

Fernando Fukassawa



CRIMES DE TRÂNSITO

(Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, alterada
até a Lei nº 12.971, de 09 de maio de 2014)

3ª Edição



Diretoria da Associação Paulista do Ministério Público

Biênio 2015-2016

Presidente

Felipe Locke Cavalcanti

1º Vice Presidente

Márcio Sérgio Christino

2º Vice Presidente

Gabriel Bittencourt Perez

1º Secretário

Paulo Penteado Teixeira Junior

2º Secretário

Tiago de Toledo Rodrigues

1º Tesoureiro

Marcelo Rovere

2º Tesoureiro

Francisco Antonio Gnipper Cirillo

Relações Públicas

Paula Castanheira Lamenza

Patrimônio

Fabiola Moran Faloppa

Aposentados e Pensionistas

Cyrdemia da Gama Botto

Prerrogativas Institucionais

Salmo Mohmari dos Santos Júnior

CONSELHO FISCAL

Titulares

Antonio Bandeira Neto

Enilson David Komono

Luiz Marcelo Negrini de Oliveira Mattos

Suplentes

José Márcio Rossetto Leite

Pedro Eduardo de Camargo Elias

Valéria Maiolini

DEPARTAMENTOS

Assessores da Presidência

Antonio Luiz Benedan

Antonio Visconti

Arthur Cogan

Herberto Magalhães da Silveira Júnior

Hermano Roberto Santamaría

Irineu Roberto da Costa Lopes

João Benedito de Azevedo Marques

José Eduardo Diniz Rosa

José Geraldo Brito Filomeno

José Maria de Mello Freire

José Ricardo Peirão Rodrigues

Marino Pazzaglino Filho

Munir Cury

Nair Ciochetti de Souza

Newton Alves de Oliveira

Reginaldo Christoforo Mazzafera

Apoio aos Substitutos

Eduardo Luiz Michelan Campana

Neudival Mascarenhas Filho

Norberto Jóia

Renato Kim Barbosa

Apoio à 2ª Instância

Paulo Juricic

Renato Eugênio de Freitas Peres

Aposentados

Ana Martha Smith Corrêa Orlando

Antonio de Oliveira Fernandes

Antonio Sérgio C. de Camargo Aranha

Carlos João Eduardo Senger

Carlos Renato de Oliveira

Edi Cabrera Rodero

Edivon Teixeira

Edson Ramachoti Ferreira Carvalho

Francisco Mario Viotti Bernardes

Irineu Teixeira de Alcântara

João Alves

José Benedito Tarifa

José de Oliveira

Maria Célia Loures Macuco

Reginaldo Christoforo Mazzafera

Orestes Blasi Júnior

Oswaldo Hamilton Tavares

Paulo Norberto Arruda de Paula

Ulisses Butura Simões

APMP - Mulher

Maria Gabriela Prado Manssur

Daniela Hashimoto

Fabiana Dalmas Rocha Paes

Celeste Leite dos Santos

Fabiola Sucasas Negrão Covas

Jaqueline Mara Lorenzetti Martinelli

Compliance

Marco Antonio Ferreira Lima

Convênios

Célio Silva Castro Sobrinho

Condições de Trabalho

Cristina Helena Oliveira Figueiredo

Tatiana Viggiani Bicudo

Coordenador do Ceal

João Cláudio Couceiro

Secretário do Ceal

Arthur Migliari Júnior

Cultural

André Pascoal da Silva

Gilberto Gomes Peixoto

José Luiz Bednarski

Paula Trindade da Fonseca

Esportes

João Antônio dos Santos Rodrigues

Karyna Mori

Luciano Gomes de Queiroz Coutinho

Rafael Abujamra

Estudos Institucionais

Anna Trotta Yaryd

Claudia Ferreira Mac Dowell

Jorge Alberto de Oliveira Marum

Rafael Corrêa de Moraes Aguiar

Eventos

Paula Castanheira Lamenza

Gestão Ambiental

Barbara Valéria Cury e Cury

Luiz Paulo Sirvinskas

Informática

João Eduardo Gesualdi Xavier de Freitas

Paulo Marco Ferreira Lima

Jurisprudência Cível

Alberto Camina Moreira

José Bazilio Marçal Neto

Otávio Joaquim Rodrigues Filho

Renata Helena Petri Gobbet

Jurisprudência Criminal

Alfredo Mainardi Neto

Antonio Nobre Folgado

Fabio Rodrigues Goulart

Fernando Augusto de Mello

Goiaci Leandro de Azevedo Júnior

João Eduardo Soave

Luiz Cláudio Pastina

Ricardo Brites de Figueiredo

Roberto Tardelli

Legislação

Daniela Merino Alhadef

Leonardo D'Angelo Vargas Pereira

Milton Theodoro Guimarães Filho

Rogério José Filocomo Júnior

Médico

Luiz Roberto Cicogna Faggioni

Ouvidor da APMP

Paulo Roberto Salvini

Patrimônio

João Carlos Calsavara
Paulo Antonio Ludke de Oliveira
Sérgio Clementino
Wânia Roberta Gnipper Cirillo Reis

Prerrogativas Financeiras

André Perche Lucke
Daniel Leme de Arruda
João Valente Filho

Prerrogativas Funcionais

Carlos Alberto Carmello Júnior
Cássio Roberto Conserino
Geraldo Rangel de França Neto
Helena Cecília Diniz Teixeira C. Tonelli
Sílvia Reiko Kawamoto

Previdência

Deborah Pierri
Maria da Glória Villaça B. G. de Almeida

Publicações

Aluísio Antonio Maciel Neto
José Carlos de Oliveira Sampaio
José Fernando Cecchi Júnior
Rolando Maria da Luz

Relações com Fundo de Emergência

Gilberto Nonaka
Roberto Elias Costa

Relações Interinstitucionais

Ana Laura Bandeira Lins Lunardelli
Cristiane Melillo D.M. dos Santos
Soraia Bicudo Simoes Munhoz

Relações Públicas

Estéfano Kvastek Kummer
José Carlos Guillem Blat
Rodrigo Canellas Dias

Segurança

Gabriel César Zaccaria de Inellas
José Romão de Siqueira Neto
Walter Rangel de Franca Filho

Turismo

Mariani Atchabahian
Romeu Galiano Zanelli Júnior

DIRETORES REGIONAIS (TITULARES E ADJUNTOS)

Araçatuba

José Fernando da Cunha Pinheiro
Reinaldo Ruy Ferraz Penteadó

Bauru

Júlio César Rocha Palhares
Vanderley Peres Moreira

Campinas

Leonardo Liberatti
Ricardo José Gasques de A. Silveiras

Franca

Joaquim Rodrigues de Rezende Neto
Carlos Henrique Gasparoto

Guarulhos

Omar Mazloum
Rodrigo Merli Antunes

Piracicaba

Fábio Salem Carvalho
João Francisco de Sampaio Moreira

Presidente Prudente

Valdemir Ferreira Pavarina
Braz Dorival Costa

Ribeirão Preto

Cyrilo Luciano Gomes Júnior
Manoel José Berça

Santos

Sandro Erhelredo Ricciotti Barbosa
Roberto Mendes de Freitas Júnior

São José do Rio Preto

Carlos Gilberto Menezello Romani
Ary César Hernandez

Sorocaba

José Júlio Lozano Júnior
Patrícia Augusta de Chechi Franco Pinto

Taubaté

Manoel Sérgio da Rocha Monteiro
Luis Fernando Scavone de Macedo

CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO (TITULARES E SUPLENTEs)

ABC

Fernanda Martins Fontes Rossi
Adolfo César de Castro e Assis

Araçatuba

Sérgio Ricardo Martos Evangelista
Nelson Lapa

Araraquara

José Carlos Monteiro
Sérgio Medici

Baixada Santista

Maria Pia Woelz Prandini
Alessandro Bruscki

Bauru

João Henrique Ferreira
Ricardo Prado Pires de Campos

Bragança

Bruno Márcio de Azevedo
Carmen Natalia Alves Tanikawa

Campinas

Carlos Eduardo Ayres de Farias
Fernanda Elias de Carvalho

Franca

Christiano Augusto Corrales de Andrade
Alex Facciolo Pires

Guarulhos/Mogi das Cruzes

Carlos Eduardo da Silva Anapurus
Renato Kim Barbosa

Itapetininga

José Roberto de Paula Barreira
Célio Silva Castro Sobrinho

Jundiaí

Mauro Vaz de Lima
Fernando Vernice dos Anjos

Litoral Norte

Luiz Fernando Guedes Ambrogi
Darly Vigano

Marília

Jess Paul Taves Pires
Luiz Fernando Garcia

Osasco

Fábio Luis Machado Garcez
Wellington Luiz Daher

Ourinhos/Botucatu

Renata Gonçalves Catalano
Luiz Paulo Santos Aoki

Piracicaba

Sandra Regina Ferreira da Costa
José Antonio Remédios

Presidente Prudente

Fernando Galindo Ortega
André Luiz Felício

Ribeirão Preto

José Ademir Campos Borges
Daniela Domingues Hristov

Santos

Daury de Paula Júnior
Daniel Gustavo Costa Martori

São Carlos

Neiva Paula Paccola Carnielli Pereira
Denilson de Souza Freitas

São José do Rio Preto

Wellington Luiz Villar
Júlio Antonio Sobottka Fernandes

Sorocaba

Rita de Cássia Moraes Scaranci Fernandes
Gustavo dos Reis Gazzola

Taubaté

José Benedito Moreira
Daniela Rangel Cunha Amadei

Vale do Ribeira/ Litoral Sul

Guilherme Silveira de Portela Fernandes
Luciana Marques Figueira Portella

São João da Boa Vista

Donisete Tavares Moraes Oliveira
Sérgio Carlos Garutti

Tribunal de Contas

Leticia Formoso Delsin Matuck Feres
Rafael Neubern Demarchi Costa

Fernando Fukassawa

CRIMES DE TRÂNSITO

3ª EDIÇÃO



2015

Ficha Catalográfica

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Fukassawa, Fernando

Crimes de trânsito (Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997, alterada até a Lei n° 12.971, de 09 de maio de 2014) / Fernando Fukassawa. -- 3. ed. -- São Paulo : APMP - Associação Paulista do Ministério Público, 2015.

1. Crime de trânsito - Brasil 2. Crime de trânsito - Leis e legislação - Brasil 3. Trânsito - Leis e legislação - Brasil I. Título.

14-13185

CDU-343.346.5(81)(094)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Crimes de trânsito : Leis : Direito penal 343.346.5(81)(094)
2. Leis : Crimes de trânsito : Brasil : Direito penal 343.346.5(81)(094)

ISBN: 978-85-86013-51-5

Diagramado pelo
Departamento de Publicações da
Associação Paulista do Ministério Público
Rua Riachuelo, 115 - 11º andar - Centro
Tel.: (11) 3188-6464 - São Paulo -SP
e-mail: publica@apmp.com.br

Sumário

(Crimes de trânsito – lei nº 9.503/1997,
alterada até a lei nº 12.971, de 09 de maio de 2014)

Apresentação.....	11
Prefácio.....	15
Dedicatória.....	19
Breve Introdução.....	21

CAPÍTULO I - Da aplicação da lei

1. A lei e sua vigência.....	23
2. Disposições Gerais.....	24
3. Juizado Especial Criminal.....	25
4. Juizado Especial Criminal Federal e o descompasso das leis.....	26
5. Competência do Juizado Especial Criminal.....	31
6. Lei do Juizado Especial Criminal e o crime de lesão corporal culposa.....	33
7. Transação penal nos crimes de trânsito.....	36
8. Transação penal e os casos de embriaguez ao volante, racha e velocidade extraordinária.....	40
9. Conexão e continência em crimes de trânsito.....	42
10. Suspensão condicional do processo.....	50

CAPÍTULO II - Penas

1. Reclusão.....	57
2. Detenção.....	58

3. Suspensão ou proibição de se obter permissão ou habilitação.....	58
4. Multa.....	62
5. Multa reparatória.....	62
6. Circunstâncias agravantes.....	75
7. Perdão judicial nos crimes culposos de homicídio e lesão corporal.....	85
7.1 Perdão judicial e outros crimes de trânsito.....	89
8. Prisão em flagrante e fiança.....	90

CAPÍTULO III - Dano potencial e perigo de dano nos crimes de trânsito

1. Crimes de dano e crimes de perigo.....	95
2. Perigo abstrato e perigo concreto.....	96
3. Diferenças entre perigo abstrato e perigo concreto.....	97
4. Dano potencial e perigo de dano.....	98
5. Os crimes são de perigo abstrato.....	100
6. Possível ofensa ao princípio do nullum crimen sine injuria.....	104

CAPÍTULO IV - Crime culposo

1. Tipo penal culposo.....	111
2. O crime culposo.....	112
3. Fundamento de punição do crime culposo.....	115
4. Culpa e teoria finalista.....	116
5. Elementos do crime culposo.....	118
6. Modalidades de culpa.....	127
7. Culpa inconsciente e culpa consciente.....	128
8. Graus de culpa.....	129

9. Compensação e concorrência de culpas.....	130
10. Excepcionalidade do crime culposo.....	131
11. Reparação do dano.....	131
12. Exclusão de ilicitude	132
13. Concurso de pessoas no crime culposo.....	134

CAPÍTULO V - Crime doloso

1. Tipo penal doloso.....	139
2. O dolo no Código Penal Brasileiro.....	141
3. Elemento cognoscitivo ou intelectual.....	141
4. Elemento conativo ou volitivo.....	142
5. Atualidade do dolo.....	143
6. Dolo normativo e dolo natural.....	144
7. Espécies de dolo.....	144
a. dolo direto.....	145
b. dolo indireto.....	145
b.1.dolo alternativo.....	146
b.2.dolo eventual.....	147
8. Distinção entre dolo eventual e culpa consciente.....	148
9. Dolo eventual e culpa consciente nos crimes de trânsito.....	149
10. O dolo eventual: questões quanto à tentativa e às qualificadoras do homicídio.....	161
10.1 A tentativa.....	162
10.2 As qualificadoras do homicídio.....	166
11. O crime preterintencional e o crime hiperculposos.....	168

12. Dolo de dano e dolo de perigo.....	173
13. Dolo genérico e dolo específico.....	174

CAPÍTULO VI - Caso fortuito e força maior

Caso fortuito e força maior.....	175
----------------------------------	-----

CAPÍTULO VII - Concursos aparente de normas e Concurso de crimes

1. Concurso aparente de normas.....	181
1.1. princípio da especialidade.....	182
1.2. princípio da subsidiariedade.....	183
1.3. princípio da consunção.....	184
2. Concurso de crimes.....	184
2.1. o concurso material.....	185
2.2. o concurso formal.....	185
2.3. o crime continuado.....	185

CAPÍTULO VIII - Crimes em espécie

1. Homicídio culposo.....	190
2. Lesão corporal culposa.....	190
- Homicídio culposo qualificado.....	205
- Causas de aumento de pena.....	209
- Lesão corporal culposa levíssima e princípio da insignificância.....	216
- Possível violação ao princípio da proporcionalidade das penas.....	219
3. Omissão de socorro.....	230
4. Afastamento ou fuga do local do acidente.....	251

- A suposta inconstitucionalidade do tipo legal de crime.....	256
5. Embriaguez ao volante.....	267
6. Violação de suspensão ou proibição de se obter permissão ou carteira nacional de habilitação.....	284
7. Deixar de entregar permissão ou habilitação.....	287
8. Participação em corrida, disputa ou competição automobilística.....	290
- “Racha” qualificada.....	295
- “Racha” com resultado morte <i>versus</i> Homicídio Culposo qualificado pelo “racha”.....	299
9. Dirigir sem permissão ou habilitação.....	308
10. Permitir, confiar ou entregar veículo automotor.....	323
11. Trafegar em velocidade incompatível.....	329
12. Inovação artificiosa de estado de lugar, coisa ou pessoa.....	333

Apêndices

Excertos da lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, alterada até a lei nº 12.971, de 9 de maio de 2014.....	339
Bibliografia.....	347

Apresentação

Atualização oportuna para um debate permanente

Ao publicar a presente edição da obra “Crimes de Trânsito”, do brilhante colega Fernando Fukassawa, a Associação Paulista do Ministério Público dá sua contribuição para atualizar um debate que deve ser permanente na sociedade brasileira. A educação no (e para o) trânsito, a responsabilidade dos condutores de veículos e o combate à impunidade nos crimes praticados ao volante é, decisivamente, uma das pautas mais urgentes no Brasil.

Como bem observa o autor, na introdução deste livro, “o país ocupa o primeiro lugar no planeta, em taxa de mortes no trânsito”. E detalha: “60.752 pessoas morreram em 2012, um aumento de 4% em relação a 2011, e 352.495 ficaram com invalidez permanente”. Nada mais eloquente do que esses números e percentuais para expor o quadro de gravidade extrema que enfrentamos. Uma situação que pode se agravar ainda mais nos próximos anos. Uma verdadeira “guerra”, com quantidade impressionante de mortos e feridos. E milhares de famílias sofrendo não apenas com perdas e danos, mas principalmente com os casos impunes.

Por esse motivo, é mais do que oportuna a publicação do trabalho de Fernando Fukassawa. Ainda mais porque, no último mês de maio, a Lei nº 12.971/14 alterou 11 artigos do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997), para dispor sobre sanções administrativas e crimes de trânsito. Como foi convencionado que a lei entraria em vigor no 1º dia do 6º mês após a sua publicação (ocorrida em 9 de maio de 2014), a vigência teve início recentíssimo, em novembro passado. O que comprova a atualidade do livro.

Em “Crimes de Trânsito”, o autor detalha todos os aspectos jurídicos do tema, com capítulos completos e densamente embasados sobre a aplicação da lei, as penas previstas, o dano potencial e o perigo de dano nos

crimes de trânsito, os casos de crime culposo e doloso, caso fortuito e força maior e os crimes em espécie. De fato, trata-se de um trabalho exemplar, fonte segura e fundamental sobre o assunto, que muito orgulha a nós, do Ministério Público do Estado de São Paulo, colegas do Promotor de Justiça aposentado Fernando Fukassawa.

Também porque a extensa, abrangente e precisa bibliografia contempla o trabalho de outros membros de nossa Instituição, do passado e do presente, como Antônio de Queiroz Filho (Procurador de Justiça, eminente jurista, já falecido), Antonio Scarance Fernandes (Procurador de Justiça aposentado), Basileu Garcia (Promotor de Justiça, eminente jurista, já falecido), Damásio Evangelista de Jesus (Procurador de Justiça aposentado), Eudes Quintino de Oliveira Júnior (Promotor de Justiça), Fernando Capez (Procurador de Justiça licenciado, atualmente Deputado Estadual), Fernando da Costa Tourinho Filho (Promotor de Justiça aposentado), Fernando de Almeida Pedroso (Promotor de Justiça), Jorge Assaf Maluly (Procurador de Justiça), José Damião Pinheiro Machado Cogan (Ex-Procurador de Justiça, atualmente Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo), José Henrique Pierangelli (Procurador de Justiça, já falecido), José Marcos Marrone (Ex-Procurador de Justiça, atualmente Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo), José Renato Nalini (Ex-Promotor de Justiça, atualmente Desembargador e Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo), Maurício Antonio Ribeiro Lopes (Promotor de Justiça), Oswaldo Henrique Duek Marques (Procurador de Justiça aposentado), Pedro Henrique Demercian (Procurador de Justiça), Renato Marcão (Promotor de Justiça), Roberto Antônio de Almeida Costa (Promotor de Justiça), Válter Kenji Ishida (Promotor de Justiça) e Victor Eduardo Rios Gonçalves (Promotor de Justiça), entre outros.

Com muita satisfação, ainda, registramos que a citada bibliografia remete a textos, artigos e trabalhos publicados tanto pelo Site quanto pela Revista da APMP. Porque foi exatamente para impulsionar e valorizar a divulgação de materiais dos colegas, como a publicação deste livro, que a atual diretoria da APMP estruturou uma coesa e profissional equipe de

Comunicação, integrando os setores de Assessoria de Imprensa, Audiovisual, Informática e Publicações. Cumprindo, sempre, nosso propósito de promover uma gestão austera de despesas, com planejamento adequado, para, com isso, otimizar os recursos disponíveis e oferecer serviços ainda mais eficientes a todos os associados.

Boa leitura.

Felipe Locke Cavalcanti
Presidente da Associação Paulista do Ministério Público

Prefácio

Fernando Fukassawa, para aqueles que tiveram o privilégio, de alguma forma, de acompanhar suas atividades, quer no âmbito jurídico ou acadêmico, quer na esfera política, é, absolutamente, desnecessária qualquer apresentação.

O Autor desse livro, além de seus inegáveis atributos pessoais, tem uma personalidade marcante, cuja característica fundamental, a nortear toda sua atuação pessoal e profissional, é o profundo comprometimento com o interesse público.

Possuidor de sólido conhecimento geral e jurídico, desempenhou funções no âmbito do Poder Judiciário; integrou o Ministério Público do Estado de São Paulo, com expressiva atuação na área criminal, até sua precoce aposentadoria voluntária no exercício do cargo de Promotor de Justiça Criminal, da Infância e da Juventude e das Execuções Criminais da pujante Comarca de São José do Rio Preto - SP, sede regional de expressiva importância no cenário nacional, em particular, nas áreas jurídica, política e econômica.

Tive o privilégio e a honra de conhecê-lo, praticamente, ao início de minhas atividades jurisdicionais, na longínqua Comarca de Pereira Barreto, quando passei a admirá-lo sob todos os aspectos e tive a honra de poder compartilhar de sua fraternal amizade.

Merece expressa referência sua atuação no cargo de Secretário de Habitação do Município de São José do Rio Preto, período em que, voltando-se a importantes questões sociais, idealizou e concretizou a realização de inúmeros eventos jurídicos e políticos, que redundaram em importantíssimas conquistas na área da regularização fundiária urbana dos loteamentos irregulares. As experiências angariadas nesta área específica do conhecimento jurídico estão consolidadas na obra de sua autoria denominada Regularização Fundiária Urbana – Lei 11.977/2009, Saraiva, 2013.

Exerce, ainda, atividades acadêmicas, com atuação na graduação e pós-graduação em Direito Administrativo e em Direito Penal, bem como a nobre profissão de advogado.

Na esteira de sua destacada atuação, em todas as searas, invariavelmente, em prol do interesse público, o Autor nos brinda com nova edição de seus especiais estudos sobre os aspectos penais do Código de Trânsito Brasileiro – Lei 9.503/97, cuja estruturação e caráter crítico guardam direta correlação com seus diferenciados atributos pessoais e profissionais.

As questões de trânsito, como aponta o eminente Autor em sede de introdução, na atualidade, apresentam relevância diferenciada, pois a exponencial recorrência de situações de alto risco e, principalmente, de acidentes gravíssimos, reclamam, com veemência, respostas efetivas da sociedade, em particular, dos poderes constituídos.

Tanto é assim, que, recentemente, têm sido implementados programas de conscientização da população a respeito dos riscos inerentes à condução irregular de veículos automotores em vias terrestres e o Congresso Nacional, respondendo ao clamor público, tem promovido alterações na legislação de trânsito, em particular, no âmbito penal, que são abordadas com absoluta isenção, propriedade e precisão nesse livro, em seus aspectos positivos e negativos, com críticas muito bem colocadas.

A partir de abrangente exposição conceitual, doutrinária e jurisprudencial, vinculada à interpretação das normas estruturais do sistema penal, de ordem material e processual, o Autor organiza os conceitos indispensáveis à profícua análise da lei em comentário e, principalmente, prepara o leitor para a orientação de sua abordagem crítica, produzindo obra indispensável aos operadores do direito, não só para leitura, como também para meditação e constantes consultas.

Busca definir parâmetros para viabilizar interpretação razoável dos tipos penais, com o objetivo de que sua incidência aos casos concretos, dotada de legitimidade e racionalidade, contribua para o controle da caótica situação atual, por meio dos efeitos pedagógicos da efetiva aplicação das sanções penais cominadas aos delitos de trânsito.

As figuras típicas são examinadas em todas as suas particularidades, sob a perspectiva analítica, e estão correlacionadas entre si e com outras capituladas em diplomas penais diversos, a partir dos importantes prismas do concurso aparente de normas e do concurso de crimes (concurso real de normas).

A abrangente análise dos tipos penais, que transcende a seara criminal, está substanciada por farta referência à doutrina nacional e estrangeira e à correlata legislação vigente, abrangendo diplomas internacionais acolhidos em nosso sistema legal, assim como por abrangente e refinada pesquisa jurisprudencial, em todos os níveis da atividade jurisdicional.

Em suma, trata-se de obra que, obrigatoriamente, deve pertencer ao acervo de todos os profissionais do direito, independentemente, de sua atuação na área criminal, ou, mais especificamente, no âmbito das questões atinentes ao trânsito de veículos em vias terrestres.

Waldir Sebastião de Nuevo Campos Júnior

Desembargador da 10ª Câmara Criminal do

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Professor de Direito Penal da Academia de

Polícia do Barro Branco/SP

Para *Karla*, minha esposa;
Isadora e *Luísa*, minhas filhas.

Breve Introdução

Os casos de acidente de trânsito ocupam enormes espaços dos escaninhos policiais e forenses, convertendo-se numa verdadeira epidemia desafortunando milhares e milhares de famílias. Estatisticamente, contam-se as pessoas que por isso morreram, mas não se contam aquelas que inúteis ou quase inúteis se tornaram para sempre. Quando em 1896 na cidade de Londres um automóvel a seis quilômetros por hora atropelou Oridget Driscoll, houve séria revolta popular porque pouco tempo antes fora revogada a exigência de serem os veículos precedidos por uma pessoa portando uma bandeira vermelha sinalizando advertência aos pedestres.

O perigo no trânsito aí nascia. Mais de um século depois, a intimidade entre o homem e a máquina cada vez mais potente e veloz, tornou esta apêndice daquele e não mais se concebe sua cisão. Onde está o homem está o automóvel e, por isso, até causa espécie, nos dias atuais, passar um só dia sem a grave notícia de um acidente. “O carro é uma arma, a vítima pode ser você”, dizia antiga campanha de trânsito. O homem se armou com um instrumento poderoso e perigosíssimo. Daqui a um século, talvez, cada homem tenha o seu próprio veículo voador e então os nossos automóveis de hoje serão só coisa de memória, mas por certo estará se tratando diariamente nos tribunais, ainda, da violação do dever de cuidado.

Por razões culturais e de civilidade, ou não, esse dever de cuidado no trânsito a olhos vistos vem sendo dia a dia massacrantemente transgredido pelo Poder Público que negligencia na conservação das vias públicas e equipamentos, apesar da arrecadação voraz, mas que quase sempre resta impune. Tem-se esperança que a obrigação dos órgãos e entidades de trânsito, afirmada no art. 1º, § 3º, de ressarcir danos causados aos cidadãos em virtude da negligência estatal, tenha pronta efetividade. Transgredido o dever de cuidado, também, pelos negligentes motoristas de hoje para quem, notoriamente, as leis antigas e atuais se mostram insuficientes, não raramente beneficiados pela tibia repressão, quando não por inabilidade do legislador. Por consenso dos operadores do direito, de há muito era necessário maior rigor punitivo iniciado pela lei 9.503/1997 e seguida por outras que tentaram recrudescer a repressão, sobretudo à embriaguez ao volante e direção com espírito emulativo.

Com as marchas e contramarchas, avanços e retrocessos no sistema jurídico do trânsito brasileiro, o país ocupa o primeiro lugar no planeta, em taxa de mortes no trânsito. Noticia-se¹ que 60.752 pessoas morreram em 2012, um aumento de 4% em relação a 2011, e 352.495 ficaram com invalidez permanente. Informa que na Alemanha as mortes em acidentes de trânsito caíram 81% nos últimos quatro anos. A Austrália reduziu a mortalidade em 40% em duas décadas, exigindo do futuro motorista 120 horas de aulas práticas (menos de 20 no Brasil), possibilitando a habilitação aos 16 anos, mas até os 18 só é permitido dirigir de dia e acompanhado de adulto. E da França aprende-se a importância de tratar com rigor os crimes de trânsito, indicando que quatro em cada dez condenações são relacionadas a crimes de trânsito.

Indispensável é a formulação de políticas públicas permanentes de educação no trânsito para redução de acidentes, com objetivos e responsabilidades bem claramente definidos, especialmente quanto aos acidentes envolvendo motocicletas, os quais representam quase um um terço das mortes. Em uma década, as mortes de ocupantes de carro subiram 32%, enquanto que as de motocicleta aumentaram em estrondosos 130%, fatos que constituem em verdadeira agravação da epidemia nacional. Urge também aprimorar as regras de habilitação, sobretudo incutindo nos futuros motoristas noções de civilidade e de responsabilidade. Tudo como verdadeiro e imensurável investimento na vida da população brasileira. Leis de maior severidade podem ser importantes, mas não são bastantes.

¹ Revista Veja, agosto de 2013, edição 2.333, pesquisa do jornalista Leonardo Coutinho, reportagem de capa “Assassinos ao volante – As mortes no trânsito no Brasil já superam os crimes de homicídio”, pp. 98/108, de André Eler, Kalleo Coura e Tamara Fisch.

CAPÍTULO I

Da aplicação da lei

1. A lei e sua vigência

A lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1.997 instituiu o Código de Trânsito Brasileiro. Além de estabelecer novas regras para o tráfego terrestre, criou tipos penais e recriou outros já existentes no Código Penal e na Lei de Contravenções Penais, levando-se em conta as peculiaridades das infrações ali cometidas.

Conforme o art. 340, o código estabeleceu sua vigência 120 dias após sua publicação ocorrida em 24 de setembro de 1.997, pelo que todos se sujeitaram a ela desde **23 de janeiro de 1.998**². Atento ao princípio da anterioridade da lei penal (art. 1º do Código Penal), somente os atos praticados a partir da zero hora desse dia são alcançados pela lei.

publicação da lei	vacância da lei	vigência da lei
24.9.97	120 dias	23.1.98
	(de 25.9.97 a 22.1.98)	

² Logo em seguida à vigência da lei, afirmou-se pela grande imprensa que teria ela entrado em vigor, ora no dia 21, 22 ou 23 de janeiro de 1998. Correta é esta última data. A lei foi publicada em 24.9.97, para entrar em vigor, segundo o seu art. 340, cento e vinte dias após a data de sua publicação. Não se conta o dia da publicação (*dies a quo*), mas se inclui o último dia (*dies ad quem*). O período de cento e vinte dias (vacância da lei conhecida por *vacatio legis*), iniciou-se no dia 25.9.97 e venceu em 22.1.98. Observe-se que a lei não entrou em vigor no centésimo vigésimo dia (e, aqui, o maior equívoco porque a disposição não é similar ao italiano: *le leggi e i regolamenti divengono obbligatori nel decimoquinto giorno successivo a quello della loro pubblicazione*) e, sim, após os cento e vinte dias decorridos; portanto, com vigência a partir da zero hora de 23.1.98. Assim não fosse, estariam sendo contados apenas 119 dias a partir da publicação da lei. A professora Maria Helena Diniz, juscivilista emérita exemplifica: “se a lei for publicada oficialmente no dia 2 de janeiro, o primeiro dia do prazo será 3 de janeiro e o último, sendo o prazo de 15 dias, 17 de janeiro, e a norma entrará, então, em vigor no dia 18 de janeiro” (Lei de Introdução ao Cód. Civil, Saraiva, 1994, pág.52). Concordante com nossa sustentação, Marcellus Polastri Lima, in O Processo Penal dos Crimes de Trânsito, Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2001, pp. 16 e 17.

Observe-se que se o agente tenha cometido um crime previsto na lei, supondo não estar ela em vigor, poderá invocar o “erro de vigência”, vale dizer, desconhecimento quanto à vigência ou eficácia da lei penal; contudo, como se trata de erro de proibição inescusável, tal coisa não excluirá sua culpabilidade.

2. Disposições gerais

Art. 291: Aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, previstos neste Código, aplicam-se as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, se este Capítulo não dispuser de modo diverso, bem como a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, no que couber.

§ 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.

O legislador utilizou a expressão “crimes cometidos na direção de veículos automotores”, mas deve ser observado que alguns dos crimes podem ser praticados sem que o autor esteja nessa condição, como acontece nos crimes de omissão de socorro (art. 304), afastamento do local do acidente para fugir à responsabilidade penal ou civil (art. 305), violação da suspensão ou proibição e se obter a permissão ou a habilitação (art. 307), deixar de entregar em 48 horas a Permissão para Dirigir ou a Carteira de Habilitação (art. 307, § único), permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada (art. 310) e inovação artificiosa (art. 312).

Apesar dessa restrição, obviamente incidem supletivamente as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, posto que em se tratando de crime e procedimento, necessariamente aqueles diplomas básicos poderão suprir possíveis lacunas, se não for hipótese de disposição diversa do código de trânsito.

Importante observar, que “*Compete à Justiça Militar Estadual, envolvendo viatura da Polícia Militar, quando o autor for policial militar, em serviço, e as vítimas forem civis e policiais militares, em situação de atividade*” (STJ, CComp. 34.749/RS, rel. Min. Felix Fischer, DJU 18.11.2002).

E que “*cabe à Justiça comum, em que acusado e vítima, embora agentes do Exército Brasileiro, não se encontravam em exercício militar. Diante da atividade de natureza individual e particular não se há cogitar de atividade militar racione materiae*” (STJ, CComp 2003/0029373-8/RS, 3a. S, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 28.2.2007).

Anote-se, por fim, a **Súmula 6 do STJ**: *Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar delito decorrente de acidente de trânsito envolvendo viatura de polícia militar, salvo se autor e vítima forem policiais militares em situação de atividade*. O Superior Tribunal de Justiça vem reafirmando esse entendimento (HC 223781/SP, julgado publicado em 14.8.2012).

3. Juizado Especial Criminal (Lei nº 9.099/1995)

O Juizado Especial Criminal foi instituído pela lei n. 9.099/1995 para conciliação, julgamento e execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, *verbis*:

Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

O art. 291, do Código de Trânsito Brasileiro refere que aos crimes cometidos “na direção de veículos automotores” aplica-se a Lei nº 9.099/1995 (Juizado Especial Criminal), “*no que couber*”, fórmula estapafúrdia muito utilizada nos dias de hoje, à maneira do leito de Procrusto³, permitindo interpretação da lei utilizando desde

³ Procrusto era um bandido que vivia na serra de Eléusis. Em sua casa, ele tinha uma cama de ferro, que tinha seu exato tamanho, para a qual convidava todos os viajantes a se deitarem. Se os hóspedes fossem demasiados altos, ele amputava o excesso de comprimento para ajustá-los à cama, e os que tinham pequena estatura eram esticados até atingirem o comprimento suficiente. Uma vítima nunca se ajustava exatamente ao tamanho da cama porque Procrusto, secretamente, tinha duas camas de tamanhos diferentes (Wikipedia)

a discricionariedade até o arbítrio, em que a dúvida e insegurança do legislador são irresponsavelmente transferidas ao operador do direito. Na verdade, esta lei cabe na quase totalidade dos delitos previstos no Código de Trânsito Brasileiro, como serão abaixo arrolados.

A redação do *caput* poderia ensejar dúvida quanto àqueles crimes antes mencionados, que não são praticados “na direção de veículos automotores”. Não nos parece ter sido o intuito do legislador afastar da competência do Juízo Especial Criminal, aqueles outros delitos em que o autor não estivesse “na direção de veículos automotores”, porque, do contrário, restaria quase nada para a sua competência e, além disso, não quereria fazer absurdo tratamento diferenciado apenas pelo fato de estar ou não o autor do delito à direção do veículo.

4. Juizado Especial Federal Criminal e o descompasso das leis

Foi necessário, mas não estranho em terras brasileiras, que se passasse mais de uma década de descompasso normativo para que finalmente se editasse a lei n. 11.313/2006 alterando o disposto no art. 61 da lei n. 9.099/1995 para considerar infrações penais de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Nas linhas seguintes pode ser visualizado como o frequente comportamento atabalhado - e também tardio - do nosso legislador criou desnecessária instabilidade jurídica e ensejou renhidos debates na doutrina e na jurisprudência.

Quando da instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, dispôs a lei n. 10.259/2001:

“art. 2º Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos a infrações de menor potencial ofensivo”.

*Parágrafo único: Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a **dois anos**, ou multa.*

Para uns, a exemplo de Márcia Aguiar Arend, Promotora de Justiça em Santa Catarina, em excelente escrito⁴, o dispositivo mencionado derrogara tacitamente o art. 61 da Lei 9.099/1995, de maneira que tornaram-se infrações penais de menor potencial ofensivo: **a)** todas as contravenções penais; **b)** os crimes punidos com pena de multa, desde que cominada isoladamente e **c)** os crimes punidos com pena privativa de liberdade, cuja pena máxima não seja superior a *dois anos*, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.

Para Fernando da Costa Tourinho Neto e Joel Dias Figueira Júnior, “o parágrafo único do art. 2º da Lei 10.259/2001 derogou o art. 61 da Lei 9.099/95. Depois da Lei 10.259/2001, infração de menor potencial ofensivo é aquela a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa. Seja o crime da competência estadual ou da federal. Também pouco importa se se trate de crime em que *a lei preveja procedimento especial*”, observando mais que o dispositivo de natureza penal deve ter aplicação retroativa e que a expressão “para os efeitos desta lei” e a parte final do art. 20 que veda sua aplicação no Juizado Estadual, são inconstitucionais porque contrariam o art. 5º da Constituição Federal que proclama: *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...*⁵.

Nesse sentido também era a opinião de Luiz Flávio Gomes⁶, argumentando com os princípios da igualdade e da proporcionalidade e concluindo que o novo patamar estende-se aos juizados estaduais e do distrito federal.

Para outros, a diversidade de competência funcional (Justiça Federal, Estadual, Militar, Eleitoral, Tribunal do Júri) fundamentava-se exatamente na existência de certas peculiaridades de fato, as quais também serviam de fundamento e justificavam o tratamento diferenciado dado pelo art.61, da Lei nº9.099/1995, e art.2º, parágrafo único, da Lei

⁴ Arend, Márcia Aguiar. Lei dos Juizados Especiais Federais: reflexos da ampliação do conceito de infrações de menor potencial ofensivo no ordenamento penal e processual penal, *in* Revista dos Tribunais 793/488-495

⁵ Tourinho Neto, Fernando da Costa. Figueira Junior, Joel Dias. Juizados Especiais Federais Criminais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.002, pp. 487 e 489

⁶ Gomes, Luiz Flávio. “Mais de 100 crimes não admitem flagrante desde 13.01.2002” *in* Notícias Forenses, janeiro de 2.002, p. 2

nº10.259/2001, não havia, conseqüentemente, que se falar em ofensa aos princípios da proporcionalidade e da isonomia, na medida que os fatos, concretamente, não se eqüivalem. Com esses fundamentos, o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, em acórdão⁷ relatado pelo eminente Juiz Ricardo Dip, decidiu pela inaplicabilidade da Lei do Juizado Federal no Juizado Estadual, afirmando mais que “se o legislador penal, às expensas, diz que o ilícito de menor potencial ofensivo, para os efeitos de uma dada lei (no caso, a Lei 10.259/2001, de 12-7), é aquele para o qual se estatui pena máxima cominada não-superior a dois anos (ou multa), não se pode, *simpliciter*, estender essa previsão para derrogar, com apoio em preceito específico, situações de outra lei que não se acham indicadas pela nova normativa”.

Jorge Assaf Maluly e Pedro Henrique Demercian firmavam entendimento que “muito embora seja possível vislumbrar, casuísticamente, alguma falta de coerência no tratamento dispensado aos acusados perante as Justiças Federal e Estadual, é certo que a missão normativa não foi confiada ao Poder Judiciário. É-lhe defeso, portanto, substituir-se ao legislador: cabe-lhe aplicar a lei como ela é e não como desejaria que fosse”⁸.

A Lei nº10.259/2001 decorrerá da E.C. n. 22/99 que inseriu parágrafo único no art. 98 da Constituição da República, *verbis*: *Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal*. Primitivamente, nos termos da Constituição, somente poderiam ser criados os Juizados Especiais no Distrito Federal, Territórios e Estados.

Logo depois que entrou em vigor a Lei nº 9.099/1995, escrevia Júlio Fabbrini Mirabete: “Entretanto, por ser reduzido o número de casos de crimes de menor potencial ofensivo de competência da Justiça Federal, é de se acreditar que não haverá interesse da União na criação de tais

⁷ HC nº398.760-7, j. 25.02.2002, relator Juiz Ricardo Dip. No mesmo sentido, voto do relator no Recurso em sentido estrito n. 1.311.109-7 da 11ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.

⁸ Maluly, Jorge Assaf; Demercian, Pedro Henrique. “A lei dos juizados especiais criminais no âmbito da Justiça Federal e o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo”. Revista da Associação Paulista do Ministério Público, n. 38, pp. 44/47

Juizados Especiais⁹⁹. Por certo, não contava o eminente jurista com a ampliação do conceito de crime de menor potencial ofensivo, mesmo porque essa lei de criação dos Juizados, na regulamentação da Constituição, já o havia definido expressamente.

Conforme a disposição constitucional, somente *lei federal* poderia mesmo instituir os Juizados Especiais na *Justiça Federal*! Contudo, ao invés de apenas cumprir o comando constitucional *instituindo* os Juizados Especiais na Justiça Federal (conforme a ementa) e fixar sua competência como o fez nos arts. 1º e 2º *caput*, foi além, apenas para provocar desnecessário conflito com o art. 61 da Lei nº 9.099/1995 (pena máxima não superior a um ano), acrescentando parágrafo único ao art. 2º para, *legislando sobre direito penal*, dispor que crime de menor potencial ofensivo é aquele cuja pena máxima não supere dois anos. Nada justificava, nem mesmo topograficamente, ali inserir preceito de *direito penal*.

Haveria de ser observada, embora nem sempre fácil, a distinção entre *lei nacional* (aplicável em todo o território nacional, como é a lei sobre Direito Penal, de competência legislativa da União - art. 22, I, da Constituição da República) e *lei federal* (destinada apenas aos órgãos e atividades federais, como é a lei que instituiu o Juizado Especial Criminal Federal). No sistema brasileiro, o Congresso Nacional é simultaneamente órgão da *União* e órgão do *Estado Federal*. Simetricamente, o Executivo é nacional porque exerce funções do Estado Nacional e é federal porque funciona como órgão da pessoa União.

No que haveria de legislar para a Justiça Federal, foi intrrometido o parágrafo único ao art. 2º, com característica de lei nacional. De qualquer jeito, tratam-se de circunstâncias pouco ou nada relevantes porque ambas, lei nacional e lei federal, têm origem do mesmo processo legislativo. Assim, numa lei que haveria de ser apenas federal (correspondente ao dispositivo constitucional que literalmente se referiu à *lei federal*), legislou sobre Direito Penal de âmbito nacional. Não deveria tê-lo feito em atenção ao princípio da *irreduzibilidade da lei* a determinar que uma norma deve expressar apenas o pertinente aos objetivos e fins a que visa (instituir o Juizado

⁹⁹ Mirabete, Júlio Fabbrini. Juizados Especiais Criminais. São Paulo. Editora Atlas, 1997, p. 18

Especial Federal), dentro de sua classe e de seu tipo normativo (lei caracteristicamente não penal).

A Lei nº 9.099/1995, verdadeiramente *lei nacional*, de competência da *União*, com disposições de direito processual e de *direito penal*, é integral ou completa porque tratou de matéria relacionada à natureza, conteúdo e objetivos que buscou alcançar. Legislou sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais (não os criou ou instituiu, mas os regulamentou de acordo com a Constituição). Legislando sobre Direito Penal, fixou num único dispositivo, isoladamente (art. 61), o conceito de crime de menor potencial ofensivo.

A Lei nº 10.259/2001, verdadeiramente *lei federal*, de competência do *Estado Federal*, rigorosamente nos termos do parágrafo único do art. 98 da Constituição da República, não poderia ou pelo menos não deveria legislar sobre direito penal. Íntegra, completa e correta seria se tratasse de matéria relacionada apenas à *instituição* ou *criação* dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais na Justiça Federal, à maneira que em nível estadual o fizeram os Estados-membros na Justiça Estadual.

Apesar de tudo, a Lei nº 10.259/2001 não apresentava qualquer vício de inconstitucionalidade. E conceituando como crime de menor potencial ofensivo aquele cuja pena máxima não seja superior a *dois anos*, na realidade derogou o art. 61 da Lei nº 9.099/1995. Pouco importa que lá tivesse dito considerar-se somente “para os efeitos desta lei” porque não pode haver diferenciação de tratamento tão somente em razão da *divisão* da Justiça em *Federal* ou *Estadual*, sob pena de propiciar à delinquência escolha mais vantajosa dos *crimes federais* em relação aos *crimes estaduais*... Demais disso, nova lei, sobre ser benéfica, tem aplicação retroativa, de conformidade com o art. 5º, XL, da Constituição da República e art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, em todos os crimes perpetrados antes de sua vigência, punidos com até dois anos de privação de liberdade, desde que não definitivamente julgados.

Como anotado por Fernando da Costa Tourinho Filho, “agora com a lei que instituiu o Juizado Especial Federal Criminal, podemos afirmar que o art. 61 sob comentário, em face do princípio da proporcionalidade, deve ser lido assim: “consideram-se infrações de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima não supere dois anos, estejam ou não sujeitos a procedimento especial”. Cometeria

erro inominável, a nosso juízo, quem pretendesse criar duas espécies de infrações de menor potencial ofensivo: uma na esfera federal e outra, na estadual”¹⁰.

Para Júlio Fabbrini Mirabete, “não se pode admitir diferenciação no tratamento penal para a mesma espécie de infração penal apenas em decorrência da competência para julgá-la”¹¹.

Se já não fora ingenuidade do legislador de 1995 a utilização de critério empírico para estabelecer a gravidade de um crime em razão da pena máxima cominada, pior ainda seria pretender estabelecê-la em razão... da competência jurisdicional.

5. Competência do Juizado Especial Criminal

Submetem-se ao Juizado Especial Criminal, todos os crimes de trânsito cuja pena privativa de liberdade *não seja superior a dois anos*.

A competência do Juizado Especial Criminal é estabelecida para conciliação, julgamento e execução das infrações de menor potencial ofensivo, aquelas com pena máxima não superior a dois anos, respeitadas as regras de conexão e continência (art. 60 da Lei n. 9.099/1995), pelo que incluiu-se na sua competência os seguintes crimes previstos no Código de Trânsito Brasileiro:

- 1) lesão corporal culposa *sem causa de aumento de pena* (art. 303, *caput*)¹²;
- 2) omissão de socorro (art. 304);
- 3) afastamento do local do acidente para fugir à responsabilidade penal ou civil (art. 305);

¹⁰ Tourinho Filho, Fernando da Costa. Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais. Editora Saraiva, 2.002, p. 25

¹¹ Mirabete, Júlio Fabbrini. Juizados Especiais Criminais. São Paulo. Editora Atlas, 2.002, p. 55

¹² Se for lesão corporal culposa com aumento de pena (parágrafo único do art. 303), o crime passa para competência do Juízo Criminal comum. Nesse sentido, doutrina de Damásio Evangelista de Jesus: “Causas de aumento de pena. Devem ser levadas em conta para eventualmente afastar a competência do Juizado Especial Criminal, estejam previstas na Parte Geral ou Especial do CP ou na legislação especial” in Lei dos Juizados Especiais Criminais, Editora Saraiva, 1.997, p. 40

- 4) violação de suspensão ou de proibição de se obter permissão ou habilitação para dirigir (art. 307);
- 5) deixar o condenado, de entregar em 48 horas, à autoridade judiciária, a permissão para dirigir ou a carteira de habilitação (art. 307, § único);
- 6) dirigir veículo automotor em via pública, sem permissão para dirigir ou habilitação ou se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano (art. 309);
- 7) permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso, ou , ainda, a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança (art. 310);
- 8) trafegar em velocidade incompatível com a segurança nas proximidades de escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros, logradouros estreitos, ou onde haja grande movimentação ou concentração de pessoas, gerando perigo de dano (art. 311) e
- 9) inovar artificiosamente, em caso de acidente com vítima, na pendência do respectivo procedimento policial preparatório, inquérito policial ou processo penal, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, a fim de induzir a erro o agente policial, o perito, ou o juiz (art. 312).

Assim, estão fora da competência do Juizado Especial Criminal, posto que abstratamente punidos com detenção superior a dois anos, os crimes de:

- 1) homicídio culposo, máximo de 4 anos (art. 302),
- 2) lesão corporal *com causa de aumento de pena*, máximo de três anos (art. 303, parágrafo único),
- 3) embriaguez ao volante, máximo de 3 anos (art. 306) e
- 4) crime de racha, máximo de 3 anos (art. 308 caput)

Dispõe o parágrafo primeiro do art. 291, que aplicam-se aos crimes de *lesão corporal culposa* (exceto se o condutor estiver em estado de embria-

guez, ou perpetrando racha, ou em velocidade superior à máxima permitida para a via, em 50 km/h) as seguintes disposições da Lei n. 9.099/1995:

- 1) art. 74 (composição dos danos civis)¹³,
- 2) art. 76 (aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa) e
- 3) art. 88 (representação da vítima no caso de lesões corporais culposas)¹⁴.

6. Lei do Juizado Especial Criminal e o crime de lesão corporal culposa

O crime de lesão corporal culposa *com causa de aumento de pena* (art. 303, § único), com previsão de pena superior a dois anos de detenção, será caracterizado nas hipóteses em que o condutor:

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, e

IV - no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros.

De conformidade com o art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259/2001, o crime de lesão corporal culposa na sua forma singela (art. 303, *caput*) ou seja, sem causa de aumento de pena prevista no seu parágrafo único, é de competência do Juizado Especial Criminal.

Assim, na hipótese de lesão corporal culposa com aumento de pena (art. 303, parágrafo único, c.c. art. 302, parágrafo único), o crime sai da esfera de competência do Juizado Especial Criminal passando para o Juízo

¹³ O Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, 11ª Câmara, em 31/7/2000, relator Juiz Wilson Barreira, entendeu que o oferecimento e recebimento de denúncia sem a prévia observância da audiência preliminar prevista no art. 74 da Lei 9.099/95, constitui constrangimento ilegal (RT 784/619)

¹⁴ Com o advento da Lei n. 10.259/01 (ampliando o conceito de crime de menor potencial ofensivo para aqueles com pena máxima não superior a dois anos), os crimes de lesão corporal culposa de trânsito (art. 303 *caput* - sem aumento de pena previsto no parágrafo único) e “racha” (art. 308) submetem-se ao Juizado Especial Criminal.

Criminal comum. Com efeito, quando há concorrência com o tipo penal básico uma causa especial de aumento de pena (no caso, aumento de 1/3 até metade), a pena máxima a ser levada em conta para os fins da lei será aquela do tipo básico com o aumento máximo da causa especial (3 anos de detenção¹⁵).

Assim, temos:

- a) crime de lesão corporal culposa *sem causa de aumento de pena* (art. 303, *caput*), em razão da pena máxima cominada em dois anos, seja a lesão corporal leve, grave ou gravíssima, posto não ter sido inserida, pela natureza ou *gravidade* das lesões, qualquer distinção entre elas para efeitos de competência, esta será do Juizado Especial Criminal,
- b) crime de lesão corporal culposa *com causa de aumento de pena* (art. 303, parágrafo único), em razão da pena máxima cominada em três anos, seja a lesão corporal leve, grave ou gravíssima, posto não ter sido inserida, pela natureza ou *gravidade* das lesões, qualquer distinção entre elas para efeitos de competência, esta será do Juízo Criminal comum.

Nesta última hipótese, de lesão corporal culposa *com aumento de pena*, será caso de instauração de inquérito policial *se houver representação do ofendido* (embora o art. 88 da Lei do Juizado Especial Criminal se refira somente à ação penal, é consenso geral que tal manifestação é necessária até mesmo para a instauração do inquérito ou procedimento penal equivalente). Assim, apesar desse crime com aumento de pena não se incluir na competência daquele Juizado, normas da Lei 9.099/1995 serão aplicadas, possibilitando inclusive a composição dos danos civis que, quando ocorrer, acarretará renúncia ao direito de representação (art. 74 e § único).

E, ainda que não se trate de lesão corporal culposa *com aumento de pena* (art. 303, parágrafo único), vale dizer, lesão corporal culposa singela, mas se for

¹⁵ Observa-se, contudo, que no caso de crime de lesão corporal culposa em que o autor não dispõe de habilitação legal, este último é absorvido por aquele (v. concurso aparente de normas e concurso de crimes, comentários aos arts. 302 e 303 do CTB)

perpetrada sob estado de embriaguez, *racha* ou velocidade extraordinária (incisos I, II e III, do § 1º, do art. 291), inaplicáveis os institutos da composição dos danos civis, aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa e representação da vítima), determinando a lei a instauração de inquérito policial para apuração dos fatos (§ 2º, do art. 291).

Alguns pontos merecem melhor observação. Posto tratar-se a lesão corporal culposa com aumento de pena, crime de competência do Juízo comum, pelo procedimento clássico é oferecida representação, instaurado e concluído o inquérito policial que deverá ser remetido a Juízo onde o Ministério Público poderá fazer uma coisa ou outra:

- 1) requerer o seu arquivamento;
- 2) requerer sua devolução à Polícia para diligências complementares ou
- 3) oferecer denúncia.

Nas duas primeiras hipóteses, nada de diferente se ressalta. Contudo, na terceira hipótese, se oferecida a denúncia, rigorosamente se seguiria o rito sumário do art. 394, II, do Código de Processo Penal, vale dizer, o recebimento dela, citação, oportunidade para resposta etc. Mas, aí não se teria um momento próprio para a tentativa de composição dos danos civis (art. 74 da Lei do Juizado Especial Criminal¹⁶), resultando necessário, *antes do oferecimento da denúncia* (depois do seu oferecimento não há possibilidade de retratação da representação, conforme art. 25 do Código de Processo Penal), extraordinariamente ser designada data própria para tanto.

Na seqüência, na ocasião dessa audiência ou ato judiciário excepcional, poderá ocorrer uma ou outra situação:

- 1) havendo composição, o acordo homologado acarreta renúncia da representação e extinção da punibilidade (§ único do art. 74, da Lei do Juizado Especial Criminal), mas, como no caso a representação já havia sido oferecida, tal significaria propriamente sua retratação e não renúncia;
- 2) não havendo composição, mas já com a representação (oferecida desde quando da instauração do inquérito policial), o Ministério Públi-

¹⁶ O oferecimento e recebimento de denúncia sem a prévia observância do art. 74 da Lei 9.099/95, constitui constrangimento ilegal (RT 784/619)

co proporá a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas (art.76 da Lei do Juizado Especial Criminal), abrindo-se dois caminhos diversos:

- a) se aceita pelo réu, será ela imposta pelo Juiz e a questão estará encerrada;
- b) se não aceita, o Ministério Público *não* poderá oferecer denúncia oral porque o art. 77 daquela lei especial, norma procedimental que a prevê, não é aplicável ao crime de lesão corporal culposa de trânsito, devendo ser apresentada na forma escrita usual (art. 41 do Código de Processo Penal), prosseguindo-se na forma regradada por esse estatuto processual¹⁷.

7. Transação penal nos crimes de trânsito

Do quanto anteriormente exposto, resulta que o instituto da transação penal, preenchidos os requisitos do art. 76 da Lei do Juizado Especial Criminal¹⁸, tem cabimento nos crimes previstos no Código de Trânsito

¹⁷ Todavia, pelo critério estrito de legalidade processual e competência, tem-se a impressão que trabalho e tempo seriam grandemente perdidos com elaboração de inquérito policial, para nada ser aproveitado na hipótese de composição dos danos ou transação penal que a experiência mostrou ser regra. Critério prático, por razões de brevidade e utilidade, poderia ser estabelecido por ato do Judiciário -sem qualquer prejuízo ao infrator ou à Justiça- para que inicialmente fossem distribuídos ao Juizado Especial Criminal os casos de lesão corporal culposa e embriaguez ao volante. Aí, havendo composição dos danos civis acarretando renúncia ao direito de representação ou transação penal, os casos já seriam encerrados; do contrário, na seqüência, seriam distribuídos ao Juízo Criminal Comum para os seus ulteriores termos. Estas observações, feitas na primeira edição deste livro, encontraram eco na decisão do E. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, proferida em 3 de novembro de 1.998, constando do corpo do acórdão: "Pois bem. Se se admite a transação penal, desde que preenchidos os requisitos do art. 76 da Lei 9.099/95, para os citados crimes de lesão corporal culposa praticada na direção de veículo, embriaguez ao volante e racha, por qual motivo deverá instaurar-se inquérito policial, ao invés de termo circunstanciado? (RT 761/505). Vitore André Zilio Maximiliano indaga: "Se se admite a transação penal desde que preenchidos os requisitos do art. 76 da Lei n. 9.099/95, para os citados crimes de lesão corporal culposa praticada na direção de veículo, embriaguez ao volante e racha, por qual motivo deverá instaurar-se inquérito policial ao invés de termo circunstanciado?" (*apud* Marcellus Polastri Lima, O processo penal dos crimes de trânsito, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2.001, p. 140)

¹⁸ Lei n. 9.099/1995, Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

sito Brasileiro (com exceção dos crimes de homicídio culposo e de lesão corporal culposa sob embriaguez, em racha ou velocidade extraordinária, *ex vi* do art. 291, § 1º, incisos I, II e III), permitindo-se encerrar a questão mediante aplicação de pena restritiva de direitos ou multa.

Das cinco espécies de penas restritivas de direitos previstas no art. 43 do Código Penal, a mais usualmente imposta no Juizado Especial Criminal é a de prestação gratuita de serviços à comunidade ou a entidades públicas (art. 46, CP) porque facilmente postos em escolas, hospitais e entidades assistenciais. Menos frequentes são a aplicação de interdição temporária de direitos (art. 47, CP) por restringir seriamente a capacidade jurídica da pessoa, e a limitação de fim de semana (art. 48) porque notoriamente inexistentes casas de albergado ou estabelecimentos adequados.

Os verdadeiros crimes de trânsito, pela sua natureza, poderão propiciar, através da transação penal, a aplicação da pena de interdição temporária de direitos consistente na *suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo* (art. 47, III, CP) ou, ainda, *de permissão para dirigir* que se pode ter como compreendida no dispositivo. Se por um lado as penas restritivas de direito não atingem o bem jurídico elementar do homem, que é a liberdade, por outro subsiste a sua natureza intimidativa e função motivadora de não repetição de conduta punível.

Mas, como algumas vezes reafirmado, tal pena não pode ser imposta a motoristas profissionais porque o direito de dirigir é inerente ao seu

§ 1º: Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I- ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II- ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III- não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

trabalho e sustento próprio e da família¹⁹, de cujo posicionamento discorda o Superior Tribunal de Justiça: “*O fato de o réu ser motorista profissional não o isenta de sofrer a imposição da pena de suspensão da habilitação para dirigir, porque sua cominação decorre de expressa previsão legal (art. 302, do Código de Trânsito Brasileiro), que não faz nenhuma restrição nesse sentido*” (STJ, REsp 628.730/SP, 5a. Turma, rel. Min. Gilson Dipp, j. 24.5.2005), posicionamento esse reiterado em outro julgado, *verbis*: “*A cominação da pena de suspensão da habilitação decorre de opção política do Estado, cifrada na soberania popular. O fato de o condenado ser motorista profissional não infirma a aplicabilidade da referida resposta penal, visto que é justamente de tal categoria que mais se espera acuidade no trânsito*” (STJ, RT 885/534)).

Temos ser muito importante atentar para situações relativas a pessoas que não exerçam atividade profissional, analisando-se, caso a caso, se tal interdição poderá ou não causar-lhe gravame excessivo, *e.g.* quem dependa exclusivamente do veículo para se dirigir ao local de trabalho, ou mesmo para exercê-lo, do particular que necessita constantemente transportar um seu familiar doente ou inválido dependente unicamente daquele, mostrando-se, portanto, recomendável somente nos casos mais graves de crimes de trânsito, notadamente em situações de embriaguez ao volante e participação em “racha”.

Como argumentam Márcia da Rocha Cruz e Juliana Poggiali G. e Oliveira, “o que se defende é o fato de ser dada a possibilidade de no caso concreto fazer-se também a substituição desta pena de suspensão do direito de dirigir, exigindo-se, para tanto, que as condições pessoais do acusado sejam favoráveis, a caracterização do elemento subjetivo

¹⁹ O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao tempo de manter condenação do acusado pelo crime de homicídio culposo, teve oportunidade de decidir que a pena de suspensão do direito de dirigir é vedada por ferir o direito constitucional ao trabalho (apelação criminal n. 1.0024.04.466022-3/001 - comarca de Belo Horizonte, rel. Des. Sérgio Resende). Em outro julgado da mesma Corte, que “A pena de suspensão do direito de dirigir veículos aplicada ao motorista profissional viola o direito ao trabalho, assegurado constitucionalmente, no art. 5º, XVII, devendo, em tais casos, ser declarada inconstitucional e decotada da condenação (Apelação Criminal n. 1.0024.04.462734-7/001, 5a. Cam. rel. Des. Hélio Valentim, j. 15.5.2007, RT 864/639). O Tribunal de Justiça de Alagoas, num caso de homicídio culposo, em julgado de 9.6.2010, determinou a “retirada da pena de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor por se tratar de profissional que necessita deste rendimento” (ACr n. 2010.001567-9, rel. Des. Orlando Monteiro Cavalcanti Manso).

não extrapole a culpa comum e as condições profissionais do condutor assim reclamem”²⁰.

Tal pena restritiva de direitos, embora seja autônoma, *não é substitutiva da pena privativa de liberdade* como prevista no art. 44 do Código Penal, razão porque, não havendo pena concretizada, sua fixação se torna impossível. Na eventualidade de já ter sido imposta a suspensão do direito de dirigir, pela autoridade administrativa (art. 265), isso não impedirá a aplicação de idêntica pena na órbita penal porque “a aplicação de penalidades administrativas não elide as punições originárias de ilícitos penais decorrentes de crime de trânsito” (art. 256, § 1º).

Para o caso de lesão corporal culposa, a aplicação da pena de prestação de serviço comunitário pode se mostrar mais importante. Essa pena não interfere tão pesadamente nas atividades normais do condenado que presta o serviço fora do período de seu trabalho, além do quê contribui humana e gratuitamente para com a sociedade.

A pena de multa haverá de ser eleita naquelas hipóteses de crimes bem menos graves, aos quais o tipo prevê, alternativamente, pena detentiva ou multa, sejam omissão de socorro, fuga do local do acidente, dirigir sem permissão ou habilitação, entrega de veículo automotor a pessoa sem condições de dirigi-lo, tráfego em velocidade incompatível e inovação artificial (arts. 304, 305, 309, 310, 311 e 312). A multa será mais útil nesses casos porque o seu valor normalmente baixo permite ao condenado o pronto pagamento, mas que de qualquer forma interfere, ainda que levemente, nas suas finanças.

Posto que a transação penal consiste num acordo entre as partes, acusador e acusado, mediante proposta pelo primeiro e aceitação pelo segundo, possibilitando ao juiz a imediata aplicação de pena alternativa, esta haverá de ser, como todas as demais penas, proporcional à infração penal praticada. Esse juízo de proporcionalidade, no consenso, estabelecido pelo Ministério Público, o será também pelo acusado que poderá entender mais vantajosa a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/1995) porque aí não haverá pena criminal.

²⁰ Cruz, Márcia da Rocha e Oliveira, Juliana Poggiali. Substituição da pena de suspensão do direito de conduzir veículo automotor, *in* Boletim IBCCrim, agosto de 2.000, p. 9

8. Transação penal e os casos de embriaguez ao volante, racha e velocidade extraordinária.

Relembra-se que, nos termos do art. 291, § 1º, aplica-se aos crimes de trânsito de *lesão corporal culposa*, o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei n. 9.099/1995, *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).

A disposição legal, nesses três incisos, é clara quanto à não aplicação do instituto da transação penal em caso de *crime* de lesão corporal culposa perpetrado em embriaguez, ou participando de racha, ou em velocidade extraordinária. Não configurada a lesão corporal culposa, dúvidas não se levantam quanto à transação no residual caso de velocidade extraordinária (que pode ser crime, *u.g.*, art. 311), em tese possível porque seria cabível (parafraseando o legislador, “*no que couber*”) a aplicação da lei 9.099/1995.

Embora nessas circunstâncias normalmente seja identificada conduta culposa por violação do dever de cuidado objetivo (excepcionalmente até dolo eventual), dúvidas podem surgir na hipótese de não configuração, no contexto dos fatos, do crime de lesão corporal, a exemplo do que poderia ocorrer numa colisão entre dois automóveis, em que o motorista de um deles estivesse sob estado de embriaguez, mas que a conduta causal e culposa fosse do motorista sóbrio.

Não há nenhuma dúvida que, no caso residual de *crime de embriaguez ao volante*, por si só, incabível a transação, obviamente porque, apenado com o máximo de 3 anos de detenção, de qualquer maneira a ele não se aplica a lei n. 9.099/1995 na qual encontra-se inserido aquele instituto.

Todavia, a questão não se apresenta com muita simplicidade no caso de *crime de lesão corporal culposa* estando o motorista em estado de embriaguez, participando de racha ou em velocidade extraordinária,

quando estas condutas de perigo representam violação do dever objetivo de cuidado no trânsito, violação essa que, por sua vez, é o injusto que fundamenta a culpa *stricto sensu* do crime de dano (lesão corporal) o qual, na relação de consunção, absorverá aquelas de perigo. E nada importa se, pelo máximo de pena privativa, o crime de lesão corporal culposa (dois anos de detenção) seja mais levemente apenado que o crime de embriaguez ao volante (três anos de detenção) porque a gravidade de um crime não deve deduzir-se da pena que o legislador lhe tenha cominada. Em valoração ético-política, uma lesão culposa (crime de dano) é mais grave que a direção sob embriaguez (crime de perigo).

A vontade social de punição mais severa dos crimes de trânsito não tem encontrado melhor receptividade na capacidade do legislador, amiúde incerto e indeciso com soluções de improviso. Assim, nos casos em que o motorista dirige sob embriaguez, com vítimas feridas, não raramente a imputação se faz de crime contra a vida, com dolo eventual, e não por deslocamento da configuração típica para o art. 129 do Código Penal, porque o crime de lesão corporal, de natureza leve (máximo um ano de detenção), sendo crime de dano, absorverá o crime de perigo, permitindo-se a transação.

Por conta dessas dificuldades jurídicas e práticas, sem solução justa para os casos de maior gravidade, têm chegado aos tribunais, com intensas e extensas discussões de enquadramento típico, fatos semelhantes àqueles, envolvendo o condutor que, em estado de embriaguez causa danos de monta e causa lesões corporais graves a muitas vítimas, anotando-se que a natureza grave ou gravíssima das lesões culposamente produzidas, abstratamente não recebem cominação diversa no preceito sancionatório. A opção da persecução penal, até por conta de dúvida ou forcejadamente para impor maior rigor punitivo, se faz por homicídio tentado informado pelo dolo eventual, de controvertida admissibilidade.

Parece-nos que toda essa problemática, decorrente da realização de uma conduta dolosa (na embriaguez ao volante o agente tem essa consciência) concomitante a uma conduta culposa (lesão corporal ou homicídio), somente pode ser resolvida por disposição de lei, como fizera o legislador francês criando uma figura intermediária – e também pena intermediária - entre o atuar doloso e atuar culposo, ou seja, a conduta de quem

põe em perigo *deliberado* a pessoa de outrem, pela inobservância de uma obrigação de segurança ou de prudência imposta pela lei ou regulamento.

9. Conexão e continência em crimes de trânsito

Na síntese de Tornaghi²¹, existe conexão quando mais de um fato configura mais de um crime, e: 1º) as várias infrações estão ligadas por laços circunstanciais (conexão substancial), ou 2º) a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influi na de outra (conexão processual). Há continência quando um só fato contém vários crimes, como são as hipóteses de co-autoria em uma infração, concurso ideal e *aberratio ictus* de que resulta concurso ideal.

As regras estabelecidas pelos arts. 76 a 82 do Código de Processo Penal para determinação de competência, não se ajustam fielmente às hipóteses de conexão e continência de crimes de trânsito os quais são, ora de competência do Juízo Criminal Comum (arts. 302, 303, *parágrafo único*, 306 e 308), ora do Juizado Especial Criminal (arts. 303, *caput*, 304, 305, 306, 307, 309, 310, 311 e 312),, jurisdições de mesma categoria; tais não se adequam, pela simples razão de ter sido firmada, *a posteriori*, e em nível de superior hierarquia normativa, a *competência absoluta* deste último, em razão da matéria, pelo art. 98, I, da Constituição da República, para a composição, transação, processo, julgamento e execução das infrações de menor potencial ofensivo.

Dispõe a Lei n. 9.099/1995:

Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juizes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.

²¹ Tornaghi, Hélio. Instituições de Processo Penal, Saraiva, 1977, II/154-155

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Tem-se assim que, no caso de infração penal de menor potencial ofensivo com outra que não seja da competência do Juizado Especial Criminal, prevalece a competência do Juízo Criminal Comum que julgará as duas infrações, incidindo a regra de conexão do art. 78, II, do Código de Processo Penal.

O FONAJE - Fórum Nacional dos Juizados Especiais – expediu o Enunciado 10: “Havendo conexão entre crimes da competência do Juizado Especial e do Juízo Penal Comum, prevalece a competência deste último”, como, aliás, previsto no parágrafo único do art. 60 da Lei n. 9.099/1995, pelo qual, na reunião de processos, perante o juízo comum ou o Tribunal do Júri, decorrentes da aplicação das regras da conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.

Freqüentemente ocorrerão hipóteses de conexão e continência entre os vários crimes de trânsito e que poderão ensejar dúvidas no momento da instauração dos procedimentos policiais, bem como de subsequentes atos processuais. Com visos à solução legal e prática das dúvidas e questões suscitadas, permitimo-nos estabelecer genericamente as conclusões seguintes:

Conexão ou continência entre crimes de:

1) *Homicídio culposo* (art. 302) e os seguintes crimes de perigo: *embriaguez ao volante* (art. 306), *participação em “racha”* (art. 308), *dirigir sem permissão ou habilitação* (art. 309), *entrega de veículo automotor a pessoa sem condição de dirigi-lo* (art. 310) e *tráfego em velocidade incompatível* (art. 311):

- a) o inquérito policial deverá ser instaurado, posto que de competência do Juízo Criminal Comum o processo e julgamento do homicídio culposo;
- b) remetido o inquérito policial ao Juízo Criminal Comum, o Ministério Público oferecerá denúncia pelo homicídio culposo, se for o caso, prosseguindo-se nos seus ulteriores termos, lembrando que nesse crime, se cometido por autor que não possui

permissão ou habilitação, haverá causa especial de aumento de pena²² (art. 302, § único, I);

- c) os crimes de perigo de competência do Juizado Especial Criminal, serão processados e julgados perante o Juízo comum, em razão da conexão e competência mais ampla deste último.
- d) em caso de arquivamento do inquérito policial porque não configurado ou impersequível o homicídio culposo, restarão apenas os referidos crimes de perigo (desaparecendo a consunção, não há falar em crime consuntivo e consunto), para os quais surgirão as seguintes alternativas:
 - d.1) se o crime de perigo for de *embriaguez ao volante* (art. 306) ou de racha (art. 308), de competência do Juízo Criminal Comum, aí terão lugar os atos da persecução penal;
 - d.2) se os crimes de perigo forem, isoladamente ou não, de *dirigir sem permissão ou habilitação* (art. 309), *entrega de veículo automotor a pessoa sem condição de dirigi-lo* (art. 310) e *tráfego em velocidade incompatível* (art. 311), os autos deverão ser remetidos ao Juizado Especial Criminal, posto que esses crimes se inserem na sua competência.
 - d.3) se os crimes de perigo forem um de competência do Juízo Criminal comum (p. ex., *embriaguez ao volante* - art. 306) e outro do Juizado Especial Criminal (p. ex., *dirigir sem habilitação legal* - art. 309), pela maior amplitude, a competência para ambos os delitos será do Juízo Criminal Comum.

2) *Homicídio culposo* (art. 302) e *lesão corporal culposa* (art. 303)

- a) o inquérito policial deverá ser instaurado, havendo ou não representação da vítima do crime de lesão corporal culposa (art.

²²Questionável o aumento de pena pela falta de habilitação legal porque, pelo princípio da consunção no concurso aparente de normas, esse crime de perigo é absorvido pelo crime de dano (homicídio culposo). Poderia, quando muito, fundamentar aplicação de pena além do mínimo legal conforme circunstâncias do art. 59 do Código Penal.

- 88 da Lei n. 9.099/1995), posto que o homicídio culposo é de ação penal pública incondicionada;
- b) havendo ou não representação da vítima da lesão corporal culposa, de qualquer maneira o inquérito policial terá destino o Juízo Criminal Comum, porque o crime de homicídio culposo é de sua competência;
 - c) não tendo a vítima representado para persecução da lesão corporal culposa, o Ministério Público não poderá oferecer denúncia por esse crime; aliás, não poderá fazê-lo, mesmo porque antes disso será necessária audiência específica para os fins dos arts. 74 e 76 da Lei 9.099/1995 (composição e transação penal).
 - d) havendo representação a vítima:
 - d.1) em relação à lesão corporal culposa com causa de aumento de pena (de competência do Juízo Criminal comum), haverá necessidade de audiência específica para fins de composição. Acaso positiva com acordo homologado, tal se constituirá em retratação da representação, e não sua renúncia, posto que já antes oferecida para instauração do inquérito policial; não havendo composição, passa-se à transação penal. Se positiva, será aplicada pena restritiva de direitos ou multas; se negativa, a denúncia do Ministério Público deverá ser na forma escrita do art. 41 do CPP;
 - d.2) em relação ao conexo crime de homicídio culposo, conveniente será aguardar a solução da alínea anterior porque: a) havendo composição ou transação sobre o crime de lesão corporal culposa, quanto a este a questão estará encerrada e b) não havendo essa composição ou transação, se for o caso, a denúncia ministerial englobará, numa mesma peça acusatória, ambos crimes.
- 3) *Homicídio culposo* (art. 302) e *omissão de socorro* (art. 304)
- a) o inquérito policial deverá ser instaurado, posto que o homicídio culposo é de competência da Juízo Criminal comum, para onde deverá ser remetido após conclusão.

- b) embora o crime de omissão de socorro (nas duas modalidades alternativas) seja de competência do Juizado Especial Criminal, se estiver atrelado com o homicídio culposo, a omissão de socorro (na modalidade própria de “deixar de prestar socorro”) será somente causa especial de aumento de pena (art. 302, § único, III), pelo que será conjuntamente julgado com o homicídio culposo;
- c) se o crime de omissão de socorro for na modalidade de “deixar de solicitar auxílio” (não prevista como causa especial de aumento de pena de homicídio culposo), haverá concurso material entre ambas infrações e a competência será do Juízo Criminal Comum, jurisdição mais ampla.

4) *Homicídio culposo* (art. 302) e *afastamento do local do acidente* (art. 305)

- a) o inquérito policial deverá ser instaurado, posto que o homicídio culposo é de competência da Juízo Criminal Comum, para onde deverá ser remetido após conclusão.
- b) o crime de homicídio culposo não absorve, pelo princípio da consunção, o de afastamento do local do acidente. Embora crimes de competência diversa, prevalece o Juízo Criminal Comum para ambos os delitos.

5) *Lesão corporal culposa* e crimes de perigo: *embriaguez ao volante* (art. 306), *participação em “racha”* (art. 308), *dirigir sem permissão ou habilitação* (art. 309), *entregar de veículo automotor a pessoa sem condição de dirigi-lo* (art. 310) e *tráfego em velocidade incompatível* (art. 311):

- a) o crime de lesão corporal culposa *sem causa de aumento de pena* (art. 303, *caput*), é de competência do Juizado Especial Criminal, pelo que se houver representação, será julgado juntamente com os crimes de perigo que se sujeitam a igual competência. Se conexo com o crime de perigo de embriaguez ao volante ou de participação em racha, sujeitam-se ambos ao Juízo Criminal Comum;

- b) a lesão corporal culposa *com causa de aumento de pena* (art. 303, parágrafo único), é de competência do Juízo Criminal Comum, pelo que se houver representação, será julgado juntamente com os crimes de perigo que se sujeitam a igual competência;
 - c) não havendo representação pela vítima da lesão corporal culposa²³, restarão os crimes de perigo:
 - c.1) se embriaguez ao volante (art. 306) ou participação em “racha” (art. 308), de qualquer forma deverá ser instaurado inquérito policial, posto que esses delitos são de competência do Juízo Criminal Comum;
 - c.2) se demais crimes de perigo, que são de competência do Juízo Criminal Especial, deverá ser lavrado o termo circunstanciado a eles relativo e àquele Juízo será destinado.
- 6) *Lesão corporal culposa* (art. 303) e *omissão de socorro* (art. 304)
- a) o crime de lesão corporal culposa é de persecução penal pública condicionada à representação da vítima, enquanto que o crime de omissão de socorro (nas duas modalidades alternativas) é de competência do Juizado Especial Criminal:
 - a.1) havendo representação da vítima pelo crime de lesão corporal culposa, atrelado com o crime de omissão de socorro praticado pelo mesmo autor, *se* na modalidade própria de “deixar de prestar socorro” será somente causa especial de aumento de pena da lesão corporal culposa (art. 303, § único), apuráveis conjuntamente num mesmo processo ou procedimento, de competência do Juízo Criminal Comum;
 - a.2) não havendo representação da vítima pelo crime de lesão corporal culposa, restará impunível a omissão de socorro na modalidade própria de “deixar de prestar socorro” (que é

²³ No entendimento do Supremo Tribunal Federal, o crime de dirigir sem habilitação legal é absorvido pelo crime de lesão corporal culposa; havendo renúncia da vítima com relação a este último delito, constitui constrangimento ilegal a persecução penal pelo delito menos grave de dirigir sem habilitação legal (rel. Min. Ilmar Galvão, j. 2.3.2001, RT 789/538)

apenas causa especial de aumento de pena). O Superior Tribunal de Justiça houve por decidir que “*Extinta a punibilidade do crime de lesão corporal culposa na direção de veículo, por ausência de representação por parte da vítima, configura constrangimento ilegal o prosseguimento da ação com relação ao crime de omissão de socorro, uma vez que, pelo princípio da consunção, encontra-se absorvido pela conduta delitiva de maior gravidade*”²⁴.

- b) se o crime de omissão de socorro for na modalidade de “deixar de solicitar auxílio” (não prevista como causa especial de aumento de pena de lesão corporal culposa), haverá concurso material entre ambas infrações; em razão de conexão de ambos os delitos, prevalece a competência do Juízo Criminal Comum.

7) *Lesão corporal culposa* (art. 303) e *afastamento do local do acidente* (art. 305):

- a) havendo representação da vítima (art. 88 da Lei n. 9.099/1995), será instaurado inquérito policial relativo à lesão corporal culposa; se em conexão com o crime de afastamento do local do acidente, serão apurados ambos os delitos no mesmo procedimento;
- b) não havendo representação da vítima da lesão corporal culposa, haverá de ser lavrado termo circunstanciado e sua ulterior remessa ao Juizado Especial Criminal porque o crime do art. 305 é de sua competência e também porque não é consumido pela lesão corporal culposa.

8) *Afastamento do local do acidente* (art. 305) e crimes de perigo de:

- a) *dirigir sem habilitação legal* (art. 309), *entregar de veículo automotor a pessoa sem condição de dirigi-lo* (art. 310) e *tráfego em velocidade incompatível* (art. 311), deverá ser lavrado termo cir-

²⁴ STJ, HC 13561/MG, julgamento em 21/11/2000, rel. Ministro Edson Vidigal

cunsciado, posto que todos esses crimes são de competência do Juizado Especial Criminal;

- b) *embriaguez ao volante* (art. 306) e *participação em “racha”* (art. 308), quanto a estes deverá ser instaurado inquérito policial, posto que de competência do Juízo Criminal Comum e quanto ao afastamento do local do acidente (art. 305), em conexão, será apurado no mesmo procedimento em razão da prevalência sobre o Juízo Criminal Especial.

9) *Embriaguez ao volante* (art. 306) e crimes de:

- a) *participação em “racha”* (art. 308): para ambos deverá ser instaurado inquérito policial, posto que se inserem na competência do Juízo Criminal Comum;
- b) *dirigir sem permissão ou habilitação* (art. 309)²⁵, *entrega de veículo automotor* (art. 310) e *tráfego em velocidade incompatível* (art. 311), serão apurados e processado no Juízo Criminal Comum em razão da prevalência deste sobre o Juízo Especial Criminal.

10) *Participação em “racha”*- (art. 308) e crimes de *dirigir sem permissão ou habilitação* (art. 309), *entrega de veículo automotor a pessoa sem condição de dirigi-lo* (art. 310) e *tráfego em velocidade incompatível* (art. 311): Haverá de ser instaurado inquérito policial, posto que o crime de participação em racha (art. 308) é de competência do Juízo Criminal Comum que atrairá os demais crimes originariamente de competência do Juizado Especial Criminal

11) *Dirigir sem habilitação legal* (art. 309) e *crimes de entrega de veículo automotor a pessoa sem condição de dirigi-lo* (art. 310) e *tráfego em*

²⁵ O Tribunal de Justiça de Santa Catarina decidiu que “ao agente que cometer, em concurso, as condutas delituosas previstas nos arts. 306 e 309 do Código de Trânsito Brasileiro (condução de veículo em estado de embriaguez e falta de habilitação para dirigir), sem que haja vítimas, é vedada a imposição de prisão em flagrante, devendo lavar-se, tão somente, termo circunstanciado, nos moldes do art. 69 da Lei 9.099/95, em face do disposto no caput do art. 291 da Lei 9.503/97” (RT 761/503)

velocidade incompatível (art. 311), deverá ser lavrado termo circunstanciado com remessa para o Juizado Especial Criminal, competente para todos os crimes mencionados.

12) *Entregar veículo automotor a pessoa sem condição de dirigi-lo* (art. 310) e crime de *tráfego em velocidade incompatível* (art. 311, para ambos deverá ser lavrado o termo circunstanciado, posto que delitos de competência do Juizado Especial Criminal.

A disjunção de procedimentos ou processos poderia ocasionar, dada a diversidade dos órgãos judiciários (Juízo Criminal Comum e Juízo Especial Criminal), imposição de penas cumulativas que, se fossem impostas em *simultaneus processus*, tal não aconteceria pelo reconhecimento de *concurso formal de crimes* (pena do crime mais grave, com acréscimo de um sexto até metade) ou *crime continuado* (pena do crime mais grave, com acréscimo de um sexto a dois terços (arts. 70 e 71 do Código Penal). O problema não se apresentaria quando em ambas jurisdições é aplicada somente a pena de multa, já que “no concurso de crimes, as penas de multa são aplicadas distinta e integralmente” (art. 72 do Código Penal)²⁶, mas que poderá se apresentar quando nas duas jurisdições houver aplicação de penas restritivas de direitos. Isso ocorrendo, competirá ao juiz da execução penal decidir, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, sobre a sua unificação, na forma do art. 66, III, “a”, da Lei de Execuções Penais.

10. Suspensão condicional do processo

Cabível a suspensão condicional do processo quando a pena mínima cominada ao crime for igual ou inferior a um ano (art. 89 da Lei do Juizado Especial Criminal). Desde que inviável a transação penal ou

²⁶A justiça desse critério já foi questionada em relação à continuidade delitiva porque “não se pode perder de vista a finalidade do crime continuado. Se seu fundamento é o de favorecer o agente, não se compreende como se atenda a este objetivo em relação à pena privativa de liberdade que é sanção mais grave e se aja de modo diametralmente oposto no que tange à sanção menos grave como a pecuniária. É evidente que a aplicação do art. 72, em relação ao crime continuado, redundaria num cúmulo material de multas e, portanto, na hipótese de conversão, em prejuízo do acusado” (Jutacrim 68/455)

não preenchidos os requisitos para tanto, o *sursis processual* será possível nos delitos previstos no Código de Trânsito Brasileiro, *com exceção de homicídio culposo* (art. 302).

Não se vislumbra nenhuma inconstitucionalidade na vedação do *sursis processual* no homicídio culposo de trânsito, enquanto possível no homicídio culposo do código penal. A questão se entrelaça com o princípio da proporcionalidade da pena que se estabelece não somente em relação ao crime, mas, também, em virtude da maior importância que se dá ao homicídio negligente cometido no trânsito e destaque na sua maior nocividade social. Trata-se de critério do legislador brasileiro que, neste momento histórico de registro elevado de acidentes, deliberou reprimi-los mais severamente. Por conseqüência lógica e natural, prevendo maior rigor quantitativo da pena privativa de liberdade, ficou obstado o *benefício* no crime de homicídio culposo.

Igualmente, não se vislumbra inconstitucionalidade no tratamento penal diferenciado para tais delitos, pelo Código de Trânsito Brasileiro, por ocupar o autor a condição de condutor de veículo automotor. É que a maior ou menor gravidade objetiva do delito pode ser reconhecida não somente em função de sua natureza, mas em razão, principalmente, dos *meios* ou *modo* de execução do crime e, ainda, em razão de particular situação ou condição em que se encontra o autor do delito.

Todavia, mesmo com relação ao crime de homicídio culposo, há sustentação pela possibilidade da suspensão condicional do processo, desde que presente o *arrepentimento posterior*. Nesse sentido, interessante artigo da Promotora de Justiça Waléria Garcelan Loma Garcia²⁷ argumentando ser “forçoso concluir que presente o instituto do arrependimento posterior, previsto no art. 16 do Código Penal, causa de diminuição de pena de um terço a dois terços, é possível a aplicação da suspensão con-

²⁷Garcia, Waléria Garcelan Loma. Código de Trânsito Brasileiro: o crime de homicídio culposo e a possibilidade da suspensão condicional do processo, *in* Boletim IBCCrim, n. 63, fevereiro/1998, p. 4. A ilustre autora, em sua monografia *Arrepentimento Posterior*, Ed. Del Rey, 1997, traz a divergência na doutrina e jurisprudência acerca do cabimento ou não do instituto nos crimes culposos (pp. 101/107)

dicional do processo nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/1995, posto que considerada a diminuição máxima (2/3), a pena mínima passa a ser inferior a um ano (oito meses), o que viabiliza a proposta de transação processual²⁸. Nessa ordem de raciocínio, também perfeitamente possível o *sursis processual* na hipótese de responsabilidade penal diminuída (art. 26, parágrafo único, do Código Penal).

A suspensão será proposta pelo Ministério Público que deverá, quando presentes os requisitos legais²⁹ (art. 89, § 1º da Lei n. 9.099/1995), fazê-lo ao

²⁸ A tese é reforçada por corrente doutrinária e jurisprudencial que advoga a possibilidade de reconhecimento do arrependimento posterior nos crimes culposos. Contudo, temos que o instituto somente se aplica aos crimes dolosos, evidenciada pela opção clara do legislador ao expressar “nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça” e até mesmo pela colocação topográfica do dispositivo no Código Penal, emparelhado com o instituto irmão, o arrependimento eficaz (art. 15). Neste, o arrependimento é necessariamente anterior ao resultado que é evitado pelo autor e somente é reconhecível nos crimes dolosos; naquele, como é da própria designação lateral, o arrependimento se dá posteriormente à consumação ou resultado naturalístico. É possível que o autor possa, mas apenas como expressão de lamento, arrepender-se de ter dirigido em excesso de velocidade e assim atropelado um pedestre; porém, tal como no arrependimento eficaz, essa situação psicológica de contrição ou compunção conecta-se a um ato volitivo inicial e intencional, equívulando dizer que o autor somente pode se arrepender de algo que quis, e não do que não quis realizar. É sedutor o posicionamento de que nos crimes culposos de homicídio e lesão corporal, a violência não é querida pelo autor e por isso não se poderia dizer em “crime cometido” com violência, porque este elemento se insere no resultado e não na conduta. Mas, não se poderia dizer que nesses crimes culposos a conduta violadora do cuidado objetivo representaria uma “grave ameaça” à incolumidade individual e, portanto, arredando o reconhecimento do arrependimento posterior nessas hipóteses de crimes? Por outro lado, para confirmar ainda mais que o instituto somente se aplica aos crimes dolosos, vê-se que a lei diz em “reparação” do dano ou “restituição” da coisa, expressões alternativas que dão à palavra “dano” o sentido de lesão à coisa e não à pessoa, vale dizer: repara-se o dano causado à coisa ou a restitui. Não se pode falar propriamente e de forma genérica em “reparação” do dano físico produzido numa pessoa, mas, sim, em seu ressarcimento (ato de indenização ou satisfação de pagamento das perdas ou danos)

²⁹ Por vezes se tem exigido a prévia reparação do dano para a concessão do *sursis* processual, mas já se decidiu que “além de ser o benefício da nova lei um direito subjetivo do autor do fato, em momento algum o referido diploma legal exige a prévia reparação do dano para a concessão da suspensão condicional do processo. Na verdade, os termos claros do art. 89 revelam que a reparação do dano é condição obrigatória para a suspensão, salvo impossibilidade de fazê-lo, impossibilidade essa que poderá ser demonstrada durante o período de prova, pois a suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano” (TACrim, SP, 9ª Câmara, HC n. 291.538-8- Espírito Santo do Pinhal, rel. Juiz Lourenço Filho, j. 31.7.1996, BAASP 1982/403 de 18.12.1996). Recente julgado do Superior Tribunal de Justiça decidiu que “a exigência referente à reparação dos danos não é requisito para concessão da suspensão condicional do processo, mas sim, condição da extinção da punibilidade. Vale dizer, não há que se falar, no que toca à suspensão condicional do processo, em reparação dos danos antes do período de prova ao

oferecer denúncia³⁰; caso contrário, segundo abalizada doutrina³¹ e jurisprudência³², o Juiz poderá deliberar *ex officio*. Com efeito, os objetivos da suspen-

qual o acusado será submetido (HC nº 7. 637/GO, 5ª Turma, rel. Min. Felix Fischer, j. 22.09.98, v.u., DJU 26.10.98, p. 129). Essa exigência, a olhos vistos, é completamente descabida, posto que trataria com desigualdade as pessoas apenas em razão de sua condição econômica, pelo que o rico sempre, o pobre jamais, poderia ser beneficiário da suspensão do processo.

