

Direito Penal

1. Uma vez mais, o elemento subjetivo nos crimes de trânsito

Once again, the mens rea in traffic crimes

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Professor Titular da Faculdade de Direito da USP. Vice-Diretor da Faculdade de Direito da USP. Advogado. rmjs@usp.br

Sumário:

- 1 Introdução
- 2 Aspectos históricos
- 3 O problema da embriaguez e a busca de responsabilidade penal
- 4 O entendimento sobre o dolo e a nova realidade legal
- 5 O horizonte da Lei 12.971/2014, a superação normativa da dúvida quanto ao dolo eventual ou a culpa consciente e a decisão liminar do STF no HC 131.826/PR
- 6 Bibliografia

Área do Direito: Penal

Resumo:

Os crimes de trânsito representam um sério problema no Brasil. Saber se eles devem ser cuidados pela lei penal ou pela lei de trânsito é perene. Uma recente legislação, no entanto, procurou dar resposta à questão, enquanto o Supremo Tribunal Federal teve outro entendimento. O presente artigo analisa tal questão.

Abstract:

Traffic crimes represent a serious problem in Brazil. The question of whether they should be cared for by the criminal law or traffic law is perennial. Recent legislation, however, sought to answer the question, while the Brazilian Supreme Court had another understanding. This article examines this question.

Palavra Chave: Direito Penal - Trânsito - Elemento subjetivo - Legislação - Supremo Tribunal Federal.

Keywords: Criminal law - Traffic - Mens Rea - Legislation - Supreme Court.

1. Introdução

Em tempos em que a advocacia, em especial a criminal, se vê em encruzilhadas várias, mostra-se bastante inquietante a situação de uma lei que, apesar de aparentemente explícita, é reinterpretada e relida pelo Judiciário, a ponto de sua leitura não mais garantir o que ela deveria pretender assegurar.

Com isso em mente, e procurando fazer uma leitura teórica com fundo prático, volta-se os olhos para um tema que, apesar de pretender ser resolvido pela legislação, ainda causa debate na jurisprudência nacional. Trata-se de controversa questão relacionada aos homicídios praticados na condução de veículo automotor. Recente alteração no Código de Trânsito Nacional pretendeu resolver a polêmica em torno de eventos dados na condução de veículo sob influência de bebida alcoólica. Entretanto, em fins de 2015, em decisão liminar do Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, teve-se o aparente repúdio desse entendimento.

O presente ensaio procurará, assim, analisar o tema sob a luz dogmática, procurando, com isso, dar norte à melhor aplicação do

Direito. Nesse sentido, deve-se ter em conta as missões do Direito Penal, sempre se recordando que ele não mais usa as vestes de Direito repressivo, mas, sim, preventivo, e que, portanto, não tem um condão vingativo. E é justamente essa a ideia posta no Código Brasileiro de Trânsito e que deve ser buscada, incansavelmente, pelos advogados, pois sua aplicação não se reverte em impunidade, senão em justa punição conforme o teor normativo presente.

2. Aspectos históricos

Muito já se escreveu sobre os crimes de trânsito. Em respeito a um restritivo tratamento histórico do tema, é de se ver que os seus problemas têm sido tema revisitados pelo Direito Penal desde seus primórdios. No Brasil, a questão remonta à Postura Municipal do Rio de Janeiro 858, de 15.01.1902. Naquele momento, tinha-se que a velocidade dos automóveis não poderia, no então Distrito Federal, superar 10 km/h, enquanto que seria tolerável a velocidade de 20 km/h na região suburbana e 30 km/h na zona rural.¹

Desde então, diversos diplomas passaram a cuidar da matéria, sendo de se mencionar o Decreto 8.324/1910 e o Decreto-Lei 2.994/1941 (Código Nacional de Trânsito), entre outros. Em 1966, foi publicado novo texto legal a disciplinar a matéria, cuidando, assim, do que se denominou de um novo Código Nacional de Trânsito (Lei 5.108/1966).

