrar que a vida também deve ser vista com os olhos da alegria. Com eles, não há tempo ruim.

Aos meus colegas e ex-colegas de trabalho tanto da FGTAS quanto do Fórum de Três Passos, lugares onde pude também encontrar amizade verdadeira, que estiveram dispostos a contribuir com minha jornada.

“Criminosos são uma pequena minoria em qualquer época ou país. E o dano que eles causaram à humanidade é infinitesimal quando comparado com os horrores – o derramamento de sangue, as guerras, as perseguições, as fomes, as escravizações, as destruições em grande escala – perpetradas pelos governos da humanidade. Potencialmente, o governo é a mais perigosa ameaça aos direitos do homem: ele mantém o monopólio do uso de força física contra vítimas legalmente desarmadas. Quando irrestrito e ilimitado pelos direitos individuais, um governo é o mais mortal inimigo do homem.”(Ayn Rand, em The virtue of selfishness: a new concept of egoism)

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso faz uma análise das tendências atuais do Direito Penal frente à Sociedade de Risco e como estas interferem na repressão à violência no trânsito. Analisa a formação da Sociedade de Risco e de um Direito Penal do Risco a ela subjacente, apontando a forma como os delitos de trânsito são tratados atualmente, concentrando-se prioritariamente nos delitos de embriaguez ao volante, lesão corporal culposa e homicídio culposo na direção de veículo automotor. Analisa, ainda, a incidência das categorias dolo eventual e culpa consciente nos delitos de trânsito, bem como a criação do homicídio culposo qualificado. Estuda a repressão a tais delitos frente ao princípio da proporcionalidade, levando em conta também decisões judiciais sobre o tema. Faz uma breve análise das propostas legislativas e tece considerações sobre as mesmas. Finaliza concluindo que se deve priorizar medidas preventivas e não penalizadoras, deixando o Direito Penal exercer seu papel de *ultima ratio*, tendo em vista a necessidade e adequação que devem pautar a criação de normas penais.

Palavras-Chave: Sociedade de Risco. Direito Penal. Crimes de trânsito. Dolo eventual. Culpa consciente.

ABSTRACT

This course conclusion work analyzes the current trends of Criminal Law against the Risk Society and how these influence the restraint on violence in traffic. Analyzes the formation of the Risk Society and a Criminal Risk Law to her underlying, showing the way traffic offenses are currently treated by focusing primarily on the wheel drunkenness offenses, culpable bodily harm and manslaughter in the direction of motor vehicle. It also analyzes the impact of intent categories and conscious blame on traffic offenses as well as the creation of qualified manslaughter. Studies the repression of such crimes across the principle of proportionality, also taking into account court rulings on the subject. Makes a brief analysis of legislative proposals and reflects on them. End concluding that one should prioritize preventive and not penalizing measures, leaving the Criminal Law play its role as ultima ratio, considering the need and appropriateness that should guide the creation of criminal law., considering the need and appropriateness that should guide the creation of criminal law.

Keywords: Risk Society. Criminal Law. Traffic Crimes. Random Intent. Conscious Blame.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 SOCIEDADE DE RISCO E O CONTROLE PUNITIVO DA VIOLÊNCIA NO TRÂNSITO	12
1.1 A sociedade de risco.....	13
1.2 O papel do direito penal na sociedade de risco: o Direito Penal do Risco e sua caracterização	16
1.3 O controle punitivo da violência no trânsito no Brasil – considerações históricas	22
2. O HOMICÍDIO, A LESÃO CORPORAL E A EMBRIAGUEZ AO VOLANTE COMO DELITOS DE TRÂNSITO: Considerações sobre a possibilidade de reconhecimento do dolo eventual em acidentes de trânsito	27
2.1 Homicídio culposo na direção de veículo automotor como delito específico de trânsito	28
2.1.1. <i>O homicídio culposo de trânsito em sua modalidade simples</i>	30
2.1.2. <i>Da ocorrência do delito na sua forma majorada</i>	31
2.2. A dicotomia dolo eventual e culpa consciente nos delitos praticados no trânsito	34
2.2.1 <i>O elemento volitivo do delito: dolo e a culpa como elementos integrantes da conduta</i>	35
2.2.2 <i>O reconhecimento do dolo nos delitos de homicídio praticados na direção de veículo automotor</i>	38
2.3 A lei 12.971/14 e o homicídio culposo qualificado: persiste o dolo eventual?	42
2.4. Da lesão corporal culposa na direção de veículo automotor	45
2.5. Da embriaguez ao volante como delito de perigo	46
3. O DOLO EVENTUAL NOS DELITOS DE TRÂNSITO FRENTE ÀS TENDÊNCIAS REPRESSIVISTAS DA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA	52
3.1 As tendências repressivistas da política criminal brasileira e seus reflexos na legislação de trânsito.....	53
3.2 Os crimes de trânsito e o novo Código Penal Brasileiro: propostas legislativas	56
3.2.1 <i>O dolo eventual e a culpa consciente nas propostas legislativas de novo Código Penal – a criação da culpa gravíssima</i>	58

**3.3 O dolo eventual e a culpa consciente nos delitos de trânsito e o papel do
Direito Penal como instrumento de contenção dos riscos: considerações críticas**61

CONCLUSÃO66

REFERÊNCIAS.....70

INTRODUÇÃO

O presente estudo, que será realizado a partir do método de abordagem hipotético-dedutivo, tem como tema central os crimes de trânsito, visando avaliar como o aumento da face repressora do Estado interfere na política criminal de contenção à violência no trânsito.

Tal tema se justifica na medida em que se verifica grande aumento das tendências repressivistas estatais, incluindo o tratamento penal da violência no trânsito, que abrange desde a lesão aos bens juridicamente tutelados até o risco de lesão a tais bens. Nesse contexto, a temática possui especial relevância levando-se em conta que a punição não deve guardar um fim em si mesmo, devendo ter um intuito, mais do que tudo, preventivo, sendo instrumento a ser aplicado somente como última alternativa, não sendo pior do que o mal que com ela se quer evitar. Assim, a pesquisa se dá com o intuito de contribuir na análise da real efetividade da política criminal aplicada ao trânsito, buscando alternativas que melhor resolvam, ou ao menos diminuam, as fatalidades ocorridas em acidentes de trânsito.

O Brasil vivencia um período conturbado no que diz respeito à contenção social. Não se fala mais apenas nos riscos clássicos, mas principalmente nos trazidos pela modernidade. Isto faz com que a preocupação social esteja atrelada ao tema segurança, seja ela contra a criminalidade de rua ou mesmo contra o risco ambiental. Principalmente através da mídia, surge a ideia de que a utilização de punições deva ser a principal estratégia na prevenção e proteção contra tais riscos.

Este cenário cria uma predisposição à criminalização de condutas e ao aumento de rigor das sanções penais, principalmente em relação a crimes que

chamem a atenção da mídia e da opinião pública, o que inclui, quase que com exclusividade, à chamada criminalidade de rua. Neste mesmo contexto, nota-se um aumento no grau de abrangência do Direito Penal em relação às condutas praticadas no trânsito, na esperança de que o aumento da repressão levará à diminuição da criminalidade, que, nesse âmbito, na maioria das vezes, se dá por imprudência, negligência ou imperícia, figuras estas que, tipicamente caracterizadoras da culpa, consciente ou não, muitas vezes acabam, em razão de opção de política criminal aplicada pelo Poder Judiciário, sendo consideradas dolosas de forma indireta.

Assim, o presente estudo pretende buscar as razões que levam ao aumento do controle penal do Estado, bem como tratar da legitimidade do tratamento do elemento volitivo nos delitos de trânsito, levando em conta as alterações legislativas mais recentes e sua eficácia social.

Para tanto, ao longo do estudo, será analisado o fenômeno de expansão do Direito Penal presente no contexto contemporâneo e demonstrado como este repercute no âmbito da criminalidade de trânsito, avaliando o impacto das categorias do Direito Penal do Risco no processo de produção e interpretação das normas penais relativas aos delitos praticados na direção de veículos automotores, em especial o homicídio e a embriaguez ao volante.

Inicialmente, serão dados contornos à chamada Sociedade de Risco, ressaltando o papel dos diversos atores sociais e formadores de opinião na criação de normas penais, que acabam por gerar também um chamado Direito Penal do Risco. Em seguida, serão analisadas tais tendências na história do Direito Penal voltado a contenção da violência no trânsito.

A seguir, serão analisadas as três principais figuras delitivas específicas do trânsito, sendo elas a da embriaguez ao volante, do homicídio e da lesão corporal culposa ocorridos neste contexto, levando em conta as alterações legislativas e inclinações jurisprudenciais desde a criação do Código de Trânsito Brasileiro, bem como analisada a incidência da figura do homicídio doloso pela modalidade dolo eventual em delitos de trânsito e sua adequação social e legal.

Ao final, serão estudadas as perspectivas e projeções da Política Criminal voltada ao trânsito, considerando as principais tendências atuais do Direito Penal. Para tanto, outrossim, se faz mister uma abordagem levando-se em consideração as proposições legislativas atualmente em tramitação no Congresso Nacional, principalmente aquela que propõe a instituição de um novo Código Penal, o Projeto de Lei do Senado nº 236/2012. Importante ressaltar que tais perspectivas devem ser analisadas de um ponto de vista crítico e preocupado com a proporcionalidade da penalização em relação à conduta que se quer evitar.

1 SOCIEDADE DE RISCO E O CONTROLE PUNITIVO DA VIOLÊNCIA NO TRÂNSITO

A sociedade vive em ritmo acelerado. As tecnologias desenvolvidas nos últimos anos acabaram inclusive com a noção de tempo que se tinha antigamente. Este agora é muito mais exíguo, a sensação coletiva é de que transcorre de forma mais rápida.

Junto com a velocidade, inclusive de informação, aumenta a preocupação em conter condutas que estejam fora do desvio padrão do que se convencionou como normal. Os temores sociais acabam sendo, por muitas vezes, influenciados pela mídia, e tudo acaba desaguando no Direito Penal. Assim, a sociedade se forma no risco e para o risco.

Registre-se que tal temor muitas vezes é fruto mais de uma sensação de insegurança do que pela própria existência desta. De outra banda, há uma preocupação, que é justa, em reduzir todas as formas de violência, em especial aquela que deriva dos acidentes de trânsito. Com efeito, o número de fatalidades em ocorrências deste tipo tem aumentado vertiginosamente nos últimos anos, o que tem causado grande alarme social. Entretanto, o legislador por muitas vezes esquece que está em um Estado Democrático de Direito e, antes de tentar soluções alternativas, cria crimes e aumenta penas de forma totalmente descompromissada com a validade social e com a efetividade que a norma terá ao ser aplicada.

1.1 A sociedade de risco

A sociedade está em um ponto em que a globalização chegou ao seu ápice. As inovações tecnológicas fazem com que distâncias pareçam menores e diminuem a noção do tempo passado, visto que tudo ocorre de forma mais célere. Entretanto, junto a tais inovações surgem também riscos para sua aplicação. Por exemplo, até pouco tempo atrás não se falava do risco trazido com a degradação do meio ambiente, nem com a utilização de energia nuclear. Os temores formados acabam se solidificando e se ampliando.

Tais riscos, conforme Ulrich Beck (2013), num primeiro momento escaparam completamente da percepção humana imediata e acabaram por vezes, por produzir danos irreversíveis, como a radioatividade que dizimou Chernobyl. Posteriormente,

com a distribuição e o incremento dos riscos, surgem *situações sociais de ameaça*. Estas acompanham, na verdade, em algumas dimensões, a desigualdade de posições de estrato e classes sociais, fazendo valer uma lógica distributiva substancialmente distinta: os riscos da modernização cedo ou tarde acabam alcançando aqueles que o produziram ou que lucram com eles. Eles tem um *efeito bumerangue*, que implode o esquema de classes. (BECK, 2013, p. 27, grifos no original).

Tais situações de ameaça não se restringem ao campo ambiental. Por exemplo, o aumento da indústria automobilística pode ser tomado como um fator de risco. Segundo levantamento de Julio Jacobo Waiselfisz (2013), em pouco mais de dez anos, o número de motocicletas registradas junto ao Denatran (Departamento Nacional de Trânsito) cresceu 610%, enquanto o de automóveis cresceu 134%.

O desenvolvimento da tecnologia e o crescimento da indústria automobilística permitiu a produção de veículos mais velozes e silenciosos. Distâncias foram “encurtadas”, mas ao preço do surgimento de um novo risco da modernidade, o da violência no trânsito. O aumento da frota, não acompanhado de infraestrutura viária adequada nem de programas de conscientização e fiscalização efetivos, trouxe como consequência o aumento do número de acidentes.

Tal constatação é necessária para a definição do que Ulrich Beck (2013) assim denominou “sociedade de risco”. Tais riscos são inerentes à formação da sociedade, levando a população a ser exposta, ainda que por vezes de forma inconsciente, a fatores que influenciam diretamente em sua vida.

A evolução do conceito de risco é apresentada por David Goldblatt (apud ROMERO, 2006, p. 50, grifos no original), que a divide em três etapas, delimitando que

Na *primeira fase*, a da sociedade liberal do século XIX, o risco assume a forma de acidente, isto é, de um acontecimento exterior e imprevisto, de um acaso, e é simultaneamente individual, repentino e

irremediável [...] os perigos eram perceptíveis mediante os sentidos, e o direito penal não podia dar conta dos riscos; na *segunda fase*, surge a emergência da noção de *prevenção e segurança*, entendendo-se como tal a atitude coletiva, racional que se destina a reduzir a probabilidade de ocorrência e a gravidade de um risco, que, por óbvio, era, na esteira da modernidade, objetivo e mensurável. A utopia da ciência perfeita e da técnica infalível de uma sociedade capaz de resolver racionalmente seus problemas faz o risco ser controlado pela estatística, pelo cálculo de probabilidades e o torna socialmente suportável pela divisão das responsabilidades pelos danos; na *terceira fase* da história do risco, ou na atualidade, o risco é encarado como algo invisível, imensurável, catastrófico, irreversível, pouco ou nada previsível, que destrói as nossas esperanças de prevenção e de domínio, sendo um efeito perverso ou secundário das próprias decisões humanas. A sociedade da atualidade, “do risco” é, pois, uma sociedade que se põe por seus próprios atos em perigo.

Ainda, o avanço das tecnologias de comunicação e da mídia acabou por trazer em velocidade muito mais rápida para dentro de todos os lares informações sobre crimes, aumentando assim o temor e o anseio social por segurança. Assim, a sociedade se vê cercada por um ambiente que lhe parece inóspito e diante do desconhecimento da real dimensão da criminalidade, cresce o anseio pelo afastamento de comportamentos considerados socialmente indesejáveis.

Jakobs (2009, p. 36), ao tratar tal aspecto trazido precipuamente pela globalização, fala da existência de um certo “risco permitido”, que deverá estabelecer “o que são hipóteses normais de interação, já que a sociedade [...] não é um mecanismo para obter a proteção de bens, mas um contexto de interação.”

Oportuno trazer a ideia de Prittwitz (1993, p. 55 apud MORAES, 2003, p. 106), para quem

apesar de todos os riscos, nossa sociedade nunca foi tão segura. A nova atitude de alarmismo é contraditória, pois, “a despeito de os padrões de segurança relativos a todos os domínios da vida humana melhorarem constantemente, os indivíduos provam, um tanto paradoxalmente, sentimentos de insegurança cada vez mais exasperados”.

Frise-se que muitas vezes tal preocupação é justa. Todavia, ocorre que tal temor é teleguiado pela mídia contra grupos definidos e socialmente excluídos. Ao tratar do tema, Dornelles (2008, p. 44-45), sinaliza que

A opinião pública e os meios de comunicação de massa divulgam e reproduzem uma concepção restritiva do que é crime, definindo-o com base em uma visão preconceituosa e uma imagem estigmatizada do delinquente potencial e dos papéis desempenhados pela “vítima” e pelo “agressor”. Através desta distribuição de papéis sociais, a vítima corresponde aos cidadãos “respeitáveis” e “privilegiados” na escala social, enquanto o papel de agressor se destina ao membros dos grupos socialmente marginalizados e excluídos [completando que] as políticas sociais adotadas como prevenção social da criminalidade partem da segurança de alguns, transformando os “outros”, as classes subalternas, consideradas “perigosas” para a ordem, em objeto (e não sujeito) das ações sociais.