Os Juízes Corregedores e integrantes de Turmas Recursais do Estado do Rio de Janeiro, em encontro realizado nos dias 5 e 6 de junho de 1.998, estabeleceram o enunciado n.8: “A prévia reparação do dano não pode ser exigida como condição de concessão da suspensão condicional do processo”.

³⁰“Oferecida denúncia com imputação de homicídio culposo e propondo o Ministério Público suspensão do processo, é vedado ao Juiz, após receber a denúncia, deixar de formular a proposta sob alegação da dúvida quanto ao dolo” (TACrimRS, Câmara de Férias, j. 16.07.1997, rel. Juiz Amilton Bueno de Carvalho, RT 745/655). O Superior Tribunal de Justiça, no REsp. n. 146.652/RJ, 5ª Turma, rel. Min. José Arnaldo, em 16.06.98, DJU 3.8.98, p. 286, decidiu que “ao oferecer a denúncia, nos crimes em que a pena mínima for igual ou inferior a um ano, incumbe ao Ministério Público propor a suspensão do processo ou justificar porque não o faz. Descumprida a recomendação legal, tornam-se ineficazes os atos judiciais subseqüentes, sob pena de se frustrar o benefício legal em favor do acusado e da administração da própria justiça”.

³¹Dirceu Aguiar Dias Cintra Jr., sustenta que “quando o promotor não propõe a suspensão condicional do processo, entendendo o juiz fosse caso de fazê-lo, não lhe cabe aplicar o art. 28 do CPP. Deve decidir o conflito de interesses entre o promotor e o réu, em decorrência do princípio da proteção judiciária (art. 5º, XXXV, CF), considerando que este tem um direito subjetivo à suspensão. Caso o réu nada tenha requerido, deve o juiz, de ofício, dar a ele oportunidade para que se manifeste sobre seu interesse na suspensão” (“Suspensão condicional do processo e desclassificação do crime em face dos princípios da igualdade e da proteção judiciária”, RT 746/474).

Damásio Evangelista de Jesus, em idêntica posição, entende que o *sursis* processual pode ser aplicado pelo juiz, de ofício, argumentando com os princípios da informalidade e celeridade processual: o juiz, desde que presentes as condições legais, deve, de ofício, suspender o processo, cabendo recurso de apelação” (Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada, Ed. Saraiva, 1997, p. 113).

Os Juízes Corregedores e integrantes de Turmas Recursais do Estado do Rio de Janeiro, em encontro realizado nos dias 5 e 6 de junho de 1.998, estabeleceram o enunciado n. 18: “O juiz pode apresentar proposta de suspensão condicional do processo em caso de inércia do Ministério Público”.

Contrariamente, o IV Encontro de Coordenadores de Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil, realizado em novembro de 1.998 no Rio de Janeiro, deliberou através do enunciado 23: “a transação penal e suspensão condicional do processo não podem ser propostas pelo juiz quando o Ministério Público não o fizer. Todavia, provocado pela parte, decidirá a respeito”.

Na doutrina do brilhante Promotor de Justiça Roberto Antônio de Almeida Costa, a suspensão condicional do processo não pode ser direito subjetivo do réu e, sim, ato discricionário do Ministério Público na análise da conveniência e oportunidade da suspensão, com oferecimento ou não da proposta da suspensão diante dos elementos subjetivos, inclusive culpabilidade, tendo em vista o princípio da suficiência e da oficialidade (Juizados Especiais Criminais - Lei n. 9.099/1995 - Proposta de suspensão do processo - Discricionariedade do Ministério Público - Aplicação subsidiária do art. 28 do Código de Processo Penal - *Justitia*, 175/106-116).

³²TACrimRJ, 1ª Câmara, j. 20.11.1996, RT 738/695 e TACrimMG, 1ª Câmara, j. 19.11.1996, RT 739/684. Nesse sentido, também, apelação criminal n. 234.335-3/1, o Tribunal de Justiça de São Paulo, pela sua 3ª CCrim. de Férias, rel. Des. Oliveira Ribeiro, em 21 de janeiro de 1998.

são do processo são a reparação, desburocratização, despenalização etc., que devem ser sempre alcançados segundo critérios de política criminal legislativa.

Nada obstante, há forte corrente jurisprudencial no entendimento que ao juiz é vedada a possibilidade de proposta do *sursis processual* que, se não formulada pelo promotor de justiça, é caso de se obter o pronunciamento do Procurador Geral de Justiça³³.

³³O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, decidiu que a iniciativa para propor a suspensão condicional do processo prevista no artigo 89 da lei 9.099/95 é uma faculdade exclusiva do Ministério Público, a quem cabe promover privativamente a ação penal pública, não podendo o juiz da causa substituir-se a este. Prevaleceu, neste ponto, o voto do Ministro Octávio Gallotti, relator, no sentido do indeferimento do pedido ao argumento de que não cabe ao magistrado, ante a recusa fundamentada do Ministério Público a requerimento de suspensão condicional do processo, o exercício de tal faculdade, visto que não se trata de direito subjetivo do réu, mas de ato discricionário do Parquet. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que deferia integralmente a ordem sob o entendimento de que, uma vez presentes os requisitos objetivos para a suspensão do processo, surgiria um direito subjetivo do réu ao benefício, e de que, na hipótese de o Ministério Público recusar-se a propô-la, caberia ao juiz examinar desde logo o enquadramento ou não da hipótese no referido artigo 89. Também por maioria, acolhendo o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, a Corte construiu interpretação no sentido de que, na hipótese de o promotor de justiça recusar-se a fazer a proposta, o juiz, verificando presentes os requisitos objetivos para a suspensão do processo, deverá encaminhar os autos ao Procurador-Geral de Justiça para que este se pronuncie sobre o oferecimento ou não da proposta. Firmou-se, assim, o entendimento de que, tendo o referido artigo a finalidade de mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal para efeito de política criminal, impõe-se o princípio constitucional da unidade do Ministério Público para a orientação de tal política (CF, artigo 127 parágrafo 1º), não devendo essa discricionariedade ser transferida ao subjetivismo de cada Promotor. Vencidos neste ponto os Ministros Octávio Gallotti, relator, Néri da Silveira e Moreira Alves, sob o entendimento de que a lei 9.099/95 não autorizaria tal procedimento administrativo (HC n.º 75.343/MG, relator originário Ministro Octávio Gallotti, relator para o acórdão, Ministro Sepúlveda Pertence, julgado de 12/11/97. Boletim informativo do STF n.º 92, de 10 a 14 de novembro de 1997). Incumbe ao Ministério Público a proposta de suspensão condicional do processo (artigo 89 da Lei n.º 9.099/95 combinando com o artigo 129, inciso I, e § 2º, da Carta Magna), não podendo em princípio, ser esta realizada pelo julgador. Na hipótese de divergência entre juiz e promotor acerca da oferta da suspensão, os autos devem ser, por aquele, encaminhados ao Procurador-Geral de Justiça (STJ, RESP n.º 155.426/SP, Relator Ministro Félix Fischer, RESP n.º 167.868/RO, Relator Ministro Jorge Scartezzini, e RESP n.º 230.019/PR, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca). O texto de lei é claro ao indicar que a suspensão condicional do processo é uma transação. Pode haver, ou não (sem arbitrariedade), a oferta. E, esta pode não ser aceita ou, ainda pode não ser homologada. Entretanto, não compete ao julgador realizar a oferta quando houver divergência de avaliação entre ele e o agente do Parquet. A Suprema Corte já teve a oportunidade de decidir que “a natureza consensual da suspensão condicional do processo - ainda quando se dispense que a proposta surja espontaneamente do Ministério Público - não prescinde de seu consentimento, embora não deva esta se sujeitar ao critério individual do Órgão da instituição em cada caso. Por isso, a fórmula capaz de compatibilizar, na suspensão condicional do processo, o papel insubstituível do Ministério Público, a independência funcional de seus membros e a unidade da instituição é aquela que - uma vez reunidos os requisitos objetivos da admissibilidade do *sursis processual* (artigo 89, caput) ad instar do artigo 28 CPP - impõe ao Juiz submeter à Procuradoria-Geral a recusa de assentimento do Promotor

A **Súmula n. 696**, do Supremo Tribunal Federal, dispõe que: “Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal”.

Na doutrina e na jurisprudência, firmou-se entendimento no sentido de que as causas de aumento de pena devem ser consideradas em conjunto com a pena prevista em abstrato no tipo penal para se verificar a possibilidade de aplicação dos institutos da Lei n. 9.099/95. Assim, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça aprovaram súmulas *vedando* a suspensão condicional do processo em casos de concurso de crimes em que a pena mínima, em abstrato, excede um ano (súmulas nº 723 do STF e nº 243 do STJ), cujo raciocínio seria o mesmo para ser aplicado em relação ao conceito de infração de menor potencial ofensivo.

STF Súmula nº 723 - 26/11/2003 - DJ de 9/12/2003; DJ de 10/12/2003; DJ de 11/12/2003:

“Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano”.

STJ Súmula nº 243 - 11/12/2000 - DJ 05/02/2001:

“O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano”.

Diversamente se passa com as *causas de aumento e de diminuição de pena* e se decidiu que “na compreensão da pena mínima cominada não superior a um ano, para efeito de admissibilidade da suspensão do processo, devem ser consideradas as causas especiais de diminuição da pena, em seu

à sua pactuação, que há de ser motivada (STF - HC n.º 75.343-4/MG, Relator Ministro Sepúlveda Pertence). No mesmo sentido, HC n.º 76.439/SP, Relator Ministro Octávio Gallotti, HC N.º 76.437/SP - Relator Ministro Octávio Gallotti, e HC n.º 80.196-0/SP, Relator Ministro Ilmar Galvão.

percentual maior, desde que já reconhecidas na peça da acusação³⁴ e, ainda “concorrendo com o tipo penal básico uma causa especial de aumento de pena, a pena mínima a ser levada em conta para os fins do disposto no art. 89 da Lei 9.099/95, será aquela do tipo básico com o aumento mínimo da causa especial³⁵”.

³⁴ STJ, 6ª Turma, HC 4.780, SP, Rel. Min. Vicente Leal, 24.2.97, DJU 31.3.97, p. 9642

³⁵ TJSC, ap. 96.000019-4, Rel. Des. Nilton M.Machado, 14.5.96

CAPÍTULO II

Das penas

São previstas para os crimes de trânsito, espécies de pena (nas disposições gerais o legislador insistentemente utiliza o termo “penalidade” que é pouco usual ou nunca usado no direito penal) seguintes:

- 1) reclusão;
- 2) detenção;
- 3) suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação;
- 4) multa, e
- 5) multa reparatória.

Acauteladamente, para evitar certas polêmicas e dissipar dúvidas sobre dúplici punição pelo fato que constitui ao mesmo tempo infração nas órbitas administrativa e penal, o legislador já dispôs no art. 256, § 1º, que: “a aplicação das penalidades previstas neste Código não elide as punições de ilícitos penais decorrentes de crimes de trânsito, conforme disposições de lei”.

Segundo Queiróz Filho, “O argumento usual da proibição do “*bis in idem*”, de que uma conduta ilícita não pode resultar em duas conseqüências, não é procedente. Sabe-se que a ilicitude, conceituada como relação de contrariedade entre a conduta e o ordenamento jurídico, é única e sem graduação, comum a vários ramos do direito. Por vezes ocorre o fenômeno do “concurso formal de ilícitos”, assim denominado por Armando Regina³⁶. Ocorrendo esse “concurso de ilícitos”, nada impede que na órbita própria o ilícito receba a punição prevista, como sucede com várias infrações ditas fiscais, administrativas e civis e que também são punidas na órbita penal.

1. Reclusão

Considerada a mais grave pena privativa de liberdade que deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto (art. 33, caput, do

³⁶ Queiróz Filho, Antônio de. Lições de Direito Penal, Ed. Rev. dos Tribunais, 1966, p. 33

Código Penal), simetricamente é prevista como sanção nos delitos que demandariam resposta mais severa do Estado. Assim, para o legislador do trânsito, se o homicídio culposo deve ser punido com detenção de 2 a 4 anos, entendeu ele que apenas esse crime, na forma qualificada em razão da embriaguez do condutor ou pela participação em “racha” (art. 302, § 2º), haveria de ser mais gravemente punido, impondo como espécie de pena a reclusão, sem, contudo, elevar os quantitativos mínimo e máximo no preceito sancionador.

2. Detenção

Já bem conhecida, é uma das formas de pena privativa de liberdade, que deve ser cumprida em regime semi-aberto ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado (art. 33, caput, do Código Penal, segunda parte), hoje carecendo de interesse prático na distinção com outras penas privativas de liberdade, adquirindo alguma relevância no que se refere ao rito processual penal.

Excetuado o crime de homicídio culposo qualificado, os demais crimes previstos na lei são punidos com detenção. A pena detentiva mínima, de seis meses, é regra; as exceções são nos crimes, de homicídio culposo (dois anos) e de racha qualificada (três anos em caso de resultado lesão corporal grave, e cinco anos em caso de morte). A maior pena privativa de liberdade é a de detenção de dez anos em caso de racha qualificada pelo resultado morte.

Cumulativamente ou não com a privação de liberdade, são aplicáveis as demais penas elencadas. De ser lembrado que, em face da Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998, a pena privativa de liberdade (não superior a quatro anos se imposta por crime doloso, ou qualquer que seja ela se por crime culposo), permite a sua substituição por penas restritivas de direitos.

3. Suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação

A pena vem expressamente prevista no preceito sancionador dos tipos de crimes de homicídio culposo, lesão corporal culposa, embriaguez ao volante, violação de suspensão ou proibição de dirigir e de “racha”. Não vem prevista nos tipos de crimes de omissão de socorro, fuga do local do

acidente, dirigir sem habilitação, entrega de veículo a pessoa inabilitada ou incapacitada, tráfego em velocidade incompatível e inovação artificialiosa. E assim foram mantidos.

Algumas dúvidas se levantaram em face do disposto no art. 296³⁷ que prevê a aplicação da penalidade de suspensão da permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor somente ao réu reincidente na prática de crime previsto neste Código. Controvérsias outras, por conta da primitiva redação do art. 292, e sobre sua aplicabilidade, ou não, somente àqueles crimes especificamente indicados ou a todos eles, fizeram o legislador dar o caráter de generalidade a essa pena, nos termos do art. 292: “A suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor pode ser imposta isolada ou cumulativamente com outras penalidades”. Essa penalidade tem a duração de dois meses a cinco anos (art. 293, caput)³⁸.

Na doutrina de Alberto Silva Franco e Rui Stoco, “(...) O art. 293 do CTB estabelece o prazo de duração da pena cominada no art. 292, fixando-o de dois meses a cinco anos. Não fornece, contudo, os critérios definidores dessas balizas tão distantes. Porque a pena deve ser determinado em dois meses. Porque há de ser cinco anos”. A ausência de parâmetros que permitam definir o tempo da pena cria, sem dúvida, sérios embaraços que só podem ser removidos com o recurso do art. 59 do CP. Certo é, no entanto, que qualquer quantum de pena acima do mínimo de dois meses deve estar devidamente motivada, em respeito ao princípio do art. 93, IX, da Constituição Federal (...)”³⁹

Essa pena ou *penalidade* não se inicia enquanto o sentenciado, por efeito de condenação penal, estiver recolhido a estabelecimento prisional

³⁷ Nada obstante o texto expresso da lei de então, já havia sido firmada interpretação que “*A sanção penal estabelecida pelo art. 302, do Código de Trânsito Brasileiro, de suspender ou proibir a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor, deve ser aplicada conjuntamente com a pena corporal, não sendo necessário a reincidência do réu. Inaplicabilidade do art. 296 da Lei 9.503/97* (STJ, Resp 556.928-SP, 5a. Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJU 13.9-2004) e também que “*Não é permitida a aplicação de apenas uma das sanções de pena privativa de liberdade e a suspensão da habilitação para dirigir* (TJRS, Ap crim 70019115435, 3a. CCrim, rel. Des. José Antonio Hirt Preiss, j. 21.6.2007).

³⁸ “Entre a pena privativa de liberdade e a acessória (art. 293 do Código de Trânsito) deve existir correlação ou congruência lógica: se fixada aquela no mínimo legal, não pode esta ir além da marca” (RT 781/604)

³⁹ Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial, Volume 01, Editora Revista dos Tribunais, 7ª edição, São Paulo, página 955.

(§ 2º do art. 293). *A contrario sensu*, o prazo se inicia se, apesar de condenado, não estiver ele sob clausura ou, ainda, embora recolhido, está preso civilmente.

Essa pena ou *penalidade* foi considerada muito seriamente pelo legislador, observando-se o seguinte:

- a violação da suspensão ou da proibição de se obter a permissão ou a habilitação é erigida à categoria de *crime* (art. 307), punível com detenção de seis meses a um ano e multa, com “*nova imposição adicional de idêntico prazo de suspensão ou de proibição*”.
- durante a investigação ou processo penal, havendo necessidade para *garantia da ordem pública*, cautelarmente o juiz, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial, poderá decretar a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção (art. 294), de cuja decisão cabe *recurso em sentido estrito* (§ único). E como este dispositivo não especifica em que hipóteses de crime isso seja possível, entende-se aplicável a todos os crimes propriamente de trânsito; certamente, porém, o juiz no seu natural equilíbrio o fará somente naqueles casos em que as circunstâncias indicarem e exigirem.⁴⁰

Apesar da lei não distinguir, imagina-se que tal pena somente seja possível em crimes de trânsito propriamente ditos, e de imposição *obrigatória*, posto dizer a norma do art. 296 que “o juiz *aplicará a penalidade*”. O Tribunal de Justiça de São Paulo manteve decisão que determinou a suspensão da habilitação do impetrante para dirigir veículo automotor, pelo prazo de duração do processo, com a entrega de sua Carteira Nacional de

⁴⁰ O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 8ª Turma, Rel. Des. Federal Élcio Pinheiro de Castro, j. 11.3.2002, decidiu que “é plenamente justificável a suspensão cautelar da habilitação de motorista que evidencia, de forma acintosa, ser imprudente e perigoso, colocando em risco a segurança da coletividade. Além disso, o comportamento do acusado demonstra descaso frente à autoridade policial e o Judiciário, pelo fato de ter providenciado irregularmente segunda via da Carteira Nacional de Habilitação, apesar de apreendida original em razão de medida decretada pelo juízo monocrático” (RT 801/682).

Habilitação ao respectivo cartório, sob pena de revogação da decisão que lhe concedeu a liberdade provisória⁴¹.

Nos termos do art. 263, I, a cassação do documento de habilitação dar-se-á quando condenado judicialmente por delito de trânsito⁴², observado o disposto no art. 160, determinando este último dispositivo que o *condutor condenado* por delito de trânsito deverá ser submetido a novos exames para que possa voltar a dirigir, de acordo com as normas estabelecidas pelo Contran, independentemente do reconhecimento da prescrição, em face da pena concretizada na sentença.

Para cumprimento da determinação legal, ditou o art. 293, § 1º: *Transitada em julgado a sentença condenatória, o réu será intimado a “entregar à autoridade judiciária, em quarenta e oito horas, a permissão para dirigir ou a carteira de habilitação”*, cuja desobediência enseja o crime do art. 307, § único.

Relativamente a essa consequência ou efeito da condenação, três considerações devem ser feitas:

- posto referir-se a lei expressamente ao *condutor condenado*, a proibição do direito de dirigir não será possível naqueles casos em que o autor do delito de trânsito praticá-lo fora da situação ou condição de condutor de veículo automotor (p.ex., crime de inovação artificial, art. 312);
- a cassação do direito de dirigir, nessa hipótese, somente poderá ocorrer após o trânsito em julgado da decisão condenatória; com isso o legislador seguiu correta orientação jurisprudencial;
- a prescrição em face da pena concretizada na sentença não impede a cassação da habilitação ou permissão. Compreende-se a efetividade dessa medida punitiva na órbita administrativa quando tenha incidido *a prescrição da pretensão executória*, porquanto nessa hipótese subsistem todos os efeitos da sentença condenatória.

⁴¹ Mandado de Segurança n° 990.09.204454-0, 3a Câmara de Direito Criminal, julgamento em 15 de dezembro de 2009, Rel. Des. Luiz Antonio Cardoso.

⁴² Melhor seria prever a imposição da proibição do direito de dirigir, total ou parcial em razão da categoria de habilitação, como se fez no Código Penal português (1995) em seu art. 69º, 2. “A proibição produz efeito a partir do trânsito em julgado da decisão e pode abranger a condução de veículos motorizados de qualquer categoria ou de uma categoria determinada”

Nas hipóteses de *prescrição da pretensão punitiva*, seja a antiga *retroativa* e a *superveniente à sentença condenatória* (art. 110, do Código Penal), a decisão condenatória é totalmente rescindida, posto que, quando proferida, o direito da pretensão punitiva já não mais existia. A incidência de prescrição nessas submodalidades tem por efeito apagar todos os efeitos da sentença condenatória, principais e secundários. É totalmente desconsiderada, como se ela não existisse (a sua única eficácia é quanto à base de contagem, pela pena *in concreto*, do prazo prescricional).

Insubsistente a condenação e, conseqüentemente, inexistente o *trânsito em julgado de decisão condenatória*, entende-se que a cassação da habilitação ou permissão jamais poderá ser decretada se incidir a prescrição da pretensão punitiva em qualquer de suas formas. Por outro lado, aqui já independentemente de qualquer processo penal ou decisão judicial, nos termos do art. 160, § 1º, em caso de acidente grave, o *condutor nele envolvido* poderá ser submetido aos exames exigidos pelas normas do Contran, a juízo da autoridade executiva estadual de trânsito, assegurada ampla defesa ao condutor. Trata-se de providência de ordem unicamente administrativa.

Finalizando, tanto a suspensão para dirigir como a proibição de se obter a permissão ou habilitação, será sempre comunicada pela autoridade judiciária ao Contran e ao órgão de trânsito do Estado em que o indiciado ou réu for domiciliado ou residente (art. 295).

4. Multa

É espécie de pena também já bem conhecida, prevista no art. 49 do Código Penal, tendo por critério *dias-multa*, cujo pagamento, execução e incidentes vêm regrados nos arts. 50 a 52 do mesmo código.

É prevista, cumulativa ou alternativamente para quase todos os delitos de trânsito. As duas exceções são para o homicídio culposo e lesão corporal culposa (arts. 302 e 303).

5. Multa reparatória

É sabido que a grande maioria das ações indenizatórias referem-se a casos de acidentes de trânsito, entupindo o foro civil de processos aos montes. Com a inserção da multa reparatória como penalidade ao autor

de delito, o legislador do trânsito propicia atenuar aquela sobrecarga e, ao mesmo tempo, o sofrimento das vítimas, as quais, após terem suportado todas as conseqüências do acidente, ainda se vêm obrigadas a cansativas demandas visando a reparação do prejuízo sofrido, sem contar com despesas excepcionais a tanto necessárias.

Como bem disse o eminente magistrado do Tribunal de Justiça de São Paulo, José Renato Nalini, em comentários à lei do Juizado Especial Criminal, os quais têm aqui inteira pertinência: “Ao atuar no Juizado Especial, o juiz criminal terá também de se preocupar com a *composição dos prejuízos suportados pela vítima*. Deixe-se de lado a autonomia científica entre o direito civil e o direito penal, a autonomia das duas esferas em que operam. O ideal da lei é considerar uma *solução contextual*. Já agora, a responsabilidade criminal não prepondera sobre a responsabilidade civil. Concerne também à Justiça Penal perquirir se o infrator indenizou a vítima dos danos advenientes de sua ilicitude⁴³”.

Tratando sobre os sistemas da união ou da separação dos processos, existentes quanto à sede em que será julgada a reparação do dano, Antonio Scarance Fernandes leciona: “em que pese a essa divergência, vai-se firmando tendência em admitir, de maneira mais ou menos ampla, a resolução da questão civil no processo penal⁴⁴. Aliás, de conformidade com essa orientação, o código penal espanhol tratou da utilização do processo criminal para aí ser efetivada a reparação de dano, acompanhando assim o moderno direito penal⁴⁵”.

Posto que o instituto da multa reparatória vem insculpido no Código de Trânsito Brasileiro, lei especial portanto, excepcional e especifica-

⁴³ Nalini, José Renato. O juiz criminal e a lei 9.099/95, in R.T. 744/429-446

⁴⁴ Fernandes, Antonio Scarance. O papel da vítima no processo criminal, Malheiros Editores, 1995, p.171. Anota ainda o ilustre doutrinador que “no XI Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, realizado em Budapeste, de 9 a 15 de setembro de 1974, a maior parte dos participantes se manifestou favorável ao sistema chamado de adesão, “que permite à vítima fazer valer no processo criminal suas pretensões ao ressarcimento do dano derivado do delito.

⁴⁵ O Código Penal espanhol de 1995, estabeleceu no seu art. 115: “*Los Jueces y Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente, en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución*”

mente no setor que trata dos crimes de trânsito, a *penalidade* somente será aplicável quando da realização típica de qualquer deles previstos na seção dos crimes em espécie (arts. 302 a 312). Em consequência, não poderá o instituto ser aplicado, sob argumento de semelhança ou igualdade, em outras hipóteses de crime.

Apesar de os tipos dos crimes previstos na lei não trazerem no seu preceito sancionador a *penalidade* de multa reparatória, possibilita-se a sua imposição, *sempre que houver prejuízo material resultante do crime* (art. 297), consistente no pagamento em favor da vítima ou sucessores, de quantia calculada com base no disposto no § 1º do art. 49 do Código Penal.

Considerando que no aspecto formal a natureza penal ou extrapenal do ilícito se diferencia pelo caráter da sanção cominada, talvez melhor fosse, para evitar objeção sobre a sua constitucionalidade e possibilidade de aplicação pelo juiz criminal, que se previsse a imposição de multa reparatória em cada tipo de delito, como assim se faz com relação à multa penal imposta em caráter não substitutivo (art. 58, CP), conformando-se estritamente, assim, com o princípio da legalidade das sanções (art. 1º do Código Penal e art. 5º, XXXIX, da Constituição da República).

Contudo, parece-nos que assim não se fez porque essa pena ou *penalidade* será obrigatoriamente imposta pelo juiz, independentemente de qualquer pedido (necessária apenas a demonstração do valor do prejuízo⁴⁶), seja do Ministério Público ou do lesado, ditando o dispositivo que “a penalidade de multa reparatória consiste no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima ou sucessores, de quantia calculada com base no disposto no § 1º do art. 49 do Código Penal, *sempre que houver prejuízo material resultante do crime*”. Não se trata de simples multa penal prevista no *caput* daquele dispositivo, embora como toda e qualquer multa, seja também uma sanção pecuniária.

Seria uma sanção penal ou sanção civil?

Todo e qualquer delito, sobre ser fenômeno social e que produz um dano social, propicia a imposição de sanção penal. Posto que contempora-

⁴⁶ “Nos crimes de trânsito, se dos autos não há prova do prejuízo material resultante do delito, inadmissível se torna a incidência da multa reparatória prevista no artigo 297, § 1o, da Lei 9.503/97” (Ap. 1.172/697/1 - 5a. Câmara - J. 10.05.00 - Relator Paulo Vitor - RT 783/634).

neamente também pode produzir um dano individual, enseja a imposição de sanção civil, arcando o seu autor com a obrigação de indenizar mediante reparação do dano ou ressarcimento do prejuízo sofrido pela vítima em decorrência do ato lesivo. Designação uma ou outra, trata-se de obrigação consistente numa compensação econômica pelo dano material ou moral.

Na forma introduzida no nosso sistema, a *multa reparatória* não equivale propriamente à *reparação patrimonial*; em relação a esta, a persecução continua sujeita às leis civis, ainda que o dano seja decorrente de prática de crime. A reparação não tem o caráter de sanção punitiva dentro do direito penal pátrio, muito embora haja necessidade social de garanti-la. Porém, seja de interesse público ou privado, certo é que a reparação patrimonial não foi erigida à categoria de pena, confirmando tendência mundial em lhe atribuir natureza civil.

Mas, a dúvida persiste porque o legislador, dando a conotação de pena criminal, determinou que à multa reparatória aplicam-se os arts. 50 a 52 do Código Penal, vale dizer, a sua execução seria de iniciativa do Ministério Público e não do particular lesado. A sua natureza é imprecisa porque não se chega a afirmar que é uma pena no sentido do Direito Penal e nem diz que seja um instituto de natureza civil. Para José Marcos Marrone, a multa reparatória é sanção penal⁴⁷. Temos, porém, que a multa reparatória não é nem *sanção penal* e nem *sanção penal com efeitos civis*. Ao contrário, é verdadeiramente sanção civil, recebendo aquela denominação pelo legislador para viabilizar a sua imposição no processo penal. Fosse de natureza penal, haveria de ser cominada para cada tipo legal de crime, tal como se sucede no sistema do código penal (art. 58). Aliás, a natureza civil do instituto está evidenciada no § 3º do art. 297: “na indenização civil do dano, o valor da multa reparatória será descontado”, querendo assim dizer que esta integra aquela⁴⁸. Fosse sanção penal, em obediência ao princípio da

⁴⁷ Marrone, José Marcos. Delitos de Trânsito, Ed. Atlas, 1998, p. 26

⁴⁸ Nesse sentido, doutrina de Paulo José da Costa Jr. e Maria Elizabeth Queijo, Comentários aos crimes do Novo Código de Trânsito, Ed. Saraiva, 1998, p. 36. Para Fernando Capez e Victor Eduardo Rios Gonçalves, a multa reparatória não é pena, mas mero efeito secundário extrapenal da condenação (Aspectos Criminais do Código de Trânsito Brasileiro, Saraiva, 1998, p. 18). Ruy Carlos de Barros Monteiro relata que “é a obrigatoriedade do desconto, prevista no § 3º do art. 297, que lhe marca a natureza de meio de antecipação de parcela da indenização a ser obtida na esfera civil.

legalidade das penas, haveria de ser ela prevista especificamente para cada tipo de delito e não genericamente como se fez, determinando a sua aplicação *sempre* que houver prejuízo material resultante do crime.

Muito embora aparente estranha a introdução dessa espécie de *penalidade* a ser aplicada no processo penal, o art. 5º, XLV, da Constituição da República, a autoriza, ou pelo menos não a impede, dizendo que “*nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido*”. Demais disso, conhecidas são as medidas nitidamente de cunho civil e que são determinadas no processo penal, a exemplo do seqüestro e hipoteca legal de imóveis (arts. 125 e seguintes, do Código de Processo Penal).

Em razão mesmo desse princípio de personalização da pena, previsto como garantia fundamental do homem, pela sua impenibilidade exclusivamente ao autor do crime, acaso fosse sanção penal a multa reparatória, evidente que seria ela intransferível e, portanto, impossível de serem compelidos ao seu pagamento, após sentença condenatória trânsita em julgado, eventuais herdeiros sucessores do devedor, ensejando certa inocuidade na aplicação da *penalidade* que desapareceria tão somente por causa da morte do devedor.

Oferece-se, ainda, outro argumento para indicar a natureza civil da sanção. Embora a multa reparatória, de regra, deva ser imposta ao autor do crime, nem sempre será ele, sozinho, a pessoa civilmente responsável pela reparação, além do quê poderá não ser ele economicamente capaz de suportá-la, a exemplo do modesto motorista empregado que no exercício da atividade laboral vier a cometer delito de trânsito causando prejuízo

Assim, não foi por mero acaso que o Substitutivo do Senado Federal inseriu a previsão da multa reparatória entre as “Disposições Gerais” do Cap. XIX do CTB, pois prevê-la como “pena” importaria flagrante desvio de sua finalidade (meio de antecipação ou adiantamento da indenização” (Crimes de Trânsito, Ed. Juarez de Oliveira, 1999, p. 78). “Diversamente, no encontro realizado em 3 de abril de 1998 pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo e Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminal, foi aprovada a conclusão 4) “A multa reparatória, aplicável aos crimes de trânsito, que tem por objeto a satisfação do ofendido ou de seus sucessores, possui natureza penal, podendo ser acumulada com a multa cominada no tipo legal” (Aviso n. 127/98 - PGJ, publicado no D.O.E. de 8/4/1998, p. 31)

material, caso em que a tanto deverá ser compelido o responsável pela reparação civil (art. 932 e incisos do Código Civil)⁴⁹.

A multa reparatória, sobre ser sanção civil e não sanção penal a ser imposta por sentença, *não poderá ser objeto de transação penal* a ser proposta pelo Ministério Público. Primeiro, porque obviamente o art. 76 da Lei nº 9.099/1995 cuidou da possibilidade de proposta de pena restritiva de direitos ou multas como *sanções penais*. Depois, ainda que se entendesse ser a multa reparatória uma sanção civil, na pluralização da palavra *multas* jamais poderia ser ela inclusa, mesmo porque aquela lei do Juizado Especial Criminal, exatamente por ser anterior à Lei nº 9.503/1997, não podia prever a sua instituição, antes inexistente no nosso sistema jurídico, nos casos acidentais de trânsito.

Poderá, contudo, haver *composição dos danos civis* na forma do art. 74, que, se concretizada, tornará prejudicada a imposição da multa reparatória.

A instituição da multa reparatória representa um grande avanço no direito penal brasileiro; mas, ainda assim, agiu timidamente o legislador, porquanto poderia mesmo prever a possibilidade de imposição da reparação integral do dano causado pelo crime, admitido em outros sistemas (p.ex., art. 29⁵⁰ do Código Penal da Argentina e art. 538⁵¹ do Código de Processo Penal da Itália). A prática de qualquer infração penal nem sempre produz um dano material, já que a criminalização das condutas tem

⁴⁹ Por razões semelhantes, o art. 72 da Lei n. 9.099/1995 (Juizados Especiais Criminais) determina que na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima, e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade de composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

⁵⁰ art. 29 do CP da Argentina (Ley n. 11.179, Decreto n. 3992/84): *La sentencia condenatoria podrá ordenar: 2. La indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba.*

⁵¹ art. 538 do “Codice di procedura penale” da Itália (d.P.R. 22/9/1988, n. 447): Art. 538. Condanna per la responsabilità civile. 1. Quando pronuncia sentenza di condanna, il giudice decide sulla domanda per le restituzioni e il risarcimento del danno, proposta a norma degli articoli 74 e seguenti. 2. Se pronuncia condanna dell'imputato al risarcimento del danno, il giudice provvede altresì alla liquidazione, salvo che sia prevista la competenza di altro giudice. 3. Se il responsabile civile è stato citato o è intervenuto nel giudizio, la condanna alle restituzioni e al risarcimento del danno è pronunciata anche contro di lui in solido, quando è riconosciuta la sua responsabilità.

por fundamento a proteção dos valores materiais e também dos imateriais mais relevantes para a sociedade. Até hoje, no nosso sistema, a obrigação de indenizar o dano é apenas “efeito da condenação” (art. 91 do Código Penal), incumbindo ao lesado buscar os meios de satisfação de seu direito na jurisdição civil. Mais avançado é o art. 116 Estatuto da Criança e do Adolescente, que possibilita aplicação ao adolescente autor de ato infracional com reflexos patrimoniais, a medida sócio-educativa de obrigação de reparar o dano.

Considerando que o delito atenta contra o ordenamento jurídico, o dano por ele causado deve ser reparado de modo mais completo possível. Há interesse público nisso, seja o dano moral sofrido pela coletividade, seja o dano sofrido diretamente pelo titular do bem material atingido pela infração. A multa reparatória é forma parcial de ressarcimento do prejuízo causado e procede diretamente do direito composicional já introduzido no nosso sistema através do art. 74 da Lei do Juizado Especial Criminal, cuja efetividade enseja a definição do caso penal pela automática renúncia do direito de representação. Assim, o instituto da multa reparatória cumpre uma *função pública* na exata medida em que, ordenando a reparação do prejuízo material sofrido pelo lesado, reafirma-se o interesse público na reparação do dano particular ou privado, estabelecendo-se uma defesa dos direitos dos cidadãos ofendidos pelo crime e não somente a defesa dos direitos do Estado.

Entendendo-a pena ou *penalidade* de natureza civil, imposta com base somente na *demonstração do prejuízo material*, lança-se dúvida sobre a constitucionalidade de sua imposição em virtude da ausência de dilação probatória e supressão do contraditório acerca dos valores da reparação. A falta dessa previsão e regulação da matéria, poderá desalentar o juiz de impô-la no processo criminal, na cautela de evitar que este se torne palco de discussões relativas a questões de natureza civil.

Todavia, a obediência à legalidade estrita pode comprometer a interessante finalidade do instituto voltado sobretudo para as vítimas economicamente menos favorecidas (as mais favorecidas, desde logo contratarão advogados e proporão as ações civis visando não somente a reparação do prejuízo material, mas também do dano moral). Se bem que o contradi-

tório penal não possa abranger o civil⁵², no nosso sistema a sentença penal condenatória transitada em julgado constitui título executivo judicial (art. 584, II, do Código de Processo Civil), dessa maneira impondo ao autor do crime o dever de indenizar e, por isso, mais cedo ou mais tarde, o prejuízo material haverá de ser reparado.

Posto que a multa reparatória somente será aplicada, obviamente, em sentença penal condenatória, segue-se que o legislador, na pretensão de acelerar o seu pagamento, nada dispôs sobre a contraditoriedade e sua necessidade, talvez porque no sistema do código penal pátrio, um dos efeitos automáticos da condenação é *tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime* (art. 92, I). No que se refere ao valor indenizatório, ainda que sujeito à possível discussão, nada impede que o juiz, *cum grano salis*, e tendo por base a demonstração feita pelo interessado, fixe razoavelmente o *quantum*, ainda que arrisque fazê-lo inferior àquele efetivamente devido, porquanto, nos termos da lei, a multa reparatória será descontada da indenização total do dano.

Assim entendida, a *penalidade* independe de ação ou requerimento do interessado, e, pois, seria ela imposta de ofício pelo juiz⁵³. Mas, essa aplicação *ex officio* da multa reparatória deve ser entendida em termos. Tratando-se de prejuízo material resultante do crime, acerca do qual o interesse da vítima ou sucessores na reparação civil é eminentemente de natureza privada e, portanto, disponível, não poderá o juiz determinar, contra a vontade ou mesmo renúncia de quem de direito, a demonstração do valor do prejuízo. No entanto, se o fizer o titular do direito, evidentemente estará manifestado seu interesse, independentemente de reque-

⁵² Cezar Roberto Bittencourt sustenta: “não vemos nenhuma dificuldade para aplicar o disposto no art. 297 do CTB. O *contraditório* e a *ampla defesa* assegurados para a *instrução criminal* serão estendidos à comprovação do *prejuízo material resultante do crime* e à *execução* da multa reparatória” (Alguns aspectos controvertidos do Código de Trânsito, RT 754/490)

⁵³ Maurílio Moreira Leite, ilustre Procurador de Justiça em Santa Catarina, entende que a imposição da multa reparatória está condicionada a requerimento exposto na denúncia, em face da proibição de julgamento ultra e extra petita (Multa Reparatória, in Revista da APMP, n. 18, pp.61/63). Jorge Henrique Schaefer Martins, magistrado catarinense, argumenta, contudo, que “a exegese do texto legal indica que a multa reparatória é obrigatoriamente aplicada, sempre que resultar prejuízo material, acrescendo-se às demais punições aplicáveis” (Aspectos Criminais do código brasileiro de trânsito, RT752/449)

rimento formal, possibilitando ao juiz aplicar a *penalidade* nos limites estabelecidos em lei⁵⁴.

Interessantemente, no sistema do código penal argentino que prevê a possibilidade de o juiz, na sentença condenatória, ordenar a indenização à vítima, sua família ou a um terceiro, entende Zaffaroni que o “poderá ordenar” do art. 29 demonstra que a indenização do dano *não forma parte do sistema repressivo*. Com toda razão disse Nuñez que se a reparação formasse parte do sistema repressivo, o juiz estaria obrigado a ordená-la sempre na sentença condenatória, ainda que a parte interessada não a tivesse pedido e ainda que esta tivesse a ela renunciado, já que tudo aquilo que integra o sistema repressivo sobrepõe ao interesse privado⁵⁵.

Elogiável o intuito do legislador, embora pudesse melhor regrar a questão introduzindo mecanismos adequados para propiciar a ampla discussão e defesa, já que a multa reparatória em alguns casos poderá de elevada quantia. Rotineiramente, os danos causados por motoristas imprudentes não são ressarcidos ou somente são ressarcidos após penosa e longa demanda. Procurou, dentro do processo penal por crime de trânsito, uma maneira de atenuar esse sofrimento da vítima, compelindo o seu autor ao pagamento, pelo menos, dos *danos materiais* dele resultantes.

⁵⁴ Edison Miguel da Silva Jr. e Mozart Brum Silva, respectivamente coordenador do Centro de Apoio às Promotorias Criminais de Goiás e Presidente da Associação goiana do Ministério Público, discordando que a multa reparatória tem natureza exclusivamente civil, expressam que há necessidade de serem preenchidos dois requisitos: obrigatoriedade do requerimento do titular do direito à reparação e prejuízo material resultante do crime (Crimes de trânsito: multa reparatória, in Boletim do IBC-Crim, n. 68, julho de 1998, p. 13 e RT 757/435)

⁵⁵ Zaffaroni, Raúl Eugenio, Tratado de Derecho Penal, Ediar, Buenos Aires, 1988, VI/474-475. Anota mais, aí, o emérito penalista, sugestão da instituição da multa reparatória como forma substitutiva das penas privativas de liberdade: “Debe quedar aclarado que nos estamos refiriendo a la indemnización del daño en la forma en que ésta está regulada en nuestro sistema, es decir, como una cuestión civil. De “lege ferenda” compartimos los criterios político-criminales que postulan la introducción de sustitutivos penales, entre los cuales se cuenta la multa reparatoria, como instituto proveniente de una suerte de derecho compositivo, capaz de reemplazar en buena parte las penas privativas de libertad. Pero debe quedar claro que esta es una cuestión por entero diferente, en que la reparación compositiva cumpliría una verdadera función de pena pública que, en rigor, en lugar de afectar la libertad ambulatoria del penado, afectaría su libertad laboral y su derecho salarial. Este enunciado demuestra que tal sustitutivo no tiene nada que ver con la simple reparación civil de nuestro derecho positivo”.

Dano é deterioração de algo em conseqüência do ato lesivo; possui, nos termos da lei, sentido econômico, de diminuição patrimonial e que corresponde ao prejuízo causado por ação de outrem e, nessa configuração, o dano material propicia dois modos de sua reparação: pelo *ressarcimento* consistente na recomposição da situação anterior, mediante compensação de soma pecuniária equivalente e pela *reparação específica*, ou reintegração, pelo que a reparação é feita mediante restituição ao sujeito do estado anterior ao dano.

No sentido pretendido pelo legislador, a multa reparatória tem por finalidade compelir o autor do delito ao cumprimento parcial da obrigação de indenizar, mediante compensação em dinheiro, do prejuízo material sofrido pela vítima ou sucessores.

Mas, surge aqui uma indagação: *vítima do crime* ou *vítima do dano resultante do crime*?

Explica-se: posto ter a lei dito que a “multa reparatória consiste no pagamento, mediante depósito judicial *“em favor da vítima ou seus sucessores...sempre que houver prejuízo material resultante do crime”*”, teria restringido o seu alcance, pois quando uma lei penal emprega a palavra *vítima*, refere-se àquela pessoa que sofre a ação delituosa, vale dizer, “vítima do crime” e não extensivamente “vítima do dano resultante do crime”. São coisas diversas. Assim, poderia ocorrer a seguinte situação: o condutor de um automóvel culposamente causa lesão corporal num pedestre (vítima do crime) e, perdendo o controle de direção, na seqüência, danifica automóvel de outrem (vítima do dano resultante do crime). O titular deste bem, embora tenha sofrido prejuízo material resultante do crime, não foi vítima do crime em si mesmo.

Vem à baila, a questão da classificação dos crimes: de dano e de perigo. O crime de dano (p.ex., lesão corporal, homicídio etc.) pode não produzir o dano e apenas perigo para a incolumidade individual (tentativa branca), mas assim mesmo permanecerá classificado com crime de dano. No crime de perigo (p. ex., dirigir embriagado um veículo automotor), a vítima é a coletividade, mas esse crime pode eventualmente produzir um dano (p.ex., se na seqüência esse veículo colide contra o muro de uma casa destruindo-o); apesar do resultado danoso, o crime continua sendo de perigo. O dono do muro, embora tenha sofrido prejuízo material, não é vítima do crime, mas, sim, vítima do dano resultante do crime.

Porém, não nos parece ter sido intuito de legislador deixar à margem da norma, tais situações de comum ocorrência. Na tentativa de *salvar* a lei que poderá produzir bons frutos, imagina-se que “vítima” a que se refere o art. 297, dada a natureza eminentemente civil do instituto, deva ser entendido como sendo o *lesado pelo crime* ou *vítima do dano resultante do crime*⁵⁶. Desta maneira, nos casos exemplificados, os proprietários do automóvel e do muro danificados pelo crime seriam beneficiários da multa reparatória. E nem teria sentido, teleologicamente, tratar desigualmente certas situações semelhantes seguintes:

- a) “A” dirigindo um veículo automotor, culposamente colide contra o automóvel pertencente a “B” e pelo mesmo dirigido, causando-lhe lesões corporais. “B” é beneficiário da multa reparatória porque, sendo vítima do crime, em seu favor deverá ser feito o depósito da quantia correspondente ao prejuízo material resultante do crime;
- b) o mesmo não se passaria se o veículo dirigido por “B” pertencesse a terceira pessoa, p. ex., de aluguel ou emprestado. Vítima do crime é “B” pessoa que sofreu a lesão corporal; porém, o prejuízo material é sofrido pela empresa locadora desse veículo ou pelo amigo que o emprestou à vítima (evidentemente, além do prejuízo material sofrido pela vítima da lesão corporal). Porém, nesse caso,...o autor do crime não poderia ser compelido à multa reparatória dos danos produzidos no veículo porque, como manda a lei, esta é feita *mediante depósito judicial em favor da “vítima”* que é a pessoa “B”.

Reconheça-se que por esse raciocínio podem ser antevistas situações complicadoras dentro do processo penal, principalmente quando os interessados lesados (embora não vítimas dos crimes), por si ou por seus advogados, assistentes de acusação, procurarem demonstrar os prejuízos materiais por eles sofridos para ulterior fixação de seu valor pelo juiz. Imagina-se, contudo, poderem ser atenuadas tais situações, vez que não se

⁵⁶ De opinião diversa é Marcellus Polastri Lima para quem o legislador referiu-se à vítima e seus sucessores e que se terceiros fossem visados, certamente se teria adotado o princípio da adesão facultativa (*in* O processo penal dos crimes de trânsito, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2001, p. 188)

cuidará propriamente de indenização total dos prejuízos materiais - a qual poderá contudo acontecer, já que o teto da multa reparatória será o valor do prejuízo demonstrado no processo -, mas tão somente de fixação de um *quantum* que, à vista da demonstração feita, possa pelo menos diminuir aqueles prejuízos sofridos pelo lesado.

Como se depreende do texto legal, a multa reparatória não se presta à substituição da indenização integral, mas consiste numa autêntica antecipação dela, pelo pagamento parcial. Dessa forma, ela se destina à cobertura de prejuízos materiais decorrentes do crime, exemplificadamente, do conserto do veículo, despesas hospitalares, médicas e farmacêuticas; conserto ou reposição do poste, do muro ou duma casa etc. Compreendem-se não somente os danos emergentes, mas também os lucros cessantes porque ambos se constituem em prejuízo efetivo sofrido pelo lesado como sucede com o motorista de táxi que teve seu veículo danificado em crime de trânsito. Posto referir-se a lei apenas aos *danos materiais*, impossível a sua imposição para a reparação de *danos imateriais ou morais*.

O legislador utiliza a palavra *penalidade* e não *pena* de multa reparatória; para ele não são coisas distintas, tanto que em diversas outras oportunidades se refere à *penalidade* (arts. 292, 293 e § 2º, 296 e 298); mas, no preceito sancionador dos crimes em espécie já utiliza o termo *pena*, melhor acertando na técnica penal consagrada no nosso direito.

A multa reparatória, consistindo numa antecipação da indenização por reparação, se faz mediante dinheiro (já que a lei diz em “quantia calculada”) do *prejuízo material* resultante do crime, sofrido pela vítima do fato danoso, ou seus sucessores. Inadmissível será a triplicação da multa reparatória, porque o legislador, neste ponto, não se remeteu ao § 1º do art. 60 do mesmo diploma, além do quê não teria sentido elevar valores indenizatórios de prejuízos materiais apenas em razão da melhor condição econômica do réu.

O valor da multa reparatória é limitado: não poderá ser superior ao valor do prejuízo *demonstrado no processo* (art. 297, § 1º) e poderá ser cobrada na forma dos arts. 50 a 52 do Código Penal. Dessa maneira, no processo penal por delitos de trânsito que tenham causado prejuízo material, o laudo pericial indicando a extensão dos danos produzidos assumirá

maior importância, permitindo-se ao interessado apresentar documentos demonstrando os prejuízos sofridos e o valor para sua reparação.

Apesar de se dizer que “aplica-se à multa reparatória o disposto nos arts. 50 a 52 do Código Penal” (art. 297, § 2º), oportuno teria sido o legislador explicar, até mesmo em face de divergências que se criaram, quem estaria legitimado à ação de execução dela: se o Ministério Público ou o lesado. Até se entende o silêncio, porque aqui estaria dando a conotação de pena criminal, mas a disposição contida no § 3º, determinando a sua redução da “indenização civil do dano”, de maneira indefectível aponta para a natureza civil do instituto. Se o Ministério Público, não se pode entendê-lo advogando uma questão de interesse exclusivamente privado; até certo ponto se entenderia a atuação do órgão ministerial se o lesado fosse coincidentemente a vítima do crime (art. 68 do Código de Processo Penal), mas coisa diversa é se o lesado não carrega essa condição ou, ainda, se o lesado for uma entidade pública cuja representação judicial lhe é vedada (art. 129, IX, da Constituição da República). Se legitimado o lesado, estaria iniciando uma execução civil, com assistência de advogado, no campo da execução penal, embora multa reparatória não seja sanção penal e, ainda, desvirtuando completamente o processo de execução criminal que é sempre de iniciativa pública.

Finalizando, deve ser lembrado que a Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998, alterando o sistema de penas restritivas de direitos do código penal, introduziu, ao lado da prestação de serviço comunitário, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana, a *prestação pecuniária* e a perda de bens e valores. Interessa-nos aquela destacada, dispondo o art. 45, § 1º: “A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários”.

A jurisprudência orienta que na prestação pecuniária o valor é fixado levando-se em consideração a posição econômica do réu e a extensão dos danos causados à vítima” (TJGO ACr 21094-0/213, Rel. Des. Paulo Teles, julgamento em 22.11.2001). Resolução nº 154, de 13 de julho de

2012, do Conselho Nacional de Justiça, determina que na execução da pena de prestação pecuniária, o recolhimento dos valores pagos seja feito em conta judicial.

Por fim, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que “*Havendo prejuízo material resultante da prática de crime previsto no Código de Trânsito Brasileiro, mostra-se cabível a aplicação da multa reparatória prevista no art. 297 da Lei n. 9.503/97. Não há qualquer incompatibilidade na aplicação cumulativa da multa reparatória e da prestação pecuniária como substitutiva da pena privativa de liberdade*” (STJ, Resp 736.784/SC, 5a. Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJU 13.3.2006).

6. Circunstâncias agravantes

Art. 298: São circunstâncias que sempre agravam as penalidades dos crimes de trânsito ter o condutor do veículo cometido a infração:

I. com dano potencial para 2 ou mais pessoas ou com grande risco de grave dano patrimonial a terceiros.

O legislador entrou numa seara complicadíssima do direito penal ao se referir em “dano potencial”, expressão essa empregada também no art. 308. Utilizou ainda a expressão “perigo de dano” nos arts. 309 e 311.

A lei aqui não seguiu a classificação dos crimes em *crimes de dano* e *crimes de perigo*, que nada tem a ver com o resultado do crime. Essa classificação refere-se ao *tipo penal* e não ao fato concretamente realizado. Dessa maneira, um crime de perigo pode produzir um resultado de dano (ex., perigo de contágio venéreo e efetivo contágio), mas continua com a sua característica de crime de perigo. O crime de dano pode não produzir um resultado danoso, mas apenas perigo (imagine-se uma tentativa branca de homicídio ou um furto frustrado), mas a natureza de crime de dano subsiste. Dano e perigo são apenas adjetivos de uma conduta delituosa (esta é sempre uma conduta lesiva, porque não se admitiria crime sem lesividade).

Na visão do legislador, que se preocupou com o aspecto da reparação civil do ilícito penal, o dano é resultado do crime, como evento naturalístico. Pensamos não existir diferença, no sentido empregado pelo legislador, entre *dano potencial* e *perigo de dano*. Não há nenhum interesse prático em distinguir o dano (real e potencial) do perigo. O dano, se não é efetivo e

nem real, é um perigo que aconteceu, pelo que entre dano potencial e perigo não existe diferença. Possibilidade ou probabilidade de dano é um perigo que alguns denominam de *dano potencial*. De uma maneira ou de outra, é um dano que *poderia ter ocorrido*, mas não ocorreu. Por exemplo, uma pessoa atira em outra, mas não a atinge: quase houve morte (resultado), ou seja, houve perigo que *quase* causou um dano mas tal não ocorreu; a vítima *correu perigo*, quase houve dano, mas não houve.

Dano, no sentido bem genérico e no sentido de ofensa ao bem jurídico tutelado pela lei, pode ser efetivo (porque há sua destruição ou perda) ou potencial (porque não há sua destruição ou perda).

Assim, “dano potencial”, pelo que se entende, é o mesmo que “perigo de dano”. Se isso acontecer para duas ou mais pessoas, agrava-se a pena. Sucedendo que culposamente o autor fere uma pessoa (dano efetivo com relação a esta), mas a sua conduta “quase” causa lesões em duas ou mais pessoas, incide a agravante.

Agrava-se a pena, também, se o autor cometeu o crime “com *grande risco de grave dano* patrimonial a terceiros”. Se houver *pequeno risco* de grave dano, ou se houver *grande risco* de leve dano ao patrimônio de terceiros, não incide a agravante. Mas, o que quis dizer o legislador? Arrisquemos, com grande risco de grave erro: na realização da conduta criminosa, esta deve assumir proporção tamanha que o patrimônio de terceiro quase sofre um prejuízo patrimonial enorme. O sujeito, sem permissão ou habilitação legal, tresloucadamente dirigindo um automóvel pela via pública, ziguezagueando, *quase*, por pouco, o veículo não entra numa casa de outrem. Responderia pelo crime do art. 309 com acréscimo na pena.

II. utilizando o veículo sem placas, com placas falsas ou adulteradas.

As placas são um dos elementos de identificação do veículo (arts. 115 e seguintes úteis), cuja violação ou falsificação constitui infração administrativa (art. 230), tal como portar no veículo placas de identificação em desacordo com as especificações e modelos estabelecidos pelo Contran (art. 221). Objetivou o legislador, como é intuitivo, evitar as dificuldades naturais na identificação do veículo e, conseqüentemente, do autor da conduta delituosa.

Não é difícil ver veículos naquelas condições, notadamente motocicletas para se livrarem os condutores das medidas administrativas puni-

tivas pelos freqüentes atos atentatórios contra a segurança no trânsito. E aquele que dirige um veículo automotor nessas condições, por negligência ou má-fé, pretenderia se safar da ação das autoridades públicas a começar por fugir da responsabilidade civil ou criminal que lhe possa ser atribuída (crime do art. 305).

Referindo-se a placas falsas ou adulteradas, evidencia-se o dolo nesse comportamento. Mas, quando se trata de veículo sem placas, poderá isso ocorrer dolosa ou culposamente, caso em que somente na primeira hipótese será caso de incidência da agravante. Evidentemente, ela não incidirá se tal circunstância for eventual, mas devidamente autorizado a trafegar pela autoridade competente, como acontece com os veículos novos. Ou, ainda, se as placas forem perdidas ou arrancadas por ação de terceiros. Não há aí nem negligência e nem dolo e a responsabilização não pode ser objetiva. Todavia, se o condutor se aproveitar dessa situação (*rectius*: dolosamente) para fugir da responsabilidade civil ou criminal, incidirá a agravante.

Adulterar placas é forma de falsificá-las, como o é também remarcar esse elemento identificador do veículo, verbos empregados no tipo do art. 311 do Código Penal (introduzido pela lei 9.426, de 24 de dezembro de 1.996), cominando severa pena de reclusão de três a seis anos, e multa. Essa figura penal não recrimina o *uso* de veículo com placas falsas, conduta que também não é penalmente típica no Código de Trânsito Brasileiro. Assim, se o condutor do veículo cometer homicídio culposo no trânsito e tiver sido o falsificador das placas do veículo, responderá pelos dois delitos (art. 302, CTB e 311, CP) em concurso material; porém, nesse caso não poderá incidir a agravante porque haveria uma dupla punição por atos sucessivos vinculados com o mesmo propósito (falsificação das placas e seu uso posterior).

III. sem possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação.

O legislador não ressaltou, no *caput*, que a circunstância deveria agravar a pena desde que não fosse *elementar* do crime, como o faz corretamente o art. 61 do Código Penal. Se o sujeito dirige *sem a devida permissão* ou *habilitação*, comete o crime do art. 309 e não pode, evidentemente, incidir a agravante em questão, sob pena de dupla punição pelo mesmo fato.

Mas, aqui parece não ter sido bem claro o legislador. Tem-se a impressão que a agravante incidiria quando o agente não possui o *documento* de permissão, pois na seqüência diz *carteira de habilitação*. Uma coisa é dirigir sem permissão e outra sem o *documento* de permissão. E, dirigir sem habilitação (inabilitado, portanto), não é a mesma coisa que dirigir sem a *carteira* de habilitação (que também é documento).

Tudo decorre de confusa redação da lei. Já no art. 148, § 2º, diz que “ao candidato aprovado será conferida *Permissão para Dirigir*, com validade de um ano”; mas, no seu § 3º diz: “A *Carteira Nacional de Habilitação* será conferida ao condutor no término de um ano...” e não que a *habilitação* será conferida. Teria sido mais fácil dizer que a permissão ou habilitação serão deferidas àqueles aprovados nos exames.

Veja-se, ainda para mostrar a confusão de interpretação possível de ser provocada, que o art. 269, *caput*, determina à autoridade de trânsito adotar as seguintes medidas administrativas: ...III- recolhimento da Carteira Nacional de Habilitação; IV - recolhimento da Permissão para Dirigir... querendo dizer, obviamente, dos *documentos* de habilitação e permissão para dirigir, característica que se depreende também do art. 159 “*caput*”: A Carteira Nacional de Habilitação *expedida em modelo único*...” Aliás, dispendo sobre as infrações puníveis no âmbito administrativo, no art. 162, I, o legislador utiliza a expressão: Dirigir veículo: I - sem possuir carteira nacional de habilitação ou permissão para dirigir: infração - gravíssima. E, por fim, expressamente, no art. 269, § 3º: são documentos de habilitação a Carteira Nacional de Habilitação e a Permissão para Dirigir.

O art. 309 tem redação absolutamente correta: “Dirigir veículo automotor, em via pública, *sem a devida permissão para dirigir ou habilitação*, ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano”, dessa forma punindo a conduta do *não permitido e do não habilitado*. É claro, impunível penalmente a conduta de dirigir sem estar de *posse* dos documentos de permissão e habilitação.

Aqui na agravante, a expressão “sem possuir permissão para dirigir ou carteira de habilitação” quer dizer sem estar permitido ou habilitado, mesmo porque se quisesse dizer outra coisa, teria dito: “sem portar”, como empregado no art. 159, § 1º: “é obrigatório o *porte* da Permissão para Dirigir ou da Carteira Nacional de Habilitação” e, mais no art. 232 ao ditar: conduzir veículo sem os *documentos de porte obrigatório*.

Portanto, incide a agravante quando da prática do crime o seu autor não tiver autorização legal (sem permissão e sem habilitação para dirigir veículo automotor). Embora tal fato se constitua em crime autônomo (art. 309), o mesmo terá por função apenas agravar a pena. Não haverá qualquer espécie de concurso com esse delito na hipótese de homicídio culposo ou lesão corporal culposa cometido no trânsito pelo autor inabilitado ou não permitido.

Esta circunstância agravante, a par de se constituir em causa especial de aumento de pena nos crimes de homicídio e lesão corporal culposos, cf. arts. 302, § 1º, I, e 303, § único, será possível incidir em quase todos os demais crimes previstos no Código de Trânsito, principalmente fuga do local do acidente, embriaguez ao volante, participação em “racha” e tráfego em velocidade incompatível (arts. 305, 306, 308 e 311). Veja-se que, se na realização de qualquer um deles, numa só conduta, o autor também estiver dirigindo veículo automotor sem possuir permissão para dirigir ou habilitação, teríamos autêntico concurso formal com o crime do art. 309. Porém, nesses casos, a realização típica será única, incidindo unicamente a agravante genérica do art. 298, III⁵⁷.

IV. com Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação de categoria diferente da do veículo.

As categorias de habilitação, de A a E (na forma crescente segundo o grau de dificuldade ou responsabilidade para dirigir o veículo), estão regradadas nos artigos 142 a 146. Se o sujeito habilitado para a categoria A, mas dirigindo um veículo para o qual se exige a categoria B, ou C, ou D, ou E, cometer um crime de trânsito, incide a agravante.

Porém, se ocorrer o inverso? Se o sujeito habilitado para a categoria B, estiver dirigindo um veículo para o qual se exige a categoria A, e vier a cometer um crime de trânsito, incide a agravante? A lei, neste ponto, não faz tratamento diverso, posto que utiliza a expressão “categoria diferente” (assim, A é diferente de B, que é diferente de C etc.).

Tivemos pensado que o legislador devesse utilizar a expressão “categoria diferente da do veículo e de habilitação *inferior*”. O raciocínio

⁵⁷ Com fundamento doutrinário de Fernando V. Velásquez, v. “concurso aparente de normas e concurso de crimes” referentes ao homicídio culposo e lesão corporal culposa.

intuitivo gera o equívoco de considerar que o habilitado ou permitido para uma categoria superior, em razão das características do veículo, possa dirigir aquele para o qual se exige categoria inferior. Embora assim seja, via de regra, em face do disposto no art. 143 ao estabelecer que “os candidatos poderão habilitar-se nas categorias de A a E, obedecida a seguinte *gradação...*”, levando a supor que essa gradação ou graduação é que poderia interferir no reconhecimento ou não da agravante, o certo é que esse raciocínio nem sempre será exato.

Ocorre que, nas categorias de habilitação do condutor de veículo motorizado, algumas são específicas e restritivas e, há mais que abrangem outras categorias, sem que uma seja pressuposto de outra. Das disposições contidas na lei regrando a classificação da habilitação, tem-se que:

1) o condutor habilitado somente para veículo motorizado de duas ou três rodas, com ou sem carro lateral (**categoria A**), em razão da restrição (art. 143, I):

- a) está legalmente habilitado para dirigir somente veículo com essa especificação;
- b) não estará legalmente habilitado para dirigir veículos para os quais se exigem as categorias B, C, D e E;

2) o condutor habilitado para demais veículos motorizados cujo peso bruto total não exceda a 3.500 quilogramas e cuja lotação não exceda a 8 lugares, excluído o motorista (**categoria B**):

- a) está legalmente habilitado a dirigir veículos motorizados com essa especificação (art. 143, II);
- b) não estará legalmente habilitado para dirigir veículo motorizado de duas ou três rodas (a categoria A é específica e não abrangida pela categoria B);
- c) não estará legalmente habilitado para dirigir veículos motorizados para os quais se exigem as categorias C, D e E;

3) o condutor habilitado para dirigir veículos motorizados utilizados no transporte de carga, cujo peso bruto total exceda a 3.500 quilogramas (**categoria C**):

- a) está legalmente habilitado para dirigir veículos motorizados com essa especificação;

- b) está legalmente habilitado para dirigir veículos motorizados para os quais se exige a habilitação na categoria B, porque para habilitar-se na categoria C, o condutor deverá estar habilitado no mínimo há um ano na categoria B (art. 143, § 1º);
 - c) não está legalmente habilitado para dirigir veículo motorizado de duas ou três rodas (a categoria A é específica e não abrangida pela categorias B e C);
 - d) não está legalmente habilitado para dirigir veículos para os quais se exige a habilitação nas categorias D e E;
- 4) o condutor habilitado para dirigir veículos motorizados utilizados no transporte de passageiros, cuja lotação exceda a 8 lugares, excluído o do motorista (**categoria D**⁵⁸):
- a) está legalmente habilitado para dirigir veículos motorizados com essa especificação;
 - b) está legalmente habilitado para dirigir veículos motorizados para os quais se exige a habilitação nas categorias B e C porque para habilitar-se na categoria D, o condutor deverá ter no mínimo dois anos de habilitação na categoria B, ou no mínimo um ano na categoria C (art. 145, II, “a”);
 - c) não está legalmente habilitado para dirigir veículo motorizado de duas ou três rodas (a categoria A é específica e não abrangida pelas categorias B, C e D);
 - d) não está legalmente habilitado para dirigir veículos para os quais se exige a habilitação na categoria E;
- 5) o condutor habilitado para dirigir veículos combinados, em que a unidade tratora se enquadre nas categorias B, C ou D e cuja unidade acoplada, reboque, semi-reboque ou articulada tenha 6.500 quilogramas ou mais de peso bruto total, ou cuja lotação exceda a 8 lugares, ou, ainda, seja enquadrado na categoria *trailer* (**categoria E**):
- a) está legalmente habilitado para dirigir veículos motorizados com essa combinação e especificação;

⁵⁸ Note-se que, independentemente da quantidade de lugares, para o transporte de escolares, o motorista deverá ser habilitado na categoria D (art. 138, II)

- b) está legalmente habilitado para dirigir veículos motorizados na categoria C, porque para habilitar-se na categoria E, o condutor deverá estar habilitado no mínimo há um ano na categoria C (art. 145, II, “b”);
- c) está legalmente habilitado para dirigir veículos motorizados na categoria B, porque pressuposto para habilitar-se na categoria C (art. 143, § 1º);
- d) está legalmente habilitado para dirigir veículos motorizados na categoria D, *desde que* tenha habilitação para essa categoria, isso porque a habilitação na categoria D não é pressuposto da categoria E;
- e) não está legalmente habilitado para dirigir veículo motorizado de duas ou três rodas (a categoria A é específica e não abrangida pela demais categorias).

Posto poder configurar o crime de direção sem permissão ou habilitação (art. 309) dirigir automotor sem possuir permissão ou habilitação da categoria exigida para veículo, nesse caso não poderá incidir a agravante, sob pena de *bis in idem*.

V. quando a sua profissão ou atividade exigir cuidados especiais com o transporte de passageiros ou de carga.

Os motoristas profissionais, aqueles que dirigem caminhões de carga, táxis, ônibus, *peruas de lotação*, *vans* no transporte de pessoas, principalmente escolares, ou de cargas e os moto-táxis, são os que devem ter maior cuidado na direção dos veículos. Dirigir com cuidado é dever imposto a todos condutores de veículos automotores, como estabelecem as normas gerais de circulação e conduta (arts. 26 e seguintes úteis). Aliás, o trânsito, em condições seguras, é um direito de todos (art. 1º, § 2º).

A pena é agravada porque os veículos com tais características, normalmente em acidentes de trânsito causam muitas vítimas e provocam danos de grande extensão. Se veículos de transporte de passageiros, acresce-se à exigência do cuidado comum no trânsito, um cuidado especial, posto que o caráter contratual do transporte determina levar o passageiro com segurança até o destino.

Mas, assim não entendeu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por sua 4ª. Câmara Criminal, em julgamento de 29 de outubro de 2008⁵⁹, embasado em doutrina, decidiu que “*A agravante do artigo 298, inciso V, do Código de Trânsito Brasileiro, incide mesmo quando, no momento do acidente, o motorista profissional não está transportando passageiros ou cargas*”, e no corpo do acórdão: “Com efeito, a norma em exame não exige, para sua incidência, que o acusado estivesse transportando passageiros ou carga no momento do acidente. Entendeu o legislador pátrio que as pessoas que exercem a profissão ou atividade dessa espécie têm mais experiência, podendo, ainda mais, evitar a ocorrência de graves acidentes automobilitísticos, sendo, por essa razão, maior a reprovabilidade desse delito. Esta a lição de Guilherme de Souza Nucci: “A circunstância mais grave é o cometimento de crime de trânsito justamente pelo condutor que deveria ter maior cuidado e zelar com afinco pela segurança viária. Nesse prisma, pouco importa se o motorista profissional cometer o crime dirigindo seu veículo particular, em férias: a agravante deve incidir do mesmo modo.” (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, RT, 3ª Ed., 2008, p. 1107).

Apesar desses respeitáveis pontos de vista, temos que incidirá a agravante *desde que* o veículo conduzido pelo autor esteja *com* passageiros ou carga. Pouco importa se apenas um passageiro ou pequena carga, porque neste ponto a lei quer se referir à qualidade do transporte efetuado.

Com efeito, se a lei utiliza o advérbio de tempo “quando”, significa que dessa forma está subordinando a incidência da agravante ao *fato* de o condutor, profissional ou exercente de atividade, *no momento do delito*, transportar passageiros ou carga, para cujas situações são exigidas maiores cautelas. Punir o motorista com a agravante, somente porque profissional, quando causa acidente de trânsito estando em férias dirigindo seu automóvel particular, é inadmissível porque a culpabilidade deve se dar pelo *fato do autor*, e não pelo *autor do fato*.

VI. utilizando veículo em que tenham sido adulterados equipamentos ou características que afetem a sua segurança ou seu funcio-

⁵⁹ acórdão n. 1.0024.05.582411-4/001, rel. Des. Renato Martins Jacob

namento de acordo com os limites de velocidade prescritos nas especificações do fabricante.

Tanto a questão da segurança dos veículos como os itens relativos aos equipamentos obrigatórios serão regulamentados pelo Contran (arts. 103 e seguintes úteis) e o art. 98 proíbe o proprietário ou responsável, sem prévia autorização da autoridade competente, fazer ou ordenar que sejam feitas no veículo modificações de suas características de fábrica.

Ressalta o legislador maior punição ao condutor de automotor que tenha comprometida a segurança e o funcionamento em função das alterações por ele feitas ou mandadas fazer.

VII. sobre faixa de trânsito temporária ou permanentemente destinada a pedestres.

A faixa de pedestre é utilizada por ele não somente por questões de segurança particular, mas coletiva. Assim o fazendo, estará cumprindo determinação legal de precauções de segurança (art. 69), o qual tem prioridade de passagem, exceto nos locais com sinalização semafórica (art. 70). E, nos locais onde houver semáforo de controle de passagem será dada preferência aos pedestres que não tenham concluído a travessia, mesmo em caso de mudança do semáforo liberando a passagem dos veículos (§ único do art. 70).

Pedestres são, além aqueles que normalmente deambulam, também as pessoas que se movimentam sobre *skates*, patins, cadeiras de roda etc., e até mesmo por equiparação, segundo o art. 68, § 1º, o ciclista *desmontado* empurrando a bicicleta.

Se por um lado o legislador quis obrigar o Poder Público a manter as faixas e passagens de pedestres em boas condições de visibilidade, higiene, segurança e sinalização (arts. 71, 85 e 88), inclusive responsabilizando-o pela negligência (art. 90, § 1º) e obrigar o pedestre a andar dentro da sua faixa de segurança (punindo-o com multa no caso de desobediência, art. 254, V), quis também com isso ordenar a todos os motoristas a obediência à essa sinalização e prioridade do pedestre que caminha na faixa própria e, ainda, advertir que o sinal semafórico a eles favorável não significa salvo-conduto para dirigir o veículo de maneira arbitrária, devendo aguardar o pedestre atravessar a via pública com segurança.

Assim, cometer crime de trânsito quando o pedestre está na sua faixa própria, sem dúvida representa maior violação do dever de cuidado.

A faixa de pedestres poderá ser permanente, como ocorre nas sinalizações em *zebra* pintadas na via pública. Mas, poderá a autoridade de trânsito ou seus agentes estabelecerem temporariamente uma faixa para o trânsito de pedestres, na conveniência da circulação de pessoas e veículos, através de adequada sinalização por placas ou orientação pela fiscalização.

Apesar da obviedade, não custa salientar que o reconhecimento de uma ou mais dessas agravantes não impede a incidência daquelas circunstâncias agravantes genericamente previstas no art. 61 do Código Penal, tais como a reincidência em qualquer espécie de crime (inciso I) ou cometimento de qualquer dos crimes dolosos previstos nos arts. 304 a 312 do CTB, com abuso de autoridade (inciso II, alínea *f*) ou com violação de dever inerente a cargo (inciso II, alínea *g*), como seriam exemplos o diretor do departamento de trânsito colaborar na violação da suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação e, um policial civil ou militar participar em competição não autorizada.

Por fim, embora tratando de circunstância atenuante, anote-se que o vetado art. 299 dispunha: “nas infrações penais de que trata este Código não constitui circunstância atenuante o fato de contar o condutor do veículo menos de vinte e um anos, na data do evento, ou mais de setenta, na data da sentença”. Em boa hora não fez parte do diploma definitivamente aprovado. A pretendida inclusão desse dispositivo, além de evidenciar maus tratos ao direito penal da culpabilidade, mostra a menor preocupação do legislador com a sistematização do direito.

7. Perdão judicial nos crimes culposos de homicídio e lesão corporal

O perdão judicial é causa extintiva de punibilidade, nos casos previstos em lei (art. 107, IX, do Código Penal). E tal instituto, proveniente do direito alemão, vem expressamente previsto no Código Penal, nas hipóteses de homicídio culposo e lesão corporal culposa (arts. 121, § 5º e 129, § 8º), vale dizer, “*o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as conseqüências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária*”.

Não veio expressamente previsto no Código de Trânsito Brasileiro, como se pretendia incluir no vetado art. 300 que dispunha: *Nas hi-*

póteses de homicídio culposo e lesão corporal culposa, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as conseqüências da infração atingirem, exclusivamente, o cônjuge ou companheiro, ascendente, descendente, irmão ou afim em linha reta, do condutor do veículo.

As razões do veto foram que “o artigo trata do perdão judicial, já consagrado pelo Direito Penal. Deve ser vetado, porém, porque as hipóteses previstas pelo § 5º do art. 121 e § 8º do art. 129 do Código Penal disciplinam o instituto de forma mais abrangente⁶⁰”

Posto que tais razões de veto obviamente não compõem a lei, poder-se-ia argumentar que, uma vez vetado o dispositivo, não se quisera estender o perdão judicial⁶¹ aos crimes culposos de homicídio e lesão corporal no trânsito. Todavia, a ausência de disposição expressa no Código de Trânsito Brasileiro, não impede a sua aplicação, mesmo porque o diploma penal básico sempre tem função subsidiária da lei penal especial. E, como imaginávamos, a razão do veto não fora propriamente por pretender excluir a aplicação do perdão judicial, mas, sim, porque a redação era casuística e, portanto, não abrangendo outras pessoas afetivamente ligadas ao condutor do veículo causador do acidente, retirando do juiz a flexibilidade que lhe dá a redação do código penal (“...se as conseqüências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave...”).

Ocorre, contudo, dizer o art. 291 que “aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, previstos neste código, aplicam-se as *normas gerais* do Código Penal”, enquanto o instituto do perdão judicial está

⁶⁰ Código de Trânsito Brasileiro, organizador Juarez de Oliveira, Ed. Oliveira Mendes, 1997

⁶¹ Ruy Armando Gessinger leciona que o nome “perdão judicial” é absolutamente inadequado. A possibilidade de não aplicação da pena, pelo Juiz, não é um ato de graça, não é um ato de perdão. É a lei que prevê o seguinte: se existir o delito, mas o Juiz constatar que a aplicação da pena não é necessária, seja porque a pronúncia de culpa já é o suficiente, seja porque já houve a poena naturalis, estamos diante de um direito que o agente tem de não ser agredido pela desobediência ao princípio do *ne bis in idem*...Nada de se falar em ato de perdão, ato de perdoar. Há que se falar, simplesmente, em caso de dispensa da pena ou caso de não aplicação de pena” (Da dispensa da pena, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1984, p.35). Essa formulação foi objetada por Marcelo Fortes Barbosa, para quem “se trata de posicionamento fenomenológico, modelo determinista, tipo teoria da ação finalista, em que o *arbitrium regulatum* do Juiz, decorrente do próprio art. 59 do Código Penal, fica substituído por uma ação mecânica, modelo voluntária, desprovida de conteúdo moral” (Direito Penal Atual, Estudos, Malheiros Editores, 1996, p. 60)

inserido na parte especial (art. 121, § 5º, do Código Penal). Entretanto, está ele inserido também na parte geral: “art. 107. Extingue-se a punibilidade: IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei”. Poderia ser objetado que a lei de trânsito não o prevê. Ora, quando o legislador *descreveu* os tipos culposos de homicídio e lesão corporal, o fez em função dos nomes jurídicos dados pelo código penal (homicídio culposo e lesão corporal culposa), necessariamente se remetendo, para a integração típica, à legislação básica que prevê o perdão judicial nesses casos, daí se seguindo ser o instituto cabível naqueles crimes cometidos no trânsito.

Não teria sentido aí excluir o perdão judicial porque o instituto veio salutar e humanamente a ter existência exatamente em função dos acidentes de trânsito quando o motorista, por causa de sua negligência, perdia ou deixava inválidas para sempre pessoas de sua afeição e convivência íntima. Ademais, não se consegue enxergar razões lógicas ou teleológicas em dar tratamento diferenciado para situações símiles: por exemplo, se o autor comete um homicídio culposo vitimando ente querido, não na direção de veículo automotor, mas na condução de uma charrete, seria beneficiado com o perdão judicial, o mesmo não acontecendo com aquele.

Os casos de perdão judicial são freqüentes, quando as próprias conseqüências do crime já puniram o autor gravemente. Moral ou psicologicamente, e até fisicamente, é ele castigado. A condenação criminal seria desnecessária e representaria um acréscimo punitivo insuportável contra o autor do delito, tanto pelos prejuízos materiais sofridos, como pela perda de pessoas a ele ligados por maior ou íntima afetividade⁶², os quais poderiam ser não somente aqueles que se pretendeu enumerar no vetado art. 300.

Assinale-se que para a concessão do perdão judicial, há necessidade de serem provadas aquelas circunstâncias, pois que *“O fato de a vítima ser primo do acusado, por si, não justifica o reconhecimento do perdão judicial, situação excepcional que precisa estar cumpridamente demonstrada, o que não*

⁶² Decidiu-se que “para a concessão do perdão judicial, em sede de delito culposo de trânsito, é necessário que o agente tenha sofrido de tal maneira, que torne dispensável a pena, não bastando o grau de parentesco entre a vítima e o réu ou a natureza isolada do lesionamento (ReCrim - 29704925 - 3.ª Câmara. - TARS. j. 12.02.1998 - rel. Juiz Constantino Lisboa de Azevedo, RT 757/660)

ocorreu (Apelação nº 0011493-72.2010.8.26.0438, 10ª Câmara Criminal, Rel. Des. Nuevo Campos, julgamento em 21 de março de 2013).

E ainda, segundo o Superior Tribunal de Justiça, “o perdão judicial não pode ser concedido ao agente de homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302 do CTB) que, embora atingido moralmente de forma grave pelas consequências do acidente, não tinha vínculo afetivo com a vítima nem sofreu sequelas físicas gravíssimas e permanentes” (REsp 1.455.178-DF, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 5/6/2014).

Controvertida se a sentença concessiva de perdão judicial é apenas declaratória extintiva de punibilidade ou se condenatória. Para o STJ, através da súmula 18, *a sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório*. Posto que somente se pode perdoar quem for julgado culpado, acompanhamos o entendimento esposado por Damásio E. de Jesus⁶³ no sentido de que “é condenatória a sentença que concede o perdão judicial, que apenas extingue os seus efeitos principais (aplicação das penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e pecuniárias), subsistindo os efeitos reflexos ou secundários, entre os quais se incluem a responsabilidade pelas custas e o lançamento do nome do réu no rol dos culpados” e que se trata de sentença constitutiva de dois momentos: 1º) o juiz condena o réu e 2º) concede-lhe o perdão judicial.

Anote-se que na hipótese de concurso formal de crimes culposos de trânsito, a exemplo de um homicídio vitimando o próprio filho e também um terceiro estranho, ainda assim é cabível, conforme reiterada jurisprudência, o perdão judicial.

Impossível a cisão para o perdão judicial, vale dizer, aplicando a medida com relação a um dos delitos e mantendo a condenação com relação ao outro, como de infere do julgado seguinte:

“Considerando-se, ainda, que o instituto do perdão judicial é admitido toda vez que as consequências do fato afetem o respectivo autor, de forma tão grave que a aplicação da pena não teria sentido, injustificável se torna sua

⁶³ Jesus, Damásio Evangelista de, Direito Penal, Saraiva, 1995, I/598-599

cisão (STJ, HC 21.442/SP, 5a. Turma, rel. Min. Jorge Scartezzini, DJU 9.12.2002).

E o perdão pode se dar independentemente de ressarcimento de danos: “*O ressarcimento do prejuízo em acidente de trânsito não é causa para concessão de perdão judicial* (TACrimSP, Ap. 821.663/1, 3a. Câmara, rel. Ciro Campos, j. 23.11.1993).

Por fim, embora normalmente o perdão judicial seja concedido em sentença, nada impede que tal aconteça em sede de inquérito policial motivando o seu arquivamento. Nesse sentido, doutrina de Fernando Pedroso⁶⁴, apontando julgado: “*não há motivo para que, em holocausto aos aspectos puramente teóricos de um princípio processual, submetam-se alguém às vicissitudes de um processo cujo resultado final já está praticamente determinado*”⁶⁵.

7.1. Perdão judicial e outros crimes de trânsito

Dado que o perdão judicial, nos termos art. 107, IX, do Código Penal, como causa extintiva de punibilidade somente é possível nos casos previstos em lei (homicídio e lesão corporal culposos), controvérsias na doutrina e jurisprudência se estabeleceram acerca da possibilidade de estendê-lo à contravenção do art. 32 da Lei de Contravenções Penais (dirigir sem habilitação legal) quando o próprio condutor, acidentando-se, sofre lesões corporais.

Apesar do entendimento de que o instituto somente tem cabimento *nos casos previstos em lei*, a posição contrária sempre nos pareceu jurídica e compreensivelmente humana. Com efeito, *in bonam partem*, se o perdão judicial, embora não previsto para aquela contravenção penal, é cabível nos casos mais graves, de crimes culposos de homicídio e lesão corporal, resultaria injusto não concedê-lo no crime-anão quando de suas conseqüências adviessem lesões corporais, notadamente quando sérias, no próprio contraventor.

⁶⁴ Pedroso, Fernando de Almeida, Aspectos Polêmicos de Processo e Direito Penal, Leud, 1997, p. 306

⁶⁵ RT 517/325

Entretanto, cremos que agora é outro o enfoque para a questão. Antes, quando se cuidava de mera contravenção penal, entendia-se desnecessário perquirir o elemento subjetivo para sua tipificação (dolo ou culpa), bastante que era o simples ato de dirigir veículo, ou seja, contentava-se com a ação voluntária (art. 3º da Lei de Contravenções Penais), substancial e valorativamente algo menos que a culpa. Redesenhada a figura penal com a natureza de *crime*, a conduta deverá ser informada, necessariamente, pelo dolo consistente na consciência e vontade de realizar o comportamento proibido. Nesse raciocínio, a analogia *in bonam partem* não mais será aplicável porque, se o perdão judicial é possível naqueles crimes *culposos*, não será extensível ao crime *doloso* de dirigir sem habilitação. Não se poderá mais argumentar com crime mais grave e menos grave, pela diversidade de natureza das infrações (o crime culposo, ao menos pelo desvalor da conduta, é sempre menos grave que o doloso), sobretudo em face do crime de lesão corporal culposa de trânsito que prevê pena mínima de 6 meses de detenção, igual àquela prevista para o de dirigir sem habilitação.

Por idênticas razões, impossível também será o perdão judicial para os demais crimes de perigo previstos na lei especial de trânsito. Aliás, até causaria certo repúdio ao senso comum concedê-lo ao condutor que estivesse dirigindo em estado de embriaguez (art. 306), perpetrando “racha” (art. 308) ou àquele que tivesse entregue o veículo para terceira pessoa não habilitada ou sem condições de dirigir (art. 310) e, por fim, àquele que trafegasse em velocidade incompatível perto de escolas, hospitais etc. (art. 311).

8. Prisão em flagrante e fiança

Preceitos constitucionais estabelecem que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” e com a garantia de que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (art. 5º, LXI e LXVI, da Constituição da República, respectivamente).

É forma, não de premiar, mas de tratar com mais justiça o autor do crime. Ora, se este socorre a vítima ferida, apesar da conduta criminosa,

demonstra preocupação com o seu semelhante. E não poderia a lei, diante desse melhor comportamento humanitário do autor, submetê-lo ao prévio encarceramento.

A prisão em flagrante é possível, como em todos crimes, também naqueles previstos no Código de Trânsito Brasileiro que, punindo-os com a pena de detenção, são a princípio afiançáveis (arts. 323 e 324, CPP). Mas, quando o condutor do veículo, *nos casos de acidente de trânsito de que resulte vítima*, lhe prestar pronto e integral socorro, diz a lei de trânsito que não se imporá a prisão em flagrante e nem se exigirá fiança (art. 301).

Ao se referir ao condutor do veículo, nos casos de *acidente de trânsito* de que resulte *vítima*, temos que o legislador quis se referir unicamente às hipóteses culposas de delitos, quais sejam, homicídio e lesão corporal (arts. 302 e 303). E nem teria sentido conceder esse benefício aos autores de crimes de racha com resultado de lesões corporais graves ou morte (art. 308, parágrafos 1º e 2º), ou ainda de homicídio informado pelo dolo eventual⁶⁶.

Ao empregar a expressão “pronto e integral socorro”, dá impressão de ter restringido ainda mais o dispositivo para ter incidência unicamente no caso de lesão corporal culposa. Explica-se: o socorro prestado pelo autor do fato significa contra-atividade por ele exercida para salvar a vítima a quem culposamente causou ferimentos; *pronto* socorro quer dizer auxílio imediato, no instante do acidente e *integral* quer dizer bastante, pleno ou inteiro, pouco importando que a vítima tivesse sido ou não colocada a salvo, isto é, sobrevivido. Porém, se há constatação de morte evidente da vítima, nenhum socorro, nem pronto e nem integral, restaria a ser prestado pelo autor; nesse caso, é de ser indagado: impõe-se ou não a prisão em flagrante?

É certo que se a morte não é evidente, o autor poderia até se prestar a tentar *pronta e integralmente* socorrer a vítima, pelo que não se impõe a sua prisão em flagrante delito. Respondendo à indagação, temos que no caso de morte evidente da vítima, embora nenhum socorro possa ser

⁶⁶ Nada obstante, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina decidiu que em caso de embriaguez ao volante e falta de habilitação para dirigir, sem vítimas, é vedada a imposição de flagrante (RT 761/503)

prestado, a prisão em flagrante igualmente não se imporá se o autor do fato não procurar se afastar do local para fugir à responsabilidade penal, mesmo porque do contrário estará praticando um delito (art. 305). Ora, permanecendo o autor no local e dessa forma permitindo a sua identificação, põe-se à disposição da autoridade pública para eventual assunção de responsabilidade que tenha no episódio. Demais disso, considerando que a prisão em flagrante se presta unicamente a impedir a fuga do autor e se esta não ocorre, não há justa causa para efetivá-la, porquanto é do espírito da lei evitar o seu prévio encarceramento quando ele, embora não consiga imediata e plenamente minimizar as conseqüências de seu ato, procura, apesar disso, propiciar sua pronta identificação que é condição primeira para estabelecer sua responsabilidade penal.

O dispositivo demanda uma outra indagação: se o condutor de veículo, apesar de prestar pronto e integral socorro, depois disso desaparece da cena do crime ou de qualquer forma não é identificado, a ele se imporá a prisão em flagrante? Evidente que a prisão em si mesma poderá se efetivar, mas quando o dispositivo determina que “não se imporá” significa que não será a constrição documentada, vale dizer, deixa-se de lavrar o auto de prisão em flagrante delito, uma espécie de relaxamento formal impróprio. Em resposta à indagação, temos que a prisão em flagrante se imporá, mas não pelo crime que eventualmente tenha praticado contra a vítima a quem socorreu, mas sim pelo delito do art. 305, de seu afastamento do local do acidente para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída (esse tipo penal começa a proibir precisamente pela dificuldade de identificação do condutor).

De ser observado que o crime de lesão corporal culposa no trânsito (art. 303), por ser de ação penal pública condicionada à *representação* (§ único do art. 291), a prisão em flagrante somente será possível e válida, desde que haja manifestação expressa nesse sentido por parte do ofendido ou de representante legal, a ser formalizada no respectivo auto. Nos demais crimes referidos pela lei, aos quais *seria* aplicável o art. 88 da Lei n. 9.099/1995, como já anteriormente comentado, não há nenhuma possibilidade de ser obtida tal manifestação.

Nos crimes previstos no Código de Trânsito Brasileiro, cujo processo seja de competência do Juizado Especial Criminal (as exceções são

os crimes de homicídio culposo, lesão corporal culposa *com causa de aumento de pena*, embriaguez ao volante e “racha”), nos termos do parágrafo único do art. 69 da Lei n. 9.099/1995, ao autor do fato que, após a lavratura do termo circunstanciado, *for imediatamente encaminhado ao Juizado* ou *assumir o compromisso de a ele comparecer*, igualmente não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Vale dizer, o ato construtivo da prisão em flagrante poderá sempre ocorrer, mas a lei outorga ao autor do fato o inegável direito consistente no benefício de responder ao processo em liberdade, *sem fiança*, desde que preenchida uma daquelas duas condicionantes⁶⁷.