Mostra-se, no entanto, interessante a constatação de que nele não se encontravam preceitos penais, sendo, no mesmo esteio que a concepção anterior, utilizadas a Parte Especial do Código Penal e a Lei de Contravenções Penais também para as conflituosas questões do tráfego.²

Resta fundamental, portanto, perceber que a preocupação era, de toda a sorte, secundária. A simples presença de referências contravençionais, nesse esquadro, é emblemática quanto a isso. Somente anos mais tarde é que o problema assume, verdadeiramente, aspecto criminal.³

É em 1997 que surge uma nova realidade. Foi então promulgada a Lei 9.503, de 23.09.1997 - alcinhada de Código de Trânsito Brasileiro. Entre outros dispositivos, prevê-se, expressamente, o crime de homicídio culposo praticado na condução de veículo automotor, com penas de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor (art. 302): "Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor: Penas - detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. Parágrafo único. No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de um terço à metade, se o agente: (I) não possuir permissão para dirigir ou carteira de habilitação; (II) praticá-lo em faixa de pedestres ou na calçada; (III) deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal à vítima do acidente; (IV) no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros".

Apesar da duvidosa legitimidade do Código de Trânsito ter previsto um crime de homicídio com penas significativamente mais graves dos que as do homicídio culposo previstas no Código Penal, de um a três anos de detenção (art. 121, § 3.º), um ponto passou a ser objeto de grande debate: a condução de veículo automotor, sob determinadas condições, que levassem a um acidente fatal, poderia ser interpretada como homicídio com dolo eventual?⁴

Na realidade, e recordando-se que os crimes dolosos contra a vida têm previsão constitucional de julgamento perante o Júri Popular, passou-se, desde algum tempo, a questionar esse estado de coisas. Isso se mostrou mais emblemático após um atropelamento seguido de morte de uma senhora genitora de uma conhecida apresentadora de televisão, ainda nos anos 1980. Eram, no entanto, raros os casos em que se sustentava o Júri Popular nesses casos.

Com variações sobre dolo eventual e culpa consciente ao longo dos anos, notou-se, em particular no avançar dos anos 2000, uma perceptível tendência em se pretender acusar motoristas que circulam em alta velocidade, ou mesmo embriagados, quando envolvidos em acidentes com evento de morte, por crime de homicídio doloso, utilizando-se a figura do dolo eventual.⁵ Isso, em especial, ao depois de muitas previsões legislativas que acabaram por pretender até mesmo o estabelecimento de uma política de lei seca ao volante.⁶

3. O problema da embriaguez e a busca de responsabilidade penal

De há muito o problema da embriaguez ao volante preocupa os penalistas. Miguel Reale Júnior, por exemplo, ainda nos anos 1970, já ressaltava toda essa problemática.⁷ Em momentos mais recentes, contudo, é de se notar que, ao tratar o homicídio de forma diferenciada entre o Código Penal e o Código de Trânsito Brasileiro, o legislador acabou por despertar um problema pontual.

Como se sabe, em termos bastante simplistas, assevera a regra do art. 18 do Código Penal, em que se diz "crime doloso, quando o agente quis o resultado, ou assumiu o risco de produzi-lo", e, "culposo, quando o agente deu causa ao resultado por negligência, imprudência ou imperícia". Até aí, os problemas parecem reduzidos, limitados ao simples grau de intencionalidade do agente. Mas não só.

O Código de Trânsito Brasileiro, como se disse, estabeleceu crimes próprios a serem tidos na condução de veículo automotor. Segundo seu art. 302, é crime "praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor", sendo imposta pena de detenção, de 2 a 4 anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir. Do mesmo modo, de acordo com o art. 303, é crime "praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor", tendo por sanção a detenção de 6 meses a 2 anos e a suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

De pronto, salta aos olhos que o legislador somente previu, como sanções peculiares ao trânsito, aquelas oriundas de eventos culposos. E assim o fez, pois, à luz da ideia maior de intencionalidade - aparentemente vincada que é ao dolo - não lhe pareceu cabível a construção de imputação dolosa ao motorista. Entretanto, não levou em consideração a noção tida na zona turva de interseção das duas modalidades dogmáticas. É o que se tem por dolo eventual e por culpa consciente.⁸

Para a justificativa dessa forma de responsabilidade penal, brada-se, classicamente, por teorias muitas, como a do consentimento, probabilidade ou sentimento,⁹ o que, sinteticamente, é visto na doutrina nacional como "conhecimento" e "vontade" destacados por parte do agente. Em outros termos, quando o agente sabe da possibilidade da ocorrência de um evento danoso, mas despreza essa probabilidade, quase que assumindo a vontade de que se isso vier a ocorrer tanto lhe faz, poder-se-ia dizer que a situação (de dolo eventual) é similar ao dolo direto e explícito do agente.