Assim, o risco social acaba criando a cultura do medo, do que muitos acabam se beneficiando. A pressão midiática define o que é normal e o que não é, o que é um comportamento de risco e o que é aceitável. O aumento da sensação de insegurança é perceptível inclusive entre os que nunca passaram por alguma situação concreta de perigo.

Habermas (1995, apud SILVA, 2012, p. 271) sinaliza que

as mídias de massa e do entretenimento fraudaram a essência da esfera pública, pois passaram a vincular encenação dos poderes políticos autocráticos e os interesses comerciais sobrepujaram os interesses públicos, manipulando a opinião pública, impedindo discussões racionais.

Conforme Bordieu (2000, apud Silva, 2012), também não se pode chegar ao extremo de viver alheio das notícias acerca do que ocorre no mundo, mas é necessário alta capacidade crítica, pois “não é o caso de recusar as mídias, mas de se perguntar como utilizá-las sem se deixar usar por elas.”

Tal capacidade, no mais das vezes, tem faltado à coletividade de um modo geral. A espetacularização feita pela mídia em torno da ocorrência de crimes gera o medo, e o medo gera a insatisfação com a situação atual. Não há uma plena noção do que é efêmero e do que irá perdurar, sendo também relativizadas as noções de “longe” e “perto”, acabando que fenômenos “contextualizados e locais” sejam tomados como “aleatórios e globais” (GARCIA, 2005, p. 87). Silva (2012) lembra que o maior índice de insatisfação está na classe média que é a mais insegura, visto que

não tem recursos suficientes para garantir a própria segurança e convive com o receio de perder o que conseguiu conquistar.

Ainda, como caracterização da sociedade de risco, imperioso falar na descrença da capacidade da ciência em resolver os riscos criados. Esta, até pouco tempo tida como futura solução de todos os problemas existentes, diante de sucessivos fracassos, e do próprio aumento das catástrofes em razão de sua aplicação, foi desacreditada como forma de resolução dos riscos.

A respeito, Márcia Elayne Berbich de Moraes (2003, p. 107) lembra que “talvez não seja a percepção do risco que tenha aumentado, mas sim a confiança na técnica e na ciência que tenha diminuído a ponto de trazer o medo”. Com efeito, a própria noção de que as tecnologias criadas por sua vez criam novos riscos traz uma ideia de círculo vicioso, potencializando o temor coletivo quanto a concretização dos perigos criados.

A previsibilidade dos fenômenos sociais é limitada e a amplitude de suas consequências é, por muitas vezes, incontrolável. Surge então a necessidade de encontrar caminhos alternativos para a pacificação social. Em que pese ocorram inúmeras tentativas de controle por outros caminhos, como o Direito Administrativo ou Civil e mesmo pela própria Psicologia, a tendência atual (não se pode chamá-la de moderna) é tratar os riscos como matéria precipuamente de Direito Penal, como consequência de uma mobilização social que busca que o Direito proteja os cidadãos dessas ameaças que não são visíveis e que, em última instância, ultrapassam fronteiras e se prolongam no tempo.

1.2 O papel do direito penal na sociedade de risco: o Direito Penal do Risco e sua caracterização.

O aumento da esfera penal estatal é fato que não passa despercebido. Surgem cada vez mais novas categorias de crime, sobretudo crimes de perigo, que não envolvem efetiva lesão ao bem jurídico protegido, bem como o aumento das penas cominadas aos crimes em geral.

Os movimentos de Lei e Ordem e a política criminal da tolerância zero surgiram e se solidificaram sobre a lógica do encarceramento como resposta à qualquer conduta desviada do padrão. O surgimento deste modelo político criminal busca sua base legitimadora no medo. Assim, é criado um grupo de ditos “cidadãos de bem”, em contraponto ao que deve ser combatido. A pressão da opinião pública (ou publicada) acaba forçando a criação legislativa de modo a expandir os contornos penais do Estado, que é cada vez mais policialesco.

A seletividade das notícias, aliada à exigência de que tudo, inclusive a repressão estatal, ocorra de forma mais célere, assim como a pressão pública influenciam o legislador que, em resposta, propõe a criação de novas figuras típicas. Tentando conter o temor social, o legislador acaba fazendo com que o Direito se adiante ao próprio resultado danoso.

O Direito Penal brasileiro, que historicamente se estribou na proteção aos bens jurídicos (tanto é que o Código Penal é estruturado em capítulos de acordo com a espécie de bem jurídico que a infração penal lesiona), vem mudando a sua forma de ser. De uma ideia de intervenção mínima, de Direito Penal como *ultima ratio*, este passou a ocupar um caráter central na contenção social.

Ao tratar do princípio da intervenção mínima, que advém do caráter subsidiário que o Direito Penal deve guardar, Bitencourt (2013, p. 11-12) lembra que

a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico [sinalizando ainda que] os legisladores contemporâneos [...] têm abusado da criminalização e da penalização, em franca contradição com o princípio em exame.

Muito distante do bem jurídico, mas alegando protegê-lo, a norma por vezes visa ser um fim em si mesma, deixando para trás a função social do Direito Penal. Oportuno trazer a noção de eficácia da norma trazida por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2015, p. 103), para quem a eficácia depende do potencial de produção concreta de efeitos. Assim, a pergunta que deve ser feita é: quais são os efeitos que se espera de uma norma penal?

O primeiro, imediato, será a punição específica de quem cometeu a conduta tipificada. Mas tal punição somente se mostra legítima quando a norma estiver servindo para a harmonia social. Para além disto, a norma se mostrará desproporcional, seja qual for a conduta praticada no caso concreto. Roxin (2009, p.16-17, grifo nosso) reforça a ideia de que

a função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e **quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos.**

Deve-se sempre ter em mente que o Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, onde a liberdade deve ser garantida pela estrutura estatal. Desta forma, o legislador deve se abster de penalizar condutas pelo simples fato de não gostar dela ou de legislar conforme o alarme social, sem critérios objetivos que indiquem a real efetividade da norma publicada em relação ao que dela se espera.

O Direito Penal acaba se afastando da proteção a bens jurídicos delimitados e focando em ideais de proteção. Por vezes, tais ideais são meras falácias, como na expectativa de que adotando um critério técnico na tipificação do delito de embriaguez ao volante (determinada concentração de álcool por litro de sangue) e, por conseguinte, tornando desnecessária para a configuração do crime a criação de um perigo de lesão realmente existente, a violência no trânsito diminuiria.

Em razão da menor preocupação em guardar critérios técnicos na formulação da norma penal, Susana Aires de Sousa (2010) chega a questionar se está na hora de propor o *requiem* a categoria dogmática bem jurídico-penal. Com efeito, o distanciamento das figuras clássicas de proteção subsidiária acaba por formar uma nova categoria de delito.

Aliás, nota-se que o Direito Penal não tem se preocupado na específica proteção ao bem jurídico, sobretudo nos crimes de perigo abstrato, o que, ainda conforme Sousa (2010, p 237), pode levar ao abandono ou substituição de “princípios e matérias essenciais ao sistema penal como a individualização da responsabilidade penal, a causalidade, a imputação objetiva, o erro, a culpa”.

Assim, surge uma nova classificação dogmática do Direito Penal, o Direito Penal do Risco. Apesar de reconhecer dificuldade e divergência em sua caracterização, a doutrina, notadamente Prittwitz (2004, p. 32) e Jakobs (1985 apud PRITTWITZ, 2004, p. 32), reconhece que há aproximação entre este Direito e o Direito Penal do Inimigo.

Como consequência, são antecipadas as barreiras da punição, com o aumento do rigor punitivo aos delitos clássicos e também são criadas as figuras de perigo. Ao discorrer acerca do desse Direito Penal do Risco, Prittwitz (2004, p. 38-39) nota que

O que surgiu foi um direito penal do risco que, longe de qualquer ambição de permanecer fragmentário, sofreu uma mutação para um direito penal *expansivo*. Isto não é necessariamente assim em teoria, mas *empiricamente* comprovável. A insinuação de tridimensionalidade etimologicamente próxima e intencional obtida com o conceito expansão caracteriza do que se trata: de admitir *novos candidatos no círculo dos direitos [...]*, de deslocar mais para a frente a *fronteira entre comportamentos puníveis e não-puníveis [...]* e finalmente em terceiro lugar de *reduzir as exigências de censurabilidade*, redução esta que se expressa na mudança de paradigmas, transformando lesão aos bens jurídicos em perigo aos bens jurídicos.

O legislador escolhe quais condutas são socialmente perigosas em razão da possibilidade de levarem a um resultado danoso e as pune, substituindo, em muitos casos, a categoria da culpabilidade pela periculosidade. Assim, precipuamente nos crimes de perigo abstrato, a efetiva ameaça de lesão ao bem jurídico que se quer tutelar é secundarizada: pune-se o simples ato de praticar o ato, sem necessidade de comprovação de que o resultado de tal conduta seria, ou correria o risco de ser, danoso.

Em razão disto, não há praticamente mais espaço para se falar em dolo ou culpa em tais casos. Pune-se a conduta pela simples razão de ela ter existido, sem em qualquer momento ser levado em conta se o agente tinha ou não a intenção de ferir o bem jurídico que se quer tutelar. A culpabilidade, requisito até então necessário para a punição fica em segundo plano, dando lugar a uma ideia de periculosidade.

Surge assim

um direito penal hipertrofiado, prevencionista e expansivo, sendo que esse caráter de expansão explica-se pela acolhida de novos bens jurídicos [...], pelo adiantamento das barreiras entre o comportamento impune e o punível e pela redução das exigências para a reprovabilidade da ação humana, o que [conforme acenado anteriormente,] se expressa na mudança de paradigma que vai da lesão do bem jurídico para a periculosidade da ação em si mesma, já que, muitas vezes, o núcleo do dano causado talvez não possa ser atribuído a alguém, todavia, acaba-se adotando a postura de considerar tais casos como resultantes da falta de cuidado. (ROMERO, 2006, p. 51)

Assim, o direito penal passa a exercer destacado papel na regulação da sociedade de risco recebendo um papel de “eminente instrumento de prevenção” (ROMERO, 2006, p. 51). É de se destacar que o Direito Penal acaba por ter sua produção influenciada, na maioria das vezes, pela pressão exercida pela mídia, que de modo sensacionalista, tende a explorar os sentimentos de medo e vingança, transformando a violência em “produto midiático”. Desta maneira, a forma de gestão do risco diante da modernidade acaba por trazer à tona um Direito Penal Simbólico, mais preocupado com normas com alta carga moral e emocional, mas que perdem sua efetividade justamente em razão de seu alto grau punitivo.

Assim, acaba-se por ter

uma “atividade legislativa temperamental”, refletindo, erroneamente a esperança que a sociedade deposita no Direito Penal, como se este fosse o único meio capaz de *vencer o mal* e afastar o caos por força da violência, ou como se apenas o *ius puniendi* pudesse consubstanciar-se em remédio para os conflitos sociais. Sabe-se que, neste processo, o Direito Penal arrisca-se a “fugir” de si mesmo, tornando-se meramente “simbólico”. A ameaça do legislador com sanções graves, embora saiba de antemão que não vai ser capaz de proteger eficazmente os bens jurídicos a que se propõe, acaba por criar uma imagem de Direito Penal incapaz, por um lado, e puramente intimidatório, por outro, que acaba por punir, muito raramente, alguns poucos infratores, que adquirem o *status* de “bodes expiatórios”. (GARCIA, 2005, p. 94, grifos no original).

Essa ideia corrobora a noção exposta por Moraes (2003, p. 107), que parafraseando Mendes ([s.d.], p. 74), diz

que, quando se tenta proibir algumas das situações de risco permitindo outras, não está a agir tecnicamente, mas sim está tomando uma decisão política, ou seja, legislando de acordo como o alarme social.

Assim, a crescente esfera penal do Estado busca sua legitimação numa alegada máxima aceitação social da norma, deixando de lado aspectos fundamentais da formação do tipo penal para dar valor a critérios que são principalmente retóricos e não verificados. Na tentativa de sua justificação e para não admitir o total descaso com a classificação do delito conforme sua natureza, o Direito Penal moderno acaba por dar novas conotações ao bem jurídico que se quer proteger, interpretando-o conforme a vontade do legislador.

Desta forma, conforme Meliá (2005, p. 95, grifos no original),

Cada vez aparecem mais interesses difusos, menos tangíveis. Estes “interesses continuam sendo denominados bens jurídicos [...] mas evidentemente estão muito longe do que já foi a imagem original de um “bem” também físico. São [...] complicações que derivam de sociedades muito mais complexas, de um Estado que já não pode ser entendido como mero guardião dos processos sociais, sem que intervenha nesses. Neste sentido, considera-se que a norma penal não é um meio para constituir a identidade da sociedade [...] ou para resolver um determinado problema social em termos de prevenção (instrumental) do delito e sim que a aprovação de norma em si e sua publicação são a solução, evidentemente, aparente. [Concluindo que] aqui são demonstrados os casos de direito penal “meramente simbólicos”, como verdadeira manifestação do *esprit du temps*.

Tal evolução penal pode ser facilmente notada ao se analisar o crescimento da abrangência do Direito Penal no trânsito. A criação de delitos específicos na direção de veículo automotor, bem como a evolução da penalização demonstram a tendência expansionista do Direito Penal.

1.3 O controle punitivo da violência no trânsito no Brasil – considerações históricas

Ao tratar do caminho para prevenir mortes no trânsito, Luiz Flávio Gomes (2013), citando García-Pablos e Gomes (2012) sinaliza haverem dois caminhos possíveis, sendo eles

(a) colocando em prática dezenas de medidas ligadas aos cinco eixos que governam o assunto (Educação, Engenharia - das estradas, das ruas e dos carros -, Fiscalização, Primeiros socorros e Punição); (b) confiando na eficácia da lei penal (edição de novas leis e sua efetiva aplicação).

Do exposto até aqui, nota-se que o primeiro caminho provavelmente seria muito mais efetivo. Entretanto, não vem sendo devidamente estimulada a colocação em prática deste modelo. Pelo contrário, a atividade legislativa voltada à matéria aparentemente tem se preocupado mais com a existência formal de normas pretensas a solucionar o problema do que com sua efetiva aplicação.

A maioria das condutas lesivas no trânsito foram tratadas, originariamente, como infrações administrativas ou meras contravenções penais. Paulatinamente, foi sendo exigida maior atenção ao tratamento dado aos acidentes no trânsito, que aumentaram junto com a frota brasileira.

As políticas públicas voltadas para a redução do número de acidentes levaram à criação do Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97) que, ao lado de disposições reguladoras do tráfego, criou figuras típicas específicas relacionadas ao trânsito, com um regramento próprio.

Assim, surgiram os crimes de homicídio culposo na direção de veículo automotor, lesão corporal culposa também na direção de veículo automotor, omissão de socorro, fuga do local do acidente, embriaguez ao volante, violação da suspensão ou proibição de se obter permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor, disputa ou competição automobilística não autorizada ("racha"), direção sem habilitação, permissão ou entrega temerária da direção de veículo automotor a determinadas pessoas, trafegar em velocidade incompatível e uma espécie de fraude processual pela alteração de provas (BRASIL, 1997).

Dentre estes delitos, destacam-se (e serão também destacados ao decorrer do presente texto), a especialização do delito de homicídio culposo e lesão corporal culposa na direção de veículo automotor, que tem a pena, conforme se verá, muito superior aos seus equivalentes no Código Penal e o delito de embriaguez ao

volante, cujas diversas adaptações legislativas causam, sem dúvida, certa dificuldade quando do momento da aplicação da lei ao caso concreto.

Não pode se negar que a legislação específica do trânsito surgiu diante de uma realidade alarmante, retratada por Waiselfisz (2013), em que o maior número de vítimas do trânsito eram pedestres e, a partir de então, tal número efetivamente reduziu. Entretanto, a partir do ano 2000, o número de acidentes com vítimas fatais voltou a aumentar. Nesse sentido, e não tentando esgotar o assunto, recomenda-se a análise do Mapa da Violência, na sua versão específica acerca dos acidentes de trânsito e motocicletas (WAISELFISZ, 2013). Tal texto, talvez o mais completo sobre o tema, dá conta de que, entre 1980 e 2011, foram registrados em torno de um milhão de óbitos nos diversos tipos de acidentes de trânsito ocorridos no país.

