



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

FRANCINATO SILVA LEON

HOMICÍDIO NOS CRIMES DE TRÂNSITO:
DOLO EVENTUAL OU CULPA CONSCIENTE?

SOUSA - PB
2010

FRANCINATO SILVA LEON

HOMICÍDIO NOS CRIMES DE TRÂNSITO:
DOLO EVENTUAL OU CULPA CONSIENTE?

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Esp. Olindina Ioná da Costa Lima Ramos.

SOUSA - PB
2010

FRANCINATO SILVA LEON

HOMICÍDIO NOS CRIMES DE TRÂNSITO:
DOLO EVENTUAL OU CULPA CONSCIENTE?

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^ª. Esp. Olindina Ioná da Costa Lima Ramos.

Banca Examinadora:

Data de Aprovação: ____ de ____ de 2010.

Orientadora: Prof^ª. Esp. Olindina Ioná da Costa Lima Ramos - UFCG

Examinador - UFCG

Examinador - UFCG

A minha querida esposa Corrinha, que me ajudou muito nesta conquista, mostrando-me como superar as adversidades da vida sem delas reclamar, mas sim as enfrentando.

Ao meu filho Leudo Neto que tanto amo, por ser a minha fonte de renovação e o motivo de minha maior alegria.

A minha família: meus pais e irmãos, que sempre estiveram ao meu lado, contribuindo para essa conquista.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus pela vida.

A minha esposa Corrinha, pelo companheirismo de sempre.

Ao meu filho Leudo Neto, por ser a fonte renovadora de minhas forças.

Aos meus pais e irmãos, pelo apoio incondicional durante toda caminhada.

A minha orientadora, Professora Olindina Ioná, por ter acreditado na minha proposta e me auxiliado em cada etapa.

A todos os professores da UFCG, pelos ensinamentos jurídicos que possibilitaram obter o conhecimento necessário para a realização desse trabalho.

Em fim, a todos os colegas e amigos pelos anos de convivência acadêmica.

“O dolo é o elemento central da
criminalidade”

(Ruy Barbosa)

RESUMO

O presente trabalho monográfico pretende realizar um estudo acerca da aplicação do dolo eventual e da culpa consciente nos crimes de homicídios ocorridos no trânsito. Assim, a problemática desta pesquisa revela-se no grande embate jurisprudencial e doutrinário em definir o que deve ser adotado pelo julgador diante do caso concreto. O objetivo consiste em identificar os critérios utilizados pelo Juiz na aplicação de um ou outro instituto, examinando alguns julgados proferidos por alguns Tribunais Pátrios. No intuito de viabilizar um suporte teórico que proporcione bases consistentes de análise, adotou-se o método dedutivo, empregando-se a técnica de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial com o propósito de enriquecer o debate. A justificativa deste trabalho consubstancia-se devido ao crescente número de mortes ocorridas no trânsito, que de certa forma vem provocando as inúmeras decisões com tendências a responsabilizar penalmente, a título de homicídio doloso, o condutor de veículo, que em razão de sua conduta irresponsável, seja pelo excesso de velocidade, embriaguez ou na participação de “rachas” em vias públicas, provocar óbito. Entre o dolo eventual e a culpa consciente há um traço comum, que é a previsão do resultado. No entanto, para que seja determinada a conduta mais gravosa (dolo eventual), o agente deve ter assumido o risco de produzir o resultado lesivo, enquanto na conduta moderada (culpa consciente), o agente acredita sinceramente poder evitar o resultado previsto. A correta distinção entre um e outro é imprescindível no momento da determinar o direito, pois caso contrário será causado grande injustiça devido à diferença significativa em relação à pena a ser imposta. Tudo isso, demonstra que não é tarefa fácil aplicá-los corretamente, tendo em vista à necessidade da análise concreta dos fatos, que se faz pela averiguação de tudo que exerce influência no delito, desde a ocorrência do acidente, dos fatores físicos que o preconizaram, bem como os elementos subjetivos atrelados à consciência do agente. O que mostra que essa discussão está longe de acabar, pois o direito é amplamente interpretado e discutido, mesmo concluindo este estudo no sentido de entender que não deveria ser aplicado o dolo eventual nos homicídios cometidos no trânsito devido à falta de previsão legal deste tipo na lei específica.