Embora essa não seja nem a melhor explicação, nem a melhor ou mais completa doutrina atual, genericamente é o que se vê, em profusão, no Brasil. A indagação a ser posta, no entanto, é outra: tais concepções explicam a dúvida de atribuição de responsabilidade do motorista em excesso de velocidade?

Os critérios são, de fato, absolutamente variados. Isso se agudiza, ainda mais, quando se verifica que, próximo a ele, encontra-se a noção de culpa consciente. Para Maggiore, ainda em verificação clássica, eles se distinguem, pois na culpa consciente o réu age com a certeza que o evento não se realizará.¹⁰ Em tal situação, portanto, não se poderia alegar que o réu tenha agido como se quisesse o resultado: unicamente portou-se com imprudência. Daí sua responsabilização dar-se por culpa e não por dolo.¹¹

Em termos amplos, portanto, correta a assertiva de que, como não se imagina, aprioristicamente, o veículo automotor como instrumento travestido de arma, ter-se-ia que, em eventos ocorridos no tráfego, as situações conformariam, no máximo, culpa consciente e não dolo, ainda que eventual.¹²

A questão é, em verdade, bastante curiosa. Será possível imaginar que alguém realmente aceite os riscos de acidente de trânsito quando da condução de veículo automotor em velocidade exacerbada? Ora, a resposta afirmativa a essa questão parece basear-se mais na busca por maiores e mais severas respostas penais do que outra coisa qualquer. Existiria um fundo dogmático a perquirir tal situação?

O fato de se aceitar a assunção de quaisquer riscos implica, quase que automaticamente, também na aceitação de uma situação que, senão beira, poderia implicar em uma aceitação do suicídio por parte do agente. Observe-se o caso de alguém que venha a se deslocar em alta velocidade em competição automobilística urbana. Da mesma forma que isso parece distante de uma realidade, é de se ver que o motorista, nessas condições incompatíveis, sequer leva em conta a possibilidade de ocorrência de evento danoso a quem quer que seja.

Semelhante receio já fez com que autores como Wunderlich, afirmassem que "o dolo eventual nos crimes de trânsito é uma ficção jurídica utilizada fantasiosamente para compensar uma legislação inadequada e, assim, atender aos reclamos da mídia. Diga-se, ainda, que serve para acabar com aquilo que a mídia (odiosa imprensa leiga) e os profetas dos 'movimentos', mais das vezes emulados pela mesquinhez de ideologias 'baratas', classificam de impunidade. Mas não se diga que com base na teoria do delito existe fundamento jurídico plausível e consolidado sobre a demarcação do conceito de dolo eventual, mormente, no sentido amplo, chegando a cogitar-se que o agente consinta com seu possível suicídio".¹³

De maior gravidade, no entanto, é o pensamento suportado por diversos intelectuais, os quais, de fato, justificam a possibilidade, no caso do trânsito, de imputação a título doloso, não somente quando o agente tenha o "conhecimento" e a "vontade", mas, tão só, quando o agente disponha de conhecimento de realização de uma ação típica. A dúvida, portanto, sobre os limites do dolo eventual e da culpa consciente é bastante agudizada, em termos doutrinários, especialmente pela existência dos elementos híbridos ou fronteiros que acabam por estabelecer um grau de dificuldade ao intérprete.¹⁴ A simplicidade posta não parece adequada aos dias de hoje e aos problemas vividos.