O número de fatalidades, após um pequeno decréscimo, vem crescendo ano após ano, numa projeção de 3,7% ao ano. Ainda, tal número tem crescido principalmente em acidentes envolvendo motocicletas, e, em 2011, já representavam 33,9% do total de óbitos em acidentes, sendo que tal tipo de veículo representa pouco mais de 26% do total da frota (WAISELFISZ, 2013). Diante do incremento no número de acidentes, houve um natural pedido social por uma resposta institucionalizada por parte do Estado na prevenção de acidentes.

Ocorre que a resposta institucionalizada pelo Estado neste campo teve cunho predominante penal, sendo que as demais políticas foram relegadas a um segundo plano. Como característica da já exposta *sociedade de risco*, o Direito Penal mais uma vez se expandiu, numa vã tentativa de nele encontrar as respostas e soluções dos problemas que têm origem nos mais diversos setores da sociedade.

Desde então, tem-se notado uma progressiva evolução no número de figuras típicas criadas, bem como a tendência da aplicação do crime de homicídio doloso presente no Código Penal em certos casos para os quais o Código de Trânsito fora originalmente criado.

Ainda, após a criação do Código de Trânsito Brasileiro, no período histórico de quinze anos que se seguiram, foram promovidas, diversas alterações legislativas

que aumentaram a penalização das condutas praticadas na direção de veículo automotor, em especial as relacionadas ao crime de embriaguez ao volante. Como aponta Damásio E. de Jesus (1999, p. 145), tal delito originariamente estava em um conflito aparente de normas com a contravenção de direção perigosa de veículo na via pública. Num primeiro momento, este admitia certa margem de interpretação, na qual se vislumbrava a efetiva tentativa de proteção a um bem jurídico, pois para sua caracterização era necessária a efetiva exposição “a dano potencial a incolumidade de outrem” (BRASIL, 1997).

Em 2008, uma alteração legislativa fez com que o crime em tela passasse a atender critérios objetivos, quais sejam, a necessidade de a concentração de álcool por litro de sangue ser igual ou superior a 6 (seis) decigramas (BRASIL, 2008).

Muitas vezes (e esse foi o caso), a técnica legislativa não é das melhores, e a lei sofre com problemas para ser efetivamente aplicada. Dado seu caráter objetivo, e quase científico, para a efetiva aplicação de tal tipo penal, se fazia necessário que o condutor fosse submetido a exame de sangue ou teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro), e, diante dos direitos que guarnecem os indivíduos, tais meios de prova somente puderam ser utilizados quando o condutor assim o quisesse, sob pena da prova ser considerada ilícita, pois não se admite que alguém seja obrigado a produzir prova contra si mesmo. Tal direito está, em análise exegética, no inciso LXIII do artigo 5º da Constituição Federal e, de forma muito mais explícita, na Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, e consagra o brocardo latino *Nemo Tenetur se Detegere*.

Diante da dificuldade da aplicação da referida alteração legislativa (que ficou conhecida como “Lei Seca”), e das críticas que sua inaplicabilidade gerou na mídia e na sociedade de uma forma geral, em 2012 o artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro foi novamente alterado para que nele deixasse de constar como forma de caracterização do ilícito única e exclusivamente critérios objetivos como a dosagem de álcool no sangue, passando também a serem aceitos para tal fim “sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora” (BRASIL, 2012).

Registre-se, por oportuno, que a caracterização do delito, desde 2008, não depende sequer da ameaça de lesão a algum bem jurídico, tratando-se, desde então, de um crime de mera conduta. Assim, conforme exposto anteriormente, o perigo considerado é abstrato e que, conforme ROMERO (2006, p. 55-56, grifo nosso),

o castigo punitivo recai na própria conduta do agente **sem sequer lesão ao bem juridicamente protegido**, ou menos ainda, cogitar-se, **sequer, de dolo respectivo a causação de resultado danoso** em determinado objeto tutelado pelo Direito [levando ao absurdo de que] Pune-se, pois, a pura violação normativa.

Como mencionado anteriormente, em relação aos crimes cometidos na direção de veículo automotor, o Código de Trânsito criou uma figura de homicídio culposo própria. Entretanto, verifica-se uma tendência de caracterizar o elemento volitivo do condutor como doloso em situações que normalmente seriam consideradas como culposas, em vias de política criminal aplicada pelo Poder Judiciário. Assim, alegando certo “desrespeito acentuado” pela vida humana, muitas vezes acaba-se por submeter o condutor responsável pelo homicídio de trânsito a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Assim, um crime cometido em razão de imperícia, imprudência ou negligência do condutor, figuras notadamente reconhecidas como caracterizadoras da culpa, acaba por ser considerado doloso, no que convencionou-se chamar “dolo eventual”, tendo a pena cominada severa elevação. Há uma simplificação de tal figura que é muitas vezes motivada pela pressão pública, e, segundo Wunderlich (1998, apud SHECAIRA, 2002, p. 143)

o dolo eventual nos crimes de trânsito é uma ficção jurídica utilizada fantasiosamente para compensar uma legislação inadequada e, assim, atender aos reclamos da mídia. Diga-se, ainda, que serve para acabar com aquilo que a mídia [...] e os profetas dos 'movimentos' [...] classificam de impunidade. [Ressaltando ainda não haver], com base na teoria do delito [...] fundamento jurídico plausível e consolidado sobre a demarcação do conceito de dolo eventual.

Em relação à definição de o que é dolo eventual, temos que considerar, conforme Shecaira (2002, p. 145) que o dolo eventual, antes de ser eventual, é dolo,

e como tal deve ser entendido, sinalizando ainda o citado autor que a doutrina é quase unânime ao vincular a existência de dolo eventual à vontade do agente. Tal raciocínio por muitas vezes acaba sendo esquecido no momento de aplicar a norma ao fato.

Neste sentido, Pagliaro (1996, p. 276, apud SHECAIRA, 2002, p. 145) leciona que

o dolo é indireto quando a vontade do agente não se dirige diretamente para o evento típico, mas o abraça como consequência necessária da conduta [concluindo que, no caso] o evento é querido, ainda que de um modo diverso de como é querido um evento diretamente intencional.

Por fim, em relação ao elemento volitivo caracterizador da culpa, tem-se que este ocorre quando o agente deu causa ao resultado, conforme já dito anteriormente, por imprudência, imperícia ou negligência, não se admitindo para que tal conduta seja caracterizada, que o agente tenha em mente a aceitação do resultado criminoso, mas, sim, que tal resultado fosse previsível ou, uma vez previsto, que o agente, em confiança demasiada, considerasse-se capaz de evitá-lo. Outrossim, diz-se que tal resultado decorre da inobservância de um dever objetivo de cuidado.

2. O HOMICÍDIO, A LESÃO CORPORAL E A EMBRIAGUEZ AO VOLANTE COMO DELITOS DE TRÂNSITO: Considerações sobre a possibilidade de reconhecimento do dolo eventual em acidentes de trânsito

Como mencionado no capítulo anterior, o Código de Trânsito Brasileiro criou figuras típicas específicas para delitos cometidos na direção de veículo automotor. Dentre outras, foram criadas as figuras do Homicídio Culposo, Lesão Corporal Culposa e de Embriaguez ao Volante.

Da simples análise da nomenclatura dada a tais delitos, nota-se que foi excluída a possibilidade de aplicação do Código de Trânsito quando o agente voluntariamente usar do veículo como uma arma, arremessando-o contra as vítimas, por exemplo, ou nos casos em que se reconhece o dolo eventual. Isto porque as figuras dolosas do homicídio e da lesão corporal seguiram sendo disciplinadas pelo Código Penal de 1940, com suas alterações posteriores. Também continuaram sendo reprimidas pelo Código Penal tais condutas quando culposas e ocorridas em situações diversas da direção de veículo automotor.

Na atualidade observa-se, entretanto, que parte significativa dos delitos de homicídio e lesões corporais praticados na direção de veículo automotor vem sendo penalizada de acordo com o Código Penal, face ao reconhecimento do dolo eventual na conduta do motorista, em especial nos casos em que este se encontra em condição de embriaguez.

Este fenômeno tem provocado, no âmbito do sistema penal brasileiro, um recrudescimento punitivo significativo nos delitos de trânsito, o que, de um lado, responde as demandas repressivas vigentes na sociedade contemporânea, mas, de outro, provoca inúmeros questionamentos sobre as possibilidades de incidência do dolo em tais delitos. Este é o tema que será enfrentado no presente capítulo.

2.1 Homicídio culposo na direção de veículo automotor como delito específico de trânsito

Uma das principais inovações do Código de Trânsito foi trazer para si a punição do homicídio e lesão culposa quando praticados *na direção de veículo automotor*. Como acentua Fernando Capez (2011), não basta que tais delitos se verifiquem no trânsito, mas que o agente esteja na direção do veículo, entendendo-se como tal

todo veículo a motor de propulsão que circule por seus próprios meios, e que serve normalmente para o transporte viário de pessoas e coisas, ou para a tração viária de veículos utilizados para o transporte de pessoas e coisas. O termo compreende os veículos conectados a uma linha elétrica e que não circulam sobre trilhos (ônibus elétrico) (BRASIL, 1997).

Assim se um pedestre, desrespeitando a sinalização, se coloca em frente a um motociclista que esteja conduzindo corretamente seu veículo e este venha ao solo, sofrendo lesões corporais ou mesmo falecendo, a imprudência do pedestre deverá ser responsabilizada criminalmente, mas de acordo com a legislação comum, uma vez que o mesmo não se encontrava na direção de veículo automotor (CAPEZ, 2011). Nesta situação, embora tenhamos um acidente ocorrido *no trânsito*, não temos um delito *de trânsito*.

Outrossim, importante notar que a criação da lei específica se deu para aumentar o rigor punitivo de tais condutas quando praticadas culposamente na direção de veículo automotor. Deste modo, quando enquadrado no Código Penal, o homicídio culposo é apenado com detenção de um a três anos. Já na situação específica do trânsito, na forma simples tal apenamento vai de dois a quatro anos de detenção, sem prejuízo da aplicação da pena de suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.¹

¹ Interessante notar que a (in)constitucionalidade do tratamento penalmente distinto para o homicídio culposo no trânsito e o ocorrido em outras situações foi alvo de acalorados debates. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, firmou entendimento em que definiu como constitucional o tipo legal em comento, ao considerar que o risco objetivo derivado da condução de veículos em via pública é muito maior e que não há quebra do princípio da isonomia, eis que, por mais que o bem juridicamente tutelado seja o mesmo, a situação em

A redação original do artigo 302 do Código de Trânsito previa, *in verbis*:

Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor: Penas - detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. Parágrafo único. No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de um terço à metade, se o agente: I - não possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação; II - praticá-lo em faixa de pedestres ou na calçada; III - deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente; IV - no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros. (BRASIL, 1997).

Assim, tinha-se, no caput, a figura simples do delito, enquanto no parágrafo único foram previstas causas de aumento da pena, que permitiam a majoração da pena sempre que o fato se desse em circunstâncias específicas como a falta de habilitação ou a omissão de socorro.

O simples aumento da penalização não resolveu, todavia, os sérios problemas reativos à violência no trânsito e, diante do crescente aumento do número de acidentes, foi promulgada, no ano de 2014, a Lei nº 12.971 que, dentre outras providências, manteve as majorantes do delito em questão, criando, outrossim, uma figura qualificada, *in verbis*.

§ 2º Se o agente conduz veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência ou participa, em via, de corrida, disputa ou competição automobilística ou ainda de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente: Penas - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. (BRASIL, 2014).

Assim surgiu uma figura inédita no Direito Pátrio, a figura do *homicídio culposo qualificado*. Tal qualificadora não alterou o quantitativo da pena, mas tão somente a sua espécie, que deixou de ser de detenção, passando a ser de reclusão.

Característica comum a todas as formas de tal delito é sua objetividade

que a lesão se dá é distinta. A respeito, recomenda-se a leitura do RE 428.864-AgR, Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ 14.11.2008;

jurídica, visto que o bem jurídico protegido, conforme lecionam Capez (2011), Nucci (2012) e Damásio de Jesus (1999), é a vida. Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 709) ainda coloca como objeto jurídico secundário a segurança viária. Tal delito tem por sujeito passivo qualquer pessoa, sendo também classificado como crime comum, eis que qualquer pessoa pode praticá-lo (NUCCI, 2012, p. 709).

Ainda, tal delito pode ser classificado como de dano, pois é necessária “a superveniência da lesão efetiva do bem jurídico” (BITENCOURT, 2003, P. 213). Também é tido como crime material, pois para sua consumação é indispensável a produção de um dano efetivo, sendo necessária a modificação no mundo exterior pelo fato operada. Não havendo tal consumação, tal delito receberá capitulação diversa ou se constituirá de fato atípico, eis que não é admitida tentativa nos crimes culposos.

Passa-se a uma análise pormenorizada do tipo legal em comento:

2.1.1. O homicídio culposo de trânsito em sua modalidade simples

O delito de homicídio culposo na direção de veículo automotor na modalidade simples está previsto no caput do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Apesar de apontar a redação defeituosa do dispositivo, em razão de não constar como verbo nuclear do tipo o ato de matar, mas sim a prática do homicídio, a doutrina entende como cabível a interpretação do que “pretendeu o legislador, inclusive pelo fato de haver a figura do homicídio bem descrita no Código Penal [...], sanando-se, pela interpretação judicial, a incorreta exposição da conduta típica” (NUCCI, 2012, p. 709).

Na forma em comento, tal delito recebe um apenamento de dois a quatro anos de detenção. Outrossim, não há que se falar em compensação de culpas, pois vedada pelo Direito Penal.

Tal situação é competentemente exemplificada por Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 710, grifo nosso), que explica que

se um motorista, imprudentemente, atropela e causa lesão corporal a um passante que, por seu lado, atravessou a rua de forma negligente, inexistindo a possibilidade para a absolvição do motorista unicamente porque ambos os envolvidos estavam errados. **Não se trata de dívida civil, onde se faz a compensação, mas de crime.**

Tal vedação, por óbvio, não se aplica em caso de a culpa ser exclusiva da vítima fatal, pois, nesse caso, haverá rompimento do nexo de causalidade entre a conduta e o resultado. Não obstante, no caso de culpa concorrente deverá se atentar ao disposto no artigo 29 do Código Penal, que determina que o agente responderá pelo delito **na medida de sua culpabilidade** (BRASIL, 1940).

2.1.2. Da ocorrência do delito na sua forma majorada

Conforme anteriormente explicitado, o homicídio culposo do Código de Trânsito pode ser majorado de um terço à metade se presente alguma ou algumas das circunstâncias descritas no §1º do artigo 302. Tais circunstâncias são consideradas como critério de aumento do rigor punitivo por distintas razões.

Desta forma, têm-se presentes causas de aumento da pena, a serem consideradas na última etapa do sistema trifásico de dosimetria da pena, caso incorra o agente em uma das circunstâncias infra especificadas.

A primeira causa de aumento de pena refere-se a situação em que o agente não possui Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação. Conforme Nucci (2014, 706), o cerne de tal majorante “consiste em ter o agente provocado um crime de trânsito sem ao menos possuir licença estatal para conduzir veículo automotor”. Conforme apontado por Damásio de Jesus (1999) e por Fernando Capez (2011, p. 329), o fato de tal circunstância constituir causa de aumento de pena do delito em questão absorve a agravante genérica prevista no artigo 298, inciso III, e o crime autônomo do artigo 309, ambos do Código de Trânsito.

A segunda majorante prevista diz respeito aos casos em que o crime for praticado em faixa de pedestres ou na calçada. Tal circunstância se justifica na medida em que o local da ocorrência do delito se dá em local em que os pedestres guardam menos atenção para com o trânsito, eis que a faixa de pedestres e a

calçada são “refúgios de proteção” ao passante. Nucci (2012, p. 706-707) justifica a existência de tal majorante considerando o fato de que, justamente por serem tais locais criados para diminuir a sensação de insegurança do pedestre ao cruzar a via pública, devendo se esperar que os motoristas tenham particular respeito às faixas.

Damásio de Jesus (1999, p. 88) lembra que não é necessário que o delito a vítima venha a falecer ainda sobre a faixa de pedestres, mas que a conduta tenha ali ocorrido. Todavia, tal consideração é desnecessária, dado o fato de o Código Penal Brasileiro adotar, em seu artigo 6º, a teoria da ubiquidade quanto ao local do crime.