Nos crimes de trânsito, de competência do Juízo Criminal Comum, posto que também punidos com detenção, é possível a concessão da fiança pela própria autoridade policial (art. 322, CPP), desde que, obviamente, ausente qualquer uma das causas que a inviabilize, previstas nos arts. 323 e 324 do mesmo estatuto processual. Havendo recusa ou demora da autoridade policial na concessão da fiança, o pedido deverá ser dirigido ao Juiz competente que decidirá, depois de ouvida aquela autoridade (art. 335, CPP). Como último recurso, poderá ser utilizado o “habeas-corpus”.

⁶⁷ O Tribunal de Justiça de Santa Catarina decidiu que “ao agente que cometer, em concurso, as condutas delituosas previstas nos arts. 306 e 309 do Código de Trânsito Brasileiro (condução de veículo em estado de embriaguez e falta de habilitação para dirigir), sem que haja vítimas, é vedada a imposição de prisão em flagrante, devendo lavar-se, tão somente, termo circunstanciado, nos moldes do art. 69 da Lei 9.099/95, em face do disposto no caput do art. 291 da Lei 9.503/97” (RT 761/503)

CAPÍTULO III

Dano potencial e perigo de dano nos crimes de trânsito

Dos crimes previstos no Código de Trânsito Brasileiro, são tipicamente de dano os culposos de homicídio e lesão corporal (arts. 302 e 303) e o doloso de “racha” com resultado morte ou lesões corporais graves (art. 308, parágrafos 1º e 2º) e de perigo os demais. Foi empregada a expressão “gerando situação de risco à incolumidade pública ou privada” (art. 308), “gerando perigo de dano” (arts. 309 e 311) e “dano potencial” (art. 298, I).

1. Crimes de dano e crimes de perigo

Grandes discussões já se travaram e continuarão a ser travadas acerca do “perigo” que caracterizam certos tipos penais, dentre eles, os acima mencionados. Entenderão uns serem crimes de perigo abstrato e outros crimes de perigo concreto.

No magistério de Manoel Pedro Pimentel, penalista brilhantíssimo, “o dano ou o perigo são a *ratio essendi* de todos os crimes e, sustentamos, nos crimes de mera conduta o dano ou o perigo se subsumem na própria conduta, independentemente do resultado natural desta, ao qual o direito não empresta nenhuma relevância⁶⁸”.

Os crimes culposos de homicídio e lesão corporal (ars. 302 e 303) e o doloso de “racha” qualificada (art. 308, parágrafos 1º e 2º), são tipicamente de dano, porquanto neles sempre haverá ofensa à incolumidade individual, atentando contra o bem jurídico vida, a integridade corporal ou à saúde da pessoa. Os crimes de perigo são todos os demais restantes, especialmente aqueles previstos nos arts. 306, 308 “caput”, 309 e 311, seja por omitir a palavra dano, seja por referência a gerar de situação de risco à incolumidade individual ou pública ou mesmo gerando perigo de dano, e têm essa natureza porque podem produzir um dano e tem por objetivi-

⁶⁸ Pimentel, Manoel Pedro, Crimes de mera conduta, Ed. Rev. dos Tribunais, 1968, p. 85

dade jurídica a incolumidade pública, vale dizer, a segurança dos cidadãos que é a proteção, em última análise, da segurança do tráfego viário. Este bem jurídico insere-se, assim, no âmbito prévio para a vida e a saúde das pessoas.

Os tipos de crimes de perigo devem ser analisados paralelamente com os tipos de crimes de dano. Importante perceber que a classificação é feita segundo a *intensidade do ataque ao bem jurídico tutelado pela norma*.

a) crimes de dano (ou crimes de lesão)

O tipo *pressupõe que haja dano* do objeto da ação delituosa, não havendo necessidade que, faticamente, tal ocorra. O art. 121, do Código Penal, homicídio, é tipo delitivo de dano ou lesão porque, se efetivamente houver ofensa à integridade física ou à saúde da vítima, é intuitivo confirmar ser crime de dano.

Mas, deve ser observado que, ainda que não haja dano à vítima, mas apenas perigo para ela (p.ex., tentativa branca), *o crime ou tipo de delito continuará sendo de dano*.

b) crimes de perigo

O tipo *pressupõe que haja apenas perigo de dano* do bem jurídico. Há necessidade de ocorrer esse perigo de lesão de interesses. O art. 130, do Código Penal, perigo de contágio venéreo, é tipo delitivo de perigo porque se configura somente pelo risco de produção do dano. Igualmente, os tipos de crimes de dirigir sem habilitação, em estado de embriaguez, participação em “racha” ou em velocidade incompatível em determinados lugares.

2. Perigo abstrato e perigo concreto

Posto que essas expressões permeiam nos muitos questionamentos relativos aos crimes de trânsito, é interessante trazer a classificação dos crimes de perigo, que se faz pela *maior ou menor probabilidade de dano*.

a) perigo abstrato (ou perigo presumido)

É perigo generalizado que, *abstratamente*, uma conduta pode provocar para determinados bens jurídicos. Mas, como há uma probabilidade de acontecimento do evento temido, apregoa-se dever ser esse perigo denominado de *presumido*. Assim, o perigo é presumido pela lei, *juris et de*

jure, não necessitando qualquer comprovação, a exemplo do que ocorre com o crime de omissão de socorro (art. 135 do Código Penal).

b) perigo concreto (ou perigo efetivo)

É perigo efetivo, que *concretamente* poderia produzir um dano ao bem, reconhecível em cada caso. Assim, não é presumido. Precisa ser comprovado, e por isso é um perigo *efetivo*, a exemplo do que ocorre com o crime de perigo iminente para a vida ou saúde de outrem (art. 132 do Código Penal).

3. Diferenças entre perigo abstrato e perigo concreto

Segundo Heleno Fragoso, os autores italianos afirmam que não há perigo *abstrato*: todo perigo é concreto. O que há e tão somente perigo *presumido*. Os autores alemães, todavia, usam correntemente a expressão *crimes de perigo abstrato*⁶⁹.

É da lição do antigo professor da Universidade de Turim, Eugenio Florian, de quem, de forma resumida, se extrai a distinção: o perigo é abstrato, se a possibilidade de dano a um determinado bem jurídico é presumida pelo legislador em um fato e o perigo é concreto, se a possibilidade de dano a um determinado bem jurídico deva ser verificada como subsistente na realidade a propósito de um dado fato. Assim: no primeiro caso o delito se aperfeiçoa juridicamente sem que se verifique na realidade o perigo, já que o legislador, no fato que o constitui, reconhece uma periculosidade normal e inevitável; no segundo caso, o delito não subsiste se desacompanhado do perigo, verdadeiramente verificado no caso concreto, do qual se trata⁷⁰.

Muito embora, de costume, nas infrações de trânsito seja identificado o *perigo concreto* quando a conduta “quase” atinge uma pessoa determinada (p.ex., o motorista, embriagado, por pouco não atropela o pedestre), em realidade a aferição da concretude do perigo se dá diante da perspectiva de dano que poderia ocorrer, vale dizer, quando se dê realmente a

⁶⁹ Fragoso, Heleno Cláudio. Conduta Punível José Bushatsky, Editor, São Paulo, 1961, p. 84

⁷⁰ Florian, Eugenio. Diritto Penale. Ed. Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1926, Vol. 1/371.

possibilidade de lesão (p.ex., o motorista, embriagado, dirige em ziguezague, ou trafegava o veículo sobre a calçada etc.), situação em que é desnecessária a existência da quase ofensa à incolumidade individual.

4. *Dano potencial e perigo de dano*

Feitas essas classificações e distinções, pode-se concluir que entre o perigo e o dano potencial há somente diferença de grau. Perigosa é uma situação que pode desembocar para um dano. Uma conduta pode ser de perigo menor ou de perigo maior, mas ambos provavelmente poderiam causar um dano.

O “dano potencial” empregado pelo legislador do trânsito é mesma coisa que “perigo de dano”?

Entendemos que sim.

“Dano efetivo” é dano que acontece. E nem seria preciso falar que é o dano mesmo. E “dano potencial” é o dano que pode acontecer, posto que aqui potencial é sinônimo de virtual.

Poderia ser argumentado: se *dano potencial* é dano virtual, ou seja, que pode ocorrer, então seria o mesmo que *perigo concreto*, posto que de qualquer maneira necessita ser provado o efetivo perigo ou a possibilidade evidente de produção de dano ulterior, o que dá na mesma coisa.

Essa afirmação não deixa de ser verdadeira, porque *dano potencial* e *perigo concreto*, jurídica e faticamente se assemelham. Tenha-se em conta o crime de perigo do art. 132 do Código Penal, que, para sua configuração exige ocorrência de perigo concreto expressamente mencionado pelo tipo (expor a vida ou a saúde de outrem a *perigo direto e iminente*) e, por outro lado uma tentativa branca de homicídio (art. 121, c.c. 14, II, do Código Penal) que, para seu aperfeiçoamento, exige igual perigo concreto de dano, dano este consistente na supressão da vida do ofendido. Em ambas hipóteses, há “dano potencial”, ou seja, dano que poderia ter ocorrido, mas não ocorreu.

É possível traçar uma progressão, partindo do perigo abstrato para o dano efetivo:

- 1) perigo abstrato---->o condutor, dirigindo embriagado, pode atropelar alguém
- 2) perigo concreto--->o condutor, dirigindo embriagado, quase atropela alguém

3) dano potencial---->o condutor, dirigindo embriagado, quase atropela alguém

4) dano efetivo----->o condutor, dirigindo embriagado, atropela alguém

Vê-se que o perigo concreto é vizinho de *parede-meia* do dano potencial, habitando ambos num mesmo prédio, quer dizer, coexistem numa só situação: possibilidade evidente de dano. Por esse raciocínio, percebe-se que também o *perigo abstrato* não deixa de ser vizinho do *dano potencial* e com isso se quer dizer que, com a realização da conduta de perigo abstrato (ou presumido), da mesma forma, há possibilidade de dano, apesar da menor probabilidade de sua ocorrência.

Analisando se a idoneidade da conduta para ocasionar um resultado ou em geral uma “colocação em perigo”, deva ser em concreto ou em abstrato, ensina Günther Jakobs que “**não significa que o perigo tenha que ser concreto**, pois idôneo para lesionar não é somente o ataque a um objeto de determinada classe, presente no lugar da atuação, senão também o ataque a um objeto que não está presente em absoluto ou ao menos não com determinadas propriedades, sendo assim que se pode contar com sua concorrência ou com suas propriedades determinadas” e, também, que “os delitos de perigo abstrato estão formulados como delitos de desobediência, quer dizer, exige-se do sujeito obediência à norma, ainda quando esteja descartada a colocação em perigo concreto (isto ocorreria inclusive na maior parte dos casos em determinados âmbitos do tráfego viário)”⁷¹.

Se uma pessoa embriagada, ou sem habilitação teórica e prática para dirigir, ou com espírito de emulação, dirige um automóvel pela via pública, há *perigo abstrato* porque, respectivamente, ou por falta de coordenação ou controle, ou sem conhecimento teórico e prático na condução de automotores, ou atentando gravemente contra a segurança das pessoas, pode a qualquer momento ofender a integridade corporal de alguém, i.e., há a possibilidade de produzir um dano, o que se traduz, pois, em *dano potencial*.

Assim, sem afastar aquela afirmativa, a ela se acrescenta para confirmar que tanto o *perigo abstrato de dano* como o *perigo concreto de dano* potencialmente podem produzir um dano, ou dizendo inversamente: um dano que

⁷¹ Jakobs, Günther, Derecho Penal, P.G., Marcial Pons, Ed. Juridicas, S.A., Madrid, 1995, pp.212/213

pode ocorrer, mais possivelmente ou menos possivelmente, tudo dependendo do perigo que pode ser, também, mais próximo ou mais remoto.

Essa potencialidade de dano, muita vez não pode ficar à mercê da maior ou menor imediatidade temporal. Se um cão feroz está solto e latindo próximo da pessoa, pode ser traduzido em perigo abstrato ou concreto, porque para o dano efetivo com o abocanhar a vítima, talvez não meche tanto tempo. Há quem somente enxergue o perigo não no abrir, mas, sim no fechar a boca do feroz animal. Nem sempre é possível estabelecer uma perfeita linha divisória entre perigo abstrato e perigo concreto, imprecisão que enseja controvérsia, por exemplo, sobre a exigência deste ou daquele perigo nos crimes de abandono de incapaz (arts. 133 e 134 do Código Penal).

A formulação simplista de que, se de um lado as infrações classificadas como contravenções penais encerrariam apenas condutas de perigo abstrato (porque fazem proteção prévia do bem jurídico) e de outro lado os crimes trariam condutas de perigo concreto (porque há conotação real do perigo), além de não ter procedência - exatamente pela nenhuma diferença ontológica entre crime e contravenção como diversas vezes reafirmado na doutrina e na jurisprudência- , tal critério igualmente não apresenta nenhuma segurança para diferenciá-los, porquanto sabido que no nosso sistema muitas contravenções são de perigo concreto e muitos crimes são de perigo abstrato.

5. Os crimes são de perigo abstrato

Os crimes de trânsito dos arts. 306, 308, 309 e 311, inicialmente mencionados, ao menos pela maneira com que foram tipicamente descritos, se aperfeiçoariam apenas com o *perigo abstrato* ou *presumido*, desnecessitando, pois, de perigo concreto que poderá eventualmente ocorrer na realização típica, mas aí como um *plus* que ensejará, se for o caso, severidade na graduação da pena para além do extremo mínimo previsto nos tipos⁷².

⁷² Todavia, em encontro realizado no dia 3 de abril de 1998 pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo e Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminal, foi aprovada a tese do perigo concreto, como se infere da conclusão 5) "Os crimes previstos nos arts. 306, 308, 309 e 311 do CTB, exigem apenas, para a sua configuração, a demonstração de que ocorreu perigo à coletividade, não sendo necessária a indicação de vítima determinada" -itálico nosso -(Aviso n. 27/98 - PGJ, publicado no D.O.E. de 8/4/1998, p. 31)

Diversamente à nossa tese, Luiz Flávio Gomes sustenta que “em virtude das novas configurações típicas (que fazem referência ao perigo), o impreterível é que se comprove uma conduta anormal, perturbadora para a segurança viária; uma conduta que reúna “capacidade” (idoneidade, aptidão) para afetar bens jurídicos fundamentais: se no exato momento da conduta anormal (perturbadora) no local estivesse uma pessoa, podia ser atingida (porque a conduta revelou aptidão para isso)”⁷³.

O que é “gerando situação de risco à incolumidade pública ou privada” (art. 308 - crime de “racha”), se não a conduta que expõe a generalidade das pessoas ou uma pessoa especificamente a perigo de dano, como seria a competição automobilística que com manobras e velocidades descomunais pode causar dano aos próprios competidores e ao público transeunte ou assistente?

O que é “gerando perigo de dano” (art. 309 - dirigir sem habilitação⁷⁴ e art. 311 - trafegar em velocidade incompatível com a segurança perto de escolas, hospitais etc.), se não a conduta que expõe a generalidade das pessoas a perigo de dano, estejam elas na via pública ou próxima dos lugares indicados?

Logo, entende-se não existir diferença, no sentido empregado pelo legislador, entre *dano potencial* e *perigo de dano*, além do quê carece de interesse prático distinguir o dano (efetivo e potencial) do perigo. E de perigo *abstrato* ou *concreto*, de perigo *eventual*, *corrido* e até não menos nebuloso *perigo de perigo*. Ora, se o dano não é efetivo, é apenas um perigo que acontece. Daí que, entre dano potencial e perigo não existe diferença. A possibilidade de dano é um perigo que um ou outro prefere denominá-lo *dano potencial*, mas tudo é mera questão de preferência de palavras.

O legislador em nenhum momento utilizou, nos tipos penais, a expressão “gerando perigo *concreto* de dano”, inclusive nos arts. 309 e 311, mas, sim e apenas “gerando perigo de dano”, os quais identificam crimes

⁷³ Gomes, Luiz Flávio. Estudos de Direito e Processo Penal, Ed. Rev. Tribunais, 1999, p. 35

⁷⁴ Em face do projeto do CTB e redação do seu art. 309, entendeu Geraldo Faria Lemos Pinheiro, renomado jurista especialista em assuntos de trânsito, que “se não for modificada a redação, tudo indica que o legislador adotou a tese do perigo concreto” (Boletim IBCCrim, nº 49/Jurisprudência, p. 172).

formais⁷⁵, sem resultado naturalístico, portanto. O “perigo” é presumido porque ínsito na conduta, não no resultado inexigido pelos tipos.

Contudo, poderia ser indagando: se mencionados crimes se aperfeiçoam só com o perigo abstrato (a exemplo do que ocorre com alguns crimes e contravenções penais), por quê o legislador acrescentara no final da descrição típica as expressões “*gerando situação de risco à incolumidade individual ou pública*” e “*gerando perigo de dano*”, considerando que na lei não se presumem palavras inúteis (*verba cum effectu, sunt accipienda*), devendo compreendê-las como de alguma eficácia ?

A parêmia de hermenêutica seria verdadeira na hipótese de lei bem elaborada, qualidade que não é precisamente das últimas leis disparadas no país, *assistematizando* o sistema jurídico-penal nacional. A atecnia pelo emprego de vocábulos inadequados quando não errôneos, é bem evidenciada por uma simples e acadêmica espia da seção dos crimes de trânsito, o que contribuirá somente para polêmicas que continuam sendo travadas.

A verdade é que, bem observando as expressões acrescidas nos referidos tipos penais, não têm elas nenhum sentido e nenhuma eficácia. Ora, quando se realiza uma conduta típica punível, *sempre* haverá uma ofensa a um bem jurídico, em consonância mesmo com o princípio *nullum crimen, nulla poena sine injuria*. Tal conduta pode acarretar ou, - usando o verbo empregado na lei - *gerar* um perigo (abstrato ou concreto) ou um dano ao bem jurídico tutelado pelo direito. O perigo abstrato consubstancia-se no comportamento que por si só é perigoso conforme a experiência geral (p.ex., dirigir embriagado ou sem habilitação legal), enquanto que o perigo concreto existirá quando constatado que o bem jurídico esteve em situação efetiva de perigo (p.ex., crime de perigo iminente do art. 132 do Código Penal). O dano já é lesão efetiva ao bem jurídico, quer dizer, um dano real (lesão corporal, homicídio etc.).

Posto que toda conduta típica punível deve *gerar situação de risco à incolumidade pública ou privada, gerar um dano ou perigo de dano*, segue-se a desnecessidade de o legislador, na composição dos tipos, acrescentar

⁷⁵ Na lição de Everardo da Cunha Luna, o “Crime formal é o crime de pura atividade; crime material é o crime de ação e resultado” (O Resultado no Direito Penal, José Bushatsky, Editor, 1976, p. 85)

as expressões *gerando perigo de dano* e *resultando dano potencial*, tal como jamais formularia tipos descrevendo “transportar arma de fogo, *gerando perigo de dano*” ou, absurdamente, “matar alguém, *produzindo-lhe dano*”. Coisa diversa se passaria se a lei dissesse “dirigir veículo automotor...expondo ou colocando em *perigo concreto* a vida ou a integridade corporal de alguém”; aí, sim, o tipo exigiria, para sua configuração, o efetivo perigo para o bem jurídico tutelado⁷⁶.

Não fora isso, indaga-se contrariamente: Teria tido o legislador a pretensão de incriminar condutas semelhantes, diversificando-os apenas com relação ao *perigo abstrato* e *perigo concreto* e dessa forma propiciando um intrincado problema de subsunção de determinados fatos às várias normas penais, retirando a segurança jurídica da tipicidade ?

Por quê ou quais razões se incriminaria:

1) o *perigo abstrato* na conduta de direção de veículo sob embriaguez no art. 32 da Lei de Contravenções Penais, e o *perigo concreto* no art. 62 do mesmo diploma legal e, ainda, no art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro?;

2) *idem*, a competição não autorizada, “racha”, no art. 34 da Lei de Contravenções Penais, ou no art. 132 do Código Penal e também no art. 308 do Código de Trânsito Brasileiro?;

3) *idem*, dirigir sem habilitação legal no art. 32 da Lei de Contravenções Penais e no art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro? e

4) *idem*, trafegar em velocidade incompatível com a segurança perto de hospitais, escolas etc. no art. 34 da Lei de Contravenções Penais e no art. 311 do Código de Trânsito Brasileiro?

Exigir “perigo concreto” para caracterização de alguns crimes do Código poderá propiciar injustiça por violação de tratamento isonômico. Por exemplo: “A” permite, confia ou entrega a direção de veículo automotor a “B” sem habilitação legal. Este não estava dirigindo “gerando perigo

⁷⁶ Assim está no art. 381 do CP espanhol de 1995: *El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiera en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta seis años.*

concreto” à incolumidade pública, quando interceptado pela polícia. Flagrante desigualdade de tratamento ressalta evidente pela solução seguinte: a conduta de “A” se subsumiria no art. 310 do CTB (que não diz em “perigo de dano” ou “dano potencial”), punível com detenção de seis meses a um ano, ou multa, ao passo que “B” *responderia* por mera contravenção penal do art. 32 da LCP punível apenas com multa ou, segundo alguns, não teria cometido nem ilícito penal, mas somente administrativo.

Por fim, o argumento de que os mencionados crimes não são nem de perigo abstrato e nem de perigo concreto e, sim, crimes de perigo à coletividade, não tem pertinência. A subclassificação (perigo abstrato e perigo concreto) se dá, como visto, em face da classificação geral dos crimes em crimes de dano e crimes de perigo, segundo a intensidade do ataque ao bem jurídico tutelado pela norma, enquanto que a classificação em crimes de ataque à coletividade ou à individualidade se faz em razão do sujeito que sofre a ação delituosa. Dessa maneira, à guisa de exemplo, o crime de dirigir sem habilitação legal é de perigo porque não produz dano nenhum; e é crime contra a coletividade porque é esta quem sofre a ação delituosa: qualquer pessoa ou qualquer bem do povo poderá sofrer o dano em razão da conduta de quem dirige veículo automotor sem estar devidamente habilitado.

Eminentes juspenalistas, na doutrina e de jurisprudência, em obras específicas ou artigos isolados, na sua grande maioria, contrariamente à nossa tese, manifestaram posicionamento no sentido de que tais crimes de trânsito, são de perigo concreto, de perigo concreto *indeterminado*, de mera conduta, de lesão e de mera conduta etc., como muito bem informa Fernando Célio de Brito Nogueira⁷⁷. Apesar daquelas tantas respeitáveis opiniões, que no campo da aplicação da norma poderiam ter os seus acertos, nos faz ainda parecer que as formulações técnicas da lei, boa ou má, quanto àqueles delitos, encerram condutas de perigo abstrato.

6. A possível ofensa ao princípio *nullum crimen sine injuria*

Já se argumentou e continuará sendo argumentado contrariamente, que tais infrações exigem, para sua configuração, o *perigo concreto*, porque

⁷⁷ Nogueira, Fernando Célio de Brito. Crimes do Código de Trânsito, Atlas, 1999

sem isso não há ofensa ao bem jurídico, a objetividade penal não é atingida, haverá ofensa ao princípio do *nullum crimen sine injuria*, não há resultado normativo, consistente em dano ou perigo ao bem juridicamente tutelado etc.; mas, toda argumentação se resume numa só coisa: ofensa ao princípio do *nullum crimen sine injuria*.

Na antiga assertiva de Anselm von Feuerbach, quem excede os limites da liberdade jurídica comete uma *lesão jurídica* ou *injuria*. Aquele que lesiona a liberdade garantida pelo contrato social e assegurada mediante leis penais, comete um *crime*. Assim, crime é, no mais amplo sentido, uma injúria contida numa lei penal, ou uma ação contrária ao direito de outro, cominada em uma lei penal⁷⁸.

O princípio foi assentado no art. 5º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1.789: *la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société*.

Trata-se do princípio do bem jurídico ou da tipicidade material ou substancial. Poderia ocorrer a formulação de leis penais com exata observância e obediência dos demais outros princípios, mas que pretendesse o legislador punir alguma conduta que não produzisse qualquer ofensa a qualquer bem jurídico. Sabe-se justificar o Direito Penal a sua existência para proteção de bens jurídicos, não havendo delito sem ofensa como lesão ou perigo de lesão àqueles. Assim, é uma formulação garantística contra eventual arbítrio do Estado.

Nessa linha, quando se fala em injusto penal, este somente pode ser a lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico tutelado pela norma. O princípio determina materialmente a tipicidade: o fato deixará de ser típico se não houver ofensa a um bem jurídico. Este difere do objeto da ação. No furto, o objeto da ação é o bem subtraído, enquanto que o bem jurídico é a propriedade da coisa. No homicídio, o objeto da ação é a pessoa física enquanto que o bem jurídico é a vida. Protege-se a vida e valoriza-se a vida de cada homem em concreto e a vida de todos os homens em conjunto.

Os crimes contra a incolumidade pública, que sobremaneira agora nos interessa, são denominados “vagos”. O bem jurídico por eles protegido é, por natureza, indeterminado; ainda que se considere a vida como bem

⁷⁸ Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter von. Tratado de Derecho Penal, Ed.Hammurabi, 1989, p.64

essencial ou primordial, isso não se mostra suficiente para fundamentar o bem jurídico protegido. Contudo, a preocupação com detalhes do bem jurídico pode ensejar a perda do todo que é o interesse maior da coletividade no resguardo de seus bens (sociais) e nos bens de cada qual seu membro (individual).

A punição de conduta de *perigo abstrato* é, sem dúvida, vivamente criticada na doutrina, aduzindo-se que onde o perigo não surja em concreto, faltarão o necessário substrato da ofensividade. Se é verdadeira a afirmação de que não poderá haver crime onde não haja ofensa (lesão ou perigo de lesão) ao bem protegido pela lei, verdadeira também a afirmação que *a verificação dessa ofensa deve partir do ponto de vista do legislador e não do operador do direito*.

Assim, nos crimes contra a paz pública (arts. 286 a 288 do Código Penal), o legislador é quem verificou a ofensa à coletividade na conduta de quem faz incitação ao crime, apologia de crime e formação de quadrilha ou bando; não será o magistrado quem dirá da verificação ou não do perigo para a coletividade nessas condutas. O mesmo se passa no envenenamento de água potável (art. 270 do Código Penal): pode acontecer que a quantidade de substância venenosa não fosse bastante para considerar a água envenenada; porém, afóra isso não é dado ao juiz indagar se houve *perigo concreto* para a generalidade das pessoas.

Apesar da esplêndida teorização acerca do *garantismo penal* de Luigi Ferrajoli que advoga a supressão dos delitos de perigo abstrato porque se pune a mera desobediência da violação formal da lei por parte de uma ação inócua em si mesma, e que estes tipos deveriam ser reestruturados sobre a base do princípio da lesividade como delitos de lesão, ou pelo menos de perigo concreto⁷⁹, certo é que o *perigo abstrato* sempre foi punido no direito penal, em maior ou menor extensão, como necessidade, o que se pode perceber, por exemplo, da lei de tutela ao meio ambiente (lei n. 9605/98), buscando reprimir o delito de perigo exatamente para evitar o dano, vale dizer, antecipando-se e punindo os atos preparatórios os quais são geralmente impuníveis, mas, algumas espécies deles são puníveis, su-

⁷⁹ Ferrajoli, Luigi. Derecho y razón. Editorial Trotta, Madrid, 1997, p. 479

jeitas ao princípio da legalidade. No Código Penal brasileiro, o crime autônomo de *petrechos para falsificação de moeda* (art. 291) seria preparatório do crime de *moeda falsa* (art. 289); o crime de *quadrilha ou bando* (art. 288) seria preparatório de crimes objetivados pela associação etc.

O crime de perigo, abstrato ou concreto, é castigado porque o fato que o constitui *gera* - para empregar o mesmo verbo do legislador- uma situação de perigo para determinado interesse (p.ex., conduzir automóvel sem ser habilitado, ou estando embriagado, cria perigo para a incolumidade pública) que é verdadeiro “pré-interesse” em face de um outro interesse (a exemplo da incolumidade individual) igualmente protegido pelo direito ao punir aquele condutor que vier a causar ofensa à integridade física ou saúde de uma pessoa.

O ordenamento jurídico *não gera os interesses*; estes são gerados pela própria vida social e um determinado bem é erigida à condição de bem jurídico pelo fato de receber proteção jurídica. E bem jurídico-penal significa a convalidação fática das normas jurídicas que determinam o respeito a todos os bens. Por isso, a proteção jurídica da vida e da saúde da generalidade das pessoas se faz não somente punindo os crimes de homicídio, lesão corporal etc., mas, também, através da proteção da segurança no trânsito, entendendo o legislador que a incolumidade pública deve ser penalmente garantida.

Ao introduzir no sistema penal certos tipos delitivos, o legislador nada mais fez senão oportunamente atender aos interesses sociais de punir mais rigorosamente condutas que, no momento da cultura e civilidade no país, estariam por exigir melhor proteção. É verdade que a punição dos delitos de *perigo abstrato* terminam por reduzir a liberdade no âmbito da vida privada; porém, aquelas condutas perigosas são proibidas antecipadamente, evitando-se, com isso, possível progressão para o dano, tal como se sucede na incriminação do porte ilegal de arma (perigo abstrato) que poderia ser utilizada para a prática de homicídio (dano). Procura-se evitar a ofensa à integridade das pessoas, punindo o fabrico, posse, transporte etc. de substância ou engenho explosivo sem autorização competente (art. 253 do Código Penal) e procura-se evitá-la ou minimizá-la punindo a subtração, ocultação ou inutilização de material de salvamento (art. 257 do mesmo código), para não citar tantas outras condutas de perigo abs-

trato existentes no nosso e no ordenamento jurídico estrangeiro, perfeitamente admissíveis em face do sistema constitucional e de nenhuma forma atentatória a qualquer princípio do direito penal.

E parece que claramente esse foi o intuito do legislador ao pretender punir, entre outras condutas, a direção sem habilitação, direção sob embriaguez, competição automobilística perigosa e velocidade incompatível com a segurança do trânsito em determinadas circunstâncias. Assustados o legislador e o povo com o crescimento vertiginoso de acidentes de trânsito propiciados por condutas negligentes precedidas ou não de embriaguez, inabilitação, espírito de emulação e tantas outras, não é desarrazoado, como se fez, um autêntico controle estatal de comportamento perigoso, cuja objetividade jurídica será sempre a preservação da incolumidade pública e, conseqüentemente, a individual.

Precisamente por essas razões do legislador, é que não se pode condicionar a punição da direção sem habilitação legal, da direção sob embriaguez e aqueles outros delitos, à existência de perigo concreto, mesmo porque constituiria um autêntico retrocesso em face do direito legislado e afirmado nos tribunais. Afirmar que não há ofensa ao bem jurídico porque o condutor possui prática de direção de automotores ou que apesar de embriagado não havia perspectiva concreta de dano, *data venia* é negar o próprio ordenamento jurídico e os interesses sociais por ele protegidos, atento ao princípio da necessidade, sempre lembrando que a constatação da ofensa não parte do operador do direito e, sim, do legislador.

A intervenção mínima do Direito Penal no controle social jurídico-penal das questões afetas ao trânsito se embasa no mínimo de incolumidade de determinados bens jurídicos. Na essência, trata-se do princípio inspirador no momento de surgimento da norma. Por opção do legislador, aquelas condutas que antes figuravam como simples contravenção penal ou mesmo crime mais brandamente punido, receberam agora maior rigor de tratamento punitivo.

O país passa por uma fase de “inflação penal” pela supercriminalização de alguns atos. Críticas severas são feitas a isso porque, além de sobrecarregar a justiça penal, certas infrações menores que poderiam ser perseguidas fora do âmbito penal (dirigir sem habilitação, embriagado, perigosamente etc.), o legislador ainda qualifica de criminosas pessoas

cuja conduta não seria tão censurável, pelo que seria sensato reservar as duras sanções penais às pessoas de verdadeiro espírito antissocial. Poderia o legislador optar por punição que atendesse aos fins sociais, fazendo-o no âmbito administrativo para alguns daqueles graves comportamentos no trânsito. O processo de descriminalização se faria através da reprovação do fato fora do tradicional campo penal, sem excluir, todavia, a idéia de sanção: o fato deixaria de ser infração penal, mas restaria sancionado administrativamente, promovendo-se uma desescalada da repressão.

Porém, se assim não fez é porque considerara insuficiente a forma de reprimenda de certas condutas nocivas à comunidade pelas normas até aqui vigentes. Como ensinara Franz von Liszt, “a necessidade determina a defesa e, ao mesmo tempo que os interesses, variam de número e a natureza dos interesses jurídicos⁸⁰”. Realmente, é o corpo social, através de seu legislador, é quem determina quais os bens que devam ser protegidos pelo Direito Penal em um dado momento, em consonância com a consciência que a coletividade deles tenha no seu natural processo de evolução. O merecimento da proteção de um bem depende do valor que a cultura lhe atribui.

Concluindo, na lição de Günther Stratenwerth, não é função do Direito Penal “a de eliminar do mundo, tanto como seja possível, a criminalidade em si, senão a de estabelecer um maior grau de justiça. Isto se realiza através de um múltiplo processo social de seleção de comportamentos que se desvalorizam como crimes e que se sancionam realmente num número limitado de casos. A questão de se este procedimento é necessário ou se também é razoável, não se deve resolver somente em relação ao objeto do Direito Penal⁸¹”.

⁸⁰ Liszt, Franz von. *Traité de Droit Pénal Allemand*, V. Giard & E. Brière, Paris, 1911, I/95

⁸¹ Stratenwerth, Günter. *Derecho Penal, Parte General*, I/9, Edersa, Madrid, 1982

CAPÍTULO IV

Crime culposo

Dos crimes previstos na lei, são culposos apenas os de homicídio e lesão corporal (arts. 302 e 303) e dolosos todos os demais (arts. 304 a 312). Neste ponto, será discorrido sobre o crime culposo e, a seguir, sobre o crime doloso, apenas nos aspectos mais interessantes e que tenham alguma utilidade no estudo dos crimes nela previstos.

1. Tipo penal culposo

O fundamento da incriminação das condutas culposas se situa nas necessidades sociais e de justiça. O tipo culposo é a diretriz que deve condicionar a execução da conduta estabelecendo os parâmetros da direção final em que o *homo medius* era capaz. A conduta não é determinada no tipo culposo e seu desvalor decorre do meio ou forma com que se realiza. A norma proíbe formas de atuar (imprudência, negligência e imperícia) e não atuações determinadas que são de variada índole de maneira que nenhuma lei poderia prevê-las. O tipo penal culposo apresenta estruturação dos tipos abertos, os quais necessitam ser fechados com uma norma de caráter geral que é o dever de cuidado.

A violação do dever de cuidado é essencial para o conceito de culpa, pelo que as figuras típicas culposas são também denominadas delitos de negligência.

De se anotar que até bem pouco tempo o delito culposo ocupava lugar secundário no Direito Penal que era consagrado fundamentalmente ao delito doloso. O delito culposo era apenas um *cuasi delictum*, mais afim do Direito Civil do que propriamente ao Direito Penal.

Enquanto nos crimes dolosos a abstração do tipo penal é de regra suficientemente exaustiva para abarcar as mais variadas formas de conduta proibida, nos crimes culposos encontramos extremas dificuldades para concluir sobre a tipicidade da conduta. Isso porque nos crimes culposos o tipo penal é aberto, impedindo descrição das mais variegadas maneiras de realizá-los.

Para entendermos esse aspecto, bastaria exemplificar que, se identificado o dolo (ou intenção) na conduta de “A” que mata “B” utilizando-se de um automóvel que dirige, não se tem qualquer dificuldade de adequar tal comportamento em alguma das modalidades dolosas do artigo 121 do Código Penal. Porém, as dificuldades de adequação típica surgem se afastar, na hipótese, o *animus necandi*, ou seja, o dolo homicida.

Assim, afastada a hipótese dolosa, o motorista do veículo que atropela o pedestre causando-lhe a morte teria cometido *homicídio culposo*? Como fazer a adequação típica do caso? Enquanto se concebe que o dolo é um fenômeno psicológico, a culpa só pode ser concebida no terreno normativo. *Culpa é ação delituosa que a norma proíbe* e a que se realiza com negligência, imprudência ou imperícia, violando dever objetivo de cuidado.

A tipicidade culposa refere-se ao dever de diligência. No convívio social, existe a obrigação de todos em realizar cuidadosamente condutas que, embora sejam arriscadas, não venham causar dano a terceiros.

A inobservância desse dever do cuidado necessário objetivo, quer dizer, a negligência, é elemento constitutivo do tipo culposo.

Enquanto no crime doloso há vontade para realização do resultado ilícito, no crime culposo o que interessa não é o fim da conduta, mas as conseqüências anti-sociais. Não importa o fim objetivado pelo agente e, sim, o *modo* impróprio de atuação.

2. O crime culposo

A designação *crime culposo* é de opção do sistema penal pátrio, enquanto que em muitos outros emprega-se o termo *crime negligente*. Embora de concepção hodierna ser crime o fato humano voluntário assim previsto pela lei penal, dolosa ou culposamente realizado, antigamente o crime na mais pura essência, tanto no direito penal estrangeiro como no brasileiro, era a conduta dolosa, vale dizer, movida pela intenção do agente praticando ação com consciência e vontade e da produção do resultado desejado, tanto assim que o art. 3º do Código Criminal do Império (1831) dispunha: “*não haverá criminoso ou delinqüente sem má-fé, isto é, sem conhecimento do mal e intenção de o praticar*”; porém, dispunha no parágrafo 4º do art. 10 e art. 11 que “*não se julgarão criminosos: os que*

commetterem crimes casualmente no exercício ou pratica de qualquer acto licito, feito com atenção ordinária” ressaltando que seus bens serão sujeitos á satisfação do mal causado.

A incriminação da conduta culposa é preocupação de não muito tempo, porquanto o Direito Penal se ocupava primacialmente com o delito doloso, vale dizer, com aquilo que ainda hoje vulgarmente se entende falar de um verdadeiro crime, ato contaminado sobretudo pela maldade do homem. Assim, aquele que negligentemente causava dano a outrem praticava apenas um “*quase-delito*”, ou seja, fato capaz de ofender, praticado sem malícia, mas com negligência reprovável, cuja conduta fosse prejudicial ao direito de outrem. Uma figura sem a necessária coloração penal e o assunto era de interesse próximo para o direito privado na questão da reparação do dano, como se pode ter por exemplo as disposições do Código Criminal do Império.

Aliás, sobre relembrar antiga maneira de incriminação da culpa, vê-se que ainda o código penal chileno de 1874 estabelece no artigo 2º que *“las acciones u omisiones que cometidas com dolo o malicia importarian un delito, constituyen cuasidelito si sólo hay culpa en el que las comete”*.

Como maior atenção não se dava à conduta imprudente ou negligente, punindo-a por vezes quando se constituía numa ofensa à vida ou integridade física da vítima, o tratamento legislativo também era casuístico. Dos sistemas conhecidos e mais interessantes no tratamento dos crimes dessa natureza, podem ser apontados aqueles que:

1) descrevem alguns delitos culposos na parte especial sem prever a culpa na parte geral, a exemplo do revogado Código Penal da França (1810) o qual estabelecia no seu artigo 319: *“Quiconque, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements, aura commis involontairement un homicide ou en aura été involontairement la cause, sera puni d’un emprisonnement de trois mois à deux ans, et d’une amende de 1000 F à 30 000 F”*.

Todavia, agora acompanhando a tendência dos códigos penais modernos e aprimorando na técnica, o código penal daquele país (lei 92-683, de 22.7.1992, em vigor desde 1º.3.94), na sua parte geral e no capítulo da responsabilidade penal prevê no artigo 121-3 que *“il n’y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre. Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il*

y a délit en cas d'imprudence, de négligence ou de mise en danger délibérée de la personne d'autrui".

2) prevêm a culpa na parte geral sem condicionar que os crimes culposos sejam definidos na parte especial, a exemplo do código penal espanhol de 1.848 que dispunha no seu artigo 565: *el que, por imprudencia temeraria ejecute um hecho que, si mediare malicia, constituiria delito, será castigado com pena de prisión menor.*

3) prevêm a culpa na parte geral, consignando que os crimes culposos somente se castigam excepcionalmente nos casos estabelecidos na parte especial, sistema adotado pelo código penal brasileiro no seu artigo 18, II: *Diz-se o crime culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia, complementando o seu parágrafo único: salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.*

Atualmente, os códigos penais já trazem inserta na sua parte geral a previsão de punição do comportamento culposo e, sem dúvida, a técnica em *numerus clausus* é a que melhor se adapta à essência da culpa, permitindo-se punir atos perigosamente praticados, os quais, assim não fossem, restariam impunes; aliás, no Brasil há mais de um século já dispunha o Código Penal republicano (1890) no artigo 24, ao tratar da responsabilidade criminal: *“as ações ou omissões contrárias à lei penal que não forem cometidas com intenção criminosa, ou não resultarem de negligencia, imprudência ou imperícia, não serão passíveis de pena”*.

Quando comentava o art. 297 do Código Penal de 1890, que dispunha sobre o homicídio culposo, lecionava Galdino Siqueira⁸²: *“sanando a lacuna do anterior código, que não comprehendia a espécie, como já assignalámos, a nossa lei 2.033 de 20 de setembro de 1871, art. 19, já qualificava o homicídio culposo, estatuinto: “aquelle que por impericia, imprudencia ou falta de observancia de algum regulamento commetter ou fôr causa de um homicídio involuntario, sera punido com prisão de um mez a dous annos e multa correspondente”*.

Acolhidas pelo código penal republicano as figuras do homicídio e lesões corporais culposas (arts. 297 e 306), foram elas mantidas na Con-

⁸² Siqueira, Galdino. Direito Penal Brasileiro, Ed. Jacintho R.dos Santos, 1924, p. 622

solidação das Leis Penais de 1932. Inseridas no Código Penal de 1940 (arts. 121, § 3º e 129, § 6º), tais delitos receberam tratamento especial no Código de Trânsito Brasileiro instituído em 1.997 (arts. 302 e 303).

3. *Fundamento de punição do crime culposo*

O avanço tecnológico em todo o mundo, com aparecimento e desenvolvimento de toda sorte de atividades arriscadas, ensejou extrema preocupação para o Direito Penal na proteção dos bens jurídicos, bastando lembrar que se os velozes veículos motorizados de hoje produzem cifras enormes de mortos e inválidos, nos tempos de antanho eles quase não existiam. E dos que existiam, praticamente risco nenhum causavam às pessoas, seja pela natureza rudimentar das lentas máquinas, seja pela precariedade das vias públicas por onde poderiam trafegar, mais preparadas para o trânsito de animais e carruagens, de sorte a imperar a mais absoluta tranqüilidade das pessoas na sua movimentação pelas vias públicas, desconhecendo-se então as constantes discórdias de hoje entre motoristas e pedestres, cujos atritos não raras vezes acabam desembocando para crimes violentos.

E como tudo é inevitável quando se cogita de progresso, absolutamente impossível impedir o seu desencadeamento; forçoso foi ao Direito Positivo, em sua missão fundamental, estabelecer parâmetros de convivência, com formulações jurídicas reguladoras da utilização das artes e da ciência: progresso com cuidado. Os avanços não são proibidos, mas proibidas serão as atividades perigosas exercidas sem a necessária cautela ou cuidado. O dever de cuidado objetivo é um dos pontos centrais na teoria dos crimes culposos, como se verá em frente.

A punição dos crimes culposos é uma questão ainda hoje controvertida,- lembra Heitor Costa Jr.⁸³, salientando que doutrinadores como Von Hippel, Almendingen, Puglia e Fillipo Gramatica, sustentam a supressão dos crimes culposos do Direito Penal. Esse último vê a culpa *stricto sensu* como instituto apenas civil, introduzido inadequadamente no Direito Penal.

⁸³ Costa Jr., Heitor. Teoria dos Delitos Culposos, Ed. Lumen Juris, 1988, p. 25

Notícia Heleno Fragoso⁸⁴ que, para Busch os crimes culposos, tanto do ponto de vista dogmático, como do da Política Criminal, constituem corpos estranhos no Direito Penal e Germann chega a propor que a culpa *stricto sensu* seja abandonada como forma de culpabilidade, e que os crimes culposos passem a ser crimes dolosos de perigo ou sejam limitados a meras contravenções.

Ensina Ferrando Mantovani que “*nella storia del reato colposo il primo problema riguarda la stessa legittimità di punire i fatti colposi. In una visione meramente psicologica della colpevolezza è stata contestata, anche in tempi non lontani, una tale legittimità, dato che nella colpa manca la volontà e, d'ordinario, anche la rappresentazione del fatto, onde si tende, pericolosamente, a fare regredire la colpa tra le forme della responsabilità oggettiva, imputandosi l'evento su basi meramente oggettive*”⁸⁵.

Porém, pacificamente se entende hoje necessária a punição penal da conduta negligente, posto que constitui perigo para a sociedade, perigosidade essa que interessa diretamente ao poder social. O perigo não se restringe àquele dolosamente causado, mas também àquele que culposamente venha ofender a ordem jurídica. Matar dolosamente pode radicalmente diferir do homicídio culposo quanto ao aspecto subjetivo, mas na substância e nas conseqüências a eliminação de um homem equívale em ambas situações.

4. Culpa e a teoria finalista de ação

De acordo com o finalismo de Welzel, a ação - que é elemento do delito-, é concebida segundo um critério natural, ou seja, não há um conceito específico dela. A ação é voluntária, voluntariedade essa que sempre implica numa finalidade porque toda vontade humana é dirigida para um fim. O homem antecipa esse fim no seu pensamento porque é capaz de conhecimento apriorístico da relação causal que se desenvolve no mundo exterior e, dessa forma, atua elegendo os meios idôneos para alcançar o resultado proposto. Como conseqüência, todas as ações são finais. Através

⁸⁴ Fragoso, Heleno Cláudio. Conduta Punível, Ed. Bushatsky, 1961, p. 23.

⁸⁵ Mantovani, Ferrando. Diritto Penale. Pádova, Ed. Cedam 1992, pp.335/336

dos tipos penais são proibidas condutas que são sempre finalísticas mesmo porque se tratam de condutas humanas.

Para a teoria finalista de ação, tanto a culpa como o dolo não integram a culpabilidade, e sim o próprio tipo penal. O injusto doloso e o injusto culposos se diferenciam na tipicidade e na antijuridicidade.

No injusto dos delitos culposos se inclui o desvalor da ação, o do resultado e ademais as circunstâncias de que o resultado se haja produzido como corolário da não observância do cuidado devido objetivamente.

O tipo culposos individualiza a conduta porque para obter sua finalidade, se violou um dever de cuidado e ainda que o tipo legal não descreva a conduta pela finalidade em si mesma, ele não significa que não tenha finalidade.

Se é verdade no que no tipo penal doloso existe uma congruência entre a descrição objetiva da conduta e a vontade do agente, no tipo culposos a vontade não aponta para o resultado, mas sim para um objetivo perfeitamente lícito, que se procura alcançar através de ordenação desastrada do curso causal. Daí, o dolo e culpa compõem os tipos legais, dos quais constituem o seu aspecto subjetivo. Dolo e culpa, portanto, estão no tipo.

Enquanto que no dolo o típico é a conduta em razão de sua finalidade, na culpa o típico é o delineamento defeituoso da causalidade para obter o fim proposto. O típico é a forma pela qual se quis obter essa finalidade, forma violatória de um dever de cuidado.

Observa Mayrink da Costa⁸⁶ que “no estudo da função do fim no tipo culposos, sabemos que a conduta dolosa engloba o resultado típico em sua finalidade, ao passo que no comportamento culposos o fim é “genericamente” atípico, pertencendo típico só o resultado.

A individualização da ação proibida não se faz através do fim, senão através da forma de dirigir a causalidade até ele (isso é o que provoca que a conduta final viole o dever de cuidado e se ela determina o resultado, será típica).

⁸⁶ Costa, Álvaro Mayrink da. Direito Penal. Editora Forense, 1991, Vol I, tomo I, p. 709

5. Elementos do crime culposo:

São elementos a: 1) conduta voluntária, 2) violação do dever objetivo de cuidado, 3) previsibilidade objetiva, 4) resultado lesivo involuntário⁸⁷ e 5) tipicidade.

a) Conduta

A ação perigosa nas relações sociais é inafastável do mundo moderno e disso é exemplo evidente a circulação de veículos que provoca inúmeros acidentes com mortes ou lesões para as vítimas, quase sempre debitadas à conta de condutas negligentes, merecendo então os seus autores a necessária repressão penal. Há notícia de que essa fora a razão de a culpa receber o tratamento hoje merecedor dentro do direito penal.

A ilicitude do fato culposo reside não propriamente no resultado lesivo, mas no desvalor da ação praticada. “Nos delitos culposos, a desaprovação jurídica recai sobre a forma de realização da ação ou sobre a seleção dos meios para realizá-la”⁸⁸.

Por vezes desavisadamente é afirmado que no crime culposo não existe conduta voluntária. O equívoco é manifesto porque a conduta humana só importa para o Direito Penal quando voluntária, vale dizer, enquanto manifestação de vontade do homem na exteriorização de seus atos. Se a pessoa quer dirigir um veículo e assim o faz, existe aí conduta voluntária; diversamente, se é coagido fisicamente a fazê-lo, ausente está a voluntariedade e, portanto, faltando-lhe conduta, de crime não se cogita.

O agente, com a realização da conduta (dirigir automóvel) não pretende praticar crime nenhum. Todavia, se põe a dirigir atabalhoadamente ou em excessiva velocidade terminando por atropelar um pedestre. Infringe, então, o dever de cuidado objetivo.

b) Violação do dever objetivo de cuidado

O essencial do tipo de injusto do delito culposo não é a simples causação do resultado, mas a forma em que se realiza a ação.

⁸⁷ O resultado lesivo é exigível como elemento de crimes culposos somente naqueles de resultado material.

⁸⁸ Conde, Francisco Muñoz. Teoria Geral do Delito. S.A.Fabris Editor, 1988, p. 73

Se o cuidado objetivo é observado, desvanece o desvalor da ação e, portanto, o próprio injusto típico. Tal como vinha explicado na exposição de motivos do revogado Código Penal de 1969, nº 10: A ilicitude nos crimes culposos surge pela discrepância entre a conduta observada e as exigências de ordenamento jurídico com respeito à cautela necessária em todo comportamento social, para evitar dano aos interesses e bens de terceiros. O conceito de cuidado necessário no tráfico jurídico é, sem dúvida, objetivo e normativo, devendo corresponder à conduta que teria um homem prudente e inteligente, na situação do autor. Daí não deflui, ainda, a culpabilidade, que não se estabelece com o critério do *homo medius*, capaz de estabelecer apenas um desvalor do resultado. A culpa está em função da reprovabilidade da falta de observância por parte do agente, nas circunstâncias em que se encontrava do cuidado exigível, ou seja, da diligência ordinária ou especial a que estava obrigado.

Contrariamente aos tipos dolosos em que é suficiente o processo de adequação típica para ser resolvido o problema de tipicidade, nos crimes culposos apresenta dificuldades porque o tipo é aberto. Não é suficiente o processo de adequação típica, uma vez que o tipo culposo não é precisamente definido em face da diversidade imensa das formas de conduta: toda ação que com um resultado suscetível de constituir o fato delituoso, não apresenta características do cuidado objetivo, é ação típica de crime culposos.

Ensina Jescheck que “o resultado deve obedecer a uma vulneração daquelas exigências de cuidado que a ordem jurídica dirige na situação do fato ao sujeito esmerado e prudente que pertence ao âmbito do tráfico próprio do autor, e é preciso que dito resultado fora assim mesmo previsível para uma pessoa de tais características. Daí que o tipo dos delitos de imprudência deva completar-se, transcendendo ao seu teor literal, por meio de valorações judiciais adicionais”⁸⁹.

O juiz é o interprete que deve determinar o conteúdo da ação negligente, bem por isso que os tipos culposos são abertos. Assim, evidente a carga de subjetivismo na construção do tipo culposos que pode acarretar em quebra de segurança que deve ter o cidadão para quem o tipo tem

⁸⁹ Jescheck, Tratado de Derecho Penal. Parte General, Bosch, Madrid, 1978, vol.II/777

uma função de garantia, de maneira a impedir a punição arbitrária (princípio da reserva legal).

O núcleo do tipo de injusto do delito negligente consiste na divergência entre a ação realmente realizada e a que deveria ter sido realizada em virtude do *dever de cuidado objetivo* que era necessário observar.

Conseqüentemente, para se concluir pela tipicidade da conduta culposa, há que se fazer uma comparação de duas condutas:

1) individualmente, do sujeito que realiza a ação concreta (p.ex., do motorista do automóvel que em excesso de velocidade atropelou o pedestre) e

2) da pessoa-modelo que é a pessoa prudente e cuidadosa (p.ex., de motorista de automóvel que desenvolve velocidade compatível com as circunstâncias do tráfego).

Diante da situação, surge a indagação sobre qual seria o cuidado exigível de um homem dotado de discernimento e prudência⁹⁰. Surge daí a previsibilidade objetiva.

Observa Heitor Costa Jr.⁹¹ que previsível será, sempre, o determinado pelas normas técnicas. O dever de cuidado está limitado, no entanto, pelo *princípio da confiança*, elaborado pelos tribunais alemães, segundo o qual podemos confiar em que os demais autores terão condutas também corretas, na atividade que exercem, enquanto condições especiais não demonstrarem o contrário, salvo quando “o dever de cuidado se dirija exatamente no sentido de controle, fiscalização e guarda de conduta de outrem”.

Reafirma-se, dessa forma, que o direito não obriga os destinatários da norma a agirem desconfiadamente em relação aos seus semelhantes. A expectativa é de que todos tenham o melhor comportamento.

⁹⁰ A *Criminal Law* de Nova York no seu § 15.05, item 4, descrevendo sobre o risco do comportamento negligente que pode produzir o resultado, diz que “o risco dever ser de tal natureza e grau que a falha em percebê-lo constitua num grande desvio do padrão de cuidado que uma razoável pessoa observaria na situação”

⁹¹ Ob. cit., p. 61

Pelo *princípio da confiança*, leciona Heleno Fragoso⁹² que os usuários da via devem confiar em que os demais respeitarão, por igual, as normas de prudência que regem a circulação de veículos. Com base nisso determina-se o comportamento exigível do motorista e do pedestre para saber se ocorrem, ou não, específicos deveres de atenção, diligência e cuidado. Esse princípio não pode prevalecer, evidentemente, para quem, por seu turno, não se comportou com observância dos deveres que lhe competiam.

Bem por isso decidiu o Superior Tribunal de Justiça (*habeas corpus* n. 147.250 - BA (2009/0178790-9), em julgamento de 04 de março de 2010, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que “O fundamento da responsabilidade pelo crime culposo reside na violação do dever objetivo necessário nas circunstâncias. *In casu*, tendo o motorista respeitado todas as regras de trânsito, surgindo o transeunte, de inopino, na via, provocando o seu próprio óbito, mostra-se ilegal o processo crime pela suposta prática de homicídio culposo. Tem-se, a um só tempo, o emprego dos *princípios da confiança* e da *autocolocação da vítima em perigo*, o que, à evidência, *exclui a tipicidade do comportamento do condutor*”.

O dever de cuidado objetivo é delimitado, ainda, pelo chamado *risco permitido*, ou seja, embora seja praticada uma ação perigosa (p.ex., dirigir veículos motorizados), a perigosidade da conduta é diminuída se observadas as normas e sinalizações de trânsito. Assim, se o motorista dirige em velocidade regulamentar, atento aos sinais de tráfego (cumprindo dessa forma com o dever objetivo de cuidado) e produz homicídio ou lesões corporais num pedestre, em princípio o fato não se traduz em crime culposo.

A teoria do risco permitido concebe que no meio comunitário há uma série de ações que são tão perigosas como necessárias, ações essas que não poderiam estar proibidas, quaisquer que forem os resultados, previsíveis ou não. São riscos que participam todas as pessoas da sociedade em necessária cooperação. Há uma margem de risco permitido e tolerado pelo Estado que aceita, assim, comportamentos perigosos por si mesmos.

⁹² Fragoso, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal, Parte Geral, Forense, 1992, p. 223

Porém, assim mesmo essa conduta praticada dentro do risco permitido pode constituir delito culposo, o que se dará na hipótese de se encontrar o pedestre no meio duma multidão que se aglomera. Isso porque havia para o motorista uma previsibilidade de resultado, vale dizer, de ocorrência do dano. Ajunta-se ao risco permitido a denominada previsibilidade objetiva.

c) Previsibilidade objetiva

Prever nada mais é do que estabelecer um diagnóstico de um determinado resultado decorrente de uma conduta, numa relação de causa e efeito. O ponto mais importante para o desenvolvimento coerente da noção jurídica do delito negligente é centrado na possibilidade que tem o homem de prever certos resultados frente ao conhecimento apriorístico da relação causal.

A *previsibilidade* significa a possibilidade *in genere* de que um homem de meridiana inteligência e cultura tem para prever um resultado como conseqüência de sua conduta; refere-se a uma *possibilidade abstrata*. Já a *previsão* refere-se a uma *situação concreta* e consiste na representação efetiva pelo agente, num caso concreto, de ter como provável o resultado.

A previsibilidade objetiva significa que é de exigir a diligência necessária objetiva quando o resultado produzido era previsível para o homem comum (a previsibilidade para o agente no caso concreto dá lugar à previsibilidade subjetiva), nas circunstâncias em que foi realizada a conduta. O agente deve ter a possibilidade de saber que o curso causal posto em execução é suscetível de provocar o resultado. A imprevisibilidade objetiva exclui a tipicidade.

Imprescindível é a possibilidade de antevisão do resultado nas condições em que o agente se encontrava. É condição mínima da culpa *stricto sensu*. Não existe crime culposo se o resultado vai além da previsão. A previsibilidade é o limite do tipo subjetivo culposo; a sua ausência converte a conduta em atípica, ainda que presentes os elementos do tipo objetivo. A previsibilidade objetiva é a do homem razoável, qual seja, do *homo medius* como se disse antes.

A previsibilidade objetiva, qual seja, o exercício efetivo da possibilidade de conhecer que os meios e modos empregados possam produzir o

resultado e situação de risco para os bens jurídicos de outrem, pode ensejar as duas formas de realização da conduta culposa, ou sejam, com culpa consciente e com culpa inconsciente; na primeira, o agente prevê o resultado, vale dizer, tem a real representação do resultado, mas sinceramente acredita em poder evitá-lo; na segunda, o agente não prevê o resultado, mas este é previsível para o “homo medius”, terminando por produzir o resultado.

Se por um lado a previsibilidade objetiva é elemento necessário para tipificação do injusto culposos, por outro lado a previsibilidade subjetiva do agente em observar o dever de cuidado pertence à culpabilidade.

d) O resultado

Discute-se na doutrina nacional e estrangeira, se o resultado, no crime culposos, é elemento constitutivo ou *condição objetiva de punibilidade*. Se elemento constitutivo, o crime só se consuma com a ocorrência do resultado; se condição de punibilidade, consuma-se sem que ocorra o resultado.

A teoria do resultado, como condição de punibilidade, é defendida, entre outros penalistas italianos, por Vannini e Altavilla, e, entre os penalistas brasileiros por Nelson Hungria. Objetou-lhes Everardo da Cunha Luna, sob o fundamento de que o resultado é efeito da ação, existindo, entre culpa e resultado, um nexo psicológico, e que a condição de punibilidade não se configura como consequência da ação criminosa, tendo existência independente do crime cometido. Se existe, como vimos, crime culposos sem resultado, e se se considera o resultado como condição de punibilidade, a consequência inelutável é que o crime formal culposos jamais será punido⁹³.

Na mesma esteira segue a doutrina de Muñoz Conde⁹⁴, para quem as condutas culposas só são punidas por imperativo do princípio da intervenção mínima do Direito Penal, na medida em que produzam determinados resultados. O desvalor da ação (a conduta negligente) por si só não é

⁹³ Luna, Everardo da Cunha. Ed. Bushatsky, O Resultado no Direito Penal, páginas 96 e 97

⁹⁴ Conde, Francisco Muñoz. Teoria Geral do Delito, S. A. Fabris Editor, 1988, página 75

suficiente para ensejar uma sanção penal. Além disso, É preciso que a isso se ajunte o desvalor do resultado (a produção de um resultado proibido).

Na doutrina de Juarez Cirino dos Santos⁹⁵, a ação lesiva do cuidado objetivo exigido é o elemento decisivo do tipo culposo, mas a relevância penal dessa ação depende de sua concretização em um resultado de dano. O resultado de dano funciona, portanto, como elemento selecionador (ou identificador) da relevância penal das ações lesivas do cuidado objetivo exigido, e, como a produção de um resultado de dano depende de variáveis imponderáveis e incontroláveis, esse elemento costuma ser definido como o “componente de azar” dos tipos culposos.

E, na observação arguta de Heleno Fragoso⁹⁶, o resultado é elemento do tipo, isto porque a previsibilidade do resultado constitui elemento fundamental da ilicitude e culpabilidade dos crimes culposos.

Predomina hoje o entendimento de que o resultado integra o tipo culposo e, pois, não se constitui em condição objetiva de punibilidade. Assim, só haverá ilicitude se da atuação negligente resultar lesão a um bem jurídico. Se por acaso a ação descuidada não acarretar um resultado, não haverá crime culposo.

Todavia, em posição oposta se coloca Condeixa da Costa⁹⁷, sustentando que o resultado entra, apenas, restritivamente, na economia do tipo culposo em virtude da criação legislativa atender à conveniência e à oportunidade jurídico-administrativa na composição de uma incriminação sancionatória. O resultado é condição objetiva de punibilidade seja por razões dogmáticas, seja por razões de política criminal.

Embora a questão se apresente complicada, pelas colocações doutrinárias extremadas, temos que o resultado, no sentido naturalístico, haverá de ser considerado como elemento do tipo penal culposo naqueles casos em que o tipo assim o exigir. Assim, os tipos culposos de homicídio e lesão corporal (arts. 121, § 3º e 129, § 6º, do Código Penal; arts. 302 e

⁹⁵ Santos, Juarez Cirino dos. *Direito Penal, Parte Geral, Forense*, 1985, p. 172

⁹⁶ Fragoso, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal, vol. I, Parte Geral, Forense* 1992, p. 224

⁹⁷ Costa, Carlos A. Condeixa da. *Da natureza formal dos crimes culposos, Liber Juris*, 1989, pags. 210/211

303, do Código de Trânsito Brasileiro), exigem o resultado material para sua configuração; não, todavia, por exemplo, os tipos culposos de crimes formais previstos nos arts. 278, § único e 280.

A princípio, pela dicção normativa do art. 18, II, do código penal, poder-se-ia entender que sempre o resultado, expressamente mencionado pela lei, devesse integrar o tipo culposo, *verbis*: diz-se o crime culposo, quando o agente *deu causa ao resultado* por imprudência, negligência ou imperícia. Por isso, somente a violação do dever objetivo de cuidado não poderia informar o crime culposo, pelo que deveria aí ser ajuntado o resultado. Mas, o preceito, na sua inteireza, aplica-se, evidentemente, às hipóteses de conduta e resultado natural que possam ser conectados materialmente.

O argumento de que o resultado deva sempre compor o tipo penal culposo é válido somente para o direito que prevê a incriminação da conduta negligente da qual decorre um dano efetivo, tal como anotado por WELZEL⁹⁸ em face do direito alemão: já que os delitos culposos todavia hoje são construídos predominantemente como delitos de lesão, se requer para a configuração de seu tipo que a ação contrária se concretize na lesão de um bem jurídico. E prossegue aquele doutrinador ensinando que “a importância do resultado no tipo reside em que realiza uma seleção no círculo das ações contrárias ao cuidado; certamente toda ação contrária ao cuidado é antinormativa, indiferentemente se concretiza ou não em um resultado; porém somente uma vez que se concretiza num resultado, que logra - em todo caso segundo o direito positivo - relevância jurídico-penal, se converte no fundamento material do injusto típico. Com isto se mostra quão pouco o resultado é parte essencial jurídico-penal do fato culposo”.

Pondere-se, por outro lado, que não deva necessariamente o resultado integrar o tipo penal apenas pela exigência do requisito da sua previsibilidade. Com efeito, tomando-se por exemplo os mencionados tipos de crimes do parágrafo único dos arts. 278 e 280, do Código Penal, quando o legislador pátrio pretendeu punir o comportamento negligente de quem vende coisa ou substância nociva à saúde ainda que não destinada a ali-

⁹⁸ Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán. Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 193

mentação ou a fim medicinal, ou de quem fornece substância medicinal em desacordo com a receita médica, como crimes contra a saúde pública, teve por objetivo, ao tempo de evitar o risco para a generalidade das pessoas, evitar também o efetivo dano que poderia ser individualmente causado com tais condutas, dano esse que se constituiria em resultado no âmbito da previsibilidade do agente.

Em resumo, se nos tipos dolosos que contêm resultado material, a exemplo do homicídio, o desvalor da conduta se extrai do caráter socialmente intolerável desse resultado, nos tipos dolosos formais ou de simples atividade, a exemplo da violação de domicílio, o desvalor da conduta se infere da própria conduta que atenta contra a liberdade e intimidade individual. Já nos tipos culposos de resultado material, o desvalor da conduta decorre do caráter socialmente intolerável com que o agente ordenou a cadeia causal contrariando seus deveres de cuidado. Dessa forma, acresce-se, ao comportamento negligente, o resultado de dano que é, na tese welzeliana, o componente de azar do tipo culposo, componente esse que eventualmente poderá não ser exigido em certos tipos penais culposos.

Não há crime culposo de resultado material, no caso da conduta contrária ao cuidado objetivo, se verificar que o resultado se produziria da mesma forma, independentemente da ação descuidada do agente. E assim é, à evidência, porque a atuação negligente deve ser determinante do resultado como é da exigência causal.

e) Tipicidade

A prática de uma conduta informada pelos elementos precedentes se adequará à previsão legal do crime culposo, com as dificuldades já mencionadas. A tipicidade do comportamento negligente, atento ao princípio da reserva legal, se dará, no nosso sistema penal, quando for *exceptionalmente* prevista a modalidade culposa, a teor do § único do art. 18 do código penal, como ocorre com os delitos de homicídio e lesões corporais de trânsito previstos nos arts. 302 e 303 da lei 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro).

A tipicidade do crime culposo se estabelece comparativamente entre a conduta do agente e a conduta que, na situação de fato, realizaria o homem de prudência ordinária.

Embora o código penal apresente as modalidades de culpa (imprudência, negligência e imperícia), não esclarece no que ela consiste. Melhor o código penal militar ao dispor no seu art. 33, II: *Diz-se o crime culposo, quando o agente, deixando de empregar a cautela, atenção, ou diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevenindo-o, supõe levemente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo.*

6. Modalidades de culpa

O nosso Código Penal apresenta apenas as modalidades de culpa, quais sejam a imprudência, negligência e imperícia que em substância não diferem entre si. Essas são as formas de comportamento descuidado do agente e que podem provocar o resultado. Sempre se pretendeu classificá-las visando estabelecer diferença entre elas, mas sem sucesso principalmente quanto aos conceitos de imprudência e negligência, já que qualquer uma destas formas é espécie da outra.

Já dizia Basileu Garcia⁹⁹ que a rigor a palavra negligência seria suficiente para ministrar todo o substrato da culpa. Mas, costuma-se aludir também à imprudência e à imperícia. Essas duas idéias poderiam caber dentro da de negligência. O médico, que se revela imperito em uma intervenção cirúrgica e mata o seu cliente, não deixa de ser negligente, no sentido de que, ou não tomou as cautelas necessárias, ou, sabendo-se inábil, se abalçou a uma tarefa superior à sua aptidão.

Mas, classicamente tem se entendido que:

Imprudência: é prática de fato perigoso (p.ex., dirigir veículo automotor em excesso de velocidade; dar marcha à ré sem a precaução necessária etc.). Encerra uma atividade, ou seja, o agente realiza uma conduta positiva que a cautela indica que não deve ser realizada. O agente não se abstém de realizar um ato capaz de produzir certo resultado danoso ou perigoso, ou a realiza de maneira inadequada. Trata-se da culpa *in agendo* ou *in comitendo*.

⁹⁹ Garcia, Basileu. Instituições de Direito Penal, Max Limonad, 1973, vol. I, Tomo I, p. 259

Negligência: encerra inatividade ou inércia, ou seja, comportamento negativo ou passivo em que o agente por ausência de precaução ou indiferença- (p.ex., dirigir veículo automotor com pneus carecas) - deixa de fazer alguma coisa que a prudência recomenda e impõe. É a conduta do agente que obra com culpa inconsciente na maioria dos casos. É o comportamento de quem não prevê o previsível, de quem põe em risco os bens jurídicos omitindo a diligência devida. A negligência decorre do defeituoso funcionamento da memória e da capacidade de associação, com relação à atenção, impedindo que sejam elas ativadas e bem por isso é considerada forma de desatenção e de inércia psíquica. Seria a culpa *in omitendo*.

Imperícia: falta de aptidão técnica para o exercício de arte ou profissão. Se o sujeito realiza conduta fora de sua arte, ofício ou profissão, não se fala em imperícia mas em imprudência ou negligência. A imperícia pressupõe cometimento do fato no exercício do mister.

A imperícia pode decorrer de ignorância, de erro ou de inabilidade do agente. A ignorância significa ausência de conhecimento de determinado objeto ou fenômeno; o erro já é um juízo incorreto que pode decorrer de um fenômeno ilusório ou de um equívoco e a inabilidade revela defeitos, não na formação dos juízos, mas na tradução em atos.

7. Culpa inconsciente e culpa consciente

O Código Penal Militar (Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969) estabeleceu a distinção entre ambas formas de culpa. Disse ser culposo quando o agente inobservando o dever de cuidado, *não prevê o resultado que podia prever* (culpa inconsciente) ou, *prevendo-o, supõe levemente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo* (culpa consciente).

Na culpa inconsciente o resultado não é previsto pelo agente, embora previsível. É a culpa por imprudência, negligência ou imperícia. É a culpa sem previsão. São os casos comuns de crimes culposos: manejo de arma, sem verificar se está previamente carregada, causar lesão corporal no trânsito por inobservância do sinal de parada etc. É chamada *culpa ex ignorantia*.

Na culpa consciente, também denominada *culpa com previsão*, há características mais graves que a culpa sem previsão. O agente prevê como *possível* o resultado, mas sem tê-lo desejado, embora devesse preveni-lo e tomando as precauções necessárias para evitá-lo, abstendo-se da ação. *Esta*

classe de culpa se aproxima do dolo, pela consciência do agente acerca da possibilidade do mal ocasionado, mas se distingue essencialmente dele, por não ter tido o autor desse mal a intenção de produzi-lo. É chamada *culpa ex lascivia*.

A distinção entre culpa consciente e dolo eventual, será melhor detalhada no setor dos crimes dolosos. Por ora, resumidamente, diga-se que na culpa consciente o agente não quer o resultado, não assume o risco de produzi-lo e nem ele lhe é tolerável ou indiferente. O evento lhe é representado (previsto), mas confia em sua não-produção, ao passo que no dolo eventual, o agente *assume o risco de produzir o resultado*. Não quer o resultado, mas o antevê e termina por agir. A vontade do agente não se dirige ao resultado, mas realiza a conduta embora prevendo que pudesse produzi-lo. O agente tolera a produção do resultado, o evento lhe é indiferente, tanto faz que ocorra ou não, assumindo o risco de produzir o resultado.

Se no dolo eventual o agente atua em face do resultado que lhe é representado como certo ou possível, o assentiu. Na culpa consciente, conquanto o resultado também lhe fosse representado, o repeliu porque confiou que seria evitado.

8. Graus de culpa

Embora o dolo não apresente graduação, tal é possível na culpa. Considerando que a violação do dever de cuidado se constitui num modo desastroso de atuar, temos que mais grave será a culpa quanto mais grave a violação do dever de cuidado. Pode-se graduá-la, posto que tal dever de cuidado não é igual para todas as pessoas, sem contar que as circunstâncias concorrentes na hipótese pode se dar com mais ou menos intensidade.

Verifica-se que a culpa consciente onde há efetiva representação do resultado que levanamente o agente espera não ocorrer, será mais grave que a culpa inconsciente, posto que apenas previsível e não previsto o resultado. Enfim, a temeridade com que se há o agente poderá ser maior ou menor nos casos concretos.

Podem ser mensurados, os graus de culpa em: a) culpa grave (culpa lata), b) culpa leve (culpa levis) e c) culpa levíssima.

A classificação provém do direito romano; a primeira é a negligência máxima ou excessiva, ou seja, não agir com o cuidado que deve ter toda pessoa diligente; a segunda é a negligência leve, comparativamente à diligência e cuidado do *homo medius* e a terceira é a negligência que só pode incorrer aquele que empregue diligência extraordinária.

A culpa levíssima não tem sido aceita para fundamentar a punição no âmbito penal, por razões de política criminal e de justiça, já que não haveria reprovação no comportamento do homem na conduta ordinária. Inexigível o cuidado excepcional que a generalidade das pessoas não empregam. A previsibilidade refoge do que a prudência comum recomenda e, assim, a culpa levíssima trata dos fatos próprios de homens prudentíssimos e inteligentíssimos.

Já se decidiu que “a culpa levíssima, que se configura quando a previsibilidade somente é possível mediante atenção extraordinária ou excepcional, não é punível no juízo criminal, dando margem, tão-só a eventual ressarcimento civil¹⁰⁰”.

Apesar da classificação, não há qualquer distinção para efeito de configuração do crime culposo e nem para pena abstrata, podendo influir na dosagem da pena, conforme o grau da culpa.

9. Compensação e concorrência de culpas

Compensação (*cum, pendere* - pesar em conjunto), é colocar na mesma balança duas obrigações, um débito e um crédito, extinguindo-se entre si e, pois, compensando-se. O princípio vem do direito romano, admitido no sistema brasileiro (arts. 368 e ss. úteis do Código Civil de 2.002), mas incabível no Direito Penal.

O fundamento da não admissão da compensação no direito penal, segundo Cuello Calón¹⁰¹ consiste em que a conduta culposa da vítima não interrompe o nexo de causalidade entre o fato inicial e o resultado danoso produzido. A intervenção da vítima deve ser considerada, não como

¹⁰⁰ Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, 1ª Câmara, j. 14.10.1976, rel. Geraldo Pinheiro, RT 497/348

¹⁰¹ Calón, Cuello. Derecho Penal, tomo I/403

elemento compensador, mas como indicação para a mensuração da pena, nos termos do art. 59 do código penal. O concurso negligente da vítima, assim, não sendo previsto como atenuante, pode ser relevante na aplicação concreta da pena, muito comum nos acidentes de trânsito quando se deve não só à velocidade excessiva do motorista, mas também do imprevidente pedestre ao cruzar a via pública sem a menor atenção.

A concorrência de culpas não se confunde com a compensação, como se exemplifica no caso de dois motoristas imprudentes e, pois, com culpa ambos que concorrem para o resultado antijurídico, pelo qual responderão na forma do art. 13 do código penal.

10. Excepcionalidade do crime culposo

A excepcionalidade do crime culposo vem sintetizada no art. 18, parágrafo único, do Código Penal: “Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”.

A regra geral é a punibilidade a título de dolo, e a exceção é a punibilidade a título de culpa. É princípio de Direito penal fundamental aplicável ao Direito Penal complementar, se este não dispõe de outro modo (cf. STF, JUTACrim 69/543).

11. Reparação do dano

A reparação do dano causado não induz e nem faz presumir a culpa. Ocorre com certa frequência em acidentes de trânsito de consequências menores, quando então as pessoas envolvidas terminam por ajustarem a composição dos prejuízos patrimoniais, para se livrarem dos naturais incômodos da burocracia judiciária. Disso não decorre, necessariamente, que seja culpado o autor do fato, o qual se dispôs e preferiu, ao invés de ver discutida eventual sua culpa no âmbito civil, reparar o dano causado.

No campo civil, ainda que levíssima a culpa do agente, enseja a sua responsabilização; mas, tal afirmativa não serve para o campo penal. A culpa penal, neste ponto, difere substancialmente da culpa civil, já que, como visto anteriormente, a culpa levíssima seria aquela decorrente do comportamento dos homens de cuidados excepcionais. O dever de cuida-

do que fundamenta o injusto culposos é aquele do homem médio, vale dizer, de conduta ordinária no âmbito das relações.

12. Exclusão de ilicitude

Tal como ocorre nos delitos dolosos, é possível, na conduta culposa, a incidência de uma causa de exclusão de ilicitude, tomando-se o clássico exemplo do médico que, para atender emergência, desenvolve excessiva velocidade no automóvel, culminando por atropelar um pedestre. Possível excluir a ilicitude pelo estado de necessidade (art. 24, *caput*, do Código Penal).

O tipo penal culposos, quando preenchido, se constitui em indício de antijuridicidade que subsistirá acaso não verificada qualquer causa de sua exclusão, e, portanto, pelo menos a princípio, todas as causas excludentes de ilicitude poderiam incidir nos crimes culposos, mesmo porque a norma permissiva do artigo 23 não faz qualquer discriminação ou restrição entre crimes dolosos e culposos.

Entretanto, salvo no caso do estado de necessidade, é praticamente impossível imaginar a possibilidade de excluir-se ilicitude por outras causas legais ou supralegais.

Uma das diferenças fundamentais entre o estado de necessidade e a legítima defesa reside no fato de que, enquanto esta se verifica em face de uma “agressão”, como ato exclusivamente do homem, aquela se dá em face de um “perigo” causado pelo homem ou nas hipóteses de caso fortuito ou força maior.

Difícil ou impossivelmente se poderia reconhecer a excludente da legítima defesa numa conduta culposa. Ora, na conduta culposa consciente ou inconsciente, o agente de nenhuma forma pode pretender alcançar o resultado (do contrário estaríamos em face duma conduta dolosa). E na legítima defesa, é preciso que o defendente se haja com o intuito de defender direito seu ou de outrem (elemento subjetivo de justificação). Decorre disso, antagônico falar em *intuito do agente de não pretender causar o resultado*, ou seja, um autêntico “querer não querer”.

Todavia, assim não pensa Juarez Távares¹⁰² ao escrever que “quem, por exemplo, impede um furto de automóvel, porque tenha atropelado o ladrão no momento de penetrar este no veículo, realiza, na verdade, o tipo de lesão corporal negligente, mas estará acobertado pela legítima defesa de terceiro”.

“Data venia”, não comungamos da mesma opinião. Se o motorista do automóvel tinha consciência do furto que estava acontecendo e quis agir em legítima defesa do patrimônio de terceiro, por certo a sua conduta não pode ser reconhecida como negligente; a sua conduta é informada sobretudo pelo dolo, qual seja, a vontade livre e consciente de realizar os elementos objetivos do tipo (homicídio ou lesão corporal), não se discutindo que sua conduta possa ensejar a exclusão da ilicitude.

Por outro lado, se o motorista não tinha consciência do furto que estava sendo perpetrado e por negligência veio a atropelar exatamente o ladrão no instante que se apossava do veículo, não se pode falar em legítima de defesa a direito de outrem, posto ausente aí o elemento subjetivo de justificação.

O estado de necessidade é a excludente que mais amplamente se poderia reconhecer nas condutas culposas; tais seriam exemplos o motorista que para se salvar de um perigoso terremoto prestes a matar todos, arranca em excessiva velocidade vindo atropelar uma pessoa; ou ainda, o motorista que no momento de ultrapassar outro veículo, este inopinadamente se põe em movimento obrigando aquele a desviar o veículo para contramão de direção colhendo um pedestre etc. São, no caso, *perigos* que foram criados, ou por força superior ou por obra do homem.

Também não se pode conceber excludente de ilicitude pelo exercício regular de um direito ou estrito cumprimento de dever legal em condutas culposas. Aqui, também, a exemplo da legítima defesa, o agente para atuar ao abrigo da excludente é indispensável que tenha consciência e vontade de realizar o tipo. Bem por isso já se decidiu que “a excludente prevista no art. 23, III, é incompatível com os delitos culposos, pois a toda evidência só é aplicável às hipóteses em que o agente procede querendo o resultado ou assumindo o risco de produzi-lo¹⁰³”

¹⁰² Távares, Juarez. Direito Penal da Negligência, Ed. Revista dos Tribunais., 1985, p. 159

¹⁰³ Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, RT 383/193

Situação diversa é a possibilidade de se punir culposamente *pelo excesso* cometido em face de uma agressão ou perigo; mas, nesse caso a reação ou o ato de salvação, já “a priori” se dão com consciência e vontade de fazê-los. Depois disso é que termina o agente por praticar uma conduta culposa.

13. Concurso de pessoas no crime culposo

A nossa lei nada dispõe a respeito, diversamente do código penal italiano que no seu artigo 113 estabelece: “no delito culposo, quando o evento é causado pela cooperação de várias pessoas, cada uma delas incide nas penas estabelecidas para o mesmo delito”.

A questão é muito controversa.

Argumenta-se contrariamente que, ausente no crime culposo a *voluntas sceleris*, não pode haver concurso de vontades para um mesmo propósito criminoso. Argumenta-se favoravelmente que a culpa penal consiste na voluntária prática de um fato que pode ser cometido por duas ou mais pessoas.

Aníbal Bruno¹⁰⁴, depois de observar que o concurso pode se dar tanto nos crimes dolosos quanto nos culposos, anota que nas formas dolosas, o vínculo está na consciência e vontade de participar no fato comum; na culpa, resulta da situação ou comportamento dos agentes, cooperadores conscientes na imprudência ou negligência uns dos outros. A vontade aqui se dirige só à conduta imprudente. É fácil conceber, assim, a possibilidade do concurso nos crimes culposos. Assim será, por exemplo, no caso em que, nas proximidades de substâncias inflamáveis, A reúne lenha e B a acende, determinando a imprudência dos dois o incêndio resultante, cooperando ambos no ato imprudente, mas sem querer, ou mesmo prever, aceitando o risco, o resultado final.

Esther de Figueiredo Ferraz¹⁰⁵ que a princípio se manifestava contrariamente ao concurso de pessoas no crime culposo, no que fora objetada

¹⁰⁴ ob. cit. p. 277

¹⁰⁵ Ferraz, Esther de Figueiredo. A co-delinquência no Direito Penal Brasileiro, Ed. José Bushatsky 1976, pp. 154/155

por Magalhães Noronha¹⁰⁶, reformulou seu posicionamento ao dizer que é evidente que o vínculo de natureza psicológica que liga as várias condutas ao resultado comum será diverso conforme se trate de crimes dolosos ou culposos. Nem por isso, entretanto, deixará de haver nesses últimos aquela coincidência ou confluência de vontades exigida para a caracterização do concurso. Será também, como observa José Salgado Martins, um concurso subjetivo de vontades, embora os agentes não atuem no sentido de, intencionalmente, alcançar o resultado. Destarte, servindo-nos do exemplo apresentado pelo saudoso penalista pátrio, “se dois homens que se entregam à mesma atividade, levantando uma parede, derrubando uma árvore, acionando uma máquina ou engenho industrial, não cuidarem de realizar essas diferentes ações com a necessária cautela e prudência, sendo previsível que dessa omissão poderia resultar um dano a outrem, serão co-autores de um delito culposos se o dano realmente ocorrer.

Acentue-se que Magalhães Noronha¹⁰⁷, além de admitir a co-autoria no crime culposos, entendia plenamente possível a participação e dizia: No clássico exemplo do passageiro que instiga ou manda o “chauffeur” acelerar exageradamente a velocidade de seu automóvel, conquanto a participação daquele seja puramente intelectual, não há afastá-la, pois concorreu eficazmente para o resultado, podendo até ser *causa originária exclusiva*, se, p. ex., com o fito de apanhar um avião, mandou que o “chauffeur” imprimisse grande velocidade. Como acentua Ranieri, nada impede que se possa concorrer no crime culposos por aqueles modos de co-participação, como a determinação ou instigação, o auxílio, a cooperação imediata e a execução.

A Exposição de Motivos do Código Penal de 1940 dispunha em seu parágrafo 23: *...fica solucionada, no sentido afirmativo, a questão sobre o concurso em crime culposos, pois neste tanto é possível a cooperação material, quanto a cooperação psicológica, isto é, no caso de pluralidade de agentes, cada um destes, embora não querendo o evento final, tem consciência de cooperar na ação.*

¹⁰⁶ Noronha, Edgard Magalhães. Direito Penal, Saraiva, 1.973, p. 204

¹⁰⁷ Noronha, Edgard Magalhães. Do crime culposos, Saraiva, 1957, pp. 122/123

Interessantemente, pondo fim a qualquer controvérsia sobre o assunto, o código penal uruguaio dispôs em seu artigo 59 que *en los delitos culpables, cada uno responde de su propio hecho*.

Na doutrina de Jescheck¹⁰⁸, quando várias pessoas cometem conjuntamente um delito por imprudência inconsciente, não resulta possível a distinção de autoria e participação, porque falta em todos os intervenientes por igual a previsão do resultado típico. É autor de delito imprudente todo aquele que, vulnerando o cuidado exigível no tráfico, contribui para realizar o tipo, devendo-se atender, evidentemente, ao fato de que na medida em que não se trate de um puro delito de resultado, aquele deve realizar também os elementos de ação para poder ser castigado.

Para Damásio E. de Jesus¹⁰⁹, no crime culposos é possível a co-autoria e não participação. O crime culposos tem o tipo aberto, sendo típica toda conduta que descumpre o dever objetivo de cuidado. Assim, é autor aquele que, violando esse dever, dá causa ao resultado. E com apoio de Welzel, sustenta que autor de um delito culposos é todo aquele que mediante uma ação infringe o grau de cuidado requerido no âmbito de relação, produzindo de modo não doloso um resultado típico. Todo grau de causação a respeito do resultado típico produzido não dolosamente, mediante uma ação que não observa o cuidado requerido no âmbito de relação, fundamenta a autoria do respectivo delito culposos. Por essa razão, não existe diferença entre autores e partícipes nos crimes culposos. Toda classe de causação do resultado típico culposos é autoria¹¹⁰.

Assim, no crime culposos é possível apenas autoria e co-autoria, nunca participação. No crime culposos o tipo penal é aberto (comportamento não determinado pela lei). Autor é quem infringe o dever de cuidado objetivo necessário. Tratando-se de culpa, não se fala em cooperação no resultado, mas sim na causa (falta do dever de cuidado). Nos crimes culposos, não há diferença entre autor e partícipe: todos são autores.

¹⁰⁸ Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal, Bosch, Barcelona, p. 900

¹⁰⁹ ob. cit. p. 365

¹¹⁰ Stratenwerth, Günter (Derecho Penal, Parte General I, Edersa, Madrid, 1982, p. 338), anota que a teoria dominante rechaça nos seus resultados, e com razão, a distinção dos autores com relação aos partícipes nos fatos culposos: em princípio, autor é todo aquele que causou um perigo, contrário ao cuidado, que se concretiza no resultado.

Em nível jurisprudencial, certo julgado dentre vários outros, ressaltou que “Se o chofer de ônibus, por estar sem condições de dirigi-lo, exige que pessoa inabilitada lhe assuma a direção, resultando daí atropelamento de pedestres, tem-se nítida a co-autoria em crime culposo, razão pela qual não podia o magistrado rejeitar a denúncia apresentada contra o primeiro, já condenado o improvisado motorista, sob alegação de que o fato narrado não constitui crime, especialmente na forma de co-autoria”¹¹¹.

Questão interessante, tanto sob o aspecto material como processual, foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.306.731 - RJ (2011/0249384-0) em 22 de outubro de 2013, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze. No caso, a acusação imputara a ambos réus, em coautoria, o crime de homicídio por dolo eventual pela participação em “pega” ou “racha” com velocidade excessiva. O Tribunal do Júri condenou um dos réus, Bruno, por homicídio culposo (art. 302, do Código de Trânsito Brasileiro) e outro, Thiago, por homicídio doloso (art. 121, do Código Penal). Posto que a decisão transitara em julgado para Bruno, a Corte não conheceu do recurso especial de Thiago e, tendo reconhecido que a decisão popular violou a teoria monista (art. 29, do Código Penal), o Superior Tribunal de Justiça concedeu “habeas corpus” de ofício para estender a Thiago igual condenação sofrida por Bruno, ou seja, apenas pelo homicídio culposo, *verbis*:

1. Hipótese em que o Ministério Público denunciou o recorrente e outro corréu como incurso nos arts. 121, § 2º, inciso I, e 129, caput, na forma dos arts. 29 e 70, todos do Código Penal, porque, ao realizarem disputa automobilística ilícita, vulgarmente conhecida como “pega” ou “racha”, causaram a morte de uma vítima e lesão corporal em outra, concluindo a acusação pela presença do dolo eventual, porquanto ambos assumiram o risco de causar o resultado. Esses fatos foram ratificados na sentença de pronúncia, no acórdão confirmatório, bem como no libelo acusatório.

2. Na sessão plenária do Tribunal do Júri, o Conselho de Sentença, na linha do que sustentara a defesa desde o inquérito policial, entendeu que os réus não participavam, por ocasião dos fatos delituosos, de nenhuma corrida

¹¹¹ Tribunal de Alçada Criminal de Minas Gerais, RT 497/384

ilícita, como deduzido pela acusação. Todavia, mesmo entendendo dessa forma, desclassificou o crime apenas em relação ao corréu Bruno, sendo condenado por homicídio culposo na direção de veículo automotor (CTB, art. 302), concluindo quanto ao recorrente Thiago que este assumiu o risco de produzir o resultado morte na vítima, ou seja, que agiu com dolo eventual.