Algumas teorias clássicas, sob um ponto de vista volitivo, procuraram explicar a diferenciação. Ter-se-ia, assim, a teoria da probabilidade ou da representação, a qual intenta delimitar o dolo eventual e a culpa consciente através de um momento intelectual. Dir-se-ia, assim, que ocorre dolo eventual quando o autor representa a realização do tipo penal como (muito) provável - alto grau de probabilidade - e, mesmo assim, acaba por agir, admitindo ou não sua realização. A culpa consciente seria presente quando se verificasse um grau de probabilidade distante ou remoto.¹⁵ Outra teoria diria respeito à aprovação ou consentimento. Segundo seus predicados, a distinção seria presente através da avaliação do momento volitivo, tendo-se em conta que o dolo eventual seria presente quando o autor não só representa a possibilidade de realização do tipo penal, mas também concorda interiormente com sua realização. Acaba, assim, por aprovar o resultado lesivo. Por outro lado, ainda se encontraria a chamada teoria do sentimento, a qual busca a distinção através de um determinado grau de desconsideração do agente. Ter-se-ia, pois, a presença de dolo eventual quando se verifique uma indiferença do agente quanto à realização do tipo.

Alguns autores chegam a propor uma teoria mista, ou eclética, a qual teria a pretensão de combinar a consciência da periculosidade da ação com um momento volitivo. Ocorreria, pois, o dolo eventual quando o agente atua, não obstante tenha levado em conta seriamente a possibilidade de lesão ao bem jurídico. Em outras palavras, o autor conta seriamente com a lesão, mas se conforma com a mesma.¹⁶

O raciocínio claro é de se destacar. Muito embora possam haver variações de filigranas não mencionadas, as conclusões equiparam-se entre as mais finas leituras atuais. Aqui, claramente a intuição invulgar acaba por evidenciar a importância do

pensador. De se verificar tal construção na evolução da construção do pensamento comparado. Parece, portanto, necessário um repensar sobre o tema, agora sob as luzes dogmáticas.

4. O entendimento sobre o dolo e a nova realidade legal

Mencionou-se que o art. 18 do Código Penal brasileiro, afirma que se considera o crime doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. A dúvida posta diz respeito ao fato de entender como, e de que forma, deve ser visto este "querer". Implicaria isso em obrigatória verificação volitiva? Ou, em outros termos, unicamente em questão volitiva?

A pergunta é pertinente, pois caso se admita unicamente o entendimento volitivo, o caráter subjetivo que permeia a questão deverá ser estendido, também, ao operador do Direito, vale dizer, ao Ministério Público e ao Magistrado. Caso contrário, não.

Observe-se que as considerações dessa ordem remontam, em boa medida, aos anos 1930. Naquela oportunidade, Engisch, o maior autor sobre investigações sobre dolo e imprudência em Direito Penal, distinguiu os momentos clássico e atual da discussão sobre o dolo.¹⁷

Segundo seu entendimento, sob um prisma psicológico, seriam, desejo e intenção, algo similar,¹⁸ o que deu plena importância e relevo à concepção psicológica como hoje ainda se verifica no Brasil. Assim, de um modo ou de outro, os fundamentos do "querer o resultado" estipulam, conforme colocação corriqueira, um estado psíquico atinente à esfera da consciência, tão verificável como os elementos objetivos do próprio tipo penal.¹⁹ Se tradicionalmente tem-se que a teoria volitiva fundamenta o dolo na premissa psicológica da vontade, fica bastante claro que se descarta qualquer critério normativo de avaliação. Existe, no entanto, grande dúvida se essa elaboração ficaria pé em termos de Justiça factual.

Schmitt de Bem, autor cultuado sobre o tema, em interessante monografia, pondera que a jurisprudência nacional acaba por externalizar uma significativa preocupação com dados meramente indiciários para afirmar, genericamente, pela presença de um dolo eventual. Esses dados poderiam dizer respeito à velocidade de condução do veículo automotor ou, mesmo, à situação particular vivida pelo condutor. Nesse sentido, afirma o autor que se preocupar em demasia com a valoração das circunstâncias do caso concreto para alcançar a aprovação interna significa não se preocupar com o fundamental, que é demonstrar a conexão entre a aprovação interna e a conduta praticada. Priorizar o primeiro em detrimento do segundo significa julgar com mais importância o interior do que o "exterior". E isso, talvez inclusive sem perceber, faz dos magistrados verdadeiros advogados de um Direito Penal de ânimo, ferindo o princípio da lesividade.