Oportuno lembrar que a existência de tal circunstância enquanto majorante impede sua aplicação como agravante genérica prevista no artigo 298, inciso VII, por vedação ao *bis in idem*. Ainda, Fernando Capez (2011, p. 329) leciona que,

por não haver qualquer ressalva, o aumento será aplicado tanto quando o agente estiver conduzindo o seu veículo pela via pública e perder o controle do automotor, vindo a adentrar a calçada e atingir a vítima, como quando estiver saindo de uma garagem ou efetuando qualquer outra manobra e , em razão de sua desatenção, acabar por colher o pedestre.

A terceira hipótese refere-se à omissão de socorro, quando o condutor deixar de prestar assistência à vítima do acidente, quando possível fazê-lo sem risco pessoal. A prestação de socorro imediato é sempre de grande valia em acidentes de trânsito. Quanto mais rápido for o auxílio, maior a chance deste ser efetivo. Considerando tal fato, o Código de Trânsito pune mais severamente o agente que houver deixado de prestá-lo.

A prestação de socorro à vítima do acidente é tão importante que o Código de Trânsito veda a prisão em flagrante e a imposição de fiança do condutor que prestar pronto e integral socorro a ela. De outro lado, caso o agente deixe de prestá-lo, será criminalmente responsabilizado.

Há que se diferenciar o crime autônomo previsto no artigo 304 do Código de Trânsito da circunstância majorante em questão. Naquele, a conduta é criminalizada mesmo que não tenha sido o agente quem tenha dado causa ao acidente, por

razões do dever de solidariedade humana, conforme pontuam Damásio E. de Jesus (1999, p. 87) e Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 711). A objetividade jurídica, solidariedade humana, não muda na causa majorante, mas esta será aplicada apenas quando o agente que houver dado causa de forma culposa ao resultado não agir para remediá-lo (CAPEZ, 2011, p. 329)

Ainda, dado o exposto texto legal, tal causa de aumento de pena não deverá ser considerada quando o agente deixar de prestar socorro por razões alheias a sua vontade. Se a omissão se deu em razão de efetivo risco ao condutor, como o perigo de linchamento, não deve haver agravação da pena (JESUS, 1999, p. 89). Da mesma forma, não se aplicará a majorante se o agente também ficou ferido no acidente de forma a não estar em condições de socorrer a vítima (CAPEZ, 2011).

Outrossim, o simples abalo emocional não pode ser usado como desculpa para evitar o socorro, conforme Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 712), que ainda tece ressalvas quanto ao próprio fato de o agente não socorrer a vítima em razão de risco pessoal, eis que “quando alguém gera risco de ocorrência de resultado danoso a terceiro fica obrigado a intervir, sob pena de responder pela omissão”.

De qualquer forma, mostra-se mais que justificado que o condutor se evada do local alegando estado de necessidade se terceiros atentarem contra sua integridade física como forma de retaliação (NUCCI, 2012, p. 712).

Ao tratar sobre o tema, Damásio de Jesus (1999) destaca que, apesar de o crime ser culposos, o elemento subjetivo do tipo agravador é o dolo, eis que, para sua verificação, necessária a existência de

vontade livre e consciente de não socorrer a vítima, com consciência de sua exposição a perigo de dano. Trata-se de um tipo especial quanto ao elemento subjetivo-normativo. Há duas condutas: uma, inicial, culposa, produtora da lesão corporal; outra, subsequente, que consiste na omissão de socorro, **punida a título de dolo**. (JESUS, 1999, p. 88, grifo nosso)

Ainda, caso o falecimento da vítima for instantâneo e de nítida comprovação,

não se exige a tentativa de prestar socorro, por ilógica e insensata que seria (NUCCI, 2012, p. 711), bem como não se exige tal prestação se a vítima for **de imediato**, socorrida, por terceiros (CAPEZ, 2011, p. 329).

A última circunstância de aumento penal prevista para o homicídio diz respeito ao agente que comete o delito no exercício de sua profissão ou atividade, ao conduzir veículo de transporte de passageiros. A presente causa de aumento somente poderá ser aplicada se o agente for **profissional**, e estiver atuando, no momento do fato, no transporte de passageiros.

Tal se justifica pela necessidade de cuidado e zelo que o motorista que transporte passageiros de forma profissional deve ter (CAPEZ, 2011, p. 330). Ainda, conforme Nucci (2012, p. 712), a presente majorante se diferencia da agravante presente no inciso V do artigo 298 do Código de Trânsito pois para a incidência da agravante não há exigência de que o cometimento do delito se dê no transporte específico de passageiros, v.g., ônibus, lotações e táxis.

Por fim, vale mencionar que desde a publicação da Lei nº 11.275, em 07 de fevereiro de 2006, até a da Lei nº 11.705, em 08 de janeiro de 2008, a embriaguez era considerada majorante do delito de homicídio culposo na direção de veículo automotor, considerada esta o fato de o agente estar “sob a influência de álcool ou substância tóxica ou entorpecente de efeitos análogos” (BRASIL, 2006).

A alteração de 2008 se deu em virtude de política criminal voltada para a redução de delitos de trânsito, com a intenção de apenamento sob as regras do concurso formal dos delitos de homicídio e de embriaguez ao volante, que antes não poderiam ser aplicadas, dada a vedação ao *bis in idem*. Mas a questão relativa a influência do uso de álcool nos delitos de trânsito e sua penalização será tratada em tópico próprio.

2.2. A dicotomia dolo eventual e culpa consciente nos delitos praticados no trânsito

Questão polêmica nos delitos de trânsito é a definição da real intenção do agente ao cometê-los. Tal definição influi desde a reprovação moral do fato em si até o grau de desvalor jurídico, e conseqüente penalização, da conduta praticada.

Assim, a delimitação do elemento volitivo do agente no momento em que praticado o delito é de suma importância, assumindo contorno especial principalmente no caso do homicídio na direção de veículo automotor. Diante de tal constatação, antes de se passar à análise da tipificação de tais condutas, necessário se faz trazer o conceito de dolo e culpa, nas suas diversas modalidades, para que a discussão acerca de tais crimes se dê de forma mais completa.

2.2.1 O elemento volitivo do delito: dolo e a culpa como elementos integrantes da conduta

O resultado danoso e reprovável que advém da conduta criminosa derivará invariavelmente de uma conduta humana, seja comissiva ou omissiva. Ademais, a doutrina, seja de qual corrente, é uníssona em “exigir, para a existência de uma ação humana, uma vontade, independentemente do seu conteúdo” (QUEIROZ, 2014, p. 242). Quer dizer, para ser considerada criminosa a conduta praticada deve ser voluntária, ainda que não intrinsecamente visando o objetivo criminoso. Nesse aspecto, sem voluntariedade, não há conduta típica relevante, situando-se o fato no campo do caso fortuito ou força maior.

Porém, a definição do elemento volitivo não passa, necessariamente, pela consciência do resultado delituoso, quanto a seu conhecimento ou dever de conhecimento, aceitação ou rejeição. A consciência do resultado e sua aceitação fundamenta a distinção das categorias dolo e culpa, com suas subdivisões.

O dolo é a principal categoria da definição da vontade do agente, e também a mais reprovável. Tanto que o Código Penal o coloca como regra e a culpa como exceção, ao dizer que “salvo nos casos expressos na lei, ninguém pode ser punido

por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente” (BRASIL, 1940).

Preceitua o Código Penal Brasileiro que age dolosamente o indivíduo que quis o resultado delitivo ou assumiu o risco de produzi-lo (BRASIL, 1940). Em outras palavras, no dolo está o querer propriamente dito. Assim, tem-se que, para a configuração do dolo, o agente deve ter agido (ou não agido, nos crimes omissivos) de forma voluntária, não só tendo consciência do resultado, como o querendo ou mesmo aceitando o risco de produzi-lo.

Da conduta que se dirige especificamente para a obtenção do resultado delitivo diz-se dolosa na modalidade direta. O dolo será indireto quando configurada a segunda parte do inciso anteriormente citado, ou seja, quando o indivíduo, ao agir, assumir abertamente o risco de produzir o resultado. Conforme se verá, esta última modalidade deve estar plenamente qualificada, sob pena de se cometerem injustiças.

Não há que se falar em apenas uma espécie de dolo, mas sim em dolo de cometer a atividade típica. Assim, Queiroz (2014, p. 243) delimita que

O dolo só é apurável a partir da análise concreta do respectivo tipo, uma vez que todo crime tem seu próprio dolo, a exigir, por conseguinte, que o sujeito conheça e queira cada um de seus elementos constitutivos.

Assim, tem-se que o dolo varia conforme o tipo penal violado. Ainda, “a vontade de realizar os elementos do tipo – que pressupõe o conhecimento – é, por conseguinte, essencial à afirmação do dolo” (QUEIROZ, 2014, p. 245). Welzel (apud QUEIROZ, 2014, p. 245) ensina que “dolo é o saber e querer a realização do tipo”.

Importante notar que essa constatação vale para qualquer forma de dolo, direto ou indireto. Com efeito, para que o dolo esteja configurado, o agente deve ter consciência, isto é, saber, das consequências e querê-las. Tal conhecimento não pode ser presumido, mas sim comprovado. Assim,

Há dolo sempre que o agente realiza os elementos do tipo com consciência e vontade; ou ainda: atua com dolo o agente que dirige

sua ação no sentido da realização do tipo, consciente e voluntariamente (QUEIROZ, 2014, p. 244).

De outro lado, diz-se que o crime é culposo quando o agente não pretendia o resultado delitivo, mas o deu causa por sua imprudência, negligência ou imperícia (BRASIL, 1940). Para que o crime seja considerado culposo, o resultado deve ter sido previsível quando do *iter criminis*, mas não notado ou não abraçado pelo agente.

Em outras palavras, o agente pode até ter previsto a possibilidade da ocorrência do resultado delitivo, que, no caso do trânsito, na maioria das vezes são os acidentes, mas, em uma falsa percepção de suas habilidades ou das condições externas que envolvem o cenário do delito, entendeu que conseguiria evitar tal resultado. Assim sendo, o agente tem consciência do potencial lesivo de sua conduta, do risco trazido por ela, mas, também de forma consciente, entendeu que tal resultado não ocorreria.

A tendência moderna é definir os delitos culposos conforme a teoria da imputação objetiva, sendo tais delitos configurados no nível de perigo da conduta do autor, quando este agir fora dos padrões de riscos permitidos socialmente. Assim, “só haverá [...] imputação de crime culposo quando o autor, violando dever de cuidado, criar um risco juridicamente proibido” (QUEIROZ, 2014, p. 287).

Tal violação se dá por três meios, quais sejam,

Imprudência: consiste na violação de regras de condutas ensinadas pela experiência. É o atuar sem precaução, precipitado, imponderado. Há sempre um comportamento positivo. Uma característica fundamental da imprudência é que nela a culpa se desenvolve paralelamente à ação [...] *Negligência*: é a culpa na forma omissa. É a ausência de precaução. Implica, pois, a abstenção de um comportamento que era devido. O negligente deixa de tomar, antes de agir, as cautelas que deveria [...] a negligência dá-se sempre antes do início da conduta [...] *Imperícia*: é a falta de aptidão para a realização de certa conduta. É a prática de certa atividade, de modo omissa (negligente) ou insensato (imprudente), por alguém incapacitado para tanto, quer pela ausência de conhecimento, quer pela falta de prática. [...] Podemos definir o crime culposo como a conduta humana voluntária que provoca de forma não intencional um resultado típico e antijurídico, que era previsível e que poderia ter

sido evitado se o agente não tivesse agido com imprudência, negligência ou imperícia (CAPEZ, 2011, p. 321-322)

Existem teorias que entendem não haver culpa consciente, mas apenas a inconsciente. Contudo, tais teorias não são adotadas pelo Direito Pátrio. A que, aparentemente, predomina, é a teoria da indiferença, pregada por, entre outros Exner e English (apud QUEIROZ, 2014, p. 252), para quem

A distinção entre dolo e culpa reside no alto grau de indiferença do autor para com o bem jurídico. Haverá então, dolo eventual sempre que o agente representar como possível a produção do resultado típico e for indiferente a isso.

Desta forma, a configuração do dolo indireto, eventual, sob um aspecto pragmático, é quase impossível. Com efeito, a delimitação da vontade do agente no sentido de que dirigiu sua ação não para um fim delitivo, mas que o aceitava livremente é muito difícil, pois a linha que afasta o dolo eventual da culpa consciente é muito tênue.

Tal linha varia, inclusive, conforme a subjetividade do aplicador da norma. Uma vez adotado o raciocínio desta teoria, a definição sobre a real intenção do agente fica ao encargo de terceiros, em juízo inteiramente subjetivo, eis que ainda não há meios de controlar o pensamento dos indivíduos.

Assim, a discussão acerca do elemento volitivo deixa de ser puramente teórica para surtir efeitos concretos no mundo dos fatos, e na pele dos que sofrem com ela. A diferença entre a submissão do réu a julgamento perante o Tribunal do Júri para apuração de crime doloso contra a vida ou seu julgamento perante o juízo singular em crime de muito menor reprovabilidade passa mais pelo nível de risco criado pela conduta do agente e por suas consequências do que pelo seu conhecimento prévio acerca do desfecho de sua conduta.

Conforme se verá a seguir, tal discussão perdeu parte de seu valor com a promulgação da Lei Federal nº 12.971, de 9 de maio de 2014, que criou uma figura qualificada de homicídio culposo.

2.2.2 O reconhecimento do dolo nos delitos de homicídio praticados na direção de veículo automotor

Historicamente, a jurisprudência pátria costumava considerar que o agente havia agido dolosamente, na modalidade dolo eventual, quando sua conduta ultrapassasse os limites de um risco dito permitido. Assim, situações em que o condutor não agiu visando propriamente o resultado delitivo, mas agira de forma temerária, como pela participação em competição automobilística não autorizada, o popular “racha”, ou pelo abuso de álcool, se criou uma espécie de presunção de que, ao agir, assumiu o risco de produzir o resultado.

A consequência de tal constatação é a determinação do elemento volitivo enquanto doloso, afastando a aplicação do Código de Trânsito e levando o caso a ser processado e julgado segundo as regras do Código Penal e perante o Tribunal do Júri, eis que a este compete o julgamento de todos os crimes dolosos contra a vida.

O reconhecimento do dolo nesses casos se dá mais enquanto instrumento de política criminal aplicada diretamente pelo Judiciário na tentativa de reprimir condutas potencialmente lesivas e reduzir o número de fatalidades no trânsito, do que propriamente em razão da constatação do voluntariedade dolosa dos agentes. Usa-se da ampliação interpretativa das normas gerais para dar ao caso concreto uma maior reprimenda.

Quanto ao ativismo judicial em questões similares, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça ao dizer que

6. Não se pode perder de vista que numa democracia é vedado ao judiciário modificar o conteúdo e o sentido emprestados pelo legislador, ao elaborar a norma jurídica. Aliás, não é demais lembrar que não se inclui entre as tarefas do juiz, a de legislar. 7. Falece ao aplicador da norma jurídica o poder de fragilizar os alicerces jurídicos da sociedade, em absoluta desconformidade com o garantismo penal, que exerce missão essencial no estado democrático. Não é papel do intérprete-magistrado substituir a função do legislador, buscando, por meio da jurisdição, dar validade à norma que se mostra de pouca aplicação em razão da construção legislativa deficiente. 8. Os tribunais devem exercer o controle da legalidade e

da constitucionalidade das leis, deixando ao legislativo a tarefa de legislar e de adequar as normas jurídicas às exigências da sociedade. Interpretações elásticas do preceito legal incriminador, efetivadas pelos juízes, ampliando-lhes o alcance, indubitavelmente, violam o princípio da reserva legal, inscrito no art. 5º, inciso II, da Constituição de 1988: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". (BRASIL, 2012)

Esse subsistema interpretativo consegue se justificar, de forma isolada das demais normas, juridicamente e também num âmbito moral e ético, eis que a justificativa para ampliação e interpretação do elemento volitivo está em reduzir os riscos a que a sociedade está exposta. Conforme já dito, é característica da sociedade dita de risco o aumento da sensação de insegurança e a busca por ela por meio do agravamento do rigor punitivo.