Palavras-chave: Dolo eventual. Culpa consciente. Trânsito.

ABSTRACT

The present monographic work intends to undertake a study on the implementation of any eventual malice and conscious guilt in the crimes of homicide in the traffic. Thus, the problematic of this study reveals in the great doctrinal and jurisprudential struggle to define what should be adopted by the judge before the real case. The goal consists in identify the criteria used by the Judge in the application of one or another institute, examining some trial pronounced by some Natives Courts. In order to hold a theoretical framework that provides consistent bases of analysis, it was adopted the deductive method, using the bibliographic and jurisprudential technique of research in order to enrich the debate. The justification for this work is consolidated due to the rising number of deaths in traffic, which somehow has led to the numerous decisions with tendencies to blame criminally, as a murder, the driver of the vehicle, which because of their irresponsible conduct either by speeding, drunk or participation in "cracks" on public roads, causing death. Among the eventual intention and conscious guilt is a common trait, which is the prediction of the outcome. However, that is determined to conduct more heavily (eventual intention), the agent should have taken the risk to produce the harmful result, while in the moderate conduct (conscious guilt), the agent sincerely believes can prevent the expected result. The correct distinction between them is essential at the time of determining the right, otherwise great injustice will be caused due to the significant difference in the penalty to be imposed. All this shows that is not an easy task to apply them properly, in view the need for concrete analysis of the facts, which it is made for the investigation of everything that influences the offense, since the occurrence of the accident, the physical factors that advocated, as well as the subjective elements tied to the conscience of the agent. What shows that this discussion is far from the end, because the law is widely interpreted and discussed, even concluded this study in order to understand which should not be applied in any intentional homicides committed in transit due to lack of legal provision of this type in the specific law.

Keywords: Eventual intention. Conscious guilt. Traffic.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 TEORIA GERAL DO CRIME	13
2.1 Conceito de crime	13
2.2 Elementos integrantes do crime	15
2.2.1 Tipicidade	16
2.2.2 Antijuridicidade	17
2.2.2.1 Estado de necessidade	19
2.2.2.2 Legítima defesa	19
2.2.2.3 Estricto cumprimento do dever legal	20
2.2.3 Culpabilidade	21
3 ELEMENTOS SUBJETIVOS DO CRIME	25
3.1 Dolo	25
3.2 Teorias do dolo	27
3.3 Espécies de dolo	28
3.3.1 Dolo direto	28
3.3.2 Dolo indireto: alternativo e eventual	29
3.4 Culpa	31
3.4.1 Elementos da culpa	32
3.4.2 Modalidades de culpa	34
3.4.3 Espécies de culpa	35
3.4.4 Graus de culpa	35
3.4.5 Compensação e concorrência de culpas	36
3.4.6 Tentativa nos delitos culposos	37
3.4.7 Preterdolo	37
3.5 Distinções entre dolo eventual e culpa consciente	38
4 HOMICÍDIO NOS CRIMES DE TRÂNSITO: DOLO EVENTUAL OU CULPA CONSCIENTE?	41
4.1 Lei dos Crimes de Trânsito	41
4.2 Lei Seca: mudanças impostas à legislação de trânsito nacional e a atual perda de sua eficácia após recente decisão do Superior Tribunal de Justiça	42

4.3 Crime de homicídio em acidentes de trânsito	45
4.3.1 Crítica a falta de previsão legal expressa para a prática de homicídio doloso, por dolo eventual, na direção de veículo automotor	46
4.4 Posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários	48
CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS	55

1 INTRODUÇÃO

O trabalho em foco encontra-se elencado na matéria de Direito Penal e tem como tema a aplicação dos institutos do dolo eventual e da culpa consciente nos homicídios ocorridos no trânsito, seja provocado por motorista que dirige embriagado, imprimindo velocidade acima da permitida pelo Código de Trânsito Brasileiro ou quando participa de competições não autorizadas.

O principal fator da violência no trânsito no Brasil é humano. Existem muitas deficiências de ordem técnicas, de infra-estrutura e de engenharia. Mas, são os condutores, que deixam de cumprir as mais elementares regras de circulação. É esse tipo de comportamento perigoso que gera o risco e provoca tais acidentes.