3. Tratando-se de crime praticado em concurso de pessoas, o nosso Código Penal, inspirado na legislação italiana, adotou, como regra, a Teoria Monista ou Unitária, ou seja, havendo pluralidade de agentes, com diversidade de condutas, mas provocando um só resultado, existe um só delito.

4. Assim, denunciados em coautoria delitiva, e não sendo as hipóteses de participação de menor importância ou cooperação dolosamente distinta, ambos os réus teriam que receber rigorosamente a mesma condenação, objetiva e subjetivamente, seja por crime doloso, seja por crime culposo, não sendo possível cindir o delito no tocante à homogeneidade do elemento subjetivo, requisito do concurso de pessoas, sob pena de violação à teoria monista, razão pela qual mostra-se evidente o constrangimento ilegal perpetrado.

5. Diante da formação da coisa julgada em relação ao corréu e considerando a necessidade de aplicação da mesma solução jurídica para o recorrente, em obediência à teoria monista, o princípio da soberania dos veredictos deve, no caso concreto, ser aplicado justamente para preservar a decisão do Tribunal do Júri já transitada em julgado, não havendo, portanto, a necessidade de submissão do recorrente a novo julgamento.

6. Recurso especial não conhecido. Habeas corpus concedido de ofício para, cassando o acórdão recorrido, determinar a extensão ao recorrente do que ficou decidido para o corréu Bruno Albuquerque de Miranda, reconhecendo-se a caracterização do crime de homicídio culposo na ação penal de que aqui se cuida, cabendo ao Juízo sentenciante fixar a nova pena, de acordo com os critérios legais.

CAPÍTULO V

Crime doloso

1. *Tipo penal doloso*

Como se sabe, nas linhas teórico-dogmáticas da doutrina tradicional ou causalista, o dolo e a culpa são *formas de culpabilidade*, desconhecendo, de conseqüência, o conceito de tipo subjetivo. Na teoria finalista, outra coisa não são senão a *vontade final de realização da ação*, constituindo, assim, num aspecto do tipo penal do qual faz parte sob a denominação de *tipo subjetivo*. Dolo e culpa, ambos, são situados sistematicamente no tipo legal e, portanto, estudadas no terreno da *tipicidade*. Daí, dizer-se que o *dolo está no tipo* ou que a *culpa "stricto sensu" está no tipo*.

O tipo de injusto penal, apresenta duas faces, quais sejam:

a) *face objetiva* (tipo objetivo) que compreende os elementos da conduta externa do autor, vale dizer, os elementos objetivos (descritivos e normativos), o autor, a ação, forma de execução, resultado, a conexão causal, objeto material etc.

b) *face subjetiva* (tipo subjetivo) que apresenta o fim, efeitos e seleção de meios, seja o atuar do agente doloso ou culposos.

Tipo subjetivo

Na face subjetiva do tipo doloso encontra-se o *dolo* e, não raramente, o *elemento subjetivo do tipo*. E quando ocorre de o tipo nele incluir o elemento subjetivo e este se ausentar, dar-se-á a atipicidade da conduta. É certo que o agente poderá realizar uma conduta dolosa sem qualquer fim especial incluso no tipo (como é na maioria dos tipos penais); e, à evidência, quando se referir ao elemento subjetivo do tipo, a conduta será necessariamente dolosa.

Melhor explicando. A carga subjetiva do comportamento delituoso é chamada *tipo subjetivo* (nos tipos normais, esgota-se no dolo). Nos denominados tipos normais (que contém apenas elementos objetivos - descritivos), basta o dolo, ou seja, a vontade de realizar a conduta típica (dolo direto) ou voluntariamente consentir que ela se realize (dolo eventual).

Mas, há vários outros tipos penais que não contém apenas elementos descritivos (p. ex. tipos penais com elemento subjetivo do tipo ou do injusto). Para esses tipos, chamados *anormais*, não é suficiente apenas o dolo; são necessários esses elementos subjetivos para que haja perfeita correspondência entre a conduta do agente e o tipo penal (congruência).

Como esclarece Heleno Fragoso¹¹², em certos casos, verifica-se que a ilicitude depende de especial fim ou motivo de agir, que amplia o aspecto subjetivo do tipo. Tais elementos não pertencem ao dolo e nem o integram, porque o dolo se esgota na vontade e consciência de realizar a ação dirigida ao resultado que consuma o delito, ou na assunção do risco de produzi-lo (art. 18, I, do Código Penal)”.

Tais elementos podem se referir à finalidade do agente (meta objetivada pelo agente com a prática da conduta descrita no núcleo do tipo), ou seja, o fim especial da conduta que está no próprio tipo penal; p. ex., a finalidade de *“para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída”* no crime de afastamento do local do acidente (art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro) ou *“a fim de induzir a erro o agente policial, o perito ou o juiz”* no crime de inovação artificiosa (art. 312 do mesmo código) etc.

De grande utilidade e esclarecedor o ensinamento de ZAFFARONI¹¹³ ao expressar que são muitos os exemplos de tipos subjetivos que não se contentam com o dolo, e que exigem os *elementos subjetivos do tipo distintos do dolo*, destacando-se o seguinte:

1) todos os tipos dolosos exigem uma *congruência* entre seus aspectos objetivo e subjetivo;

2) há tipos dolosos em que esta congruência basta que seja *simétrica*, ou seja, que o tipo subjetivo contenha somente o querer a realização do tipo objetivo (dolo) e

3) há outros tipos dolosos em que a congruência é *assimétrica*, porque exigem algo mais que a simples realização do tipo objetivo (algo mais que o dolo). São tipos em que está hipertrofiado o aspecto subjetivo com

¹¹² Fragoso, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal, Forense, 1992, p. 174

¹¹³ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal, PG, Ediar, 1991, p. 403

relação ao objetivo, e o “algo mais” que o dolo, são os chamados “elementos subjetivos do tipo distintos do dolo”.

2. O dolo no Código Penal Brasileiro

Ao contrário do que ocorre na maioria de outras legislações mais atualizadas, nosso Código Penal define o que se deve entender por dolo ao estabelecer que o crime é doloso “quando o agente *quis* o resultado ou *assumiu* o risco de produzi-lo” (artigo 18, I).

Pela dicção normativa, na primeira parte do dispositivo o legislador adotou a *teoria da vontade*, vale dizer, há dolo quando o agente *quer* o resultado (quer matar, quer lesar a integridade corporal de alguém, quer furtar, quer falsificar etc.). Tem-se, aqui, o *dolo direto*, quando o resultado é previsto como certo.

Na segunda parte, adotou a *teoria do assentimento* ou do *consentimento*, ou seja, há *dolo eventual* quando o agente assumiu o risco de produzir o resultado. O agente prevê como possível ou provável o resultado, e embora não o tenha querido (se tivesse querido seria dolo direto), com ele consente.

3. Elemento cognoscitivo ou intelectual

Em primeiro lugar, para se falar em dolo, o sujeito ativo *deve saber* o que faz e *conhecer* os elementos objetivos que caracterizam sua ação como ação típica. Deve saber que mata uma pessoa, no homicídio; que furta coisa alheia móvel, no crime de furto; que falsifica documento, no crime de falsificação de documento; que omite socorro necessário à pessoa que se encontra em perigo, no crime de omissão de socorro etc. Se ausente esse conhecimento, ou seja, desconhecimento dos elementos pertencentes ao tipo legal, ocorrerá o fenômeno denominado erro de tipo pela exclusão do dolo, cujo erro é aspecto negativo do elemento intelectual ou cognoscitivo.

O conhecimento pelo autor deve abranger todos os elementos do tipo, notadamente a causalidade e o resultado (nos delitos de resultado naturalístico). Nos crimes de perigo, o autor deve saber e conhecer que sua conduta coloca em perigo o objeto da ação. Nos crimes de lesão o autor deve saber e querer a lesão.

Não haverá dificuldades para o autor em conhecer os elementos descritivos-objetivos do tipo penal, tais como “alguém”, “pessoa”, “filho”, “mulher” etc., posto que seu significado pode ser captado por qualquer pessoa comum do povo. Compreende-se sua significação através dos sentidos.

No entanto, dificuldades podem surgir quanto ao conhecimento relativo aos *elementos normativos do tipo*, quando o autor deve saber o que é “mulher honesta”, “documento”, “funcionário público” etc., quais sejam, elementos que possuem um significado ético ou jurídico. Porém, nessas hipóteses, não é necessário que o autor saiba exatamente o seu significado; é suficiente a *valoração paralela na esfera do leigo*, vale dizer, o conhecimento não precisa ser técnico e nem jurídico, porque do contrário somente os operadores do direito e algumas pessoas de melhor instrução poderiam cometer dolosamente certas condutas.

Aclarando, socorre-se da doutrina de Mezger¹¹⁴ que desenvolveu o assunto: “a ação dolosa exige o conhecimento da significação dos elementos típicos-normativos. Não se trata de uma subsunção formal dos fatos sob a lei, porquanto a mesma não pode ser exigida do profano em direito, mas sim de uma “valoração paralela do autor na esfera do profano”, uma apreciação da significação dos fatos no mundo intelectual pessoal do autor”. Exemplifica que para que possa ser responsável por uma falsificação de documento, o autor devia possuir uma representação no sentido de que o documento falsificado gozaria de confiança no tráfico jurídico.

Nesse mesmo sentido, complementa Jescheck¹¹⁵ que esse conhecimento exigido do autor “é uma estimação do elemento do tipo paralela à valoração do legislador ao nível mental da pessoa individual”.

4. Elemento conativo ou volitivo

Para agir dolosamente, não basta a mera presença do elemento intelectualivo, vale dizer, do conhecimento dos elementos objetivos do tipo. Além disso, é necessário que o agente tenha vontade de querer realizá-los.

¹¹⁴ Mezger, Edmund. Derecho Penal, Libro de Estudio, PG, Din Editora, B.Aires, p. 238

¹¹⁵ Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal, PG, Bosch, Barcelona, p.400

Não se trata, aqui, dos motivos ou desejos que impelem o sujeito à prática do crimes, tais como a vingança, ganância do lucro fácil etc. Tais motivos, normalmente não têm nenhuma significação para a tipicidade dolosa e, quando existem, só interferem na quantificação da pena como circunstâncias atenuantes ou agravantes.

5. *Atualidade do dolo*

O conhecimento dos elementos do tipo que informa a conduta dolosa do autor, deve ser atual, ou seja, deve dar-se no momento da sua realização. O dolo deve existir quando da decisão tomada e dominar a ação realizada e, pois, existir no instante em que ela é empreendida. Tratando-se de conduta omissiva (p. ex., crimes dos arts. 135, CP e 304, CTB), haverá dolo no momento em que o omitente souber que a pessoa encontra-se em situação de perigo.

Como salienta Ricardo Nuñez¹¹⁶, o dolo deve existir no momento do fato. Não há dolo *antecedens* nem dolo *subsequens*. Esse momento é o do comportamento delitivo e não o do resultado, se ambos não coincidem temporalmente.

Na lição de Maurach¹¹⁷, as representações que sobre os fatos tenha traçado o autor com anterioridade, porém que no momento de ocorrerem não estão em sua consciência (*dolus antecedens*) não são suficientes. Pelo mesmo motivo, também o chamado *dolus subsequens* (entrada da plena representação do fato logo depois de realizado o ato decisivo) é penalmente irrelevante. Formula vários exemplos, escolhendo-se os seguintes: a) sobre o dolo antecedente: um marido está disposto a matar sua mulher durante uma excursão de caça, simulando um acidente; porém, na tarde anterior, quando limpava sua arma, por descuido disparou um tiro que mata seu cônjuge. Apesar do dolo anterior, só há morte culposa; b) sobre o dolo subsequente: o autor atropela culposamente um pedestre e logo, dolosamente, deixa que se dessangre¹¹⁸.

¹¹⁶ Nuñez, Ricardo C. Manual de Derecho Penal, PG, Ed. Córdoba, 1987, p. 229

¹¹⁷ Maurach, Reinhart. Derecho Penal, PG, Editorial Astrea, 1994, p. 383

¹¹⁸ Os mesmos exemplos são dados por Jescheck (ob.cit.)

Ainda na doutrina do então professor da Universidade de Munique, o saber e o querer referidos no tipo objetivo global devem existir ao tempo da ação que realiza este tipo; mais precisamente, no momento do ato decisivo. A esse respeito, o autor não tem presente na mesma medida a consciência de todas as circunstâncias essenciais do fato; segundo o caso de consciência do dolo pode-se distinguir entre saber atual e saber colateral (co-consciência)¹¹⁹.

6. Dolo normativo e dolo natural

De acordo com a teoria causalista, o dolo é normativo porque exige a consciência da ilicitude da conduta. Necessário que o autor conheça que o fato praticado seja antijurídico.

No entanto, para a teoria finalista, o dolo é simples querer a realização do tipo objetivo. O tipo subjetivo, no caso o dolo, constitui o dolo natural, vazio de conhecimento ou consciência da antijuridicidade. Aliás, a potencial consciência da antijuridicidade integra a estrutura da culpabilidade finalista como um de seus elementos.

Assim, e também para Damásio E. de Jesus¹²⁰, seguidor da doutrina finalista, o dolo consiste na simples vontade de concretizar os elementos objetivos do tipo, não portando a consciência da ilicitude, tese perfeitamente adaptável ao nosso Código Penal. Pelo que dispõe o art. 21, se o sujeito atua sem a consciência da ilicitude do fato, fica excluída ou atenuada a culpabilidade, se inevitável ou evitável o erro. Pelo que se entende: o dolo subsiste.

7. Espécies de dolo

Na doutrina são dadas as mais numerosas espécies de dolo; aqui e por enquanto serão referidas aquelas que se entendem principais:

¹¹⁹ ob. cit., pp.382/383

¹²⁰ Jesus, Damásio Evangelista de. Direito Penal, Parte Geral, Saraiva, 1995, p. 246

a) Dolo direto

Dá-se o dolo direto quando a previsão e a vontade confluem para o resultado objetivado pelo agente ou para a ação típica nos delitos de mera atividade. Está inserto na primeira parte do inciso I do art. 18 do nosso Código Penal. A vontade é diretamente dirigida para a ação ou para o resultado. O agente quer furtar e furta; quer matar e mata; quer fraudar e fraudar. Trata-se de fim imediato a que se propõe o agente; não a finalidade última por ele desejada como seria o lucro almejado com o furto; vingança pelo homicídio; ganância fácil pelo estelionato etc.

Em algumas hipóteses, o tipo penal faz referência expressa à intenção do agente (p. ex., art. 305, “para fugir à responsabilidade penal ou civil” e art. 312, “a fim de induzir em erro o agente policial, o perito, ou o juiz, etc.” ambos do Código de Trânsito Brasileiro), evidenciando que o autor deve visar e buscar um resultado que vai além do tipo objetivo, mas que não necessita ser conseguido.

Nesses casos, para a realização típica do art. 305, CTB, basta que o agente condutor de veículo automotor se afaste do local do acidente, não sendo necessário que efetivamente evite sua responsabilização civil ou criminal; do art. 312, CTB, basta que o agente inove artificialmente o estado de lugar, coisa ou pessoa, desnecessitando que o policial, perito ou o juiz tenham sido realmente induzidos em erro.

b) Dolo indireto

É corrente na doutrina a utilização do termo “dolo indeterminado” como equivalente ao dolo indireto. Assim, por exemplo, no ensinamento de Aníbal Bruno¹²¹, no dolo indeterminado, o querer do agente se degrada, não é tão definido em relação ao resultado como no determinado, ou direto propriamente dito. Não há então uma direção segura da vontade. O agente prevê e admite a ocorrência eventual de um resultado, ou quer um outro entre vários resultados previstos. Não quer dizer, portanto, que a vontade se dirija indiferentemente a qualquer resultado punível, mas

¹²¹ Bruno, Aníbal. Direito Penal, 2º Tomo, Forense, ed. 1967, p. 71

apenas que a determinação do resultado não se faz de maneira precisa e exclusiva como no dolo determinado.

Contudo, como observou Hungria¹²² o dolo pode ser *mais ou menos determinado*, mas nunca *indeterminado*. O pretendido dolo indeterminado admite um verdadeiro contra-senso, qual seja o de uma vontade de fazer mal *in genere*. No dolo alternativo não há indeterminação da vontade: quando se querem, indiferentemente, resultados diversos, sabendo-se que um excluirá o outro, a vontade é tão determinada como quando se quer um resultado único. Também não é indeterminada a vontade no dolo eventual: quando a vontade, dirigindo-se a certo resultado, não recua ou não foge da prevista probabilidade de outro resultado, consentindo no seu advento, não pode haver dúvida de que esse outro resultado entra na órbita da vontade do agente, embora de modo secundário ou mediato.

Parece-nos melhor e correta a utilização do termo dolo indireto para diferenciá-lo do direto. Enquanto que no dolo direto há ajuste perfeito dos elementos cognoscitivo/volitivo em relação ao resultado pretendido pelo agente como certo (consciente do homicídio, quer matar e efetivamente mata alguém), no dolo indireto assim não ocorre posto que o resultado provável a que assente ou consente o agente, pode ser um outro (dolo alternativo) ou então não desejado, mas arriscado (dolo eventual).

O dolo indireto pode se apresentar sob as formas de dolo alternativo e dolo eventual.

b.1- Dolo alternativo

Haverá dolo alternativo quando o agente se conduz com vontade, mas não sabe qual será a realização típica. Sua conduta é direcionada para um ou outro resultado como é exemplo freqüente o caso do agente desfechar tiros na vítima com intenção alternativa: ferir ou matar.

Como bem claramente através de exemplos ensina Wessels¹²³, que há tal caso quando o autor quer determinada ação, mas não sabe ao certo,

¹²² Hungria, Nelson. Comentários ao Código Penal, Forense Rio, 1958, Vol.I, Tomo II/116

¹²³ Wessels, Johannes. Direito Penal, PG, S.A.Fabris Editor, 1976, p. 54

se ele, diante de dois tipos ou resultados reciprocamente excludentes, realiza um ou outro, conformando-se, contudo, pelo menos com ambas possibilidades.

Exemplo 1) A se apropria de uma bicicleta que se encontrava estacionada há dias diante de um prédio. A ele é indiferente, se rompe a posse de um morador do prédio, ou se a bicicleta fora subtraída em qualquer lugar e ali abandonada, e, por conseqüência, não está sob um poder de disposição;

Exemplo 2) O dono de uma chácara G passa despreocupadamente com uma matilha de cães sobre o campo de trigo do camponês B. De longa distância, B desfere um tiro contra G para atingi-lo mortalmente ou pelo menos a um dos cães.

b.2- Dolo eventual

Haverá dolo eventual quando o sujeito assume o risco de produzir o resultado. Admite e aceita o risco de produzi-lo. Ele não quer o resultado, pois se o quisesse haveria dolo direto. Antevê, conta com o resultado, e, arriscando, age. A vontade não se dirige ao resultado (o agente não quer o evento), mas sim à conduta, prevendo que a conduta pode produzir o resultado. O agente percebe que é possível causar o resultado e, não obstante, realiza o comportamento.

No dolo eventual há por parte do agente, a representação da probabilidade do resultado e, embora não queira produzi-lo, continua agindo e admitindo a sua eventual produção. É conhecida a fórmula de Frank: “seja como for, dê no que der, em qualquer caso não deixo de agir”.

O agente, assim, embora tenha como seriamente possível o resultado, conforma-se com isso e se conduz à realização do tipo legal.

Exemplifica Damásio E. de Jesus¹²⁴: O agente pretende atirar na vítima que encontra-se conversando com outra pessoa e percebe que atirando na vítima, pode também atingir a outra pessoa. Não obstante essa possibilidade, prevendo que pode matar o terceiro lhe é indiferente que este último resultado se produza. Para ele, tanto faz que o terceiro seja atingido ou não, embora não queira o evento. Atirando na vítima e matando também o terceiro, responde por dois crimes de homicídio: o primeiro a título de dolo direto; o segundo, a título de dolo eventual.

¹²⁴ Jesus, Damásio Evangelista de. Direito Penal, Parte Geral, Saraiva 1995, p. 248

Embora nossa lei equipare o dolo direito ao eventual, alguns crimes não podem ser cometidos com dolo eventual porque a conduta típica o exclui (p.ex., recepção dolosa - art. 180 e denúncia caluniosa - art. 339).

8. *Distinção entre dolo eventual e culpa consciente*

Muitas linhas foram escritas sobre a questão que sempre se apresentou intrincada, notadamente na apreciação e julgamento de casos relativos a acidentes de trânsito que, quando de graves conseqüências, são vistos ora como crime doloso, ora como crime culposo.

A dificuldade reside na própria concepção de dolo eventual e culpa consciente e de estabelecer um divisor claro para ambos, já que extremamente tênue – se é que pode ser vista – a linha que os separa. Em ambos os casos o agente traz consigo a representação da possibilidade de ocorrência do resultado; a diferença reside na circunstância de que ele, no dolo eventual assume o risco do resultado e se conforma com o risco da realização do tipo, enquanto que na culpa consciente confia na não ocorrência do resultado.

Mas, como se percebe, apenas tais diferenças conceituais não resolveriam a questão prática do policial atirador de elite que, ao disparar contra o seqüestrador, atinge também o refém que era seguro pelo criminoso ou, ainda, do condutor de automóvel que, altamente embriagado, desenvolvendo excessiva velocidade, atropela e mata várias pessoas que se encontravam na calçada¹²⁵.

Tão sutil a diferença que na doutrina francesa de Conte e Chambon¹²⁶, o dolo é dito eventual, quando o agente cometeu *deliberadamente uma imprudência*, prevendo suas conseqüências danosas possíveis. Para Robert¹²⁷, é o *estado de espírito* de uma pessoa que, sabendo que seu comportamento poderia causar dano a um interesse protegido ou realizar uma situação infracional, sem disso ter certeza, persiste contudo a adotá-lo.

¹²⁵ Porque o antigo obsceno não mais parece sê-lo hoje, peço perdão e especial permissão ao leitor para trazer uma grosseira e indecorosa fórmula difundida pela mídia e em cursos preparatórios, mas que pode dar alguma ideia da diferença: Se quando da conduta o agente diz: “Foda-se”, é dolo eventual. Se após a conduta diz: “Ih, fudeu”, é culpa consciente.

¹²⁶ Conte, Philippe; e Chambon, Patrick Maistre; Droit Pénal Général, Masson, Paris, 1990, p. 214

¹²⁷ Robert, Jacques-Henri. Droit Pénal Général, Thémis P.U.F., 1988, p. 336

Esse “estado de espírito” seria decisivo para Logoz¹²⁸ estabelecer a distinção, para quem, no dolo eventual a importância inibidora ou negativa da representação do resultado foi, no *espírito do agente*, mais fraca do que o valor positivo que este emprestava à prática da ação. Na alternativa entre duas soluções (desistir da ação ou praticá-la, arriscando-se a produzir o evento lesivo), o agente escolheu a segunda. Para ele o evento lesivo foi como que o menor de dois males. Em suma, pode dizer-se que, no caso de dolo eventual, foi por *egoísmo* que o inculpado se decidiu a agir, custasse o que custasse. Ao contrário, no caso de culpa consciente, é por *leviandade*, antes que por egoísmo, que o inculpado age, ainda que tivesse tido consciência do resultado maléfico que seu ato poderia acarretar. Neste caso, com efeito, o valor negativo do resultado possível era, para o agente, mais forte que o valor positivo que atribuía à prática da ação. Se estivesse persuadido de que o resultado sobreviria realmente, teria, sem dúvida, desistido de agir. Não estava, porém, persuadido disso. Calculou mal. Confiou em que o resultado não se produziria, de modo que a eventualidade, inicialmente prevista, não pode influir plenamente no seu espírito. Em conclusão: não agiu por *egoísmo*, mas por *leviandade*; não refletiu suficientemente.

Como afirma Soler¹²⁹, ao buscar o complexo motivante, descobriremos mais imediatamente o *motivo egoísta* que tão característico é para decidir se o fato é ou não doloso e que unicamente a investigação do complexo motivante pode, definitivamente, levar o juiz a decidir e afirmar, em concreto, se foi prevalente a *egoísta indiferença* ante o evento delitivo que o sujeito previa como possível.

9. Dolo eventual e culpa consciente nos crimes de trânsito

Os mais simples e corriqueiros acidentes de trânsito, dos quais resultem apenas lesões corporais leves ou levíssimas, são tratados mesmo como crimes culposos, não encontrando aí nem lugar e nem tempo, na prática forense, para essa complicadíssima questão penal.

¹²⁸ Logoz, Commentaire du Code Pénal Suisse, p. 66, “apud” Hungria, ob. cit., p. 117

¹²⁹ Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino, TEA, Buenos Aires, 1988, Tomo II/ p. 155

Posto que o direito penal é dominado pelo princípio da culpabilidade, não devem ser punidos com similar gravidade os crimes dolosos e os crimes culposos. Não se nega a possibilidade da ocorrência de crime doloso em acidentes de trânsito. Acirradas discussões acerca do dolo eventual e culpa consciente, férteis nos casos graves, são travadas quando neles acham-se envolvidos motoristas embriagados ou participantes em “racha” ou “pega”, ou até mesmo em razão da espécie do veículo, qualidade e quantidade de vítimas, ou ainda pela natureza das lesões e suas seqüências etc. E, não tão raramente, alguns casos de morte no trânsito, posto identificando corretamente ou não o dolo eventual, são levados ao julgamento popular do júri, não sem antes ser decretada prisão cautelar do autor; de um lado, amarga para ele que não pode ou não quer compreender a imputação de um autêntico homicídio e também de um antecipado enclausuramento por causa de sua negligência e, de outro lado, necessária aos sentimentos e anseios do povo que não compadece com a aparente impunidade daquele que, sob certas e incomuns circunstâncias ou condições, à direção de um veículo vitima uma ou várias pessoas, quando haveria de ser exemplarmente punido.

Ademais, a experiência geral tem mostrado que a submissão ao tribunal do júri, de graves acidentes de trânsito com imputação de homicídio doloso, tem grande chance de vê-lo definitivamente aí reconhecido pelo povo, testemunho diário dos frequentes abusos cometidos por motoristas embriagados, com espírito de emulação e exibicionismo gratuito. Daí, os embates jurídicos travados até a sentença de pronúncia que, a despeito de sua provisoriedade, assume contornos de decisão quase definitiva. Palavras, termos ou expressões que aí constem, podem ser cruciais, tal como já se decidiu que referência e a inserção do termo “racha” na sentença de pronúncia, -mas não constante da denúncia-, fora indevida, e que pela inegável carga de reprovabilidade, era suficiente para influenciar o ânimo dos jurados¹³⁰.

Como seria identificado, num acidente de trânsito, a culpa consciente ou o dolo eventual? A resposta é óbvia, ao menos teoricamente, pela distinção antes formulada e que se aplica à generalidade dos casos delitu-

¹³⁰ Recurso Especial n. 1.102.118- SC (2008/0256870-0)

osos. Em ambos o resultado é previsto pelo agente que, com sua conduta, termina por causá-lo; na culpa consciente (culpa por representação) o autor age por *leviandade* e no dolo eventual por *egoísmo*.

Tal como sugerido por Soler, linhas atrás, há necessidade de *investigar o complexo motivante do fato*; porém, antes disso, tecnicamente, é imprescindível recorrer ao dolo e seus elementos. Se o condutor do veículo agiu com *intenção* de produzir o resultado (p.ex., para se vingar de morte o inimigo o atropela), não há nenhuma dúvida para concluir ser crime informado pelo dolo direto porque o autor, além de *saber* o que faz, com pleno *conhecimento* de estar praticando desde o início a ação delituosa escolhida (elemento cognoscitivo ou intelectualivo), também age com *vontade* de realizar o homicídio (elemento conativo ou volitivo). Ausente essa *intenção*, poderá ser caso de dolo eventual.

O nosso sistema penal adotou, quanto ao dolo eventual, conforme pacífica doutrina e jurisprudência, a teoria do consentimento ou assentimento, posto que o autor, embora não agindo com *intenção*, consente na produção do resultado que prevê. Mas, como observa Cerezo Mir, a teoria do consentimento não é convincente, pois na realidade o sujeito não aceita ou consente no resultado, mas apenas na possibilidade de sua produção¹³¹.

Por outro lado, para a *teoria da probabilidade*, haverá dolo eventual quando o sujeito representar o resultado como provável, mas assim mesmo não deixa de agir; assim, essa probabilidade deverá ser próxima porque, se remota, haverá culpa consciente. Daí, por uma teoria ou outra, voltarmos à mesma dúvida inicial porque se o sujeito dirige altamente embriagado um veículo com o qual atropela uma pessoa, poderá se falar em: 1) dolo eventual se, tendo representado o resultado como possível ou provável, mesmo assim continuar dirigindo e, mais, consentindo na produção de lesões ou morte da vítima; 2) culpa consciente se, tendo representado o resultado como possível ou provável, mesmo assim continuar dirigindo não aceitando e nem consentindo no resultado.

¹³¹ Cerezo Mir, José. Curso de Derecho Penal Español, Parte General I, Ed. Tecnos, Madrid, 1985, p. 358

Assim, sem olvidar os ensinamentos e posições doutrinárias que procuram estabelecer as diferenças existentes entre culpa consciente e dolo eventual, somente no caso concreto, pelas provas produzidas nos autos, é que se poderá extrair uma ou outra forma de conduta do autor, vale dizer, através da perquirição do elemento subjetivo. E, para tanto, não bastará evidenciar circunstâncias ou condições de natureza objetiva, tais como a embriaguez do condutor no momento do fato¹³², direção de pesado veículo de carga num dia chuvoso, manobras arriscadas e perigosas¹³³, número de vítimas atropeladas etc.

Aliás, no dizer do antes citado catedrático de Zaragoza, “o critério decisivo está na *atitude emocional* do sujeito e, portanto, não na magnitude que atribua ao perigo”¹³⁴. E de outra forma não poderia ser, porque o fundamental para identificar o dolo eventual será a comprovação do elemento volitivo¹³⁵. Direto ou indireto o dolo, imprescindível sempre será,

¹³² O Tribunal de Justiça de São Paulo, pela sua 2ª Câmara, rel. Des. Prestes Barra, julgamento de 11.4.83, decidiu que “age com culpa *stricto sensu* e em altíssimo grau, porém não com dolo eventual, o motorista que, dirigindo embriagado seu veículo e em velocidade incompatível com o local, atropela e mata transeuntes”. Em outro caso, também de motorista que em estado de embriaguez dirigia em excesso de velocidade, provocando o atropelamento e morte de transeunte, o mesmo Egrégio Tribunal repeliu a ocorrência de dolo eventual (6ª Câmara, 6.8.84, rel. Des. Djalma Lofrano). Todavia, em hipótese similar, o TJSP decidiu: Atropelamento. Desclassificação para forma culposa. Inadmissibilidade. Réu alcoolizado, que desenvolvia velocidade inadequada. Não redução ao ver pessoas tentando a travessia. Conduta que evidencia dolo eventual. Consciência do perigo concreto. Assunção ao risco de produzi-lo. Julgamento pelo Conselho de Sentença. Pronúncia mantida. Recurso parcialmente provido para outro fim. O veículo automotor, cada vez mais sofisticado e veloz, quando entregue nas mãos de motoristas menos preparados, em face da embriaguez, passa a constituir arma perigosa, impondo grande risco às pessoas que se encontram nas vias públicas. Ora, aqueles que usam dessa arma de modo inadequado se não querem o resultado lesivo, assumem, pelo menos, o risco de produzi-lo (Rec.Sentido Estrito, 189.655-3, Santo André, 2ª Câmara Criminal, 16.10.95, rel. Des. Silva Pinto)

¹³³ Num caso em que o acusado dirigindo automóvel em via pública com exagerada imprudência, provocou o seu desgoverno ao realizar manobra conhecida como “cavalo de pau” com atropelamento e morte de um transeunte, o Eg. TJSP, repeliu o dolo eventual, decidindo: “Na hipótese de dolo eventual não é suficiente que o agente tenha se conduzido de maneira a assumir o risco de produzir o resultado: exige-se, mais, que ele tenha consentido no resultado” (6ª Câmara, 5.2.86, rel. Des. Hélio Arruda, RT 607/274). Porém, a mesma Corte reconheceu o dolo eventual num caso de “direção adoidada, em velocidade, por motorista embriagado, colhendo meninas na calçada, com morte” (j. em 22.5.78 rel. Camargo Sampaio)

¹³⁴ ob. cit., p. 360

¹³⁵ Como bem decidido pelo TACrim,SP, na AC 285.215, rel. Silva Franco, “o momento volitivo se manifesta na esfera do subjetivo, no íntimo do agente e, deste modo, não é um dado da realidade que possa ser diretamente apreendido. Mas isto não significa que não possa ser extraído do caráter do agente e de todo o complexo de circunstâncias que cercaram seu atuar”.

além do “conhecer” - representação mental do resultado -, a existência de uma vontade de realização dos elementos objetivos típicos¹³⁶, qual seja, o querer.

Porém, o que significa “querer”? Indaga e responde Mir Puig: “não necessariamente *perseguir*, *pretender*, nem *desejar*: a confusão do “querer” com esses conceitos explica o errôneo intento da teoria do consentimento de exigir para o dolo eventual a *aprovação* pelo sujeito do resultado hipotético, como também que desde o ponto de vista oposto se deduza a conseqüência de que o “querer” (assim concebido) não é preciso para o dolo. Semanticamente, para “querer” não é preciso tanto, basta *aceitar*, ainda que seja com indiferença ou desgosto, como forma de “*conformar-se com*”: quem *aceita*, ainda que seja somente *conformando-se*, se diz que “quer”...É preciso buscar um momento autenticamente volitivo no dolo eventual, que deverá responder à idéia de “aceitação” no sentido (não valorativo) expressado... Aceita a possibilidade (eventualidade) do resultado. Aqui, pois, a possibilidade do “querer” no dolo eventual, única fronteira admissível entre o dolo e a imprudência”¹³⁷.

Tanto no dolo direto como no dolo eventual deve existir um verdadeiro conhecimento da situação típica, no sentido de conhecimento exato dos elementos que compõem o tipo objetivo do delito. Se falta o conhecimento ou vontade de levar a cabo esses elementos, não se poderá falar em dolo. Na realidade, a dificuldade reside no fato de que há casos em que o resultado não é tão simples de determinar. No dolo eventual, o

¹³⁶ Ensina Paulo José da Costa Jr. que “na culpa consciente há um erro de cálculo; no dolo eventual, uma dúvida. Contudo, é a vontade e não a representação a essência do dolo eventual. A decisão de agir, mesmo com a possibilidade de realização do evento, configura uma situação psicológica impregnada de volição; uma decisão da vontade diante do evento previsto como possível, ainda que indiferente ou até incômodo” (Curso de Direito Penal, Parte Geral, Saraiva, 1991, Vol.I/84)

¹³⁷ Mir Puig, Santiago, notas adicionais ao Tratado de Derecho Penal de Jescheck, Parte General, I/429, Bosch, Barcelona, 1981.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, claramente se apoiando na teoria do assentimento, em decisão de 23.4.98, deliberou que “Inegável que para a caracterização do dolo eventual era necessário que se demonstrasse a assunção do risco em produzir a batida do veículo no poste e as conseqüências advindas. Deve ser ponderado que dificilmente iria assentir que os fatos acontecessem estando no veículo, assim como seu irmão, os amigos e companheiros” (RSE n. 219.432-3/4, 6ª Câmara Criminal, v.u., rel. Des. Gentil Leite)

elemento cognoscitivo e sobretudo o volitivo não é apreensível à primeira vista. São casos críticos, seja por sentimento de justiça, seja por princípio de direito, que nos induz à concluir que neles há algo mais que infração do dever objetivo de cuidado, cujo *plus* leva a refutar o caráter meramente imprudente.

Dolo eventual será identificado quando o agente vê uma grande probabilidade de produção do resultado e culpa consciente quando a possibilidade de produção do resultado reconhecida pelo sujeito é muito distante.

O questionamento para poder qualificar conduta de dolosa não é propriamente o conhecimento, mas de que forma haverá de se dar esse conhecimento e qual o seu conteúdo. No dolo, o agente tem consciência atual sobre as circunstâncias e as consequências que provavelmente se pode esperar que derivem de seu comportamento. O agente deve saber o que faz, não bastando que teria podido saber. O conhecimento potencial é insuficiente. O motorista embriagado não pode conhecer o resultado que o seu comportamento vá produzi-lo, pois que fica fora do raio de seu conhecimento no momento de atuar. Ele pode conhecer a iminência da produção de um resultado, porém não o resultado efetivamente produzido já que no momento da ação o resultado, evidentemente, ainda não se materializou.

O critério para especificar as formas de comportamento proibido, há de estar configurado *ex-ante*. A relação entre comportamento e consequências deve ser reconhecida na situação em que a proibição deve produzir efeito. Restam excluídas todas as relações entre comportamento e consequências que somente possam ser reconhecidas em um momento posterior. Esse comportamento deve ser adequado desde o ponto de vista causal para produzir o resultado proibido na norma penal. Pelo *princípio da ofensividade*, deve ser comportamento que crie risco para o bem jurídico protegido segundo as regras de experiência, com necessidade de risco concreto e não abstrato.

Um critério distintivo seria que, no delito de imprudência no trânsito, o autor também põe em risco a si mesmo, padecendo o risco natural que não é comum no delito doloso. Esse risco de dano a si proprio parece diminuir de importância a conduta do autor imprudente e talvez tenha

influência no julgamento. Realmente, se o condutor dirige embriagado ou participa de racha, são situações de perigo nas quais ele próprio enfrenta o risco do resultado naturalístico, o que não é incomum no caso em que o motorista *se mata* ou *se fere* ao volante.

Pode-se notar que esta participação do agente no risco próprio é uma situação ou sintoma que normalmente tem lugar na culpa consciente nos casos de acidente de trânsito. O raciocínio, contudo, não serve para fixar um critério conclusivo e distintivo entre fato doloso e fato culposo porque se um terrorista-suicida detona um explosivo provocando a morte de pessoas, mas sobrevive, a aceitação da tese seria um critério para lhe atribuir responsabilidade a título de imprudência.

Quer nos parecer que o critério adotado pelo código penal francês de 1992, quanto ao dolo eventual, na tentativa de conceituá-lo (*retro*, item 8), muito embora apresente extremas dificuldades no campo prático, posto exigir a perquirição da *vontade deliberada do agente* na violação das normas impostas por lei e por regulamentos, apresenta-se razoável para permitir, aprioristicamente ao menos, a sua distinção da culpa consciente. Assim, se o condutor dirige o veículo em velocidade excessiva e por isso causa a morte de um pedestre que regularmente fazia a travessia da rua, teremos: *a)* dolo eventual se o condutor *quis* desenvolver ou continuar desenvolvendo aquela velocidade, a despeito de ter visualizado o pedestre; dessa maneira, com a realização da conduta, consentiu ou assentiu na produção do resultado e *b)* culpa consciente se por *imprudência ou negligência* desenvolvia velocidade inadequada e por isso colheu o pedestre a quem tinha visualizado, mas irrefletidamente não esperava que tal resultado adviesse, vale dizer, não considerou essa possibilidade e, pois, não consentiu na sua produção.

É certo que dificuldades sempre se assomam na busca daquela distinção em casos práticos, quando se questiona apenas a velocidade inadequada ou excessiva, propendendo pelo reconhecimento de negligência. E não raras vezes, há opção pelo reconhecimento do dolo eventual de homicídio nos freqüentes casos de acidentes de trânsito decorrentes de embriaguez do condutor, embora o estado etílico do condutor, por si só, não autorize, automaticamente, a presunção do elemento subjetivo relativo à eventualidade.

Não seria necessário argumentar que no julgamento definitivo da questão penal, em caso de dúvida entre culpa consciente e dolo eventual, recomenda-se proclamar a decisão *in dubio pro reo*; porém, na fase de pronúncia, já se decidiu que “em que pese a dificuldade de discernir, na prática, um caso do outro, nesta fase (pronúncia), como a dúvida milita em favor da sociedade, e os indícios são de que o réu, mesmo vendo crianças a sua frente, insistiu em desenvolver velocidade arriscada, a pronúncia se afigura como a decisão mais correta”¹³⁸.

No entanto, superada a fase de pronúncia e uma vez submetido o acusado a júri sob acusação de homicídio com dolo eventual perpetrado em “racha” na via pública, se os indícios que justificaram a pronúncia não são acolhidos pelos jurados, tem-se como opção do Conselho de Sentença por uma das teses, ausente ilegalidade ou arbitrariedade”¹³⁹.

Têm-se reconhecido o dolo eventual muitas vezes quando é ele manifesto, na hipótese em que “o réu que obriga a vítima a entrar em seu veículo e parte de seu corpo fica para fora, tendo sido projetado para o leito da estrada, causando-lhe a morte, caracterizando a aceitação do risco”¹⁴⁰; do “motorista que atropela ciclista e, ao invés de deter a marcha do veículo, acelera-o, visando a arremessar ao solo a vítima que caíra sobre o carro”¹⁴¹; do “motorista que se insurge contra o guarda de trânsito que procurava deter o seu veículo, imprimindo-lhe maior velocidade e provocando a queda e ferimento daquele”¹⁴² ou ainda de “quem arremete um veículo contra outrem, de propósito, quer matar. Na melhor das hipóteses para si, age com dolo eventual”¹⁴³. Conquanto nem tão evidente, também, reconheceu-se o dolo eventual no caso em que o “motorista enraivecido por acidente que dá ré em sua máquina contra a traseira de outra, empurrando-a, vindo esta a atingir a vítima”¹⁴⁴.

¹³⁸ TJSP, 4ª Câmara, 26.6.95, rel.Des.Sinésio de Souza, RT 721/419

¹³⁹ TJSP, 16ª Câmara, 11.5.2010, AP 990.09.016865-0, rel. Des. Newton Neves

¹⁴⁰ TJSP, 5ª Câmara, 4.5.95, rel.Des.Cardoso Perpétuo, RT 720/412

¹⁴¹ TJSP, 3ª Câmara, 2.7.73, rel. Cavalcanti Silva, RT 454/362

¹⁴² TACrim, SP, rel. Paula Bueno, RT 415/269 apud CP e s/interpretação jurisprudencial, vol I, Tomo II, Ed. Rev.Trib.,1997, p. 2022

¹⁴³ TJSP, 1ª Câmara, 29.5.78, rel. Des. Camargo Sampaio, RT 518/348

¹⁴⁴ JUTACrim, 55/239, rel. Geraldo Gomes

Em certas situações, culpa consciente e dolo eventual apresentam-se bem próximas, ora se decidindo que no caso de “ultrapassar cruzamento contra proibição do semáforo, máxime em rua movimentada, constitui imprudência gravíssima, circunvizinha do dolo eventual”¹⁴⁵, ora, que “se o agente criminoso, na direção de seu veículo, em alta velocidade, invade sinal fechado, mesmo observando outro automóvel cruzando a rua, este autorizado pelo semáforo, vindo com ele a se chocar violentamente, ocasionando a morte de duas pessoas e ferimentos leves em outra, procede com dolo indireto”¹⁴⁶.

Noutros casos, mesmo um pouco duvidosos, decidiu-se que o “agente que conduz um veículo com pessoas agarradas à sua calha traseira, sem qualquer segurança, arrisca-se, conscientemente, a um acontecimento danoso, razão por que responde por ele, por dolo eventual, embora não o desejasse, pelo que deve ser julgado pelo Tribunal do Júri, em ocorrendo o resultado morte”¹⁴⁷.

Registra-se na jurisprudência, uma fortíssima tendência com característica de irreversibilidade, ao reconhecimento do dolo eventual quando conjugadamente presentes o *excesso de velocidade* e *embriaguez*: “O indivíduo que dirige veículo à noite, em local sabidamente proibido, embriagado e em alta velocidade, assume o risco de atropelar e matar, agindo, pois, com dolo eventual”¹⁴⁸ ou que “na verdade, comete, em tese, homicídios dolosos o motorista de automóvel que, alcoolizado, desenvolve velocidade inadequada em via pública, sem reduzi-la mesmo ao ver adiante pessoas tentando a travessia, atropelando e tirando a vida de três delas de modo violento. A conduta evidencia o dolo eventual, porquanto o agente tem consciência do perigo concreto criado por sua conduta”¹⁴⁹.

O Superior Tribunal de Justiça teve oportunidade de julgar em sede *habeas corpus*, um caso de não rara ocorrência. O réu, após a ingestão de bebida alcoólica acima do limite permitido, conduziu seu veículo até a

¹⁴⁵ TACrim, SP, 6ª Câmara, 6.4.82, rel. Juiz Ary Belfort, RT 580/372

¹⁴⁶ TJSC, 2ª Câmara, 4.9.80, rel. May Filho, RT 544/394

¹⁴⁷ TJMG, 1ª Câmara, 8.11.83, rel. Des. Monteiro de Barros, RT 583/420

¹⁴⁸ TJSP, rel. Des. Denser de Sá, RJTJSP 168/295

¹⁴⁹ TJSP, rel. Des. Silva Pinto, RJTJSP 179/265

residência de um amigo e, posteriormente, cedeu a direção de veículo automotor à suposta vítima, a qual, também sob a influência de álcool, provocou o acidente automotivo que resultou em seu óbito. No veículo ainda foram encontrados 0,354 (trezentos e cinquenta e quatro miligramas) de cocaína. A denúncia imputara homicídio doloso, enquanto a defesa argumentou com crime em tese do art. 310 do Código de Trânsito Brasileiro (confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso, ou, ainda, a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança). A Corte admitiu a possibilidade de configurar homicídio com dolo eventual nesse caso em que “*o agente teria assumido o risco de produzir o resultado morte, com ele consentindo ao ceder a direção de veículo automotor à suposta vítima, a qual, também alcoolizada, provocou o acidente automotivo que resultou em seu óbito*” (HC n. 196.292 - PE 2011/0023113-8, rel. Min. Laurita Vaz, julgamento em 16 de agosto de 2012).

Em outra decisão bem anterior, julgou a mesma Corte que “*Não se pode generalizar a exclusão do dolo eventual em delitos praticados no trânsito. O dolo eventual, na prática, não é extraído da mente do autor, mas das circunstâncias. Nele, não se exige que o resultado seja aceito como tal, o que seria adequado ao dolo direto, mas, isto sim, que a aceitação se mostre no plano do possível, do provável*” (STJ, REsp 247.263/MG, 5a. Turma, rel. Min. Felix Fischer, j. 5.4.2001, RT 795/567).

No entanto, o Supremo Tribunal Federal decidiu que “*O homicídio na forma culposa na direção de veículo automotor (art. 302, caput, do CTB) prevalece se a capitulação atribuída ao fato como homicídio doloso decorre de mera presunção ante a embriaguez alcoólica eventual*”, salientando que “*A embriaguez alcoólica que conduz à responsabilização a título doloso é apenas a preordenada, comprovando-se que o agente se embriagou para praticar o ilícito ou assumir o risco de produzi-lo*”. (HC 107.801, Relatora Min. Cármen Lúcia, Relator para o acórdão, Min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgamento em 06/09/2011).

Essa decisão recebeu crítica de Damásio de Jesus, obtemperando: “Não concordamos com o argumento de que somente da embriaguez preordenada pode derivar responsabilidade a título de dolo por aplicação dos princípios da *actio libera in causa*. Essa modalidade de ebriez ocorre quando alguém ingressa em tal estado com a intenção preconcebida de praticar um crime. Trata-se,

por exemplo, do ato de consumir substância intoxicante com o propósito de cometer uma infração penal. Pois bem. Dessa forma, a embriaguez preordenada, em regra, é incompatível com o dolo eventual, harmonizando-se somente com o dolo direto, pois requer que o agente queira produzir o resultado”¹⁵⁰.

Nessa toada, já se julgou que “*Em tema de delitos de trânsito, não se coaduna com o entendimento de que possa estar o agente imbuído do elemento subjetivo relativo ao dolo eventual, se este não assumiu o risco da produção do resultado, por mais reprovável e imprudente tenha sido a conduta por ele desenvolvida, conforme se verifica na situação de embriaguez ao volante, excesso de velocidade e condução na contramão direcional, admitindo-se, neste caso, a hipótese de culpa consciente* (TJMG, RSE 307.184-2/000, 2a. CCrim, rel. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro).

Vem se firmando também a tendência ao reconhecimento de homicídio com dolo eventual quando nos fatos é evidente o espírito de emulação do condutor, a exemplo da participação em “racha”, como se vê da decisão seguinte: “Não pode alegar ausência de dolo o agente que, por espírito de emulação, tendo equipado seu veículo com sistema de turbinas para aumentar a potência, participa de “racha” em logradouro público. Gozando de consciência inequívoca de seu proceder é assumindo o risco de produzir o evento lesivo praticados pelo condutor”¹⁵¹. Bem possivelmente tal decisão tenha se embasado na máxima *magna negligentia culpa est, magna culpa dolus est*.

Aliás, de forma semelhante se pronunciou o Egrégio Supremo Tribunal Federal, sob ementa seguinte: “*A conduta social desajustada daquele que, agindo com intensa reprovabilidade ético-jurídica, participa, com o seu veículo automotor, de inaceitável disputa automobilística realizada em plena via pública, nesta desenvolvendo velocidade exagerada - além de ensejar a possibilidade de reconhecimento do dolo eventual inerente a esse comportamento do agente -, justifica a especial exasperação da pena, motivada pela necessidade de o Estado responder, grave e energicamente, à atitude de quem em assim agindo, comete os delitos de homicídio doloso e de lesões corporais*”¹⁵².

¹⁵⁰ O STF e o homicídio causado por motorista embriagado, in Carta Forense, março/2012, p. A-6

¹⁵¹ TJSP, 5ª Câmara, 7.12.95, rel.Des.Christiano Kuntz, RT 728/529

¹⁵² STF, 1ª Turma, 20.6.95, rel. Min. Celso de Mello, RT 733/478

Nesse sentido, também, o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo: “Atua com dolo eventual aquele que pratica o denominado “racha” (corrida de carros em via pública em alta velocidade), pois embora não pretenda causar a morte de ninguém, assume, de alguma forma, o resultado, que é perfeitamente previsível, provável e possível”¹⁵³.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal decidiu, peremptoriamente: “*É cediço na Corte que, em se tratando de homicídio praticado na direção de veículo automotor em decorrência do chamado “racha”, a conduta configura homicídio doloso. Precedentes: HC 91159/MG, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ de 24/10/2008; HC 71800/RS, rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, DJ de 3/5/1996. 20. A conclusão externada nas instâncias originárias no sentido de que o paciente participava de “pega” ou “racha”, empregando alta velocidade, momento em que veio a colher a vítima em motocicleta, impõe reconhecer a presença do elemento volitivo, vale dizer, do dolo eventual no caso concreto*” (STF, HC 101.698/RJ, rel. Min. Luiz Fux, j. 18.10.2011).

Na doutrina de Wilson Ninno, “quando se trata de *racha* deve ser alinhado que seus partícipes se mostram inteiramente indiferentes às conseqüências de seu gesto: de antemão sabem que vão competir; de antemão sabem que só aquele que desenvolver maior velocidade será o vencedor; de antemão sabem que os carros *emparelhados* poderão atritar-se; de antemão têm consciência de que a qualquer imprevisto não dominarão suas máquinas, podendo “fender, abrir meio a meio, lascar, fazer em estilhas, fragmentar” quem ou o quê lhes esteja à frente. Mas, com egoísmo, não renunciam à ação e prosseguem dando causa ao evento danoso”¹⁵⁴.

Contudo, num caso em que houve morte de duas pessoas (motorista e acompanhante) que estavam num mesmo veículo participante de “racha” e que se desgovernou, no processo em que os demais participantes foram acusados de homicídio por dolo eventual, o Tribunal de Justiça paulista, afastando a imputação entendeu que “Ainda que se admita que os participantes, sobreviventes do “racha”, tenham contribuído para a imprudência ao combinar a disputa de corrida automobilística, sendo a morte da vítima decorrente de conduta imperita, que por si só produziu o resultado, impõe-se a despronúncia”¹⁵⁵.

¹⁵³ TJSP, 1ª Câmara, 8.4.96, rel. Des. Jarbas Mazzoni, RT 731/568

¹⁵⁴ Ninno, Wilson, “Racha. Dolo eventual”, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, 19/211-214

¹⁵⁵ TJSP, 5ª Câmara, 9.11.95, rel. Des. Dante Busana, RT 729/534

No caso de dúvida entre crime doloso e crime culposo, segundo julgado do Superior Tribunal de Justiça, não se pode generalizar a exclusão do dolo eventual em delitos praticados no trânsito e que na hipótese de “racha”, em se tratando de pronúncia, a desclassificação da modalidade dolosa de homicídio para a culposa deve ser calcada em prova por demais sólida¹⁵⁶.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, em julgamento de 25 de abril de 2013, manteve pronúncia de acusado por homicídio doloso qualificado e também tentado, em conexão com os delitos de omissão de socorro, fuga de local do acidente e embriaguez ao volante, cujo condutor causou a morte de uma pessoa e lesões corporais em várias outras¹⁵⁷.

E também que “*quando da prática de “racha”, antever, perfeitamente, o resultado morte, não se pode afastar do âmbito do Tribunal Popular o decisório*” (TJSP, RSE 987.134-3/0, 11a. Cam. do 6º Gr. da S.Criminal, rel. Des. Guilherme G. Strenger, j. 12.9.2007).

10. O dolo eventual: questões quanto à tentativa e às qualificadoras do homicídio

Num caso em que o acusado dirigia embriagado e em velocidade excessiva uma camioneta, colidindo-a na traseira de um automóvel que lhe seguia à frente, causando a morte de uma criança e lesões corporais em mais três pessoas que neste se encontravam, certa sentença o pronunciou “nas disposições do artigo 121, § 2º, incisos III, e IV, c. c. o art. 18, inciso I, “in fine”, ambos do Código Penal e, por 3 vezes, no art. 121, § 2º, incisos III, e IV, c. c. o art. 14, inciso II, e art. 18, inciso I, “in fine”, na forma do artigo 70, *caput*, todos do Código Penal”. Entendeu-se que “o

¹⁵⁶ REsp 247.263-MG, 5ª Turma, j. 05.04.2001, rel. Min. Felix Fischer, RT 795/567

¹⁵⁷ Recurso em sentido estrito n. 0041713-69.2011.8.26.0001, 14a. Câmara Criminal, rel. Des. Fernando Torres Garcia. O julgado fez referência à doutrina de Hermínio Alberto Marques Porto: “a pronúncia (art. 408 atual 413) é decisão interlocutória, proferida no curso do procedimento e que fixa uma classificação penal para ser decidida pelos jurados; é, portanto, decisão ‘processual de conteúdo declaratório em que o Juiz proclama admissível’ a imputação que aceita e encaminha para julgamento pelo Tribunal do Júri” (“Júri”, Editora Saraiva, 12ª edição, páginas 69/70), e por isso “seus termos devem ser cautelosos, de modo a não ultrapassar os limites de uma decisão de efeitos processuais e, sobretudo, para que se evite influência indevida no ânimo dos jurados, estes, sim, os verdadeiros juízes do mérito da causa”.

crime gerou *perigo comum*, já que praticado em rodovia e poderia ter tido resultados ainda mais catastróficos” e também por utilização de “*recurso que dificultou a defesa da vítima* que foi colhida por trás sem possibilidade de reação dada a velocidade do agente”¹⁵⁸.

É de consenso que a tentativa (art. 14, II, do Código Penal) é impensável e inadmissível em crimes negligentes, posto que não há qualquer nexo entre a vontade e o resultado, mas apenas entre a vontade e a ação empreendida. Entretanto, questões relativas ao *conatus* e às qualificadoras do homicídio (artigo 121, § 2º, do Código Penal), têm ensejado interpretações divergentes acerca de sua incidência em acidentes de trânsito quando reconhecido o dolo eventual.

10.1 A tentativa

Dogmaticamente, o dolo da tentativa é mesmo dolo do crime consumado, daí não ser apropriado dizer em *dolo de tentativa de homicídio*, mas em *dolo de homicídio tentado*. Por consequência, raciocínio simplista induz à compreensão que, se o tipo legal de crime de homicídio admite o dolo eventual, igualmente seria de admiti-lo na tentativa.

Na doutrina de Mirabete, impossível a convivência de homicídio tentado com dolo eventual, por exemplo, quem põe em perigo a integridade corporal de alguém voluntariamente, sem desejar causar a lesão, pratica fato típico especial (perigo iminente, art. 132, CP); quem põe em risco a vida de outrem, causando-lhe lesão e não querendo sua morte, pratica lesão corporal de natureza grave (art. 129, par. 1º, II). Todavia, para esse insigne penalista de saudosa memória, é possível a tentativa com dolo eventual nas hipóteses em que este decorre da dúvida a respeito de um elemento do tipo (p.ex., tentativa de estupro com violência presumida (o agente ignora ou duvida da idade da vítima que é menor de 14 anos)¹⁵⁹).

Em sentido contrário é a lição herdada de Hungria, para quem o nosso código equiparou o dolo eventual ao dolo direto. Se o agente aquiesce no advento do resultado específico do crime, previsto como possível, é

¹⁵⁸ Processo n. 3805/2013 da comarca de São José do Rio Preto

¹⁵⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini, Manual de Direito Penal, Editora Atlas, vol. 1, página 150

claro que este entra na órbita de sua volição: logo, se, por circunstâncias fortuitas, tal resultado não ocorre, é inegável que o agente deve responder por tentativa. É verdade que na prática, será difícil identificar-se a tentativa no caso de dolo eventual, notadamente quando resulta totalmente improficua (tentativa branca). Mas, repita-se: a dificuldade de prova não pode influir na conceituação da tentativa.¹⁶⁰ Nessa mesma linha, argumenta Zaffaroni: aduz-se que no dolo eventual o resultado não está incorporado à finalidade. Isto é falso, porque confunde duas circunstâncias distintas: o querer do resultado como fim *diretamente* (que é o que sucede no dolo direto) e o querer do resultado *incorporado ao fim como resultado concomitante provável* (que é o que tem lugar no dolo eventual)¹⁶¹.

Em recente julgamento, o Superior Tribunal de Justiça se posicionou no sentido da *compatibilidade* entre o dolo eventual e o crime tentado, em julgamento de 11 de dezembro de 2012, AgRg no REsp 1199947 / DF, rel. Ministra Laurita Vaz, remetendo-se a anterior julgado, *verbis*: 1. Embora a questão não encontre solução pacífica na doutrina, adotando-se como premissa a equiparação do dolo direto com o dolo eventual realizada pelo legislador ordinário, *afigura-se compatível o delito tentado praticado com dolo eventual*. Precedente. 2. Ordem denegada.' (HC 147.729/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 05/06/2012, DJe 20/06/2012. 'Penal. Processual. Inépcia da denúncia. Ausência de suporte probatório para a ação penal. Crime cometido com dolo eventual. Possibilidade da forma tentada. Habeas corpus. Recurso [...]. 3. *Admissível a forma tentada do crime cometido com dolo eventual*, já que plenamente equiparado ao dolo direto; inegável que arriscar-se conscientemente a produzir um evento equivale tanto quanto quere-lo. 4. Recurso conhecido mas não provido. (RHC 6797/RJ, Rel. Ministro Edson Vidigal, Quinta Turma, julgado em 16/12/1997, DJ 16/02/1998, p. 114).

A afirmação que o dolo eventual é *equiparado* ou *equivalente* ao dolo direto é verdadeira, mas somente quanto à face objetiva do crime, ou seja, identificação dos elementos objetivos relacionados à sua na-

¹⁶⁰ HUNGRIA, Nelson, Comentários, op. cit., página 90

¹⁶¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul, Manual de Derecho Penal, Parte General, Ediar, 1991, página 421

tureza dolosa, razão de até estarem topograficamente inseridos no mesmo dispositivo legal (art. 18, I, do Código Penal). Todavia, para fins punitivos, racionalmente e segundo a experiência comum, dolo direto e dolo eventual não podem ser igualados atribuindo-lhes o mesmo valor ou as mesmas dimensões, a mesma força e a mesma funcionalidade, como não podem ser igualados o *querer* o resultado e *assumir o risco* do resultado.

Se reconhecido dolo na conduta do motorista que, dirigindo embriagado ou participando de racha, causa a morte de alguém, aí seria identificado um dolo indeterminado, posto que o querer do agente estaria degradado, e não é tão definido em relação ao resultado naturalístico (lesão ou morte) como no determinado, ou direto propriamente dito. Essa indeterminação pode ser aquilatada no comportamento do condutor que num acidente pode causar apenas danos em veículos, ou apenas ferindo a si próprio, ou ferindo outras pessoas, não se podendo divisar, com segurança, ter aquiescido ou aceitado no específico resultado morte que decorra do evento.

Daí que, a imputação de crime doloso exige que o agente tenha previsto e admitido a ocorrência eventual de um resultado, ou quer um outro entre vários resultados previstos, posto não se admitir vontade de produzir ou aceitar um *mal genérico*. Para realização parcial do tipo de homicídio doloso, torna-se imprescindível que o agente tenha previsto e aquiescido no resultado morte; caso contrário, restaria residual aquiescência na possibilidade do resultado de lesões corporais.

No dolo eventual há aceitação da possibilidade do resultado, não implicando em querer o resultado que se exige na tentativa. Ensina Greco que “*A própria definição legal do conceito de tentativa nos impede de reconhecê-la nos casos em que o agente atua com dolo eventual*”. Quando o Código Penal, em seu art. 14, II, diz ser o crime tentado quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente, nos está a induzir, mediante a palavra vontade, que a tentativa somente será admissível quando a conduta do agente for finalística e diretamente dirigida à produção

de um resultado, e não nas hipóteses em que somente assumo o risco de produzi-lo, nos termos propostos pela teoria do assentimento”¹⁶².

Decidindo caso de imputação de homicídio tentado com dolo eventual e embriaguez ao volante, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao tempo de desclassificar o delito contra a vida para outro de competência do juiz singular, reconheceu em certo julgamento a “*impossibilidade lógica de admitir-se a tentativa no dolo eventual*”¹⁶³ e, em outro, admitiu a “*dificuldade de conciliar conceitos de crime tentado, cujo resultado só não se obtém por circunstâncias alheias à vontade do agente, com o dolo eventual, onde não há essa vontade de obtenção do resultado lesivo*”¹⁶⁴.

A atribuição de responsabilidade pressupõe um certo domínio por parte do agente dos eventos que produz. A facilidade ou dificuldade para evitar o resultado está direta e intimamente relacionada com a exatidão com o que o sujeito aprecia a situação. Se o agente conhece a conexão entre a ação e consequências, sua responsabilidade de evitar o resultado é maior do que quando essas consequências lhe são desconhecidas.

É fundamental para o dolo eventual, que o agente saiba que sua ação provavelmente ocasionará um dano. Esse conhecimento é de não ser improvável a realização típica. O juízo que ensejaria o dolo eventual é algo mais que a mera possibilidade de produção do resultado, quer dizer, haverá de estar incluída a *probabilidade de dano* na sua configuração. Haverá dolo eventual quando da condução do veículo o motorista julgue que o homicídio não é improvável como consequência dessa ação.

Se um motorista cruza um semáforo vermelho e causa em outrem lesões corporais de qualquer natureza (ou mesmo não as causa), haverá aí uma infringência à norma de trânsito com perigo concreto para o bem jurídico. Indaga-se: deve ser ele tido como autor de homicídio tentado, posto que haveria nessa manobra um *princípio de execução do crime de homicídio*?

¹⁶² GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Geral. 12^a. edição. Rio de Janeiro, Editora Impetus, 2010, pp. 253/254

¹⁶³ Recurso em Sentido Estrito n. 70034503961, 1^a Câmara Criminal, Relator Manuel José Martinez Lucas, julgamento em 31/03/2010.

¹⁶⁴ Recurso em Sentido Estrito n. 70001042415, 2^a Câmara Criminal, Relator José Antônio Hirt-Preiss, julgamento em 31/08/2000.

Não, porque embora o *conhecimento genérico* sobre a relação causal seja compatível com a culpa consciente, o mesmo não se dá com o dolo eventual. Embora sabido de cotio que dirigir embriagado ou fazê-lo com espírito de emulação seja comportamento perigoso com possibilidade ou probabilidade de causar danos a terceiros, tais não constituem fundamento suficiente para atribuir dolo eventual. O agente haverá de ter refletido especificamente acerca das consequências quando decide executar a ação, vale dizer, deve ter conhecimento do *curso essencial da relação causal*, entre a conduta e o resultado naturalístico. Assim, se essa conexão causal – *acidental*, portanto - escapa ao controle do motorista, ou não se estabeleça nitidamente em face do resultado, conclui-se ser *inadmissível, por absoluta incompatibilidade, a tentativa com dolo eventual*.

10.2 As qualificadoras do homicídio.

Se de corriqueira incidência e sem controvérsias o reconhecimento de qualificadoras do art. 121, § 2º, do Código Penal, sejam elas de natureza subjetiva (motivo torpe, motivo fútil, fim especial) ou de natureza objetiva (meio cruel, surpresa), em casos comuns de homicídio perpetrado com dolo direto, na forma consumada ou na forma tentada, o mesmo não se pode dizer quanto aos delitos de trânsito se e quando admitam cometidos com dolo eventual.

Os mesmos raciocínios antes utilizados para concluir pela inadmissibilidade de homicídio tentado com dolo eventual, pode aqui grandemente ser aproveitado. Tomando-se por exemplo o caso concreto antes mencionado, do motorista que embriagado colidiu seu veículo contra a traseira de outro matando uma pessoa e ferindo três, não se poderá argumentar com a incidência de qualificadora, “já que praticado em rodovia e poderia ter tido resultados ainda mais catastróficos”, por alguns principais fundamentos:

- a) a qualificadora consubstanciada no “*meio capaz de resultar em perigo comum*” deverá ser procurada pelo agente, vale dizer, haverá de atuar com plena consciência de utilização de meio desencadeante de forças dificilmente controláveis e até insuperáveis pela vítima;

- b) a direção em via pública, sob estado de embriaguez, já se constitui em crime de perigo que se insere no amplo rol dos crimes contra a incolumidade pública, de modo que configura como uma progressão criminosa, punível, por si mesma, a ação perigosa; se à produção do perigo se segue a realização do dano (lesão corporal ou homicídio), punível é apenas a unidade do fato que o último estágio pressupõe, de maneira que a absorção do crime de perigo pelo subsequente crime de dano, numa mesma linha de desdobramento causal, impede o absurdo de sustentar que a qualificadora estivesse inserida no tipo básico do crime de dano, e por fim,
- c) além de não ter sido o local do fato “procurado” pelo motorista e, tratando-se de uma rodovia, *necessariamente* utilizado apenas ao tráfego de veículos automotores, nenhuma alternativa de conduta lhe seria dada quanto ao *meio* utilizado à realização do delito.

Em raciocínio simples e lógico, também é absolutamente insustentável a outra qualificadora, pelo fato da colisão traseira, de utilização de “*recurso que dificultou a defesa da vítima que foi colhida por trás sem possibilidade de reação dada a velocidade do agente*”. Embora quem dirija um veículo atrás de outro tenha conhecimento genérico que eventual colisão contra o veículo que vai à frente, *necessariamente* deve se dar na parte de trás deste, a qualificadora em questão exige do condutor, - além de conhecimento especial ou específico que a colisão possa ferir ou matar pessoas -, a consciência de utilização de meio subreptício, pérfido, traiçoeiro, desleal ou dissimulado que impeça as vítimas de descoberta da *finalidade* do agente, aspecto subjetivo ausente no crime com dolo eventual. Por mais, em acidentes de trânsito, posto que inesperados, sempre de alguma maneira estará presente o elemento surpresa que poderá se dar mesmo que a colisão seja frontal ou lateral, razão porque seria estapafúrdia a ideia de considerar que todo delito então ocorrido no trânsito fosse *necessariamente* qualificado.

Aliás, inesperado por definição, “Acidente de trânsito é todo evento não premeditado, de que resulte dano em veículo ou na sua carga e ou lesões em pessoas e ou animais, em que pelo menos uma das partes está

em movimento na via terrestre, ou áreas abertas ao público. Pode originar-se, terminar ou envolver veículos em via pública (NBR nº 10.697/89).

Antigo julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo já rejeitava a ideia de qualificadora da surpresa em homicídio perpetrado com dolo eventual, afirmando a sua compatibilidade somente com o dolo direto (JTJ 216/281).

Embora o Superior Tribunal de Justiça tivesse entendimento no sentido de que “*são compatíveis, em princípio, o dolo eventual e as qualificadoras do homicídio*” (HC 58.423/DF, Rel. Ministro Nilson Naves, 6ª. Turma, DJ 25/06/2007), o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 95136/PR, relator Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 1/3/2011, decidira que “*O dolo eventual não se compatibiliza com a qualificadora do art. 121, § 2º, inc. IV, do CP (traição, emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido)*”. E, mais recentemente, no julgamento do HC 111.442/RS, em 28 de agosto de 2012, rel. Min. Gilmar Mendes, a Suprema Corte reafirmou que o “*Dolo eventual não se compatibiliza com a qualificadora do art. 121, § 2º, IV (traição, emboscada, dissimulação)*”.

11. O crime preterintencional e o crime hiperculposo

Sempre houve alguma compreensão quanto às ofensas produzidas no contexto das atividades socialmente úteis, mas a sociedade de risco demanda dos poderes públicos uma melhor proteção em face delas, identificando o condutor como uma fonte de perigo, exigindo do Direito Penal uma função preventiva.

As profundas controvérsias doutrinárias e jurisprudências, originadas da própria dogmática penal, quanto a pretender distinguir teoricamente o dolo eventual da culpa consciente e questões correlatas, obviamente tornaram extremamente difícil estabelecer essa diferenciação no campo prático. “Uma verdadeira roleta russa que traduz de forma satisfatória a extensão do dolo eventual”, no dizer de Eudes Quintino de Oliveira Júnior¹⁶⁵.

¹⁶⁵ in Entrega de Veículo a Motorista Alcoolizado: Dolo Eventual, 2/outubro/2012, site da Associação Paulista do Ministério Público.

As divergências se exasperam pela sensação de injustiça de não se punir adequadamente os mais frequentes graves delitos cometidos no trânsito, aparentemente de natureza culposa, e por outro lado, de se punir excessivamente por crime não verdadeiramente doloso. Um campo muito próspero às disputas jurídicas e forenses; de um lado o acusador público imputando crime doloso de homicídio em que se apresenta nebuloso esse elemento ou aspecto subjetivo da infração, e de outro, o acusado pretendendo desclassificação para homicídio culposo, apesar da gravidade do delito e suas consequências.

Se é certo que o direito, por sua natureza dialética, nem sempre permite conclusões definitivas ou acabadas, menos certo não é que a ordem jurídica, por seus principais protagonistas desse vasto universo, pode e deve propiciar, ao menos finalisticamente buscar, a mínima segurança a todos, notadamente no campo penal com formulação de normas que atendam aos seus mais caros princípios fundamentais e postulados seculares, dentre eles o da *lex certa*, evitando-se que o sistema de tipos legais perca a sua função de garantia e seja transmutado, por interpretação inconsciente ou não, nos execráveis tipos judiciais.

A inserção de agravação de pena pelo resultado danoso ou pela forma ou meios de sua produção, não trazem nenhuma solução mágica e nem representam nenhuma novidade para o direito penal. Em realidade, a previsão de sanções razoáveis para as diversas situações, possibilitando ao juiz a aplicação de uma pena justa, evita recorrer a malabarismos na interpretação dos fatos e utilização de meios artificiosos para forçar uma tipicidade dolosa que não se evidenciaria bem adequada.

Sem afastar a possibilidade de identificação do dolo eventual em alguns casos de homicídio e lesão corporal no trânsito, quando bem evidenciada a antevisão do resultado e assunção do risco de sua produção, em alguns graves acidentes de trânsito em que a jurisprudência por vezes tem identificado o dolo eventual, em realidade não se constituiriam de condutas genuinamente dolosas e nem genuinamente culposas. Aliás, para o sistema penal chileno - na ausência de dolo ou malícia - os casos verdadeiramente culposos são chamados de *cuasidelito*¹⁶⁶. A responsabilidade a título

¹⁶⁶ Código Penal do Chile, art. 2.º Las acciones u omisiones que cometidas con dolo o malicia importarían un delito, constituyen cuasidelito si sólo hay culpa en el que las comete.

de dolo, numa incriminação abstrata, pode corresponder a crimes que constituem um misto de dolo e negligência, em cuja via o sistema legal, em maior ou menor extensão, intrometeria a responsabilidade objetiva ou a responsabilidade por dolo e negligência que por aquele é ensombrada.

O sistema anglo-saxão conhece a figura autônoma do *recklessness*, diverso da *intention* (similar ao dolo direto) e da *negligence* (similar à culpa consciente) e se assenta – não no resultado –, mas na colocação em perigo do bem jurídico, ou seja, fundamenta-se no risco de um resultado lesivo, implícito na ação que o agente realiza. Observa Díaz Pita¹⁶⁷, “...la figura de la *recklessness* tiene una nueva dimensión, pues ya no es sólo una forma de dolo sino un grado del tipo subjetivo más débil que el dolo pero más grave que la imprudencia”. Assim, a *recklessness* vem a ser uma espécie de imprudência ou negligência agravada e também uma subespécie do dolo direto. Como, em termos gerais, resta indefinido o grau de probabilidade de produção do resultado lesivo, em cada caso concreto estabelece-se o cuidado padrão que o sujeito deveria ter observado, situação que, de uma certa maneira, também enseja a discussão semelhante à nossa quanto ao dolo eventual.

De outro parte, a introdução do crime hiperculposo caracteriza-se pela culpa temerária na conduta do agente, na tipificação dos crimes culposos de homicídio e lesões corporais, previstos no código de trânsito brasileiro, apresenta-se como alternativa viável e razoável.

Um interessante aspecto a considerar é que o nosso Código Penal, referindo-se ao crime culposo diz ser aquele que o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência e imperícia (art. 18, II). Esse atrelamento entre a conduta culposa e o resultado, levou a grande doutrina nacional – e também a jurisprudência – a considerar sempre o resultado como requisito do crime culposo. Inevitavelmente, contudo. Se é certo que os tipos culposos de homicídio e lesão corporal (arts. 121, § 3º e 129, § 6º, do Código Penal; arts. 302 e 303, do Código de Trânsito Brasileiro), exigem o resultado material para sua configuração, menos certo não é que o nosso Código Penal admite crimes culposos formais (ex. arts. 278,

¹⁶⁷ Díaz Pita, María del Mar. El dolo eventual. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994, p. 35

§ único e 280, § único) contra a saúde pública objetivando, ao tempo de evitar o risco para a generalidade das pessoas, evitar também o efetivo dano que poderia ser individualmente causado com tais condutas, dano esse que se constituiria em resultado no âmbito da previsibilidade do agente, prescindindo-se, portanto, de resultado naturalístico. Permite-se assim concluir, com obviedade, que o resultado somente é requisito do crime culposo somente nos casos em que o tipo penal o preveja.

Nas situações em que o agente não tinha a intenção de cometer o crime, mas não foi cuidadoso o suficiente com sua ação para evitar o resultado, por ter incorrido em falta grosseira de comportamento, poderá ser identificada a culpa temerária. Um motorista bêbado se põe a dirigir o seu carro para casa, quando no caminho, previsivelmente, perde o controle do veículo e atropela um pedestre, matando-o. À vista da enorme dificuldade de identificar o dolo, o motorista teria cometido homicídio por conduta imprudente.

Algumas expressões frequentemente encontradas na jurisprudência, são utilizadas para evidenciar a chamada culpa temerária ou culpa qualificada, tais são elas: “negligência grosseira”, “omissão das precauções ou cautelas mais elementares”, “alto grau de descuido”, “grau inusualmente alto”, “grau especialmente elevado de atropelo do cuidado”, “frívola falta de consideração”, “expressão de um alto e inqualificável teor de imprevisão” ou de “profunda ausência de cuidado elementar”, tudo a indicar que, havendo um maior grau de previsibilidade do evento, maior deverá ser a culpa.

Ensina Selma Pereira de Santana “...que a culpa temerária implica uma especial intensificação da culpa, não só em nível de culpabilidade, mas, também, em nível do tipo de ilícito; e, ainda, segundo entende Figueiredo Dias, que, para constatarmos sua concretização é imprescindível estarmos diante de uma ação particularmente perigosa e de um resultado de verificação altamente provável à luz da conduta adotada; como, também, há de estar demonstrado que o agente, não omitindo a conduta, revelou uma atitude particularmente censurável de leviandade ou descuido perante o comando jurídico-penal, plasmando no fato qualidades particularmente censuráveis de irresponsabilidade e insensatez”¹⁶⁸.

¹⁶⁸ Santana. Selma Pereira. A culpa temerária. Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 237.

Não havendo necessidade de melhor capacidade criativa, *mutatis mutandis* poder-se-iam copiar disposições de alguns códigos penais atuais. Em rápida síntese, o Code Pénal francês, no seu art. 221-6-1 prevê para o homicídio culposo no trânsito a pena de 5 anos de prisão e, em casos de embriaguez ou efeito de estupefacientes, pena de 7 anos. O Codice Penale italiano, no seu art. 589 prevê, para o mesmo delito a pena de 2 a 7 anos e se sob aquelas circunstâncias, 3 a 10 anos, prevendo também que se houver mais de uma vítima, a pena será do crime mais gravemente apenado, aumentada até o triplo não podendo ultrapassar quinze anos.

Assim, na tentativa de superação das dificuldades encontradas para distinguir dolo e culpa em alguns casos criminais, notadamente naqueles de acidente de trânsito, o codificador penal francês de 1.992, nos arts. 121-3, 221-6 e 222-19 criou uma figura intermediária. Nos extremos opostos, de um lado os crimes cometidos intencionalmente (dolosos) e de outro os crimes cometidos por negligência (culposos) e, entre eles, mais proximamente ao lado deste últimos – que designaríamos de delitos hiperculposos, a conduta de quem põe em perigo deliberado a pessoa de outrem, pela inobservância de uma obrigação de segurança ou de prudência imposta pela lei ou regulamento. À guisa de ilustração de uma configuração típica possível, se na forma simples o homicídio doloso é punido com 6 a 20 anos, e o homicídio culposo no trânsito com 2 a 4 anos, a pena do homicídio hiperculposo teria a pena abstrata de 4 a 12 anos de reclusão.

Nessa conceituação ou noção de crime hiperculposo, exige-se antes de tudo a vontade consciente de violação daquelas obrigações de segurança ou de prudência. Se o condutor do automóvel efetua cruzamento com sinal vermelho, é necessário demonstrar que tal violação de segurança viária foi deliberada e não simplesmente decorrente de sua inatenção. A conduta de por em perigo deliberado outras pessoas poderá ser identificado com menor dificuldade em casos já conhecidos, tais como o do condutor que desobedece consecutivamente vários sinais fechados, desenvolve velocidade extraordinariamente excessiva, participa de “racha” ou corrida não autorizada ou, ainda, dirige o veículo em estado de embriaguez (e é nessas hipóteses que os nossos tribunais têm reconhecido, várias vezes, o dolo eventual em acidentes de trânsito). Além dessa vontade deliberada, necessário é que a violação seja de uma obrigação imposta pela lei ou regulamentos, razão porque se tal ocorrer relativamente a uma regra não escrita, não se poderá falar em crime hiperculposo.

Pode-se estabelecer uma espécie de escala ascendente. Se o conhecimento da probabilidade de produção do resultado lesivo permanecer apenas no plano genérico e abstrato, a imputação subjetiva somente poderá se dar a título de culpa. Se o agente deliberadamente infringe obrigação legal ou regulamentar, e no plano genérico e concreto não representa a probabilidade de produção de resultado lesivo, por este se imputará lesão corporal ou homicídio hiperculpado. Por fim, haverá dolo eventual na conduta se a representação da probabilidade de produção do resultado lesivo (aspecto cognoscitivo quanto à morte ou lesões corporais) se der no plano específico e concreto.

Como se verá nos comentários aos respectivos tipos penais, o legislador inseriu os resultados lesão corporal grave e morte, como preterintencionais do crime de “racha” (art. 308, parágrafo e 2º). Estranhamente não fez o mesmo em relação ao crime de embriaguez ao volante. Por outro lado, pretendeu - mas não conseguiu êxito - punir mais severamente o homicídio culposo perpetrado pelo motorista em estado de embriaguez ou na realização de “racha” (art. 302, § 2º). Estranhamente não teve o mesmo propósito em relação ao crime de lesão corporal culposa.

Mais que estranho, é altamente tormentoso acompanhar o raciocínio do legislador e tentar entender como e por quê se o agente culposamente mata alguém quando pratica o crime de racha, a pena é de 2 a 4 anos de reclusão, e quando pratica o crime de racha e dele resulta morte culposa, a pena é de 5 a 10 anos de reclusão! O legislador lança uma infeliz e inoportuna charada, perquirindo: o motorista mata alguém quando está perpetrando racha ou está perpetrando racha quando mata alguém? O homem passa quando a pedra cai, ou a pedra cai quando o homem passa?

12. Dolo de dano e dolo de perigo

Atuará o agente com dolo de dano quando quer ou assume o risco de causar lesão efetiva ou dano ao bem jurídico tutelado pela lei, correspondente ao tipo penal de dano (v.g., dano, furto, roubo, homicídio etc.); agirá com dolo de perigo o autor que quer apenas o perigo, não causando nenhuma real diminuição ou destruição do bem protegido, mas que propicia perigo de dano (p. ex., perigo iminente, omissão de socorro etc.). Dolo de dano e dolo de perigo são substancialmente idênticos.

13. Dolo genérico e dolo específico

Sic et simpliciter, no dolo genérico (que não pode ser confundido com o dolo geral) existe apenas por parte do agente a vontade de realizar o fato descrito na lei em seu núcleo (vontade de matar, subtrair, raptar etc.), destinado a produzir o resultado lesivo ou perigoso ao bem jurídico tutelado pela lei, ao passo que no dolo específico (designação da doutrina tradicional) existe vontade do agente em realizar o fato com um fim especial, como evidenciado em muitos tipos penais com as expressões “com o fim ou para o fim de”, “com o intuito de”, “para si ou para outrem”, “para satisfazer” etc., expressões essas que se constituem, como já tivemos visto, nos chamados elementos subjetivos do tipo, distintos do dolo.

CAPÍTULO VI

Caso fortuito e força maior

Caso fortuito e força maior

Sem qualquer correspondente em nossa legislação penal, dispõe o art. 45 do Código Penal italiano que “*Non è punibile chi ha commesso il fatto per caso fortuito o per forza maggiore*”, não esclarecendo, porém, o que seja caso fortuito ou força maior.

No caso fortuito há um *quid* imponderável e imprevisível, que se intromete improvisadamente na conduta do agente, afastando-lhe a possibilidade de resistência ou de oposição¹⁶⁹.

O caso fortuito ou simplesmente *casus* (que significa cair, suceder, acontecer) é um acontecimento imprevisível e que produz um resultado. Daí, o seu principal característico: total imprevisão do evento. Assim, se no dolo há previsão do resultado e na culpa há a possibilidade de previsão do resultado, no caso fortuito não há nenhuma previsão do resultado.

Na força maior (*vis major*), há um evento que deriva da própria natureza ou do fato do homem, evento esse que não pode ser impedido. Na lição de Antonio Pagliaro¹⁷⁰, a força maior exclui o requisito da “consciência e vontade da ação ou omissão”.

Não raras vezes, sob acusação de negligência de seu autor, são submetidos a julgamento casos de acidentes de trânsito motivados por quebra de suspensão, súbita falta de freios por rompimento do “burrinho” de

¹⁶⁹ Homicídio culposo - Acidente de trânsito - Fatalidade - Fato absolutamente imprevisível - Absolvção decretada - Inteligência do art. 121, § 3º, do CP. Tratando-se de fato imprevisível, acontecimento, aliás, que também envolveu, perigosamente, o próprio agente, é de se encarar como fatalidade, que não pode autorizar a incriminação legal (TAPR - Ap. 264/78 - Faxinal - j. 16.8.79 - rel. Juiz Mattos Guedes - v.u. RT. 536/385). No mesmo sentido, “A culpa em nosso direito tem por fundamento a previsibilidade, princípio a bem dizer universal. Se o evento se deu exclusivamente a fato imprevisível, incabível a imposição de pena criminal, fundada em culpa.” (Ac. Do TACRIMSP, JUTACRIMSP 10/237); “Impulsionado por um fato imprevisível e de rara previsão, determinando um resultado não querido e dificilmente imaginável, é de se reconhecer em seu favor o caso fortuito, que surge com a manifestação negativa da culpa.” (Ac. Da 6ª Câmara Crim. do TACRIMSP, na Ap. Crim. 52.373, 03.04.73, RT 452/389).

¹⁷⁰ Pagliaro, Antonio. *Principi di Diritto Penale*, Milano: Giuffrè, 1993, p. 393

frieiro, travamento da direção do veículo ou qualquer outro defeito mecânico repentinamente surgido.

É evidente que apenas as circunstâncias concorrentes para o evento irão indicar conduta culposa ou não do motorista autor. Fundamentalmente, a negligência será ou não reconhecida em face da previsibilidade ou não do resultado. Se, e.g., a repentina falha do sistema de frenagem do veículo enseja o atropelamento do pedestre, não se enxergará culpa se a deficiência do sistema não lhe era previsível; ao reverso, se o condutor ciente do defeito mecânico se põe a dirigir o veículo, previsível será o resultado em caso de acidente.

Embora ambos institutos sejam distintos, hoje juridicamente se equiparam porque produzem as mesmas conseqüências. Mas, anota argutamente Waldyr de Abreu¹⁷¹ que a força maior tem como marca a irresistibilidade. É inevitável, mesmo previsível. Enquanto o que caracteriza o caso fortuito é a imprevisibilidade, a força maior, de origem em geral não humana, elimina a capacidade de agir - a pessoa *non agit, sed agitur*. É o fato natural externo em toda sua brutalidade e irracionalidade, com a absoluta supressão da vontade daquele em quem incide. Já o caso fortuito seria superável ou resistível, não fosse a surpresa de sua ocorrência. Seria contornável, se previsível e previsto.

A questão é tratada ora no terreno da relação de causalidade, ora na culpabilidade e ora, ainda, na tipicidade.

Para Frederico Marques¹⁷², “tanto a força maior como o *casus* constituem fatos inevitáveis, que, por isso mesmo, atuam sobre o nexu causal”, asseverando, com apoio em Grispligni que “*o caso fortuito pode excluir a culpabilidade; antes disso, porém, ele exclui o nexu causal*”.

Bem explica Quintero Olivares¹⁷³ que para uns (seguidores da sistemática causalista) o caso fortuito é hipótese de *ausência de culpabilidade* pela ausência de dolo e culpa; porém, para outros, que com melhor razão entendem que esses elementos de raiz subjetiva pertencem à essência do

¹⁷¹ Abreu, Waldyr de. Direito Penal do Trânsito, Forense, 1987, p. 28

¹⁷² Marques, José Frederico. Tratado de Direito Penal, Saraiva, 1956, vol.2/233 e 235

¹⁷³ Olivares, Gonzalo Quintero. Derecho Penal, Madrid: Ed. Marcial Pons, 1989, p. 427

comportamento injusto, seja porque partem de um delineamento estritamente finalista, seja porque consideram que lógica e político-criminalmente não deve haver outro tipo de injusto penal que o intencional ou o imprudente, resultará que a hipótese de causação fortuita de um dano há de determinar a *ausência do injusto típico* por falta de sua ação-pressuposto (atipicidade).

Na linha de raciocínio exposta por aquele emérito penalista espanhol, Damásio E. de Jesus¹⁷⁴ filiado à doutrina finalista entende que o *casus* não exclui o nexos de causalidade. Afirma com fina inteligência que lhe é peculiar, que “é errada a afirmação de que o caso fortuito e a força maior *rompem* a relação causal. Esta existe ou não existe, sendo impossível ser extinta depois de sua ocorrência. Se estou dirigindo um veículo quando há rotura da barra-de-direção, havendo atropelamento e morte de um terceiro, existiu o nexos causal: se eu não estivesse dirigindo não ocorreria a morte da vítima. A solução, segundo nossa posição, é a seguinte: O dolo e a culpa, de acordo com o finalismo, constituem elementos do tipo, integrando a conduta: esta só é típica quando dolosa ou culposa. Ora, no *casus* não há dolo nem culpa. Logo, não havendo conduta dolosa ou culposa, não há conduta típica. Em consequência, quando interferem a força maior e o caso fortuito, não há crime por ausência de conduta dolosa ou culpa (primeiro elemento do fato típico)”.

Por outro lado, para Enrico Altavilla¹⁷⁵, não existe o caso fortuito. Sustenta, com maestria, que “o desenvolvimento dos fenômenos obedece a leis naturais para as quais todo efeito é consequência necessária de suas causas. Portanto, podemos dizer que objetivamente não existe o fortuito, pois o que sucede teria que suceder. O que se passa é que ditas leis nem sempre são conhecidas pelo homem ou pela maior parte dos homens, e assim se acredita, enquanto corresponda ao processo causal, uma diferença entre o conhecido e o desconhecido.

A sustentação desse ilustre professor napolitano tem base em Santo Tomaz de Aquino, para quem nada é casual nem fortuito, tudo é real e o

¹⁷⁴ Jesus, Damásio Evangelista de. Direito Penal, Parte Geral, Saraiva, ed. 1995, p. 209.

¹⁷⁵ Altavilla, Enrico. La culpa, Bogotá: Ed. Temis, 1987, p. 34

real é o que é que o intelecto humano capta como realidade mais conhecida. E que o fortuito somente existe na deficiência do próprio entendimento humano. Nesse sentido lição de Cairoli Martinez¹⁷⁶, arrematando que o fortuito passa a ser, pois, um estado subjetivo de ignorância ou de erro.

De uma maneira geral, os tribunais têm reconhecido o caso fortuito pela imprevisibilidade do fato por defeito no cilindro mestre do freio¹⁷⁷, parada repentina do veículo por falha mecânica inesperada (desarranjo na bobina)¹⁷⁸, por súbita e imprevista falha dos freios¹⁷⁹, rompimento de mecanismo de suspensão, com conseqüente travamento de roda¹⁸⁰, no caso de perda de controle de direção do veículo por nele adentrar abelha¹⁸¹ etc.