A gravidade da conduta do agente, que não pode ser negada, é tomada como sua conformação e aceitação do resultado danoso. Diz-se que nesses casos, o descompromisso e descaso para com a incolumidade alheia é tão grande que o agente, apesar de não ter em seu desígnio propriamente o resultado, agiu de forma indiferente a ele, o que caracterizaria o dolo eventual.

Assim, os Tribunais entenderam como normal o reconhecimento do dolo em situações em que a conduta do agente escapasse os limites de um risco aceitável. Desta forma, tem-se (ou tinha-se, até o advento da Lei nº 12.971 de 2014, conforme se verá adiante) que o agente que provocasse acidente de trânsito, por exemplo, enquanto praticasse competição automobilística não autorizada na via pública ou quando embriagado, principalmente em caso de excesso de velocidade, teria assumido o risco de produzir o resultado delitivo, ainda que não contra uma pessoa determinada.

A título de exemplo de situação em que a conduta foi reconhecida como dolosa foi a que o réu, ao provocar o acidente, dirigia na contramão, em alta velocidade, com os faróis apagados e em estado de embriaguez alcoólica (RIO GRANDE DO SUL, 2013)

Nesse sentido, considera o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do

Sul que

O dolo eventual retrata um *querer diferenciado* do agente, que prevê o resultado como uma possível consequência de sua conduta e, ainda assim, continua agindo, admitindo ou anuindo com esta possibilidade. A situação é semelhante à figura da *culpa consciente*, na qual também há previsibilidade do resultado como *possível* ou *provável*. A diferença está na finalidade subjetiva da conduta: enquanto o sujeito que atua com culpa consciente orienta sua conduta a uma finalidade *lícita*, agindo de modo a evitar o resultado típico previsto como possível, o sujeito que atua com dolo eventual orienta sua conduta a um fim *ilícito*, não agindo de modo a evitar o *possível* resultado típico, portando-se em relação a ele de modo *indiferente* [...] O só fato de alguém ingerir bebida alcoólica, dirigir veículo e cometer um fato ilícito, de per si, não pode ensejar uma presunção absoluta de dolo eventual. (RIO GRANDE DO SUL, 2015, grifos no original).

Outrossim, por ser categoria em que o agente não vislumbrou propriamente o resultado delitivo, não há que se falar em tentativa, pois

A tentativa é uma figura do Direito Penal que descreve a inocorrência da consumação de fatos desejados pelo sujeito ativo do delito quando eventos estranhos à sua vontade impedem o alcance do resultado. Com isso, tem-se que a vontade do agente, ainda que totalmente exteriorizada através de atos que causem o delito, é impedida por elementos totalmente independente de sua vontade. **O dolo eventual, por outro lado, é uma ficção jurídica que equipara a intenção do agente a uma conduta que, com sua prática, assuma os riscos de produzir aquele resultado, não se importando com a sua realização.** É dizer, muito embora o agente não deseje produzir o resultado – ou qualquer resultado possível –, admite que algo pode ocorrer. Pontuando, a tentativa de homicídio em dolo eventual cria a dicotomia: como pode algo não se consumar por circunstâncias alheias à vontade do agente quando ele não desejou propriamente o resultado? Essa divergência assume especial relevância quando se considera que, enquanto no dolo eventual o sujeito assente que o resultado pode ser alcançado – qualquer resultado, não necessariamente a morte de alguém – na tentativa, o sujeito deliberadamente provoca a ação, querendo promover um resultado específico. Também surge como justificativa a possibilidade de, na tentativa, o agente poder desistir de continuar a ação – incorrendo na desistência voluntária – enquanto que, no dolo eventual, não se cogita falar em desistência de algo que não se deseja cometer. (RIO GRANDE DO SUL, 2015, grifo nosso)

A produção legislativa brasileira se mostra pródiga no aumento de penas e criação de novas figuras típicas, muitas vezes sem se importar com a plena efetividade das leis criadas. Diante do crescente aumento do número de acidentes de trânsito e de uma sensação de impunidade, tendo em vista que, conforme acima delineado, para a caracterização do dolo eventual é necessária a reunião de vários fatores apuráveis materialmente, foi editada em 2014 Lei visando facilitar a penalização de condutores a título de culpa, visando tanto encerrar o debate acerca do elemento volitivo quanto, com o aumento da penalização, reduzir a sensação de impunidade e também o próprio número de acidentes.

2.3 A lei 12.971/14 e o homicídio culposo qualificado: persiste o dolo eventual?

Conforme anteriormente mencionado, a criação de circunstância qualificadora no crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor foi inovação trazida pela Lei Federal nº 12.971, de 2014. Tal lei foi publicada no Diário Oficial da União em 12 de maio de 2014, passando a ter vigência, por determinação do seu artigo 20, no primeiro dia do sexto mês após a sua publicação, ou seja, no dia 1 de novembro de 2014.

Assim, surgiu como figura qualificada do delito em questão a seguinte conduta:

§ 2º - Se o agente conduz veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência ou participa, em via, de corrida, disputa ou competição automobilística ou ainda de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente: Penas - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. (BRASIL, 2014)

Com tal redação definiu-se como conduta culposa qualificada a morte em acidente de trânsito produzido nos casos em que o motorista encontra-se sob influência de álcool ou substância assemelhada, bem como quando participa de competição não autorizada, o popular racha. Assim, a discussão acerca do elemento volitivo, apesar de não totalmente excluída em razão de casos concretos, ficou

relegada a segundo plano.

A citada lei não havia sequer entrado em vigor e já começavam a surgir críticas à sua redação. Conforme Francisco Sannini Neto e Rafael Francisco Marcondes de Moraes (2014), a diferença entre a figura qualificada do delito e a simples é irrisória, eis que não alterou o quantitativo da pena cominada, apenas alterando a espécie de pena, que deixa de ser de detenção e passa a ser de reclusão.²

Ainda para Sannini Neto e Moraes, o legislador deixou de aproveitar a oportunidade de solucionar a divergência entre a configuração de culpa e dolo eventual nos delitos de trânsito, considerando ainda que

a cada acidente de trânsito grave com repercussão, parcela da mídia sensacionalista, sempre atenta aos índices de audiência, porém, desprovida de conhecimento técnico-jurídico mais aprofundado e tampouco de compromisso com a atuação estatal legalista, ainda insiste (e continuará a insistir) em banalizar o instituto do dolo eventual, incorretamente pretendendo imputá-lo como se regra fosse. Ora, se é certo que a pena para o homicídio culposo nesses casos é insuficiente e desproporcional, mais certo ainda é a necessidade de aplicação escorreita da legislação num Estado Democrático de Direito, despida de paixões e pautada pelo respeito às garantias e direitos fundamentais de todos, indistintamente. Nesse contexto, não cabe ao aplicador do Direito se pautar por políticas criminais, os quais devem servir de norte apenas ao legislador. (SANNINI NETO e MORAES, 2014)

Assim, não se pode esperar que a nova legislação tenha eficácia social, eis que praticamente nada alterou. Outrossim, dada sua redação, restou praticamente afastada a possibilidade de enquadrar uma conduta enquanto de dolo eventual, eis que

² Interessante notar o paradoxo existente na atividade legislativa brasileira que pode-se chamar de esquizofrênica: A Lei nº 12.971 criou uma figura qualificada do delito da prática conhecida como “Racha”, incidindo a qualificadora quando há provocação de morte devido à competição não autorizada. Para tal delito, a pena será de reclusão de cinco a dez anos. De outro lado, o delito de homicídio culposo qualificado tem pena cominada que varia de dois a quatro anos. Assim, cria-se um conflito aparente de normas, em que duas situações idênticas podem ser tratadas de maneiras distintas, criando, certamente um paradoxo realmente injusto. De qualquer forma, frise-se que, havendo mais de uma norma incidindo sobre uma mesma conduta, deverá ser aplicada aquela que mais benéfica ao réu.

A nova lei, ao instituir uma figura típica própria, praticamente afasta a possibilidade de imputação de dolo eventual no homicídio em acidente de trânsito por embriaguez ao volante. Circunstâncias que possibilitem o dolo eventual deve ser caracterizadas e esclarecidas plenamente. No caso de morte, esse resultado deve ser considerado e avaliado pelo acusado do fato. Deve haver demonstração de que ele se manteve indiferente com a possibilidade da morte da vítima. Distingue-se o dolo eventual da culpa consciente não pela mera assunção do risco, mas com base no elemento volitivo do agente relativamente ao resultado. (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

Não se pode dizer que possibilidade de configuração do dolo eventual restou completamente afastada, mas ficou muito mais distante, pois deve ficar cabalmente demonstrado o assentimento do agente para com o resultado, o que, em última análise, na maioria das vezes,

A assunção do risco e o desinteresse no resultado seria o mesmo que dizer que, no caso concreto, o acusado teria anuído com o risco de dar cabo a própria vida, tendo em conta o risco inerente de envolvimento em uma colisão automobilística. (RIO GRANDE DO SUL, 2015)

Ressalte-se que, antes da criação da figura qualificada o entendimento do Superior Tribunal de Justiça era de que a admissão da imputação do delito a título de dolo eventual seria quase automática quando o condutor agisse fora de limites pré-estabelecidos agindo em estado de embriaguez e excesso de velocidade, relegando tal aplicação ao Tribunal do Júri, que tem a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida (BRASIL, 2011). A Corte ainda não teve a oportunidade de se manifestar acerca da aplicação da nova lei em casos em que tais fatores estivessem reunidos, pelo o que fica impossibilitada a análise do posicionamento jurisprudencial desta.

De qualquer forma, espera-se que o regramento legalmente imposto seja aplicado, deixando o Poder Judiciário de criar política criminal, papel que cabe aos demais poderes constituídos, cabendo ao Judiciário, tão somente, a interpretação do Direito de forma a aplicá-lo em sua integralidade, respeitando os direitos e garantias individuais do cidadão, principalmente a o Princípio da Legalidade.

2.4. Da lesão corporal culposa na direção de veículo automotor

Por razões de Política Criminal, assim como o delito de homicídio culposo na direção de veículo automotor, a tipificação do delito de lesão corporal culposa no trânsito buscou aumentar a repressão (geral e especial) do cometimento deste delito quando no ambiente específico do trânsito. Nesse sentido, quando enquadrado no Código Penal, o crime de lesão corporal, cuja conduta se caracteriza por “ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem” (BRASIL, 1940), será apenado com detenção de três meses a um ano, enquanto quando aplicado o Código de Trânsito, o delito será reprimido com detenção de seis meses a dois anos.

A redação de tal delito no Código de Trânsito o delimita assim:

Art. 303. Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor: Penas - detenção, de seis meses a dois anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. Parágrafo único. Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) à metade, se ocorrer qualquer das hipóteses do § 1º do art. 302. (BRASIL, 1997).

Desta redação, destaca-se que não há diferenciação quanto à gravidade da lesão, como há no Código Penal. Assim, equiparam-se objetivamente as condutas de agentes que, por exemplo, tenham causado culposamente dois acidentes distintos, em que em um a vítima tenha sofrido pequena lesão no braço e que no outro a vítima tenha que ter tido o braço amputado. Para evitar distorções e desproporcionalidade na aplicação da lei, a gravidade deverá ser considerada como circunstância judicial no momento da fixação da pena-base, eis que é uma consequência do crime, a teor do que dispõe o artigo 59 do Código Penal (CAPEZ, 2011, p. 324).

Por ter como pena máxima cominada em abstrato dois anos de detenção, o delito, quando não majorado, será de menor potencial ofensivo, podendo ser processado na forma da Lei nº 9.099/95, cabendo os institutos da transação penal e composição civil dos danos, bem como sendo a ação penal condicionada a representação, por força do disposto no artigo 88 da citada lei (BRASIL, 1995).

Outrossim, não se aplicarão tais institutos e a ação penal será pública incondicionada, devendo ser instaurado inquérito policial, e não termo circunstanciado, quando o agente estiver sob alguma das condições previstas no §1º do artigo 291 do Código de Trânsito, *in verbis*:

§ 1º Aplica-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995, exceto se o agente estiver: I - sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência; II - participando, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística, de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente; III - transitando em velocidade superior à máxima permitida para a via em 50 km/h (cinquenta quilômetros por hora). §2º Nas hipóteses previstas no §1º deste artigo, deverá ser instaurado inquérito policial para a investigação da infração penal. (BRASIL, 1997).

As demais regras que regem a lesão corporal no trânsito são coincidentes com as que regem o delito de homicídio culposo no trânsito, sendo que inclusive as causas de aumento de pena são as mesmas, por força do disposto no parágrafo único do artigo 302 do Código de Trânsito, já devidamente analisados acima.

2.5. Da embriaguez ao volante como delito de perigo

O delito de embriaguez ao volante caracteriza-se como crime de perigo e foi tipificado pelo artigo 306 do Código de Trânsito no ano de 1998, tendo, desde então, sofrido diversas alterações em sua redação.

A redação original do Código de Trânsito Brasileiro dispunha como crime a conduta do agente que

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem: Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. (BRASIL, 1997).

Esta tipificação surgiu da constatação de que muitos acidentes de trânsito poderiam ser evitados se o condutor não estivesse alcoolizado. Assim, a opinião

pública acaba por colocar o álcool como um dos maiores vilões nas estradas.

A conduta tipificada no citado artigo estava inicialmente em conflito aparente de normas com o artigo 34 da Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688 de 1941), que previa o delito chamado *direção perigosa, in verbis*:

Art. 34. Dirigir veículos na via pública, ou embarcações em águas públicas, pondo em perigo a segurança alheia: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de trezentos mil réis a dois contos de réis.

Conforme Damásio Evangelista de Jesus, o previsto na Lei das Contravenções Penais foi derogado, eis que

algumas condutas ainda se encontram descritas nele, como a direção perigosa de embarcação e todos os comportamentos de direção perigosa de veículo automotor, com exceção da embriaguez ao volante e dos arts. 308 e 311 do CT (JESUS, 1999, p. 145-146),

Sendo que, pela especialidade, quando o condutor estivesse sob a influência de álcool ou substâncias de efeitos análogos, responderia pelo regramento do Código de Trânsito. Do disposto na redação original do Código de Trânsito, podem se tirar algumas conclusões.

Pela taxatividade da lei, se fazia necessária a prova de dano potencial a incolumidade pública. Conforme Damásio de Jesus (1999, 146), incolumidade, etimologicamente, significa a qualidade daquilo que está são e salvo, livre de perigo, sendo que a incolumidade pública diz respeito à segurança de todos os cidadãos. Desta forma, para a caracterização do delito, se fazia necessário, além da ingestão de substância alcóolica ou de efeitos análogos, a verificação de que o agente conduzia anormalmente seu veículo, em desacordo com as normas de circulação viária (JESUS, 1999), bem como a comprovação do nexo de causalidade entre a condução anormal e a ingestão de substância alcóolica ou de efeito análogo (GÓMEZ, apud JESUS, 1999, p. 148).

Na forma original da redação do Código de Trânsito, este delito era tido como de perigo concreto. Assim, mostrava-se presente a efetiva preocupação com a

proteção do bem juridicamente tutelado.

Em 2008 entrou em vigor a Lei nº 11.705, conhecida como Lei Seca, trazendo significativas alterações para a conduta de embriaguez ao volante. Referida lei, entre outras providências, alterou a redação do artigo 306 do Código de Trânsito para alterar a conduta tida como criminosa, mantendo, outrossim, o quantitativo de pena. O delito restou assim tipificado:

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência [...] Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. (BRASIL, 2008)

Tal alteração criou para a configuração do delito o risco presumido. Antes de 2008,

Fazia-se a seguinte distinção: quem dirigia bêbado (embriagado), mas corretamente, sem afetar o bem jurídico segurança viária, sem estar sob a influência da embriaguez, respondia por infração administrativa [...]; quem dirigia bêbado, mas anormalmente, em ziguezague, subindo calçada, passando o sinal vermelho etc, ou seja, sob influência da embriaguez, respondia pelo delito do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro [...] Equivocadamente, a nova redação do art. 306 criada pela nova lei não exige a comprovação de nenhuma exposição da vítima a dano potencial, ou seja, a perigo. Para ser mais claro, a nova redação não exige uma vítima que tenha sofrido um risco concreto (HONORATO, 2007, p. 43)

Conforme já mencionado, a preocupação acentuada com situações de perigo potencial é característica da dita sociedade de risco. Os crimes de perigo têm aplicação subsidiária aos de dano, servem como maneira de prevenção geral de condutas que possam vir a causar danos. A tipificação de condutas entendidas como de risco presumido faz criar a categoria de crimes de perigo abstrato.