Em função disso, não só as leis já estão mais rigorosas, como o Judiciário também vem endurecendo o tratamento em relação a esses delitos. O objetivo é evitar que esses números se alastrem colocando freio na “impunidade”.

A problemática trazida pelo tema revela-se no grande embate jurisprudencial e doutrinário acerca da aplicação dos elementos subjetivos aqui elencados (dolo eventual e culpa consciente), em saber qual o mais coerente e justo a ser empregado diante do caso concreto.

Ademais, objetiva-se identificar os critérios utilizados pelos julgadores na aplicação de um ou outro instituto ao crime de homicídio ocorrido no trânsito, examinando alguns julgados proferidos por tribunais pátrios relativos ao tema pesquisado. Para isso, é necessária a abordagem de alguns conceitos e institutos penalistas, como: o conceito de crime, a teoria geral do crime e seus elementos integrantes relacionados à Teoria Tripartida; os elementos subjetivos do crime (dolo e culpa), dando ênfase à diferenciação existente entre o dolo eventual e a culpa consciente; a análise do crime de homicídio provocado no trânsito à luz do Código de Trânsito Brasileiro, com as particularidades trazidas pela Lei nº 11.705 (lei seca); e os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema debatido.

O presente trabalho justifica-se devido à necessidade de identificar qual o melhor instituto a ser aplicado em casos de homicídio ocorrido no trânsito, para que não se corra o risco de causar injustiças devido à diferença significativa em relação à pena a ser imposta.

Vislumbra-se, atualmente, um grande número de decisões com tendências a responsabilizar penalmente, a título de homicídio doloso, o condutor de veículo, que em razão de sua conduta irresponsável, causa óbito no trânsito. Para tanto, são utilizados os fundamentos da presença do elemento subjetivo doloso (dolo eventual) na conduta do agente.

A razão desse posicionamento está na frieza e total indiferença que o sujeito possui ao resultado que poderá ser produzido pela sua conduta lesiva, pois, embora tendo consciência do que poderá provavelmente ocorrer, não se abstém dos seus atos.

Diante do exposto, a sociedade clama por uma resposta mais eficaz por parte do Estado, para acabar de vez com o sentimento de impunidade que se reflete pelo tratamento aplicado a quem põe em risco a própria segurança, como também a de inúmeras pessoas no tráfego. Por isso, tais decisões inclinam para um tratamento mais severo a quem comete delitos dessa natureza.

A relevância de uma punição mais grave para quem comete esses crimes é demonstrada no sentido de não haver impunidade para quem os praticou, e ainda, serve como exemplo, prevenindo uma possível prática por qualquer um no futuro. Do contrário, com uma punição mais branda, além de causar ameaça a ordem pública, estimula a prática. O que provoca grande repercussão danosa no meio social, que vive indignado com a verdadeira selva em que se transformou o trânsito brasileiro.

Entretanto, emanam opiniões contrárias a esses julgamentos, advindas de doutrinadores famosos e também de alguns tribunais brasileiros.

Por seu turno, no intuito de viabilizar um suporte teórico que proporcione bases consistentes de análise, adotou-se o método dedutivo, empregando-se a técnica de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial com o propósito de enriquecer o debate.

Quanto ao método de procedimento foram adotados os seguintes: histórico, por partir da premissa de que o Direito contemporâneo é resultado da evolução histórica; e o comparativo, pelo qual fora utilizado a investigação de vários institutos jurídicos, sendo analisadas as semelhanças e contrapontos.

O Capítulo Teoria geral do crime abordará as definições de crime e seus elementos integrantes (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade).

Já o Capítulo Elementos subjetivos do crime analisará o dolo e a culpa, dando-se maior enfoque à conceituação e distinção do dolo eventual e da culpa consciente, para, assim, se compreender melhor o foco de estudo deste trabalho.