Muito bem, sob esse foco, deve-se perceber que para além de uma percepção ontológica (segundo a qual a determinação que o dolo "termina quando o agente, a respeito de umas consequências secundárias não desejadas que trata de evitar, realiza uma vontade evitadora que domina o fato"²⁰) há de se constatar que boa parte da doutrina atual tem em conta o dolo em seu aspecto normativo. Assim, ter-se-ia que o dolo não se mostraria como uma realidade psicológica, mas, sim, como o resultado de uma atribuição.²¹ Portanto, conforme Busato, também insigne Procurador de Justiça do Estado do Paraná, "o dolo não é algo que existe, que seja constatável, mas sim o resultado de uma avaliação a respeito dos fatos com que se impute a responsabilidade penal".²²

Essa construção pode se mostrar um tanto complexa, em especial no que diz respeito à constatação do que pode ser tido, ou não, como prova do dolo. Seguindo essa linha normativista, Puppe, insigne autora alemã, acena nesse sentido quando menciona pela fluidez da teoria ontológica, qual vista no Brasil, já que pode se configurar uma "utilização ambígua da palavra querer".²³ Melhor, portanto, para o evitamento de erros crassos, que se entenda a realização dolosa desde a ideia de que o agente tinha conhecimento da possibilidade da ocorrência danosa. Parece, portanto, por demais subjetivo imaginar-se que a ingestão de álcool implicasse, diretamente, em dolo eventual.

Com isso pretende afirmar que, com base em conhecimentos prévios, independentemente da vontade expressa, ou não, o agente que pratica determinada ação cujo resultado é esperado, deve e pode ser punido a título de dolo. Muito embora o Ministério Público afirme que qualquer pessoa possa imaginar que beber e dirigir constitui situação perigosa, isso beira à imprudência, não ao dolo.

Nesse sentido, a busca de um conceito como o pretendido por Ragués i Vallès quanto a uma prova do dolo resulta elogiável. O alerta de que a alegação de que um fato se mostre como doloso não poderia ser vinculado à averiguação de dados psíquicos, já que a aferição destes é, em suma, impossível à exatidão. Quer pelo juiz, quer pelo entorno do autor. Deve-se, sim, ter em conta que uma dita conduta possa ser valorada socialmente como uma negação consciente de uma norma penal concreta.²⁴ Essa nova idealização do que pode ser apreendido como situação dolosa se mostra, talvez, como uma das mais refinadas amostras de exteriorização do dolo, e de singeleza tal, que deveria e poderia ser facilmente empregada para uma busca de maior certeza na Justiça brasileira.²⁵

Observe-se que diversas são as concepções de dolo encontradas na doutrina, convertendo-se, este, verdadeiramente, em metaconceito. Fala-se, frequentemente, em dolo direto, de primeiro ou segundo graus, dolo indireto, dolo eventual, entre outros.²⁶ É de se ver, de todo modo, que alguns autores aqui tomados como clássicos mencionam a possibilidade da presença de uma indiferença em face da lesão ao bem jurídico. O próprio Engisch já sustentava que a diferença entre dolo e culpa consciente residia no fato de que o atuar doloso externaliza o dolo ou a indiferença quanto ao resultado. Essa indiferença pode ser vista de duas formas distintas. Em termos psicológico-descriptivos, a indiferença significaria o mesmo que a conduta desejada.

Já em uma concepção mais hodierna, em termos normativos, "a expressão 'indiferente' é utilizada quando se diz que alguém se comportou de modo indiferente em relação a determinado fato. Tal assertiva pressupõe que o fato tenha sido valorado de modo positivo ou negativo, daí decorrendo exigências éticas ou jurídicas em relação ao comportamento da pessoa envolvida. Com tal sentido, dizer que alguém foi indiferente em relação a um fato qualquer significa que ela violou de modo grosseiro tal norma, decorrente do fato e da valoração deste".²⁷

Fala-se, no Brasil, com muito vigor ainda na questão volitiva. Pois bem: ela, como se viu, traduz, ou deveria traduzir, uma postura psíquica de um autor que julga positivamente um determinado acontecimento. Essa leitura, tão comum na realidade brasileira, se basta com as clássicas noções de "sabia ou deveria saber", presentes em vários tipos penais. Isso não basta, pois, de fato, pode implicar em uma presunção de culpa, de todo deplorável.