Para a configuração de tais delitos,

Não se menciona o perigo entre seus elementos, mas se limita a definir uma ação perigosa, pois entende que o surgimento do perigo

deduz-se da realização de uma ação com certas características [...] o forjar de um bem jurídico coletivo como a segurança viária surge como um elemento artificial e *ad hoc* para legitimar a chamada 'tutela penal antecipada', típica do 'Direito Penal de Risco', a que a doutrina alemã denominou de 'criminalização em âmbito prévio'. (HONORATO, 2007, p. 45-46)

Tal delito poderia ser considerado como de mera conduta, eis que uma vez verificada a ação, este estaria consumado. Assim, falar sobre o elemento volitivo em tal delito ficou ultrapassado, eis que não seria necessária qualquer consideração a seu respeito. Uma vez perpetrada e comprovada a conduta, a defesa ficava praticamente inviabilizada.

Ocorre que a redação do tipo penal era absoluta no tocante à necessidade de realização de exame para comprovação da quantia de álcool que seria necessária para a caracterização do delito. Desta forma, uma vez não sendo produzida a prova através de etilômetro ou exame de sangue, não seria possível o prosseguimento da ação penal, eis que, como já dito, ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo.

Esse foi, inclusive, o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto, que decidiu que

A denúncia deve vir acompanhada com o mínimo embasamento probatório, ou seja, com lastro probatório mínimo apto a demonstrar, ainda que de modo indiciário, a efetiva realização do ilícito penal por parte do denunciado. Em outros termos, é imperiosa existência de um suporte legitimador que revele de modo satisfatório e consistente, a materialidade do fato delituoso e a existência de indícios suficientes de autoria do crime, a respaldar a acusação, de modo a tornar esta plausível. Não se revela admissível a imputação penal destituída de base empírica idônea o que implica a ausência de justa causa a autorizar a instauração da **persecutio criminis in iudicio** (BRASIL, 2015, grifos no original).

Assim, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o tema ao considerar que os únicos meios de prova apta a corroborar a acusação eram o exame de sangue e o etilômetro, conforme se extrai do julgado abaixo

PROCESSUAL PENAL. PROVAS. AVERIGUAÇÃO DO ÍNDICE DE ALCOOLEMIA EM CONDUTORES DE VEÍCULOS. VEDAÇÃO À

AUTOINCRIMINAÇÃO. DETERMINAÇÃO DE ELEMENTO OBJETIVO DO TIPO PENAL. EXAME PERICIAL. **PROVA QUE SÓ PODE SER REALIZADA POR MEIOS TÉCNICOS ADEQUADOS.** DECRETO REGULAMENTADOR QUE PREVÊ EXPRESSAMENTE A METODOLOGIA DE APURAÇÃO DO ÍNDICE DE CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL NO SANGUE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. 1. O entendimento adotado pelo Excelso Pretório, e encampado pela doutrina, reconhece que o indivíduo não pode ser compelido a colaborar com os referidos testes do 'bafômetro' ou do exame de sangue, em respeito ao princípio segundo o qual ninguém é obrigado a se autoincriminar (*nemo tenetur se detegere*). Em todas essas situações prevaleceu, para o STF, o direito fundamental sobre a necessidade da persecução estatal. 2. Em nome de adequar-se a lei a outros fins ou propósitos não se pode cometer o equívoco de ferir os direitos fundamentais do cidadão, transformando-o em réu, em processo crime, impondo-lhe, desde logo, um constrangimento ilegal, em decorrência de uma inaceitável exigência não prevista em lei. 3. **O tipo penal do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é formado, entre outros, por um elemento objetivo, de natureza exata, que não permite a aplicação de critérios subjetivos de interpretação, qual seja, o índice de 6 decigramas de álcool por litro de sangue.** 4. O grau de embriaguez é elementar objetiva do tipo, não configurando a conduta típica o exercício da atividade em qualquer outra concentração inferior àquela determinada pela lei, emanada do Congresso Nacional. 5. **O decreto regulamentador, podendo elencar quaisquer meios de prova que considerasse hábeis à tipicidade da conduta, tratou especificamente de 2 (dois) exames por métodos técnicos e científicos que poderiam ser realizados em aparelhos homologados pelo CONTRAN, quais sejam, o exame de sangue e o etilômetro.** (BRASIL, 2012, grifo nosso).

Tal entendimento levou ao trancamento de inúmeras ações penais e a lei, que buscava aumentar o rigor de fiscalização e punição acabou por não ter eficácia. Visando corrigir tais distorções, em 2012 foi publicada a Lei nº 12.760.

Esta lei alterou a tipificação objetiva do delito, trazendo ainda os meios de prova hábeis a comprová-lo. Assim, o artigo 306 do Código de Trânsito passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: [...] §1º As condutas previstas no caput serão constatadas por: I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora. §2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico,

perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova. § 3º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. (BRASIL, 2012).

Primeiramente, conforme Válder Kenji Ishida (2013) note-se que não há mais exigência para a caracterização do delito que a conduta se dê em via pública, podendo ser verificada em outros lugares, como dentro do pátio de um posto de gasolina ou em uma fazenda. Ainda, deve haver comprovação acerca da alteração da capacidade psicomotora do condutor.

Entretanto, tal comprovação não precisa se dar mediante constatação de teor alcóolico mínimo, podendo se dar mediante a utilização de outros meios de prova. Assim,

Verifica-se que o objetivo da lei foi de manter os anteriores índices de alcoolemia, mas tornar o tipo pena (sic) mais próximo de possibilitar a comprovação da materialidade, adicionada à punição na esfera administrativa, através de uma pesada multa administrativa. (ISHIDA, 2013).

Com a nova redação foi aberta a possibilidade de comprovação mediante vídeo ou prova testemunhal. É certo que no processo penal brasileiro vigora o princípio da liberdade das provas, desde que lícitas e idôneas, entretanto, diante da dificuldade de aplicação da legislação anterior, o legislador optou por enumerar os meios de prova aptos a comprovar a ocorrência do delito em análise.

Ainda, em 2014, a Lei 12.971, já citada acima, quando comentada a criação da qualificadora do delito de homicídio culposo na direção de veículo automotor, alterou também a redação de dois parágrafos do artigo 306 para, incluir como meio probatório o exame toxicológico. Tal alteração se deu em razão do fato de não ser o álcool a única substância capaz de alterar a capacidade psicomotora a que o Código de Trânsito buscou vedar quando da tipificação do delito de embriaguez ao volante. Esta previsão, conforme Francisco Sannini Neto (2014), “tornou mais dinâmica a disciplina legal de futuras tecnologias de aferição da influência por drogas psicoativas que venham a ser desenvolvidas, sem necessidade de novas leis ordinárias para tal desiderato”.

Nota-se, portanto, que as diversas alterações legislativas produzidas na matéria em testilha foram sempre visando aumentar o controle punitivo e facilitar a repressão estatal pelo viés penal. Assim, pode-se dizer que tanto a inclinação legislativa em criar figuras típicas novas e aumentar a penalização das já existentes, quanto a inclinação jurisprudencial de facilitar a caracterização do dolo eventual militam em favor dos anseios criados na Sociedade de Risco, numa aplicação quase plena do Direito Penal do Risco que muitas vezes é também o Direito Penal do Inimigo.

3. O DOLO EVENTUAL NOS DELITOS DE TRÂNSITO FRENTE ÀS TENDÊNCIAS REPRESSIVISTAS DA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA

Conforme já mencionado, o Brasil vive um período turbulento no que diz respeito ao avanço do Direito Penal. Tal avanço muitas vezes ocorre somente devido à pressão da opinião pública que conduzida por setores hegemônicos da mídia, influencia o processo de produção de normas penais no país. Assim, temas importantes e que realmente influem na vida dos cidadãos não são devidamente debatidos, sendo soterrados por lugares comuns e frases de efeito como “bandido bom é bandido morto”.

Assim, a aplicação de penalizações a título de dolo eventual no trânsito se insere em um contexto de aumento da face repressora e policialesca do Estado. Com tal ampliação da vontade do legislador se criam diversas distorções em nome de uma ideia de justiça que se confunde com vingança.

De qualquer forma, não se pode esquecer que o Brasil adotou a forma de Estado Democrático de Direito, sendo que a Constituição da República optou por garantir inúmeros direitos que se opõem à face penal autoritária do Estado. Entretanto, tem-se notado que segue valendo o diagnosticado por Durkheim (2008, p. 60), de que “a pena permaneceu, para nós, o que era para nossos pais: ainda é um ato de vingança, já que é uma expiação. O que vingamos, o que o criminoso expia, é o ultraje à moral”.

O debate sobre qual modelo penal deve ser utilizado vem de muito tempo. Apesar de não ser este o pensamento corrente, vale ressaltar as ideias da Escola de Frankfurt, que

partem da premissa de que o Direito Penal deve ser limitado ao máximo, o que implica sua incidência apenas sobre aquelas condutas que violem, de maneira agressiva, os bens indispensáveis para a vida em comum, como a vida, a saúde, a propriedade etc. Hassemer parte da constatação de que o Direito Penal que procura minimizar a insegurança oriunda de uma sociedade de riscos e dirigir processos e relações causais complexos, altera substancialmente seus conceitos dogmáticos e se afasta de sua missão original de apenas assegurar uma escala de valores indispensáveis à vida

social, e se torna um instrumento em busca do controle de grandes problemas da sociedade atual. (MACHADO e GIACOMO, 2009, p. 40).

As perspectivas de avanço da penalização da violência no trânsito devem ser pautadas pelos princípios que lastreiam o Direito Penal como um todo, dentre eles o da proporcionalidade. De outro lado, não se pode esquecer o anseio social que busca tanto a vingança quanto uma maior sensação de segurança, sendo que tal anseio, por ser muitas vezes legítimo, deve ser considerado e debatido no momento de elaboração da norma penal incriminadora.

3.1 As tendências repressivistas da política criminal brasileira e seus reflexos na legislação de trânsito

O Direito Penal moderno tem se ocupado principalmente de aumentar seu rigor e sua amplitude. Tal constatação surge juntamente com a de que os riscos são indissociáveis da globalização, pois

Uma sociedade amedrontada, acuada pela insegurança, pela criminalidade e pela violência urbana torna-se terreno fértil para o desenvolvimento de um direito penal de emergência, cuja justificação sociológica voltada para a prevenção facilmente encontra respaldo e legitimação. Todos se sentem vulneráveis, vítimas em potencial e a expectativa do perigo iminente faz com que as vítimas potenciais aceitem mais facilmente a sugestão ou a prática da punição ou do extermínio preventivo dos supostos agressores potenciais. (NUNES, 2009)

Assim, o Direito Penal tende a se expandir como forma de acalmar os temores da sociedade, sendo usado como fator político de dominação das massas. Desta forma, conforme apontado por Alberto Silva Franco (1997, p. 2), os atores políticos notam a importância sensibilizadora do Direito Penal e o têm usado como instrumento de ação política, eis que na maioria das vezes a retórica primitiva de pena como simples retribuição é largamente aceita pelos diversos setores sociais.

Decorre deste contexto um Direito Penal hipertrofiado, que busca em si mesmo sua legitimação. Assim, a primeira tendência do Direito Penal moderno, como aponta Franco (1997, p. 2) é a sua funcionalização, sendo que esta

assenta-se em duas vertentes: a função promocional e a função simbólica. Na sociedade atual, dá-se legitimação ao Direito Penal, não na medida em que tutela os bens fundamentais à convivência social, mas sim, enquanto instrumento de mudança e transformação social ou de imposição de novos valores. O Direito Penal deve, portanto, imiscuir-se de modo ativo nas relações tensionais que explodem na sociedade moderna e intervir nas áreas de conflito, antes mesmo da atuação de outros controles sociais formais. Além dessa função meramente promocional, atribui-se também ao Direito Penal, não poucas vezes, a função simbólica, isto é, a de produzir na opinião pública a impressão tranquilizadora de um legislador atento.

Agrega-se ao caráter simbólico e promocional deste “novo” Direito Penal, outra tendência, extremamente negativa, que é a de sua desformalização.

De todos os sistemas de controle social, de caráter formal, o Direito Penal, por lidar com os conflitos mais graves e por dispor de respostas sumamente gravosas, é o que requer um grau mais acentuado de formalização. Enquanto nos controles sociais menos formais, a norma, a sanção e o processo guardam um caráter flexível, no mecanismo controlador penal, a transparência e a precisão são regras que não podem ser desconsideradas. Aqui, não há lugar para a surpresa, nem para o engodo. A desformalização constitui uma decorrência extremamente perigosa de um Direito Penal funcionalizado. São freqüentes os tipos com o emprego de conceitos vagos ou porosos e com cominações desproporcionadas de penas. Abusa-se do exercício do poder cautelar. Desrespeitam-se princípios constitucionais de alta relevância, como os do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência, da motivação dos atos do processo, do direito de recorrer, etc. Extrai-se a feição jurisdicional da execução da pena e suprime-se o regime progressivo de cumprimento de pena. Enfim, desformaliza-se o processo a serviço de uma eficiência antigarantista (FRANCO, 1997, p. 3-4)

Tais tendências têm reflexos diretos na repressão aos delitos de trânsito. A ideia de velocidade é inerente ao trânsito, o que faz com que a percepção do risco se dê também de forma mais veloz. Desta forma, o Direito Penal acaba por visar diretamente trazer uma ideia de segurança para os diversos atores do trânsito, sendo que,

nesse contexto, a ideia de segurança torna-se o “contraconceito” do risco, introduzindo desafios para a efetividade dos mecanismos de controle social, dentre os quais se encontram o Direito Penal e as instituições governamentais – órgãos executivos e tribunais – encarregadas de aplicá-lo. (NUNES, 2009)

Diante da necessidade (que é mais psicológica do que real) de tornar o Direito Penal efetivo na contenção social, o processo constante de recrudescimento de sua esfera acaba por ser bem visto pelas massas, o que redundará na criação de normas cada vez mais severas. Esse processo de evolução penal sobre a violência no trânsito caminha em direção oposta ao tido na Europa como realmente efetivo na contenção de acidentes.

Não se pode negar que a violência no trânsito é algo que deve ser seriamente debatido e combatido. Porém, para tanto, deve-se chegar ao cerne da questão, não a tratando apenas com medidas paliativas e de Direito Penal simbólico. Obras de engenharia de tráfego ficam em segundo plano, bem como o incentivo ao uso de transporte coletivo, que tem por si a capacidade de diminuir sobremaneira o número de veículos nas vias públicas, reduzindo, por conseguinte, o número de fatalidades.

Referindo-se a esta questão Luiz Flávio Gomes (2012) observa que

De acordo com os levantamentos do Instituto Avante Brasil, em 1980 foram registradas 19.927 mortes anuais no trânsito. Em 1990, passamos para 28.574. Em 1995, 32.750. Desde essa explosão de mortes na década de 90, o que nós brasileiros estamos fazendo para debelar esse flagelo nacional? A União Europeia, que de 1996 a 2009 reduziu em 42% o número de mortes, descobriu o caminho correto e passou a levar a sério a fórmula EEFPP: Educação, Engenharia (das estradas, das ruas e os carros), Fiscalização, Primeiros socorros e Punição. E o Brasil? Ele responde à tragédia mortífera com novas leis, sempre mais duras e sempre com promessas de que agora vai resolver. Tudo começou com o Código de Trânsito brasileiro em 1997, quando o Datasus registrava 35.620 mortes no trânsito. Como já não estava surtindo o efeito desejado, modificou-se o CTB em 2006, quando já contávamos com 36.367 mortes. Não tendo funcionado bem, veio a Lei Seca de 2008, quando alcançamos o patamar de 38.273 mortes. De 2009 para 2010 aconteceu o maior aumento de mortes no trânsito de toda nossa história: 13,96%. Assim chegamos em 2010 com 42.844 mortes (dados do Datasus). A projeção que fizemos no nosso Instituto Avante Brasil, para 2012, é de mais de 46 mil óbitos. Para dar satisfação simbólica ao povo brasileiro, o que acabamos de fazer? Nova lei penal, mais rigorosa que a anterior. Sem severa fiscalização e persistente conscientização de todos, motoristas e pedestres, nada se pode esperar de positivo da nova lei. O legislador, diante da sua impotência para resolver de fato os problemas nacionais, usa sua potência legislativa e com isso se tranquiliza dizendo que fez a sua parte. Isso se chama populismo penal legislativo, porque se sabe, de

antemão, que a situação não vai se alterar. O buraco do trânsito é muito mais profundo. Dessas políticas enganosamente repressivas e inócuas já estamos todos enfadados. A Europa descobriu há duas décadas o caminho correto, com a fórmula EEFPP. Vem colhendo excelentes frutos dessa política indiscutivelmente acertada.