¹⁷⁶ Martinez, Milton Cairoli. Curso de Derecho Penal Uruguayo, 1990, ed. FCU, vol. 1, p. 187

¹⁷⁷ “Lesão corporal culposa- Acidente de trânsito - ausência de justa causa para a ação penal - Fato imprevisível motivando o evento - defeito no cilindro mestre do freio - Concessão de “habeas corpus” para o trancamento daquela - Inteligência dos arts. 129 § 6º, do Código Penal e 648, n. I, do Código de Processo Penal. Sendo o acidente de trânsito motivado por defeito de caráter imprevisível, “verbi gratia” anomalia no cilindro mestre do freio, inexistente justa causa para que o acusado responda pelo evento dele resultante (ap. n. 75.150 - Tribunal de Alçada Criminal de S. Paulo, em 12 de abril de 1977 - Valentim Silva, pres. e relator RT. 508/361)

¹⁷⁸ Delito de circulação - Culpa - Parada de veículo na rua - Falha mecânica - Caso fortuito. A repentina parada de veículo na via pública, em conseqüência de inesperado desarranjo na bobina, constitui caso fortuito, não podendo o motorista ser responsabilizado pela colisão com automotor que trafegava no mesmo sentido. (Apelação Criminal nº 115.379 - Junqueirópolis - Rel. Juiz Chiaradia Netto - j. Em 4/12/1975 - TACRIMSP)

¹⁷⁹ Delito não caracterizado. Acidente de trânsito. Evento verificado por causa fortuita (súbita e imprevista falha dos freios) e não por imperícia, imprudência ou negligência do acusado. Absolvição decretada. (Tribunal de Alçada de São Paulo, RT. 417/273)

¹⁸⁰ “Nos crimes culposos é de se examinar se o agente não desatendeu aquela obligatio ad diligentiam, que no convívio social, a todos se impõe. Tal cargo, todavia, há de se circunscrever aos limites do razoavelmente previsível, não se exigindo de ninguém cuidados que se afastam da sagacidade do homem médio. Em veículo aparentemente bem conservado, é imprevisível rompimento de seu mecanismo de suspensão, com conseqüente travamento de roda” (Ac. Da 1ª Câmara. Crim. Do TACRIMSP, na Ap. Crim. 42.819, RT 441/415)

¹⁸¹ Delito de circulação - Caso Fortuito - Abelha no interior do veículo - Reação instintiva - Atropelamento - Absolvição. Se não houver, por parte da acusada, ato voluntário, ao perder o controle do seu veículo, por entrar no mesmo uma abelha, que foi em sua direção, dando causa ao atropelamento das vítimas, mas ato instintivo, compulsivo e irresistível de auto defesa, impulsionado por um fato imprevisto e de rara previsão, determinando um resultado não querido e dificilmente imaginável, é de se reconhecer em seu favor o caso fortuito, que surge com a manifestação negativa da culpa (Apelação criminal nº 52.373 - Rel. Juiz Geraldo Ferrari - j. Em 3/4/1973 - TACRIMSP). No mesmo sentido: Delitos do automóvel. Inexigibilidade de outra conduta: a ocorrência de caso fortuito, tal como a entrada de abelhas no interior do veículo, aliada à conduta e personalidade ilibada do agente, que socorreu a vítima e ressarciu todos os danos, autoriza a absolvição (Ap. 296.615, 9ª Câmara. Do TACRIMSP, 1983, Rel.: Roberto Grassi)

De outras vezes, tem-se negado ocorrência de caso fortuito nas hipóteses de estouro de pneu¹⁸², quebra de pára-brisa¹⁸³, mal súbito do motorista acometido de doença¹⁸⁴ etc. Evidente que tais situações devem ser muito bem perquiridas no caso concreto, especialmente em face das circunstâncias concorrentes para o evento. Assim, poderá ser caso fortuito o estouro de pneu bem conservado por possível defeito de fabricação, ou porque alguém lhe dispare um tiro, ou, ainda, seja o pneumático danificado por algum objeto cortante deixado na via pública; a quebra do pára-brisa em perfeito estado, nada fazendo supor que repentinamente viesse a se fragmentar, quer por ações atmosféricas ou ações de terceiros que o destruam; o mal súbito que repentinamente pode acometer a qualquer um dos mortais sem qualquer registro anterior de doença etc.

¹⁸² Lesão corporal culposa - Acidente de trânsito - estouro de pneu - pretendido caso fortuito - defesa repelida - embriaguez provada do motorista - pena acessória de incapacidade temporária para dirigir veículo, também mantida - inteligência dos arts. 129, § 6º, e 69, IV, do CP. "A jurisprudência não admite o estouro do pneu como caso fortuito, a ponto de afastar a culpa do motorista por acidente de trânsito" (ap. n. 82.615 - Capital - Tribunal de Alçada Criminal de S. Paulo, em 12 de outubro de 1978 - Geraldo Pinheiro, relator (RT. 524/377))

¹⁸³ Homicídio culposo - Acidente de trânsito - Quebra de pára-brisa - Caso fortuito - Inocorrência - Fato previsível. A quebra de pára-brisa de veículo, por ser fato absolutamente previsível para todo motorista, não tem condão de arrear culpa do agente, nem pode ser qualificada como caso fortuito (Apelação criminal n. 8.186, RT. 561/399)

¹⁸⁴ Delito de circulação - Culpa - Imprudência - Motorista em tratamento médico - Mal súbito na direção - Caso fortuito - Ultrapassagem - Colisão - Condenação - CP, arts. 51, § 1º, 121, § 3º e 129, § 6º. Procede com culpa o motorista que, embora estando sob cuidados médicos, ciente dos resultados paralelos do tratamento sobre sua normalidade física e psíquica, dispõe a pilotar automotor e, ao sentir-se mal na direção, passa a realizar sucessivas manobras perigosas, em busca de socorro, causando a colisão de seu automóvel com outro veículo, quando de uma ultrapassagem precipitada (Apelação Criminal nº 125.729 - Capital - Rel. Juiz Geraldo Pinheiro - j. Em 24/6/1976 - TACRIMSP)

CAPÍTULO VII

Concurso aparente de normas e concurso de crimes

Neste setor, não se cuidará de dissertar amplamente sobre o concurso aparente de normas e o concurso de crimes, mas tão somente aspectos de ambos institutos que possam interessar na resolução de corriqueiras questões em processos judiciais relativos aos crimes de trânsito. E serão oportunamente referidos na análise de cada tipo.

Cumpra advertir, desde logo, da necessidade de serem separados os casos em que só há concurso aparente de normas (quando uma só norma é aplicável) em relação a uma mesma conduta ou fato, daqueles outros casos em que efetivamente a conduta ou fato estão regidos por várias disposições legais que não se excluem entre si (quando várias normas são realmente aplicáveis).

Uma importante observação deve ser feita, embora pareça muito elementar.

Para verificar se em determinado caso existe ou não concurso de delitos, é necessário antes de tudo averiguar se alguma das disposições legais concorrentes não exclui as demais, ou seja, se não se trata de um concurso aparente de normas. O concurso aparente se constitui numa *investigação prévia para esclarecimento dos casos de concurso de delitos*. Para se afirmar que existe um autêntico concurso, é preciso ficar *antes* estabelecido que o fato se enquadra efetivamente em mais de uma figura penal, pressupondo já terem sido examinadas as relações entre as várias figuras concorrentes.

1. Concurso aparente de normas

Na aplicação de qualquer lei penal, é certo que muitas vezes não é difícil estabelecer qual a norma aplicável no caso concreto (p.ex., lesão corporal culposa cometida pelo agente na direção de veículo automotor - art. 303 do Código de Trânsito Brasileiro; todavia, menos certo não é que tantas outras vezes o operador do direito necessita investigar qual ou quais normas devem incidir no caso (p.ex., se no cometimento desse delito, o autor não tinha habilitação legal para dirigir ou o fazia embriagadamente)

hipóteses em que mais normas (arts.306 e 309 do CTB) parecem incidir sobre o fato. Na investigação a ser empreendida, incumbirá ao juiz dizer qual a norma ou normas aplicáveis no caso concreto.

Nesse trabalho, o juiz não se restringe à mera interpretação das leis, mas, sim, a tormentosa missão de escolher, eleger entre as normas concorrentes, qual aquela que deve efetivamente incidir no caso concreto. Se um homicídio culposo (art. 302) for praticado pelo autor quando participava de “racha” (art. 308), dúvidas surgem, questionando-se se ambas normas incidirão sobre o caso ou apenas a norma do art. 302.

No dizer de Mezger¹⁸⁵, trata-se, na realidade, de um “concurso ideal aparente”; várias leis se ajustam aparentemente ao caso concreto, mas se excluem entre si por motivos jurídicos. Entre as diversas leis, é uma somente a que, em substância, se aplica. Rege, pois, rigorosamente, o *princípio de exclusão*. No concurso de leis, se poderiam aplicar ao fato punível, de acordo com o texto da lei, várias leis penais; porém, considerando a relação existente entre as distintas posições, depreende-se que é aplicável somente uma delas.

1.1 princípio da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*)

O princípio da especialidade já era conhecido no direito romano, para o qual uma norma especial exclui a incidência da norma geral incriminadora é especial em relação a outra, geral, quando possui em sua definição legal todos os elementos típicos desta e mais alguns, de natureza objetiva ou subjetiva, denominados especializantes, apresentando por isso um “minus” ou “plus” de severidade. A norma especial pode considerar-se um setor da norma geral, particularmente caracterizado. O enquadramento da conduta humana num tipo especial exclui, de plano, a aplicação da norma geral¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Mezger, Edmund. Derecho Penal, Parte General, Din Editora, 1989, p. 345

¹⁸⁶ Marques, José Frederico. Curso de Direito Penal, Saraiva, 1956, II/338

Pelo princípio da especialidade, afasta-se o “bis in idem”, pouco importando que o delito especial acarrete pena menor que o delito geral.

O tipo especial prefere ao geral, podendo estar na mesma lei ou leis diversas. A comparação é abstrata. “A especialidade é aceita por todos. O princípio da especialidade tem de peculiar o seguinte: por seu conteúdo lógico, permite comparação em abstrato sobre as leis a serem aplicadas, enquanto que os demais exigem um confronto *in concreto* das normas que incidem sobre o fato¹⁸⁷”.

1.2 princípio da subsidiariedade (*lex primaria derogat legi subsidiariae*)

Na síntese de Damásio E. de Jesus, há relação de primariedade e subsidiariedade entre normas descrevendo graus de violação do mesmo bem jurídico, de forma que a infração definida pela subsidiária, de menor gravidade que a da principal, é absorvida por esta¹⁸⁸. A ofensa maior absorve a menor. Classificam-se em: 1) Subsidiariedade expressa (ou explícita) - a norma em seu próprio texto, subordina a sua aplicação à não aplicação de outra de maior gravidade punitiva. O legislador, de maneira explícita, salienta o caráter subsidiário da norma incriminadora. A regra nesta contida só incidirá sobre o fato subsidiariamente, isto, se a conduta lesiva não se enquadrar, antes, num crime de maior gravidade e 2) Subsidiariedade tácita (ou implícita) - quando uma figura típica funciona como elemento ou circunstância legal específica de outra, de maior gravidade punitiva.

Por este princípio, as elementares de um tipo penal estão contidas em outro tipo penal. O fato incriminado pela norma subsidiária entra como elemento componente em agravante especial do fato incriminado pela outra norma, de modo que a presença do último exclui a simultânea punição do primeiro. O crime subsidiário é denominado por Hungria, de “soldado de reserva”.

¹⁸⁷ Moro, Aldo. “apud” J. Frederico Marques, ob. loc. cit.

¹⁸⁸ Jesus, Damásio Evangelista de. Direito Penal, Saraiva, 1995, vol. I/97

1.3 princípio da consunção (*lex consumens derogat legi consumptae*)

É também chamado de princípio da absorção. Leciona Fernando Pedroso que “na consunção ocorre uma continência de tipos, sobejando alguns tipos absorvidos e consumidos por outro, denominado consuntivo, dentro de uma linha evolutiva ou de fusão que os condensa numa relação de continente e conteúdo. O tipo consuntivo, que atrai os demais para o seu campo de força, consumindo, absorvendo e diluindo-os em seu contexto, prevalece e predomina a final como uma unidade, esborando e combalindo a aplicação dos outros¹⁸⁹”. Quando o fato, previsto por uma norma e ao mesmo tempo por outras coexistentes, por ser de maior amplitude, deve ser aplicada a norma de maior extensão, ou como se extrai da síntese de Damásio: “o comportamento descrito pela norma consuntiva constitui a fase mais avançada na concretização da lesão ao bem jurídico, aplicando-se o princípio de que *major absorbet minorem*. Os fatos não se apresentam em relação de espécie e gênero, mas de *minus a plus*, de conteúdo a continente, de parte a todo, de meio a fim, de fração a inteiro¹⁹⁰”.

No dizer de Frederico Marques, “na consunção o que tem relevo substancial é a maior compreensão de uma norma em relação a outra, uma espécie de continência, como diz Aldo Moro, que torna injustificada a aplicação da norma consumida uma vez que se aplicou a norma consuntiva¹⁹¹”.

2) Concurso de crimes

Enquanto na órbita administrativa “quando o infrator cometer, simultaneamente, duas ou mais infrações, ser-lhe-ão aplicadas, cumulativamente, as respectivas penalidades” (art. 266 do Código de Trânsito Brasileiro), no terreno penal poderá ocorrer entre os vários delitos de trânsito, o concurso material e formal de infrações, bem como a continuidade

¹⁸⁹ Pedroso, Fernando de Almeida. Direito Penal, Parte Geral, Leud, 1997, p. 635

¹⁹⁰ ob. cit., p. 99

¹⁹¹ Marques, José Frederico. ob. cit., p. 340

delitiva (arts.69, 70 e 71, do Código Penal). Haverá concurso de crimes na hipótese de mais de um crime ser praticado através de uma ou várias ações.

2.1 O concurso material

O concurso material caracteriza-se pela *pluralidade de ações* através das quais são praticados *crimes plúrimos*. A comissão de várias ações, pela sua natureza, não podem ser reduzidas unitariamente a uma valoração jurídica, pelo que se deve considerá-los de forma autônoma e, pois, uma pluralidade de fatos puníveis. Importante observar que no concurso material há autêntica pluralidade de condutas ou ações totalmente independentes, isto é, sem qualquer conexão necessária entre elas.

O concurso material (ou real), regrado pelo art. 69 do Código Penal, estabelece o cúmulo material, pelo que as penas dos diversos crimes devem ser somadas.

2.2 O concurso formal

O concurso formal caracteriza-se pela *unidade de ação*, através da qual são praticados *crimes plúrimos*, havendo incidência de várias normas penais que não se excluem entre si. A múltipla tipificação delitiva corresponde a diversas figuras juridicamente autônomas, mas por força da unidade no momento da culpabilidade, pune-se apenas um delito. Poder-se-ia enxergar similitude entre o concurso formal de crimes e o concurso aparente de normas (ação única que se sujeitam a vários tipos penais). Porém, *no concurso aparente a incidência de uma norma desloca e exclui antecipadamente a outra*, fenômeno que não se sucede com o concurso formal, quando todas as normas terão incidência.

O concurso formal (ou ideal) enseja a aplicação de uma pena somente, se idênticas (concurso homogêneo) ou a mais grave, se diversas (concurso heterogêneo), aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade (art. 70 do Código Penal).

2.3 O crime continuado

O crime continuado caracteriza-se pela *pluralidade de ações e pluralidade de crimes* e, pois, com incidência das várias normas penais violadas, mas

que por artifício legal a pluralidade é reduzida à *unidade jurídica* de crime (teoria da ficção jurídica de Carrara). Um “faz-de-conta” introduzido pelo legislador, através do qual, embora vários crimes sejam realizados, “pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, *devem os subsequêntes ser havidos como continuação do primeiro*”. A justificação para esse tratamento benigno é político-criminal para evitar imposição de penas privativas de liberdade de longa duração.

O crime continuado, por ficção jurídica, é tratado, preenchidos os requisitos da lei, como crime único, quando na realidade dois ou mais crimes são realizados, aplicando-se a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços (art. 71 do Código Penal).

CAPÍTULO VIII

Crimes em espécie

(artigos 302 a 312)

Nos tipos de crimes previstos na lei, na maioria deles é utilizado, ora o termo “veículo automotor” (arts. 302, 303 e 306 a 310), ora somente “veículo” (arts. 304 e 305), ora nenhum dos dois, mas implicitamente contido (art. 311).

Veículo é qualquer meio utilizado para transporte de pessoas ou objetos (p. ex., cavalo, camelo, jegue etc.) notadamente aquele construído pelo homem (p. ex., jangada, carroça etc.) e dotado de um mecanismo (aeroplanos, automóveis, trator, bicicleta etc.).

O art. 96 dispõe: Os veículos classificam-se em:

I- *quanto à tração*:

- a) *automotor*;
- b) elétrico;
- c) de propulsão humana;
- d) de tração animal;
- e) reboque ou semi-reboque;

Corretamente seria classificação quanto à *movimentação do veículo* (pelo motor, pelo homem, pelo animal etc.). Elétrico relaciona-se à energia e não à movimentação mecânica, pelo que os denominados *ônibus ou bondes elétricos* são veículos automotores cujos motores, para movimentação, são alimentados por eletricidade. Será veículo “automotor”, e não veículo *solar* ou *nuclear* aquele que tiver motor que funciona através de *energia solar* ou *nuclear*.

Veículo automotor é o veículo que dispõe de um motor para sua própria movimentação (se a movimentação é comunicada a um objeto situado na frente é propulsão; se a um objeto situado atrás é tração). Automóvel é veículo automotor porque se move, se movimenta com o próprio motor. Automotores serão outros veículos com essa característica, aí incluindo as *mobilites e bicicletas motorizadas*, posto que movimentadas por motor.

No anexo I do Código de Trânsito Brasileiro, define-se veículo automotor como “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).

Punição dos crimes de trânsito

Diversamente do que sucede em outros países, até recentemente não havia entre nós uma legislação especial sobre os crimes praticados no trânsito, de há muito merecedores de tratamento especial em face de suas peculiaridades e freqüência assustadora no seu cometimento, sem falar da notória e confessada quase nenhuma conseqüência para o seu autor. A repressão era tibia através dos tipos culposos de homicídio e lesão corporal (art. 121, § 3º e art. 129, § 6º, do Código Penal) e impotentes figuras contravencionais, quase desprezadas, de falta de habilitação para dirigir veículo e condução perigosa de veículo na via pública (arts. 32 e 34 da Lei de Contravenções Penais). Porque brandamente punidas, quando não atingidas pela prescrição nas suas várias formas, tais infrações nunca receberam devida e mais séria atenção das autoridades públicas. Venial que assim fosse, pois de outro lado avolumaram-se os crimes dolosos mais graves e pesadamente punidos, exigindo esforço e agilidade na efetividade da justiça penal.

O ilustre desembargador Marcelo Fortes Barbosa, penalista de primeira grandeza, fazia registrar, há alguns anos, justificável revolta: “o tratamento que o legislador brasileiro, quer penal ou processual penal, dá ao crime culposo chega a ser, por paradoxal que pareça, “*criminoso*”. O assunto se reveste de forte carga cultural, porque desde os primórdios do Brasil independente, o delito culposo sempre foi tratado com profundo descaso, já que o tão festejado Código Criminal do Império de 1831 sequer a ele fazia referência. É que a regra de cometimento de tais crimes, principalmente aqueles que envolvem automóveis, é que sejam praticados por uma elite dominante, das mais atrasadas do planeta, e refratária a qualquer mudança visando severidade da legislação a esse respeito” e, após se referir à legislação brasileira acerca do assunto, finalizava: “é preciso mudar a legislação

e entender que principalmente o automóvel é instrumento de violência, considerar a deseducação do povo, principalmente no trânsito, e tomar providências imediatas para que a vergonhosa cifra de 50 mil mortos, além dos milhares em decorrência de outras modalidades de imprudência, imperícia ou negligência, seja diminuída, lembrando, afinal, que a impunidade é estímulo e incentivo ao crime, e que o homem tem autonomia de vontade suficiente para distinguir o que é certo ou errado, qualquer que seja a sua classe social. Não é um chimpanzé”¹⁹².

A lei n. 9.503/97 – à qual sucederam outras pretendendo imprimir maior rigor - chegou dobrando a pena mínima detentiva do homicídio culposo; triplicando a da lesão corporal culposa; transformando em crimes figuras que eram contravenções penais (dirigir sob embriaguez, dirigir sem habilitação etc.), punindo-os mais gravemente e criando novos tipos (afastamento ou fuga do local do acidente, violação da suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação, crime de “racha”, entrega de veículo a pessoa não habilitada ou sem condições de dirigir, dirigir em velocidade incompatível perto de hospitais escolas, etc.), além de tornar especiais os crimes de omissão de socorro (pena detentiva mínima sextuplicada) e fraude processual. Porém, quanto a este último delito especial praticado no processo penal, procedimento penal ou antes dele, a pena mínima restou igual (6 meses); porém a pena máxima restou menor (um ano, em contraposição à do art. 347, parágrafo único, do Código Penal, que a prevê até 4 anos).

Maior rigor no tratamento punitivo talvez não decorra tanto da quantidade da pena detentiva estabelecida para cada qual delito, que, salvo hipóteses excepcionais, é sempre aplicada no seu mínimo. E sim pela pena de suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor, pela sanção civil consistente no pagamento de multa reparatória e, certamente a mais grave consequência: cassação do documento de habilitação quando condenado judicialmente por delito de trânsito (art. 263, III).

¹⁹² “Impunidade é regra no crime culposo”, *Tribuna do Direito*, julho de 1994, p. 11

1. Homicídio culposo

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.

§ 1º No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de 1/3 (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.

§ 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.”

2. Lesão corporal culposa

art. 303. Praticar lesão corporal 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 um terço à metade, se ocorrer qualquer das hipóteses do parágrafo único do artigo anterior.

Estes dois crimes são, por atropelamento de pedestres ou colisão entre veículos, sem nenhuma sombra de dúvida, os de maior incidência dentre os chamados crimes de trânsito. Os prejuízos e conseqüências deles resultantes, sejam de ordem material ou moral, são imensuráveis. A proposta de extirpar do direito punitivo os crimes informados pela culpa inconsciente, vai a contrapelo das necessidades atuais de coibir, tanto quanto possível, os comportamentos negligentes que tantas tragédias ocasionam. Contam-se as vítimas mortas e feridas, mas não se contam, estatisticamente, aquelas pessoas que ficaram em eterno estado de abandono material e moral, e também aquelas outras que inválidas restaram para sempre, num estranho abandono presente.

Se por um lado é absolutamente impossível suprimir o tráfego de veículos, por outro é absolutamente necessário para a convivência social que aí todos se hajam com a chamada *obligatio ad diligentiam*. Conquanto perigosa a atividade no tráfego, haverá dela ser desenvolvida com o necessário cuidado para não produzir resultado que for *previstvel*.

Analiseemos em conjunto os dois delitos, os quais, na essência, apresentam diferença apenas quanto ao resultado (morte ou lesão corporal) e a quantidade da pena privativa de liberdade. Enquanto no tipo básico o homicídio culposo é punido com detenção de 2 a 4 anos, a lesão corporal culposa é punida com detenção de 6 meses a 2 anos¹⁹³. A lei n. 12.971/2014 inseriu o parágrafo 2º prevendo qualificadoras desses crimes culposos, se o agente conduz o veículo em situação de embriaguez, racha e direção emulativa ou exibicionista. Estranhamente, sem aumentar a pena privativa de liberdade – que subsiste em 2 a 4 anos, e apenas para alterar a natureza dela, de detenção para reclusão, sem nenhum efeito prático no sistema atual, ainda porque a imposição de pena máxima de 4 anos de reclusão, possibilita ao condenado o cumprimento no regime aberto.

Em ambos crimes é prevista a pena cumulativa de *suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor*

¹⁹³ Vale lembrar que, em face da Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998, alterando os arts. 43 a 47 do Código Penal, a pena privativa de liberdade (não superior a quatro anos se imposta por crime doloso, ou qualquer que seja ela se por crime culposos), permite a sua substituição por penas restritivas de direitos.

porque “se o réu, na condução de veículo automotor, descumpriu as regras de trânsito, estando em velocidade acima do permitido para o local (não cumprindo com seu dever de cuidado e criando um risco não permitido), correta a sentença condenatória. O art. 302, caput, da Lei nº 9.503/1997, por tratar de hipótese evidentemente mais reprovável, além da sanção corporal, impõe concomitantemente a pena de suspensão da habilitação ou proibição de obter a permissão para dirigir veículo automotor” (Apelação Criminal nº 2010.039185-4/0000- 00-Campo Grande-MS, TJMS - 1ª Turma Criminal, Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos, julgamento 12/4/2011).

Importante ressaltar que “Fixada a pena de suspensão da habilitação para dirigir sem a necessária fundamentação exigida por lei, indispensável, de ofício, a redução para o mínimo legal (TJGO, ApCrim 27472-5/213, 2a. Cam., rel. Des. Floriano Gomes, j. 6.10.2005, RT 844/617).

O legislador não fez conveniente descrição típica das condutas proibidas; deveria fazê-lo com a maior precisão possível em homenagem e para preservação do princípio da legalidade. Posto que o tipo penal deve descrever a conduta que se quer proibir, é ele formulado através de verbos (*matar, ofender, subtrair, constranger* etc.), por vezes de dois ou mais verbos num só tipo (*obter* vantagem ilícita com *induzir* a vítima em erro, no caso de estelionato - art. 171 do Código Penal). Ao invés de assim proceder, contrariando recomendação científica, não utilizou os verbos identificadores dos núcleos típicos, “matar” alguém e “ofender” a integridade corporal ou a saúde de outrem, como corretamente se encontram nos arts. 121 e 129 do mesmo diploma legal; mas, arresadadamente, utilizou o verbo “praticar” homicídio culposo (art. 302) e “praticar” lesão corporal culposa (art. 303) na direção de veículo automotor, vale dizer, verbo genérico que vulgarmente pode ser empregado para todos os atos da vida que significam exercício, atividade ou realização (praticar esporte, praticar uma boa ação, praticar furto, praticar estelionato etc.).

Como bem diz Maurício Lopes, dissertando sobre o princípio da taxatividade (mandato de certeza) “é mister que a lei *defina* o fato criminoso, ou melhor, enuncie com clareza os atributos essenciais da conduta

humana de forma a torná-la inconfundível com outra, e lhe comine pena balizada dentro de limites não exagerados¹⁹⁴”

Em vez de descrever os caracteres da conduta proibida, o legislador do trânsito utilizou o *nomen juris* dos crimes de homicídio culposo e lesão corporal culposa, a eles antecedendo o verbo “praticar”, o que implica na necessidade de recorrer às normas básicas do código penal para integração típica.

Em ofensa ao princípio da proporcionalidade da pena, verifica-se que a pena detentiva da lesão corporal culposa no trânsito é, nos extremos mínimo e máximo, o dobro daquela prevista para a lesão corporal dolosa comum (art. 129 “caput” do Código Penal), por maneira que, circunstancialmente, ao autor do crime será sempre mais interessante e vantajoso ser condenado por crime doloso, não sem antes admitir efetiva previsão do resultado danoso e desejo de prosseguimento de realização da conduta, para ser aí identificado pelo menos o dolo eventual.

Bem jurídico

No caso de homicídio, o bem jurídico tutelado pela norma é a vida humana, o “supremo bem individual” no dizer magistral de Nelson Hungria. No caso de lesão corporal é a integridade corporal ou a saúde da pessoa (incolumidade individual).

Sujeito ativo

Tratando-se de crimes próprios ou especiais, cujos tipos restringem o âmbito da autoria, exige-se que o sujeito ativo tenha uma capacidade especial; no caso, é necessário que ocupe ele uma posição ou condição de fato, ou seja, esteja na *direção de veículo automotor* quando da realização típica e cause o resultado por imprudência, negligência ou imperícia que são as três modalidades informadoras da culpa *stricto sensu* (art. 18, II, do Código Penal).

¹⁹⁴ Lopes, Maurício Antonio Ribeiro. Princípio da Legalidade, Ed. Revista dos Tribunais, 1994, p. 128.

Sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser vítima de homicídio ou lesão corporal culposos. Por pessoa entende-se o ser vivo já nascido, razão porque se o condutor atropela uma pedestre grávida, provocando a morte do feto, haverá um só delito, contra aquela. Não há punição autônoma por crime de aborto culposo no nosso sistema (o aborto não intencional é punível apenas como resultado agravador do crime de lesão corporal dolosa - art. 129, § 2º, V, do Código Penal). Não há confundir o bem jurídico (vida) com o sujeito passivo (pessoa).

Apesar de respeitáveis opiniões contrárias, na hipótese referida também não haverá homicídio e nem lesão corporal culposos porque para tipificá-los há necessidade de nascimento com vida (o feto dentro do útero materno pode ensejar crime de aborto). Categoricamente, afirma Custódio da Silveira: “o sujeito passivo só pode ser o “ser vivo nascido de mulher”, independentemente de todas as suas qualidades, atributos, condições fisiológicas ou psicológicas, sociais ou jurídicas. Quanto ao feto recém-expulso do útero materno ou que começou a desprender-se (nascente), cumpre distinguir: se é produto maduro da concepção, vivo, embora inviável, comete homicídio quem o destruir, ou infanticídio, se é a mãe sob a influência do puerpério; mas se, ao contrário, é produto imaturo, somente se poderá cogitar do crime de aborto, porque não se trata de um homem com vida extra-uterina¹⁹⁵”. De qualquer maneira, verificando-se o aborto ou sofrimento fetal, haverá ofensa à saúde da vítima grávida com materialização do crime da lesão corporal culposa.

Tipo objetivo

Haverá realização típica no matar alguém (homicídio) ou no ofender a integridade corporal ou a saúde de alguém (lesão corporal), através de conduta comissiva, posto que o autor do fato deverá necessariamente estar desenvolvendo uma atividade, qual seja, estar “na direção de veículo automotor”, em via pública ou não, tais como estacionamentos, garagens etc.

¹⁹⁵ Silveira, Euclides Custódio da. Direito Penal, Crimes contra a pessoa, Max Limonad, 1959, p. 45

Na (contração da preposição *em + a*) direção de veículo automotor significa estar na posição de dirigi-lo, ao volante do automóvel ou ao guidão da motocicleta em condições da pessoa operar os seus mecanismos e estabelecer controle de movimentação e rumo, como se extrai da expressão contida no parágrafo único “no homicídio culposo *cometido* na direção de veículo automotor”.

É falho o critério utilizado na formulação típica, posto que deixa de abranger casos ou situações evidentes de inobservância de deveres de cuidado no trânsito, exemplificadamente:

- a) o sujeito que estacionar o seu veículo automotor e dele sair para momentaneamente fazer algo, não freiá-lo devidamente e com isso permitir que desça rua abaixo colhendo uma pessoa;
- b) aquele que estiver empurrando um automóvel e com isso causar ferimentos em alguém;
- c) a pessoa que tiver seu veículo imobilizado na via pública por um defeito mecânico, negligentemente não sinalizar o local e assim dar ensejo a que outro veículo colida contra a traseira daquele, vitimando pessoas;
- d) aquele que estiver ao volante de um veículo rebocado por outro e por um razão qualquer propiciar a sua derivação atingindo uma pessoa.

Nas hipóteses *sub* “a”, “b” e “c”, o sujeito não está na direção do veículo; na hipótese *sub* “d” não há *direção* porque sem controle de trajeto ou rumo pelo sujeito, além do quê perde a característica de automotor porque não movimentado pelo próprio motor e o veículo rebocado tem seu trajeto ou rumo *dirigido*. Serão crimes culposos comuns previstos no Código Penal.

Normalmente se fala em homicídio culposo ou lesão corporal culposa de *trânsito*. Mas, admissível essa denominação somente no caso de o autor dos crimes cometê-los na direção de veículo automotor, como já se disse, perdendo essa característica se, por exemplo, um pedestre negligentemente atravessa uma via pública e enseja que o condutor de um veículo, para não atropelá-lo, o deriva de direção colidindo contra um poste, daí saindo ferido. O crime culposo que se verificar, imputável ao pedestre,

será do Código Penal porque não se cuida propriamente de *crime de trânsito*, talvez denominável *crime no trânsito*.

Nossa lei penal não diz o que seja conduta culposa. Tem-se, aqui, o que se denomina de tipicidade aberta (os caracteres da conduta proibida não estão perfeitamente descritos, não estão fechados). Nos crimes culposos, o legislador apenas refere serem aqueles cometidos por imprudência, negligência ou imperícia; porém a conduta em si não vem definida (o que é uma conduta imprudente?). De variiegadas e inesgotáveis formas se poderia dar uma conduta culposa informada pelo tripé em que esta se assenta. A antijuridicidade ou ilicitude somente existe desde que haja uma *inobservância do dever de cuidado objetivo* pelo autor para evitar lesão a bem jurídico alheio. Para exemplificar, no caso de estar Antonio dirigindo um automóvel em excesso velocidade e por isso vindo a produzir morte de um pedestre, o dever de cuidado não observado (e aí a afirmação da antijuridicidade, cuja atividade consiste no *fechamento* do tipo que antes estava aberto), devidamente comprovado torna o fato típico. Após isso é que se analisará possível concorrência de causa que exclua a antijuridicidade.

Culpa *stricto sensu* é a voluntária omissão do dever objetivo de cuidado de um fato previsível ao homem comum e que produz um resultado, no caso a morte da vítima ou lesões corporais. A lei diz apenas as modalidades de culpa que são imprudência, negligência e imperícia (art. 18,II, do Código Penal).

Tanto faz que a conduta do autor seja informada pela culpa inconsciente ou pela culpa consciente porque para o legislador “tanto vale não ter consciência da anormalidade da própria conduta, quanto estar consciente dela, mas confiando, sinceramente, em que o resultado lesivo não sobrevirá” (Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, nº 13).

Imprudência é a prática de fato perigoso com violação de regras de conduta ordinariamente adotadas, encerrando uma atividade (culpa *in agendo* ou *in comitendo*).

Negligência é comportamento negativo, passivo, encerrando uma inatividade pela qual o agente omite as normas de conduta ditadas pela experiência comum (culpa *in omittendo*).

Imperícia pressupõe prática de ato no exercício de um mister, com falta de observância de cuidados especiais na arte, ofício ou profis-

são, tanto haja falta de habilidade ou insuficiência profissional do autor. Pode se dar por ignorância (ausência de conhecimento de determinado objeto ou fenômeno), por erro (juízo incorreto ou equivocado acerca de um determinado fenômeno) e por inabilidade (defeito na tradução do juízo em atos).

A imperícia, na direção do veículo, só se verifica quando o condutor, tendo possibilidade de dominá-lo, não demonstra competência para fazê-lo¹⁹⁶. Em sede de acidente de trânsito, a imperícia não pode extrair-se, unicamente, da falta de habilitação legal para conduzir veículos motorizados¹⁹⁷. Aliás, é regra que a culpa deve ser efetiva e nunca presumida.

Por fim, relembra-se que “É imprescindível ter em conta que o crime de homicídio culposo exige, para a sua configuração, a *descrição de fato que revele a existência de negligência, imprudência ou imperícia*, sendo atacável pela via do *habeas corpus* a denúncia anêmica, inepta, assim considerada aquela que não descreve adequadamente a conduta cuja imputação acene como pretendida, ou deixe de indicar com precisão a participação do agente (STJ, HC 74.781/SP, 5a. Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 4.10.2007).

Relação de causalidade

É a simples relação de causa e efeito. Deverá haver uma relação causal objetiva, sem solução de continuidade, entre a conduta culposa voluntária e o resultado involuntário, para que o autor seja responsabilizado penalmente pelo homicídio culposo e lesão corporal culposa. Normalmente, a causalidade nos acidentes de trânsito é estabelecida entre a conduta do motorista que produz o choque do automóvel e os ferimentos sofridos pela vítima ou entre colisão de veículos com vítimas neles interiorizadas; porém, excepcionalmente tal coisa poderá assim não ocorrer, como na hipótese de o condutor do veículo efetuar uma manobra negligente e perigosa e, sem qualquer colisão, isso ocasionar um choque entre outros veículos ou entre estes e pessoas, mas ainda assim presente estará a relação causal objetiva.

¹⁹⁶ JUTACRIM, 76/380

¹⁹⁷ TACRIM, SP, rel. Nogueira Filho, rolo-flash 1.045/015.

Consumação

Nos crimes culposos providos de resultado material, a consumação ocorre com a produção do resultado naturalístico, morte no homicídio culposo e ofensa à integridade corporal ou à saúde do ofendido na lesão culposa, devidamente comprovados por exame de corpo de delito na forma do art. 158 do Código de Processo Penal.

A tentativa é impensável e inadmissível, posto que não há qualquer nexó entre a vontade e o resultado, mas apenas entre a vontade e a ação empreendida.

Tipo subjetivo

Culpa *stricto sensu*, informada pela imprudência, negligência ou imperícia (art. 18, II, do Código Penal), afastando-se, assim, a hipótese de o automotor ser utilizado como meio para a prática de crime doloso.

Quanto ao possível dolo eventual que poderá ser identificado na conduta do autor, anote-se que a jurisprudência vem se mostrando rigorosa reconhecendo-o em acidentes de trânsito decorrentes de “racha” ou embriaguez ao volante. Quando menos, em alguns casos, tem-se reconhecido “possível aumentar em 1/6 a pena base de condenado pelo crime do art. 302 da Lei n. 9.503/97 que agiu com grave imprudência, *beirando o dolo eventual*, ainda que seja primário e sem antecedentes” (TACrimSP, ap. 1.328.295/5, 11a. C, rel. Juiz Ricardo Dip, j. 3.2.2003),

Se o acidente decorre de culpa exclusiva da vítima, não se poderá falar de comportamento culposos do condutor do automotor. Coisa diversa será se a vítima tiver concorrido com alguma parcela de culpa, quando então não haverá qualquer exclusão de responsabilidade do autor, posto que as culpas não se compensam no direito penal.

Concurso de pessoas

Se o passageiro ao lado induzir ou instigar o motorista para empreender maior velocidade no veículo e com isso causar o resultado, aquele será co-autor do mesmo crime. Não será partícipe. Participar no ato imprudente ou negligente é participar de um ato que é penalmente

intranscendente, pelo que somente nos delitos dolosos é possível a convergência intencional. Não há possibilidade de ser partícipe num fato que não quis. Aquele que causa um resultado típico infringindo o dever de cuidado objetivo (no caso, o passageiro também estava acometido desse dever) será autor e, se mais de um o causam da mesma forma, serão co-autores. Aquele que seria visto como partícipe será punido como autor principal do ilícito culposo e, pois, ambos responderão pelo crime de homicídio ou lesão corporal cometido no trânsito.

Reconheceu-se como caracterizada a co-autoria num caso em que a pessoa, no desejo incontido de competir, estimulou o companheiro a dirigir em velocidade excessiva, ocorrendo acidente fatal¹⁹⁸ ou, ainda, no caso do agente responsável pelo veículo que o entrega a motorista inabilitado e permite a superlotação¹⁹⁹.

Caso freqüente é de acidente causado por filho inabilitado ou menor conduzindo automóvel do pai. Poderá haver co-autoria deste, mas desde que se tenha comprovada a sua cooperação na imprudência, negligência ou imperícia do condutor que ocasiona o resultado que deverá ser previsível, evidenciando-se assim a *vinculação subjetiva ou psicológica*²⁰⁰.

¹⁹⁸ Jurisprudência Brasileira - Criminal, 25/157 - Ed. Juruá.

¹⁹⁹ Superior Tribunal de Justiça, 1º.09.1998, rel. Min. Edson Vidigal, DJU 28.09.1998 (RT 764/525)

²⁰⁰ O STJ decidiu no seguinte sentido: Penal. Teoria finalista da ação. Lesões corporais. Co-autoria em crime culposo. Admissibilidade. Pai que não exerce vigilância cerrada sobre filho menor que atropela transeunte: atipicidade da conduta. Acontecimento ilícito que estava fora da esfera da previsibilidade do recorrente (Recurso Especial n. 40.180-MG, 6ª Turma, rel. Min. Adhemar Maciel, DJU 11.3.96, p. 6.667, *in* Revista do Superior Tribunal de Justiça, n. 84, agosto de 1996).

O STJ no julgamento do Recurso Especial n. 25.070-9-MT, rel. Ministro Flaquer Scartezzini, cuja ementa dispõe: “Recurso Especial - Acidente de Trânsito - Veículo dirigido por menor sem autorização do pai - morte de transeunte - co-autoria - inexistência” decidiu que “a co-autoria, tanto em crimes dolosos ou culposos, depende da existência de um nexos causal físico ou psicológico ligando os agentes do delito ao resultado. Não é admissível, por tal fato, a co-autoria em delito culposo de automóvel onde figura como autor menor inimputável. A negligência do pai, quando existente, poderá dar causa à direção perigosa atribuída ao menor, jamais à causa do evento. Recurso conhecido e improvido” (RSTJ, n. 40, julho de 1993, pp. 282-283).

Decidiu-se também que, “Em sede de homicídio culposo, é inadmissível a caracterização de co-autoria no caso do pai que entrega carro a filho sem habilitação legal e este vem a provocar acidente com consequências letais, pois inexistente adesão do agente no que diz respeito a conduta culposa, máxime se o sinistro fatal decorreu de circunstância imprevisível ao agente (TACrimSP, Ap. 657.463/4, 8a. Cam., rel. Silva Pinto, j. 9.4.1992).

Mas, essa comprovação de cooperação na causa nem sempre será fácil, exceto quando ambos estiverem no veículo (aí, raramente poderá ser negada a previsibilidade do resultado). Do contrário, deverá ser comprovada a entrega do veículo ao filho, ou pelo menos consentimento explícito ou tácito do pai em permiti-lo dirigir²⁰¹.

Ainda, na observação de Frederico Marques, “quem está na direção do carro figura, desde logo, como responsável pelo evento, se agiu culposamente. Pode, no entanto, ser causador do desastre também o dono do carro. Se este, por exemplo, sabia do mau estado dos freios e, apesar disso, deu ordem a que seu motorista saísse com o veículo, culpa haverá de ambos, na produção do evento, desde que o acidente teve por causa aquele defeito do automóvel²⁰²”.

Concurso aparente de normas

Princípio da especialidade

Como normalmente ocorre na elaboração de lei especial nele inculpando figuras penais, surge o fenômeno da especialidade. Assim, os tipos previstos no Código de Trânsito Brasileiro, de homicídio culposo e lesão corporal culposa (arts. 302 e 303), são especiais em face dos tipos gerais de idênticos crimes previstos nos arts. 121, § 3º e 129, § 6º do Có-

²⁰¹ 1) O STJ admitiu a co-autoria na seguinte decisão: Penal. Acidente de Trânsito. Crime culposo. Co-autoria. Possibilidade. Assentada orientação pretoriana no sentido de admitir o concurso de agentes no crime culposo, a exemplo do proprietário que confiou a direção do veículo ao menor inabilitado, causador do acidente (5ª Turma, rel. Min. José Dantas, DJU 29.5.95, p. 15.533).

- No mesmo sentido, “Reconhece-se a coautoria em crime culposo no caso de agente que, tendo plena consciência de que seu filho menor e portanto legalmente impedido de dirigir veículos automotores, permite que este pilote automóvel de sua propriedade, vindo este a atropelar e matar uma criança (TACrimSP, Ap. 617.609/4, 9a. Cam, rel. Nogueira Filho, j. 15.8.1990).

2) O STJ negou a co-autoria na seguinte decisão: “Não se discute da possibilidade de co-autoria em crime culposo. Impende demonstrar, porém, a existência de um vínculo material ou psicológico que envolva a conduta de um e outro, sob pena de incorrer-se na repudiada responsabilidade objetiva. Tal vínculo não se reconhece no fato do filho, sem o consentimento do pai, retirar as chaves do carro deste e vir a provocar sério acidente, com ferimentos e morte. Recurso conhecido e provido” (REsp. 85.947/MG, 6ª Turma, rel. min. Anselmo Santiago, j. 30.3.98, v.u., DJU 4.5.98, p. 213)

²⁰² Marques, José Frederico. Tratado de Direito Penal, Ed. Saraiva, 1961, vol. 4, p. 255

digo Penal. É elemento especializante a situação ou condição de fato em que se encontra o agente: “na direção de veículo automotor”. Dessa forma, não será difícil, através de comparação abstrata, concluir que deixará de ser crime de trânsito o caso em que o condutor saindo do veículo para fazer algo, o estaciona mal e por isso se desgoverna rua abaixo colhendo um transeunte que vem sofrer lesões ou morte.

Princípio da consunção

Há profunda controvérsia, doutrinária e jurisprudencial, sobre a aplicação do princípio da consunção ou concurso de crimes nas diversas hipóteses de crimes de trânsito. *Teoricamente, os crimes culposos de homicídio e lesão corporal de trânsito, por serem de dano, absorvem todos os crimes de perigo contra a incolumidade pública previstos na lei*²⁰³, vale dizer, na ocasião dos homicídio ou lesão corporal culposos (crimes de dano) o seu autor estiver dirigindo, ou embriagado (art. 306)²⁰⁴, ou participando de “racha” (art. 308), ou sem habilitação legal (art.309)²⁰⁵, observando-se que neste

²⁰³ Obviamente, não configurado o crime consuntivo (ou, se configurado, não estiver preenchida alguma condição de procedibilidade para a sua persecução penal), nada impedirá a punição do crime consumido. Logicamente, não existindo o crime absorvente, não se poderá falar em crime absorvido. Poderá acontecer, por exemplo, que uma pessoa, dirigindo sem habilitação legal (crime de perigo, de ação penal pública incondicionada), cometa crime de lesão corporal culposa (crime de dano, de ação penal pública condicionada à representação), mas a vítima deixe de oferecer essa delatio criminis postulatória ou, a tendo oferecido se retrate. Impunível o crime de dano, subsistirá punível o crime de perigo.

²⁰⁴ No código penal espanhol de 1995, o art. 383 determina que cuando con los actos sancionados em los artículos 379 (dirigir veículo automotor ou ciclomotor sob influência de drogas tóxicas ou de bebidas alcoólicas), 381 y 382 se ocasionara, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces y Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, condenando en todo caso al resarcimiento de la responsabilidad civil que se haya originado.

O STJ, 5ª Turma, no REsp 629087 / MG, relator Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 7/4/2005, publicação em 09/05/2005, p. 462, julgou que “No presente caso, o crime previsto no art. 302 da Lei 9.503/97, hipótese de homicídio culposo, absorve o crime de embriaguez ao volante previsto no art. 306 do CTB, tendo em vista o princípio da consunção”.

Discorda-se, assim, de julgado decidindo pela: “Impossibilidade de absorção do crime de embriaguez pelo de homicídio, pois aquele delito, de perigo abstrato, já estava consumado quando do acidente (TJSP, Ap. 830821.3/5, 5a. Cam. rel. Des. Pinheiro Franco, 30.3.2006, RT 852/558).

²⁰⁵ O Supremo Tribunal Federal, reconhecendo expressamente a consunção do crime de dirigir sem habilitação (de menor gravidade) pelo crime de lesões corporais (de maior gravidade), tendo

caso, haverá aumento de pena na forma do art. 302, § único, I), ou tiver entregue veículo a pessoa que não podia dirigir (art. 310) ou se estiver trafegando em velocidade incompatível perto de hospitais, escolas etc. (art. 311), só responderá por aqueles crimes de dano.

Pelo princípio da consunção, esses crimes contra a incolumidade pública restam absorvidos pelo crime de dano porque o tipo absorvente descreve conduta que *pode* ser realizada sob as formas de condutas descritas pelo tipo penal absorvido, embora não tenham rigorosa identidade de natureza. Ocorre que nesses casos de conduta de perigo, há violação do dever objetivo de cuidado no trânsito, violação essa que, por seu turno, é o injusto que fundamenta a culpa *stricto sensu* da conduta de dano finalmente realizada. *Esta inclui em si o desvalor delitivo da primeira, numa íntima relação entre as figuras concorrentes em virtude da tutela ao mesmo bem jurídico ou a bens de natureza similar.*

Dá-se o fenômeno da lesão jurídica progressiva: abstratamente pune-se o comportamento de perigo para a coletividade (contra a incolumidade pública) e concretamente pune-se o comportamento de dano para um ou mais indivíduos (contra a incolumidade individual). Não há, propriamente, objetividade jurídica “diversa”, mas, sim uma proteção ou tutela linear dos bens jurídicos, feita de maneira gradual: protegendo os interesses de todas as pessoas na generalidade, obviamente também se estará protegendo os interesses individuais. O crime de perigo é abstratamente punido exatamente para coibir o crime de dano; ocorrendo este, absorverá aquele.

Leciona Eduardo Correia que, “*devem, em atenção ao princípio da consunção, excluir-se as disposições que punem o pôr-se em perigo lesão de bens jurídicos por aquelas que punem a sua lesão efetiva*”²⁰⁶. Argumentar-se-ia que alguns comportamentos perigosos não estão necessariamente contidos no tipos de dano de homicídio ou lesão corporal culposos (p.ex.,

havido renúncia pela vítima em representar contra o autor das lesões corporais culposas, entendeu configurar constrangimento ilegal a continuidade de persecução penal instaurada contra o agente pelo crime menos grave (dirigir sem habilitação legal). Decisão de 28.11.2000, 1ª Turma, rel. Min. Ilmar Galvão (RT 789/538)

²⁰⁶ Correia, Eduardo. Direito Criminal, Livraria Almedina, Coimbra, 1976, vol. II/ 206

falta de habilitação para dirigir, embriaguez ao volante etc. e, portanto, haveria concurso formal ou material de infrações). Porém, não é necessário ocorrer que a conduta ou fato consumido esteja compreendido no tipo consuntivo ou consumidor (como o porte ilegal da arma não está contido no crime de homicídio que com ela é praticado). Necessário é extrair-se do tipo consuntivo a *vontade legislativa* em castigar o ato aí descrito e todos aqueles outros atos que normalmente o acompanham, atos estes cujo caráter delitivo autônomo já é previsto pelo legislador em outros tipos, mas incluído no castigo que se insere no tipo consuntivo. Como afirmado por Mezger, “a lei, que encerra em si o desvalor delitivo de outra lei, exclui esta não por decisão lógica e, sim, por *razões valorativas*”²⁰⁷.

No entanto, os crimes autônomos de perigo consistentes em dirigir sob estado de embriaguez e dirigir participando de “racha”, que em regra restariam absorvidos pelo crime de dano, foram especialmente erigidos à categoria de qualificadoras no crime de homicídio culposo (art. 302, § 2º), mas sem elevar quantitativamente o tempo de pena privativa de liberdade.

Concurso de crimes

Na hipótese de pluralidade de resultados (mortes e/ou lesões corporais de duas ou mais pessoas), haverá *concurso formal*, na forma do art. 70 do Código Penal. Guarda atualidade a afirmativa que “não é excluído o concurso formal de crimes culposos, uma vez que não se exige, para o seu reconhecimento, a unidade de intenção” (Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, nº 27). Sendo dois ou mais crimes idênticos, p. ex., lesões corporais, haverá concurso formal homogêneo; se crimes diversos, p. ex., homicídio e lesões corporais, o concurso formal será heterogêneo.

O caso será de concurso formal, e não crime continuado, se o condutor do veículo automotor dirigindo em velocidade excessiva atropela um pedestre e na imediata seqüência atropela outros, ou colide contra um automóvel e em seguida contra outros causando ferimentos nos seus ocupantes, posto que tudo dentro de um só contexto fático.

²⁰⁷ Mezger, Edmund. ob. cit., p. 346

Se o autor do crime culposo de homicídio ou lesão corporal deixar de socorrer a vítima (art. 304, primeira figura), rigorosamente *haveria* concurso material de infrações, porque não há unidade, e sim diversidade de condutas. Porém, por opção do legislador, seguindo orientação do código penal (art. 121, § 4º), haverá aí *crime único* incidindo aumento de pena (302, § 1º, III²⁰⁸).

O Superior Tribunal de Justiça já julgou que “Extinta a punibilidade do crime de lesão corporal culposa na direção de veículo, por ausência de representação por parte da vítima, configura constrangimento ilegal o prosseguimento da ação com relação ao crime de omissão de socorro, uma vez que, pelo princípio da consunção, encontra-se absorvido pela conduta delitiva de maior gravidade”²⁰⁹.

No entanto, se esse mesmo autor, não podendo prestar socorro, “deixar de solicitar auxílio da autoridade pública” (art. 304, segunda figura), ou afastar-se do local do acidente para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída (art. 306), ou ainda cometer inovação artificiosa (art. 312) será identificado o *concurso material* de crimes porque duas condutas completamente independentes, autônomas, sem qualquer conexão jurídica entre elas.

Se o condutor do automotor não for legalmente habilitado ou permissionado, embora fosse o caso de concurso formal de infrações com o delito de perigo do art. 309, tal restará afastado. Primeiro, porque este restará absorvido pelo crime de dano e, depois, porque tal fato constitui numa *causa especial de aumento de pena* (302, § 1º, I). Aliás, este aspecto é perquirido por Fernando Velásquez: “Uma situação interessante se apresenta nos tipos complementados, sejam agravados ou atenuados, quando o agente com uma conduta única realiza o tipo de maneira plural. Cabe perguntar: Realiza-se neste caso uma só conduta duplamente típica? Em princípio a resposta deve ser afirmativa, sem embargo quando se observa que o tipo penal se fundamenta nos elementos configuradores da descrição típica básica à qual se acrescentam novos complementos, se percebe,

²⁰⁸ “A conduta praticada efetivamente se amolda ao delito tipificado no art. 303, do Código de Trânsito Brasileiro, e, por conseguinte aplica-se a majorante prevista no parágrafo único do mesmo, não havendo que se falar em concurso material com o delito de omissão de socorro estabelecido no art. 304, daquele Codex”(Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, 2ª Câmara Criminal, Apelação n. 2012.018688-8/0000-00, julgamento em 23 de julho de 2012, Relator Des. Carlos Eduardo Contar)

²⁰⁹ STJ, HC 13561/MG, julgamento em 21/11/2000, rel. Ministro Edson Vidigal

então, que não se estão realizando dois tipos penais distintos e, sim, o mesmo tipo complementado porém de maneira plural. Não há, pois, um concurso ideal, e sim um evento normal de tipicidade única ainda que plural no que se refere aos complementos”²¹⁰.

Homicídio culposo qualificado

A maior ou menor gravidade objetiva do delito pode ser reconhecida não somente em função de sua natureza, mas em razão, principalmente, dos meios, modos ou formas de sua execução e, ainda, em virtude de particular situação ou condição do autor do delito. A perpetração de homicídio culposo quando o motorista se encontra em estado de embriaguez ou dirige com espírito emulativo, assume contornos de maior gravidade porque há retumbante infração às elementares normas de circulação. Nessas hipóteses não há culpa simples ou negligência ordinária, mas uma especialíssima violação do dever objetivo de cuidado - elemento fundamentador da punição do crime culposo -, circunstância que, por elevação de intensidade, a transmuda em culpa temerária, por cuja conduta designamos de crime hiperculposo.

O tipo qualificado de homicídio culposo, por sua descrição, nos remete automaticamente aos elementos definidores dos crimes de embriaguez ao volante (art. 306) e de racha (art. 308), com duas pequenas observações:

- enquanto o crime de racha somente pode se dar em “via pública”, para incidência da qualificadora basta o homicídio culposo ocorrer em “via” que, por falta de adjetivação, induz à interpretação pela abrangência também em via privada, como seria numa estrada particular rural;

- enquanto o crime de racha se dá por “corrida, disputa ou competição automobilística”, a qualificadora do homicídio culposo lhes acresce “*exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor*”, não autorizada pela autoridade competente, incidindo em casos de exibicionismo com acrobacias, empinamento de motocicleta, derrapagem proposital ou chamado “cavalo-de-pau” etc.

²¹⁰ Velásquez, Fernando Velásquez. Derecho Penal, P.General, Ed.Temis, Bogotá, 1997, p. 661

A pena privativa de liberdade, nos seus extremos mínimo e máximo, é igual tanto no tipo básico como no tipo qualificado, de dois a quatro anos, com diferença apenas quanto à sua modalidade: detenção no homicídio culposo simples e *reclusão* no homicídio culposo qualificado, que em realidade não opera mudança substancial por conta do regime progressivo de cumprimento da pena, inicial aberto no primeiro e fechado no segundo. Ainda que a pena de reclusão seja mais rigorosa, a ser cumprida em estabelecimento penal de segurança máxima ou média, e a pena de detenção em estabelecimento de segurança mínima, ou em colônia agrícola, industrial ou similar (art. 33, Código Penal), essa *diferença qualitativa* não tem relação com a natureza da pena, mas tão somente com o regime de cumprimento de qualquer delas.

Têm-se assim qualificadoras que, à guisa de pretender punir mais severamente o condutor ébrio ou com espírito emulativo, impõe adicionalmente somente insignificantes diferenças quanto às modalidades de privação de liberdade, olvidando o legislador razões de proporcionalidade as quais determinam que à maior gravidade do delito tipicamente descrito no preceito incriminador, coerentemente e por similitude deva seguir a *elevação quantitativa* - e não qualitativa - da pena corporal descrita no preceito sancionador.

Contudo, se lhe faltou habilidade técnica na elaboração do tipo qualificado, o legislador - embora inconsciente e de forma parcial - foi preciso quanto a eliminar antiga controvérsia acerca de concurso de crimes, por questionar se a conduta do motorista ou inabilitado (art. 309), ou embriagado (art. 306), ou cometendo racha (art. 308), que assim causa homicídio culposo (art. 302), estaria adequada nesses tipos em concurso material, formal ou continuidade delitiva. Fazendo abstração de discussões fáticas acerca da necessidade, conveniência ou oportunidade social de maior ou menor rigor punitivo nos delitos de trânsito, e centrando em aspectos unicamente jurídicos e conforme critérios científicos do direito penal, sempre tivemos modestamente compreendido que, nessas hipóteses, é inadmissível o concurso de crimes. Em síntese do quanto longamente escrito poucas linhas atrás na análise do tipo básico de homicídio culposo - no subtópico "concurso aparente de normas"-, antes de perquirir o concurso de crimes, é imprescindível verificar se em realidade os fatos se ajustam em diversos tipos penais. O concurso aparente de normas e formas de sua resolução, é

o ponto inicial para tanto, e aí pode ser apreendido que os crimes culposos de homicídio e lesão corporal de trânsito, por serem de dano, sempre absorverão todos os crimes de perigo contra a incolumidade pública previstos na lei, dentre eles os das figuras penais mencionadas. A conduta de perigo nesses casos é a violação do dever objetivo de cuidado que é o injusto que fundamenta a culpa *stricto sensu* da conduta de dano finalmente realizada.

Interessantemente, a mesma qualificadora não foi estendida para o crime de lesões corporais culposas.

Ação penal

a) homicídio culposo. A ação penal será pública incondicionada, de competência do Juízo Criminal Comum.

Não admite o *sursis* processual porque a pena mínima detentiva é de dois anos.

Porém, há tese pela possibilidade da suspensão condicional do processo, desde que presente o *arrepentimento posterior*. Nesse sentido Waléria Garcelan Loma Garcia²¹¹: “forçoso concluir que presente o instituto do arrependimento posterior, previsto no art. 16 do Código Penal, causa de diminuição de pena de um terço a dois terços, é possível a aplicação da suspensão condicional do processo nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/1995, posto que considerada a diminuição máxima (2/3), a pena mínima passa a ser inferior a um ano (oito meses), o que viabiliza a proposta de transação processual”.

b) lesão corporal culposa. A ação penal é pública condicionada à *representação* da vítima ou de quem legalmente a represente (art. 88 da Lei n. 9.099/1995).

1. Tratando-se de lesão corporal culposa *sem causa de aumento de pena* (art. 303, *caput*), a competência é do Juízo Especial Criminal.

2. Tratando-se de lesão corporal culposa *com causa de aumento de pena* (art. 303, *parágrafo único*), a competência é do Juízo Criminal comum em razão da pena máxima cominada.

²¹¹ Garcia, Waléria Garcelan Loma. Código de Trânsito Brasileiro: o crime de homicídio culposo e a possibilidade da suspensão condicional do processo, *in* Boletim IBCCrim, n. 63, fevereiro/1998, p. 4

Determina o Código de Trânsito Brasileiro no art. 291, § único, que se aplique o art. 88 da Lei n. 9.099/1995, vale dizer, haverá necessidade de representação do ofendido, sem maior rigor formal²¹², cuja manifestação de vontade pode ser oferecida por advogado constituído pela vítima, ainda que não tenha poderes especiais²¹³, para que o inquérito policial seja instaurado e a ação penal seja desencadeada pelo Ministério Público, sob pena de nulidade do processo (art. 664, III, a, do Código de Processo Penal). A representação não será exigida em caso de lesão corporal se o motorista estiver sob estado de embriaguez, participando de *racha* ou em velocidade extraordinária.

A representação poderá ser dirigida ao Delegado de Polícia, ao Ministério Público ou ao Juiz (art. 39, *caput*, CPP), dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime. Ocorrendo de a vítima ficar na ocasião do fato, desde logo incapacitada para formulá-la, por exemplo, perder a consciência e sem nenhuma condição de identificação do autor, o prazo somente se iniciará assim que recobrar a capacidade e souber quem é o autor do crime. Se eventualmente o ofendido ficar sabendo quem foi o autor do crime (e aí já iniciando o prazo decadencial), mas depois entrar em estado de inconsciência, o caso será de nomeação de um curador especial para oferecer a representação, aplicando-se, analogicamente, o art. 39, § 1º, do Código de Processo Penal.

Posto que a ação penal é pública condicionada à representação, desse direito admite-se renúncia tácita (art. 74, § ún. da Lei 9.099/1995) ou mesmo expressa da vítima²¹⁴.

Segundo a jurisprudência, o oferecimento de denúncia por crime de lesão corporal culposa sem a prévia observância da audiência prelimi-

²¹² O Superior Tribunal de Justiça, em caso de lesão corporal culposa de trânsito, decidiu que é suficiente a manifestação da vítima, perante a autoridade policial, para efeitos de apuração e responsabilização penal do acusado, dispensando a representação todo e qualquer formalismo protocolar e que pode operar-se satisfatoriamente pelo simples registro da ocorrência perante a autoridade policial (R.O. em HC 10.872-SC, 5ª Turma, j. 15.03.2001, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, RT 795/545)

²¹³ RT 796/563-4

²¹⁴ Nesse sentido, RT 797/614

nar prevista no art. 74 da Lei n. 9.099/1995 (composição dos danos civis), importa em constrangimento ilegal²¹⁵

Admite o *sursis* processual.

Causas de aumento de pena (§ 1º do art. 302 e parágrafo único do art. 303)

A pena será aumentada de *um terço até metade* nas hipóteses do agente:

I. não possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação.

Se o sujeito, quando da prática desses crimes culposos não possuía nem permissão e nem habilitação legal para dirigir (e não *documentos* como a “carteira” de permissão ou habilitação), esse fato que seria autônomo (art. 309) passa a se constituir apenas como causa especial de aumento de pena nos crimes em análise²¹⁶. Haveria, na verdade, concurso entre ambos delitos, mas que restará afastado diante da previsão legal específica. E, claro, *ne bis in idem*, não poderá incidir, além do aumento de pena, a agravante genérica dos crimes de trânsito do inc. III do art. 298 (sem possuir permissão para dirigir ou carteira nacional de habilitação).

O Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua 13ª. Câmara de Direito Criminal, em julgamento de 27 de junho de 2013, rel. Des. Renê Ricupero²¹⁷, entendeu que “... o fato de contar com Carteira de Habilitação vencida, não implica na majoração prevista no parágrafo único, inciso I, do art. 302 da Lei nº 9.503/97, mas agrava o grau de censurabilidade da conduta. Isto porque a obrigação de renovar a habilitação antes de seu vencimento não se faz por acaso, gratuitamente, mas pela necessidade de aferir a aptidão física e mental do condutor ao fim do período temporal de validade da licença. O pressuposto lógico da exigência é a possibilidade de alteração da condição física ou mental do condutor, que o torne incapacitado ou parcialmente limitado à direção de veículo automotor, com o passar dos anos”.

²¹⁵ RT 784/619

²¹⁶ Oswaldo Henrique Duek Marques, entende que “essa causa especial de aumento de pena não guarda nenhuma relação de causa e efeito com a conduta culposa. Na hipótese, a incidência de tal majorante conduz à responsabilidade penal objetiva, por presumir ter o agente agido com maior grau de culpa em face da falta de habilitação legal” (Crimes culposos no novo Código de Trânsito”, artigo inserto na Revista da Associação Paulista do Ministério Público, n. 14, jan. 1998, p.24)

²¹⁷ apelação n. 0014085-45.2008.8.26.0152

II. praticá-lo em faixa de pedestres ou na calçada.

Os pedestres devem sempre andar nas faixas que a eles se destinam, devidamente sinalizadas, demarcadas e pintadas no leito da via (arts. 69 e 85). As calçadas são utilizadas por pedestres, mas excepcionalmente por veículos para adentrar ou sair de imóveis ou áreas especiais de estacionamento (art. 29, V).

Faixas de pedestres ou calçadas, são lugares onde as pessoas pensam circular com maior segurança e que deve ser observada pelo condutor do veículo o qual, aliás, ao aproximar-se de qualquer cruzamento, com prudência e velocidade moderada de forma a ser detido com segurança, devem dar passagem a pedestre e a veículos que tenham o direito de preferência (art. 44).

Esta causa de aumento de pena parece incidir, na forma descritiva empregada pelo legislador, somente quando o veículo atropelar o pedestre que estiver andando na sua faixa própria ou na calçada.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que *“A causa de aumento prevista no art. 302, parágrafo único, inciso II, do Código de Trânsito Brasileiro só pode ser aplicada se o homicídio culposo ocorreu na faixa de pedestres ou na calçada, pouco importando, para sua incidência, que tenha ocorrido a poucos metros dela, uma vez que o Direito Penal não admite interpretação extensiva em prejuízo do réu”* (HC n. 164.467-AC, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 18/5/2010).

Não nos parece refugir ao intuito e espírito da lei a hipótese em que o comportamento negligente do motorista desde logo propiciar que o pedestre saia da faixa própria ou da calçada e fora dela seja colhido. Exemplificando: o motorista ziguezagueia o veículo desenvolvendo excessiva velocidade na via pública; o pedestre que está transitando na calçada ou faixa que lhe é destinada, ao perceber o perigo iminente de ser atingido, corre para um ponto qualquer da rua onde é atropelado. Aí, entende-se incidir o aumento legal, porque o fundamento de agravamento da pena é exatamente a inobservância do maior cuidado na movimentação das pessoas naqueles pontos que lhe são destinados. Há uma maior violação atentatória contra a segurança no trânsito. Não incidirá o aumento, contudo, se houver colisão entre veículos e um pedestre, que estiver num ponto qualquer da rua, for arremessado para a faixa de pedestres ou calçada.

III. deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente.

Aparentemente, esta causa especial de aumento de pena seria o mesmo da omissão de socorro inculpada como crime na lei (art. 304). Todavia, o aumento ocorrerá *para o motorista que for o autor (ou “culpado”) do homicídio ou lesão culposa* (símile ao aumento de pena previsto no § 4º do art. 121 e § 7º do art. 129, ambos do Código Penal). Assim, o autor de qualquer desses crimes que omitir o socorro possível, responderá pelo crime agravado²¹⁸.

É fundamental que o condutor tenha conhecimento da situação periclitante em que se encontra a vítima porque “se o motorista ignora ter causado o acidente e seu conseqüente resultado danoso e a vítima é socorrida por terceiro, descaracterizado está o crime de omissão de socorro²¹⁹”.

Interessantemente, não constitui circunstância agravante o fato de, não podendo prestar socorro imediato à vítima, “deixar de solicitar auxílio da autoridade pública”. E também não é causa de aumento de pena a fuga do agente para evitar a prisão em flagrante delito.

O crime de omissão de socorro no trânsito, como fato autônomo (art. 304) poderá ser praticado por *qualquer condutor de qualquer veículo (automotor, por interpretação extensiva)*, enquanto que neste caso, de aumento de pena, cuida-se do condutor que for o causador do acidente, como melhor será detalhado na análise daquele delito.

Algumas ponderações são cabíveis quanto às formas de responsabilização do agente causador do acidente que omite socorro à vítima. No sistema penal brasileiro, na hipótese de o atropelador imprudente deixar de prestar imediato socorro à vítima, o caso vinha e continua agora sendo tratado, ainda que agravado, como crime culposo, com parcial sistematização diferenciada, ora introduzida pelo Código de Trânsito Brasileiro. Porém, considerando que o comportamento anterior do condutor do veículo (dire-

²¹⁸ “A conduta praticada efetivamente se amolda ao delito tipificado no art. 303, do Código de Trânsito Brasileiro, e, por conseguinte aplica-se a majorante prevista no parágrafo único do mesmo, não havendo que se falar em concurso material com o delito de omissão de socorro estabelecido no art. 304, daquele Codex” (Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, 2ª Câmara Criminal, Apelação n. 2012.018688-8/0000-00, julgamento em 23 de julho de 2012, Relator Des. Carlos Eduardo Contar)

²¹⁹ TJSP, ap. 189.709-3/7, 3ª Câmara, j. em 24.02.1997, rel. Des. Pereira da Silva, RT 740/578

ção imprudente) criou o risco da ocorrência do resultado (lesões corporais ou morte), havendo omissão dolosa à vítima periclitante, normativamente o resultado lhe poderia ser atribuído a título de dolo, nos termos do artigo 13, § 2º, alínea “c” do Código Penal. De forma desarmônica, pune-se por homicídio culposo com pena aumentada, no caso de o autor do fato omitir imediato socorro à vítima periclitante (art. 121, § 4º, do Código Penal e art. 302, § 1º, III, do Código de Trânsito Brasileiro). Reconheça-se a infundável discussão doutrinária, sobretudo a séria objeção de alguns argumentando que somente há a posição de garante quando a omissão em si mesma implica a criação do risco, que não ocorreria no caso em que a vítima tenha sofrido a ação imprudente do omitente, porque não seria a omissão subsequente que criaria o perigo, mas sim o acidente anterior.

Analizando os problemas particulares da imprudência, ensina Gunther Jakobs que *“La imprudencia por lo emprendido existe sólo cuando el autor ya en el instante anterior es garante de la calidad de un comportamiento posterior (existe, pues, un paralelismo con los supuestos denominados según la terminología usual como de omisión mediante comisión)”*²²⁰.

Todavia, forte no argumento que também o crime comissivo impróprio pode ser atribuído ao agente também a título de culpa²²¹, o sistema penal brasileiro continua adotando a orientação de que nos crimes em que há dois atos, *já na realização do primeiro o dolo deve também dominar e se orientar para a execução do segundo*. Dessa forma, não quisera optar, embora legalmente pudesse fazê-lo, pela forma mais rigorosa de punição dos graves casos de acidentes de trânsito em que a morte da vítima não é evitada exatamente pela omissão do seu autor.

Nesta causa de aumento de pena, diversamente da tipificação do crime de omissão de socorro (art. 304), o legislador excepcionou “quando possível fazê-lo sem risco pessoal” à vítima do acidente. Evidente não poder incidir o aumento de pena se o agente omitente, embora tendo o dever jurídico da assistência, corre risco de sua vida ou de sua integridade física,

²²⁰ Jakobs, Günther, Derecho Penal, Parte General, Marcial Pons, Ed. Juridicas, S.A., Madrid, 1995, p. 389

²²¹ Nesse sentido, JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S. A., 1981, p. 868.

como em muitas oportunidades reconheceu a jurisprudência, posto não se poder a ele impor a prática de atos santificantes ou heróicos. Ademais, estará ausente a vontade livre e consciente de abster-se da atividade exigida.

Também não será caso de incidência de aumento de pena se o autor, após o acidente, não estiver em condições psicológicas de prestação do auxílio, como não raras vezes acontece ficar o condutor desorientado, atarrantado, atordoado, enfim perturbado que o impede de socorrer a vítima; não haverá culpabilidade, posto dele inexigível conduta diversa. Aliás, se o fizesse nessas condições inadequadas, comprometeria mais gravemente a segurança própria, da vítima e de terceiros.

Por fim, já se julgou que “Restando constatada, *de plano*, sem dificuldades, a morte instantânea da vítima de acidente de circulação, que sofreu traumatismo cranioencefálico, com espalhamento de massa encefálica, não se impõe ao condutor de veículo automotor, causador do imprevisto, o aumento de pena por omissão de socorro, tipificado pelo art. 302, parágrafo único, inciso III, do CTB, porque a assistência seria absolutamente inócua, frente à irreversibilidade do óbito”²²².

IV. no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros.

Os veículos destinados ao transporte de passageiros, notadamente escolares²²³, estão sujeitos a exigências técnicas suplementares para o trânsito (arts. 107, 109 e 136).

Maior cuidado é exigido do condutor nessa situação, mesmo porque é sua profissão ou atividade. Não é ele eventual motorista e, sim, motorista que cotidianamente transporta passageiros. O aumento de pena está vinculado ao *exercício* da profissão ou atividade. Não incidirá se for um motorista comum que eventualmente esteja transportando passageiros.

Assim, decidiu-se que:

“Pratica o crime de homicídio culposo o motorista que, agindo com imprudência e imperícia, em via de intenso movimento e sem to-

²²² TJGO, Seção Criminal, EI n. 140620-90.2010.8.09.0000-GO, j. 2/6/2010, rel. Des. Luiz Cláudio Veiga Braga.

²²³ TACrimSP, ApCrim 1.369.851/5, 12a. CCrim, rel. Barbosa de Almeida, j. 19.4.2004

mar as devidas cautelas, atropela vítima levando-a à morte, devendo, em razão das circunstâncias que ocorreram o crime, ser aplicadas as causas de aumento de pena previstas nos incs. II, III e IV do par. único do art. 302 da Lei 9.503/97, uma vez que o acidente ocorreu na faixa de pedestre, o veículo se destinava ao transporte de passageiros e o réu estava no exercício de sua profissão, além de deixar o local sem prestar socorro à vítima (TJSP, Ap. 1429035/2-00, 11a. Câmara Criminal A, rel. Des. Alexandre C.S. Almeida, j. 24.6.2005, RT 842/545).

Equivocadamente – nos parece – o Superior Tribunal de Justiça, referindo ao precedente do REsp 1358214/RS, Rel. Ministro Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Quinta Turma, julgado em 09/04/2013, DJe 15/04/2013), decidiu que “A majorante do art. 302, parágrafo único, inciso IV, do Código de Trânsito Brasileiro, exige que se trate de motorista profissional, que esteja no exercício de seu mister e conduzindo veículo de transporte de passageiros, mas *não refere à necessidade de estar transportando clientes no momento da colisão* e não distingue entre veículos de grande ou pequeno porte” (6ª. Turma, julgamento do AgRg no Recurso Especial n. 1.255.562 - RS (2011/0112683-7), relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgamento de 4/2/2014, DJe de 17/3/2014).

Temos que a objetividade jurídica desta causa especial de aumento de pena é a proteção da incolumidade física do passageiro ou dos passageiros que estejam sendo transportados no veículo por ocasião da perpetração do crime, condição ou circunstância essa que deve necessariamente se conectar à profissão ou atividade do condutor desse veículo. Assim deve ser teleologicamente interpretada a norma que não faz previsão de aumento de pena quando o profissional estiver conduzindo veículo de transporte de carga. De outro modo, não haveria como diferenciar da disposição do art. 298, V, o qual prevê agravamento de penalidade em *qualquer crime de trânsito* cometido quando o condutor, em razão de sua profissão ou atividade, dele se exigir cuidados especiais com o *transporte de passageiros* ou de carga.

Por idênticas razões, incidirá a causa de aumento de pena se o transporte de passageiros for feito em veículo de carga ou misto, tenha ou não, autorização para tanto (art. 108, do Código de Trânsito Brasileiro),

ainda que o condutor não esteja no exercício da profissão de motorista, mas que o faça em razão daquela atividade.

“A majorante prevista no inciso III, parágrafo único, do art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro, não pode ser afastada, em caso de morte instantânea das vítimas, visto o objetivo do legislador ser a punição do condutor que trata a vítima com indiferença (TJRS, Ap Crim. 70012414629, 1a. CCrim., rel. Des. Manuel José Martinez Lucas, j. 24.5.2006).

Por outro lado, já se reconheceu inviável o aumento de pena no caso de transporte por ambulância, sob entendimento que “Ambulância não se ajusta ao conceito de veículo de transporte de passageiros, pois visa prestar, proeminentemente, um serviço de socorro, de assistência. A atividade fim do serviço prestado por intermédio de ambulância não é de transporte, na verdadeira acepção da palavra, mas de socorro. Ainda que se possa pensar na especial obrigação de cautela com que se deve portar o motorista de ambulância, ao transportar doentes ou feridos, maior, talvez, do que a do motorista que transporta passageiros, pessoas sãs, não é possível ampliar o alcance da lei em prejuízo do acusado (TJRS, ApCrim 70016723736, 1a. CCrim, rel. Des. Ranolfo Vieira, j. 11.10.2006).

Permita-nos objeção a esse julgado, posto considerarmos, conforme algumas linhas antes, que a objetividade jurídica é a proteção da incolumidade física das pessoas aliada à condição especial do condutor. Se ambulância finalisticamente não transporta cargas ou produtos, não se pode negar que as pessoas nela transportadas, nesse caso, assumem a condição de *passageiros especiais*, sejam feridos, doentes, deficientes, obesos e gestantes, em situação de socorro ou de assistência. São pessoas que *a fortiori* devem ser compreendidas como *passageiros*, até porque não são médicos, enfermeiros ou outros paramédicos auxiliares e nem motoristas da ambulância. Parece-nos que esse é o alcance do significado no texto legal. E mesmo que assim não fosse, seria perfeitamente possível a ampliação do conceito de passageiro, sem quebra do princípio da reserva legal e sem causar nenhum prejuízo para o acusado, ou seja, dar interpretação extensiva à norma incriminadora, porque hermeneuticamente essa é a “mens legis” em detrimento da “mens legislatoris”.

Por fim, na análise da prescrição com pertinência às causas de aumento de pena, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que “a pena máxi-

ma cominada ao crime do art. 303, parágrafo único, da Lei nº 9.503/97, considerada a causa de aumento, é de 3 (três) anos. Destarte, se entre o termo inicial do prazo prescricional e cada uma das causas interruptivas não se observou o lapso de 8 (oito) anos, não ocorreu a prescrição da pena punitiva, *ex vi* art. 109, inciso IV, do CP²²⁴.

Lesão corporal culposa levíssima e o princípio da insignificância

De minimis non curat praetor. A máxima jurídica serve para expressar que um magistrado deve desprezar casos insignificantes para cuidar das questões mais importantes. A tipicidade material adquire relevância em face dos denominados crimes de bagatela, porquanto o tipo, nessa concepção, não é neutro, estabelecendo um juízo valorativo formulado pelo legislador penal mediante escolha, entre os vários comportamentos proibidos, aqueles que lesam ou põem em perigo de lesão os bens jurídicos mais relevantes.

Ocorre com não rara frequência algumas condutas coincidirem com os tipos, nestes se ajustarem formalmente, mas que na verdade não apresentam a menor ou pouquíssima relevância material. Os distritos policiais e as prateleiras da justiça criminal estão recheados de casos de “lesões corporais culposas” nos quais a vítima sofre pequeno corte, escoriação, arranhão, equimose, limitação efêmera de movimentos e até mesmo espasmo muscular e dor fugaz²²⁵; enfim, seja a designação que se dê, ferimento consistente em pequeno dano anatômico, levíssimo (não confundir com a culpa levíssima, referente ao elemento subjetivo da infração, que pode igualmente descaracterizar o crime por razões de política criminal e de justiça, pela ausência de reprovação da conduta ordinária²²⁶ (v. Cap. IV, item 5).

²²⁴ STJ, HC 61371/BA, rel. Min. Felix Fischer, julgamento em 5 de dezembro de 2006

²²⁵ “Pequenas contusões que não deixam vestígios externos no corpo da vítima, decorrentes de acidentes automobilísticos, provocando apenas dor momentânea, não possuem dignidade penal, permanecendo aquém do indispensável para justificar uma sanção criminal” (TACrim,RS,3ª Câmara, 4.5.93, rel. Vladimir Giacomuzzi, RT 708/357)

²²⁶ Notícia o Delegado de Polícia Carlos Alberto Marchi de Queiroz que “os Delegados de Polícia paulistas, há muito tempo, vêm aplicando, nos pretórios policiais civis, enquanto “juizes de primeira instância, no saboroso dizer do inesquecível cronista Rubem Braga, aquilo que, na Alemanha, a partir de 1984, convencionou-se chamar de “princípio da insignificância” (A autoridade policial e o princípio da insignificância, in RT 710/390)

Lesões corporais são apenas aquelas que causam prejuízos consideráveis ao bem-estar corporal; não há lesão corporal em pequenos danos, ou de pequena relevância, à integridade corporal; em tais casos, sobre serem de quase nenhum significado lesivo, tem inteira aplicação o princípio da insignificância²²⁷, excluindo-se de antemão a tipicidade formal. Realisticamente, o bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico, nem chegou a ser agravado e, por conseqüência, ausente aí o injusto que é a essência da conduta punível. Não nos parece acertada, por extremamente rigorosa, a minoritária posição jurisprudencial afastando a incidência desse princípio que, sobre ser aplicável em diversos delitos dolosos ou culposos, por óbvias razões tem maior cabimento nestes últimos.

Antes de excluir a antijuridicidade da conduta, o princípio da insignificância exclui a sua tipicidade, mesmo porque na lição de Mantovani²²⁸ o objeto jurídico do crime, quer dizer o bem-interesse preexistente à norma, pertence ao elemento constitutivo da *fattispecie*.

Anota Maurach²²⁹ que o problema do ilícito de pouca monta tem sua origem no campo de tensões entre o conceito formal e material de delito. Conquanto a punição legal se adeqüe ao modelo do conceito material de delito, somente se compreenderão condutas de verdadeira danosidade social. Todavia, nenhuma técnica legislativa é tão acabada como para chegar a excluir a possibilidade de que, em alguns casos particulares, possam

²²⁷ Decidiu o STJ: "Acidente de trânsito - Lesão corporal culposa - Delito atribuído à mãe da vítima - Inexpressividade da lesão - Aplicação do princípio da insignificância - Falta de justa causa para a ação penal - Trancamento determinado - Recurso de "habeas corpus" provido. Ementa oficial: Falta de justa causa. Indiscutível a insignificância da lesão corporal conseqüente de acidente de trânsito atribuído a culpa da mãe da pequena vítima, cabe trancar-se a ação por falta de justa causa. Precedentes do Tribunal (5ª Turma, 20.4.94, rel. Min. José Dantas, RT 705/381). Também, o TACrim,SP, julgou que "em caso de crime culposos, com inuidosa insignificância da lesão corporal, cuja inexpressividade é patente, cabe a adoção do princípio da insignificância, em face do comprometimento da materialidade do delito" (6ª Câmara, 6.12.89, rel. Aguiar Vallim, Rev. de Julgados e Doutrina do T.A.Criminal de São Paulo, 6/106) e, no corpo do acórdão, faz-se referência que "em recente julgado, decidiu o Col. Supremo Tribunal Federal, através de sua 2ª Turma, por unanimidade de votos, a não configuração do crime de lesão corporal culposa quando inexpressiva e insignificante foi a lesão, adotando, assim, o princípio da insignificância (RHC nº 66.869/1-PR, Rel. Min. Aldir Passarinho, 6.12.1988, DJU 80:6295, 28.4.1989)

²²⁸ Mantovani, Ferrando. Diritto Penale, Parte Generale, Ed. Cedam, Pádova, 1992, p. 212

²²⁹ Maurach, Reinhart. Derecho Penal, Parte General, Ed. Astrea, 1994, vol I, p. 217

ficar sob ameaça penal certas condutas que não aparecem como merecedoras de pena. A imagem do ilícito típico contida no tipo penal não necessita coincidir plenamente com o ilícito que se apresenta no fato concreto.

O princípio da insignificância se fundamenta na natureza fragmentária do direito penal (somente se ocupa fragmentos, vale dizer, de algumas ações proibidas e bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico) e no princípio da intervenção mínima (o direito penal intervém somente nos casos de agressões mais graves a bens jurídicos muito importantes). Na observação de Wessels²³⁰, no setor do injusto ganha corpo na doutrina e, de certa forma, também em algumas legislações a introdução do chamado “princípio da insignificância”, pelo qual se eliminam de antemão do tipo (ou da antijuridicidade) as ações que impliquem em danos de pequena monta ao bem jurídico protegido.

Na doutrina de Vico Mañas²³¹, apoiando-se em Heinz Zipf, ao realizar o trabalho de redação do tipo penal, o legislador apenas tem em mente os prejuízos relevantes que o comportamento incriminado possa causar à ordem jurídica e social. Todavia, não dispõe de meios para evitar que também sejam alcançados os casos leves. E conclui: o princípio da insignificância surge justamente para evitar situações dessa espécie, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático e político-criminal de expressão da regra constitucional do *nullum crimen sine lege*, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal.

Dentro dessa mesma linha se associa o “princípio da ausência de perigosidade social”, que exclui o injusto da conduta, quando esta, em razão da insignificância de suas conseqüências, não apresenta, ou apresenta pequena, perigosidade social. Estes dois princípios, embora se fundamentem diversamente, se baseiam no critério da antijuridicidade material, onde a forma cede lugar ao verdadeiro conteúdo e sentido da norma.

²³⁰ Wessels, Johannes. Direito Penal, Parte Geral, S.A.Fabris Editor, 1976, p. 63

²³¹ Vico Mañas, Carlos. O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal, Ed. Saraiva, 1994, p. 56

Possível violação do princípio da proporcionalidade das penas

Antiga reportagem do jornal *O Estado de São Paulo*, edição de 14 de agosto de 1993, intitulada “Vítima quer pena menor para agressor sexual”, narrou-se o seguinte: “Belo Horizonte - a Justiça de Minas gerais está diante de um caso inédito de vítima de assédio sexual que deseja a diminuição da pena do seu agressor, por entender que houve exagero do juiz responsável pela sentença. De um lado está a vítima Flávia, 20 anos. De outro, seu agressor, o auxiliar de almoxarifado Pereira, de 23 anos, já cumprindo pena de seis anos na Casa de Detenção. Em abril de 1993, Flávia estava à noite sozinha num ponto de ônibus da zona oeste, quando foi abordada por Pereira, que lhe passou as mãos nos seios e numa das pernas. Quando relatou a agressão à polícia, nervosa e desorientada, a moça pode ter também cometido algum exagero, conforme avalia a advogada dela, Júlia Marize de Souza Macedo. De todo modo, seu depoimento no inquérito policial serviu de base para que o juiz classificasse o assédio de Pereira como atentado violento ao pudor. Um crime hediondo conforme o Código Penal. Ao tomar conhecimento da pena imposta a Pereira, que é casado e pai de duas crianças, Flávia começou a ter problemas de consciência. “Não que minha cliente não quisesse a punição de seu agressor, pois foi mesmo molestada pelo rapaz, mas achou que a pena era muito grande”, disse a advogada”.

Essa decisão judicial com as suas conseqüência, decorreu do art. 6º da Lei n. 8072/1990, conhecida por “Lei de Crimes Hediondos”, que elevava a pena, dentre outros crimes, do então atentado violento ao pudor (art. 214 do Código Penal), dos seus extremos mínimo e máximo, de dois a sete anos, para seis a dez anos de reclusão. O legislador tinha, então, acabado de dizer que ofensa sexual semelhante àquela sofrida por Flávia, valorativamente poderia se igualar à eliminação de sua vida pelo homicídio simples (art. 121, “caput”), cuja pena mínima é, também, de seis anos de reclusão. Não se argumente que a pena máxima do homicídio é de vinte anos, enquanto daquele crime sexual é dez anos; no nosso sistema penal, a mensuração abstrata da ofensa se faz pela pena mínima e máxima cominada, além do que é aquela a normalmente imposta. Como se não bastasse, nesse caso concreto, se o autor, ao invés do crime sexual, tivesse matado a vítima, poderia receber progressão de regime no cumprimento

da pena, inviável no atentado violento ao pudor por cujo crime a pena deve ser cumprida integralmente no regime fechado.

A lei n. 10.826/2003 que pune delitos de arma de fogo, prevê em seu art. 15 a pena reclusiva de dois a quatro anos pelo mero disparo de arma de fogo em via pública, enquanto semelhante conduta que expuser uma pessoa a perigo direto e iminente, é sancionada com pena de três meses a um ano, no art. 132 do Código Penal.

a) A proporcionalidade entre crimes e penas

Um dos problemas mais árduos que enfrenta o legislador penal, é o de estabelecer uma medida punitiva justa entre os crimes e as penas, numa idéia de *proporcionalidade*. Ensina Luigi Ferrajoli que “o fato de que entre pena e delito não exista nenhuma relação natural não exclui que a primeira deva ser *adequada* ao segundo em alguma medida. Ao contrário, precisamente o caráter convencional e legal do nexu retributivo que liga a sanção ao ilícito penal exige que a eleição da qualidade e da quantidade de uma se realize pelo legislador e pelo juiz *em relação* com a natureza e a gravidade do outro. O *princípio da proporcionalidade* expressado na antiga máxima *poena debet commensurari delicto* é em suma um corolário dos princípios de legalidade e de retributividade, que tem nestes seu fundamento lógico e axiológico²³²”.

Segundo Maurach, “toda intervenção estatal gravosa da esfera jurídica de um indivíduo está submetida ao mandato da proporcionalidade do meio empregado. Deste modo, a proibição do excesso representa uma relação de meio a fim adequada ao princípio do Estado de direito, válida para toda atuação estatal, quer dizer, também para a aplicação de penas e medidas²³³”.