Por fim, o Capítulo Homicídio nos crimes de trânsito: Dolo eventual ou culpa consciente? Referir-se-á, de forma bastante sucinta, ao Código de Trânsito Brasileiro, discorrendo acerca da Lei nº 9.503/97, que o instituiu, com as alterações trazidas pela Lei nº 11.705/08 (Lei seca), abordando o crime de homicídio ocorrido no trânsito em decorrência do excesso de velocidade, “rachas” e embriaguez ao volante. Estabelecendo os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

2 TEORIA GERAL DO CRIME

Para se ter uma melhor compreensão sobre os institutos do dolo eventual e da culpa consciente, e afastar as dificuldades encontradas para a aplicação de um ou outro no caso concreto, é necessário, o estudo de alguns conceitos penalistas, a começar pela teoria geral do crime, e seus elementos integrantes (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade).

É de suma importância diferenciar tais institutos, para a promoção de uma correta aplicação, pois caso contrário, a sua má caracterização geraria enorme injustiça, devido à diferença no montante da pena a ser aplicada. Daí a necessidade de uma maior análise do caso concreto, por se tratar de elemento subjetivo intimamente atrelado ao delito.

2.1 Conceito de crime

O nosso Código Penal atual (1940, com a Reforma Penal de 1984) não conceitua o que seja crime, apenas a Doutrina se encarrega de dar suas definições jurídicas, sendo que, atualmente, entende-se que há a generalidade do termo infração, que pode designar os crimes ou delitos, e também as contravenções penais.

Diferentemente do que foi feito pelos Códigos Penais de 1830 (art. 2º, § 1º) e 1890 (art. 7º), cujas experiências foram puramente formais, incompletas e defeituosas, o Código Penal vigente não fornece nenhuma definição do que seja crime, deixando a elaboração do seu conceito à doutrina nacional.

Apenas a Lei de Introdução ao novo Código Penal (Decreto-lei nº 3.914/41, de 09 de dezembro de 1941), em seu art. 1º, dá uma definição de crime:

Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Verifica-se que tal dispositivo apenas trata das características que diferenciam as infrações penais consideradas crime das que constituem contravenções penais, não havendo nenhuma preocupação científico-doutrinária.

O conceito atribuído a crime, nos dias atuais, é completamente jurídico, e muitos são os doutrinadores que, durante anos, tentaram conceituá-lo, sendo necessária sua análise sob o ponto de vista: material, formal e analítico.

Sobre o aspecto material, Bitencourt (2010, p. 250) assim define o que seja crime: "... é a ação ou omissão que contraria os valores ou interesses do corpo social, exigindo sua proibição com a ameaça de pena...". Desta forma, tendo como prisma a caracterização de cunho material, o crime é definido como o defloração de um bem resguardado por normas penais. Então, se faz necessário que todos os bens jurídicos de suma importância para a perpetuação da sociedade sejam tutelados pelo Estado através de normas penais.

Nesse mesmo contexto, Nucci (2008, p. 159) bem sintetiza o conceito formal de crime: "É a concepção do direito acerca do delito, constituindo a conduta proibida por lei, sob ameaça de aplicação de pena, numa visão legislativa do fenômeno". Tal definição limita-se a verificar a violação penal pelo agente, relegando a análise de outros fatores, nesse diapasão, atualmente é tido como uma caracterização vaga e imprecisa, pois não explana com exatidão o que vem a ser crime.

Diante da impossibilidade de definição de crime, levando em conta os aspectos materiais e formais, que não permitem a realização de uma melhor avaliação dos seus elementos estruturais, é indispensável o exame de outro aspecto que avalie as peculiaridades componentes do delito. Tal conceito é chamado de analítico. Esse é o que melhor atende ao método científico de seu estudo. E é feito segundo seus elementos ou partes integrantes. O crime é um todo unitário, mas nada impede que se faça uma divisão didática, apenas para poder desenvolver sua análise científica.

Alguns doutrinadores adotam a teoria bipartida do crime, em que este, sob o aspecto formal, é um fato típico e antijurídico, afirmando ser a culpabilidade, apenas um pressuposto da pena. Dentre estes está Damásio, Mirabete, Dotti, Delmanto, e outros. Entretanto, esta posição não é a majoritária, adotando a maioria dos doutrinadores, nacionais e estrangeiros, a divisão tripartida do conceito analítico, incluindo a culpabilidade como um dos seus elementos característicos. Ainda, conforme os ensinamentos de Nucci (2010, p.159):

Trata-se de uma conduta típica, antijurídica e culpável, vale dizer, uma ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade), contrária ao direito (antijuridicidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor, desde que existam imputabilidade, consciência potencial de ilicitude e exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito.