Ainda, a tendência de aumento da repressão sobre diversas formas de delito está em discussão no Senado Federal, onde tramita o projeto de novo Código Penal, sendo que, por ser o cerne do presente estudo, se fazem necessárias algumas considerações sobre o que vem sendo debatido naquela Casa.

3.2 Os crimes de trânsito e o novo Código Penal Brasileiro: propostas legislativas

Inicialmente, importante referir a importância de criação de um novo Código Penal, que esteja em consonância com a Constituição Federal de 1988 e com os ditames da sociedade nos dias atuais. Se a ideia de formação do código vingar, este será o primeiro Código Penal democrático em mais de setenta anos, eis que o Código agora vigente foi editado mediante Decreto-Lei durante o Estado Novo, trazendo disposições um tanto quanto ditatoriais e tendentes ao fascismo.

Visando a elaboração de um anteprojeto de novo Código Penal foi constituída uma comissão de ilustres juristas³. A comissão adotou como diretriz “Fazer a parte Especial o centro do sistema penal, reduzindo o peso da legislação penal extravagante” (Anteprojeto de reforma ao Código Penal, 2012, fl. 3). Assim, as normas penais poderão ser analisadas de forma sistêmica como um todo, reduzindo distorções e evitando aplicação desproporcional de penas para fatos praticamente iguais.

Ainda, importante ressaltar os critérios que fizeram parte do Plano do Trabalho da Comissão sendo eles

³ Integraram o grupo o Ministro Gilson Dipp, do Superior Tribunal de Justiça, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, também daquela corte e os especialistas Antonio Nabor Areias Bulhões, Emanuel Messias de Oliveira Cacho, Gamil Föppel El Hireche, José Muiños Piñeiro Filho; Juliana Garcia Belloque, Luiz Flávio Gomes, Luiza Nagib Eluf, Marcelo André de Azevedo, Marcelo Leal Lima Oliveira, Marcelo Leonardo, René Ariel Dotti, Técio Lins e Silva, Tiago Ivo Odon e o Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, sob a presidência do primeiro.

a) da necessidade de adequação às normas da Constituição de 1988 e aos tratados e convenções internacionais; b) da intervenção penal adequada e conforme entre a conduta e a resposta de natureza penal por parte do Estado; c) da seleção dos bens jurídicos imprescindíveis à paz social, em harmonia com a Constituição; d) da criminalização de fatos concretamente ofensivos aos bens jurídicos tutelados; e) da criminalização da conduta apenas quando os outros ramos do direito não puderem fornecer resposta suficiente; f) da relevância social dos tipos penais; g) da necessidade e da proporcionalidade da pena.

Tais critérios formam um conjunto que concebe um direito penal mais voltado para a sua funcionalidade social, em sentido forte, conjuntamente com o respeito à dignidade da pessoa humana – ou seja, um sistema em perfeita sintonia com a Constituição de 1988, e que traduz uma leitura rigorosa do constitucionalismo penal. (Anteprojeto de Código Penal, 2012, fl. 3)

A proposta original, sob a forma de anteprojeto de lei, foi encaminhada ao Congresso Nacional no mês de julho de 2012, quando foi constituída uma Comissão especial temporária, sob a relatoria do Senador Pedro Taques, visando analisá-lo. Dos estudos da comissão resultou o Projeto de Lei do Senado Federal 236, que, em seu processo de elaboração levou em consideração todas as proposições (projetos) atinentes à matéria já propostos no âmbito do Congresso Nacional.

No parecer da Comissão Temporária de instituída no âmbito do Senado Federal há a elogiável tentativa de formar

um direito penal voltado para a exclusiva proteção e tutela de bens jurídicos. Desenha-se um direito penal que não se interessa em punir simplesmente a causa que gerou a ofensa, mas apenas quando há um desvalor relevante: a ofensa potencial ou concreta a determinado bem jurídico (a vida, o patrimônio etc.) [...] No mesmo espírito, os juristas positivaram a regra da insignificância, segundo a qual não há crime quando não há ofensa relevante ao bem jurídico. (Projeto de Lei do Senado nº 236/2012, p. 27)

Todos os projetos que propunham alterações ao texto do Código Penal foram apensados ao Projeto nº 236/2012, cujo objetivo principal é reunir as diversas normas penais em um único diploma normativo. Portanto, os delitos de trânsito, atualmente regidos pelo Código de Trânsito, passarão a sê-lo, em caso de aprovação do projeto nos moldes propostos, pelo Código Penal.

Neste processo a comissão debateu os projetos relacionados propostos, inclusive os que são mais aberrações do que qualquer outra coisa, como o Projeto de lei do Senado nº 454, de 2011, que propõe vedar a aplicação de qualquer circunstância atenuante aos crimes de trânsito, algo que, conforme o parecer da comissão é algo “de um rigor exagerado e injustificável, a que nem mesmo os crimes hediondos estão submetidos” (Projeto de lei do Senado nº 236/2012, p. 68).

Importante salientar que o delito de embriaguez ao volante, nos termos do Projeto de lei do Senado Federal 236/12, poderá ser comprovado por qualquer meio de prova em direito admitida. Não obstante, o bem jurídico tutelado será a segurança viária, que é mais uma criação jurídica para punir a conduta que não esteja dentro de um padrão aceitável de risco. Assim, propõe-se que a tipificação do delito tenha a seguinte redação:

Condução de veículo sob influência de álcool Art. 208. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a segurança viária: Pena – prisão, de um a cinco anos, sem prejuízo da responsabilização por qualquer outro crime cometido. §1º A infração poderá ser demonstrada mediante qualquer meio de prova em direito admitida. §2º O condutor tem o direito de solicitar a imediata realização do teste de bafômetro ou de exame de sangue em hospital da rede pública. (Projeto de Lei do Senado nº 236/2012, p. 375)

Ainda, se faz necessária análise pormenorizada das alterações propostas para a configuração do elemento volitivo do agente nos delitos de trânsito, eis que o projeto é extremamente inovador nesse sentido.

3.2.1 O dolo eventual e a culpa consciente nas propostas legislativas de novo Código Penal – a criação da culpa gravíssima.

Há no Projeto a tentativa de dar contornos mais efetivos e bem delineados ao dolo eventual. No Anteprojeto, foram propostos mecanismos para que a aplicação da pena nesses casos se desse de forma mais condizente com a culpabilidade do agente, sendo, portanto, mais proporcional, o que não foi acolhido na redação do Projeto.

Frise-se que a aplicação da categoria dolo eventual no trânsito se dá numa tentativa de diminuir a sensação de impunidade que a aplicação da lei penal a título de culpa causa em parcela da sociedade, em razão de as penas cominadas serem efetivamente menores. Atento a isso, o Projeto de Lei do Senado nº 236 cria a figura da “culpa gravíssima”, que será critério de valoração da culpabilidade do agente para efeitos de aplicação da lei penal.

Assim, propõe-se que o novo Código Penal tenha a seguinte redação no tocante à definição das categorias dolo e culpa:

Dolo e culpa Art. 18. Diz-se o crime: I – doloso, quando o agente, realizando os elementos do tipo criminoso, quis ofender o bem jurídico protegido, ou, assumindo o risco de realizá-los, consentiu ou aceitou de modo indiferente a ofensa ao bem jurídico. II – culposo, quando o agente, em razão da inobservância dos deveres de cuidado exigíveis nas circunstâncias, praticou os elementos do tipo criminoso.

Culpa gravíssima Parágrafo único. Há culpa gravíssima quando as circunstâncias do fato demonstrarem que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo, mas agiu com excepcional temeridade.

Esta chamada “excepcional temeridade” caracteriza-se quando o agente, pela extremidade de sua conduta, extrapola dos limites razoáveis do risco permitido e, ainda assim, atua de forma culposa. A ideia de penalização da culpa gravíssima é praticamente a mesma inserta no Código de Trânsito pela Lei nº 12.971, de 2014, ao criar, para o delito de homicídio culposo na direção de veículo automotor, uma forma culposa qualificada.

Assim, é de se elogiar tal manobra legislativa, que visa afastar a aplicação a rodo do dolo eventual em fatos que não se deram de maneira dolosa. Entretanto, quanto à rejeição da ideia de redução da pena em sendo constatado o dolo eventual, tem-se que esta não se deu de maneira acertada, eis que poderão haver distorções na aplicação da lei, que, segundo a justificativa para sua retirada, deixará a critério do juiz no momento da individualização da pena a redução necessária.

Com efeito, o Direito Penal deve contar com critérios claros e positivados para sua aplicação, sendo que, conforme antes mencionado, a tendência de sua desformalização é algo totalmente negativo e antigarantista.

Sem embargo, a rejeição se deu com a seguinte justificativa:

O art. 20 do Projeto, segundo o qual o juiz, considerando as circunstâncias, poderá reduzir a pena até um sexto, quando o fato for praticado com dolo eventual, não pode prosperar. A proposta da Comissão de Juristas não se sustenta. Efetivamente, há uma novidade (juridicamente sustentável) e politicamente aceitável em acrescer ao sistema a hipótese denominada de “culpa gravíssima”, direcionada, exclusivamente, aos delitos de homicídio e lesões corporais. Entretanto, não há imperativo racional que justifique a inovação trazida com a hipótese do art. 20, na qual o agente que agiu com dolo eventual pode ter sua pena reduzida em até 1/6. É dizer: mesmo agindo com dolo, sua pena poderá ser reduzida, se comparada a situação àquela praticada com dolo direto. Não vemos razão para a distinção, na medida em que o juiz analisará a intensidade do dolo na aplicação da pena, momento denominado de individualização. Em outras palavras, o juiz sopesará cada caso na primeira fase de aplicação da pena, na análise das circunstâncias judiciais e definição da pena-base. (Projeto de lei do senado nº 236/2012, p. 101)

Impende salientar que, nos termos do proposto, há a unificação das figuras do homicídio culposo e do homicídio culposo na direção de veículo automotor. Assim, a lógica da especialização da norma com o conseqüente aumento da pena cominada é rompida, passando tais delitos a serem tratados da mesma maneira.

De outro lado, como se vê, a culpa gravíssima, no projeto de novo Código Penal, a exemplo do que já ocorre no Código de Trânsito, é tida como circunstância qualificadora do delito na forma culposa (homicídio culposo e lesão corporal culposa). Assim, para o homicídio culposo na forma simples (o projeto deixa de fazer distinção se o delito se dá no trânsito ou não), se propõe a pena de privação da liberdade pela prisão, de dois a seis anos, mas uma vez sendo constatada a culpa gravíssima, passará a ser de quatro a oito anos. No mesmo sentido, o crime de lesão corporal culposa, que, pelo projeto, terá apenamento de dois meses a um ano ou multa, sendo aplicada a qualificadora da culpa gravíssima, será punido com prisão de um a dois anos, não havendo, nesse caso, possibilidade de aplicação isolada de pena de multa como pena principal.

Assim, o crime de homicídio no projeto ficou com a seguinte redação:

Art. 121. Matar alguém: Pena – prisão, de oito a vinte anos. [...] **Modalidade culposa** §4º Se o homicídio é culposo: Pena – prisão, de dois a seis anos. **Culpa gravíssima** §5º Se as circunstâncias do fato demonstrarem que o crime não foi doloso, mas que o agente agiu com excepcional temeridade, a pena será de quatro a oito anos de prisão. (Projeto de lei do senado nº 236/2012, p. 344, grifos no original)

A ideia de unificação da figura delitiva é elogiável, eis que milita em favor da isonomia e da proporcionalidade, igualando situações que, em sua essência, são realmente iguais.

3.3 O dolo eventual e a culpa consciente nos delitos de trânsito e o papel do Direito Penal como instrumento de contenção dos riscos: considerações críticas

Hoje, no Brasil, o trânsito mata mais que a guerra entre Palestina e Israel (JOSÉ, 2014). Somente no ano de 2013, conforme apontado no site do DATASUS, acidentes de transporte foram responsáveis por 43.452 óbitos no país.

Diante dessa realidade, não se deve negar a importância de políticas que visem evitar acidentes, reduzindo a violência no trânsito. O conceito de violência se liga à ideia de utilização desproporcional da força. Situações como o excesso de velocidade, que são cotidianas no trânsito, passam a ser consideradas violentas e, por isso, acabam sendo considerados fatores de risco e, numa tentativa de evitá-las, acabam sendo tipificados como delitos.

Já faz muito que o Direito Penal deixou de exercer papel de *ultima ratio* na contenção social para nela ser protagonista. Usado como programa político, o crescimento da repressão estatal se mostra, muitas vezes, desproporcional e preocupado com condutas mínimas, que seriam facilmente eliminadas ou diminuídas se tratadas em outras esferas do Direito.

O crescimento do Direito Penal vem diretamente ligado ao surgimento da Sociedade de Risco e de um Direito Penal do Risco. Característica deste modelo de Direito é a busca por antecipar a penalização para evitar o resultado delitivo.

Surgem, assim, os delitos de perigo abstrato. Conforme amplamente debatido no presente estudo, tais delitos não visam a proteção de um bem jurídico em si, mas sim a repressão a condutas potencialmente lesivas, numa perspectiva preventiva.

A par disso, surge, como instrumento puramente de política criminal a aplicação da lei a título de dolo eventual em situações em que o agente tenha agido sem prever o resultado, mas ultrapassando largamente os limites do risco permitido delineado por Jakobs (2009). Os delitos de trânsito são terreno fértil para a aplicação do instituto do dolo eventual, eis que amplamente divulgados os cuidados que motoristas devem ter ao conduzir seus veículos e, muitas vezes, a gravidade da conduta combinada à do resultado acaba dando a impressão (forçada) de que o agente não só previu o resultado (acidente) quanto com ele se conformou, assumindo para si o risco de produzi-lo.

Os Tribunais têm deixado que se processe e julgue tais delitos nessa maneira, remetendo ao júri a definição acerca do elemento volitivo do agente, por considerá-la ponto de prova a ser analisado no momento do julgamento. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça entende que “o deslinde da controvérsia sobre o elemento subjetivo do crime, se o acusado atuou com dolo eventual ou culpa consciente, é de competência do Tribunal do Júri” (BRASIL, 2014).

O júri, como se sabe, se guia, não raras vezes, por sentimentalismos e provas não técnicas, sendo que, assim, corre-se o constante risco de que a sentença não seja a mais justa, mas sim a opção que melhor se adequa à comoção criada. Em razão da linha que separa o dolo eventual da culpa consciente ser extremamente tênue, geralmente qualquer decisão poderá ser superficialmente justificada.

Diante de tal realidade o poder judiciário acaba por assumir a responsabilidade pela tentativa de redução de acidentes fatais, aplicando diretamente a política criminal de cunho punitivo voltada à redução de tais delitos. O ativismo judicial pulsa com toda força neste campo.

A política criminal deve ser vista como fonte de estudo da

questão de como se deve proceder contra as pessoas que infringem as regras básicas de convivência social danificando ou pondo em perigo os indivíduos ou a sociedade. Questões como “Por que reagir?” (formalmente ou não), “Como reagir?” e “Quando reagir?” contra quem cometeu uma conduta desviada são respondidas dentro do âmbito da política criminal, que é o lugar adequado para se discutir a eventual legitimidade ou ilegitimidade da intervenção penal e de seus limites (HAUSER, 2015, p. 8)

Não se pretende negar o papel de destaque que deve ser dado ao Direito Penal, muito menos tentar aboli-lo. Acontece que o Direito Penal, por influir diretamente na liberdade dos indivíduos, deve ser tido como último recurso na contenção social, algo para ser usado quando nada mais der certo.

Por mais que a lesão nos casos de homicídio culposo no trânsito se dê ao bem jurídico que merece maior proteção, a vida humana, deve se levar em conta que não é apenas com repressão e punição que se fará reduzir o quantitativo deste delito.