A falta de adequação entre crime e pena acarretará, conseqüentemente, uma desproporcionalidade que pode comprometer os fins da justiça penal. Não raras vezes, para contornar o endurecimento da lei, os operadores do direito procuram meios de atenuar o rigorismo. Se dificuldades se assomam em fixar essa proporcionalidade nos crimes que tutelam

²³² Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón, Editorial Trotta, Madrid, 1997, p. 398

²³³ Maurach, Reinhart. Derecho Penal, Parte General, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994, I/110

bens jurídicos diversos (p.ex., se é ou não mais grave o estelionato (art. 171) em relação ao crime de sonegação de estado de filiação (art. 243); a prevaricação do funcionário público (art. 319) em relação à lesão corporal (art. 129) ; a provocação de aborto consentido (art. 126) em relação ao contrabando ou descaminho (art. 334) etc., crimes esses que entre si são punidos com igual quantidade de pena privativa de liberdade nos extremos mínimos e máximo), essas dificuldades se redobram quando variam as modalidades, meios de execução e várias circunstâncias de cada delito.

Entretanto, menos dificuldades se apresentam em estabelecer essa proporcionalidade nos crimes que atingem bens jurídicos iguais ou semelhantes (p.ex., o homicídio (art. 121), por ser mais grave pela supressão do principal bem do homem, é mais severamente punido que o crime de aborto, em qualquer de suas modalidades (arts. 124 a 126); embora sejam ambos delitos contra a vida, é mais grave destruir uma pessoa do que a expectativa dela; o roubo (art. 157) é mais rigorosamente apenado que o furto (art. 155); apesar da identidade do bem jurídico que é o patrimônio, ao primeiro se acresce a violência ou grave ameaça etc.).

O sopesamento e valoração dos bens jurídicos tutelados pela lei penal não estão sujeitos a nenhum critério seguro, assertiva respaldada no referido ilustre professor da Universidade de Camerino, para quem “não existem critérios naturais, senão somente critérios pragmáticos baseados em valorações ético-políticas ou de oportunidade para estabelecer a qualidade e a quantidade da pena adequada a cada delito²³⁴”. Perquirindo sobre forma de estabelecer a gravidade de um delito, anota Eugenio Florian que no passado foi dada resposta mais ingênua e mais empírica que se possa imaginar; se disse que a gravidade de um crime deve deduzir-se da pena que o legislador lhe tenha cominada.²³⁵

Por esses motivos, o legislador, além de enfrentar seríssimos problemas na incriminação de certos ilícitos a serem encartados numa legislação codificada e para eles prever penas adequadas, exigem-se dele verdadeiros atos de malabarismo e contorcionismo ao prever ilícitos puníveis em

²³⁴ ob. e loc.cit.

²³⁵ Florian, Eugenio. *Parte Generale del Diritto Penale*, Ed. Francesco Vallardi, Milano, 1926, Vol. I/ 372

legislação extravagante na proteção de bens jurídicos iguais ou similares àqueles já protegidos pela legislação codificada. Vêm, daí, as denominadas reformas pontuais, modificações que se operam no sistema jurídico-penal, não raramente apresentando a questão da disparidade de tratamento de condutas que ofendem bens jurídicos iguais ou semelhantes, com efeitos multiplicadores de conseqüências muitas vezes imprevisíveis. As incriminações casuísticas em leis extravagantes parecem conduzir, como quê de fatalidade, a algumas distorções no âmbito da repressão penal.

Mas, como adverte Eduardo Correia, “as dificuldades são superáveis desde que retiremos o problema de uma sede positivista, onde se procura uma solução aritmética, e o coloquemos num plano axiológico, onde logo é possível *intuir*, mais ou menos facilmente, tal termo de relação²³⁶”.

b) Penas maiores no Código de Trânsito Brasileiro, para crimes de igual natureza previstos no Código Penal

O Código de Trânsito Brasileiro estabelece pena de detenção maior do que aquela prevista para crimes de igual natureza punidos pelo Código Penal. Fazemos um quadro comparativo:

Crime	Código Penal	Código de Trânsito Brasileiro
Homicídio culposo	(art. 121, § 3º) 1 a 3 anos	(art. 302) 2 a 4 anos
-aumento de pena-	(art. 121, § 4º) 1/3	(art. 302, § 1º) 1/3 à ½
Lesão corporal culposa	(art. 129, § 6º) 2 meses a 1 ano	(art. 303) 6 meses a 2 anos
-aumento de pena-	(art. 129, § 7º) 1/3	(art. 303, § ún.) 1/3 à ½
Omissão de socorro	(art. 135) 1 mês a 6 meses	(art. 304) 6 meses a 1 ano
Desobediência	(art. 330) 15 dias a 6 meses	(art.307, § ún.) 6 meses a 1 ano

²³⁶ Correia, Eduardo. Direito Criminal, Livraria Almedina, Coimbra, 1996, I/46

Acresça-se, ainda, também a título de comparação, que a lesão corporal *culposa* de trânsito (art. 303) é punida mais gravemente que a lesão corporal leve *dolosa* (três meses a um ano, art. 129, “caput”, CP).

Em face dessa comparação, surge uma interrogação de difícil resposta:

Seriam inconstitucionais, por violação do princípio da proporcionalidade da pena, as penas detentivas abstratamente cominadas, pelo aspecto quantitativo, previstas naqueles tipos de crimes do Código de Trânsito Brasileiro, posto que maiores do que aquelas previstas para os de igual natureza no Código Penal²³⁷?

Relembremos as principais teorias que procuram justificar a pena criminal em seus diferentes estágios:

- a) *teoria da prevenção geral* - No estágio de elaboração das leis penais, temporalmente antecedente à retribuição e prevenção, mediante cominação das penas, procura-se motivar a generalidade das pessoas a comportar-se de acordo com as normas;
- b) *teoria da retribuição* - Na fase de prolação da sentença penal, a culpabilidade do autor é compensada pela imposição de um mal penal, posto que o Direito Penal seria ineficiente se não fizesse tal retribuição, representando esta um limite do direito punitivo;
- c) *teoria da prevenção especial* - Na fase de execução da pena, procura-se a ressocialização prevenindo contra novos delitos do autor; tanto a prevenção especial, como a retribuição, têm como escoço último a prevenção geral.

Assim, no primeiro momento, de cominação de penas, com visos à prevenção geral, foi que o legislador do trânsito, no setor de crimes e penas, estabeleceu penas maiores àqueles crimes de igual natureza previstos

²³⁷ Pedro Krebs, Professor da Unisinos-RS, argumenta que o art. 303 do CTB é inconstitucional porque fere o princípio da dignidade humana, eis que a pena do crime culposos é maior do que a do crime doloso; fere o princípio da legalidade, eis que trata desproporcionalmente condutas humanas; fere o princípio da legalidade quando não respeita a proporcionalidade entre a pena em abstrato e a culpabilidade e fere o princípio da igualdade, eis que cria discriminações sem nenhum fundamento sério, lógico ou jurídico (A inconstitucionalidade e ilegalidade do art. 303 do CTB, R.T. 767/485-488)

no Código Penal, punindo mais gravemente: os crimes culposos de homicídio e lesão corporal perpetrados “na direção de veículo automotor”; o crime de omissão de socorro se o omitente é “condutor de veículo” e o crime de desobediência se o desobediente for o condenado por crime de trânsito que deixa de entregar à autoridade judiciária, em quarenta e oito horas, a permissão para dirigir ou carteira de habilitação.

Não nos parece que tal exasperação da pena detentiva abstratamente prevista para os mencionados crimes representaria uma violação ao princípio da proporcionalidade da pena, pelas seguintes razões:

- a) A proporcionalidade da pena deve ser estabelecida *entre o crime e a pena como retribuição*. Representaria afronta ao princípio, a imposição de sanções iguais a infrações penais de gravidade diversa, em face da importância e hierarquia do bem jurídico tutelado pela lei penal (p.ex., homicídio e lesão corporal, de natureza dolosa ou culposa, devem ser apenados diversamente, posto que diversa a gravidade entre eles). Num raciocínio lógico, também haveria desproporcionalidade se cominassem sanções desiguais a infrações de igual gravidade.
- b) Contudo, a proporcionalidade não pode ser aferida somente em razão da identidade de natureza dos crimes que ofendem bens jurídicos de igual importância ou hierarquia. É que a *gravidade* do crime ou ofensa se mensura também em razão da forma ou meio de sua execução ou, ainda, pela condição ou situação pessoal do seu autor.

Para o legislador do trânsito, o crime de homicídio culposo ou lesão corporal culposa, praticado *na direção de veículo automotor* se apresenta mais grave em relação a idêntico crime em que o autor não ocupe essa situação ou não o realize desse modo. Intuitivo e compreensível que a prevenção geral foi estabelecida em razão da frequência e do grande número de acidentes no trânsito com as funestas e trágicas conseqüências disso. Quisera punir mais gravemente em função de uma situação social e histórica de momento, como que necessidade social de exercer maior e melhor controle sobre os maus e imprudentes motoristas os quais, através do automóvel, atentam

contra a incolumidade individual e pública. A proporcionalidade da pena não se estabelece, assim, somente em relação ao delito, mas, também, em função da sua maior nocividade social, nocividade esta que poderá ser mais acentuada nos crimes culposos do que alguns dolosos. Bem possivelmente, registrasse o país reduzido número de acidentes de trânsito, nenhuma modificação legislativa seria necessário operar para reprimi-los. Reconheça-se legitimidade em punir mais severamente aqueles comportamentos descuidados no trânsito²³⁸.

Não se vislumbra inconstitucionalidade no tratamento penal diferenciado para tais delitos, pelo Código de Trânsito Brasileiro, por ocupar o autor a condição de condutor de veículo automotor. É que a maior ou menor gravidade objetiva do delito pode ser reconhecida não somente em função de sua natureza, mas em razão, principalmente, dos *meios* ou *modo* de execução do crime e, ainda, em razão de particular situação ou condição em que se encontra o autor do delito. Colhem-se das nossas leis alguns exemplos, nos quais são punidos mais gravemente: o homicídio doloso qualificado, mais grave portanto, se cometido por *meio cruel* ou mediante *emboscada* (art. 121, § 2º, III e IV, CP); em relação ao previsto pelo Código Penal, a injúria era mais gravemente apenada se cometida através da imprensa (art. 22 da Lei n. 5250/67²³⁹); o tráfico de entorpecentes é mais grave se cometido perto de escolas, hospitais (art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006); a falsidade ideológica é punida mais gravemente se o autor é funcionário público e comete o crime prevalecendo-se do cargo (art. 299, parágrafo único, do Código Penal; nos crimes sexuais a pena é aumentada se o autor é ascendente, padrasto, irmão etc. ou é casado (art. 226, II e III, CP). Outras vezes, em razão da condição ou situação pessoal, são punidos mais brandamente: o homicídio contra o

²³⁸ O Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, em julgado de 31 de agosto de 1.999, por sua 14ª Câmara, rel. Juiz Cardoso Perpétuo, decidiu que: “Não há inconstitucionalidade no fato de o art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro cominar pena maior ao homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor do que aquela prevista no art. 121, § 3º, do CP, visto que o dispositivo legal da Lei 9.503/97 procurou propositadamente reprimir e penalizar, com mais severidade, motoristas que agem com intenso grau de culpa, provocando alarmante número de acidentes” (RT 774/592)

²³⁹ A lei de imprensa, n. 5250/67, foi declarada incompatível com a Constituição Federal de 1988, pelo Supremo Tribunal Federal em 2009, na ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130.

próprio filho, durante o parto ou logo após, pela mãe sob influência de estado puerperal (infanticídio, art. 123, CP); se o médico fornece atestado falso (art. 302, CP), muito embora falsificação de documento particular; no crime de favorecimento pessoal, se prestado por ascendente, descendente, cônjuge ou irmão, fica o autor isento de pena (art. 348, § 2º, CP) etc.

Nessa ordem de idéias, quer entendendo-se que estar “na direção de veículo automotor” seja uma situação ou condição pessoal do autor (condutor de veículo automotor), ou modo de execução (dirigindo veículo automotor) dos crimes de homicídio culposo e lesão corporal culposa no trânsito, vale dizer, por isso enxergando o legislador uma maior gravidade objetiva nessa forma de prática dos crimes, nem por isso serão inconstitucionais as sanções cominadas, posto que teria estabelecido proporcionalidade ou adequação entre gravidade e importância do delito e sanção cominada.

A título de ilustração e comparação, registre-se que no Código Penal italiano, o homicídio culposo (art. 589) é punido com reclusão de seis meses a cinco anos; porém, se o fato é cometido com violação das normas sobre disciplina de circulação rodoviária, a pena base reclusiva é dobrada, ou seja, é punido de dois a sete anos²⁴⁰, mas nem por isso foi retirada a legitimidade constitucional desse aumento de pena. O mesmo sucede, naquele país, com o crime de lesão corporal culposa de natureza grave ou gravíssima²⁴¹.

²⁴⁰ Art. 589. *Omicidio colposo. Chiunque cagiona per colpa la morte di una persona è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni. Se il fatto è commesso con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale o di quelle per la prevenzione degli infortuni sul lavoro la pena è della reclusione da due a sette anni. Si applica la pena della reclusione da tre a dieci anni se il fatto è commesso con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale da: 1) soggetto in stato di ebbrezza alcolica ai sensi dell'articolo 186, comma 2, lettera c), del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, e successive modificazioni; 2) soggetto sotto l'effetto di sostanze stupefacenti o psicotrope. Nel caso di morte di più persone, ovvero di morte di una o più persone e di lesioni di una o più persone, si applica la pena che dovrebbe infliggersi per la più grave delle violazioni commesse aumentata fino al triplo, ma la pena non può superare gli anni quindici.*

²⁴¹ Art. 590. *Lesioni personali colpose. Chiunque cagiona ad altri per colpa una lesione personale è punito con la reclusione fino a tre mesi o con la multa fino a euro 309. Se la lesione è grave la pena è della reclusione da uno a sei mesi o della multa da euro 123 a euro 619, se è gravissima, della reclusione da tre mesi a due anni o della multa da euro 309 a euro 1.239. Se i fatti di cui al secondo comma sono commessi con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale o di quelle per la pre-*

No crime de omissão de socorro no trânsito (art. 304), a condição ou situação especial do autor, “condutor de veículo”, ensejaria pena maior do que aquela prevista no Código Penal (art. 135) porque o dever jurídico de prestação do socorro ou auxílio assume maior relevância nos casos especiais e frequentes de acidentes de trânsito, porquanto o condutor de veículo automotor tem maior facilidade de transporte e remoção da vítima periclitante para receber imediato socorro e assistência.

No crime de desobediência do art. 307, § único, CTB, a condição pessoal do autor, “condenado por crime de trânsito”, ensejaria maior punição do que a desobediência comum (art. 330, CP), porquanto para o legislador a recusa na entrega à autoridade judiciária, em quarenta e oito horas, da permissão para dirigir ou carteira de habilitação, pelo autor já criminalmente condenado, é mais grave porque, além daquela condição, estaria obstaculizando plena eficácia dos efeitos da sentença condenatória.

Talvez muito não se aventasse sobre inconstitucionalidade das sanções daqueles crimes culposos se o legislador, em vez de tipificá-los como crimes autônomos de homicídio e lesão corporal culposos “na direção de veículo automotor”, criasse, não através do Código de Trânsito, mas, sim dentro do próprio código penal, a exemplo do italiano, causa de aumento de pena por aquela circunstância. Por outro lado, o problema é que no Código Penal, a lesão corporal culposa (art. 129, § 6º) é punida de dois meses a um ano, pouco importando seja a lesão leve, grave ou gravíssima, enquanto o mesmo crime é punido, com igual

venzione degli infortuni sul lavoro la pena per le lesioni gravi è della reclusione da tre mesi a un anno o della multa da euro 500 a euro 2.000 e la pena per le lesioni gravissime è della reclusione da uno a tre anni. Nei casi di violazione delle norme sulla circolazione stradale, se il fatto è commesso da soggetto in stato di ebbrezza alcolica ai sensi dell'articolo 186, comma 2, lettera c), del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, e successive modificazioni, ovvero da soggetto sotto l'effetto di sostanze stupefacenti o psicotrope, la pena per le lesioni gravi è della reclusione da sei mesi a due anni e la pena per le lesioni gravissime è della reclusione da un anno e sei mesi a quattro anni. Nel caso di lesioni di più persone si applica la pena che dovrebbe infliggersi per la più grave delle violazioni commesse, aumentata fino al triplo; ma la pena della reclusione non può superare gli anni cinque. Il delitto è punibile a querela della persona offesa, salvo nei casi previsti nel primo e secondo capoverso, limitatamente ai fatti commessi con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative all'igiene del lavoro o che abbiano determinato una malattia professionale.

desconsideração acerca da gravidade das lesões, de seis meses a um ano no Código de Trânsito Brasileiro (art. 303). Para mais ainda complicar, a lesão corporal culposa de trânsito é apenada mais gravemente que a lesão corporal *dolosa* comum.

c) Eventual inconstitucionalidade na individualização da pena detentiva no crime de lesão corporal *culposa* e *leve* de trânsito.

Em razão do quanto antes dito é que *eventualmente* poderá ocorrer a inconstitucionalidade, num *caso concreto* de crime de *lesão corporal culposa, de natureza leve, de trânsito*. Temos que, apenas em relação à pena privativa de liberdade prevista para esse crime, considerando o aspecto quantitativo, poderá ocorrer inconstitucionalidade, por violação dos princípios da proporcionalidade das penas e da isonomia, no momento de sua individualização.

De início, cumpre notar, pelo ensinamento de Enrique Bacigalupo que “a desproporcionalidade, de todos modos, somente retira legitimidade constitucional à pena quando seja uma desproporcionalidade em prejuízo do autor. A que beneficia o autor não está afetada em sua constitucionalidade²⁴²”.

Assim, ocorrendo concretamente configurado um crime de lesão corporal culposa de trânsito, no qual a vítima tenha sofrido *lesão corporal leve* e que se impusesse a pena mínima de 6 meses, essa imposição, qualitativa e quantitativamente, seria inconstitucional não em face de idêntico crime do Código Penal, mas, em face do crime de *lesão corporal dolosa leve*.

Explicuemos: A lesão corporal de natureza dolosa, é punida com três meses a um ano (art. 129 *caput*, CP), *se a lesão for leve*; mas, se grave é de um a cinco anos; se gravíssima, de dois a oito anos (art. 129, §§ 1º e 2º). Quantitativamente, então, a pena cominada ao crime de *lesão corporal culposa de trânsito* é mais branda do que aquela prevista para as lesões dolosas graves ou gravíssimas e, por isso, não se discute sobre desproporcionalidade ou inconstitucionalidade.

Contudo, no caso de *lesão corporal culposa leve, de trânsito*, a pena detentiva ao crime despido das circunstâncias genéricas, concretizada na

²⁴² Bacigalupo, Enrique. Derecho Penal, Parte General, Ed.Hammurabi, Buenos Aires, 1987, p. 80

sentença, jamais pode ultrapassar aquela que seria imposta numa *lesão corporal dolosa leve* do Código Penal. Se leve a natureza da lesão, seria um despautério apenar mais gravemente a culpa *stricto sensu* que o dolo. Dá-se, aqui, o que Norberto Bobbio designa de *antinomia de avaliação* “que se verifica no caso em que uma norma pune um delito menor com uma pena mais grave do que a infligida a um delito maior. É claro que nesse caso não existe uma antinomia em sentido próprio, porque as duas normas, a que pune o delito mais grave com penalidade menor e a que pune o delito menos grave com penalidade maior, são perfeitamente compatíveis. Não se deve falar de antinomia nesse caso, mas de injustiça. O que antinomia e injustiça têm em comum é que ambas dão lugar a uma situação que pede uma correção: mas a razão pela qual se corrige a antinomia é diferente daquela pela qual se corrige a injustiça. A antinomia produz *incerteza*, a injustiça produz *desigualdade*, e portanto a correção obedece nos dois casos a diferentes valores, lá ao valor da ordem, aqui ao da igualdade²⁴³”.

Ora, refoge à lógica e ao bom senso apenar mais brandamente o autor de uma lesão corporal leve que tenha utilizado um veículo para ferir seu inimigo, do que aquele que, dirigindo um automotor, por negligência, atropela uma pessoa qualquer, causando-lhe lesões leves. A gravidade da infração é medida, também, em função do elemento subjetivo da conduta, posto que “se se adota um ponto de vista retribucionista, a proporcionalidade deverá dirigir-se à maior ou menor *reprovabilidade* do autor pelo fato concreto”²⁴⁴. Evidentemente, se de igual gravidade a lesão corporal, mas diversos os elementos subjetivos, deve-se apenar mais gravemente aquela conduta realizada com *dolo* ou, de forma inversa, mais levemente deve ser apenada a conduta informada pela *culpa*.

Dessa maneira, no momento da mensuração da pena ao caso concreto, se o juiz, atento às circunstâncias judiciais (art. 59, CP) entender de aplicar a pena mínima num crime de lesão corporal culposa de trânsito, abstraídas as circunstâncias atenuantes e agravantes genéricas, a pena deverá ficar em quantidade menor à pena mínima da lesão corporal dolosa

²⁴³ Bobbio, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico, Editora UnB, 1996, pp. 90/91

²⁴⁴ Bacigalupo, Enrique. ob. cit., p. 80

leve (detenção de 3 meses)²⁴⁵, para a verdadeira realização da justiça material, sob pena de maus tratos ao princípio penal da culpabilidade e ofensa aos princípios constitucionais da proporcionalidade das penas (que é derivação da legalidade das incriminações e das sanções) e da isonomia (art. 5º, I, da Constituição da República), posto que pela diferença dos fatos jurídico-penais e dos motivos determinantes, seus autores devem receber tratamento diferente.

3. Omissão de socorro (art. 304)

Deixar o condutor do veículo, na ocasião do acidente, de prestar imediato socorro a vítima, ou, não podendo fazê-lo diretamente, por justa causa, deixar de solicitar auxílio da autoridade pública:

pena: detenção, de seis meses a um ano, ou multa, se o fato não constituir elemento de crime mais grave.

Bem jurídico

É a vida e a saúde da pessoa.

Sujeito ativo

Qualquer pessoa que esteja dirigindo veículo automotor. Se for o motorista quem culposamente causou ferimentos na vítima e não lhe presta socorro imediato, responderá ele apenas pelo crime de homicídio culposo ou lesão corporal culposa com aumento de pena.

Estranhamente, neste dispositivo, e também no art. 305, o legislador se referiu apenas em “condutor do veículo” (e não, como nos artigos precedentes, em “condutor de veículo automotor”), o que poderia permitir interpretação literal que esta figura especial de omissão de socorro devesse ser praticado por qualquer condutor de veículo, seja automóvel, motocicleta, carroça, bicicleta etc. Porém, em interpretação extensiva, há de se entender, aí, como dissesse o tipo: “Deixar o condutor do *veículo au-*

²⁴⁵ nesse caso, se for imposta a pena de dois meses, restará igual à prevista na lesão corporal culposa do Código Penal (art. 129, § 6º)

tomotor...”, porque nos custa acreditar que o legislador quisesse punir gravemente o autor omitente que eventualmente estivesse utilizando aqueles veículos mais simples ou rudimentares. Não existem razões lógicas e teleológicas para um pedestre omitente de socorro estar sujeito à detenção de um a seis meses (art. 135 do Código Penal) e o carroceiro ou ciclista à pena de seis meses a um ano.

Argumentar-se-á que pretender a inserção da palavra *automotor*, não contida na lei, consubstanciaria numa interpretação arbitrária. Porém, assim não nos parece. Primeiro, porque na grande maioria dos crimes arrolados no código, é utilizado o termo *veículo automotor* e, pois, claramente despontando o intuito do legislador em punir condutas relativas ao uso dessa espécie de veículo. Segundo, nas disposições gerais (art.291) se referiu o legislador “aos crimes cometidos na direção de *veículos automotores*, previstos neste código”. Terceiro e por fim, o suprimento, longe de ser arbitrário, é necessário até mesmo para a integração típica do art. 311 que, na descrição do crime “trafegar em velocidade incompatível...” não se referiu nem a veículo e nem a *automotor*.

Considerando que o fato da omissão de socorro encontra-se naturalmente atrelado aos crimes culposos de homicídio e lesão corporal (arts. 303 e 303), não se duvida que a palavra “*automotor*” foi equivocadamente omitida pelo legislador que, até mesmo por causa da seqüência dos dispositivos, no momento da composição do tipo, estava por certo com a mente voltada para os tipos culposos de homicídio e lesão corporal, o que se pode claramente perceber pela expressão “condutor do veículo (e não condutor *de* veículo), na ocasião do acidente”.

Todavia, pensamos que para configuração do crime ora em análise, deve-se entender como autor omitente *qualquer condutor de qualquer veículo automotor* (e não o condutor do veículo que culposamente causou o *acidente*), como se verá na análise do tipo objetivo.

Adiante-se que, de forma diversa entende Renato Marcão, para quem “Somente o condutor de veículo automotor envolvido no acidente pode ser autor. A regra não alcança o condutor causador do acidente do qual tenha resultado morte ou lesão corporal de qualquer natureza em outrem. Terceiros condutores de veículos ou pedestres

poderão responder pelo crime de omissão de socorro previsto no art. 135 do Código Penal”²⁴⁶.

Sujeito passivo

Qualquer pessoa que tenha sofrido ofensa à sua integridade corporal ou saúde *em razão de acidente de trânsito* (a lei emprega a expressão “na ocasião do acidente”). Embora a lei não refira a “grave e iminente perigo” que esteja sofrendo a vítima, tal situação está implícita na exigência de lhe ser prestado “imediatamente socorro”. E nem teria sentido criminalizar uma conduta se a vítima sofrera pequenos e leves ferimentos, sem o menor perigo à vida ou à saúde dela.

Tipo objetivo

A realização típica pode se dar, alternativamente, de duas maneiras:

- 1) deixar de prestar imediato socorro à vítima ou, se não puder fazê-lo
- 2) deixar de solicitar auxílio da autoridade pública.

Obrigação primeira de qualquer condutor de veículo automotor e notadamente daquele que com seu comportamento negligente ofende a integridade física ou a saúde da vítima, é a de prestar-lhe imediato socorro. Mas, se não puder fazê-lo diretamente, por justa causa, deve solicitar auxílio da autoridade pública. Trata-se de parcial reprodução do § 4º do art. 121 do Código Penal (...se o agente deixa de prestar imediato socorro a vítima, não procura diminuir as conseqüências de seu ato ou..”).

Ao condutor que tenha atropelado uma vítima por imprudência, e deixado de lhe prestar socorro, será imputado, p. ex., o crime culposo de lesão corporal. Na aplicação da lei, poderão surgir as seguintes indagações:

- a) crime de lesão corporal culposa e crime de omissão de socorro (arts. 303 e 304) ? ou

²⁴⁶ Renato Marcão, Crimes de Trânsito, Ed. Saraiva, 2013, p. 141.

- b) crime de lesão corporal culposa com aumento de pena (art. 303, combinado com o art. 302, § 1º, III) ? ou
- c) crime de lesão corporal culposa em concurso formal ou continuação delitiva com o crime de omissão de socorro ?

A causa de aumento de pena não difere substancialmente da figura autônoma de omissão de socorro; apenas que nesta é punível, alternativamente, a conduta de não solicitar auxílio da autoridade pública.

É certo que o preceito sancionador prevê a subsidiariedade expressa: “se o fato não constituir elemento de crime mais grave”. Porém, isso não ajuda em muita coisa porque a omissão de socorro não é elemento ou elementar dos crimes culposos de homicídio e lesão corporal, podendo ser considerada, quando muito, elemento daquela *causa de aumento de pena*.

Imagina-se que o legislador quis diferenciar as figuras penais de omissão de socorro, tal como as diferenciou quanto às infrações administrativas: 1) art. 176 - Deixar o condutor envolvido em acidente com vítima: I - de prestar ou providenciar socorro à vítima, podendo fazê-lo e 2) art. 177 - Deixar o condutor de prestar socorro à vítima de acidente de trânsito...

Conquanto as tenha diferenciando sem melhor critério, ou por venial critério quanto à punição das infrações enquanto administrativas, transportada essa “diferença” de omissões para as infrações penais, e para acomodar conflitos de interpretação, teremos:

1) se é o condutor do veículo automotor quem *culposamente* causou o acidente com vítima e não a socorre, responderá pelo crime culposos de homicídio ou lesão corporal (arts. 302 e 303) com o aumento de pena (arts. 303, § único e 302, § 1º, inciso III)²⁴⁷;

2) se é o condutor do veículo automotor quem *sem culpa* causou (a causalidade nada tem a ver com o elemento subjetivo do crime) o acidente

²⁴⁷ Concordando com nosso posicionamento, decidiu-se que “A omissão de socorro previsto no art. 304 do CT é atribuída ao motorista envolvido em acidente com vítima, sem culpa, uma vez que, se a sua conduta é culposa, estará sujeito ao crime do art. 303 do CT, que prevê a lesão corporal culposa na direção de veículo automotor, com o agravamento do parágrafo único III do art. 302 do CT, se houver omissão de socorro e, se houve morte, no próprio art. 302, que cuida do homicídio culposos na direção de veículo automotor.” (Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, Ap 2006.011873-8, 1ª Cam. Crim., rel. Des. Gilberto da Silva Castro, j. 12/12/2006, DJ 07/02/2007).

com vítima e não a socorre, responderá somente pela omissão de socorro no trânsito (art. 304);

3) se é o condutor de veículo automotor quem, embora não envolvido com o acidente, não socorre a vítima, responderá pela omissão de socorro no trânsito (art. 304);

4) se é o condutor de um veículo *não automotor* (p.ex., charrete, bicicleta etc.) quem, em face do perigo, não socorre a vítima de acidente de trânsito, responderá pelo crime de omissão de socorro do Código Penal (art. 135), tal como assim responderá um transeunte qualquer nessa situação.

Entende-se que as distinções devam assim ser feitas porque:

- a) a punição autônoma da omissão de socorro (art. 304) está condicionada à *não culpa* (“*stricto sensu*”) do condutor de veículo automotor; ao reverso,
- b) a punição da omissão de socorro como causa especial de aumento de pena está condicionada à *culpa* “*stricto sensu*” do condutor do veículo automotor que nessa condição praticou homicídio ou lesão corporal *culposos*.

Utilizando o princípio da especialidade, considerando que a omissão de socorro por parte do agente condutor (embora crime autônomo) figura expressa e especificamente como causa de aumento de pena nos crimes culposos de homicídio ou lesão corporal com omissão de socorro, é de se entender que deve incidir apenas referido aumento. Praticada a lesão corporal culposa, com pena mínima, será imposta a pena de 6 meses de detenção com acréscimo de 1/3 pela omissão de socorro, totalizando 8 meses.

Contudo, no homicídio culposo, se for imposta a pena mínima de 2 anos de detenção, incidindo o acréscimo de 1/3, a pena total seria de 2 anos e 8 meses de detenção. Estaria sendo imposta pena superior aquela que seria aplicada se houvesse concurso material. Com efeito, 2 anos de detenção (pelo homicídio culposo) acrescidos de 6 meses (pela omissão de socorro), totalizariam 2 anos e 6 meses de detenção. Neste caso, à semelhança do que ocorre com relação ao denominado “concurso material benéfico” (art. 70, § único, do Código Penal), pensamos que o total da pena, por equidade, não pode ultrapassar aquela que seria imposta no concurso material de crimes.

A figura do art. 304 somente se adequará tipicamente ao comportamento do *condutor do veículo automotor* que:

- a) tendo obrado com *culpa "stricto sensu"* no acidente, *deixa de solicitar auxílio da autoridade pública* (posto que a omissão de socorro propriamente dita será aumento de pena). Por exemplo: Depois de imprudentemente colidir contra outro automóvel, causando lesão corporal no condutor deste, o condutor *culpado* não consegue socorrer a vítima porque presa nas ferragens: não haverá omissão de socorro. Haverá conduta criminosa se “deixar de solicitar auxílio da autoridade pública”, modalidade esta que não é causa especial de aumento de pena (só o é a omissão de socorro propriamente), pelo que poderá ocorrer concurso material (posto que fatos típicos independentes), entre o crime culposo e o crime do art. 304, segunda figura.
- b) não tendo obrado com *culpa "stricto sensu"* no acidente, não socorre a vítima ou, não podendo fazê-lo, não pede o auxílio da autoridade pública. Por exemplo: A, conduzindo um automóvel atropela um pedestre que inopinadamente atravessa a rua correndo. Embora não tenha obrado com culpa no acidente, está obrigado a prestar socorro e,
 - 1) se não o faz, comete crime de omissão de socorro no trânsito (art. 304, primeira figura) ou
 - 2) embora queira prestar socorro, por motivo justo não pode fazê-lo; mas, apesar disso, não pede o auxílio da autoridade competente e assim comete o crime do art. 304, segunda figura.
- c) não tendo se envolvido no acidente (sem nenhuma *culpa*, portanto) podendo prestar socorro à vítima, não o faz ou se embora pudesse fazê-lo, não pede o auxílio da autoridade pública. Exemplo: A, conduzindo um automóvel pela rua ou rodovia pública, presencia um acidente de trânsito envolvendo outros automóveis conduzidos por B e C. Embora não envolvido no fato, está obrigado ao socorro e 1) se não o faz, comete crime de omissão de socorro no trânsito (art. 304, primeira figura) ou 2) embora queira prestar socorro, por motivo justo não pode fazê-lo; mas,

apesar disso, não pede o auxílio da autoridade competente e assim comete o crime do art. 304, segunda figura.

Poder-se-ia argumentar que a solução “c” introduziria responsabilização objetiva do omitente, porquanto faria tratamento diferenciado, punindo-o mais gravemente em relação à omissão de socorro simples (art. 135 do Código Penal) tão somente em razão da particular posição ou condição de condutor de veículo automotor. Mas, assim não pensamos. Se a prestação de assistência à vítima periclitante, na generalidade dos casos, é dever imposto a todas as pessoas, o dever jurídico de socorro ao próximo assume maior relevância nos especiais casos de acidentes de trânsito que ocorrem a todo momento, notadamente naqueles com graves consequências onde muitas pessoas perdem suas vidas, exatamente por omissão do dever de solidariedade dos motoristas que, sobre dirigirem veículos e serem usuários de vias públicas, maiores dificuldades não encontram em rapidamente removerem a vítima para recebimento de devida assistência médica. Por isso mesmo é que, ao contrário do cidadão comum, o motorista omitente pode ser administrativamente punido (art. 176, I, do Código de Trânsito Brasileiro).

Saliente-se, por fim, nesse ponto, que o condutor *inocente* de veículo automotor não poderá responder pelo crime comum de omissão de socorro (art. 135 do Código Penal), por dois motivos principais:

- 1) a lei, quanto a esse crime, tratou por inteiro a matéria e
- 2) no concurso aparente de normas, a solução se dá, com base no princípio da especialidade, pelo enquadramento típico na lei especial.

Morte instantânea da vítima

O § único do art. 304 diz que: “incide nas penas previstas neste artigo o condutor do veículo, ainda que a sua omissão seja suprida por terceiros ou que se trate de vítima com morte instantânea ou com ferimentos leves.

Assim, se o condutor dolosamente não socorre a vítima levemente ferida (a lei não faz referência às lesões graves) porque terceiros pessoas o fizeram antes dele, comete o crime de omissão de socorro. Evidentemente,

se o condutor quis socorrer a vítima, mas terceiros o fizeram antes dele, não comete crime nenhum²⁴⁸.

Mas, que socorro poderia ser prestado a uma vítima com morte instantânea ? Ora, socorro é prestado exatamente para salvar a vida da vítima ou minimizar-lhe as conseqüências, no caso de serem nela registradas apenas lesões corporais. O quê fazer se morta está a vítima ? Evidenciada a morte, não se pode exigir intervenção taumatúrgica do condutor. Assunto de ressurreição escapa da esfera penal. A lei determina a realização *impossível* de uma conduta que seria *inócua* em face da ausência da objetividade jurídica.

Não se desconhecem os vários julgados reconhecendo configurado o crime em questão, mesmo no caso de morte da vítima. Todavia, é necessário lembrar que o bem jurídico tutelado pela norma é a *vida e a saúde da pessoa*. Assim, não se pode imaginar e nem sustentar que o suposto omissor de socorro pudesse perpetrar crime possível se a vítima perdeu a vida e, obviamente também, a saúde.

Por isso, o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo já decidira, elementarmente, que “tendo a vítima morte instantânea, impossível se torna a prestação de qualquer socorro”²⁴⁹. Assim, parece evidente que o propósito do legislador teria sido o de punir o condutor do veículo pela *...intenção* ou *tentativa* de não socorrê-la.

João José Caldeira Bastos, eminente professor da Escola Superior da Magistratura e da Universidade Federal, de Santa Catarina, entende que “instituiu o legislador a figura delituosa da imediata omissão de socorro em acidente de trânsito com vítima. Para tanto, se aparentemente abriu exceção à regra geral do “crime impossível”, assim procedeu por ser essa a sua vontade, vinculada à certeza de que a morte da vítima, um mal irreparável, não retira o caráter antiético da indiferença do condutor”²⁵⁰.

²⁴⁸ “Não há como imputar-se o delito de omissão de socorro ao motorista que, logo após o acidente, se afasta do local, quando a prova demonstra que a vítima não ficou ao desamparo, sendo socorrida, de imediato, por terceiros. Em tal hipótese, fica descaracterizado o dolo, que consiste na vontade livre e consciente de omitir assistência, devendo a absolvição ser decretada por atipicidade do fato” (RJD 1/144)

²⁴⁹ JUTACRIM 39/315

²⁵⁰ BASTOS, João José Caldeira. Crime de omissão de socorro no trânsito. Idas e recuos da dogmática

Entretanto, o nosso sistema de direito penal, na repressão do *conatus proximus* ou *remotus*, não adota a teoria subjetiva (vontade manifestada contrária ao direito e não ser decisivo a real colocação em perigo do objeto) e nem a teoria da impressão abraçada pelo sistema alemão, pela qual a tentativa é punível porque a atuação da vontade contrária ao direito é idônea para abalar a confiança dos jurisdicionados na vigência do ordenamento jurídico, como sustenta seu ardoroso defensor Maurach²⁵¹, posto que ela, acertadamente, põe em primeiro plano a defesa do ordenamento jurídico enquanto fim genérico da pena. Ou, como mais detalhadamente esclarece Jescheck²⁵², o fundamento do castigo da tentativa é, certamente, a vontade contrária a uma norma de conduta, mas a punibilidade da exteriorização da vontade dirigida ao delito somente poderá ser afirmada quando por sua causa possa resultar minada a confiança da comunidade na vigência da ordem jurídica e resultar danos ao sentimento de segurança jurídica e, com ele, a paz jurídica.

Não destoam a lição de Mezger²⁵³: para que a tentativa seja punível, são necessárias, senão também suficientes, as formas de atuação que suscitem para o exterior, no caso particular, a *impressão* de um começo punível. Aqui se põe em relevo o conceito da prevenção geral que é próprio do direito penal: é “perigosa” toda conduta que suscita, na coletividade, a impressão de que se realiza um ataque contra o ordenamento jurídico e que perturba, por conseguinte, a segura validade do mesmo na consciência da coletividade.

Portanto, é com fundamento na teoria da impressão que para o direito alemão a tentativa de delito impossível é penalmente sancionada, como discorrem Fromont & Rieg²⁵⁴; somente é discutido o caráter punível do erro do autor sobre suas próprias qualidades. Todavia, para que a tentativa de delito impossível possa ser punida, ela deve dar ao menos exteriormente

penal. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n.1619, 7 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos10728>>.

²⁵¹ Maurach, Reinhart, Derecho Penal, Parte General, Ed. Astrea, 1995, vol. II/28

²⁵² Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1981, p. 702

²⁵³ Mezger, Edmund. Derecho Penal, Parte General. Buenos Aires: Din Editora, 1989, p. 288

²⁵⁴ Fromont, Michel e Rieg, Alfred, Introduction au Droit Allemand, Ed. Cujas, Paris, 1984, p. 273

a impressão de um perigo; se não, o mínimo de efeito sobre a coletividade -que é exigido para toda reação penal dentro do Estado de direito - não seria atingido (*théorie de l'impression, Eindruckstheorie*)²⁵⁵.

Em face do nosso sistema de direito penal que adotou a teoria objetiva de impunibilidade do crime impossível (art. 17, Código Penal), juridicamente é inadmissível a tese da punição de omissão de socorro com vítima já morta, em evidente situação de inidoneidade de qualquer meio que seja empregado para salvar a vítima, e absoluta impropriedade absoluta do objeto pela extinção de sua vida.

Mais recentemente, o Tribunal de Justiça de Goiás, julgou, em caso de – digamos -, *morte comprovadamente morrida* que “Restando constatada, *de plano*, sem dificuldades, a morte instantânea da vítima de acidente de circulação, que sofreu traumatismo cranioencefálico, com espalhamento de massa encefálica, não se impõe ao condutor de veículo automotor, causador do imprevisto, o aumento de pena por omissão de socorro, tipificado pelo art. 302, parágrafo único, inciso III, do CTB, porque a assistência seria absolutamente inócua, frente à irreversibilidade do óbito”²⁵⁶.

O legislador não excepcionou, nos moldes do art. 135 do Código Penal, “*quando possível fazê-lo sem risco pessoal*”; mas, é evidente que o delito não se aperfeiçoa se o agente, embora tendo o dever jurídico da assistência, corre risco de sua vida ou de sua integridade física²⁵⁷.

Contudo, “em sede do delito de omissão de socorro, há necessidade de comprovação de que o temor de risco pessoal por parte do agente tenha fundamento, pois trata-se de sentimento subjetivo que para alcançar efei-

²⁵⁵ Também o Código Penal cubano (Ley nº 62) prevê a punição do crime impossível, no seu artigo 14, verbis: Si, por los actos realizados, por el medio empleado por el agente para intentar la perpetración del delito o por el objeto respecto al cual há intentado la ejecución, el delito manifestamente no podía haberse cometido, el tribunal puede atenuar libremente la sanción sin ajustarse a su límite mínimo y aun eximirle de ella, en caso de evidente ausencia de peligrosidad.

²⁵⁶ TJGO, Seção Criminal, EI n. 140620-90.2010.8.09.0000-GO, j. 2/6/2010, rel. Des. Luiz Cláudio Veiga Braga.

²⁵⁷ “Ao agente do crime culposo incumbe a obrigação legal de prestar assistência à vítima, sob pena de responder pela forma qualificada do delito. Somente se exime desse dever se demonstrada causa legal de sua exclusão, como motivo de força maior ou justo temor ante a reação de circunstâncias que põe em risco sua integridade pessoal, mesmo a vida” (Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, 11/11/70, rel. Penido Burnier, RT 425/342)

to no campo legal precisa estar calcado em algum elemento concreto”²⁵⁸. Como reafirmado várias vezes na doutrina e na jurisprudência, não se exige da pessoa ser santo ou herói. Não há crime por ausência de dolo, vontade livre e consciente de abster-se da atividade exigida e nem haveria culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

Tipo objetivo sem resultado agravador

Não há forma qualificada. Se advier lesões corporais graves ou houver morte da vítima, não prevê a lei nenhum aumento de pena. E nem será circunstância agravante, posto que não inclusa no rol do art. 298.

O dispositivo não apresenta formas agravadas, nos moldes do parágrafo único do art. 135 do Código Penal, vale dizer, se do fato da omissão no trânsito resultar lesões corporais graves ou morte. Tais eventos poderão apenas ensejar imposição de pena maior dentro dos extremos mínimo e máximo previstos no tipo. Aparentemente, essa solução poderia ser absurda, mas verdade é que diante da falta de norma de incriminação, com devido respeito aos postulados estruturais e fundamentais do direito penal, torna-se *impossível imputar ao omitente condutor de veículo o resultado*. Essa questão merece que mais algumas linhas sejam desenvolvidas, como se segue.

De mais fácil compreensão que, como anteriormente exemplificado:

1) se o condutor de veículo automotor *culposamente* causa lesões corporais num pedestre (art. 303), e não o socorre, a omissão de socorro perde autonomia como crime e será somente causa de aumento de pena (art. 303, parágrafo único);

2) se aquela ação *não foi culposa*, ainda assim o condutor do veículo está obrigado à prestação do socorro, razão porque, se não o fizer, responderá pelo crime da omissão (art. 304) que se caracteriza pelo descumprimento doloso do *dever de agir* em face da situação de perigo para a vítima.

Sem qualquer novidade ou dificuldade, a questão já foi objeto de jurisprudência, decidindo-se que “o crime de omissão de socorro pode

²⁵⁸ TACRIM/SP, 4.1.94, rel. Afonso Faro, RJDTACrim 21/248

configurar-se com a fuga do local de acidente por parte de motorista que causou atropelamento sem culpa²⁵⁹”.

A questão doravante tratada e que se apresenta de maior complexidade, refere-se à segunda hipótese, ou seja, no caso de o condutor de veículo automotor que *sem culpa* fere alguém, *omite socorro* e em razão da omissão a vítima sofre *lesões corporais graves* ou *morte*. O resultado (lesões graves ou morte) que decorrer da omissão de socorro à vítima, no trânsito, posto que não previsto no tipo penal incriminador, não é imputável ao condutor do veículo, em atenção especial ao princípio da *nulla poena sine lege* (art. 5º, XXXIX, segunda parte, da Constituição da República). Correta na técnica a formulação típica do art. 135, CP, ao prever a possibilidade de punição, além da omissão de socorro por dolo, a punição pelo resultado agravador por culpa (crime preterdoloso).

Subsistente apenas o crime de omissão de socorro, posto que ausente qualquer previsão de punição pelo resultado, poder-se-ia supor a possibilidade de imputá-lo com base na omissão normativa (art. 13, § 2º e alíneas do Código Penal). Embora o legislador tenha, no preceito sancionador do art. 304, feito expressa menção à subsidiariedade “se o fato não constituir elemento de crime mais grave”, tal coisa em nada ajuda, porquanto impossível figurar a omissão de socorro como elemento ou infração subsidiária dos crimes de homicídio e lesão corporal. Como se verá, no caso, não há possibilidade daquela imputação.

Como se sabe, a omissão não é naturalmente causal quer dizer, a inércia nada causa, nem lesão corporal e nem morte. Apenas normativamente é que se pode dizer que a omissão tenha “causado” um resultado. Observa Mantovani que “a doutrina hoje concorda em reconhecer na omissão uma essência não física, mas normativa, consistindo essa justamente no *não cumprir a ação possível, que o sujeito tem o dever de cumprir (non facere quod debetur)*. A omissão é impensável sem pressupor a norma impositiva de agir²⁶⁰ “. Assim, não é a simples omissão que dá oportunidade ao surgimento de crime; somente a omissão jurídica e penalmente relevante de uma ação determinada que o sujeito tinha a obrigação de realizá-la se lhe fosse possível.

²⁵⁹ Fragoso, Heleno Cláudio. Jurisprudência Criminal, José Bushatsky, Editor, 1979, II/716

²⁶⁰ Mantovani, Ferrando. Pádova, Ed. Cedam, 1992, pp.166/167

Concluindo, a omissão em si mesma não é capaz de produzir qualquer alteração no mundo exterior. Não pode ser, jamais, *causa* do resultado. A norma pode estabelecer uma certa equiparação, dando igual valor à ação e à omissão. Salientava o gigante do Direito Penal brasileiro, Nelson Hungria, que “tem-se procurado demonstrar que a omissão é mecanicamente causal, o que vale pela tentativa de provar a quadratura do círculo²⁶¹”.

Na hipótese questionada, imputável *seria* o resultado se o omitente tivesse o dever jurídico de impedi-lo. O motorista que *sem culpa* fere alguém, embora tenha dever jurídico de prestar socorro (se não o faz comete o crime do art. 304), *não tem o dever jurídico de impedir o resultado* (lesões graves ou morte), isso porque não está na posição de garantidor de evitá-lo.

Como claramente ensina Heleno Fragoso, “o dever jurídico de agir, nos crimes comissivos por omissão, não pode ser o que resulta da norma penal relativa aos crimes omissivos puros. Em tais casos, a própria norma penal estabelece a sanção para a inobservância da ordem, sendo incabível qualquer outra conseqüência penal pelos resultados da omissão. Por outro lado, nos crimes omissivos puros não há dever jurídico de impedir o resultado. Se o agente, podendo, omite socorro a pessoa em perigo, que vem a morrer, não responderá por homicídio, mesmo se quis a morte da vítima. Outra seria a situação se houvesse dever jurídico de impedir o resultado²⁶²”. Disso resulta que a omissão própria, vale dizer, o simples dever de agir, não pode fundamentar a punição por eventual resultado que o omitente não tenha procurado impedir.

A situação não se conforma em nenhuma das três alíneas do § 2º do art. 13 do Código Penal²⁶³. Sem dificuldade, é a análise sob alínea “a”: o motorista causador de ferimentos na vítima, não é garantidor da não

²⁶¹ Hungria, Nelson. Comentários ao Código Penal, Forense, Vol. I, Tomo II, p. 69

²⁶² Fragoso, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal, Parte Geral, Forense, 1992, p. 233

²⁶³ Art. 13, § 2º do Código Penal. “A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

superveniência do resultado, posto que não tem por lei, com relação a ela, a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância. Também sem dificuldade, a análise sob alínea “b”: por não ter assumido nenhuma responsabilidade jurídica contratual ou de fato para evitar o resultado, não é garantidor da não ocorrência do resultado.

A dificuldade se sobressai na análise da hipótese sob alínea “c”: se o condutor *sem culpa*, omitente do socorro, com seu comportamento anterior criou ou não o risco da ocorrência do resultado consistente em lesões graves ou morte da vítima. Anota Sheila Bierrenbach em excelente monografia, que “a idéia simplória de que aquele que cria o perigo para o bem de outrem passa, neste exato momento, à posição de garante, da qual surgirá, inexoravelmente, o dever de evitar a conversão do perigo em dano, vem sendo pouco a pouco abandonada pela melhor doutrina, para a qual a mera *causação* prévia do perigo não basta para transformar o *ingerente em garante*”, lecionando mais que “*a conduta precedente* só gerará posição de garantia se for *objetivamente antijurídica*. Vale dizer, aquele que permanece no âmbito do permitido não pode ser erigido em garante em face de ação anterior, exemplificando: motorista, dirigindo cautelosamente, é surpreendido por alguém que, com a finalidade de matar-se, atira-se sob seu carro. Tentando evitar ser preso em flagrante por crime que não cometeu, o condutor foge do local, sem prestar socorro à vítima que, após, vem a falecer. Incabível a responsabilidade por homicídio. Tão somente poderá o motorista responder por omissão de socorro²⁶⁴”.

Para Welzel, “se o condutor de veículo, que dirige na forma devida, lesiona um ébrio que se colocou diante das rodas, este fato constitui para ele um acidente como qualquer outro frente ao qual passe ocasionalmente, e somente dá lugar ao dever de socorro²⁶⁵”, opinião compartilhada por

²⁶⁴ Bierrenbach, Sheila de Albuquerque. Crimes omissivos impróprios, Ed. Del Rey, 1996, p. 84. Aponta, ainda, a ilustre doutrinadora, que “na Espanha, para Emilio Octavio de Toledo y Ubieta e Susana Huerta Tocildo (Derecho Penal, Parte general, p. 581/582), o comportamento prévio há de ter caráter *imprudente*. Como exemplo, apontam o caso do motorista que, por imprudência, colide com um automóvel, ferindo gravemente um ocupante, omitindo-se em prestar socorro à vítima, que vem a falecer. Adiante, aduzem os autores que a conduta precedente deve ser *antijurídica*, isto é, uma ação perigosa que exceda os limites do risco permitido, ficando fora do âmbito do dever de garantia os casos de atuar precedente perigoso mas lícito (p. 81).

²⁶⁵ Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán, Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 297

Jescheck, para quem “o comportamento prévio deve ter sido *objetivamente contrário ao dever* (ainda que não seja culpável), dando, como um dos exemplos, “um caminhoneiro que se comporta segundo as normas do tráfego não tem uma posição de garante em relação à vítima de um acidente que constitui seu único culpado²⁶⁶”.

Assim, resumidamente, ao motorista sem culpa que não presta socorro à vítima que vem a falecer ou sofrer lesões graves, por não ter criado nenhum risco de ocorrência do resultado e, pois, sem qualquer dever jurídico de impedi-lo, não poderá ser imputado o resultado. Não se cogitará de adequação típica no art. 135, § único, do Código Penal, porque além de o crime de omissão de socorro no trânsito ter recebido tratamento novo e por inteiro, pelo princípio da especialidade a única norma a incidir no caso será a do art. 304 da lei especial.

Tipo subjetivo

Crime doloso de perigo, caracteriza-se pelo fato de o agente, embora tendo consciência do perigo para a vítima, omite a necessária assistência. Como disse Bernardino Gonzaga, “o que se visa atingir é aquele indivíduo que permanece dolosamente impassível quando, sem demasiado sacrifício, tem em suas mãos a possibilidade de afastar um tremendo infortúnio para o seu próximo; é a pessoa que não se impressiona sequer com a perspectiva de morte da vítima, ou que, talvez, aí encontre até um motivo a mais para perseverar na sua inércia²⁶⁷”.

Em determinadas circunstâncias, poderá ocorrer de o sujeito supor que não pode remover a vítima periclitante do local para recebimento da necessária assistência médica ou hospitalar, porquanto lhe poderia agravar as condições, como, aliás, tem sido recomendado pelas autoridades públicas nos meios de comunicação; nesse caso, obviamente, havendo “justa causa” (elemento normativo do tipo) para não prestar imediato socorro, o fato restará atípico; demais disso, excluído estará, por ausência do elemento volitivo, o dolo necessário ao aperfeiçoamento do delito em questão. Deverá, contudo, solicitar o auxílio da autoridade pública para o necessário e

²⁶⁶ Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal, P.General, Bosch, Barcelona, 1981, pp.859/860

²⁶⁷ Gonzaga, João Bernardino. O crime de omissão de socorro, Ed. Max Limonad, 1957, p. 216

imediatamente socorro, sob pena de realização típica na modalidade alternativa (segunda parte do artigo 304).

Oportuno destacar que, no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, “Não procede a alegação de que, em face da existência de profissionais qualificados para efetuar o socorro, não tinha o dever de socorrer as vítimas, uma vez que a norma não prevê tal hipótese; ressalva apenas a hipótese de se correr “risco pessoal” ao efetuar tal procedimento”²⁶⁸.

Não é possível a forma culposa. Se o agente achar que não havia o perigo iminente para a vítima, incorrerá em erro de tipo essencial que exclui o dolo (art. 20, primeira parte, do Código Penal). Aliás, já se decidiu que “não comete o delito de omissão de socorro o agente que não poderia supor que a vítima estivesse em grave e iminente perigo de vida, mormente quando já amparada por outras pessoas”²⁶⁹. Como não há forma culposa de omissão de socorro, não restará nenhum fato punível.

Concurso de agentes

No crime omissivo puro poderá haver:

- a) co-autoria, na hipótese das pessoas serem responsáveis com relação ao mesmo bem jurídico (por isso solidariamente obrigados) e se puserem de acordo²⁷⁰ a não desenvolver necessária atividade visando a remoção do perigo²⁷¹.

²⁶⁸ STJ, HC nº 18.809 – SP, Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, julgamento em 24 de junho de 2008

²⁶⁹ JUTACRIM 49/394

²⁷⁰ A vinculação subjetiva ou psicológica é fundamental para se falar em co-autoria na hipótese, mesmo porque se trata de um dos requisitos do concurso de agentes. Faltante esse requisito, concorda-se com a tese de que se terá a autoria colateral, como doutrina Armin Kaufmann: “se 50 nadadores assistem impassíveis ao afogamento de uma criança, todos ter-se-ão omitido de prestar-lhe salvamento, mas não comunitariamente. Cada um será autor do fato omissivo, ou melhor, autor colateral de omissão” (cf. Juarez Tavares: As controvérsias em torno dos crimes omissivos, Instituto Latino-Americano de cooperação penal, ed. 1996, p. 86, que taxativamente sustenta não haver nos crimes omissivos concurso de pessoas, isto é, “não há co-autoria e nem participação”. Cada qual responde pela omissão individualmente, com base no dever que lhe é imposto, diante da situação típica de perigo ou diante de sua posição de garantidor).

²⁷¹ Stratenwerth, Günter, Derecho Penal, Parte General, I, Edersa, Madrid, 1.982, p. 316, afirmando pela possibilidade de que várias pessoas, responsáveis com relação ao mesmo bem jurídico ou mesma fonte de perigo, de comum acordo omitam intervir, dá dois exemplos: 1) os pais da criança gravemente enferma decidem não chamar o médico: 2) alguém fica fechado num recinto por

Ausente essa convergência intencional, serão autores todos aqueles que descumprirem o imperativo legal. Mas, invocando outra vez Bernardino Gonzaga²⁷², “se se apresenta esse vínculo, se há uma ciente e voluntária participação de duas ou mais pessoas na mesma infração penal, não se pode recusar o *concursum plurimum ad idem delictum*”. Citando lição de Antolisei de que o requisito espiritual da co-delinquência consiste na vontade de cooperar no fato constitutivo do crime, arremata, o então professor da Universidade de São Paulo, que “isso pode perfeitamente suceder na omissão de socorro, bastando que dois ou mais indivíduos, por mútuo acordo de vontades, decidam deixar ao desamparo algum necessitado de assistência”.

Doutrina J. Fierro²⁷³ que é também factível a co-autoria nos delitos de omissão, dando como exemplo: A, B e C são funcionários a quem compete exclusivamente uma determinada função. Entre eles se põem de acordo - única forma de ter êxito na empresa mediante combinação de omissões - em ocultar um grupo de delinquentes cujas condutas reprováveis estão obrigados a denunciar. Neste caso, todos os funcionários cometem atos típicos e, portanto, são co-autores.

De opinião contrária, Beatriz Ramos²⁷⁴, em excelente monografia sobre o concurso de pessoas, leciona que nos crimes omissivos falta, no plano material, um ponto comum de referência do qual se possa extrair a idéia de união de esforços, diante da ausência de ação ou da ausência da ação devida. O argumento da brilhante mestre é interessante, mas diversamente é de se entender que além de inexigível a materialização da conduta convergente (embora exigível a sua exteriorização) para identificar a co-autoria, o comum acordo pode ser exteriorizado, como não raramente ocorre, através de mera comunicação por palavras (*verba volant*),

descuido e este somente pode ser aberto por duas pessoas que tem as diferentes chaves necessárias respectivamente. E conclui: não há nenhuma razão para excluir totalmente a co-autoria.

²⁷² Gonzaga, João Bernardino. O crime de omissão de socorro, Max Limonad, 1957, p. 145

²⁷³ Fierro, Guillermo J. Teoría de la participación criminal, Ediar, Buenos Aires, 1964, p. 47

²⁷⁴ Ramos, Beatriz Vargas. Do concurso de pessoas, Ed. Del Rey, 1996, p. 153

evidenciando a conjugação de vontade dos agentes. Demais disso, como regra, na omissão há, ao invés de *união de esforços* (que indica vinculação para uma atividade), um pacto pela inércia consistente na supressão de qualquer empenho no salvamento do bem em perigo, vale dizer, do não fazer punível.

- b) participação ativa, na hipótese de o partícipe dissuadir alguém a não prestar a devida assistência. Um dos exemplos dados por Claus Roxin²⁷⁵, *mutatis mutandis* se ajusta na omissão no trânsito: quem desencoraja o médico a não ligar a uma chamada de socorro para sua casa, será punido, por ter participado por instigação, pelo tipo de um crime de omissão. Ainda que a participação seja uma causa de extensão da pena e portanto não seja típica em sentido estrito, em qualquer caso a punibilidade que aqui se aplica a quem atua positivamente, é a punibilidade do crime de omissão.

No crime de omissão de socorro no trânsito poderá ocorrer o concurso de agentes em diversas e distintas situações:

1) Se os omitentes do socorro forem as pessoas que estavam dirigindo veículos automotores e *culposamente* produziram ferimentos na vítima, responderá cada qual pelo delito culposo com o aumento de pena (arts. 302, § 1º, III e 303, § único); não comprovado o crime culposo, poderão ambos ser responsabilizados pelo crime da omissão de socorro (art. 304);

2) Se os omitentes do socorro forem: a) uma pessoa que estava dirigindo veículo automotor e *culposamente* produziu ferimentos na vítima e mais b) uma pessoa que estava dirigindo veículo automotor e que eventualmente estava na presença da vítima periclitante, responderão: a) o primeiro pelo crime culposo com aumento de pena (arts. 302, § 1º, III e 303, § único) e b) o segundo pelo crime do art. 304;

3) Se os omitentes do socorro forem: a) uma pessoa que estava dirigindo veículo automotor e *culposamente* produziu ferimentos na vítima e mais b) uma pessoa que *não* estava dirigindo veículo automotor (um transeunte qualquer) e que eventualmente estava na presença do periclitante, responderão: a) o primeiro pelo crime culposo com aumento de pena

²⁷⁵ Roxin, Claus. Problemas fundamentais de Direito Penal, Ed. Vega, Lisboa, p. 174

(arts. 302, § 1º, III e 303, § único) e b) quanto ao segundo, dependerá: *se em comum acordo com o primeiro*, responderá também pelo crime do art. 304, posto que a condição pessoal de “condutor do veículo” do primeiro, se comunicará àquele co-autor, posto que elementar do crime (art. 30 do Código Penal); porém, *se não houver comum acordo com o primeiro* na omissão do socorro, identificando-se aí a autoria colateral, o segundo responderá pelo crime comum de omissão de socorro (art. 135 do Código Penal).

4) Evidentemente, se os omitentes forem pessoas que não estavam na direção de veículo automotor, responderão todos pelo crime comum de omissão de socorro (art. 135 do Código Penal).

Consumação

O crime de omissão de socorro, de natureza formal, consuma-se no instante em que se abstém o autor de desenvolver a atividade necessária para a remoção do perigo.

A tentativa nos crimes omissivos puros é controvertida. A vasta doutrina não a admite²⁷⁶, posto que, se o agente não pratica o ato a que juridicamente está obrigado por força de norma imperativa, o crime já estaria consumado e, se o pratica, não existiria nenhum crime a ser punido. Dessa maneira, inadmissível e impensável seria o fracionamento do processo executivo.

Nada obstante, Pierangelli e Zaffaroni²⁷⁷ sustentam a sua possibilidade exemplificando: “Se se encontra alguém que se acha dentro de um poço e não se lhe presta auxílio quando já se passara meia hora, estando o acidentado ileso e sendo o único perigo que possa morrer de sede se no

²⁷⁶ Mas, não se discute sobre a possibilidade da tentativa no crime omissivo impróprio ou impuro (comissivo por omissão), na hipótese da mãe que para matar o pequenino filho o deixa sem alimentação, o qual, já nos estertores da morte, é socorrido pela vizinhança. Citando Rudolphi, escreve Maurach que a tentativa de delito de omissão imprópria começaria quando o garante persista em sua passividade, apesar da existência de um perigo concreto para o bem jurídico e, ainda, segundo Roxin, é necessária a ameaça direta contra o bem jurídico ou uma ausência de controle dos acontecimentos por parte do autor (Derecho Penal, 2/43).

²⁷⁷ Pierangelli, José Henrique; Zaffaroni, Eugenio Raúl, Da tentativa, RT., 1995, págs. 122 e 123.

poço ficar vários dias (o que pode suceder se é um lugar isolado), veremos que não se consuma, ainda, a omissão de socorro. O ato é de tentativa, pois já estarão presentes todos os requisitos típicos e o perigo para o bem jurídico (se o agente segue em frente, talvez outro não o veja senão depois de muitos dias). Acreditamos que o caso constitui uma *tentativa inacabada* de omissão de socorro. Aqui, os atos de tentativa existem desde que o agente, com o dolo de omitir o auxílio, realiza uma ação diferente, enquanto que o delito está consumado quando o transcurso do tempo aumenta o perigo e diminui as possibilidades de auxiliar”.

Desse entendimento não destoa por inteiro Antonio Pagliaro²⁷⁸, tratando dos crimes omissivos por comissão. Para o professor de Palermo, a vontade de um resultado negativo pode se realizar através de uma pluralidade de atos (caso do delito omissivo mediante atividade). Se, em concreto, o delito omissivo puro se apresenta como plurissubsistente, não se vê razão para excluir a possibilidade de tentativa. O delito tentado pode existir quando o sujeito tenha concluído alguns atos diretos e de modo não equívoco a tornar impossível o cumprimento do comando, porém que a sua impossibilidade ainda não tenha se verificado.

Concurso aparente de normas

Princípio da especialidade

O tipo de crime de omissão de socorro no trânsito (art. 304) é especial em face do tipo geral de omissão de socorro do art. 135 do Código Penal, trazendo dois elementos especializantes:

- 1) a posição ou condição subjetiva do autor (“condutor de veículo”) e
- 2) circunstância objetiva (“na ocasião do acidente” automobilístico).

Assim, não se subsumirá no art. 304, e sim no art. 135 do Código Penal, a hipótese do condutor deixar de prestar socorro a uma pessoa que esteja sofrendo perigo, ainda que interiorizado num veículo, mas não por consequência de um acidente de trânsito.

²⁷⁸ Pagliaro, Antonio. *Principi di Diritto Penale*, Milano-Dott. A. Giuffrè Editore, 1993, p. 517

O tipo do art. 304 ao dizer “deixar o condutor do veículo”, pode ensejar dúvida: a) qualquer condutor *de* veículo? ou b) o condutor *do* veículo envolvido no acidente?

Ao expressar “condutor *do* veículo”, seria sustentável que o omitente do socorro devesse ser o *do* veículo envolvido no acidente de trânsito, porque na seqüência também diz “na ocasião *do* acidente”. E não condutor *de* veículo, na ocasião *de* acidente.

Contudo, temos que o sujeito ativo desse crime especial pode ser qualquer condutor de qualquer veículo automotor. Primeiro, porque a prestação de socorro às vítimas de acidente de trânsito é dever imposto indistintamente a *todos condutores de veículos*, envolvidos ou não nos acidentes, cuja omissão configura, desde logo, infração administrativa (artigo 83, XVI, do Código de Trânsito Brasileiro). Segundo, no espírito da lei, não teria sentido excluir da incriminação especial, o condutor do veículo que, embora não envolvido com o acidente, não socorresse a vítima e, terceiro, a omissão especial é punido de forma mais grave porque o omitente é pessoa que, por estar conduzindo veículo automotor, maior facilidade tem para prestação do socorro necessário. E também por este motivo é que se o omitente for condutor de um veículo *não automotor* (p.ex., charrete, bicicleta etc.), responderá pelo crime de omissão de socorro do Código Penal (art. 135), tal como assim responderá um transeunte qualquer nessa situação.

Princípio da subsidiariedade expressa

O preceito sancionador do art. 304 diz: pena de detenção de seis meses a um ano, ou multa, *se o fato não constituir elemento de crime mais grave*. Se a vítima vier a morrer em decorrência da omissão do autor que *culposamente* tenha causado o acidente, a punição se dará apenas por homicídio culposo com aumento de pena (art. 302, § 1º, inciso III).

Concurso de crimes

Havendo pluralidade de vítimas periclitantes, haverá *concurso formal* homogêneo. Se o omitente condutor de veículo automotor, além de não querer prestar imediato socorro à vítima ou deixar de solicitar auxílio da autoridade competente, ou mesmo afastar-se do local do acidente para fugir da responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída, haverá

concurso formal heterogêneo de infrações (arts. 304 e 305), pois que com uma só conduta pratica dois ou mais crimes.

Anote-se que se o omitente de socorro tiver sido o causador do acidente por culpa, responderá por único delito de homicídio ou lesão corporal com aumento de pena pela omissão de socorro própria (deixar de prestar imediato socorro à vítima, art. 304, primeira figura)²⁷⁹; porém, se a omissão for na modalidade de “deixar de solicitar auxílio da autoridade pública” (art. 304, segunda figura), haverá *concurso material* de crimes, já que os cometeu mediante duas condutas autônomas e independentes.

Se o condutor omitente de socorro for pessoa não habilitada para dirigir, não responderá pelos crimes em concurso, mas somente pelo crime de omissão de socorro com agravante genérica do art. 298, III.

Ação penal

A ação penal é pública incondicionada e o processo é de competência do Juizado Especial Criminal.

4. *Afastamento (ou fuga) do local do acidente*

art. 305- Afastar-se o condutor do veículo do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída. Pena: detenção de seis meses a um ano, ou multa.

Embora este dispositivo não guarde nenhuma relação mais próxima com o Código Penal de 1969 que não entrou em vigor, dispunha ele no art. 291: causar, na direção de veículo motorizado, ainda que sem culpa, acidente de trânsito, de que resulte dano pessoal, e, em seguida, afastar-se do local, sem prestar socorro a vítima, que dele necessita”.

²⁷⁹ “Não incide o tipo se o condutor for o causador dos ferimentos ou da morte, consoante transparece na parte da fixação da pena no art. 304, uma vez que o seu comportamento já constitui uma causa especial de aumento pelo qual fora processado e condenado (art. 302, parágrafo único, e art. 303, parágrafo único, do CTB).” (RIZZARDO, Arnaldo. Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, p. 613.

O fato é punido pelo art. 252 do Código Penal do Canadá²⁸⁰, sob a denominação “*Failure to stop at scene of accident*” ou “*Défaut d’arrêter lors d’un accident*”, com máximo de cinco anos de prisão (até 1994 o máximo era dois anos de prisão). É punido também na França pelo *Code de la route*²⁸¹ que para essa infração prevê, entre outras penalidades, prisão de três anos e multa de setenta e cinco mil euros.

Bem jurídico

O crime é pluriofensivo, em primeiro lugar atentando contra o interesse público na efetividade da justiça e, em segundo lugar contra o interesse patrimonial de terceiro.

Sujeito ativo

Qualquer pessoa que esteja na condição especial, de fato, de condutor de veículo automotor envolvido em acidente de trânsito, não necessariamente com vítima, e que por isso eventualmente deva arcar com responsabilidade penal ou civil. Evidentemente, autores não serão as pessoas que apenas se encontram interiorizadas no veículo; poderão, contudo, serem partícipes se de qualquer forma induzirem, instigarem ou auxiliarem o condutor à fuga criminosa.

Sujeito passivo

Sujeito passivo, primariamente, será a Administração da Justiça interessada na responsabilização penal ou civil do autor do fato. E secundariamente será a pessoa economicamente interessada na reparação civil.

²⁸⁰ Art. 252, CP Canadá: Every person who has the care, charge or control of a vehicle, vessel or aircraft that is involved in an accident with: a) another person, b) a vehicle, vessel or aircraft, or c) in the case of a vehicle, cattle in the charge of another person, and with intent to escape civil or criminal liability fails to stop the vehicle, vessel or, where possible, the aircraft, give his or her name and address and, where any person has been injured or appears to require assistance, offer assistance, is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years or is guilty of an offence punishable on summary conviction.

²⁸¹ Artigo L231-1, modificado pela lei n. 2011-267, de 14 de março de 2011, art. 82, dispõe que: “Les dispositions relatives au délit de fuite commis par le conducteur d’un véhicule sont fixées par les articles 434-10 et 434-45 du code pénal ci-après reproduits: “Art. 434-10 - Le fait, pour tout conducteur d’un véhicule ou engin terrestre, fluvial ou maritime, sachant qu’il vient de causer ou d’occasionner un accident, de ne pas s’arrêter et de tenter ainsi d’échapper à la responsabilité pénale ou civile qu’il peut avoir encourue, est puni de trois ans d’emprisonnement et de 75 000 € d’amende.

Tipo objetivo

Guarda alguma semelhança com o crime de omissão de socorro; aqui, contudo, o agente condutor do veículo primeiro se afasta para não ser identificado e, conseqüentemente, livrar-se da responsabilidade penal ou civil. Ao contrário de outros tipos penais, este refere apenas a “veículo” sem a adjetivação “automotor”. Tivemos imaginado que a omissão fora proposital para abranger todas as espécies de veículo, tais como bicicletas, charretes, carroças etc.; contudo, parece-nos que outra vez mais, também neste crime, o autor deva carregar a condição de motorista de veículo *automotor*, não somente porque o intuito da lei fora criminalizar condutas nas quais seja utilizado veículo dessa natureza, mas também porque propiciaria mais facilidade e eficácia em afastar-se do local do acidente.

Não se trata de crime de trânsito propriamente dito porque não atenta contra a segurança do tráfego terrestre. Houve criminalização da conduta porque representaria um indício de culpa, ou menos que isso, do condutor envolvido num acidente de trânsito que, para obstaculizar ou dificultar o trabalho da Justiça no esclarecimento do fato, ou para impedir a sua identificação para fins de responsabilização ulterior, abandona o local²⁸².

Tipifica-se a conduta do agente que se afasta, se arreda, se distancia do local do acidente, para uma finalidade específica (elemento subjetivo do tipo): fugir à responsabilidade civil ou criminal que *eventualmente* lhe acarrete pelo cometimento do fato. Deverá haver, portanto, conexão entre o acidente no qual esteja *envolvido* o veículo conduzido pelo autor e sua posterior fuga do local do acidente.

Diz-se em *envolvimento* do veículo conduzido pelo autor, para dar sentido mais amplo. Às vezes pode ocorrer que o veículo por ele con-

²⁸² Embora guarde alguma semelhança, no sistema penal alemão é punido o afastamento não autorizado do lugar do acidente (*unerlaubtes Sichentfernen vom Unfallort*, § 142) e não tem por fim facilitar a persecução penal, mas de proteger o interesse privado no esclarecimento das circunstâncias do acidente e daqueles que foram implicados ou que tenham sofrido um prejuízo. É punível toda pessoa implicada no acidente, inclusive um pedestre que após o acidente se afasta antes que outras pessoas implicadas, a polícia ou terceiros tenham podido proceder à sua identificação e também do seu veículo, bem como quanto ao estabelecimento das circunstâncias do acidente; no caso em que ninguém tenha podido proceder à essa constatação, a infração é igualmente constituída se o interessado se afasta sem esperar um prazo conveniente (Michel Fromont e Alfred Rieg, *Introduction au Droit Allemand*, II, Editions Cujas, Paris, 1984, p. 320)

duzido, embora causador do acidente, não tenha colidido em nenhum veículo (p. ex., faz manobra perigosa no trânsito e por isso provoca uma colisão de dois outros veículos que trafegam normalmente), mas de qualquer forma subsistindo a sua responsabilidade civil e criminal pelos resultados daí decorrentes.

Afirmou-se alhures que responderia pelo delito em questão somente o condutor que se envolve ao menos culposamente no acidente, porque somente assim poderia ser responsabilizado pela conduta. No entanto, nos estritos termos da lei, a realização típica se dá *independentemente de culpa* do agente no episódio, vale dizer, não há necessidade que o fujão tenha se havido com culpa no acidente no qual se envolveu, posto dizer em “responsabilidade penal ou civil que lhe *possa ser atribuída*”, contentando-se, assim, com a simples *possibilidade* de nela incorrer²⁸³. No entanto, a palavra *acidente* inserida no tipo pode se constituir no fato de uma simples colisão de veículos com produção somente de danos materiais, como pode acarretar lesão ou morte de pessoa por atropelamento. Neste último caso, o crime de fuga somente será imputável se perpetrado culposamente.

Acidente é acontecimento ou ocorrência, do qual resulta dano à pessoa ou à coisa. Tem significado amplo, entendendo-se não somente o rotineiro impacto entre dois ou mais veículos, esteja qualquer deles parado ou em movimento, mas também quando envolvendo veículos de várias espécies (p. ex., colidir um automóvel contra uma bicicleta ou carroça ou simplesmente estas atropelarem uma pessoa) ou, ainda, apenas um só veículo que tenha colidido contra um poste ou “capotado sozinho”, assim incluindo toda sorte de acontecimento que cause ou não ferimentos ou morte, pouco importando se intencionalmente ou não²⁸⁴.

²⁸³ A jurisprudência criminal francesa orienta-se nesse sentido: “*Il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait délit de fuite, que le juge constate que le prévenu a encouru une responsabilité pénale ou civile; il suffit qu'il ait pu l'encourir*” (Crim.23 mai 1953, D.1953.372; 23 mars 1974, D. 1974. IR.99; 3 nov. 1983, D. 1984, 314, note D. Mayer; D. 1984, IR. 226, obs. Roujou de Boubée; Bull. crim. n. 276), *apud* Nouveau Code Pénal, Ed. Dalloz, Paris, 1993, p. 798 (tradução livre: Não é necessário, para que haja delito de fuga, que o juiz constate que o acusado incorreu numa responsabilidade penal ou civil; é suficiente que ele tenha podido nela incorrer)

²⁸⁴ Nesse sentido, colhem-se da jurisprudência dos tribunais canadenses, os seguintes julgados: 1) “*Accident*” *should not be restricted to circumstances where there is an impact between the vehicle and the person referred to, but should be given its broader meaning encompassing any sort of incident causing*

No direito francês, tratando do *délit de fuite*, perfeitamente ajustável ao nosso, noticia Michel Véron que a lei impõe ao condutor parar o veículo, mas não diz nem as modalidades e nem a duração. No que se refere às modalidades, a jurisprudência exige uma parada imediata, voluntária e no local do acidente. Comete o delito aquele cuja parada é involuntária, porque é impedido de continuar seu trajeto pelas testemunhas do acidente ou bloqueado pelos veículos acidentados. Quanto à duração da parada, a Corte de Cassação parece muito hesitante. Certas decisões, severas, exigem uma parada suficiente para permitir a revelação das identidades e de fazer um mínimo de constatação material para determinação das responsabilidades. Noutros casos, ela diz não ser delito, quando o condutor do veículo se contentou de discutir com testemunhas e saiu sem deixar nem o nome e nem o endereço; uma tal atitude é, sem dúvida, bem benigna. As últimas decisões parecem marcar um retorno ao rigor exigindo de novo a identificação do condutor. De qualquer maneira, apesar da expressão *délit de fuite*, a Corte Suprema jamais exigiu que o culpado tenha procurado se dissimular para escapar das investigações; comete o delito aquele que, sem procurar fugir, continua tranqüilamente seu caminho, sem acelerar e nem mudar de itinerário após ter causado um acidente²⁸⁵.

Em suma, haverá delito de fuga quando o condutor do veículo não permanece no local do acidente em que se envolveu, porquanto assim deveria ter feito por tempo bastante para permitir que vítimas ou testemunhas ou outras pessoas o identificassem, e com isso procurando se esquivar de eventual responsabilidade civil ou criminal. E, repita-se: tendo culpa ou não no acidente, o afastamento do condutor encontrará tipificação no dispositivo em análise. A questão do crime de fuga independe do acidente, pelo que pode ser condenado o autor daquele sem que tenha responsabilidade por este. De se atentar, por fim, não fazer a lei nenhuma especificação quanto ao local do acidente, pelo que, para

injury or death”; 2) *Accident means any incident in which a person operates a vehicle so as to cause injury to another person or vehicle, whether the striking is intentional or unintentional*; 3) *An offence is committed if D fails to stop after colliding with a parked vehicle which is not in the care of any person*; “apud” Tremear’s Criminal Code, The 1997 Annotated, organizado por David Watt and Michele Fuerst, Ed. Carswell, Scarborough, Ontario, p. 470.

²⁸⁵ Véron, Michel. Droit pénal spécial, Ed. Masson, Paris, 1988, Volume II, p. 306

caraterização do delito, poderá ter ocorrido em qualquer lugar, seja via pública ou particular, ou mesmo em estacionamentos públicos e privados e garagens de prédios condominiais.

Tipificaria o crime em questão a fuga do agente do local do acidente para evitar a sua prisão em flagrante? De se ver que na lei especial de trânsito a *fuga* não está arrolada nem nas circunstâncias agravantes e nem nas causas especiais de aumento de pena (à maneira do § 4º do art. 121 do Código Penal:...”ou foge para evitar prisão em flagrante”).

Em princípio, a resposta seria positiva. Posto que a norma determina a permanência do condutor do veículo no local do acidente, por isso seria ilícito punível a fuga empreendida com a finalidade de tentar se esquivar de responsabilidade criminal, compreendendo-se aí, também, a necessária sujeição do agente às medidas coercitivas legalmente previstas e, dentre elas, a prisão em flagrante delito. E porque a lei criara mecanismos de evitar esse constrangimento, determinando não impor a prisão em flagrante quando o condutor, em caso de acidente com vítima, presta pronto e integral socorro (art. 301).

Porém, juridicamente não se pode reprimir o comportamento do condutor que almeja, por instinto natural de liberdade, apenas evitar a sua prisão em flagrante. Poderia ocorrer de um condutor causador do acidente já identificado, em seguida fugir do local para evitar sua prisão em flagrante (e não para escapar da responsabilidade civil ou criminal), caso em que com a identificação já estaria afastada a objetividade jurídica do delito e impunível restaria a fuga encetada com a *finalidade de evitar a prisão em flagrante*, finalidade essa diversa daquela exigida pelo elemento subjetivo do tipo.

A suposta inconstitucionalidade do tipo legal de crime

Fernando Célio de Brito Nogueira afirma que “a figura delituosa causa perplexidade, uma vez que a fuga, por si só, não constitui crime nem mesmo quando empreendida pelo preso”²⁸⁶. Conforme essa e outras respeitáveis semelhantes opiniões²⁸⁷, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por seu Órgão Superior, na Arguição de Inconstitucionalidade

²⁸⁶ Nogueira, Fernando Célio de Brito. Crimes do Código de Trânsito, Atlas, 1999, p. 119

²⁸⁷ Shecaira, Sérgio Salomão. “Primeiras perplexidades sobre a nova lei de trânsito”, Rev. jurídica Consulex, fevereiro de 1998, ed. n. 14, p. 14.

1.0000.07.456021-0/000, em julgamento de 11 de junho de 2008, decidiu por *maioria de votos*, sob ementa: “*Incidente de inconstitucionalidade – Reserva de Plenário – Art. 305, do Código de Trânsito Brasileiro – Incompatibilidade com o direito fundamental ao silêncio – Inconstitucionalidade declarada*”.

E também o Tribunal de Justiça de São Paulo, por seu Órgão Especial, na ação de Arguição de Inconstitucionalidade 990.10.159020-4, suscitada pela 8ª. Câmara de Direito Criminal, em julgamento de 14 de julho de 2010, por *maioria de votos*, decidiu, sob ementa: “*Código de Trânsito Brasileiro, art. 305 - Fuga à responsabilidade penal e civil. Tipo penal que viola o princípio do art. 50, LXIII - garantia de não autoincriminação. Extensão da garantia a qualquer pessoa, e não exclusivamente ao preso ou acusado, segundo orientação do STF. Imposição do tipo penal que acarreta a autoincriminação, prevendo sanção restritiva da liberdade, inclusive para a responsabilidade civil. Inconstitucionalidade reconhecida. Incidente acolhido. É inconstitucional, por violar o art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, o tipo penal previsto no art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro*”.

Nada obstante as controvérsias, em nosso modesto pensar a tipificação do crime de fuga do local do acidente, tal como descrito na lei, não apresenta inconstitucionalidade por contrariedade ao princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo - *nemo tenetur se detegere*.

Sabidamente, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada na Conferência de São José da Costa Rica (22 de novembro de 1969), resguarda a toda pessoa acusada de um delito, o “*direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada*” (art. 8º, nº 2, g). E o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas (16 de dezembro de 1966) no mesmo sentido, de que toda pessoa acusada de um crime tem direito a “*não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada*” (art. 14, nº 3, g).

No entanto, esse princípio não tem o alcance, sentido ou extensão que se pretende imprimir para argumentar com a inconstitucionalidade desse tipo legal de crime. É necessário atentar que o fundamento do princípio da não-incriminação repousa sobre a *presunção de inocência e desigualdade na relação de força entre o Estado e o cidadão*, vale dizer, visa impedir o Estado de fazer o acusado se voltar contra ele mesmo, daí advin-

do o direito ao silêncio na persecução penal, tanto em sede inquisitorial como em sede judicial. Por idênticas razões, também não se pode dizer em inconstitucionalidade por violação do contraditório e ampla defesa.

Não há inconstitucionalidade do dispositivo por *obrigar* a pessoa a permanecer no local do acidente e, numa última análise, como se argumenta, fazer prova contra si mesmo, numa espécie de auto-incriminação²⁸⁸. A sua permanência no local do fato ou a sua identificação, *de nenhuma maneira constitui confissão de culpa pelo evento e nem prova de autoria do acidente*, tanto porque, a “*contrario sensu*”, a fuga da cena do acidente não significa necessariamente autoria e nem culpa por ele. O objetivo da lei, percebe-se claramente, não foi de o Estado impor ao cidadão a auto-incriminação ou mesmo afastar a presunção de inocência. Foi de evitar a dificuldade ou a impossibilidade de identificação das pessoas nele envolvidas, identificação essa que se traduz em ato estatal de inquestionável juridicidade para apuração dos fatos e responsabilidade dos envolvidos.

Não fosse bastante, é possível avançar, com outros fundamentos, para rechaçar esse argumento e também um outro a ele conexo que supõe, além de caracterizar autoincriminação, ofender os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana, arrematando que “em qualquer outra infração poderia o acusado fugir e permanecer calado”. Reconheça-se que, nos tempos atuais, o legislador tem criado verdadeiros cipoais editando normas de difícil interpretação, intrincadas e complicadas na sua aplicação, desafiando, a um só tempo, a ciência hermenêutica e a paciência dos operadores do direito não raramente abespinhados com incertezas por elas suscitadas. Por outro lado, não é incomum levantarem-se dúvidas de constitucionalidade delas com argumentos, não raramente frágeis e pueris, por não se adaptarem à convicção ou ao interesse do intérprete, em detrimento aos melhores propósitos do direito.

Ora, os verdadeiros acidentes de trânsito são aqueles designados crimes negligentes pelo direito penal, conhecidos pelo vulgo por serem

²⁸⁸ Ariosvaldo de Campos Pires e Sheila Jorge Selim de Sales, argumentam que “não se concebe imponha a lei a obrigação de ficar no local para assumir a autoria ou para revelar detalhes do acontecimento, pois ninguém é obrigado a dar provas contra si mesmo” (Crimes de Trânsito, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1998, p. 210)

cometidos *sem intenção*, para quem, na ausência de dolo, soa estranho chamá-los de *culposos*. São fatos que representam um acontecimento imprevisto, inesperado, infeliz e desastroso, dos quais podem decorrer dano de veículos, ferimento e morte de pessoas. E, nesse sentido, o tipo incriminador da fuga refere-se expressamente a local do *acidente*. Não há, ou pelo menos não poderia haver, nesses casos, qualquer intenção de prejudicar ninguém.

Bem diversamente, abstraído-se da enorme polêmica continuamente travada, a conduta dolosa é informada pela maldade do homem em matar e ferir e lhe produzir danos. Representa acontecimento previsto e desejado, onde evidenciado o claro propósito do sujeito causar dano ao semelhante. Enquanto em relação ao fato doloso o tipo penal incrimina a conduta do agente por conta de uma prévia e procurada violação dos deveres de convivência, o mesmo não sucede com o fato culposo quando o tipo incrimina a conduta de violação por um *acidente*, com o significado de *acaso*, de forma *imprevista*, onde e quando evidenciado que, apesar da boa índole do agente, males foram ocasionados. Diferenças não há quanto ao aspecto material porque a morte ou a lesão corporal, tanto faz sejam causadas por dolo ou por culpa. As diferenças notadas pela experiência geral e comum, quanto à boa ou má índole do sujeito, são transportadas para o campo da repressão penal onde, ao menos em tese, e por razões lógicas, se fundamenta a punição mais severa dos crimes dolosos em relação aos crimes culposos.

E as diferenças devem ser tratadas diferentemente, na proporção da diferença, num arremedo de reafirmação do princípio isonômico. Ora, num homicídio ou lesão corporal, ou qualquer outro delito dolosamente perpetrado, fugir do local do crime para evitar responsabilização penal ou civil, é comportamento naturalmente ínsito nos atos do agente, e por vezes até necessário, como não se poderia entender, por exemplo, de que maneira o ladrão invasor pensaria em cometer furto de coisas do interior da casa nela permanecendo, ou seja, sem afastar-se dela; enfim, comportamento que estende-se para além da eventual consumação do delito. Racionalmente, não se poderia admitir punição, a cada crime doloso, também a fuga do local onde perpetrado, fundamento semelhante pelo qual a simples fuga do preso, sem violência, não é conduta criminalmente punível no nosso ordenamento jurídico.

Assim, imaginando que o sujeito se valha do automóvel para intencionalmente matar uma pessoa, o crime de fuga (art. 305) não poderá ser punível, por razões lógicas, exatamente por ser doloso o precedente homicídio. Esse raciocínio igualmente pode ser utilizado para alguns casos de direção sob embriaguez ou racha, nos quais, a despeito de neles reconhecer crime de homicídio com dolo eventual por assunção de risco do resultado não querido, mas previsto, *contraditoriamente* considera punível o seu autor também pelo delito de fuga.

Em caso de crime culposos, a fuga não está compreendida e gravada no espírito do agente, até porque o acontecimento, o imprevisto, se dá por *acidente* ou por *acaso*. Por menos, inclinavam-se pela supressão dos ditos crimes culposos do Direito Penal, antigos doutrinadores como Von Hippel, Almendingen, Puglia e Fillipo Gramatica²⁸⁹; para este último, a culpa *stricto sensu* seria um instituto apenas civil, introduzido inadequadamente no Direito Penal.

Dirigir um veículo é ato de vontade, com realização de ação perigosa e corriqueira praticada por todos. Normatizada pelo direito, exige-se do condutor observância dos deveres de cuidado, em demonstração de civilidade e de respeito a todos. Postula-se o dever de todo homem de preocupar-se com seus semelhantes, nem tanto por razões éticas, senão também por obrigação jurídica emanada de um sistema de organização social embasada na solidariedade. Na falta desta, que haveria de ser espontaneamente manifestada, embora o fato do acidente tenha sido um resultado não querido ou desejado, pune-se criminalmente a fuga do local do acidente, de certa forma confirmando a imposição do dever de educação no trânsito, exigindo dos condutores comportamento mais humano e digno em relação a todos; enfim, convivência harmônica na sociedade.