Assim, alerta Struensee que existe aparente contradição com casos específicos, nos quais o desenvolvimento do sucesso causal, ou mesmo a concorrência de circunstâncias que realizam o tipo supostamente almejado.²⁸ Em outras palavras, mesmo que o complemento do espectro do dolo se faça intelectual e volitivamente, esses critérios ainda se mostram por demais inseguros para a concretização típica. Por outro lado, a avaliação normativa pode gerar, nesse quadrante específico, mais problemas que soluções, principalmente em uma dogmática ainda descolada temporalmente das discussões penais atuais. Se fosse o caso de sua aceitação, isso teria implicações mais amplas do que unicamente uma atribuição, aqui, de responsabilidades.

A perene dúvida existente no Brasil parece unicamente se resolver caso a própria norma viesse a estabelecer o que deve ser visto, ou não, como crime culposos ou crime doloso. E foi exatamente isso que se deu com a Lei 12.971/2014.

5. O horizonte da Lei 12.971/2014, a superação normativa da dúvida quanto ao dolo eventual ou a culpa consciente e a decisão liminar do STF no HC 131.826/PR

Todo esse estado de coisas deveria parecer, hoje, superado. A Lei 12.971, de 9 de maio de 2014, trouxe uma nova realidade ao universo dos crimes de homicídio praticados na condução de veículo automotor sob influência de álcool no Brasil.

Segundo sua previsão, o art. 302, do Código de Trânsito Brasileiro, passou a ter a seguinte redação: "Art. 302. (...) § 1.º No homicídio culposos 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. § 2.º - 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".

Expressamente, a nova previsão legal normatizou o problema antes colocado. Agora, afirma-se categoricamente que "[s]e o agente conduz veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência", pratica ele crime culposos, consoante previsão agravada pelo art. 302, § 2.º, do Código de Trânsito Brasileiro.

Trata-se de norma positivada que supera a hermenêutica duvidosa. Cuida a espécie, agora, do que Vicente Martínez denomina de delito de violência vial, na modalidade de homicídio imprudente derivado do consumo de bebida alcoólica.²⁹ Na realidade, o Código de Trânsito Brasileiro previa, desde sua origem, causas de aumento de pena. Elas consistiam inicialmente, entre outras, das previsões de não se possuir habilitação ou permissão e omissão de socorro.³⁰ A partir da Lei 12.971/2014, no entanto, essas causas foram estendidas e acresceu-se o parágrafo segundo, que prevê a situação de morte decorrente de condução de veículo automotor sob influência de álcool ou substância análoga.

Marcelo Xavier de Freitas Crespo, em inaugural estudo sobre a Lei 12.971/2014, critica fortemente a nova disposição legal, uma vez que sua redação pode ser criticável.³¹ Entretanto, em face da vontade expressa do legislador, ao fato de se mostrar como lei posterior mais favorável e, sobretudo, por normatizar a questão até então sempre duvidosa de como se qualificar a situação pré-existente de ingestão de bebida alcoólica, outra alternativa não resta além de se entender pela plena aplicação do art. 302, § 2.º, do Código de Trânsito Brasileiro. Portanto, descabem quaisquer ponderações quanto à quantidade de álcool no sangue do réu, latas ou garrafas de bebida encontradas no interior do veículo ou, mesmo, a existência de um *cooler* junto a estas. Normativamente, o tipo penal ajustado somente pode ser entendido como sendo o previsto na Lei 9.503/1997.

Contudo, em 09.12.2015, em decisão de pedido liminar, o Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal indeferiu pleito que mencionava tal tese. Embora sua decisão, na verdade, tenha sido fundada na impossibilidade de impetração de *habeas corpus* contra decisão denegatória de liminar em ação de mesma natureza articulada perante Tribunal superior (Súmula STF 691), chega a discorrer sobre a alteração legislativa de 2014.