Com efeito, o processo de recrudescimento demasiado da esfera penal do Estado não tem mostrado efeitos concretos e, desacompanhada de providências que combatam a violência no trânsito de forma geral, não promove a redução de riscos, mas apenas a punição dos resultados mais graves e de um ou outro condutor parado em alguma blitz, fragilizando garantias próprias ao direito penal como a lesividade e a proporcionalidade. A violência e os riscos devem ser vistos como algo a ser combatido pela prevenção geral, como um todo.

Para tanto, medidas efetivas devem ser tomadas, principalmente na órbita administrativa, que vai desde a garantia de efetiva condição de trafegabilidade das estradas até a fiscalização das condições tanto do veículo quanto do condutor ao guiar.

A criação de novos delitos deve sempre se pautar pelo princípio da proporcionalidade. A penalização da conduta deve ser necessária e adequada para o fim que dela se espera. Assim, se reforça a ideia de a pena não pode ser pior que o mal que se quer evitar com a penalização da conduta.

Neste sentido, conforme Hauser (2015)

O Direito Penal utiliza-se da pena como instrumento de atuação. Ao incriminar determinadas condutas ele impõe limites aos indivíduos uma vez que determina a não realização de determinados comportamentos sob ameaça da imposição da pena. Ao aplicar a pena, o sistema penal, impõe ao violador da norma penal um mal, que consiste na supressão de algum Direito. Isso significa que o Direito Penal é invasivo, pois limita, em todos os momentos do dinamismo penal, a liberdade das pessoas. Visto nesta perspectiva, o Direito Penal representa um ônus para o indivíduo e também para a sociedade e este ônus só estará justificado pelas possíveis vantagens que a intervenção punitiva trazer para a sociedade. Assim, se faz necessária uma relação de proporcionalidade entre o ônus da pena e o benefício de sua imposição no sentido de que o custo seja sempre menor do que a vantagem alcançada pela imposição da pena. Referindo-se ao princípio da proporcionalidade BARATTA (1997) observa que a pena é uma forma de violência institucional que só estará justificada quando seus custos sociais forem menores do que as vantagens alcançadas pela sua imposição. Decorre daí a necessidade de estabelecer-se uma relação de proporcionalidade entre o delito praticado e a pena a ele prevista ou aplicada, no sentido de que o mal da pena não supere o mal do crime.

Extraí-se, do Projeto de Lei nº 236, de 2012, que a ideia de unificação das normas penais em um único sistema busca a aplicação de sanções condizentes com o grau de proteção a que os diversos bem jurídicos devem estar submetidos, bem como a proporcionalidade na aplicação da norma penal em casos em que a conduta seja a mesma, com o mesmo resultado, porém em contextos diferentes, como é atualmente em relação aos delitos existentes tanto no Código Penal quanto no Código de Trânsito, em que, devido ao princípio da especialidade, resolve-se o conflito aparente de normas aplicando a em que a penalização é maior.

Assim, pode-se dizer que o que está proposto e atualmente em discussão no Senado Federal, no tocante à instituição do novo Código Penal, está alinhado com os anseios garantistas e racionais do Direito Penal.

CONCLUSÃO

A globalização e o desenvolvimento de novas tecnologias aumentaram não somente os riscos sociais, econômicos e ambientais, mas também a percepção deles, o que tem reforçado o anseio social por respostas céleres aptas a enfrentar os novos perigos e a reduzir o sentimento de insegurança que hoje se propaga. Deste modo, diante de comportamentos considerados perigosos, o Direito Penal tem sido chamado a intervir, antecipando as barreiras da punição e assumindo um caráter preventivo. Em muitas áreas do Direito Penal, mas particularmente no trânsito, a penalização se adianta ao próprio resultado, criando assim crimes de perigo abstrato, onde o risco é presumido.

Assim, a sociedade se projeta para a contenção do risco, desaguando também no aumento exponencial da repressão estatal. Neste processo, muitos direitos são deixados de lado em nome de uma máxima efetividade, que muitas vezes não são mais que uma ideia de segurança que tem apenas efeito simbólico, um efeito paliativo.

A comoção social pelo expressivo número de acidentes de trânsito, muitas vezes guiada pela mídia sensacionalista, acaba por criar uma espécie de cultura do medo. Assim, a massa clama pelo aumento da repressão como se isto, por si só, fosse acabar com a violência.

Neste contexto, a constante exigência de que o Direito Penal englobe cada vez mais condutas, o faz ficar cada vez mais hipertrofiado. Neste diapasão, não é de se admirar a expansão do Direito Penal também na contenção da violência no trânsito, que diariamente deixa inúmeros feridos e mortos nas estradas brasileiras.

De outro lado, esta expansão acaba por criar figuras jurídicas totalmente novas, em detrimento de princípios e garantias penais clássicas como a lesividade e a proporcionalidade que devem pautar a atuação do Estado. A preocupação do legislador em resguardar os direitos do cidadão não é grande, fazendo com que se tente encurtar barreiras visando a aplicação da norma criada, sem maior preocupação se ela será realmente efetiva para o alcance do fim a que se propõe.

A maior parte alterações legislativas relativas ao trânsito, como este estudo se preocupou em demonstrar, foram produzidas no intuito de aumentar a penalização de condutas e de responder simbolicamente a sociedade que, insegura e amedrontada, legitima a expansão punitiva. Em contrapartida, dificilmente se veem políticas públicas não penais formadas a partir de estudos concretos visando a redução efetiva desta forma de violência.

Foi com o intuito de resolver tais questões prioritariamente por meio da punição que se criou dentro do Código de Trânsito uma parte penal, específica e com penas mais altas que as previstas no Código Penal. Assim, os delitos de homicídio culposo e lesão corporal culposa, quando ocorridos na direção de veículo automotor, passaram a ter penas mais elevadas, tanto na forma simples quanto quando ocorrida alguma das causas de aumento de pena contidas no Código de Trânsito.

A par disso, o Poder Judiciário utiliza critérios de política criminal na aplicação da lei penal, muitas vezes distorcendo o que diz a lei no intuito de aumentar a punição em casos de homicídio ocorrido no trânsito. Diante da ideia de que a pena aplicada ao delito de homicídio culposo no trânsito é muito branda, criam-se parâmetros para afirmar que a conduta do agente, embora não voltada ao resultado delituoso, pelo grau de temeridade, passa a ser dolosa

Muitas vezes a penalização de delitos de trânsito a título de dolo eventual não passa de manobra jurídica visando acalmar os ânimos da sociedade que, amedrontada e acuada pelas diversas formas de violência cotidianamente retratadas pela mídia, propugna por um maior rigor punitivo. Neste processo quando, ao

denunciar, o Ministério Público considera que a conduta do agente não foi culposa e sim dolosa, cria-se a possibilidade do crime de homicídio cometido na direção de veículo automotor ser julgado pelo conselho de sentença no Tribunal do Júri, o que facilita, em muitos casos, o reconhecimento do dolo, e o sancionamento de acordo com as regras mais rigorosas do Código Penal.

Assim, muitas vezes uma conduta que, em sua essência, deve ser considerada culposa, acaba sendo punida a título de dolo eventual, o que conduz a uma penalização significativamente mais rigorosa.

É de se ressaltar, ainda, que, a partir da vigência da Lei nº 12.971, em 2014, cria-se uma espécie qualificada de homicídio culposo na direção de veículo automotor nos casos em que o agente dirige embriagado ou participa de competição automobilística não autorizada, o que, segundo decisões recentes na jurisprudência gaúcha, praticamente inviabiliza o reconhecimento do dolo eventual nos delitos de homicídio de trânsito. Em que pese as críticas a redação, que limitou-se a substituir a detenção pela de reclusão, sem alterar os limites mínimo e máximo de pena cominados, a medida deve ser elogiada, por ser mais racional., uma vez que reconhece como culposa, ainda que numa modalidade mais grave, a conduta de quem dá causa a morte no trânsito por estar embriagado.

De outro lado, na esfera preventiva do resultado fatal, estão os delitos de perigo abstrato, em que o risco é presumido. Nestes, o Direito se antecipa ao próprio resultado danoso e pune a mera conduta. Tal ocorre no delito de embriaguez ao volante.

Logo que o Código de Trânsito foi criado, para a configuração de tal delito era necessária a efetiva exposição de um sujeito passivo determinado ao perigo criado pela conduta, ou então a comprovação de que a conduta era realmente lesiva em potencial. As diversas alterações legislativas no tocante a este delito acabaram por criar um novo bem jurídico a ser protegido, a incolumidade pública, ficção jurídica criada para se afirmar que sempre que o condutor estiver sob o efeito de álcool o crime estará consumado, mesmo que a direção não seja perigosa e que não haja risco efetivo de lesão.

Ao contrário do esperado, o aumento da repressão não gerou os resultados efetivos esperados, pois, como citado anteriormente, o número de acidentes de trânsito é cada vez maior no país. O legislador talvez agora esteja se dando conta de que apenas o aumento do rigor punitivo sem investimentos em educação para o trânsito, obras de engenharia e efetiva fiscalização, é algo inócuo frente a realidade que se desenha.

No Projeto de Lei do Senado nº 236/2012, tem-se a criação da figura da culpa gravíssima como modalidade qualificada do homicídio culposo. Outrossim, há a unificação do delito, contrastando com a lógica atualmente vigente, que tem penas diferentes a depender do contextos e do estatuto repressivo utilizado.

Tais mudanças, se aprovadas, virão ao encontro de uma ideia que se propõe como mais efetiva e justa na contenção da violência no trânsito. Assim, serão respondidos tanto anseios sociais pela penalização com mais rigor nos casos de homicídio culposo, quanto atendido o princípio da proporcionalidade, que deve ser usado como balança para definir a real necessidade da criação da norma penal incriminadora.

É demanda do princípio da proporcionalidade que a medida imposta seja adequada e necessária. Não obstante, também no trânsito o Direito Penal deve guardar o papel de *ultima ratio*. Assim, reducionismos devem ser evitados e as políticas criminais devem ser efetivamente debatidas de forma racional, inclusive no que concerne à contenção da violência no trânsito.

Portanto, ao contrário do que tem ocorrido, no Direito brasileiro ultimamente, a esfera penal do Estado deve ser guardada apenas para casos em que esta se fizer efetivamente necessária e na medida em que esta for adequada ao fim que se propõe.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: Rumo a outra modernidade. Traduzido por Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: Parte geral. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, v. 1.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o código penal.

_____. **Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941**. Lei das Contravenções Penais.

_____. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.

_____. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro.

_____. **Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008**. Altera a Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997, que 'institui o Código de Trânsito Brasileiro', e a Lei no 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, para inibir o consumo de bebida alcoólica por condutor de veículo automotor, e dá outras providências.

_____. **Lei nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012**. Altera a Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro.

_____. **Projeto de lei do senado nº 236, de 2012**. Institui o Código Penal.

_____. **Lei- no 12.974, de 9 de maio de 2014.** Altera os arts. 173, 174, 175, 191, 202, 203, 292, 302, 303, 306 e 308 da Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro, para dispor sobre sanções administrativas e crimes de trânsito.

BRASIL. **Anteprojeto de código penal.** Institui o Código Penal.

_____. **Recurso Especial nº 1.224.263,** Superior Tribunal de Justiça, Relator: Min. Jorge Mussi, Julgado em 12/04/2011.

_____. **Recurso Especial nº 1.111.566-DF,** Superior Tribunal de Justiça, Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, Julgado em 28/03/2012.

_____. **Recurso Especial nº 1.401.083-SC,** Superior Tribunal de Justiça, Relator: Min. Moura Ribeiro, Julgado em 27/03/2014.

_____. **Recurso em Habeas Corpus nº 59.348-MG,** Superior Tribunal de Justiça, Relator: Min. Felix Fischer, Julgado em 18/08/2015.

CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). **Direito Penal e funcionalismo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial.** 6.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, v. 4.

DATASUS. Disponível em <<http://www2.datasus.gov.br/DATASUS/index.php>>. Acesso: 02 nov. 2015.

DORNELLES, João Ricardo W., **Conflito e segurança: entre pombos e falcões.** 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FRANCO, Alberto Silva. Novas tendências do direito penal. **Boletim IBCCRIM.** São Paulo, v.5, n.56 esp., p. 2, jul. 1997.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GARCIA, Rogério Maia. A sociedade do risco e a (in)eficiência do direito penal na era da globalização. **Revista de Estudos Criminais**, v. 05, n. 17, p. 77-104, jan./mar. 2005.

GOMES, Luiz Flávio. **Nova lei seca não será eficaz sem severa fiscalização**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-26/luiz-flavio-gomes-lei-seca-nao-eficaz-severa-fiscalizacao>>. Acesso: 15 out. 2015.

HAUSER, Ester Eliana. **Teoria da Pena**: Texto para acompanhamento das aulas de D. Penal II. Ijuí: UNIJUÍ, 2015.

HONORATO, Cássio Mattos. Crimes de Trânsito: análise crítica da doutrina e da jurisprudência. **Revista dos Tribunais**, Porto Alegre, v. 859/2007, p. 457-484, maio, 2007.

ISHIDA, Válter Kenji. **O direito penal moderno brasileiro e sua relação com a modernização da administração pública (Poder Judiciário)** – um estudo da nova redação do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro e sua harmonização com princípios constitucionais. Belo Horizonte, 2013. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/PDIprintcntd.aspx?pdiCntd=96895&idPublicacao=16>>. Acesso: 30 set. 2015.

JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. Traduzido por André Luís Callegari. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

JOSÉ, Victor. **Trânsito brasileiro mata mais que guerra entre Palestina e Israel**. Disponível em: <<http://www.transportabrasil.com.br/2014/09/transito-brasileiro-mata-mais-que-guerra-entre-palestina-e-israel/>>. Acesso: 15 out. 2015.

JESUS, Damásio E. **Crime de trânsito**: anotações à parte criminal do código de trânsito (lei n. 9.503, de setembro de 1997). 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula; Giacomo, Roberta Catarina. Novas teses dogmáticas jurídico-penais para a proteção do bem jurídico ecológico na sociedade do risco. **Revista liberdades**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 02, p. 39-55, set./dez. 2009.

MELIÁ, Manuel Cancio. O estado atual da política criminal e a ciência do direito penal. In: Callegari, André Luís. Giacomolli, Nereu José. (org.). **Direito penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MORAES, Márcia Elayne Berbich de. Um direito penal do risco para uma sociedade de risco? (uma discussão dentro da perspectiva penal ambiental). **Revista de estudos criminais**, Porto Alegre, v. 2, n. 09, p. 102-119, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, v. 2.

NUNES, Carolina Porto. **Sociedade do risco e moderno direito penal**: tendências da política criminal no Brasil após a Constituição de 1988. Disponível em: <<http://periodicos.uesb.br/index.php/cadernosdeciencias/article/viewFile/862/869>> Acesso: 20 out. 2015.

PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal de risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 47, p. 31-45, mar./abr. 2004.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal**. 10. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2014, v. 1.

RIO GRANDE DO SUL. **Recurso em Sentido Estrito nº 70051711372**, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 20/03/2013.

RIO GRANDE DO SUL. **Recurso em Sentido Estrito nº 70058924341**, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relator: Diógenes V. Hassan Ribeiro, Julgado em 11/06/2015.

RIO GRANDE DO SUL. **Recurso em Sentido Estrito nº 70065226748**, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes, Julgado em 06/08/2015.

ROMERO, Diego. Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato. **Revista IOB de direito penal e processual penal**, São Paulo, v. 07, n. 39, p. 43-62, ago./set. 2006.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal.** Traduzido por André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SANNINI NETO, Francisco; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. **Lei Federal nº 12.971/2014:** mudanças e “barbeiragens” legislativas nos crimes de trânsito. São Paulo: 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28611/lei-federal-n-12-971-2014-mudancas-e-barbeiragens-legislativas-nos-crimes-de-transito>>. Acesso: 10 jun. 2015.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Dolo eventual e culpa consciente. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 10, n. 38, p. 142-153, abr./jun. 2002.

SILVA, Enio Waldir. **Sociologia jurídica.** Ijuí: Editora Unijuí, 2012.

SOUSA, Susana Aires. Sociedade do risco: requiem pelo bem jurídico?. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 86, p. 231-246, set./out. 2010.

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2013:** acidentes de trânsito e motocicletas, Rio de Janeiro: 2013. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2013/mapa2013_transito.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2015.