Não se olvida que na ação nitidamente dolosa há também quebra desse dever de solidariedade, que se manifesta de forma intensa do princípio ao fim, vale dizer, em todo o *iter* e naturalmente para além dele. Eventualmente e por exceção, tem-se as hipóteses de desistência voluntária, arrependimento eficaz e arrependimento posterior, verdadeiros

²⁸⁹ *apud* Costa Jr., Heitor. Teoria dos Delitos Culposos, Ed. Lumen Juris, 1988, p. 25

atos de contramarcha tendentes a salvar ou minimizar o bem jurídico tutelado, comportamentos ensejadores de punição mitigada, operando-se uma modulação proporcional da punição, por razões de política criminal. Punição menos rigorosa, qualitativa e quantitativamente, impõe-se *a fortiori* da ação negligente que propicia eclosão de um resultado não querido ou não desejado. No comportamento do sujeito que foge do local do acidente há quebra o dever de solidariedade, por não procurar diminuir as consequências de seu ato, impondo-lhe, pelo menos, a obrigação de permanecer no local para ser identificado e eventualmente responsabilizado. A fuga do local se dá quando já consumado o fato *acidentalmente* causado.

Nesse diapasão, se não em razão da posição de garante de não superveniência de maiores danos à vítima, o dever de permanência no local do acidente é comportamento minimamente exigido pelo direito, pelo menos em razão da solidariedade, forte no fundamento para não se enxergar nenhuma inconstitucionalidade nesse tipo de crime, porque a violação de uma obrigação moral ou social pode ser transformada em violação de um dever jurídico, e ser erigida à categoria de delito por opção do legislador.

Argumento parelho é de inconstitucionalidade do tipo legal de crime por afronta ao art. 5º, LXVII, da Constituição da República, que impede a prisão civil por dívida, salvo nos casos de obrigação alimentícia e de depositário infiel. No entanto, *a norma não proíbe a prisão em si mesma por dívida, de maneira ampla, mas somente a prisão civil*, vale dizer, não decorrente de violação da norma penal. A conduta é punível pelo crime de *afastamento do local* para fugir *à responsabilidade penal ou civil* (que poderá nem haver) e não propriamente pelo inadimplemento da obrigação de indenizar.

Tipo subjetivo

A conduta do agente deve ser dolosa, consistente na vontade livre e consciente de se afastar do local do acidente em que se envolveu. Poderá ocorrer, como na omissão de socorro, que o agente corra risco pessoal em sua permanência no local, caso em que evidentemente não haverá dolo.

Como destacado em voto do eminente relator Des. Reis Kuntz: “Assim, não cabe pensar se, no caso concreto, em estando o condutor

ameaçado de ser linchado, estará cometendo o crime se se afastar do local (o que não estaria, por óbvio, até mesmo por se achar, em tal caso, amparado pela excludente de antijuridicidade do art. 23, 11, do Código Penal).” Tampouco cabe pensar na hipótese de haver vítima (nesse caso, o afastamento do condutor do local configura outro crime, o de omissão de socorro, cuja constitucionalidade ninguém questiona).”²⁹⁰

Pode ocorrer, como às vezes ocorre, que o condutor nem saiba ter causado ou provocado ferimentos numa vítima ou danos em outro veículo (p.ex. são vários os acidentes envolvendo caminhões ou ônibus de grande porte nos quais imprudentes ciclistas, normalmente jovens, seguram na traseira para “pegar uma carona”, sofrem queda e ferimentos, ou ainda quando pequenos veículos colidem na traseira de “carretas”), circunstâncias essas que farão ausentar o necessário dolo identificador do delito, exatamente pela ausência do seu elemento cognoscitivo.

Além disso, há necessidade de se preencher o elemento subjetivo do tipo: para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída. Na doutrina de Roujou de Boubée *et alii*, o condutor deve ter a *intenção* de escapar à responsabilidade, tanto civil como penal, e esse dado subjetivo é, na jurisprudência, exigência fundamental como principal critério de decisões condenatórias²⁹¹.

Obviamente, não configurará o crime em estudo, por ausência de dolo, se o condutor do veículo - até como recomendado pela polícia - afastar-se do local quando a colisão fora propositadamente causada por alguém com o intuito de facilitar qualquer delito contra aquele. Foi o que ocorreu em algum tempo quando assaltantes, denominados de “ganguê da batida”, valiam-se desse expediente para provocar a paralisação do veículo pela vítima e com isso mais facilmente cometer crime contra ela. Também não configurará o delito se o condutor deixa o local do acidente para procurar serviços de urgência de um hospital.

²⁹⁰ Voto proferido no julgamento de 14 de julho de 2010 pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, na ação de Arguição de Inconstitucionalidade n. 990.10.159020-4, suscitada pela 8ª. Câmara de Direito Criminal.

²⁹¹ Boubée, Gabriel Roujou de, et alii., Code Pénal Commenté, Ed. Dalloz, Paris, 1996, p. 777

Não haverá dolo se o agente se afastar do local do acidente, mas de qualquer forma propiciar sua pronta e fácil identificação, p. ex., em razão de certa urgência, deixar com alguém o seu nome e endereço verdadeiros, posto que o tipo quer começar a proibir exatamente a dificuldade na identificação e, conseqüentemente, de o agente escapar da responsabilidade civil ou penal.

Consumação

O delito se consuma instantaneamente, quer dizer, no momento em que o condutor do veículo empreende fuga do local do acidente por ele provocado, ocasionado, ou mais amplamente, no qual está envolvido, com a finalidade de se safar da responsabilidade criminal e civil.

Ocorrendo em o condutor fugir do local do acidente, mas alguém identificar o veículo, fotografando, filmando ou simplesmente anotando suas placas, ainda assim resta caracterizado e consumado o crime em questão, posto se pune a simples conduta de afastar-se do local do acidente para fugir de possível responsabilidade.

Também não importa se o condutor do veículo depois disso volta em seguida ou mais tarde ao local do acidente ou se apresenta à polícia, atos que não terão nenhuma influência no crime já então aperfeiçoado²⁹². Haverá, nesse caso, arrependimento posterior que possibilitará redução de pena (art. 16, do Código Penal). Apesar de formal, o crime admite tentativa, o que acontecerá quando o fujão é interceptado pela polícia ou terceiros impedindo que ele definitivamente deixe o local do acidente.

Concurso de agentes

Na hipótese de dois ou mais condutores envolvidos no acidente, se afastarem do local para fugirem da responsabilidade penal ou civil, serão

²⁹² Com efeito, da jurisprudência francesa colhem-se os seguintes julgados: 1) "*L'arrêt devant avoir lieu sur place, est punissable le conducteur qui ne s'arrête pas mais se présente ensuite aux autorités de police ou de gendarmerie*" (Crim. 19 nov. 1974: Bull. Crim., n. 337); 2) *ou celui qui, à dessein, immobilise son véhicule plus loin et qui revient sur les lieux pour fournir des renseignements erronés à son sujet* (Crim. 10 juin 1970: Bull. Crim. n. 195; Rev. Sc. Crim., 1971, 110, obs. Vitu), "apud" Code Pénal 1990-1991, organizado por Wilfrid Jeandier, Ed. Litec, Paris, 1990.

todos autores. Tratando-se de delito de mão própria, que somente pode ser executado direta e pessoalmente, o tipo penal restringe o âmbito da autoria, pelo que não se fala em co-autoria.

Precedente do Superior Tribunal de Justiça indica que “Conquanto não seja possível a coautoria no delito de afastamento do local do acidente, posto tratar-se de crime próprio do condutor do veículo, é perfeitamente admissível a participação, nos termos do código Penal, art. 29 (STJ, HC 14.021/SP, 5a. Turma, rel. Min. Edson Vidigal, j. 28.11.2000).

Assim, é possível a participação moral através do induzimento, instigação etc., por terceira pessoa ao condutor do veículo envolvido no acidente para se afastar do local a fim de fugir da responsabilidade penal ou civil.

Concurso de crimes

Poderá ocorrer com certa frequência de o condutor de um veículo, por ocasião de acidente de trânsito, a um só tempo omitir socorro (art. 304) e afastar-se do local para fugir à responsabilidade civil ou penal (art. 305). É discutível a questão se um delito omissivo pode entrar em concurso formal com um delito comissivo, como informa Jescheck, para quem “segundo a opinião correta deve negar-se tal possibilidade, já que a omissão e o fazer positivo não coincidem nem sequer parcialmente. Há que negar o concurso ideal entre a omissão de prestar socorro e o afastar-se do local do acidente²⁹³”.

Todavia, temos por juridicamente possível e acertado o *concurso formal* de ambos delitos. Reconhece-se a omissão como inatividade em face de uma norma imperativa e identificando-a na não realização de um dever jurídico. Quem realiza uma atividade positiva faz sempre algo e, no sentido do Direito Penal, quem omite algo não é que não faz nada, e sim que não faz algo que lhe é imposto.

Comete a omissão de socorro:

- a) quem permanece inerte (estático, não faz nada) em face da vítima periclitante no local do acidente, ou

²⁹³ Jescheck, Hans-Henrich. Tratado de Derecho Penal, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, vol. II/1017

b) quem daí se afasta para não socorrê-la (não estático, faz coisa diversa a que está juridicamente obrigado).

Na primeira forma, encerrando uma inatividade, impossível coexistir com a conduta comissiva de afastar-se do local do acidente. Contudo, na segunda forma, de atividade, há uma só conduta ou uma só ação, dando ensejo ao surgimento de ambos delitos em *concurso formal*.

Todavia, num caso em que o condutor, após atropelar ciclista (crime pelo qual foi absolvido), mesmo instado por testemunha para que o socorresse, abandonou o local e por isso veio a ser condenado por omissão de socorro (art. 304, do CTB), entendeu o então Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo que “não pode o mesmo ato dar causa à condenação pela fuga do local do crime, para evitar a responsabilidade civil ou penal (art. 305, do CTB), por implicar dupla apenação pela mesma conduta”²⁹⁴.

A questão merece aprofundamento.

No Direito Penal sempre se aprendeu existirem três maneiras de realização dos tipos, com exemplos: 1) o crime comissivo (dito comissivo próprio): o agente realiza uma atividade, como disparar um tiro para matar (crime comissivo por comissão); 2) omissivo próprio (dito omissivo próprio): o agente não realiza uma atividade, como deixar de socorrer vítima periclitante (crime omissivo por omissão) e 3) crime comissivo por omissão (dito omissivo impróprio, mas que verdadeiramente deveria ser chamado de comissivo impróprio porque realiza-se o tipo de crime comissivo mediante inatividade): o agente não realiza uma atividade e com isso advém o resultado do qual era garante de sua não superveniência, como a trágica história da mãe que, por não alimentar o filho, “causa-lhe” (normativamente) a morte.

A classificação se dá, portanto, em função da descrição típica, cuja realização pode se dar pelas duas formas de condutas: ação e inação. Os tipos de crimes comissivos têm no seu núcleo verbos que encerram atividade, e podem ser realizados tanto por uma conduta ativa (disparar um tiro), como por uma conduta inativa (deixar a mãe de alimentar o filho

²⁹⁴ 16ª Câmara Criminal, ap. n. 1.215.177/4-SP, Relator Juiz Mesquita de Paula, j. em 5/10/2.000, v.u., in Ementário de Jurisprudência, Boletim n. 2198/355 AASP/SP

recém-nascido). Os tipos de crimes omissivos têm no seu núcleo verbos que encerram inatividade, a exemplo de deixar de prestar socorro, deixar de prestar alimentos, e outros semelhantes, omitir, ocultar, privar, retardar etc. normalmente são realizados tanto por uma conduta inativa. Restaria a realização do tipo de crime omissivo através de uma conduta de atividade.

Trata-se do denominado “*crime omissivo por ação*”. Há tendência doutrinária na exploração dessa quarta forma de conduta, como o faz Antonio Pagliaro²⁹⁵, exemplificando: o sujeito quer deixar imutável a situação preexistente e para isso faz tornar impossível a mudança: um oficial público quer que um certo ato de seu ofício não venha a ter existência e para isso o torna impossível de cumprimento pondo para fora do lugar o material necessário para cumpri-lo. Lembra o professor da Universidade de Palermo que Paulo José da Costa Jr. *acceta la quadripartizione proposta nel testo*. Com efeito, o consagrado penalista pátrio²⁹⁶, para ilustrar a hipótese, configura o exemplo da funcionária que é vitimada por ataque convulsivo na repartição em que serve. Suas colegas prontamente acodem-na. Eis que chega o chefe da seção em que está lotada a funcionária, que não lhe era simpática. Alegando tratar-se de fingimento, impede que suas colegas continuem a socorrê-la. Indaga-se: não teria havido uma conduta positiva do agente, obstando que terceiros atuassem? Ou a hipótese se reduz a uma conduta propriamente omissiva? Mais outro exemplo: o médico, que pretendia intervir imediatamente para salvar paciente de perigo de morte iminente, é impedido pelo marido, que estava de casamento tratado com outra mulher, aguardando apenas que sobreviesse a morte da esposa. Por fim, segundo a doutrina de Claus Roxin²⁹⁷, a figura jurídica da omissão *através de fazer*, ainda que até hoje a maioria dos tratados não a mencione, encontra cada vez mais partidários nos últimos tempos.

Conclusivamente, reitera-se admitir a possibilidade de o agente realizar através de uma só conduta de atividade os tipos de crimes de fuga do local do acidente e omissão de socorro.

²⁹⁵ Pagliaro, Antonio. *Principi di Diritto Penale*, Milano, Giuffrè Editore, 1993, páginas 259/260

²⁹⁶ Costa Jr., Paulo José da. *Comentários ao Código penal*, Saraiva 1986, vol.1/37

²⁹⁷ Roxin, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, Ed. Vega, Lisboa, 1986, p. 170

Poderá acontecer, mas de difícilíssima comprovação, de o autor realizar ambas condutas, de se afastar do local do acidente e omitir socorro, com desígnios autônomos que poderia propiciar a aplicação cumulativa de penas (concurso formal impróprio, art. 70 do Código Penal, parte final).

Haverá *concurso material* na hipótese de duas ou mais ações serem cometidas, de afastamento do local do acidente e de homicídio ou lesão corporal culposos, bem como outro crime em que houver “acidente”, haja ou não vítima, a exemplo de “racha”, dirigir sob embriaguez etc., posto serem crimes independentes e sem qualquer conexão jurídica entre eles. Haveria concurso com o crime de dirigir sem habilitação, mas restará este afastado posto que o autor do crime de fuga responderá pelo delito do art. 305 com a agravante genérica do art. 298, III.

Num caso em que o motociclista, após ter causado um acidente, fugiu do local, o Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu que o “*concurso material* entre os crimes previstos nos arts. 305 e 309, ambos da Lei 9.503/97, era de rigor, *em vista da diversidade de momentos consumativos*” (Apelação nº 0003379-39.2009.8.26.0452, 10ª Câmara Criminal, Rel. Des. Nuevo Campos, julgamento em 28 de junho de 2012).

Ação penal

A ação penal é pública incondicionada e o processo é de competência do Juizado Especial Criminal.

5. Embriaguez ao volante

art. 306- Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência.

Pena: detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 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.

Bem jurídico

O bem jurídico tutelado pela norma é a incolumidade pública relativa à segurança no trânsito de veículos²⁹⁸.

Sujeito ativo

Qualquer pessoa pode realizar o tipo penal em questão, mas como se trata de delito especial, o sujeito ativo somente poderá ser o condutor de veículo automotor. Se embriagadamente estiver conduzindo outra espécie de veículo, poderá ser autor de contravenção penal do art. 34 da Lei de Contravenções Penais, que refere genericamente a “veículo”.

Sujeito passivo

É a coletividade cuja incolumidade é resguardada. Poderá haver, desnecessariamente, outro sujeito passivo, vítima do dano eventualmente produzido pela ação do condutor.

Crime de perigo abstrato

Na observação de Henri Filiol “uma das infrações mais graves que se possa cometer, em matéria de trânsito automobilístico, pelos perigos

²⁹⁸ Apesar de índice não confirmado, segundo estimativa da Associação Brasileira de Acidentes e Medicina de Tráfego, cerca de 35% dos acidentes de trânsito com vítimas que ocorrem no Brasil são causados pelo álcool (Folha de S. Paulo, 3-3, edição de 19 de maio de 1998).

que apresenta no tocante à incolumidade pessoa, é a de guiar sob a ação do álcool. Não só o motorista embriagado, mas também aquele que ingeriu bebida etílica sem atingir a embriaguez, não se encontra apto a conduzir veículo motorizado pelas vias públicas²⁹⁹”.

Nada obstante essa opinião, nos termos do direito vigente, o autor é punível só pelo fato de estar dirigindo veículo automotor com a capacidade psicomotora alterada, cujo delito se aperfeiçoa ainda que a conduta não tenha exposto alguém a concreto perigo de dano, vale dizer, que tenha realizado qualquer manobra perigosa que pudesse causar dano a uma ou várias pessoas.

Quanto ao álcool, qualquer quantidade de álcool ou outra substância psicoativa é entendida como estado de perigo na condução de veículo autor, suficiente para configurar infração administrativa³⁰⁰ (em geral, correspondente a duas doses de uísque, dois copos de cerveja ou duas taças de vinho).

Ao tempo em que a lei exigia o “dano potencial” para configuração do crime em questão, parte da jurisprudência afirmava: *“o tipo penal em tela (art. 306 do CTB) exige que o agente exponha a dano potencial a incolumidade de outrem e, por isso, não basta que o agente se encontre embriagado, sendo necessário que se demonstre que ele dirigia de forma anormal (zig-zague, contramão de direção, subindo na calçada, cruzando sinal vermelho etc.)... não basta ao órgão acusatório provar que o motorista dirigia embriagado, pois é necessária a demonstração de que a conduta do sujeito revelou-se efetivamente perigosa para o bem jurídico protegido, vale dizer, é preciso comprovar concretamente a potencialidade lesiva de tal conduta”*³⁰¹ ou, ainda,

²⁹⁹ Filiol, Henri. *Imprégnation ethylique et accidents de la circulation*”, *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1954, pp. 713 e segs., *apud* Adauto Alonso S. Suannes, “Homicídio culposo: crime de bagatela?” (Cadernos de Advocacia Criminal, S.A.Fabris Editor, 1988, vol. 1, pp. 81/83)

³⁰⁰ Art. 165, CTB, que pune como infração administrativa: “Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência”. Art.276: “qualquer concentração de álcool por litro de sangue ou por litro de ar alveolar sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165”

³⁰¹ TACrim/SP, ap. n. 1.196.955/6, 1ª Câmara, rel. juiz Eduardo Goulart, j. 01.6.00 in Jurisprudência IBCCrim, agosto de 2.000, p. 474

*“inafastável a prova de que o acusado dirigia de modo evidentemente perigoso, ainda que potencialmente”*³⁰².

Não mais se ajustando esse julgado ao direito vigente, pode-se reafirmar a natureza de crime de perigo abstrato porque o tipo penal reescrito não refere a *dano potencial* que vinha inserido na redação originária. O perigo para a segurança viária e a incolumidade pública já é patente quando o condutor do automotor, sob aquela influência, não mais tem o necessário controle pessoal para dirigi-lo³⁰³.

Para caracterizar o delito é necessário apenas que seja comprovada a incapacidade de dirigir regularmente, por alteração da capacidade psicomotora. O que deve ser comprovada, então, é a desestabilização do condutor e não o quase dano às pessoas.

Dada a extrema gravidade dessa espécie de comportamento no trânsito, é como crime de perigo abstrato que essa conduta é severamente punida na França pelo artigo L234-1, do *Code de la route*³⁰⁴, ainda que o

³⁰² Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, 16ª Câmara, ap. 1.257.157-0-SP, Rel. Juiz Fernando Miranda, j. 7/6/2001, v.u., in Ementário Jurisprudência AASP n. 2251, p. 511

³⁰³ Anota Rui Carlos Kolb Schiefler, Promotor de Justiça Criminal em Santa Catarina, para quem o crime não exige dano ou risco concreto, que: “é certo que uma pessoa embriagada está na iminência de causar algum acidente, de atropelar alguém, de subir sobre uma calçada, de não conseguir frear atrás de outro veículo, enfim, não reúne as condições mínimas necessárias para conduzir um veículo em via pública. Está, muitas vezes, com a visão e a audição comprometidas, e com os reflexos lentos, afetados. Daí, fácil concluir-se que o simples fato de encontrar-se o motorista embriagado, já é suficiente para a caracterização do crime do art. 306 do CTB. Está ele, em todos os casos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem” (Embriaguez ao volante - não exigência de dano ou risco concreto, in Revista da APMP, março de 1998, p. 58).

O Tribunal de Justiça de Goiás, por sua 1ª Câmara, em julgado de 9.9.1999, rel. Des. Paulo Telles, decidiu que “o agente que sem o total controle de suas funções motoras, por vontade livre e consciente, dirige veículo automotor, em via pública, sem possuir a necessária habilitação legal ou permissão para tanto, pratica o delito previsto no art. 309 da Lei 9.503/97, ainda que inexistente real e direto perigo de dano, pois, por tratar-se de crime contra a incolumidade pública, se caracteriza pelo comportamento anormal do motorista, capaz de causar, a qualquer condutor, passageiro ou transeunte que estivesse no local, risco de dano” (RT 771/652)

³⁰⁴ Article L234-1 (modificado pela lei n. 2003-495)

I.-Même en l'absence de tout signe d'ivresse manifeste, le fait de conduire un véhicule sous l'empire d'un état alcoolique caractérisé par une concentration d'alcool dans le sang égale ou supérieure à 0,80 gramme par litre ou par une concentration d'alcool dans l'air expiré égale ou supérieure à 0,40 milligramme par litre est puni de deux ans d'emprisonnement et de 4 500 euros d'amende.

II.-Le fait de conduire un véhicule en état d'ivresse manifeste est puni des mêmes peines.

condutor não apresente sinais de embriaguez. Também como crime de perigo abstrato, no capítulo dos *Delitos contra la seguridad del trafico*, é punida a direção sob embriaguez no art. 379 do Código Penal espanhol de 1995³⁰⁵.

Como noticiam Fromont e Rieg, mais grave ainda é o castigo no sistema penal alemão que pune não apenas o condutor de veículo automotor, mas também o de bicicleta. A embriaguez ao volante (*Trunkenheit im Verkehr*, § 316), isto é, dirigir no trânsito estando o condutor de um veículo inapto a conduzir em razão de embriaguez, é uma infração de perigo abstrato, constituída, por conseqüência sem a superveniência de um perigo concreto; a infração pode ser cometida intencionalmente ou por negligência³⁰⁶.

A propósito desse delito, anota Maurach que “a penalidade é independente de se a condução do autor pôs ou não em perigo outros participantes do trânsito público. A perigosidade geral da condução em estado de ebriedade foi o motivo que o legislador teve em vista para penalizar dita conduta como delito de perigo abstrato”³⁰⁷.

O então Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, em acórdão proferido por sua 2ª Câmara Criminal, do qual foi relator o eminente Juiz Éric Ferreira e que nos deu a honra de menção à anterior edição deste livro, decidiu: “*aquele que, comprovadamente embriagado ao volante de seu carro, repentinamente pára o automóvel, dá marcha a ré e passa a distratar*

³⁰⁵ Artículo 379 (Modificado por LLOO 15/2003 y 15/207)

1. El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o a la de multa de seis a doce meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, y, en cualquier caso, a la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.

2. Con las mismas penas será castigado el que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. En todo caso será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro.

³⁰⁶ Fromont, Michel; Rieg, Alfred. *Introduction au droit allemand*, II, Ed. Cujas, Paris, 1984, p.320

³⁰⁷ Maurach, Reinhart. *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Astrea, 1994, 1/283

*os circunstâncias, incorre no crime previsto no art. 306 da Lei 9.503/97, pois este tipo penal não exige a ocorrência de perigo concreto, perfazendo-se com o simples ato de o agente dirigir na via pública em estado de embriaguez e em intensidade tal que, por si só, expõe a dano potencial a saúde de outrem*³⁰⁸.

O Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu que “*Importa considerar, ainda, que o crime previsto no art. 306, caput, da Lei 9.503/97, é de perigo abstrato, ou seja, as elementares da figura típica, condições de existência do crime, exigem, tão somente, a condução de veículo em estado de embriaguez, com determinada concentração mínima de álcool por litro de sangue*” (Apelação nº 0003740-58.2009.8.26.0128, Rel. Des. Nuevo Campos, julgamento em 18 de abril de 2013).

Tipo objetivo

Cuida-se de uma das hipóteses da antiga e genérica contravenção penal de direção perigosa de veículo (art. 34 da Lei de Contravenções Penais). Esse dispositivo da lei contravencional não está revogado porque: a) o art. 306 somente incrimina a conduta de quem esteja na direção de veículo automotor; b) a contravenção poderá ser praticada na direção de *qualquer veículo terrestre* com outras características ou embarcações em águas públicas e b) sob várias outras formas poderá ser realizado o tipo contravencional (“cavalos de pau”, “empinamento de motocicletas” etc.)³⁰⁹.

Estar *alcooolizado* ou, de qualquer forma, influenciado por ingestão de outra substância psicoativa, à direção de um veículo automotor, pode mesmo apontar para um comportamento perigoso, mas nem sempre o será, levando em consideração condições pessoais do condutor. Dependerá, como até intuitivamente se pode apreender, não apenas do teor de álcool no

³⁰⁸ HC 333.062/0, j. 28.01.1999, in R.T. 765/604 e seguintes

³⁰⁹ No encontro realizado em 3 de abril de 1998 pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo e Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminal, foi aprovada a conclusão 7) “O art. 34 da LCP foi apenas parcialmente revogado, uma vez que a ocorrência das condutas de dirigir embriagado ou imprimir velocidade incompatível enseja a incidência dos arts. 306 ou 311 do CTB, ao passo que as demais formas de direção perigosa acarretam o reconhecimento da norma contravencional” (Aviso n. 127/98 - PGJ, publicado no D.O.E. de 8/4/1998, p. 31)

sangue, mas principalmente do grau de tolerância individual, aqui importando os fatores idade, peso, nutrição, estado patológico e habitualidade de consumo. O grau de embriaguez não teria, assim, simetria com a quantidade de droga consumida.

Ilícito administrativo

O simples dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência, constitui infração administrativa (art. 165). O legislador, qualificando-a de gravíssima, não tolera ingestão de nenhuma substância que possa, de alguma maneira, influir na capacidade psicomotora do condutor, cuja prova se fará pelos procedimentos elencados no art. 277, sejam testes de alcoolemia, exames clínicos, exames periciais, testemunhas, imagens, vídeos e outras. Não chega a constituir infração penal por não existir, até aí, nenhuma interferência na coordenação do motorista e por isso a sua conduta não importa em grave risco à segurança no trânsito.

A recusa do condutor em se submeter aos testes e exames, dá ensejo a uma nova infração administrativa com imposição das penalidades e medidas do mesmo art. 165, mas não se constitui em presunção de culpa. As sanções e medidas aí previstas, são mera decorrência das atividades estatais do poder de polícia, as quais, porque impostas pelo ilícito administrativo, são independentes daquelas estabelecidas para o ilícito penal.

Ilícito penal

A embriaguez penalmente punível pressupõe a ingestão de álcool bastante para provocar a *desestabilização* do condutor, daí gerando perigo para a incolumidade pública. Segundo Almeida Jr., a definição da Associação Médica Britânica é esta: a palavra embriaguez será usada para significar que o indivíduo está de tal forma influenciado pelo álcool, que perdeu o governo de suas faculdades a ponto de tornar-se incapaz de executar com prudência o trabalho a que se consagra no momento³¹⁰.

Embriaguez é intoxicação transitória e aguda produzida pelo álcool ou outra substância inebriante; voluntária ou culposa, embora interfira na

³¹⁰ Almeida Jr, Lições de Medicina Legal, Companhia Editora Nacional, ed. 1978, p. 512.

capacidade psíquica da pessoa, não exclui a imputabilidade (art. 28, II, do Código Penal). Se for patológica ou crônica (não se confunde com a embriaguez habitual), poderá ser causa de inimputabilidade total ou parcial, já que aí se estará em face de uma anormalidade psíquica.

Normalmente, a embriaguez é constatada por exame de dosagem alcoólica³¹¹, cujo teste ou exame é facultativo ao condutor que não está obrigado a eles se submeter, nos termos do art. 277, *verbis*: “O condutor de veículo automotor envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito *poderá* ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, na forma disciplinada pelo Contran, permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência”.

Com isso, positivou-se não poder obrigar o acusado ao fornecimento de provas incriminatórias contra ele mesmo (*nemo tenetur se detegere*); aliás, esse princípio que de ninguém se pode exigir conduta de auto-incriminação, expressamente ou não encartado nas leis constitucionais ou processuais, é de ser reconhecido sempre como garantia do cidadão no estado democrático de direito. Evidentemente que a recusa à submissão do exame não pode estabelecer presunção de estado de embriaguez³¹² que, entretanto, jamais pode satisfazer plenamente o direito punitivo.

³¹¹ Antiga resolução 737/89 do CONTRAN, art. 2º, dispunha: “fica estabelecido que a concentração de oito decigramas de álcool por litro de sangue, ou de 0,4 mg por litro de ar expelido dos pulmões, comprovam que o condutor de veículo se acha sob influência de embriaguez alcoólica”. Conforme reportagem publicada na Folha de São Paulo, 3-3, edição de 19.5.98, especialistas em acidentes de trânsito acreditam que o limite de 0,6 g/l estipulado pelo Código de Trânsito Brasileiro é suave demais. Para o presidente da Abramet (Associação Brasileira de Acidentes e Medicina de Tráfego), Fábio Racy, o Brasil deveria adotar o zero absoluto, como ocorre em países como o Japão e a Suécia: “A sensibilidade ao álcool varia muito. Uma pessoa com 02, g/l pode estar completamente embriagada e outra com 1 g/l pode estar sóbria”. O presidente da Abdetran (Associação Brasileira de Departamentos Estaduais de Trânsito), Antônio Carlos de Carvalho, é outro defensor do zero absoluto.

³¹² Embora a recusa a submeter-se à dosagem alcoólica não faça prova contra o agente, tal circunstância era especialmente considerada pelos Tribunais para quem “reputa-se alcoolizado, para os fins do art. 306 do Código de Trânsito, o motorista que, recusando-se a submeter-se a exame de sangue para verificação de embriaguez, apresenta andar trôpego (ataxia) e trescala odor etílico (halitose alcoólica), após haver subido com seu veículo em calçada da via pública (RT 784/631). No entanto, em face da atual redação do art. 277, do Código de Trânsito Brasileiro, não pode gerar presunção de embriaguez, tão somente em face da recusa, sobretudo porque a lei estabelece outras formas comprovação desse estado.

Por tais razões e considerando também que o álcool pode variar de intensidade no que refere à sua influência nas pessoas, com tolerância diversificada ou, ainda, eventual demora na retirada pode fazer variar a curva de alcoolemia dificultando a avaliação de concentração de álcool no momento do fato, o exame clínico poderá se fazer necessário e ser elemento até mais valioso que a própria perícia para comprovação da embriaguez³¹³. A comprovação por exame clínico e principalmente por testemunhas e outros meios legalmente previstos, assume maior importância quando a intoxicação seja proveniente de outra espécie de substância de efeitos semelhantes³¹⁴.

Conquanto adequado o *nomen juris*, o tipo penal não emprega o vocábulo *embriaguez*. Pune o condutor que estiver com “capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência”.

À maneira de pretender inserir no tipo uma situação ou condição pessoal do condutor que devesse enunciar a “*capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência*” (*caput*), o legislador previu no seu § 1º que:

“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.

Quisera o legislador criar uma presunção absoluta de incapacidade do condutor em dirigir por conta da embriaguez, e, portanto, suficiente

³¹³ Decidiu-se que “o aferimento do estado etílico através de bafômetro é apenas mais um meio de prova para demonstrar que o condutor do veículo praticou a conduta prevista no art. 306 da Lei 9.503/97, pois a falta de regulamentação de uso do instrumento, de forma alguma, isenta de culpabilidade o agente, mormente se há prova testemunhal a comprovar seu estado de embriaguez” (TJGO, 1ª Câmara, j. 9.9.1999, rel. Des. Paulo Teles, in RT 771/652)

³¹⁴ “O exame de dosagem alcoólica não é o único meio hábil para o diagnóstico da embriaguez. O exame clínico, para sua verificação também o é, notadamente quando ela é percebida pelo cheiro que exala o réu” (TACrim, SP, 6ª Câmara, 3.4.79, rel. Cunha Camargo, RT 538/379) e “é sabido que a melhor prova do estado de embriaguez é a testemunhal, já que informa as condições físicas do indivíduo embriagado, muito conhecidas pelo andar inseguro, as palavras incoerentes e confusas. Daí por que já pronunciou a jurisprudência que, entre a prova pericial, concluindo pelo estado de embriaguez, e a testemunhal, afirmando não estar o agente embriagado, deve prevalecer esta última sobre aquela (TACrim, SP, 4ª Câmara, 30.11.82, rel. Albano Nogueira, RT 575/396)

para caracterização do crime, tão-somente pela constatação daquelas medidas. Mas, foi infeliz porque, em vez de inserir elementos de descrição típica, dispôs sobre aspectos de natureza probatória, mais adequados em lei de natureza processual-penal. Em face da disposição legal, “capacidade psicomotora alterada” é elemento normativo do tipo, expressão linguística cuja compreensão somente é possível após análise, nem sempre fácil, do seu real significado. A *constatação* de álcool ou outra substância psicoativa no organismo do condutor é apenas meio de prova indicativa de alteração dessa capacidade.

A esse propósito equivocado do legislador, seguiu-se-lhe a autoridade administrativa do Contran na expedição a Resolução n. 432/2013 que, ao arrepio do princípio da reserva legal, à maneira de pretender criar elementos de tipo penal, dispôs sobre caracterização de crime – não pela constatação de teores alcólicos, mas, pior -, por *procedimentos* utilizados para tanto, *verbis*:

“Art. 7º O crime previsto no art. 306 do CTB será caracterizado por qualquer um dos procedimentos abaixo:

I – exame de sangue que apresente resultado igual ou superior a 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue (6 dg/L);

II - teste de etilômetro com medição realizada igual ou superior a 0,34 miligrama de álcool por litro de ar alveolar expirado (0,34 mg/L), descontado o erro máximo admissível nos termos da “Tabela de Valores Referenciais para Etilômetro” constante no Anexo I

Obviamente, o simples fato de conduzir veículo com concentração de álcool nas quantidades mencionadas, sob pena de violação do princípio da ofensividade, não pode se constituir em presunção absoluta de alteração da capacidade psicomotora do condutor.

Ademais, temos que, na melhor hermenêutica, considerando que no mesmo dispositivo legal, o inciso II faz previsão de disposições genéricas (sinais que indiquem alteração da capacidade psicomotora) e o inciso I prevê disposições específicas (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), segue-se, - em melhor interpretação sistemática das normas e na busca da coerência com o conjunto, sobretudo para evitar contradições entre elas-, que a concentração dessas

substâncias, para configuração do delito, deve ser sempre aquela que *altere a capacidade psicomotora do condutor* que, nesse estado, não mais tem o controle para dirigir com segurança no trânsito.

É conclusivo, portanto, que para a caracterização do delito em exame, a lei não mais privilegia os índices de teor alcoólico que podem servir como prova de ingestão da substância e que poderia gerar, se isoladamente e quando muito, *presunção relativa* de alteração da capacidade psicomotora do motorista, de resto inservível para fins punitivos.

Registra Damásio de Jesus, em face da nova redação do art. 306, que “criou-se um tipo de perigo abstrato: o perigo é presumido pelo legislador. Trata-se de *presunção relativa*, pois admite contraprova (§ 2º, parte final). A Carta Magna, porém, não admite *presunções*, resvalando o tipo penal na responsabilidade penal objetiva. A capacidade psicomotora (elemento normativo do tipo), como ensinam os psicólogos, é de difícil definição e, quando alterada (elemento subjetivo), em face do álcool ou outra substância, varia de pessoa para pessoa, tornando difícil a prova do crime, abrindo brechas à defesa”³¹⁵. Em outro posicionamento Luiz Flávio Gomes, para quem “o novo artigo 306 não contemplou o chamado perigo abstrato ou presumido (tal como ocorria na redação de 2008), sim, o perigo abstrato de perigosidade real, que equivale ao perigo concreto indireto”³¹⁶.

Vem-se entendendo na jurisprudência:

*“A Lei nº 12.760/2012, alterou o disposto no artigo 306 do CTB. O tipo já não se realiza pelo simples fato de o condutor estar com uma determinada concentração de álcool no sangue e sim, por ele ter a capacidade psicomotora alterada em razão da influência do álcool, seja ela qual for. A concentração que antes constituía elemento do tipo passou a ser apenas um meio de prova dessa alteração. O resultado do exame constitui *presunção relativa*, em um sentido ou noutro. Houve descontinuidade típica, mas não *abolitio criminis*. Para os processos que ainda se encontrem em andamento, mormente as condenações impostas antes da vigência da alteração pendentes de recurso, como no caso dos autos, deve-se verificar se há evidência da alteração da capacidade psicomotora, sem o que não pode ser mantida a condenação. Caso em que há evidência nesse sentido. Condenação mantida. Penas aplicadas com parcimônia. Sentença con-*

³¹⁵ Dirigir com a capacidade psicomotora alterada, in Carta Forense, fevereiro/2013

³¹⁶ Embriaguez ao volante; não basta o perigo presumido, in Carta Forense, fevereiro/2013

firmada. Recurso desprovido. (TJRS, Apelação Crime nº 70052903184, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Batista Marques Tovo, julgamento em 27/06/2013, publicação no DJ de 21/8/2013).

A questão chegou ao Superior Tribunal de Justiça que já teve oportunidade de decidir que “...*A Lei n. 12.760/12 modificou a norma mencionada, a fim de dispor ser despcienda a avaliação realizada para atestar a gradação alcóolica, acrescentando ser viável a verificação da embriaguez mediante vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova, de modo a corroborar a alteração da capacidade psicomotora.* (HC 246.553/MT, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 08/10/2013, DJe 17/10/2013).

Em consonância com esse entendimento, outro julgado também no sentido de que “*com a alteração do artigo 306 da Lei 9503/97 pela Lei 12.760/12, foi inserida no tipo penal uma nova elementar normativa: a alteração da capacidade psicomotora. Conforme a atual redação do dispositivo penal constitui conduta típica a condução do veículo com a capacidade psicomotora alterada (caput) em razão da concentração de álcool por litro de sangue superior a 6 decigramas (§ 1º, I) ou em razão do consumo de substâncias psicoativas (§ 1º, II). Assim, a adequação típica da conduta, agora, depende não apenas da constatação da embriaguez (seis dg de álcool por litro de sangue), mas, também, da comprovação da alteração da capacidade psicomotora pelos meios de prova admitidos em direito. Aplicação retroativa da Lei 12.760/12 ao caso concreto, pois mais benéfica ao acusado. Ausência de provas da alteração da capacidade psicomotora, notadamente em razão do auto de exame de corpo de delito para fins de verificação de embriaguez alcóolica ter concluído que a periciada não apresentava sinais clínicos de embriaguez no momento do exame. Os agentes de fiscalização do trânsito sequer recordavam da ocorrência. Absolvição decretada.* (Apelação Crime nº 70057015950, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 19/12/2013, publicado em 20/3/2014).

Em face do direito legislado, tem-se, portanto, que o delito em questão se aperfeiçoa independentemente da quantidade de álcool no organismo, ou de outra substância tóxica constatável na urina do condutor etc., porquanto uma quantidade menor pode, dependendo da pessoa que as ingere, provocar mais alto grau de embriaguez, se evidenciado que o motorista, em razão do consumo dessas substâncias, não mais tem controle para dirigir com segurança no trânsito em razão da debilidade de coordenação psíquica e motora. Com relação a alguns tóxicos, dificilmente poderiam ser quantificados.

De outro turno, se a pessoa não tiver controle de direção do veículo automotor porque alterada a sua capacidade psicomotora e nela for constatada quantidade inferior àquela prevista na lei, *poderá existir o crime em questão*. E por isso já se decidiu que “*se o exame pericial confirma o estado de embriaguez do agente, embora não afira a dosagem alcoólica específica encontrada no sangue, resta caracterizada a figura delitiva do art. 306 da Lei 9.503/97, em face de se tratar de conduta geradora de perigo indireto, mediato ou difuso, ou dano potencial à coletividade*”³¹⁷.

Num caso em que o motorista foi surpreendido dirigindo automóvel fumando *maconha*, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina teve oportunidade de decidir: “*Conduzir veículo automotor sob a influência de substância psicoativa, distinta do álcool, que determine a dependência (art. 306 da Lei nº 9.503/1997). Insurgência ministerial acerca da decisão que rejeitou a denúncia por ausência de comprovação da materialidade. Exame pericial no investigado não realizado. Irrelevância. Agente que conduzia seu automóvel fazendo uso de um cigarro de maconha. Norma que, diferentemente do trato apresentado ao ilícito de embriaguez ao volante, não contém previsão exigindo concentração mínima da substância psicoativa no sangue do condutor. Possibilidade de demonstração da materialidade por meio de outras provas, como, no caso, o laudo pericial que confirma a presença de cannabis sativa linneu. Conduta, ademais, que, por si só, põe em risco a incolumidade pública. Crime de perigo abstrato. Decisão cassada. Recurso provido*” (TJSC - 2ª Câm. Criminal; ACr nº 2010.080913-1-Florianópolis-SC; Rel. Des. Tulio Pinheiro; j. 28/6/2011; v.u.).

ou

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.

Esses sinais indicativos, basicamente, nos termos da Resolução n. 432, de 23 de janeiro de 2013, do CONTRAN, são: sonolência, olhos vermelhos, vômito, soluços, desordem das vestes, odor de álcool no hálito, agressividade, arrogância, exaltação, ironia, falante, dispersão, dificuldade de equilíbrio, fala alterada e desorientação quanto ao tempo e lugar.

Esse conjunto de condições é indicativo do perigo à incolumidade pública consistente na conduta do motorista que nesse estado dirige automotor, com risco

³¹⁷ TACrim/SP, 7ª Câmara, j. 29.11.2001, rel. Juiz Salvador D’Andrea (RT 800/627)

de a qualquer momento perder o autocontrole e, portanto, incapaz de dirigir com o cuidado objetivo exigido no trânsito de veículos, expondo a perigo a segurança individual e coletiva³¹⁸.

O Conselho Nacional de Trânsito editou a Resolução Contran n. 460 (DOU, 27/novembro/2013), determinando que a partir do segundo semestre de 2014, os motoristas profissionais deverão se submeter a exames toxicológicos para obtenção ou renovação da habilitação, cuja finalidade é detectar o consumo de substâncias tóxicas como cocaína, crack, maconha e anfetaminas.

Por fim, observa muito bem o eminente jurista Renato Marcão que a lei não mais refere à condução em via pública e por isso o crime pode ocorrer no interior de propriedade privada, se presentes as elementares do tipo, mas deve ser constatada uma situação indicativa da tipicidade material, pois a absoluta ausência desta impede a persecução. E exemplifica: *“imagine-se hipótese em que o agente, estando em sua fazenda, onde nenhuma outra pessoa reside, e sem pretender dela sair, após ingerir alguma quantidade de cerveja, com a intenção única de conferir as condições das cercas da propriedade, se coloca a conduzir seu veículo automotor nos limites do imóvel rural, trafegando somente nas pastagens, e em algum momento, por sentir-se mal, para o carro e telefona em busca de socorro médico, que é rapidamente prestado, quando então é constatado que se encontrava embriagado. No caso indicado, não há sentido algum em instaurar persecução penal pelo crime de embriaguez ao volante, pois, embora formalmente configurado o delito, a total ausência de lesividade está por desautorizar providências de natureza penal”*³¹⁹.

Tipo subjetivo

O crime somente se comete dolosamente, com vontade livre e consciente de dirigir veículo automotor estando com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência.

³¹⁸ Ainda que se considere a segurança no trânsito terrestre o bem jurídico tutelado pela lei (em situação de abrangência, pode ser assim considerada porque se constitui em interesse de âmbito prévio para o bem que é a vida ou a integridade corporal das pessoas as quais restam ameaçadas pela conduta que coloca em perigo a sua incolumidade), tem-se que nos crimes de trânsito propriamente ditos, a objetividade jurídica será, ou a incolumidade pública (sujeito passivo é a coletividade), ou individual (sujeito passivo é a pessoa). A intensidade no ataque a esses bens jurídicos, sejam a segurança no trânsito ou a incolumidade pública e individual, propiciará o surgimento dos crimes de perigo (abstrato ou concreto) ou de dano.

³¹⁹ “O art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro conforme a Lei n. 12.760, de 20-12-2012” in site da Associação Paulista do Ministério Público

O crime poderia ser praticado por culpa *stricto sensu*, vale dizer, com imprudência ou negligência o autor dirigir veículo automotor estando com a capacidade psicomotora alterada; porém, na lei de trânsito não há ressalva nesse sentido. Em face da natureza excepcional do crime culposo, resta juridicamente impunível, por ausência de tipicidade, tal modalidade de conduta.

Consumação

O delito se consuma instantaneamente, vale dizer, quando e enquanto o autor estiver dirigindo veículo automotor com a capacidade psicomotora alterada em razão daquelas substâncias. A tentativa é tipicamente admissível (não o era quando simples contravenção, por disposição legal - art. 4º, LCP) e factível p.ex., se o autor naquela condição se colocar à direção do veículo automotor, mas for obstado por alguém de colocá-lo em marcha. Trata-se de situação que raramente ou quase nunca chegará aos tribunais.

Concurso de agentes

Se alguém induzir ou instigar uma pessoa com capacidade psicomotora alterada a dirigir veículo automotor, poderá ser partícipe deste crime do art. 306. Mas, se permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa nesse estado, sem condições de conduzi-lo com segurança, cometerá o crime do art. 310, registrando-se, assim, exceção pluralística à concepção monística no concurso de agentes.

Concurso aparente de normas

Princípio da consunção

Em face do princípio da consunção, este crime, que é de perigo para a incolumidade pública, será absorvido pelo crime culposo de dano para as pessoas individualmente, vale dizer, homicídio ou lesão corporal³²⁰.

³²⁰ Normalmente a embriaguez será objeto de imputação por culpa *stricto sensu*, posto que raramente tal estado do condutor poderá ser afastado da imprudência ou negligência. Mas, na difícil hipótese em que a embriaguez não tenha sido condição e nem ocasião propiciadora da realização da conduta culposa, será possível ser identificado o concurso formal de infrações.

Este ponto merece maior reflexão. Com efeito, é mais fácil compreender a absorção da embriaguez ao volante, punida com seis meses a três anos de detenção, pelo homicídio culposo mais gravemente punido (art. 302, dois a quatro anos de detenção) porque *major absorbet minorem*. Mais difícil é entender porquê o crime de lesão corporal culposa, mais levemente punido (art. 303, detenção de dois meses a dois anos) absorveria aquele primeiro. A possível dificuldade de compreensão decorre do absurdo tratamento legislativo para ambos delitos: pela cominação das penas, considerou-se que é mais grave a conduta de dirigir embriagado (crime de perigo) do que aquela culposa no trânsito consistente em produzir ferimentos numa pessoa (crime de dano) !!!

Mas, não será difícil entender o problema. Ora, ninguém em sã consciência e fundado em experiência geral, poderá negar que a realização típica da lesão corporal culposa é valorativamente superior àquela da embriaguez ao volante. Esta infração é, na verdade, um *minus* em relação àquela, dentro de um só contexto fático. Na progressividade das infrações, a violação da norma que proíbe dirigir embriagadamente um veículo automotor (por atentar genericamente contra a incolumidade pública), insere-se como antecedente valorativamente inferior à violação daquela outra que proíbe atentar contra a incolumidade individual através da conduta negligente. Tais fatos, vinculadamente, somente podem estar sujeitos à única incriminação típica, vale dizer, somente a do art. 303, do Código de Trânsito Brasileiro.

Pouco importa que o crime consunto ou consumido (embriaguez ao volante) seja apenado mais gravemente que o crime consuntivo (lesão corporal culposa). Valendo-nos da lição de Sebastián Soler, “na hipótese de concurso de leis sucede, às vezes, que *poena minor absorbet majorem*³²¹”, precisão doutrinária do grande penalista argentino e que não escapou à observação de Marcelo Fortes Barbosa ao afirmar que “a idéia de maior ou menor valor induziria que a consunção conduziria sempre a absorção do delito-tipo menos grave pelo mais grave, havendo unidade de fato, e tal

³²¹ Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino, Tipografica Editora Argentina, Buenos Aires, 1988, p.231

assertiva, autor renomado como Soler não aceita, ao afirmar que a consumção sucede nos casos em que as figuras têm uma relação de mais a menos, de parte a todo, de imperfeição a perfeição e de meio a fim, *sem aduzir a necessidade indeclinável de maior apenação da norma consuntiva em relação à norma consumida*³²².

Este crime não absorve o crime de dirigir sem habilitação ou permissão (art. 309), embora parte da jurisprudência entendesse, quando simples contravenções penais, que a figura do art. 34 (direção perigosa) consumia a do art. 32 (dirigir sem habilitação). *Haveria* concurso formal de infrações; mas, nesse caso o autor do crime de embriaguez ao volante responderá por esse delito com a agravante do art. 298, III.

Concurso de crimes

No caso do autor estar dirigindo embriagado e danificar um veículo, poderá haver concurso material com o crime do art. 305 se realizar outra conduta consistente em afastar-se para fugir da responsabilidade civil, posto serem identificadas ações completamente independentes³²³. Por iguais razões, poderá haver concurso material com o crime de inovação artificiosa (art. 312).

Se o autor estiver dirigindo embriagado, participando de “racha”, ou trafegar em velocidade incompatível próximo de hospitais, escolas etc. (arts. 308, e 311), posto cometê-los com apenas uma só ação, poderá haver concurso formal entre eles.

Observa-se que, se o condutor embriagado estiver dirigindo sem possuir permissão para dirigir ou habilitação, ou permissão para dirigir ou habilitação de categoria diferente da do veículo (art. 309), haveria concurso formal de infrações que, entretanto, restará afastado, respondendo o agente apenas pelo crime do art. 306 (embriaguez ao volante) com as agravantes do art. 298, III e IV.

³²² Barbosa, Marcelo Fortes. Concurso de Normas Penais, Ed. Revista dos Tribunais, 1976, p. 91

³²³ Em face do direito alemão, leciona Reinhart Maurach haver concurso ideal entre a condução de um veículo motorizado em estado de embriaguez e a subsequente fuga do lugar do acidente (ob. cit., II/569). Porém, considerando já estar aperfeiçoado o primeiro crime (pela só conduta consistente na direção do veículo em estado de embriaguez) quando da ação executiva do segundo crime, através de nova conduta, modestamente entendemos que tais infrações se encontram em concurso material e não concurso formal.

Todavia, na conduta do agente que estava dirigindo sem habilitação e sob influência do álcool, entendeu o então Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo haver *concurso material* de infrações³²⁴, solução que entendemos equivocada, haja vista a expressa previsão legal para a hipótese. *Haveria* concurso formal posto que o agente com uma só conduta de dirigir teria realizado os dois tipos penais; porém, o fato de dirigir sem habilitação legal, sobre não ser qualificador do crime de embriaguez ao volante, é dele simples circunstância agravante.

Ação penal

A ação penal é pública incondicionada.

O processo é de competência do Juízo Criminal Comum.

6. Violação de suspensão ou proibição de se obter permissão ou Carteira Nacional de Habilitação

art. 307: Violar a suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor imposta com fundamento neste código.

Pena: detenção, de seis meses a três anos e multa, com nova imposição adicional de idêntico prazo de suspensão ou de proibição.

§ único: Nas mesmas penas incorre o condenado que deixa de entregar, no prazo estabelecido no § 1º do art. 293, a Permissão para Dirigir ou a Carteira de Habilitação.

Bem jurídico

O bem jurídico tutelado pela norma é o prestígio da autoridade da administração da justiça, no devido cumprimento das ordens dela emanadas.

Sujeito ativo

A pessoa a quem tenha sido imposta a penalidade da suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

³²⁴ RT 782/614

Sujeito passivo

É Administração da Justiça que, com fundamento no Código de Trânsito Brasileiro, aplica ao agente aquela penalidade.

Tipo objetivo

Não se trata propriamente de crime de trânsito. Este tipo incriminador é especial em relação ao art. 359 do Código Penal que dispõe sobre o crime denominado “desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito”. Trata-se de crime contra a Administração da Justiça interessada no exato cumprimento das determinações dela emanadas e, no caso, diretamente de sentença proferida em processo por crime de trânsito que impõe a *pena de suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor*.

A descrição típica dá a impressão de proibir apenas a conduta consistente na violação de suspensão ou proibição “de se obter” a permissão ou a habilitação, o que afastaria de sua incidência a conduta daquele que estivesse dirigindo veículo automotor, cujo direito de dirigir lhe fora suspenso, proibido ou cassado, quando na realidade esa seria, corretamente, a conduta incriminada.

Mas, é nesse sentido que vem sendo decidido pelos tribunais, *verbis*: “O delito do artigo 307 do CTB pressupõe a violação de uma imposição, seja administrativa ou penal, que restou configurada pela CNH vencida e suspensa (Turmas Recursais, RS, RCrim 71001533751, Rel. Juiz Clademir José Ceolin Missaggia, j. 21.1.2008)”.

Tal como utilizado no código penal para os crimes de violação de correspondência, domicílio, sepultura etc., igualmente neste caso a conduta incriminada no *caput* consiste numa *violação*, vale dizer, numa transgressão ou infringência, mas agora daquela suspensão ou proibição de se *obter* permissão ou habilitação. Pune-se o comportamento daquele que não obedeceu, através de conduta comissiva, à suspensão ou proibição de dirigir, seja decorrente de ordem administrativa ou ordem judicial contida em decisão cautelar (v. art. 294) ou em sentença penal que anteriormente o condenou por um crime de trânsito, na qual lhe foi imposta a sanção de suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou habilitação (penalidade que pode ser principal, isolada ou cumulativa, pelo prazo de dois meses a cinco anos (arts. 292 e 293)).

Cometida a violação, além de sujeitar o seu autor à pena detentiva e multa, nova suspensão ou proibição lhe será imposta por prazo idêntico àquele anteriormente fixado na decisão administrativa ou sentença penal condenatória.

Conduta assemelhada vem prevista no parágrafo único, mas desta feita referindo-se ao “condenado” – pressupondo, portanto, o trânsito em julgado da sentença condenatória - que deixa de entregar, no prazo de 48 horas, o documento de permissão para dirigir ou a carteira de Habilitação.

Tipo subjetivo

O crime somente poderá ser cometido dolosamente, exigindo-se, pois, prévia e efetiva ciência do agente acerca da penalidade que se lhe fora imposta.

Consumação

O crime se consuma no instante em que o autor, contra a proibição imposta em ordem administrativa ou judicial, dirige veículo automotor. Poderá ocorrer tentativa, mas de raríssima ocorrência, se o condutor se puser ao veículo, mas não o coloca em marcha.

Concurso de agentes

Embora se trate de crime de atuação pessoal, dito de mão própria, perfeitamente possível a participação daquele que induz, instiga ou auxilia o condenado a violar aquela pena judicialmente imposta, como seria o caso do despachante policial que, sabedor da proibição, contribui burocraticamente na obtenção daquele direito; mas aí, evidentemente, não poderá ser aplicada ao partícipe a “nova imposição adicional de suspensão ou proibição”, porque cabível somente contra o autor.

É possível também a participação de funcionário da administração pública. Além de possível crime funcional previsto no Código Penal e legislação extravagante, será partícipe aquele que, ciente e consciente da proibição judicialmente imposta, outorgue ou permite que se outorgue a nova permissão ou habilitação para dirigir.

Concurso aparente de normas

Princípio da especialidade

A conduta violadora da pena criminal de suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação imposta com fundamento no Código de Trânsito Brasileiro, é típica especial em face da norma geral do art. 359 do Código Penal que incrimina o comportamento de quem exerce função, atividade, direito ou múnus, de que foi suspenso ou privado por decisão judicial.

Princípio da consunção

Se o autor empregar fraude (delito-meio) para violar a suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação (delito-fim), aplicado será o princípio da consunção (relação de meio a fim), isto é, o artifício por ele usado será absorvido por este crime, posto que meio necessário para consecução do fim.

Ação penal

A ação penal é pública incondicionada e o processo é de competência do Juizado Especial Criminal.

7. Deixar de entregar em 48 horas, a Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação

art. 307, § único - Nas mesmas penas incorre o condenado que deixa de entregar, no prazo estabelecido no § 1º do art. 293, a Permissão para Dirigir ou a Carteira de Habilitação.

Bem jurídico

O bem jurídico tutelado pela norma é aqui, também, o prestígio da autoridade da administração da justiça, cujas ordens dela emanadas deverão ser cumpridas.

Sujeito ativo

Trata-se de crime personalíssimo que somente pode ser cometida pela pessoa que foi condenada por crime de trânsito, admitindo-se a participação.

Sujeito passivo

A Administração da Justiça que impôs condenação por crime de trânsito ao sujeito e, na seqüência, lhe determina a entrega do documento de habilitação.

Tipo objetivo

Trata-se de um tipo incriminador que não guarda nenhuma pertinência com o *caput*. Enquanto o *caput* se refere à *suspensão ou a proibição de se obter permissão ou habilitação* (e, portanto, pena imposta por crime de trânsito), o § único cuida de hipótese diversa, ou seja, pune a conduta do *condenado* que deixa de entregar em 48 horas, a permissão ou carteira de habilitação, isto é, relaciona-se com efeito de condenação. Mas, foram previstos ambos delitos num mesmo tipo porque de qualquer maneira as condutas enunciam desobediência a uma ordem legal.

Se o sujeito é condenado por crime de trânsito, um dos seus efeitos é a cassação do documento de habilitação (art. 263, III) e, para tanto, o condenado é compelido à apresentação desse documento (ou da chamada *permissão para dirigir* que é também habilitação, embora precária) à autoridade judiciária. Trata-se de conduta tipicamente omissiva própria, especial em face do crime comum de desobediência previsto no art. 330 do Código Penal.

Para aperfeiçoamento do tipo penal é imprescindível que haja determinação expressa e clara no sentido de cumprimento da ordem dada. A inequivocidade da determinação é que poderá sujeitar o desobediente às penas ali previstas e a equivocidade poderá interferir com o dolo nos seus elementos cognoscitivo e volitivo. É claro, ordem que possa ser cumprida, pelo que não se poderá falar no delito em questão se o autor não mais tiver o documento consigo, como no caso de apreensão ou extravio.

Embora o § único diga que está sujeito às mesmas penas do *caput*, não se entende a imposição de sanção consistente em *nova* suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação que somente é possível no crime previsto no *caput*.

Tipo subjetivo

O crime só pode ser cometido na forma dolosa, isto é, vontade livre e consciente de desobedecer a ordem judicial não entregando o documen-

to de habilitação no prazo marcado. Necessário que o autor tenha conhecimento inequívoco da ordem recebida.

Consumação

O crime se consuma instantaneamente, vale dizer, quando não atendida a determinação decorrido o prazo de 48 horas que somente poderá ser contado nos dias úteis de funcionamento do fórum. Se for intimado às 15 horas da sexta-feira, o prazo final será às 15 horas da terça-feira seguinte.

Tratando-se de conduta que somente pode ser realizada na forma omissiva, inadmissível é a tentativa. Ou o autor não entrega o documento no prazo e o crime já está consumado ou o entrega e não haverá ilícito punível.

Concurso de agentes

É possível participação por parte daquele que induz ou instiga o autor a não entregar o documento à autoridade judiciária.

Concurso aparente de normas

Princípio da especialidade

Tratando-se de desobediência consubstanciada na recusa do condenado por delito de trânsito que, após trânsito em julgado da sentença, é intimado a entregar a permissão para dirigir ou carteira de habilitação à autoridade judiciária (art. 293, § 1º), subsume-se a conduta no art. 307, § único. Haveria concurso ou conflito aparente de normas, resolvido pelo princípio da especialidade, pelo que a norma especial afastará a incidência da norma geral de crime de desobediência do art. 330 do Código Penal.

Ação penal

A ação penal é pública incondicionada e o processo é de competência do Juizado Especial Criminal.

8. Participação em corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada.

Art. 308. Participar, na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade competente, gerando situação de risco à incolumidade pública ou privada:

Penas - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1º Se da prática do crime previsto no caput resultar lesão corporal de natureza grave, e as circunstâncias demonstrarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo, a pena privativa de liberdade é de reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo.

§ 2º Se da prática do crime previsto no caput resultar morte, e as circunstâncias demonstrarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo, a pena privativa de liberdade é de reclusão de 5 (cinco) a 10 (dez) anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo.

Disputar corrida por espírito de emulação é, antes, infração administrativa (art. 174). E o art. 67 determina que as provas ou competições desportivas, inclusive seus ensaios, em via aberta à circulação, só poderão ser realizadas mediante prévia permissão da autoridade de trânsito da circunscrição, preenchendo-se os requisitos ali elencados.

Bem jurídico

O bem jurídico tutelado pela norma é a incolumidade pública e privada.

Sujeito ativo

É a pessoa que, na direção de veículo automotor, participa, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada. Aqui, a figura do participante em racha não se identifica com o eventual participante no concurso de agentes.

Sujeito passivo

É a coletividade, na preservação de sua incolumidade. Eventualmente poderá sê-lo, também, a pessoa que sofrer violação na sua incolumidade física.

Tipo objetivo

O verbo participar é aqui empregado no sentido genérico de tomar parte de alguma coisa. Realiza o tipo em questão, aquele que participar de corrida, disputa ou competição automobilística, vale dizer, nelas concorrer dirigindo um veículo automotor. O crime é de concurso necessário, posto que não há possibilidade de *participar* sozinho na realização das condutas incriminadas.

Corrida, segundo De Plácido e Silva, deriva de “correr”, expressa na linguagem comum, a ação de correr: é a *carreira*³²⁵. Significa simplesmente ato de correr, pelo que não é necessário o intuito da disputa ou contenda, enfim, competição, daquilo que se chama *para ver quem chega primeiro*. A princípio, portanto, “corrida” pode ser realizada por uma só pessoa num veículo automotor, mas o núcleo do tipo “participar” impõe forma de realização de conduta em concurso necessário. E, dessa forma, para a realização típica, não seria simplesmente desenvolver alta velocidade, mas sim fazê-lo por exibicionismo ou com espírito de emulação. Disputa é contenda, mas no sentido da lei é o mesmo que competição, vale dizer, uma luta que se estabelece entre dois ou mais automobilistas na demonstração de maior potência ou velocidade do veículo automotor.

Por certo não fora intenção do legislador deixar de fora a competição *motociclística*, tão freqüente quanto a *automobilística*, bem como eventual competição com utilização de outros veículos automotores. Mas, na descrição típica do comportamento proibido, escolheu uma espécie de veículo (v. classificação no artigo 96). Rigorosamente, somente seria alcançado pelo art. 308 em exame, aquele que participar de corrida, disputa ou competição *automobilística* não autorizada, cuja adjetivação decorre do substantivo *automóvel*.

Assim, um “racha”, poderia ser realizado de seguintes maneiras: 1) com dois ou mais automóveis (competição *automobilística*); 2) com duas ou mais

³²⁵ Plácido e Silva. Vocabulário Jurídico, ed. Forense, 1998, verbete “corrida”, p. 227

motocicletas (competição *motociclística*); 3) com um automóvel e uma motocicleta (competição de automotores, mas *nem automobilística e nem motociclística*); 4) com dois ou mais automóveis e uma motocicleta (competição *automobilística*) e 5) com duas ou mais motocicletas e um automóvel (competição *motociclística*). Teria andado melhor o legislador, para evitar problemas de interpretação e abranger as mais diversas situações, fazer a incriminação seguinte: “Participar, em via pública, de corrida, disputa ou competição não autorizada pela autoridade competente, na direção de veículos automotores”.

Embora o legislador tenha utilizado a expressão *automobilística*, temos que a norma admite interpretação extensiva para abarcar *todos os veículos automotores terrestres*, porque não fazê-la seria sacrificar a lei apenas pela literalidade. A disputa ou competição automobilística é perfeitamente equiparável à motociclística ou ainda quando envolvam veículos automotores de outra espécie. Compreende-se, dentro do espírito da lei punindo mais severamente as infrações cometidas no trânsito, que foi seu objetivo punir os freqüentes “rachas” envolvendo automóveis e principalmente motocicletas.

Aliás, anota Frederico Marques³²⁶ que “o Desembargador Vieira Ferreira, na monografia intitulada - Da Responsabilidade Civil em Acidentes de Automóvel, ressalta que “automóvel” abrange, na linguagem jurídica, todos os veículos levados por motores da mesma natureza, como os auto-ônibus, que substituíram as antigas diligências, com diferentes denominações regionais, qual a das jardineiras, no interior de São Paulo, os caminhões, as baratas, os tanques, as ambulâncias, as motocicletas (bi, ou tri) e outros”.

De qualquer maneira, a competição não autorizada será penalmente típica somente se realizada em via pública.

As manobras perigosas consistentes em “cavalo de pau”, ziguezague, acrobacia, empinamento de motocicletas ou com elas trafegar com uma roda só, a princípio estão fora do tipo e subsistirão como formas de conduta de direção perigosa (art. 34 da Lei de Contravenções Penais); mas, como normalmente tais atos são precedidos de pelo menos *corrida* (cf. Aurélio, é ato de correr, correria, caminho percorrido entre dois pontos conhecidos), isto é, com desenvolvimento de velocidade incompatível com a segurança no trân-

³²⁶ Marques, José Frederico. Tratado de Direito Penal, Ed. Saraiva, 1961, volume IV, p. 249

sito, poderão tais condutas ser nele abarcados se forem duas ou mais pessoas disso participantes.

Tipo subjetivo

Crime doloso, pela vontade livre e consciente de fazer parte na corrida, disputa ou competição de automotores.

Crime de perigo abstrato

Desnecessário fora mencionar ou condicionar a incriminação, no final do dispositivo: “gerando situação de risco à incolumidade pública ou privada” porque a tipificação de qualquer crime, em razão do caráter subsidiário do direito penal, somente é possível por gerar algum risco ou perigo para o bem jurídico que pretende tutelar.

Sendo crime de perigo, configura-se pela só realização da conduta arriscada, da qual poderia resultar dano (lesão efetiva) em alguém.

No caso, o perigo necessariamente existe porque, além de exigir que a conduta se realize em via pública, a tanto é também exposto o próprio condutor de cada qual veículo, ou seja, a incolumidade privada.

Consumação

O crime se consuma pelo simples fato da participação na corrida, disputa ou competição automobilística proibida. A tentativa é possível se evidenciado que os participantes, a postos, estavam prestes a fazê-lo, mas forem impedidos pela ação policial ou de terceiros.

Mesmo nas formas qualificadas, a consumação se dá tão-somente com a realização da conduta descrita no tipo básico.

O crime preterdoloso, como espécie de crime qualificado pelo resultado, não admite tentativa, mesmo porque esse resultado não pode ser objetivado pelo agente.

No crime de perigo, cuja vítima é a coletividade, pode eventualmente ser produzido um dano (morte ou lesão corporal), mas apesar do resultado danoso, o crime continua sendo de perigo.

Concurso de agentes

Tendo o tipo utilizado o verbo “participar”, o crime é de concurso necessário e todos serão autores. Também, é possível que alguém induza ou instigue o autor a tomar parte de corrida, disputa ou competição automobilística e aí figurará como partícipe e responderá igualmente pelo crime.

Leciona Paulo de Souza Queiróz que “se duas pessoas ajustam entre si a realização de um ‘pega’ ou ‘racha’ (Código de Trânsito, art. 308) e um deles vem a colidir com um terceiro, causando-lhe a morte, o causador do evento letal responderá como autor de crime culposo (abstraída a discussão sobre a possibilidade de dolo eventual), enquanto o outro responderá por participação culposa; se este eventualmente tiver também colidido com o terceiro, haverá co-autoria”.³²⁷

Embora não se cuide propriamente de concurso no crime de racha, o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.306.731 - RJ (2011/0249384-0) em 22 de outubro de 2013, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, num caso em que a acusação imputara a ambos réus, em coautoria, o crime de homicídio por dolo eventual pela participação em “pega” ou “racha” com velocidade excessiva, mas que o Tribunal do Júri condenou um dos réus por homicídio culposo (art. 302, do Código de Trânsito Brasileiro) e outro por homicídio doloso (art. 121, do Código Penal), reconhecendo nessa decisão violação à teoria monista adotada pelo Código Penal (art. 29), concedeu “habeas corpus” de ofício para estender a decisão condenatória por homicídio culposo àquele condenado por homicídio doloso.

Concurso aparente de normas

Princípio da especialidade

Somente dirigir veículos na via pública, pondo em perigo a segurança alheia, constitui contravenção penal (art. 34 da Lei de Contravenções

³²⁷ Direito Penal. Parte Geral. 4ª ed. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2008, p. 252/253

Penais). Essa conduta perigosa também vem inserida no art. 308 do Código de Trânsito Brasileiro, contendo este elementos especializantes, pois que cuida de dirigir veículos automotores participando de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade competente. A realização do tipo especial, afasta a incidência da norma geral.

As manobras perigosas consistentes em “cavalo de pau”, ziguezague, acrobacia, empinamento de motocicletas ou com elas trafegar com uma roda só, a princípio estão fora do tipo e subsistirão como formas de conduta de direção perigosa (art. 34, LCP). Contudo, se tais atos forem precedidos de pelo menos *corrida* (cf. Aurélio, é ato de correr, correria, caminho percorrido entre dois pontos conhecidos), e *se forem duas ou mais pessoas* participantes de tais farras e brincadeiras, com desenvolvimento de velocidade incompatível com a segurança no trânsito, poderão tais condutas caracterizar o crime do art. 308 do Código de Trânsito Brasileiro.

Princípio da consunção

Hipótese freqüente é a ocorrência dos crimes de homicídio e lesão corporal (culposo e até mesmo doloso eventual³²⁸) quando da prática do crime de racha. Em qualquer caso, este crime, por ser de perigo, restará absorvido por aqueles de dano.

Racha qualificada

§ 1º Se da prática do crime previsto no caput resultar lesão corporal de natureza grave, e as circunstâncias demonstrarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo, a pena privativa de liberdade é de reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo.

§ 2º Se da prática do crime previsto no caput resultar morte, e as circunstâncias demonstrarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo, a pena privativa de liberdade é de reclusão de 5 (cinco) a 10 (dez) anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo.

³²⁸ No capítulo V (Crime doloso), tivemos tratado em item especial a questão da culpa consciente e o dolo eventual nos crimes de trânsito, informando que há tendência jurisprudencial em reconhecer o dolo eventual na hipótese de morte decorrente de “racha”.

Crime preterdoloso

O legislador previu resultado agravador apenas neste tipo de crime, com configuração de crime preterintencional. *Não o fez quanto ao crime de embriaguez ao volante e outros crimes de perigo*. Tomando-se por exemplo o caso do motorista que com vontade livre e consciente dirige em estado de embriaguez ou com espírito de emulação (crime doloso) e assim causa a morte de uma pessoa (evento culposo), daria ensejo ao chamado crime *preterdoloso* ou *preterintencional*, que etimologicamente significa “que ultrapassa a intenção”, cujo resultado é mais grave do que a vontade de quem cometeu a ação dolosa, dizendo-se assim em dolo no *crime antecedente* e culpa no *consequente*.

Existe aí um crime fundamental doloso, acrescido de um evento agravador não abrangido pelo dolo do motorista e, por fim, especial agravação de pena cominada para a reunião desse crime fundamental com o evento preterdoloso. Afinal, o perigo típico criado com a realização do crime fundamental (antecedente) é um perigo normal, ínsito na conduta de quem tem o dever de representar que de tal conduta possa resultar um evento mais grave (morte ou lesões corporais), cuja negligência consequente só fora gerada, ou se tornara psicológica e fisicamente possível, em razão do dolo no crime antecedente.

O fato tomado como exemplo, pareceria para uns, não se ajustar perfeitamente à ideia de crime preterintencional, cuja figura delituosa se caracterizaria pela ocorrência de *evento único*, mas excedente, apenas *quantitativamente*, do fim colimado pelo agente, como é o crime de lesão corporal dolosa seguida de morte (art. 129, § 3º, do Código Penal). E para outros, porque há *dois eventos* heterogêneos e também *qualitativamente diversos* (e.g., “racha” ou embriaguez ao volante e homicídio), dos quais apenas um – o primeiro - é visado pelo agente.

O evento não querido diretamente imputa-se se concorrerem algumas condições determinadas em relação a alguns delitos especiais. Com a realização do crime antecedente, há possibilidade verossímil de causação do evento consequente. Quem dirige um veículo em estado de embriaguez ou participando de “racha”, implícita ou tacitamente quer um fato (crime-base) do qual pode seguir com verossimilhança um evento mais

grave, identificando-se mesmo uma tendência do fato até o evento consequentemente produzido. Essa aferição se faz pelo conhecimento da possibilidade segundo a experiência e o curso ordinário das coisas.

Quase sempre o bem jurídico protegido pelo crime-base é o mesmo protegido com a imputação do evento maior. Esse nexos é particularmente estreito na lesão corporal além da intenção, para a qual tanto o crime-base (lesão-fim) como o evento maior (consequências mais graves de lesão) não somente ofendem a *pessoa*, senão em forma mais específica, a *integridade corporal*.

A preterintencionalidade pode se configurar mesmo em casos de *aparente* distinção de bens jurídicos tutelados. Se considerarmos que dos crimes contra a incolumidade pública derive um evento não querido, observamos que nestes casos, ainda que não haja identidade entre o bem jurídico agredido pelo crime-base (incolumidade pública) e o que resulta ofendido pelo evento maior (vida ou perigo de vida), longe de serem completamente distintos, há uma verdadeira afinidade porque a vida ou a integridade pessoal são bens que estão tutelados indiretamente pelas disposições sobre a incolumidade pública. Em realidade, “racha” ou embriaguez ao volante é um delito menor em relação ao homicídio ou lesão corporal que lhe suceda. A violação da norma que proíbe dirigir um veículo automotor de maneira perigosa (por atentar genericamente contra a incolumidade pública), insere-se como antecedente valorativamente inferior à violação daquela outra que proíbe atentar contra a incolumidade individual através da conduta negligente. Ainda que se considere a *segurança no trânsito terrestre* o bem jurídico tutelado pela lei, na realidade, em situação de abrangência, pode ser assim considerada porque se constitui em interesse de âmbito prévio para o bem que é a vida ou a integridade corporal das pessoas as quais restam ameaçadas pela conduta que coloca em perigo a sua incolumidade.

Na formulação do tipo de crime preterintencional, o nexos entre o crime-base contra a incolumidade pública e o evento maior pode ser estabelecido pelo emprego do verbo *causar*, ou menos energicamente *produzir* ou *por efeito, em consequência, derivar* ou *seguir*. O legislador preferiu empregar - num mesmo parágrafo - o verbo *resultar* e o seu particípio passado *resultado*, buscando semelhança àquele utilizado na redação do tipo do crime de lesão corporal seguida de morte.

De qualquer forma, o resultado material deve decorrer da ação do agente, simetricamente à natural progressão do crime de perigo até o dano. Esta afirmação levaria a questionar se assumiria o valor de *causa*, o fato do agente em relação a um evento *não produzido diretamente* por ele. Haverá *causa* se o evento não se produziria sem o fato do agente, vale dizer, quando não se pode prescindir da ação do agente sem que o resultado deva desaparecer. Desnecessário que a ação do agente constitua a *causa necessária* ou *indispensável*, suficiente por si mesma, para produzir o evento, sendo bastante que se apresente como *pressuposto necessário* ou *conditio sine qua non* do efeito, em tudo obedecendo à subjetividade e eticidade contida no art. 19, do código penal, afastando a responsabilidade objetiva ao dispor que “pelo resultado que agrava especialmente a pena só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente”, afastando-se toda e qualquer possibilidade de imposição de pena apenas com base na existência pura e simples da conexão causal objetiva entre a conduta do agente e o resultado agravador.

A adequação típica do crime preterdoloso pela morte não apresenta nenhuma dúvida posto tratar-se de resultado *ingraduável*, não assim quanto à lesão corporal que, sobre ser graduável, se de natureza grave vem definida no art. 129, § 1º, do Código Penal. A lesão corporal de natureza leve, que não é qualificadora, poderá servir para modulação da pena do crime de “racha”.

Por fim, abstraindo-se a hipótese da inadmissível responsabilidade penal objetiva e considerando o postulado do direito penal da culpa em conceber que todo ato do homem deve haver um mínimo de participação subjetiva (seja por culpa consciente ou inconsciente), tornando exigível ao menos a previsibilidade do resultado danoso qualificador, é altamente tormentoso acompanhar o raciocínio do legislador e tentar entender como e por quê se o agente culposamente mata alguém quando pratica o crime de racha, a pena é de 2 a 4 anos de reclusão (art. 302, § 2º), e quando pratica o crime de racha e dele resulta morte culposa, a pena é de 5 a 10 anos de reclusão (art. 308, § 2º) !

Exatamente quem deveria obedecer, não cumpriu com o princípio da *lex certa* que determina dever ser a lei formulada de maneira precisa e cla-

ra para não apresentar qualquer dúvida quanto à determinação das condutas que se quer proibir, com isso ensejando dúvidas de interpretação, fomentando a previsível e desnecessária controvérsia doutrinária e jurisprudencial, gerando mais insegurança jurídica. E lança uma infeliz e inoportuna charada, perquirindo: o motorista mata alguém quando está perpetrando racha? ou está perpetrando racha quando mata alguém? Como se verá a seguir, o legislador teria obrado com livre consciência e vontade de produzir o desastroso resultado a ele causalmente imputável, mas não se houve com capacidade de entender o caráter enigmático do fato.

“Racha” com resultado morte *versus* Homicídio Culposo qualificado pelo “racha”

Se é contrário à lógica legislativa que a mesma atividade criminosa venha reprimida por prescrições divergentes, muito pior ainda se tal ocorre por prescrições idênticas ou semelhantes, como aquelas contidas nos arts. 302, § 2º (homicídio culposo com “racha”) e 308, § 2º (“racha” com homicídio culposo), mas diversas quanto às penas, mais grave neste último.

A colossal distorção ou desconformidade foi perpetrada com inquestionável dolo direto do legislador, cuja conduta jamais se amoldaria à ideia de dolo eventual e muito menos de negligência tautológica porque, no curso do projeto de lei 2.592/2007 convolado na lei n. 12.971/2014, foi oportuna e expressamente alertado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados com parecer da Deputada Sandra Rosado que, em 9 de abril de 2014, registrou, *verbis*:

“Todavia vislumbramos que no Projeto original encontra-se uma **incongruência** de natureza redacional.

Ora a parte final do § 2º do art. 302 e o disposto no art. 308, ambos alterados pelo Projeto de Lei nº 2.592-A/07, aprovado na Câmara dos Deputados em 24/4/2013, existe **duplicidade de condutas típicas**, pois, em acatando emenda de Plenário, esqueceu o Relator de verificar que o fato já estava tipificado em outro dispositivo.

Há, assim, **conflito de penalidades** nos dispositivos aprovados pela Casa, uma emenda de técnica legislativa deve ser aprovada nesta ocasião para que não subsista qualquer dúvida futura na jurisprudência.

O crime de “racha” no trânsito, já está contemplado de forma detalhada nos parágrafos 1º e 2º do art. 308 modificado pelo referido projeto, razão pela qual emenda deve ser apresentada”.

Enquanto permanecerem inalteradas e, portanto, aplicáveis as normas vigentes, cumpre observar que, tipicamente, ambas tutelam – por uma redação ou outra - a um só tempo, tanto a incolumidade pública ou privada como a vida humana, por maneira que, pela natureza e importância dos bens jurídicos, *a priori* não é possível fixar com segurança a subsunção.

Não havendo nenhuma incompatibilidade, antinomia ou real conflito entre as normas dos arts. 302, § 2º, e 308, § 2º, as quais, em realidade, descrevem condutas semelhantes que, todavia, devem se subsumir a uma só norma em face da proibição do *bis in idem*, temos que em caso de perpetração, num só contexto fático, de “racha” e de homicídio na direção de veículo automotor, três hipóteses de subsunção seriam possíveis:

1) crime de homicídio doloso (art. 121, *caput*, do Código Penal), punível com 6 a 20 anos de reclusão, se o evento morte foi querido ou se sua produção foi assumida. Há incidência da norma geral, posto que a norma especial quanto aos crimes de trânsito não contempla o homicídio doloso, apenas o culposo. Na hipótese de dolo direto em que o agente utiliza do veículo – *instrumenta sceleris* - para o homicídio quando está praticando “racha”, e.g., com evidente propósito de matar, seja na diabólica conduta de “atropelar passando por cima da vítima” ou provocando intencionalmente uma colisão (fatos de ocorrência menos frequente) não há nenhum questionamento quanto à subsunção. Mesmo nos casos em que o dolo eventual se convida ao debate quando há morte no acidente de trânsito, o problema não reside na subsunção, e, sim, na identificação do estado anímico do agente.

Na hipótese de morte *dolosamente* buscada quando da realização de “racha”, parece ser necessário recorrer à atualidade do dolo porque, em princípio, o crime-meio de perigo resta absorvido pelo crime-fim de homicídio - simples ou qualificado – se para a realização deste último já

era prévia a vontade livre e consciente do agente, situação que se intui muito rara.

Entretanto, solução diversa deve ser dada, afastando-se a consunção, se o dolo de homicídio adveio no curso do crime de “racha”. É que no princípio da consunção parte-se do pressuposto de que o legislador já tenha considerado os dois eventos (absorvido e absorvente) ao redigir a descrição típica mais ampla ou severa. O tipo comum de homicídio doloso (art. 121, do Código Penal) faz a tutela geral do bem jurídico vida, mas aí não se teve vontade legislativa de também incluir a punição por crime de “racha” como espécie de ofensa à incolumidade pública no trânsito veicular (art. 308, do Código de Trânsito Brasileiro). Em outras palavras, não o fez por razões lógicas, porque o tipo consuntivo de homicídio doloso não inclui o desvalor delitivo do tipo consunto de “racha”, e nem estabeleceu uma relação de linearidade entre eles. Usando ao reverso o mesmo fundamento e raciocínio, é possível notar que o crime de “racha” é absorvido pelo homicídio *culposo* de trânsito porque aquele, de perigo (perigo de lesão), pode progredir para este de dano (lesão efetiva).

Ademais, havendo *desígnios autônomos* quando da realização dos dois crimes mediante ação única (concurso formal imperfeito), manda a lei apená-los em concurso material (art. 70, parte final, do código penal).

A utilização de veículo automotor em situação de “racha” ao cometimento do homicídio com *dolo direto*, poderá se subsumir à qualificadora de recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido, ou mesmo do meio que possa resultar perigo comum.

2) crime de homicídio culposo qualificado de trânsito (art. 302, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro) punível com 2 a 4 anos de reclusão. Nesta hipótese, o elemento constitutivo do crime de “racha” (art. 308) passa a ser circunstância qualificadora do homicídio culposo e, por ser de perigo e contra a incolumidade pública e privada, de qualquer maneira restaria absorvido pelo delito culposo de homicídio que pode ser realizado sob a forma de conduta do tipo absorvido. Há lesão jurídica progressiva, abstratamente punindo o perigo para a coletividade e concretamente o comportamento de dano para um ou mais indivíduos. Não há objetividade jurídica “diversa”, mas, sim uma tutela linear dos bens jurídicos, pelo que não há concurso de crimes, e sim crime único de homicídio culposo qualificado.

3) crime de “racha” com resultado morte, de natureza preterintencional (art. 308, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro), punível com 5 a 10 anos de detenção. Nesta hipótese, o crime de perigo de tipo doloso não será absorvido pelo crime de homicídio culposo, posto que o evento morte, não se constituindo em *essentialia delicti* do tipo fundamental do crime de “racha”, se constitui apenas em seu resultado agravador ali inserido em razão da culpa *stricto sensu*. Ademais, trata-se de tipo de crime complexo em que a unidade faz desaparecer a autonomia dos crimes de “racha” (art. 308) e de homicídio culposo (art. 302), resultando naquela nova e mais ampla configuração (art. 308, § 2º).

A questão que se apresenta em face da incongruência da lei, reside no confronto fático nas hipóteses 2 e 3, é se o agente criminoso pratica o crime de “racha” em via pública e vem a causar um homicídio culposo, deve responder pelo artigo 302, § 2º, ou pelo artigo 308, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro.

Válter Kenji Ishida, desde logo discordando da opinião de Luiz Flávio Gomes (para este, sempre se aplica a norma mais favorável ao réu, ou seja, deve incidir a pena mais branda – *in dubio pro libertate*), *sustenta que deve aplicar-se o princípio da especialidade*, porque a conduta de “racha” encontra-se especificamente prevista na norma do art. 308. Apesar da incoerência de colocar esse item também no § 2º do art. 302, aplica-se a norma do art. 308, por tratar de forma mais detalhada deste tipo de delito”. (...) Em outras palavras, o padrão para este tipo de delito é se atuar com dolo na conduta do caput e com culpa no resultado não desejado. No caso do homicídio culposo ao volante (art. 302), existe culpa no delito principal do caput. Além disso, na prática, o agente criminoso primeiro pratica o delito do art. 308 e depois responde pelo resultado mais gravoso, sendo inaplicável portanto a norma do art. 302. Não se trata portanto, de aplicação da norma mais benéfica ao agente criminoso e sim de aplicar a técnica do direito penal ao caso concreto. Sem falar que não se pode eliminar com a vigência da Lei n. 12.971, de 9 de maio de 2014, da hipótese da conduta de praticar o “racha” originar o homicídio doloso em razão da incidência do dolo eventual como decidido pelo STF no HC 101.698/RJ, rel. Min. Luiz Fux, j. 18.10.2011: *“A cognição empreendida nas instâncias originárias demonstrou que o paciente, ao lançar-se em práticas de expressiva periculosidade, em via pública, mediante alta velocidade, consentiu em que o*

resultado se produzisse, incidindo no dolo eventual previsto no art. 18, inciso I, segunda parte...”³²⁹

Tem-se que a especialidade não se daria exatamente porque a conduta de “racha” encontra-se especificamente prevista na norma do art. 308, haja vista que essa conduta encontra-se também inserida no art. 302, § 2º. Descritivamente, o tipo de homicídio culposo qualificado traz não apenas a conduta de “racha”, mas também a de embriaguez ao volante, ou seja, quanto aos elementos apresenta-se com maior abrangência ou amplitude de realização típica, ademais de contemplar atos de “exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor”, estes não contidos no crime do art. 308. Assim, reduzido em sua configuração, o tipo de crime de “racha” qualificado, restritivamente é único e especial.

Além desse raciocínio, pode-se acrescentar que a conduta de “racha” (e também a de embriaguez ao volante) na direção de veículo automotor, enquanto circunstância ou *accidentalialia* no delito de homicídio culposo de trânsito (art. 302, *caput*), é *essentialia* ou elemento constitutivo do tipo de crime de homicídio culposo qualificado (art. 302, § 2º), significando dizer que para a realização deste último, de qualquer maneira, a conduta do agente na perpetração do “racha” deve estar informada apenas pela negligência ou imprudência, as quais, apresentando-se como modalidades de violação do dever objetivo de cuidado, caracterizariam o *modus* de realização do tipo culposo de homicídio, de impossível configuração porque imprescindível o dolo no crime de “racha”.

Por outro lado, o resultado agravador (morte ou lesões graves) não é circunstância ou *accidentalialia* do crime de “racha” que, por sua natureza, é apenas de perigo para a incolumidade pública ou privada (art. 308, *caput*), mas é *essentialia* ou elemento constitutivo do tipo de crime de “racha” dolosa qualificada (art. 308, §§ 1º e 2º), significando dizer que, aqui, a conduta na perpetração do “racha” deve estar informada pelo dolo direto ou eventual, enquanto o resultado morte que dele derivar será imputável a título de culpa.

³²⁹ A Lei nº 12.971, de 9 de maio de 2014 e o crime de “racha”, site da Associação Paulista do Ministério Público, 28 de maio de 2014.

Em realidade, a inevitabilidade do fato e a infração do dever de cuidado constituem ao mesmo tempo elementos do crime doloso e culposo. As diferenças qualitativas entre eles, distinguindo-os subjetivamente, permitem considerar o dolo e a culpa como reciprocamente excludentes. As ações dolosas e culposas na mesma direção não se encontram na relação de concurso de normas, mas na relação de alternatividade quando a mesma ação é considerada crime pelo legislador sob diferentes ângulos de visão.

No conflito aparente de leis, princípio de alta expressão penal determina que a escolha faz prevalecer, segundo as circunstâncias, a disposição especial sobre a geral (princípio da especialidade), a mais recente sobre a mais antiga, a mais grave sobre a mais branda ou indultante.

Se não adequado o princípio da especialidade para a solução da questão, o conflito aparente das normas é de ser resolvido pelo princípio da alternatividade, o qual, embora não tenha adquirido foros de importância ao lado dos princípios da especialidade, subsidiariedade e consunção, pode grandemente contribuir para melhor aplicação técnica do direito.

Relembrando que o legislador se socorre de descrições típicas distintas para proteção do mesmo bem jurídico, e.g., patrimônio, como ocorre no furto (art. 155), apropriação indébita (art.168) e estelionato (art. 171), haverá alternatividade quando os tipos se apresentam paralelamente, mas excludentes entre si porque cada qual deles apresenta elementos próprios e, portanto, incompatíveis, pelo que deve ter incidência aquele que albergar plenamente o fato. Dessa forma, alternativamente, o fato se subsume em uma ou em outra figura penal; se o apoderamento da coisa móvel alheia se enquadra no tipo de furto, estará excluída a possibilidade de crime de apropriação indébita ou de estelionato.