Nesse sentido, menciona que "ao menos aparentemente, a modificação legislativa não teve o alcance apontado. O critério de distinção entre os tipos penais do homicídio (art. 121 do CP) e do homicídio de trânsito (art. 302 do CTB) parece seguir sendo o dolo e a culpa. Não houve modificação das figuras básicas desses tipos penais que indique em direção contrária. Pelo contrário. A mesma Lei 12.971/2014 introduziu no CTB qualificadoras ao crime do art. 308 - racha. De acordo com as novas figuras, o agente que, ao tomar parte no racha, e causa (sic) lesão corporal de natureza grave ou morte, responde pelo crime em modalidade

qualificada, desde que o resultado tenha sido causado apenas culposamente. A lei deixa claro que as figuras qualificadas são aplicáveis apenas se 'as circunstâncias demonstrarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo' (§§ 1.º e 2.º). Logo, se o agente assumiu o risco de causar o resultado (lesão corporal grave ou morte), por eles responde na forma dos tipos penais autônomos do Código Penal. Além disso, o agravamento de pena promovido pela modificação legislativa é modesto. O total da pena privativa de liberdade para o tipo qualificado segue idêntico ao tipo base - 2 a 4 anos. É certo que, na figura qualificada, a detenção foi substituída por reclusão. Isso pode ser levado em conta pelo aplicador, especialmente para agravar o regime inicial de cumprimento da pena ou afastar sua substituição por penas restritivas de direito. Ainda assim, nem sequer se pode afirmar que o tratamento mais grave trará um apenamento mais rigoroso na maioria dos casos. Dessa forma, a leitura da lei não aponta para a supressão ou redução do espaço de aplicação do dolo eventual a crimes praticados na direção de veículos automotores".

Dois devem ser os cuidados com a decisão liminar apontada. Em primeiro lugar, trata-se de posicionamento precário, pontificado por um único ministro, em análise preliminar. Não se trata, ainda, de orientação da Corte, e, portanto, não se pode dizer de tendência nesse sentido, até mesmo porque tais considerações são laterais, uma vez que a denegação liminar se deu, fundamentalmente, em virtude da Súmula 691.

Por outro lado, é de se ver que ninguém duvida que a distinção entre os homicídios tidos no Código Penal e no Código de Trânsito Brasileiro se dá, genericamente, em termos de dolo e culpa. Isso é, e sempre foi verdade. Apenas o que fez a Lei 12.971/2014 foi explicitar que, normativamente, não se pode entender que a ingestão prévia de bebida alcoólica para a posterior condução de veículo automotor implique em assunção de risco na modalidade do art. 18, I, segunda parte, do Código Penal. A limitação normativa exclui, portanto, essa possibilidade abstrata de entendimento. Em regra, por definição legal, essa assunção ainda é vista em termos culposos, consoante o art. 302, § 2.º, do Código de Trânsito Brasileiro. Por óbvio, isso não exclui uma prova posterior do dolo, mas isso se dá em momento posterior, não anterior. E, justamente, essa foi a recomendação legislativa.

Repise-se que as grandes mudanças de orientação jurisprudencial normalmente são propiciadas pela intervenção dos advogados. Estes devem, sempre, se posicionar a favor da lei e de seus constituídos. No caso em tela, mais do que nunca, é de se esperar o bom combate dos defensores, garantindo-se o teor da lei, da dogmática e da segurança jurídica, e, se não por outra causa, ao menos para fazer valer a lei.

6. Bibliografia

Aranão, Adriano. A prova da embriaguez ao volante em face da Lei 11.275, de 7 de fevereiro de 2006. *Revista A Força Policial*, n. 54.

Bem, Leonardo Schmitt de. A legitimidade do delito de embriaguez ao volante. *Revista Síntese. Direito Penal e Processual Penal*, 2012, n. 72, v. 11.

_____. *Direito penal de trânsito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Busato, Paulo César. Dolo e significado. In: Busato, Paulo César; Martínez-Buján Pérez, Carlos; Díaz Pita, María del Mar. *Modernas tendencias sobre o dolo em direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Calegari, André Luís. Dolo eventual e crime de trânsito. In: Mendes, Gilmar; Bottini, Pierpaolo Cruz; Pacelli, Eugênio (coords.). *Direito penal contemporâneo. Questões controvertidas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

Canestrari, Stefano. *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*. Milano: Giuffrè, 1999.