A definição expõe claramente que, para um sujeito praticar um delito, é necessário que o fato seja típico, antijurídico e culpável. E a falta de qualquer desses requisitos exclui a possibilidade de ter havido um crime.

Essa visão da teoria do crime é a chamada Tripartida, pois elege os três elementos essenciais à configuração do delito. Hans Welzel (apud Greco, 2006, p. 135) expõe:

A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são três elementos que convertem uma ação em um delito. A culpabilidade – a responsabilidade pessoal por um fato antijurídico – pressupõe a antijuridicidade do fato, do mesmo modo que a antijuridicidade, por sua vez, tem que estar concretizada em tipos legais. A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade estão relacionadas logicamente de tal modo que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior.

Dessa forma, observa-se que há uma sequência lógica a ser respeitada quando é feita a análise dos três requisitos integrantes do delito, na qual, a ordem coerente para ponderar, é: primeiramente, a tipicidade, depois, a antijuridicidade e, por fim, a culpabilidade.

2.2 Elementos integrantes do crime

Sendo considerado crime um fato típico, antijurídico e culpável, é necessário fixar os conceitos, separadamente, de cada um de seus elementos integrantes.

Ao fazer uma divisão do crime em três aspectos, para fins de avaliação e valoração, é proporcionada uma melhor racionalização na aplicação do Direito, pois garante maior segurança contra arbitrariedades ou contradições que por ventura possam ocorrer. Uma divisão tripartida em tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, permite a busca de um resultado final mais adequado e mais justo, pois estes aspectos formadores

do crime estão de tal forma relacionados entre si, que cada elemento posterior do crime pressupõe o anterior.

2.2.1 Tipicidade

A lei, ao tentar descrever a conduta, seja ela omissiva ou comissiva, para proteger determinados bens jurídicos, limita-se em dar uma descrição objetiva do comportamento proibido, como exemplo o homicídio, “matar alguém”, ou utiliza outros recursos que trazem implícito um juízo de valor, são os chamados elementos subjetivos do crime. Com isso, surge o denominado *tipo penal*, que é o conjunto dos elementos do fato punível descrito na lei penal, exercendo uma função limitadora e individualizadora das condutas humanas penalmente relevantes (BITENCOURT, 2010, p. 250). Nesse mesmo sentido, Nucci (2008, p. 182) define tipo penal da seguinte forma: “É a descrição abstrata de uma conduta, tratando-se de uma conceituação puramente funcional, que permite concretizar o princípio da reserva legal.”

Corroborando na mesma linha de pensamento, Greco (2008, p. 155) leciona que: “Tipo é o modelo, o padrão de conduta que o Estado, por meio de seu único instrumento – a lei -, visa impedir que seja praticada, ou determina que seja levada a efeito por todos nós”.

Ao impor uma ordem ou proibir uma conduta, sob ameaça de uma pena, o legislador deve obrigatoriamente atender a princípios legais, ou seja, valer-se de uma lei. Tudo isso, em observância ao princípio da reserva legal, *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*, que é de suma importância, pois afasta a arbitrariedade do Estado em relação ao seu dever de punir. Assim, a tipicidade, é uma decorrência natural deste princípio.

Nos dizeres de Jesus (2010, p. 300): “Tipicidade é a correspondência entre o fato praticado pelo agente e a descrição de cada espécie de infração contida na lei penal incriminadora”. Assim, um fato para ser denominado como típico precisa estar previamente descrito na lei, ou seja, é necessário que se apresente como uma moldura, ou como um modelo abstratamente descrito na lei penal. Em outras palavras, tipicidade nada mais é que um tipo penal incriminador.