De princípio de alternatividade não se trata – como alguns incorreram nesse equívoco - quando uma mesma norma penal prevê vários fatos que possam ser praticados alternativamente, como ocorre nos crimes de ações múltiplas: é um só crime o agente induzir, instigar ou auxiliar algum a suicidar-se (art. 122); crime único será se o autor destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia (art. 163) etc. Nesses casos, posto que as condutas se encontram descritas num mesmo tipo, não há falar em concurso ou conflito aparente de normas.

Por tratar de tipos heterogêneos, adequáveis nas distintas hipóteses, o princípio da alternatividade é repudiado pela maioria da doutrina por-

que na verdade não haveria concurso aparente de normas, como o contesta Jescheck:³³⁰ como a unidade de lei requer pelo menos uma coincidência parcial dos tipos, a alternatividade deixa de constituir, já por razões lógicas, uma espécie de unidade de lei. Todavia, para Oscar Stevenson³³¹, após apontar alguns penalistas que combatem esse princípio, “sem embargo dessas objeções, justifica-se o princípio da alternatividade que até mesmo serve como prova de exaço dos resultados a que se chega no emprego dos demais princípios reitores da aparente concorrência de normas penais”.

No exame da questão em exemplo, se o agente dolosamente perpetrar “racha”, com previsão ou previsibilidade do resultado morte, tem-se que o fato se submete à figura do crime de racha qualificada (art. 308, § 2º) que, além de configurar tipo doloso (portanto, qualitativamente mais grave que o culposo), prevê pena quantitativamente mais elevada àquela prevista para o crime de homicídio culposo qualificado (art. 302, § 2º). Essa diferença do preceito sancionador é traço distintivo que permite solução pelo princípio da alternatividade.

Essa sustentação se faz com apoio em Asúa ao ensinar que “há alternatividade quando os dois artigos (ou leis) se comportam como dois círculos secantes. O que interessa é definir qual dos dois deve ser eleito para a subsunção. *Os autores se pronunciam pelo preceito que acarreta penas mais severas, fórmula aceita porque ela mede a maior importância do bem jurídico protegido*; porém, se forem iguais as sanções impostas, somente por “via interpretativa” – segundo diz Fontecilla - pode descobrir-se o maior valor do bem jurídico tutelado. Mas, não é indiferente aplicar uma ou outra figura, pois, como observa Soler, com exatidão, “essa indiferença... não pode confundir-se com a neutralidade dos tipos, porque não se refere aos tipos, senão às penas que eles acarretam”³³².

Nessa conformidade, o art. 8º do código penal espanhol de 1995 positivou as regras sobre o concurso de leis, seguintes: 1.ª especialidade; 2.ª subsidiariedade; 3.ª absorção ou consunção; 4.ª alternatividade ou gravidade da pena, *verbis*:

³³⁰ Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Bosch, Barcelona, II/1036.

³³¹ Concurso aparente de normas penais *in* Estudos de Direito e Processo Penal em homenagem a Nelson Hungria, Editora Forense, 1962, pp. 45/46.

³³² Luís Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, II/470, Editora Losada, S.A., Buenos Aires, 1950.

Artículo 8.

Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas:

- 1.^a El precepto especial se aplicará con preferencia al general.*
- 2.^a El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible.*
- 3.^a El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.*
- 4.^a En defecto de los criterios anteriores, **el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.***

Assim, na ausência de solução pelos critérios tradicionais, tem lugar o princípio da neutralidade ou de indiferente aplicação de qualquer das normas concorrentes, que se resolve de acordo com o critério da maior tutela do bem jurídico, mesmo porque a regra que manda aplicar o preceito que preveja pena mais grave é subsidiária das anteriores.

Na doutrina de Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán, *“Ello parece lógico, por cuanto si de um mismo hecho se ofrecen dos valoraciones distintas y ninguna queda excluida por razones de especialidad, subsidiariedad o consunción, **la valoración de mayor gravedad parece traducir más fielmente la voluntad del legislador.** Este cuarto criterio, llamado de alternatividade, debe siempre tenerse en cuenta para evitar absurdas impunidades o despropósitos punitivos que pueden derivarse de una mala coordinación de los marcos penales de algunos tipos penales de estructura parecida, cuando no idéntica”*³³³.

A incidência do tipo de crime preterdoloso de “racha” exclui o tipo de crime culposo de homicídio qualificado. A solução, sobre ser técnica, apresenta-se sobretudo justa porque o juízo de valor de que resultou na

³³³ Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán, Derecho Penal, Parte General, Tirant lo Blanch Livros, 8ª. edição, Valencia, 2010, p. 473

formulação do tipo de crime de “racha” agravado pelo resultado morte ou lesão grave, incide sobre fato buscado por uma conduta revestida de profunda insensibilidade aos elementares deveres de convivência social e por atingir tanto o direito à incolumidade pública como à vida, cujos bens jurídicos, assim desprezivelmente violados, exigiram do legislador proteção mais rigorosa.

Poder-se-ia imaginar que o critério da alternatividade entrasse em conflito ou contradição com o princípio *in dubio pro reo* ou *in dubio pro libertate* que àquele integra amplamente. Porém, tal não ocorre porque tais princípios são de ordem e relevância de natureza *processual penal* em questões referentes à prova dos fatos e dúvidas que recaiam sobre eles, impondo-se a versão mais favorável ao réu. É regra probatória e sem pertinência com a interpretação das normas penais.

Diversamente, o princípio da alternatividade é de âmbito do direito penal material ou substantivo, determinando-se a aplicação da lei mais grave em caso de dúvida na qualificação jurídica dos fatos.

Concurso de crimes

Se na prática do crime de “racha”, por colisão resultar danos em outro veículo e o seu autor se afastar para fugir da responsabilidade civil, haverá concurso material com o art. 305, posto que realizam-se duas condutas absolutamente independentes, autônomas, sem qualquer conexão jurídica entre elas.

Se praticar o crime de “racha” e o seu autor estiver embriagado ou fazê-lo em velocidade incompatível perto de hospitais, escolas etc., posto que mediante uma só ação, poderá haver concurso formal com os delitos dos arts. 306 e 311. Entretanto, se não possuir habilitação, fica afastado o concurso ideal porque o autor do “racha” responderá pelo crime do art. 308 com a agravante genérica do art. 298, III.

Ação penal

A ação penal é pública incondicionada, de competência do Juízo Criminal Comum. Admite o *sursis* processual, desde que preenchidos os requisitos do art. 89 da lei n. 9.099/95.

9. Dirigir sem permissão ou habilitação

art. 309 - Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano.

Pena: detenção de seis meses a um ano, ou multa.

Bem Jurídico

O bem jurídico tutelado pela norma é a incolumidade pública no que se refere à segurança no trânsito.

Sujeito ativo

Qualquer pessoa não *permissionada* ou habilitada ou, se o for, lhe tiver sido cassado o direito de dirigir, mas que de qualquer maneira esteja dirigindo veículo automotor.

Sujeito passivo

A coletividade, no resguardo da sua incolumidade.

Tipo objetivo

Dirigir é por em movimento, fazer manobra, operar mecanismos de controle fazendo o veículo seguir um trajeto e rumo. Para dirigir veículo automotor, o sujeito deve possuir habilitação (art. 148, § 3º) ou permissão para dirigir (art. 148, § 2º). Se tiver sido cassado esse direito, possível nas diversas hipóteses previstas no art. 263 (quando, suspenso o direito de dirigir, o infrator conduzir qualquer veículo; no caso de reincidência no prazo de 12 meses, de determinadas infrações administrativas quando condenado judicialmente por delito de trânsito), o condutor será também alcançado pelo art. 309.

Aqui o legislador escolheu o verbo “dirigir” veículo automotor. No artigo 306 “conduzir” e no art. 311 “trafegar”. Nada obstante a riqueza da língua portuguesa, essa variação de verbos não era necessária e nem conveniente na melhor técnica de feitura de leis, exatamente para não gerar distorções ou interpretações equívocas. Mas, tudo quer dizer a mesma

coisa; talvez nem tanto “trafegar” porque o que trafega é o próprio veículo e não o seu condutor.

O tipo incrimina a conduta de quem dirige veículo automotor sem que tenha legalmente o direito de dirigir. Nesse raciocínio, sucedendo que o condutor tenha sido reconhecido pela autoridade de trânsito, como habilitado para dirigir -faltante apenas a burocrática expedição da Carteira Nacional de Habilitação-, não de poderá falar em perigo presumido porque na verdade encontra-se ele habilitado, mas apenas sem o seu documento comprobatório.

Há mais de vinte anos, o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo decidira: “exigir que a habilitação legal só se complete com a exibição da carteira de motorista é ir além da intenção da própria lei, que a quer para comprovar e não para caracterizar a habilitação, que se perfaz com a aprovação em exame regular procedido perante a autoridade competente”³³⁴.

A mesma Corte de Justiça, em julgamento mais recente também firmou entendimento no sentido de que “não há como afirmar-se que um candidato aprovado não seja habilitado legalmente, como também não se pode deixar de reconhecer que, embora habilitado legalmente, sem a carteira nacional de habilitação, não tem o direito de dirigir, porém, se o fizer, estará cometendo mera infração administrativa e não o ilícito penal ou contravençional. É que a carteira nacional de habilitação é meio de prova de habilitação legal, e não seu elemento constitutivo”³³⁵. A *contrario sensu*, se cassado o direito de dirigir, mas o condutor ainda portar o documento de habilitação, configurado estará o crime.

Não é punível na órbita penal, e sim somente na administrativa (art. 232), se o condutor não estiver portando o documento comprovante de permissão ou habilitação (carteira nacional de habilitação), seja porque fora extraviado ou os esquecera em casa.

Quando o exame médico de aptidão física e mental (art. 147, I), estiver com o prazo vencido³³⁶ pelo tempo que for, entendemos não configurar para

³³⁴ Ap.criminal n. 155.417, julgamento de 29/3/1977, rel. Ferreira Leite (RT 506/398)

³³⁵ HC n. 200.376/4, julgamento de 12/11/1990, rel. Raul Motta (RJDTACRIM, 8/201-203)

³³⁶ O § 2º do art. 147 (introduzido pela Lei 9602, de 21 de janeiro de 1998-D.O.U, Seção I, 22.01.1998, p. 2) estabelece: “O exame de aptidão física e mental, será preliminar e renovável a cada

o condutor do veículo automotor o delito em análise, sujeitando-se somente à penalidade administrativa³³⁷, inclusive apreensão da carteira de habilitação se vencida há mais de trinta dias³³⁸ (art. 162, V). Ainda que a lei preveja a validade da *carteira de habilitação* enquanto perdurar a validade do exame físico e mental³³⁹, tal coisa não interfere, no âmbito penal, com esse entendimento porque, além de já estar o condutor devida e legalmente habilitado pelos exames aos quais se submeteu, haveria apenas uma *presunção* de sua inabilitação ou incapacidade para dirigir e com isso gerar presumido perigo para a incolumidade pública, vale dizer, estaria se perpetrando inadmissível punição por *presunção de presunção*.

Quanto aos ciclomotores³⁴⁰, para sua direção, não há necessidade nem de permissão para dirigir e nem Carteira Nacional de Habilitação. Os seus condutores necessitam apenas de “autorização” (regulamentação pelo Contran), conforme prevê expressamente o art. 141 do Código de Trânsito Brasileiro³⁴¹. Dessa maneira, atento ao princípio da legalidade e taxatividade

cinco anos, ou a cada três anos para condutores com mais de sessenta e cinco anos de idade, no local de residência ou domicílio do examinado”

³³⁷ O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 2.419-SP, decidiu que “o art. 32 da LCP não pode ser interpretado isoladamente. Deve, ao contrário, ser interpretado em concordância com o art. 79 do CNT.(interpretação sistemática). Não se pode equiparar a situação jurídica de quem, como a paciente, se achava com o exame de vista vencido com a de quem sequer prestou exame para tirar carteira. Princípio da proporcionalidade da pena. O ilícito, pois, é administrativo e não contravencional” (RSTJ 46/476).

O Egrégio Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, na ap. n. 1.129.339/1, de Presidente Prudente, 6ª Câmara, rel. Juiz Almeida Braga, j. em 13.01.00, entendeu que o exame médico vencido caracteriza mera infração administrativa e não o delito do art. 309 do CTB, fundamentando a decisão no sentido de que “o fato de dirigir veículo com exame médico vencido, por se tratar de infração pertinente ao inciso V do art. 162 do CTB não implica na cassação da carteira nacional de habilitação e não torna o infrator como pessoa não habilitada para dirigir veículos automotores em vias públicas.

³³⁸ Nesse sentido, R.T. 594/363, 604/382 e 727/520

³³⁹ O § 10 do art. 159 (introduzido pela Lei 9602/98) dispõe: “A validade da Carteira Nacional de Habilitação está condicionada ao prazo de vigência do exame de aptidão física e mental”

³⁴⁰ Dispõe o art. 1º da Resolução n. 657/85 do CONTRAN: “Para os efeitos de equiparação ao ciclo, entende-se por ciclomotor todo o veículo de duas ou três rodas, provido de um motor de combustão interna, cuja cilindrada não exceda a 50 cm³ (3,05 polegadas cúbicas) e cuja velocidade máxima de fabricação não exceda a 50 km por hora, tendo como característica principal a movimentação auxiliar de pedais, semelhança das bicicletas”

³⁴¹ Cássio Mattos Honorato, discorre que “antes da entrada em vigor do novo Código, vigia a Resolução n. 734/89 do CONTRAN. Nos termos do art. 110 desta resolução, para conduzir ciclomotores seria necessário que o condutor fosse habilitado em qualquer uma das cinco categorias (A,B,C,D ou E), ou possuísse autorização especial para conduzir ciclos”, entendendo que o Código ao tratar

das incriminações, não configurará o crime em análise se o condutor de ciclomotor estiver dirigindo-o sem a referida autorização. Observa-se, porém, que por se tratar de veículo automotor, eventual crime de homicídio culposo ou lesão corporal culposa que vier a ser cometido pelo autor na sua direção, será enquadrado como crime especial de trânsito (arts. 301 e 302).

Categorias de habilitação

A habilitação legal numa das categorias (A a E) para dirigir veículo automotor, poderá ensejar o crime em questão se o autor não possuir habilitação específica ou abrangente para certo tipo de veículo³⁴², como se pode verificar na seguinte classificação:

1) Categoria A

O condutor habilitado somente para veículo motorizado de duas ou três rodas, com ou sem carro lateral (categoria A), em razão da restrição (art. 143, I), está legalmente habilitado para dirigir somente veículo com essa especificação.

Não estará legalmente habilitado para dirigir veículos para os quais se exigem as categorias B, C, D e E.

2) Categoria B

O condutor habilitado para demais veículos motorizados cujo peso bruto total não exceda a 3.500 quilogramas e cuja lotação não exceda a 8 lugares, excluído o motorista (categoria B) está legalmente habilitado a dirigir veículos motorizados com essa especificação (art. 143, II).

expressamente de toda a matéria referente à habilitação de condutores, revogou tacitamente aquela resolução” (Alterações introduzidas pelo Novo Código de Trânsito Brasileiro, Ed. Sugestões Literárias, 1998, pp. 25/26). De qualquer maneira, o art. 141 do CTB, ao se referir a “autorização para conduzir ciclomotores” impede adequação típica no art. 309. Pela Res. 40/98 do CONTRAN, os maiores de 14 anos poderão obter tal autorização, após exames aos quais devam se submeter.

³⁴² JTACRIM 66/122 e 67/384

Não estará legalmente habilitado para dirigir veículo motorizado de duas ou três rodas (a categoria A é específica e não abrangida pela categoria B) e nem os veículos motorizados para os quais se exigem as categorias C, D e E.

3) Categoria C

O condutor habilitado para dirigir veículos motorizados utilizados no transporte de carga, cujo peso bruto total exceda a 3.500 quilogramas (categoria C) está legalmente habilitado para dirigir:

- a) veículos motorizados com essa especificação e
- b) veículos motorizados para os quais se exige a habilitação na categoria B porque para habilitar-se na categoria C, o condutor deverá estar habilitado no mínimo há um ano na categoria B (art. 143, § 1º).

Não estará legalmente habilitado para dirigir veículo motorizado de duas ou três rodas (a categoria A é específica e não abrangida pela categorias B e C) e nem os veículos para os quais se exige a habilitação nas categorias D e E.

4) Categoria D

O condutor habilitado para dirigir veículos motorizados utilizados no transporte de passageiros, cuja lotação exceda a 8 lugares, excluído o do motorista (categoria D), está legalmente habilitado para dirigir:

- a) veículos motorizados com essa especificação,
- b) veículos motorizados para os quais se exige a habilitação nas categorias B e C porque para habilitar-se na categoria D, o condutor deverá ter no mínimo dois anos de habilitação na categoria B, ou no mínimo um ano na categoria C (art. 145, II, “a”).

Não estará legalmente habilitado para dirigir veículo motorizado de duas ou três rodas (a categoria A é específica e não abrangida pelas categorias B, C e D) e nem os veículos para os quais se exige a habilitação na categoria E.

5) Categoria E

O condutor habilitado para dirigir veículos combinados, em que a unidade tratora se enquadre nas categorias B, C ou D e cuja unidade acoplada, reboque, semi-reboque ou articulada tenha 6.500 quilogramas ou mais de peso bruto total, ou cuja lotação exceda a 8 lugares, ou, ainda, seja enquadrada na categoria *trailer* (categoria E), está legalmente habilitado para dirigir:

- a) veículos motorizados com essa combinação e especificação;
- b) veículos motorizados na categoria C, porque para habilitar-se na categoria E, o condutor deverá estar habilitado no mínimo há um ano na categoria C (art. 145, II, “b”);
- c) veículos motorizados na categoria B, porque pressuposto para habilitar-se na categoria C (art. 143, § 1º);
- d) veículos motorizados na categoria D, *desde que* tenha habilitação para essa categoria, isso porque a habilitação na categoria D não é pressuposto da categoria E.

Não estará legalmente habilitado para dirigir veículo motorizado de duas ou três rodas (a categoria A é específica e não abrangida pelas demais categorias).

Configurado o crime em questão por ausência de habilitação específica ou especial para determinado tipo de veículo, não poderá incidir a agravante prevista no art. 298, IV, sob pena de dupla punição por um mesmo fato.

Por vezes, os Tribunais têm reconhecido erro escusável em hipóteses que o condutor, normalmente pessoa mais simples, de menor cultura supor, em face de sua habilitação legal em categoria superior, estar autorizado a conduzir veículos para os quais se exige habilitação em categoria inferior ou específica³⁴³.

Tipo subjetivo

Antes, quando simples contravenção (art. 32 da Lei de Contravenções Penais), entendia-se desnecessário perquirir o elemento subjetivo

³⁴³ JUTACrim 82/470 e RT 518/370

para tipificação da infração, suficiente o procedimento consistente no ato de dirigir veículo, ou seja, bastava a ação voluntária (art. 3º, LCP). Entretanto, recriada a figura penal com a natureza de *crime*, a conduta deverá ser informada pelo dolo, pela vontade livre e consciente de dirigir sem permissão ou habilitação legal. Na hipótese de habilitação cassada, necessário que o agente tenha conhecimento inequívoco dessa situação que lhe haverá de ser dado pela autoridade competente, não bastando mera publicação do ato cassatório em jornal oficial.

Crime de perigo abstrato

Sobre ser crime de perigo abstrato, já tivemos desenvolvido algumas linhas no estudo do dano potencial e perigo de dano (Capítulo III). É figura penal símile à contravenção do art. 32 da Lei de Contravenções Penais. Sempre se entendeu tratar de infração de perigo abstrato³⁴⁴ ínsito na conduta de quem, inabilitado, se põe a dirigir automotor, porquanto para dirigi-lo há necessidade de conhecimento teórico e prático e satisfazer as inúmeras exigências contidas na lei. Desnecessário seria dizer, “gerando perigo de dano”, posto que a conduta de qualquer maneira gera um perigo que pode eventualmente causar dano não só à incolumidade física do próprio motorista, como também de outras pessoas.

Tecnicamente, não se trata de infração de perigo concreto, mesmo porque o legislador simplesmente usou a expressão “gerando perigo de dano” e não “gerando perigo *concreto* de dano”³⁴⁵. Poder-se-ia argumentar

³⁴⁴ Nesse sentido, tratando da contravenção do art. 32, LCP, José Adriano Marrey Neto: *essa modalidade contravençional se consuma, vale dizer, se considera cometida pelo fato só de alguém dirigir veículo automotor em via pública sem estar habilitado, tratando-se de contravenção que se caracteriza independentemente de por em risco a quem quer que seja, por isso mesmo dita de perigo abstrato*” (RT 679/314). Para Luiz Flávio Gomes, a contravenção do art. 32 é infração de perigo concreto, argumentando com o princípio do *nullum crimen sine injuria* (Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 8, pp. 69/84)

³⁴⁵ A redação do art. 381 do CP espanhol de 1995, não deixa nenhuma dúvida quando pretende punir o perigo concreto: *El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiera en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta seis años.*

neste último sentido, posto que punível a conduta “se cassado o direito de dirigir” e, portanto, pressupondo prática anterior de direção de veículo. Porém, mesmo nesse caso, o crime continuará sendo de perigo abstrato, mormente quando a cassação do direito de dirigir confirma a inadaptação do motorista ou sua inadequação para com a segurança do trânsito e, portanto, gerando um perigo a incolumidade pública. Demais disso, não se vê especial fundamento para querer identificar aqui crime de perigo concreto e identificar perigo abstrato na contravenção do art. 33 da Lei de Contravenções Penais (direção não licenciada de aeronave); ambas condutas são geradoras de perigo de dano.

A exigência de “perigo concreto” para configuração deste crime leva, fatalmente, à solução de injustiça por desigualdade de tratamento das pessoas, como se depreende da seguinte hipótese: “A” entrega a direção de veículo automotor a “B” não legalmente habilitado que, surpreendido por fiscalização policial rotineira, não estava dirigindo “gerando perigo concreto” à incolumidade pública. Teríamos a situação seguinte: “A” responderia pelo crime do art. 310 do CTB (*tipo penal que não fala nem em perigo de dano e nem em dano potencial*), sujeitando-se à pena detentiva de seis meses a um ano, ou multa, enquanto B *estaria* incurso em mera ...contravenção penal do art. 32 da LCP isoladamente punida com multa! ou, segundo entendimento de alguns, não *teria* cometido nenhum ilícito penal sob argumento da “*abolitio criminis*”³⁴⁶.

A solução, nesses termos, nos parece absurda por comprometer seriamente o sistema penal brasileiro que rege o concurso de pessoas. Com efeito, de conformidade com a teoria unitária, monista ou igualitária, o crime será *único* para todos quantos concorrerem na sua prática. Há unidade de crime (por isso sistema unitário ou monista), recebendo os autores, co-autores e os partícipes tratamento *igualitário*, pelo que todos

³⁴⁶ No entendimento de Damásio E. de Jesus, “a simples falta de habilitação, antes do advento do CT, era contravenção (art. 32 da LCP). Hoje, o crime (art. 309), além da exigência da habilitação legal, requer conduta anormal no trânsito. Logo, a singela direção sem habilitação, na ausência de conduta anormal, não constitui crime. Conclusão: houve *abolitio criminis* (art. 2º, *caput*, do CP)”, in Crimes de Trânsito, Ed. Saraiva, 1998, p.187. Em igual sentido, Victor Eduardo Rios Gonçalves, “A derrogação da contravenção do art. 32 da LCP” in Boletim do IBCCrim, n. 65, abril/1998, p 4.

os concorrentes respondem pelo fato comum que vierem a praticar. Por essa razão, não poderia “A” responder por crime e “B” por infração penal nenhuma (se adotada a tese da *abolitio criminis* do art. 32 da L.C.P.).

Ainda que se conjecturasse estar incurso “B” no artigo 32 da L.C.P., comprometendo em menor grau o sistema adotado, mesmo assim o tratamento penal continuaria não igualitário. Mesmo que se argumente que a aplicação dessa teoria é reduzida ou abrandada porque embora o fato seja de todos, *a culpabilidade é de cada um* (art.29, do Código Penal) na conformidade do princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição da República), e que a solução configuraria uma exceção dualista à teoria monística no concurso de agentes, temos que a solução continuaria injusta. Sim, porque se a antijuridicidade é entidade estanque, não admitindo oscilação, o injusto típico substancial o admite e, no caso, o grau de injustiça se não é maior na conduta de um ou de outro (dirigir sem habilitação é mais grave ou menos grave do que entregar um veículo a pessoa não habilitada?), é pelo menos igual e, por conseguinte, o tratamento penal deve ser igualitário.

A nossa lei penal estabeleceu uma parificação, não distinguindo entre autor e partícipe, tal como faz o código penal francês em seu art. 121-6 ao dispor que será punido como autor o cúmplice da infração, vale dizer, o cúmplice será punido como se fosse ele mesmo o autor principal da infração.

Por outro lado, não nos parece que a lei de trânsito, ao dizer em “*perigo de dano*”, tenha inserido elemento descritivo ou normativo de maneira a acrescentar um desvalor de resultado. Tal expressão não adiciona nenhum elemento ao tipo contravençional do art. 32 que, obviamente, sempre puniu a conduta de dirigir veículo sem habilitação legal, na consideração de que tal é *geradora* de *perigo de dano*. O sério e entendido legislador de 1940 jamais teria utilizado essa tautologia porque perigo penalmente punível não pode ser o *perigo de perigo*, que se traduziria em arbitrariedade ao invés de forma de proteção pelo direito penal.

No ensinamento de José Damiano Pinheiro Machado Cogan, então juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, a infração do art. 309 do CTB é crime de perigo abstrato, porquanto “a expressão ‘gerando perigo de dano’ não quer dizer necessariamente que o perigo requestrado fosse apenas concreto. Evidente que o perigo abstrato deve ser a preocupação maior na aplicação da lei pois, apenando mais gravemente a conduta do infrator,

traria um desestímulo à direção inabilitada”³⁴⁷. No mesmo sentido, para o magistrado catarinense Jorge Henrique Schaefer Martins, “objetivando prevenir que pessoas sem permissão, ou não habilitação, venham a dirigir veículos, o art. 309 pune a conduta como crime, evidenciando o perigo abstrato que disso decorrer”³⁴⁸.

É verdade que o legislador perdeu grande oportunidade para, de conformidade com o princípio da intervenção mínima, suprimir do catálogo de comportamentos puníveis na órbita penal alguns que para sua repressão já seria suficiente e bastante a simples sanção administrativa. Mas, pelo menos nos termos da descrição técnica do tipo penal em questão e dos demais tipos aos quais se acresceu as expressões *perigo de dano* e *dano potencial*, não temos dúvida em afirmar que não se exigiu o chamado perigo concreto, contentando-se com a simples ocorrência do perigo abstrato. Por tudo isso, entende-se que o art. 32 da Lei de Contravenções Penais foi parcialmente revogado, ou seja, apenas no que refere a dirigir veículo automotor, sem habilitação ou permissão legal, em via pública³⁴⁹. Subsiste a modalidade de dirigir sem habilitação embarcação a motor em águas públicas (ou de algum outro veículo, não automotor, que dependa de habilitação legal para ser conduzido)³⁵⁰. Não nos parece que a direção *normal* (p. ex., sem ziguezaguear, sem subir em calçadas, sem cruzar semáforo fechado etc.) de veículo automotor por pessoa não habilitada legalmente teria sido considerada pelo legislador apenas como infração administrativa.

Além dos argumentos já dados, contrariamente a esse pensar, apresenta-se ainda outro: o diploma legal, como é evidente, surgiu para reprimi-

³⁴⁷ José Damião Pinheiro Machado Cogan, “Direção inabilitada de veículo automotor”, RT 762/480-484

³⁴⁸ Martins, Jorge Henrique. “Aspectos Criminais do Código Brasileiro de Trânsito”, RT 752/444

³⁴⁹ Para o professor e Promotor de Justiça Fernando de Almeida Pedroso, o art. 309 do CTB não revogou o art. 32 da LCP, sob entendimento que: quem dirige automóvel na via pública sem a devida habilitação, *sem criar ou gerar situação concreta de perigo*, não comete o crime descrito no art. 309, à falta da necessária condição objetiva de punibilidade exigida, mas a prática contravençional - subsidiária - prevista no art. 32 (artigo “Direção não habilitada de veículo: o crime e a contravenção”, *in* RT 750/506-509)

³⁵⁰ Nosso posicionamento, lançado em artigo publicado na RT 749/520-545 e que embasou este trabalho, recebeu referência do Supremo Tribunal Federal em acórdão relatado pelo Ministro Celso Mello, no julgamento do HC/MG 79.474-2, de 27 de agosto de 1.999 (D.O.U., Diário da Justiça de 1º.9.99, p. 10)

mir com *mais rigor* as infrações penais de trânsito; além de apenar mais gravemente os seus autores, houve por *criminalizar* condutas que antes eram simples contravenções penais. Há que se penetrar o espírito da lei que não se basta em disposições isoladas. Segue-se, a olhos vistos, que se a lei quis ser mais severa no tratamento daquelas infrações de trânsito, obviamente não se pode entendê-la, contrariamente ao seu espírito, que tivesse tido a intenção de tratá-las com *menos rigor*, a ponto de fazer desaparecer ilícitos penais e transformá-los em somente ilícitos administrativos³⁵¹.

De outra parte, do só fato de maior rigor imposto pelo Código de Trânsito Brasileiro às infrações disciplinares ou administrativas e emprego da expressão “gerando perigo de dano” neste crime de dirigir sem habilitação legal, não se pode deduzir pela desapareição da infração penal, posto que o sistema de medidas punitivas no âmbito administrativo, embora também tenham função *penal* porque necessária para garantir a ordem da organização social, não significa um sistema reduzido de penas das leis penais.

Teimosamente, ainda não nos tivemos convencido daquele outro argumento de que as infrações administrativas de trânsito seriam de perigo abstrato e as infrações penais seriam de perigo concreto. É que, muitas das infrações administrativas, embora de regra sejam de perigo abstrato, encerram condutas de perigo concreto (para citar algumas mais evidentes, temos aqueles do art. 170: dirigir ameaçando os pedestres que estejam atravessando a via pública, ou os demais veículos; art. 175: utilizar-se de veículo para demonstrar ou exibir manobra perigosa; arts. 176 e 177: deixar o condutor de prestar socorro à vítima acidentada, etc.). E, muitas das infrações penais de trânsito são de perigo abstrato como acreditamos ser as de embriaguez ao volante (art. 306), participação em “racha” (art.

³⁵¹ A questão não passou despercebida de José Damiano Pinheiro Machado Cogan, para quem se o espírito do legislador foi justamente enrijecer o tratamento dado ao infrator de trânsito, inclusive criando tipos penais próprios diversos dos previstos na parte especial do Código Penal, não se pode jamais entender que descriminalizou a direção inabilitada, só vindo a puni-la frente à existência de perigo concreto, ou acrescentando-a como causa de aumento de pena no homicídio e lesão culposa praticada na direção de veículo autor (artigo citado, RT 762/481)

308), dirigir sem habilitação legal (art. 309), permitir, confiar ou entregar a direção de automotor a pessoa não habilitada ou a quem não esteja em condições físicas ou psíquicas de fazê-lo (art. 310) etc.

Embora o ideal fosse atingir o país elevado grau de cultura da sociedade de molde a desnecessitar punir os seus cidadãos pelo só fato de dirigir veículos sem habilitação legal, temem muitos que a despenalização, por outros aventada, possa fomentar essa prática marginal, mormente quando sabido que penalidades administrativas pouco ou quase nada demovem as pessoas tencionadas à ilegalidade. Se já funestas e lamentáveis consequências são constatadas com motoristas habilitados na direção de veículos de menor porte, verdade é que avultam-se elas, como não raramente noticiado pela imprensa, nos casos de condutores inabilitados de pesados caminhões e ônibus, muitos deles transportando trabalhadores rurais ou romeiros pelas estradas afora. No entanto, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 720, afirmando que “o art. 309 do CTB, que reclama decorra do fato perigo de dano, derogou o art. 32 da Lei das Contravenções Penais no tocante à direção sem habilitação em vias terrestres”.

Esse posicionamento também é o adotado, também para o delito do artigo 310, pelo Superior Tribunal de Justiça:

“Para a configuração do crime previsto no art. 310 do CTB, é exigida a demonstração de *perigo concreto* de dano. Segundo a jurisprudência do STJ, o delito descrito no art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB) – conduzir veículo automotor sem habilitação – necessita da existência de *perigo concreto* para sua configuração. No mesmo sentido segue a posição do STF, que, inclusive, editou a Súm. n. 720 sobre o tema. *O mesmo entendimento deve ser aplicado ao delito previsto no art. 310 do CTB* – permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada. Assim, não basta a simples entrega do veículo a pessoa não habilitada para a caracterização do crime, fazendo-se necessária a demonstração de *perigo concreto de dano* decorrente de tal conduta. Precedentes citados do STF: HC 84.377-SP, DJ 27/8/2004; do STJ: Ag 1.141.187-MG, DJe 18/8/2009; REsp 331.104-SP, DJ 17/5/2004; HC 28.500-SP, DJ 4/9/2006, e HC 150.397-SP, DJe 31/5/2010”. HC 118.310- RS, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 18/10/2012.

Consumação

O delito se consuma instantaneamente, no instante em que o autor estiver dirigindo veículo automotor. Há necessidade de movimentação do veículo (o núcleo do tipo é dirigir), quer no desenvolvimento de velocidade, quer efetuando qualquer manobra. Na ausência disso, *poderia* haver, no plano fático, tentativa perfeitamente possível (antes juridicamente impunível por ser contravenção penal e disposição expressa do art. 4º da Lei de Contravenções Penais), como no caso do motorista inabilitado se colocar à direção do veículo, funcioná-lo, mas for impedido de dirigi-lo.

É equivocado afirmar que os crimes de perigo ou de mera conduta não admitem tentativa. Lecionam Zaffaroni e Pierangeli que “na legislação brasileira todos os crimes admitem a tentativa. Qualquer crime pode ficar em grau de tentativa, inclusive os *crimes de perigo* e os denominados “crimes de *pura atividade*”³⁵². E, assim, a vasta doutrina inclina-se favoravelmente à sua admissibilidade, tal como Magalhães Noronha³⁵³ para quem o crime de perigo não rejeita a concretização do delito tentado, pois nele há um evento ou resultado que é o perigo, e apresenta freqüentemente um *iter* que pode ser fracionado. E com nostálgico exemplo, afirmava: se um doente de blenorragia conquista certa mulher e consegue que ela consinta no acesso carnal e quando, já no leito, prestes a realizar a união, é interrompido, o crime fica a meio: houve tentativa de relações sexuais que expõem a perigo de contágio a ofendida. Melhor ainda se configura a tentativa na hipótese do § 1º do art. 130, quando há intenção, quando o agente atua com dolo direto de dano.

Desse mesmo grande penalista pátrio, ainda se colhe o exemplo de tentativa no delito de maus tratos: o genitor que é surpreendido, amarrando o filho ao pé da mesa e pronto a amordaçá-lo, para que não se ouçam seus protestos ou choro, não está a meio de abuso de correção? Desde que o fato apresenta um *iter*, desde que seja suscetível de fracionamento, não nos parece impossível o *conatus*, lembrando-se ainda uma vez que o crime de perigo não o repele³⁵⁴.

³⁵² Zaffaroni, Eugenio Raúl; Pierangeli, José Henrique. “Da Tentativa”, Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p.20

³⁵³ Noronha, Edgard Magalhães. Direito Penal, Ed. Saraiva, 1973, vol. II, p. 83

³⁵⁴ ob. cit., p.102

Apesar da possibilidade prática da tentativa neste crime, razões de política criminal recomendam a sua não punição, tal como de regra impunível é o *conatus* na esfera administrativa, posto que aí a perturbação da ordem social é nenhuma ou quase exígua, não se justificando a intervenção mínima do direito penal, além do quê se estaria perpetrando inadmissível punição por “presunção de presunção”, alargando-se demasiadamente o conceito de perigo presumido. Assim, ensina Mantovani³⁵⁵ que o crime de perigo não admitiria a forma tentada porque “perigo de perigo” é um não perigo que não se concilia com o princípio da ofensividade.

Concurso de agentes

O crime poderá admitir participação de alguém que induza ou instigue o autor, sabendo-o inabilitado, a dirigir veículo automotor. Se essa terceira pessoa permitir, confiar ou entregar veículo para o autor dirigir-lo, sabendo não estar ele habilitado, responderá pelo crime do art. 310.

Concurso aparente de normas

Princípio da consunção

O crime de dirigir veículo automotor sem permissão ou habilitação é absorvido pelos crimes culposos de homicídio ou lesão corporal³⁵⁶ quando praticados nessa situação. Contudo, o fato constitui causa especial de aumento de pena (§ único dos arts. 302 e 303).

Concurso de crimes

Haveria concurso formal com outros crimes, também de perigo, dos arts. 306 (dirigir sob embriaguez)³⁵⁷, 308 (participação em “racha”)

³⁵⁵ ob. cit., p.449

³⁵⁶ Embora não seja nosso entendimento, conforme julgado do Supremo Tribunal Federal, o crime de dirigir sem habilitação legal é absorvido pelo crime de lesão corporal culposa; havendo renúncia da vítima com relação a este último delito, constitui constrangimento ilegal a persecução penal pelo delito menos grave de dirigir sem habilitação legal (rel. Min. Ilmar Galvão, j. 2.3.2001, RT 789/538)

³⁵⁷ O Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo entendeu que haveria concurso material de infrações

e 311 (trafegar em velocidade incompatível nas proximidades de escolas, hospitais etc.), se tais fossem praticados mediante ação única. Ocorre, contudo, que o fato de o agente não possuir permissão ou habilitação se constitui em circunstância agravante genérica dos crimes de trânsito (art. 298, III), por maneira que ficará afastado o concurso formal.

Não raramente, ocorrem casos em que o condutor, além de não possuir permissão ou habilitação legal para dirigir automotor, quando interpellado pela fiscalização, faz uso de carteira de habilitação falsa. Nessa hipótese, haverá concurso material de infrações. Além da objetividade jurídica distinta (no art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro, é a tutela da incolumidade pública e no art. 304 do Código Penal, é a tutela da coletividade na fé pública), as condutas são realizadas em momentos distintos, não apresentando entre elas, porque totalmente independentes, nenhuma conexão jurídica.

Num caso em que o motociclista, após ter causado um acidente, fugiu do local, o Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu que o “*concurso material* entre os crimes previstos nos arts. 305 e 309, ambos da Lei 9.503/97, era de rigor, em vista da diversidade de momentos consumativos” (Apelação nº 0003379-39.2009.8.26.0452, rel. Des. Nuevo Campos, julgamento em 28 de junho de 2012).

Ação penal

A ação penal é pública incondicionada e o processo é de competência do Juizado Especial Criminal.

Analisando caso relativo ao crime do art. 309, entendeu o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo que, se houve transação penal, “a sentença homologatória, por ter natureza condenatória, gera a eficácia de coisa formal e material que impede, mesmo no caso de seu descumprimento, a instauração da ação penal. Infração penal objeto de decisão judicial transitada em julgado. Descabimento de abertura do processo com oferecimento da denúncia. Recurso improvido”³⁵⁸.

(embriaguez ao volante e dirigir sem habilitação legal), cf RT 782/614, solução que entendemos equivocada em face da expressa previsão legal para a hipótese (art. 298, III)

³⁵⁸ 10ª Câmara, ap. n. 1238239/5-SP, Rel. Juiz Márcio Bártoli, j. 14/3/2001, v.u., in Ementário de

Por fim, “*Em razão do princípio da consunção, a lesão corporal culposa no trânsito (art. 303 do CTB) absorve o delito de dirigir sem habilitação (art. 309 do CTB), em face da menor lesividade do último.*”

Assim, havendo a renúncia expressa ao direito de representação pelo crime de lesão corporal culposa, não pode a majorante, decorrente da ausência de habilitação, persistir como delito autônomo, devendo ser declarada extinta a punibilidade também do crime de dirigir sem habilitação.

Precedentes desta Corte. Ordem concedida para declarar extinta a punibilidade do delito de dirigir sem habilitação (STJ – 5ª T.; HC núm. 25.084 – SP; Rel. Min, Jorge Scartezzini; j 18/05/2004; v.u.)

10. Permitir, confiar ou entregar direção de veículo automotor

art. 310 - Permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso, ou, ainda, a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança.

Pena: detenção de seis meses a um ano, ou multa.

Sujeito ativo

Qualquer pessoa, seja ou não proprietária, possuidora ou detentora do veículo automotor.

Sujeito passivo

A coletividade, no resguardo da sua incolumidade.

Tipo objetivo

Neste tipo, estranho mas corretamente, o legislador não culminou a descrição acrescentando “gerando perigo de dano” ou “dano potencial”,

o que era mesmo desnecessário, posto que o que se protege é a incolumidade pública contra as ações perigosas que podem produzir um dano.

Para Luiz Flávio Gomes, o art. 310 é inconstitucional porque prevê a punição do sujeito apenas pela realização de uma conduta de perigo abstrato³⁵⁹.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul³⁶⁰ entendeu que “entregar a direção de veículo à pessoa não habilitada é crime que *não exige a demonstração de dano concreto*. Comprovado que a ré entregou a direção de veículo automotor ao filho adolescente, impositiva a condenação”.

No entanto, já se decidiu também que “é atípica e, portanto, não incide nas penas do art. 310 do Código de Trânsito Brasileiro a conduta em que não se verificar qualquer elemento de convicção indicativo de que a pessoa inabilitada, à qual o agente entregou a direção do veículo, conduziu-o de modo perigoso ou anormal”³⁶¹.

“Para a configuração do crime previsto no art. 310 do CTB, é exigida a demonstração de *perigo concreto* de dano. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o delito descrito no art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB) – conduzir veículo automotor sem habilitação – necessita da existência de *perigo concreto* para sua configuração. No mesmo sentido segue a posição do Supremo Tribunal Federal, que, inclusive, editou a Súm. n. 720 sobre o tema. *O mesmo entendimento deve ser aplicado ao delito previsto no art. 310 do CTB* – permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada. Assim, não basta a simples entrega do veículo a pessoa não habilitada para a caracterização do crime, fazendo-se necessária a demonstração de **perigo concreto de dano** decorrente de tal conduta. Precedentes citados do STF: HC 84.377-SP, DJ 27/8/2004; do STJ: Ag 1.141.187-MG, DJe 18/8/2009; REsp 331.104-SP, DJ 17/5/2004; HC 28.500-SP, DJ 4/9/2006, e HC 150.397-SP, DJe 31/5/2010”.

³⁵⁹ Gomes, Luiz Flávio. Estudos de Direito Penal e Processo Penal, Ed. Rev. Tribunais, 1999, p. 83

³⁶⁰ acórdão n. 71002643005, publicado em 15/07/2010, rel. Laís Ethel Corrêa Pias.

³⁶¹ TACrim/SP, 8ª Câmara, j. 6.12.2001, rel. Juiz Francisco Menin (RT 800/631)

No julgamento pela 6ª Turma do STJ, no HC 118.310-RS em face de imputação do crime do art. 310, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 18/10/2012, publicado na RT 928/689, decidiu-se que “A denúncia, contudo, deixou de demonstrar o perigo concreto de dano decorrente de tal conduta, circunstância esta que leva à *inépcia formal da inicial acusatória* e, como consequência, ao trancamento da ação penal”.

Permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor, tanto é ensejar ao terceiro nele se interiorizar ou assim permanecer para assumir o seu controle de direção, como entregar-lhe a chave do veículo para fazê-lo. Semanticamente, não se distinguem as situações, porquanto a colocação do automotor à disposição do condutor poderá se dar materialmente ou de forma simbólica que caracterize esse ato (tal como a entrega das chaves do imóvel significa a sua tradição).

Os verbos “permitir”, “confiar” e “entregar”, identificam condutas de quem realmente tenha autoridade, poder ou controle, sobre o veículo automotor, pela propriedade ou posse. Assim, por exemplo, o amigo que acompanha o possuidor-condutor do veículo, na verdade não *permite* e nem *confia* a que este dirija embriagado; apenas se comporta com simples convivência impunível. Contrariamente, se esse amigo tem a chave do veículo e percebe que o proprietário não se encontra em condições de dirigir, mas mesmo assim lhe entrega a chave para fazê-lo, posto ter controle sobre o veículo, incorre no crime em questão.

O Superior Tribunal de Justiça teve oportunidade de julgar em sede *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, um caso de não rara ocorrência. O réu, após a ingestão de bebida alcoólica acima do limite permitido, conduziu seu veículo até a residência de um amigo e, posteriormente, cedeu a direção de veículo automotor à suposta vítima, a qual, também sob a influência de álcool, provocou o acidente automotivo que resultou em seu óbito. No veículo ainda foram encontrados 0,354 (trezentos e cinquenta e quatro miligramas) de cocaína. A denúncia imputara homicídio doloso, enquanto a defesa argumentou com crime em tese do art. 310 do Código de Trânsito Brasileiro (confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso, ou, ainda, a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança). A

Corte admitiu a possibilidade de configurar homicídio com dolo eventual nesse caso em que “o agente teria assumido o risco de produzir o resultado morte, com ele consentindo ao ceder a direção de veículo automotor à suposta vítima, a qual, também alcoolizada, provocou o acidente automotivo que resultou em seu óbito” (HC n. 196.292 - PE 2011/0023113-8, rel. Min. Laurita Vaz, julgamento em 16 de agosto de 2012).

Confiar ou entregar a direção de veículo à pessoa que, mesmo habilitada, por seu estado físico ou psíquico, não estiver em condições de dirigi-lo com segurança, também é infração administrativa (art. 166).

Permitir é consentir, indicando sobretudo anuência, expressa ou tácita, do proprietário ou possuidor do veículo automotor à conduta de quem esteja querendo dirigi-lo e assim o faz. Confiar é também entregar, mas indicando uma íntima segurança do ato. E entregar é dar, passar às mãos de outrem sob qualquer título, o veículo automotor.

O dispositivo abrange a entrega da direção do veículo às pessoas que, embora habilitadas ou com direito de dirigir, temporariamente não podem fazê-lo, ou tem essa possibilidade restringida por questões de saúde física ou mental, tal como se sucede com as pessoas com deficiência de visão, audição, deambulação, movimentação dos membros; de problemas psicológicos eventuais, loucura etc., pessoas essas que não estejam em condições de conduzir veículo automotor com segurança que também faltará nas pessoas embriagadas. Haverá de ser a situação analisada caso a caso.

Aquele que permitir, confiar ou entregar a direção de *ciclomotor* a terceiro, cumpre distingüir:

- a) se o terceiro não possui habilitação ou está com habilitação cassada (inclusive a permissão para dirigir que é habilitação precária - art. 148, § 2º), ou teve suspenso o direito de dirigir³⁶², nenhum deles realizará qualquer fato típico: o tipo refere-se à *habilitação*, enquanto que para dirigir essa espécie de veículo automotor não é necessária permissão ou habilitação, mas somente *autorização* (art. 141);

³⁶² A lei, ao se referir à suspensão do direito de dirigir, diz em carteira nacional de habilitação ou documento de habilitação (v. arts. 261, § 2º e 265) e não em autorização.

- b) se o terceiro, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzir o ciclomotor com segurança, aquele que a ele entregá-lo, realizará o tipo penal em questão. O condutor, se for pessoa que pelo estado de saúde, física ou mental, não está em condições de dirigi-lo com segurança, poderá eventualmente realizar o tipo do art. 34 da Lei de Contravenções Penais, enquanto que, se for pessoa em estado de embriaguez, poderá cometer o crime do art. 306.

Por fim, observa-se que embora o tipo não tenha mencionado em o *autorizado* conduzir o veículo automotor em “via pública”, este elemento acha-se aí implícito. Deveras, a incriminação é da *participação* (mas com punição autônoma, numa exceção dualística à concepção monística no concurso de pessoas) na conduta de quem não possui permissão ou habilitação, ou de quem não está em condições pessoais de dirigir em via pública, sentido teleologicamente apreendido da norma do art. 309 que a ela se refere.

Tipo subjetivo

Crime doloso. Vontade livre e consciente de qualquer forma passar um veículo automotor às mãos de pessoas sem direito de dirigir (situação de proibição jurídica) ou sem condições pessoais de fazê-lo (situação de proibição de fato). Na prática poderá haver alguma dificuldade de comprovar o elemento subjetivo, não faltando quem vá alegar desconhecimento daquelas situações para afastá-lo; contudo, a conduta poderá restar informada pelo dolo eventual.

Consumação

A consumação do delito vem condicionada pelo tipo. Com efeito, a pessoa a quem foi permitido, confiado ou entregue o veículo automotor deverá efetivamente dirigi-lo, isto é, o colocá-lo em movimento. Se não o fizer, apesar de se postar o condutor à direção do veículo, poderá haver tentativa. Tal como referido na análise do delito anterior, embora teórica e faticamente possível a tentativa neste crime, por razões de política criminal não seria o caso de sua punição, já que nenhuma ou quase nenhuma nocividade social se despontaria da conduta.

O princípio da intervenção mínima do direito penal e a inconcebível punição do perigo de perigo, impedem que se elasteça o conceito de perigo presumido ou abstrato.

Concurso de agentes

Se dois ou mais sujeitos permitirem, confiarem ou entregarem a direção do veículo automotor à pessoa sem direito de dirigir (uma hipótese freqüente seria aquela em que ambos os pais consentem ou entregam a direção de veículo a filho menor inabilitado) ou sem condições físicas ou mentais de assim fazer, serão todos autores.

Poderá haver participação daquele que induzir ou instigar a pessoa a permitir, confiar ou entregar o veículo automotor àqueles sem direito de dirigir ou sem condições físicas ou mentais de fazê-lo.

A pessoa que permite, confia ou entrega a outrem não habilitado a direção de veículo automotor realiza, na condição de autor, o tipo do art. 310.

Não concorre, nem como co-autor e nem como partícipe, no crime do art. 309.

Concurso aparente de normas

Princípio da consunção

Se em razão da permissão, confiança ou entrega da direção do veículo automotor suceder homicídio ou lesão corporal culposa previsíveis, estes delitos, por serem de dano, absorverão aquele de perigo.

Concurso de crimes

Se a pessoa que toma a direção do veículo automotor não é habilitada, está com a habilitação cassada ou direito de dirigir suspenso, responderá pelo crime de dirigir sem habilitação (art. 309), enquanto que o agente que permitiu, confiou ou entregou a direção do veículo cometerá o delito ora em exame (art. 310).

Se a pessoa que toma a direção do veículo automotor é pessoa que pelo estado de saúde, física ou mental, não está em condições de dirigi-lo

com segurança, poderá eventualmente realizar o tipo do art. 34 da Lei de Contravenções Penais. E se for uma pessoa em estado de embriaguez, poderá cometer o crime do art. 306.

Ação penal

A ação penal é pública incondicionada e o processo é de competência do Juizado Especial Criminal.

11. Trafegar em velocidade incompatível

art. 311- Trafegar em velocidade incompatível com a segurança nas proximidades de escolas, estações de embarque e desembarque de passageiros, logradouros estreitos, ou onde haja grande movimentação ou concentração de pessoas, gerando perigo de dano.

Pena: detenção de seis meses a um ano, ou multa.

Sujeito ativo

Qualquer pessoa que esteja na direção de veículo automotor.

Sujeito passivo

A coletividade, no resguardo da incolumidade pública.

Tipo objetivo

Melhor teria dito “conduzir” ou “dirigir” e não trafegar, porquanto este verbo mais indica a ação do próprio veículo conduzido, originado da palavra tráfego que, nos assuntos relativos a trânsito, significa movimentação de veículos ou pessoas. O que seja velocidade *incompatível*, somente cada caso é que permitirá a sua aferição. A tipicidade penal aberta sempre propiciou esse problema, permitindo o subjetivismo completar a incriminação e, por consequência, comprometendo a sua segurança e garantia.

Velocidade incompatível não quer dizer necessariamente velocidade excessiva, posto que aquela não se mede em razão de quilômetros horários e, sim, em razão as circunstâncias concorrentes no momento do fato. Daí que, embora a velocidade desenvolvida seja normal em determinado trecho da via pública, poderá ela ser *incompatível* com a segurança de trânsito se não diminuída para garanti-la. Bem por isso,

são infrações administrativas gravíssimas, segundo o art. 220: deixar de reduzir a velocidade do veículo de forma compatível com a segurança do trânsito: I - quando se aproximar de passeatas, aglomerações, cortejos, préstitos e desfiles...XIV - nas proximidades de escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros ou onde haja intensa movimentação de pedestres.

Neste tipo penal o legislador utilizou apenas o verbo *trafegar* e não disse se veículo e, ainda, se automotor ou não, porque uma pessoa, um animal, uma bicicleta, uma charrete, também podem *trafegar* em velocidade incompatível com a segurança do trânsito, de maneira que aqui a interpretação extensiva já se tornaria um pouco mais ousada e sem cabimento, sob pena de ampliar incriminação não pretendida pela lei e nem permitida pelo direito. Em nenhum momento o tipo se referiu a veículo. Para não ampliar indevida e demasiadamente o tipo e evitar derrapar para a ilegalidade, é preciso entendê-lo referindo-se somente aos veículos automotores, mesmo porque não teria sentido criminalizar *velocidade incompatível* desenvolvida pela carroça, charrete etc.

Se para a punição administrativa possa bastar a ocorrência objetiva daquelas situações, pensamos, todavia, que, para configuração deste crime não é isso suficiente. Posto ser crime de perigo, necessário que, além de *trafegar* em velocidade incompatível, efetivamente haja pessoas nas proximidades de escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros, nos logradouros estreitos (indicações exemplificativas). Assim é porque, como se observa da parte final do dispositivo incriminador, ao ser utilizada a alternativa “ou” referiu-se a local *onde haja grande movimentação ou concentração de pessoas* (indicação genérica).

Por questão de igualdade jurídica e hermenêutica, na hipótese da lei conter disposição exemplificativa e, na seqüência, disposição genérica, esta haverá de compreender hipóteses análogas às cláusulas exemplificadas e, assim, a conduta penalmente punível deve gerar um certo perigo de dano para as *pessoas* que devem, então, estar necessariamente presentes nos lugares e circunstâncias indicadas³⁶³.

³⁶³ O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, no acórdão n. 2006.03.1.000213-4, publicado em 04/11/2008, rel. Des. Esdras Neves, decidiu que “A condenação nas penas do artigo 311 do CTB exige a demonstração inequívoca de que o condutor gera, com sua conduta na direção de veículo,

Não cometerá o crime em testilha, portanto, se o condutor do veículo automotor estiver desenvolvendo velocidade incompatível com a segurança, nas proximidades de escolas desativadas ou fechadas em férias, feriados ou finais de semana. Das estações de embarque e desembarque de passageiros, se nenhuma pessoa há para embarcar ou desembarcar. De um hospital desativado. De um logradouro estreito onde ninguém esteja nele caminhando.

Em verdade, a conduta incriminada está abrangida na forma genérica de direção perigosa de veículo na via pública e que põe em perigo a segurança alheia; mas, tratando-se de proibição específica ou restritiva a condutores de veículos *automotores* em locais especialmente indicados³⁶⁴, resta afastada a incidência da norma geral do art. 34 da Lei de Contravenções Penais³⁶⁵.

Tipo subjetivo

Crime doloso. Vontade livre e consciente de dirigir veículo automotor, sabendo fazê-lo nos locais, situações e circunstâncias indicadas no tipo.

Crime de perigo abstrato

Apesar de se exigir que nos locais indicados haja afluência de pessoas ou concentração delas, o delito subsiste como crime de perigo abstrato posto que se aperfeiçoará apenas pela possibilidade, ainda que não tão próxima,

perigo de dano, colocando em risco, efetivamente, a integridade física e a vida de pessoas. Ilações quanto ao perigo não são suficientes para embasar o decreto condenatório”.

³⁶⁴ O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, j. 22.5.2001, decidiu: “o agente que dirige na contramão e em alta velocidade deve responder pela contravenção do art. 34 do Dec. lei 3.688/41 e não pelo delito do art. 311 do Código de Trânsito Brasileiro, visto que o núcleo deste delito é o tráfego em velocidade incompatível com a segurança nas proximidades de determinados locais, gerando perigo de dano. Já para a configuração da contravenção de direção perigosa, basta a mera conduta que traduz o perigo à incolumidade pública, sem necessidade da ocorrência de perigo concreto” (RT 801/640).

³⁶⁵ No encontro realizado em 3 de abril de 1998 pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo e Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminal, foi aprovada a conclusão 7) “O art. 34 da LCP foi apenas parcialmente revogado, uma vez que a ocorrência das condutas de dirigir embriagado ou imprimir velocidade incompatível enseja a incidência dos arts. 306 ou 311 do CTB, ao passo que as demais formas de direção perigosa acarretam o reconhecimento da norma contravençional” (Aviso n. 127/98 - PGJ, publicado no D.O.E. de 8/4/1998, p. 31)

de causar dano a qualquer pessoa. Demais disso, não diz o tipo em gerar perigo *concreto* de dano, mas apenas perigo de dano. Poderá gerar um *perigo concreto*, mas contenta-se a incriminação com aquela possibilidade objetiva.

Consumação

O crime se consuma no instante em que o autor desenvolver no tráfego velocidade incompatível nos locais indicados. Não será possível a tentativa porque, ou tal acontece e o crime está consumado, ou a velocidade é compatível e o fato é penalmente indiferente.

Concurso de agentes

Poderá haver participação, como seria a hipótese do acompanhante no veículo induzir ou instigar o condutor a desenvolver velocidade incompatível nos locais indicados, ciente e consciente da situação de maior perigo objetivo que poderá essa conduta ocasionar.

Concurso aparente de normas

Princípio da especialidade

Trafegar em velocidade incompatível com a segurança no trânsito, poderia configurar simples contravenção penal (art. 34 da Lei de Contravenções Penais); contudo, se isso ocorrer nas proximidades de escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros, logradouros estreitos, ou onde haja grande movimentação ou concentração de pessoas, a norma especial do art. 311 do Código de Trânsito Brasileiro afasta a incidência daquela norma geral contravençional.

Princípio da consunção

Este crime do art. 311, por ser de perigo, restará absorvido por eventual delito de dano de homicídio culposo ou lesão corporal culposa, que ocorrer na mesma ocasião.

Concurso de crimes

Se pela velocidade incompatível desenvolvida nos lugares indicados, vier a causar dano em outro veículo ou coisa e o autor fugir para se safar da res-

pensabilidade civil ou criminal, poderá haver concurso material com o delito do art. 305, considerando serem duas ações completamente independentes.

E se estiver dirigindo sob embriaguez ou participando de “racha”, haverá concurso formal com outros crimes de perigo dos arts. 306 e 308), posto que com uma só conduta viola várias normas penais. E se estiver dirigindo sem habilitação, arredado o concurso ideal, responderá apenas pelo crime em questão, com a agravante genérica do art. 298, III.

Ação penal

A ação penal é pública incondicionada e o processo é de competência do Juizado Especial Criminal.

12. Inovação artificiosa de estado de lugar, coisa ou pessoa.

art. 312- Inovar artificialmente, em caso de acidente automobilístico com vítima, na pendência do respectivo procedimento policial preparatório, inquérito policial ou processo penal, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa a fim de induzir a erro o agente policial, o perito, ou juiz.

Pena: detenção de seis meses a um ano, ou multa.

§ único: Aplica-se o disposto neste artigo, ainda que não iniciados, quando da inovação, o procedimento preparatório, o inquérito ou o processo aos quais se refere.

Bem jurídico

É a fidelidade das provas, necessária para o correto julgamento da questão civil ou criminal submetida à justiça.

Sujeito ativo

Qualquer pessoa, embora comumente deva ser o interessado envolvido no acidente automobilístico.

Sujeito passivo

A Administração da Justiça interessada na fidelidade das provas em caso de acidente automobilístico, no trato sério das questões a ela afetas.

Tipo objetivo

Inovar é apresentar novidade; a conduta criminosa consiste em operar modificação ou alteração artificiosa, ardilosa, fraudulenta enfim, do estado de lugar (arrancar placa de sinalização, trocá-la por outra, danificar o semáforo etc.), de coisa (alterar a posição dos veículos, furar os seus pneus, amassar ou desamassar sua lataria etc.) ou de pessoa (mudar o aspecto físico exterior do condutor).

Entendeu-se caracterizado delito na conduta de quem “alterou o estado de coisa de seu automóvel com o fim de levar a erro o agente policial, o perito ou Juiz, uma vez que substituiu a polaina direta do para-choque dianteiro, o espelho retrovisor direito e a seta dianteira direita, as quais correspondem com os pedaços de peças que foram encontrados no local do acidente³⁶⁶, ou do agente que “teria retirado a motocicleta do local dos fatos e declarado, no Boletim de Ocorrência, que era um mototaxista que a conduzia e teria se evadido depois do evento com o referido veículo³⁶⁷.

A conduta deverá ter idoneidade suficiente para induzir aquelas pessoas em erro, não configurando crime se a inovação for grosseira ou facilmente perceptível.

Automobilístico é o acidente, no sentido do texto, aquele que decorre da ação causante praticada através de um ou mais veículos automotores (ex., um só auto-ônibus atropela um pedestre ou vários automóveis colidem entre si ferindo seus ocupantes). Destarte, será acidente aéreo e não automobilístico se um avião cair sobre um automóvel matando os ocupantes deste ou daquele, ou de ambos veículos. Automobilístico também não será o acidente em que um prédio desabar sobre um automóvel, casos esses que não estarão abrangidos pelo tipo em exame.

De qualquer forma, necessário é que do acidente automobilístico tenha havido vítima, entendendo-se como tal pelo menos uma pessoa que tenha sofrido lesão corporal ou morte. Se não houver vítima, o crime será o do art. 347 do Código Penal (fraude processual).

³⁶⁶ TJSP, Apelação nº 0006065-21.2009.8.26.0220, 16ª Câmara Criminal, julgamento em 9 de abril de 2013, rel. Des. Borges Pereira

³⁶⁷ TJSP, Apelação nº 0008196-32.2008.8.26.0081, 9ª Câmara de Direito Criminal, julgamento em 25 de agosto de 2011, rel. Des. Francisco Bruno

Não se compreende a inclusão deste delito entre os “crimes de trânsito”, porque não tendo caracteristicamente essa qualidade, é apenas uma infração a eles relativo. Nessa forma de legislar, poderiam ser criminalizadas, não sem disparate, condutas como falso testemunho ou falsa perícia, comunicação falsa, favorecimento pessoal em crimes de acidente de trânsito ou, ainda, falsificação de documentos de veículos etc.

O tipo apresenta semelhança com o de fraude processual previsto no art. 347 do Código Penal. Desta feita, como se vê de sua descrição, pune-se qualquer pessoa que inovar estado de lugar, coisa ou de pessoa (enumeração taxativa, i.e., sem possibilidade de ampliação), nos casos relativos a acidente automobilístico. Outra vez mais (antes foi no crime de “racha”) o legislador identificou a espécie do veículo: *automóvel*, substantivo referente ao adjetivo “automobilístico”. Porém, como já se disse, é possível aqui a interpretação extensiva para compreender *todos os veículos automotores terrestres*, ampliando-se a norma, porque bem evidente o intuito do legislador em abrangê-los. Não teria sentido excluir desta tipicidade especial, os acidentes envolvendo outras espécies de veículos automotores, a exemplo de motocicletas, caminhões, camionetas etc.

A conduta incriminada poderá ser realizada na pendência do respectivo procedimento policial preparatório, inquérito policial (que, se não for a mesma coisa, está compreendido naquele) ou processo penal. Porém, *ad cautelam*, previu o legislador que o crime de inovação artificiosa se configura ainda que não iniciados, quando da inovação, aqueles procedimentos ou processo penal (§ único). Agiu de forma acertada, posto que o comprometimento das provas e seus elementos poderá decorrer da conduta criminosa a ser praticada desde quando da ocorrência do fato.

Tipo subjetivo

Diversamente do que se passa com o crime do art. 311, do Código Penal (adulteração de sinal identificador de veículo automotor) para o qual *não se exige o dolo específico*³⁶⁸, neste caso, além do dolo manifestado pelo

³⁶⁸ AgRg no AI nº 1.361.634 - MG (2010/0188575-6), rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, “O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacífico no sentido de que não se mostra neces-

propósito livre e consciente de proceder à inovação artificiosa, esta haverá de ser feita pelo sujeito com o fim de (*elemento subjetivo do tipo*) induzir a erro o agente policial, o perito ou o juiz. São estes personagens quem, sobre serem protagonistas das investigações ou do processo penal, poderão, na prática de seus atos, ser levados à distorcida análise e julgamento dos fatos, comprometendo a pesquisa da verdade real e a correta justiça penal.

Consumação

O crime se consuma no momento em que o autor procede à inovação artificiosa, independentemente de qualquer prejuízo e que possa ou não resultar aos interessados. Desnecessário à *meta optata* que efetivamente o agente policial, perito ou juiz tenham sido induzidos a erro pela ação do fraudador. A tentativa é possível se o autor, com a finalidade exigida pelo tipo, praticar atos executórios da inovação artificiosa, mas for nessa fase obstaculizado por terceiros.

Concurso de agentes

Poderá haver co-autoria e participação, psicologicamente vinculados os agentes à inovação artificiosa. Será co-autor aquele que juntamente com o autor realizar os elementos do tipo e partícipe será quem induzir, instigar ou auxiliar o autor à inovação do estado de lugar, coisa ou pessoa, mas sempre com a finalidade ali exigida.

Concurso aparente de normas

Princípio da especialidade

O tipo de crime de inovação artificiosa ou fraude processual (art. 312) é especial em face do art. 347 do Código Penal, tendo por elementos especializantes duas circunstâncias objetivas (“em caso de acidente automobilístico” e “com vítima”).

sário o dolo específico para configuração do delito de adulteração de sinal identificador de veículo automotor, previsto no artigo 311 do Código Penal”.

Acidente automobilístico significa o impacto entre dois ou mais veículos, esteja um deles parado ou em movimento, podendo estar envolvidos veículos de várias espécies (colisão de automóvel contra uma bicicleta) ou simplesmente atropelamento de um pedestre. Ou, ainda um só veículo automotor colidir contra um poste ou “capotar” sozinho.

Do acidente deve resultar vítima, quer dizer, alguém que tenha sofrido pelo menos lesão corporal.

Concurso de crimes

Se o autor vier a cometer a inovação artificialmente após ter cometido qualquer dos crimes de dano (homicídio ou lesão corporal culposos) ou de perigo, com eles concorrerá materialmente, posto que se realizam mediante mais de duas ações totalmente independentes, autônomas, sem qualquer conexão jurídica entre elas.

Ação penal

A ação penal é pública incondicionada e o processo é de competência do Juizado Especial Criminal.

CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

-Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997-
(alterada até a Lei n. 12.971, de 9 de maio de 2014)

Art. 160. O condutor condenado por delito de trânsito deverá ser submetido a novos exames para que possa voltar a dirigir, de acordo com as normas estabelecidas pelo CONTRAN, independentemente do reconhecimento da prescrição, em face da pena concretizada na sentença.

§ 1º Em caso de acidente grave, o condutor nele envolvido poderá ser submetido aos exames exigidos neste artigo, a juízo da autoridade executiva estadual de trânsito, assegurada ampla defesa ao condutor.

§ 2º No caso do parágrafo anterior, a autoridade executiva estadual de trânsito poderá apreender o documento de habilitação do condutor até a sua aprovação nos exames realizados.

Art. 263. A cassação do documento de habilitação dar-se-á:

I - quando, suspenso o direito de dirigir, o infrator conduzir qualquer veículo;

II - no caso de reincidência, no prazo de doze meses, das infrações previstas no inciso III do art. 162 e nos arts. 163, 164, 165, 173, 174 e 175;

III - quando condenado judicialmente por delito de trânsito, observado o disposto no art. 160.

§ 1º Constatada, em processo administrativo, a irregularidade na expedição do documento de habilitação, a autoridade expedidora promoverá o seu cancelamento.

§ 2º Decorridos dois anos da cassação da Carteira Nacional de Habilitação, o infrator poderá requerer sua reabilitação, submetendo-se a todos os exames necessários à habilitação, na forma estabelecida pelo CONTRAN.

CAPÍTULO XIX

DOS CRIMES DE TRÂNSITO

Seção I

Disposições Gerais

Art. 291. Aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, previstos neste Código, aplicam-se as normas gerais do Código penal e do Código de Processo Penal, se este Capítulo não dispuser de modo diverso, bem como a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, no que couber.

§ 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: (Renumerado pela Lei nº 11.705, de 2008)

I - sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência; (Incluído pela Lei nº 11.705, de 2008)

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; (Incluído pela Lei nº 11.705, de 2008)

III - transitando em velocidade superior à máxima permitida para a via em 50 km/h (cinquenta quilômetros por hora). (Incluído pela Lei nº 11.705, de 2008)

§ 2º Nas hipóteses previstas no § 1º deste artigo, deverá ser instaurado inquérito policial para a investigação da infração penal. (Incluído pela Lei nº 11.705, de 2008)

Art. 292. A suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor pode ser imposta isolada ou cumulativamente com outras penalidades. (Redação dada pela Lei nº 12.971, de 2014)

Art. 293. A penalidade de suspensão ou de proibição de se obter a permissão ou a habilitação, para dirigir veículo automotor, tem a duração de dois meses a cinco anos.

§ 1º Transitada em julgado a sentença condenatória, o réu será intimado a entregar à autoridade judiciária, em quarenta e oito horas, a Permissão para Dirigir ou a Carteira de Habilitação.

§ 2º A penalidade de suspensão ou de proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor não se inicia enquanto o sentenciado, por efeito de condenação penal, estiver recolhido a estabelecimento prisional.

Art. 294. Em qualquer fase da investigação ou da ação penal, havendo necessidade para a garantia da ordem pública, poderá o juiz, como medida cautelar, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público ou ainda mediante representação da autoridade policial, decretar, em decisão motivada, a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção.

Parágrafo único. Da decisão que decretar a suspensão ou a medida cautelar, ou da que indeferir o requerimento do Ministério Público, cabe-
rá recurso em sentido estrito, sem efeito suspensivo.

Art. 295. A suspensão para dirigir veículo automotor ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação será sempre comunicada pela autoridade judiciária ao Conselho Nacional de Trânsito - CONTRAN, e ao órgão de trânsito do Estado em que o indiciado ou réu for domiciliado ou residente.

Art. 296. Se o réu for reincidente na prática de crime previsto neste Código, o juiz aplicará a penalidade de suspensão da permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor, sem prejuízo das demais sanções penais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)

Art. 297. A penalidade de multa reparatória consiste no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima, ou seus sucessores, de quantia calculada com base no disposto no § 1º do art. 49 do Código Penal, sempre que houver prejuízo material resultante do crime.

§ 1º A multa reparatória não poderá ser superior ao valor do prejuízo demonstrado no processo.

§ 2º Aplica-se à multa reparatória o disposto nos arts. 50 a 52 do Código Penal.

§ 3º Na indenização civil do dano, o valor da multa reparatória será descontado.

Art. 298. São circunstâncias que sempre agravam as penalidades dos crimes de trânsito ter o condutor do veículo cometido a infração:

I - com dano potencial para duas ou mais pessoas ou com grande risco de grave dano patrimonial a terceiros;

II - utilizando o veículo sem placas, com placas falsas ou adulteradas;

III - sem possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação;

IV - com Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação de categoria diferente da do veículo;

V - quando a sua profissão ou atividade exigir cuidados especiais com o transporte de passageiros ou de carga;

VI - utilizando veículo em que tenham sido adulterados equipamentos ou características que afetem a sua segurança ou o seu funcionamento de acordo com os limites de velocidade prescritos nas especificações do fabricante;

VII - sobre faixa de trânsito temporária ou permanentemente destinada a pedestres.

Art. 299. (VETADO)

Art. 300. (VETADO)

Art. 301. Ao condutor de veículo, nos casos de acidentes de trânsito de que resulte vítima, não se imporá a prisão em flagrante, nem se exigirá fiança, se prestar pronto e integral socorro àquela.

Seção II

Dos Crimes em Espécie

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.

§ 1º No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) à metade, se o agente: (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014)

I - não possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação; (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014)

II - praticá-lo em faixa de pedestres ou na calçada; (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014)

III - deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente; (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014)

IV - no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros. (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014)

§ 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: (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014)

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. (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014)

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. (Redação dada pela Lei nº 12.971, de 2014)

Art. 304. Deixar o condutor do veículo, na ocasião do acidente, de prestar imediato socorro à vítima, ou, não podendo fazê-lo diretamente, por justa causa, deixar de solicitar auxílio da autoridade pública:

Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa, se o fato não constituir elemento de crime mais grave.

Parágrafo único. Incide nas penas previstas neste artigo o condutor do veículo, ainda que a sua omissão seja suprida por terceiros ou que se trate de vítima com morte instantânea ou com ferimentos leves.

Art. 305. Afastar-se o condutor do veículo do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída:

Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

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.

§ 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por: (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012)

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 (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012)

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora. (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012)

§ 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova. (Redação dada pela Lei nº 12.971, de 2014)

§ 3º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia ou toxicológicos para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. (Redação dada pela Lei nº 12.971, de 2014)

Art. 307. Violar a suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor imposta com fundamento neste Código:

Penas - detenção, de seis meses a um ano e multa, com nova imposição adicional de idêntico prazo de suspensão ou de proibição.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre o condenado que deixa de entregar, no prazo estabelecido no § 1º do art. 293, a Permissão para Dirigir ou a Carteira de Habilitação.

Art. 308. Participar, na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade competente, gerando situação de risco à incolumidade pública ou privada: (Redação dada pela Lei nº 12.971, de 2014)

Penas - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. (Redação dada pela Lei nº 12.971, de 2014)

§ 1º Se da prática do crime previsto no caput resultar lesão corporal de natureza grave, e as circunstâncias demonstrarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo, a pena privativa de liberdade é de reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014)

§ 2º Se da prática do crime previsto no caput resultar morte, e as circunstâncias demonstrarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo, a pena privativa de liberdade é de reclusão de 5 (cinco) a 10 (dez) anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014)

Art. 309. Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano:

Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

Art. 310. Permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso, ou, ainda, a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança:

Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

Art. 310-A. (VETADO)

Art. 311. Trafegar em velocidade incompatível com a segurança nas proximidades de escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros, logradouros estreitos, ou onde haja grande movimentação ou concentração de pessoas, gerando perigo de dano:

Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

Art. 312. Inovar artificialmente, em caso de acidente automobilístico com vítima, na pendência do respectivo procedimento policial preparatório, inquérito policial ou processo penal, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, a fim de induzir a erro o agente policial, o perito, ou juiz:

Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo, ainda que não iniciados, quando da inovação, o procedimento preparatório, o inquérito ou o processo aos quais se refere.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, Waldyr de. Direito Penal do Trânsito. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987

ALTAVILLA, Enrico. La culpa. Bogotá: Editorial Temis, 1987

ALMEIDA JR. Lições de Medicina Legal. Companhia Editora Nacional, 1978

AREND, Márcia Aguiar. Lei dos Juizados Especiais Federais: reflexos da ampliação do conceito de infrações de menor potencial ofensivo no ordenamento penal e processual penal, in Revista dos Tribunais 793/488-495

ASÚA, Luís Jiménez de. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A. 1950

BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal, Parte General. Buenos Aires : Editora Hammurabi, 1987

BARBOSA, Marcelo Fortes. Direito Penal Atual, Estudos. São Paulo: Malheiros Editores, 1996

_____. Concurso de Normas Penais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 1997

BIERRENBACH Sheila de Albuquerque. Crimes omissivos impróprios. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1996

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Alguns aspectos controvertidos do Código de Trânsito in Revista dos Tribunais 754/490

_____. Natureza da Ação Penal nos crimes relacionados no parágrafo único do art. 291 do CTB, in *IBCCrim*, n. 71, outº/98

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Editora UnB, 1996

BOUBÉE, Gabriel Roujou de, et alii. *Code Pénal Commenté*. Paris: Éditions Dalloz, 1996

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal, 2º Tomo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1967

CALLEGARI, André Luis. A inconstitucionalidade do teste de alcoolemia e o novo Código de Trânsito, in *Revista dos Tribunais* 757/426

CAPEZ, Fernando. Gonçalves, Victor Eduardo Rios. *Aspectos Criminais do Código de Trânsito Brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 1998

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español, Parte General I*. Madrid: Editorial Tecnos, 1985

CHAMBON, Patrick Maistre; Conte, Philippe. *Droit Pénal Général*. Paris: Masson, 1990

CINTRA JR., Dirceu Aguiar Dias. Suspensão condicional do processo e desclassificação do crime em face dos princípios da igualdade e da proteção judiciária, in *Revista dos Tribunais* 746/474

COGAN, José Damião Pinheiro Machado. Direção inabilitada de veículo automotor, in *Revista dos Tribunais* 762/480-484

CONTE, Philippe; Chambon, Patrick Maistre. *Droit Pénal Général*. Paris: Masson, 1990

CORREIA, Eduardo. Direito Criminal. Coimbra: Livraria Almedina, 1996

COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito Penal. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1991

COSTA, Carlos A. Condeixa da. Da natureza formal dos crimes culposos. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1989

COSTA, Roberto Antônio de Almeida. Juizados Especiais Criminais - Lei n. 9099/95 - Proposta de suspensão do processo - Discricionarieidade do Ministério Público - Aplicação subsidiária do art. 28 do Código de Processo Penal - in Revista Justitia vol. 175

COSTA JR., Heitor. Teoria dos Delitos Culposos, Ed. Lumen Juris, 1988

COSTA JR, Paulo José da. Curso de Direito Penal, Parte Geral. São Paulo: Editora Saraiva, 1991

_____. Comentários ao Código Penal. São Paulo: Editora Saraiva, 1986

_____. Queijo, Maria Elizabeth. Comentários aos crimes do Novo Código de Trânsito. São Paulo: Editora Saraiva, 1998

CRUZ, Márcia da Rocha. Oliveira, Juliana Poggiali. Substituição da pena de suspensão do direito de conduzir veículo automotor, in Boletim IBCCrim, agosto de 2.000

DALABRIDA, Sidney Eloy. Conexão e continência na Lei 9.099/95, in Revista dos Tribunais 743/497

DEMERCIAN, Pedro Henrique. Maluly, Jorge Assaf. A lei dos juizados especiais criminais no âmbito da Justiça Federal e o conceito de in-

fração penal de menor potencial ofensivo. Revista da Associação Paulista do Ministério Público, n. 38, pp. 44/47

DÍAZ PITA, María del Mar. El dolo eventual. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1994

DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução ao Código Civil. São Paulo: Saraiva, 1994

DUARTE, Luciana Sperb. Da competência para o processamento e julgamento dos crimes de embriaguez ao volante, lesão corporal culposa no trânsito e participação em competição não autorizada, in Boletim do IBCCrim, n. 72, nov/98

FERNANDES, Antonio Scarance. O papel da vítima no processo criminal. São Paulo: Malheiros Editores, 1995

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Madrid: Editorial Trotta, 1997

FERRAZ, Esther de Figueiredo. A co-delinquência no Direito Penal Brasileiro. São Paulo: José Bushatsky, Editor, 1976

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1989

FIERRO, Guillermo J. Teoría de la participación criminal. Buenos Aires: Ediar, 1964

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Tourinho Neto, Fernando da Costa. Juizados Especiais Federais Criminais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.002

FILIOL, Henri. Imprégnation ethylique et accidents de la circulation”, Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé, Paris, 1954

FLORIAN, Eugenio. Parte Generale del Diritto Penale. Milano: Ed. Dottor Francesco Vallardi, 1926

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Conduta Punível. São Paulo: José Bushatsky, Editor, 1961

_____. Lições de Direito Penal, Parte Geral. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1992

_____. Jurisprudência Criminal, Vol. II. São Paulo: José Bushatsky, Editor, 1979

FROMONT, Michel. Rieg, Alfred. Introduction au droit allemand, Vol. II. Paris: Éditions Cujas, 1984

GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal. São Paulo: Editora Max Limonad, 1973

GARCIA, Waléria Garcelan Loma. Código de Trânsito Brasileiro: o crime de homicídio culposo e a possibilidade da suspensão condicional do processo, in Boletim IBCCrim, n. 63, fevereiro/1998

GARCÍA ARÁN, Mercedes/MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal. Parte General. Valencia: Tirant lo Blanch Livros, 8ª edição, 2010

GESSINGER, Ruy Armando. Da dispensa da pena. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1984

GOMES, Luiz Flávio. Estudos de Direito e Processo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999

_____.A contravenção do artigo 32 da Lei das Contravenções Penais é de perigo abstrato ou concreto? (A questão da incons-

titucionalidade do perigo abstrato ou presumido), in Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 8

_____.Mais de 100 crimes não admitem flagrante desde 13.01.2002 in Notícias Forenses, janeiro de 2.002

GONÇALVES,Victor Eduardo Rios. A derrogação da contravenção do art. 32 da LCP, in Boletim do IBCCrim, n. 65, abril/1998

_____.Capez, Fernando. Aspectos Criminais do Código de Trânsito Brasileiro. Editora Saraiva, 1998

GONZAGA, João Bernardino. O crime de omissão de socorro. São Paulo: Editora Max Limonad, 1957

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, Parte Geral. 12ª. edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2010

GRINOVER, Ada Pellegrini et alii. Juizados Especiais Criminais, Ed. RT, 1997

HONORATO, Cássio Mattos. Alterações introduzidas pelo Novo Código de Trânsito Brasileiro. São Paulo: Ed. Sugestões Literárias, 1998

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, volume I, tomo II. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958

ISHIDA, Válter Kenji. A Lei nº 12.971, de 9 de maio de 2014 e o crime de “racha”, site da APMP, 28 de maio de 2014

JAKOBS, Günther, Derecho Penal, P.G. Madrid: Marcial Pons, Ed. Juridicas, S.A., 1995

JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S. A., 1981

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal, Parte Geral*. São Paulo: Editora Saraiva, 1995

_____. *Crimes de Trânsito*. São Paulo: Editora Saraiva, 1998

_____. *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*, Ed. Saraiva, 1997

KREBS, Pedro. A inconstitucionalidade e ilegalidade do art. 303 do CTB, in *Revista dos Tribunais* 767/485-488

LEITE, Maurílio Moreira. Multa Reparatória, in *Revista da APMP*, n. 18

LIMA, Marcellus Polastri. *O processo penal dos crimes de trânsito*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001

_____. Crimes de Trânsito e a Transação Penal, in *Boletim do IBCCrim*, n. 66, maio de 1998

LISZT, Franz von. *Traité de Droit Pénal Allemand*. Paris: V. Giard & E. Brière, Libraires-Éditeurs, 1911

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da Legalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994

LUNA, Everardo da Cunha. *O Resultado no Direito Penal*. São Paulo: José Bushatsky, Editor, 1976

MALULY, Jorge Assaf. Demercian, Pedro Henrique. A lei dos juizados especiais criminais no âmbito da Justiça Federal e o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, in *Revista da Associação Paulista do Ministério Público*, n. 38

MANTOVANI, Ferrando. Diritto Penale, Parte Generale. Pádova: Cedam - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1992

MARCÃO, Renato. Crimes de Trânsito. São Paulo: Editora Saraiva, 4^a. edição, 2013

MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Penal. São Paulo: Editora Saraiva, 1961

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Crimes culposos no novo Código de Trânsito, in Revista da Associação Paulista do Ministério Público, n. 14, jan. 1998

MARRONE, José Marcos. Delitos de Trânsito. São Paulo: Editora Atlas, 1998

MARTINEZ, Milton Cairolí. Curso de Derecho Penal Uruguayo. Montevideo: FCU-Fundacion de Cultura Universitaria, 1990

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. Aspectos Criminais do código brasileiro de trânsito, in Revista dos Tribunais 752/449

MAURACH, Reinhart. Derecho Penal, Parte General. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994

MEZGER, Edmund. Derecho Penal, Parte General. Buenos Aires: Din Editora, 1989

MIR PUIG, Santiago. Notas adicionais ao Tratado de Derecho Penal de Jescheck, Parte General, I/429. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1981

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Juizados Especiais Criminais. São Paulo: Editora Atlas, 2.002 e 1997

MONTEIRO, Ruy Carlos de Barros. Crimes de Trânsito. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999

MUNÓZ CONDE, Francisco. Teoria Geral do Delito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988

MUNÓZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal. Parte General. Valencia: Tirant lo Blanch Livros, 8ª edição, 2010

NALINI, José Renato. O juiz criminal e a lei 9.099/95, in Revista dos Tribunais, 744/429-446

NINNO, Wilson. Racha. Dolo eventual, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, 19/211-214

NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. Crimes do Código de Trânsito. São Paulo: Atlas, 1999

NORONHA, Edgard Magalhães. Direito Penal. São Paulo: Editora Saraiva, 1973

_____.Do crime culposos. São Paulo: Editora Saraiva, 1957

NUÑEZ, Ricardo C. Manual de Derecho Penal, PG. Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba, 1987

OLIVARES, Gonzalo Quintero. Derecho Penal. Madrid: Ed. Marcial Pons, 1989

OLIVEIRA, Juliana Poggiali. Cruz, Márcia da Rocha. Substituição da pena de suspensão do diretor de conduzir veículo automotor, in Boletim IBCCrim, agosto de 2.000

OLIVEIRA JR., Eudes Quintino de. Entrega de Veículo a Motorista Alcoolizado: Dolo Eventual, 2/outubro/2012, site da Associação Paulista do Ministério Público

PAGLIARO, Antonio. Principi di Diritto Penale. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993

PEDROSO, Fernando de Almeida. Aspectos Polêmicos de Processo e Direito Penal. São Paulo: Leud, 1997

_____. Direção não habilitada de veículo: o crime e a contravenção, in Revista dos Tribunais 750/506-509

_____. Direito Penal, Parte Geral. São Paulo: Leud, 1997

PIERANGELLI, José Henrique. Zaffaroni, Eugenio Raul. Da tentativa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995

PIMENTEL, Manoel Pedro. Crimes de mera conduta. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968

PINHEIRO, Geraldo de Faria Lemos. A embriaguez no Código de Trânsito Brasileiro, in Boletim do IBCCrim, n. 83, outubro de 1999

PIRES, Ariosvaldo de Campos. Sales, Sheila Jorge Selim de. Crimes de Trânsito. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998

PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998

PRADEL, Jean. Droit Pénal Comparé. Paris: Dalloz, 1995

QUEIJO, Maria Elizabeth. Costa Jr, Paulo José da. Comentários aos crimes do Novo Código de Trânsito. São Paulo: Editora Saraiva, 1998

QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. A autoridade policial e o princípio da insignificância, in RT 710/390

QUEIROZ, Paulo de Souza. Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

QUEIROZ FILHO, Antônio de. Lições de Direito Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966

RAMOS, Beatriz Vargas. Do concurso de pessoas. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1996

RENOU, Harald. Droit Pénal Général. Orléans: Éditions Paradigme, 2004

RIEG, Alfred. Fromont, Michel. Introduction au droit allemand, II. Paris: Éditions Cujas, 1984

ROBERT, Jacques-Henri. Droit Pénal Général. Paris: Thémis P.U.F., 1988

ROXIN, Claus. Problemas fundamentais de Direito Penal. Lisboa: Editora Vega, 1986

SALES, Sheila Jorge Selim de. Pires, Ariosvaldo de Campos. Crimes de Trânsito. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998

SANTANA, Selma Pereira. A culpa temerária. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal, Parte Geral. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985

SCHIEFLER, Rui Carlos Kolb. Embriaguez ao volante - não exigência de dano ou risco concreto, in Revista da APMP, março de 1998

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Primeiras perplexidades sobre a nova lei de trânsito, in Revista jurídica Consulex, fevereiro de 1998

SILVA JR., Edison Miguel da. Silva, Mozart Brum. Crimes de trânsito: multa reparatória, in Boletim do IBCCrim, n. 68, julho de 1998 e Revista dos Tribunais 757/435

SILVEIRA, Euclides Custódio da. Direito Penal. Crimes contra a pessoa. São Paulo: Editora Max Limonad, 1959

SIQUEIRA, Galdino. Direito Penal Brasileiro. Parte Especial. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos - Editor, 1924

SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Buenos Aires: TEA - Tipografica Editora Argentina, 1988

STEVENSON, Oscar. Concurso aparente de normas penais in Estudos de Direito e Processo Penal em homenagem a Nelson Hungria. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1962

STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal, Parte General, I. Madrid: Edersa - Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., 1982

SUANNES, Adauto Alonso S. Homicídio culposo: crime de bagatela? Cadernos de Advocacia Criminal. Porto Alegre: S.A.Fabris Editor, 1988, vol. 1

TAVARES, Juarez. Direito Penal da Negligência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985

TORNAGHI, Hélio. Instituições de Processo Penal. São Paulo: Editora Saraiva, 1977

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais. São Paulo: Editora Saraiva, 2.002

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Figueira Junior, Joel Dias. Juizados Especiais Federais Criminais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.002

VELÁSQUEZ, Fernando Velásquez. Derecho Penal, Parte General. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1997

VÉRON, Michel. Droit pénal spécial. Paris: Ed. Masson, 1988

VICO MAÑAS, Carlos. O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal. São Paulo: Editora Saraiva, 1994

WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976

WESSELS, Johannes. Direito Penal, Parte Geral. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1976

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal, Parte General. Buenos Aires: Ediar, 1991

_____. Pierangelli, José Henrique. Da Tentativa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995

_____. Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires: Ediar, 1988

Sugestões e críticas:

fernando fukassawa

e-mail: f.fukassawa@hotmail.com

telefone (17) 32345383

São José do Rio Preto, SP