Crespo, Marcelo Xavier de Freitas. O Código de Trânsito Brasileiro, seus crimes e os devaneios legislativos. In: Silveira, Renato de Mello Jorge; Rassi, João Daniel (orgs.). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014.

Cuesta Castor, Pablo J. *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y el sistema de sanción por puntos de la Ley 17/2005, de 19 de julio*. Madrid: Dykinson, 2012.

Díaz Pita, María del Mar. *El dolo eventual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.

Gimbernat Ordeig, Enrique. Acerca del dolo eventual. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Edersa, 1981.

Gómez Pavón, Pilar. *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*. Barcelona: Bosch, 2015.

Greco Filho, Vicente. *A culpa e sua prova nos delitos de trânsito*. São Paulo: Saraiva, 1993.

Pérez Barberá, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Buenos Aires, 2011.

Pires, Ariosvaldo de Campos; Sales, Sheila Jorge Selim de. *Crimes de trânsito na Lei 9.503/97*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

Puppe, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Tradução de Luís Greco. São Paulo: Manole, 2004.

Marrey Neto, José. Delitos de trânsito. *Revista de Julgados e Doutrina Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo*, n. 15,

1992.

Nucci, Guilherme de Souza. *Crimes de trânsito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

Nunes, Carlos A. Casemiro. *A condução de veículo automóvel com álcool no sangue*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

Pereira, Mariana Sena Vieira Paupério. A condução de veículos como atividade perigosa: as perspectivas do direito português e brasileiro. *Revista CEJ*, n. 52, 2001.

Pinheiro, Geraldo de Faria Lemos. Anotações sobre alguns ilícitos no Código de Trânsito Brasileiro. *RBCCrim*, n. 38.

Reale Júnior, Miguel. Crime de embriaguez ao volante. *Revista dos Tribunais*, n. 450.

Rodríguez Fernández, Ignacio. *La conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*. Granada: Comares, 2003.

Sciaudone, Riccardo. Codice della strada e diritto comunitario: a proposito di una procedura d'infrazione aperta nei confronti dell'Italia. *Rivista Giuridica della Circolazione e dei Trasporti*, n. 2, v. 53.

Shecaira, Sérgio Salomão. Crime de trânsito. In: Shecaira, Sérgio Salomão. *Estudos de direito penal*. São Paulo: Método, 2007.

Struensee, Eberhard. Struensee, Eberhard. Consideraciones sobre el dolo eventual. Traducción de Alejandro Kiss. *InDret*, n.4.

Tenca, Adrián Marcelo. *Dolo eventual*. Buenos Aires, Astrea, 2010.

Vicente Martínez, Rosario de. *Derecho penal de la circulación. Delitos de violencia vial*. Barcelona: Bosch, 2006.

_____. *El delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia o de detección de drogas*. Barcelona: Bosch, 2012.

Wunderlich, Alexandre. Dolo eventual nos delitos de trânsito: uma tentativa frustrada. *Revista dos Tribunais* n. 576.

Zugandía Espinar, José Miguel. La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1986.

Pesquisas do Editorial

- ANOTAÇÕES SOBRE ALGUNS ILÍCITOS NO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO, de Geraldo de Faria Lemos Pinheiro - RBCCrim 38/2002/155
- CRIMES DE TRÂNSITO: ANÁLISE CRÍTICA DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA, de Cássio Mattos Honorato - RT 859/2007/457
- O PROCESSO PENAL DOS CRIMES DE TRÂNSITO E A LEI 10.259/2001(JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS), de Marcellus Polastri Lima - RT 810/2003/472
- SANÇÕES DE TRÂNSITO NA COMMON LAW: ANÁLISE DOCTRINÁRIA E ESTUDO DE DIREITO COMPARADO DOS SISTEMAS JURÍDICOS INGLÊS E NORTE-AMERICANO, de Cássio Mattos Honorato - RBCCrim 52/2005/71