O amoldamento da ação humana ao comportamento exposto pela lei penal é operado de forma imediata ou mediata. A adequação típica imediata ocorre quando o evento se adapta imediatamente ao modelo apresentado na lei, sem haver a necessidade de assistência de qualquer outra norma, ocorrendo, por exemplo, no caso em que o sujeito pratica a conduta de “matar alguém”, que se amolda imediatamente ao tipo descrito no art. 121 do Código Penal, sem precisar do auxílio de nenhuma outra norma jurídica. Por outro lado, a adequação típica mediata ocorre quando houver a necessidade de auxílio feito por outra norma secundária, de caráter extensivo, para que haja uma adequação típica, pois o procedimento perpetrado pelo sujeito, não se amolda de forma imediata ao descrito na lei penal. Como ocorre, por exemplo, no caso de crime na forma tentada, em que o resultado efetivamente não acontece por fatos alheios a vontade do agente, bem como na participação em sentido estrito, pois o sujeito não pratica o verbo definido no tipo, mas auxilia o autor do fato de forma material ou moral.

2.2.2 Antijuridicidade

Um breve conceito de ilicitude ou antijuridicidade é dado por Nucci (2008, p.238): “É a contrariedade de uma conduta com o direito, causando efetiva lesão a um bem jurídico protegido”. Neste conceito são abordados os dois aspectos da antijuridicidade, o formal, quando trata da “contrariedade de uma conduta com o direito”, e o material, ao mencionar a expressão “causando lesão a um bem jurídico protegido”.

No entanto, a corrente majoritária considera desnecessária a distinção entre a antijuridicidade *formal* e *material*, pois um comportamento humano que seja contrário à ordem jurídica (formal) não pode deixar de lesar ou expor a perigo de lesão os bens jurídicos tutelados (material) por essa mesma ordem jurídica. Logo, toda conduta materialmente antijurídica, também o é formalmente.

A partir dessas acepções, conclui-se que a antijuridicidade como elemento integrante do crime de acordo com a visão tripartida, é um juízo de valor negativo que rotula o fato como adverso ao ordenamento jurídico. A ação do sujeito quando não contraria a norma, carece de requisito para que haja a repreensão na esfera criminal,

mesmo que tal comportamento vá de encontro à moral e aos bons costumes ditados pela sociedade.

A antijuridicidade é encarada sob o aspecto da análise da ação humana, do fato acontecido, pois faz julgamento sobre este, não fazendo juízo de valor sobre a personalidade do agente.

A regra existente em nosso Direito define antijuridicidade quando uma pessoa comete um fato típico, ou seja, um fato descrito em norma penal incriminadora. Com isso, entende-se que esse comportamento é também antijurídico, pois existindo tipicidade, há o indício que há também ilicitude. Porém, nossa lei penal definiu algumas situações em que estará afastada a ilicitude da conduta humana, não sendo mais o ato considerado como contrário ao nosso ordenamento jurídico, pois, nesse caso, o indivíduo agirá dentro de uma permissão legal. São as chamadas excludentes de ilicitude, que bem sintetiza Greco (2008, p. 317):

O código penal em seu art. 23, previu expressamente quatro causas que afastam a ilicitude da conduta praticada pelo agente, fazendo, assim, com que o fato por ele cometido seja considerado lícito, a saber: o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito.

Em seus ensinamentos, apenas expõe fielmente o artigo 23 do Código Penal:

Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I – em estado de necessidade;

II – em legítima defesa;

III – em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito.

Parágrafo único: O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposamente.

Essas condições especiais afastam do agente a conduta considerada antijurídica. Porém, é bom lembrar que em qualquer das causas excludentes da ilicitude, quando o agente agir, dolosa ou culposamente, excedendo-se nos limites da norma permissiva, responderá pelos excessos.

Seja a título de dolo ou culpa, o excesso decorre da escolha do meio inadequado ou do uso imoderado ou desnecessário de determinado meio, que causa resultado mais grave que o suportável.

2.2.2.1 Estado de necessidade

Configura-se estado de necessidade quando em uma situação fática há ofensa a um bem jurídico para salvaguardar outro bem jurídico, há a renúncia de um bem de menor valor para preservação de outro de maior valor, ou os dois bens jurídicos têm valores iguais. Caracteriza-se pela colisão de interesses juridicamente protegidos, devendo um deles ser sacrificado em prol do outro, diante do qual o ordenamento jurídico permite esse sacrifício.

É importante que a circunstância fática demonstre que existe o perigo presente para o bem jurídico, do contrário, estaria afastada a excludente de ilicitude em se tratando de estado de necessidade se o bem já tivesse sofrido o dano ou se a ação do sujeito se baseasse em ameaça de dano futuro, pois este poderia vir a não acontecer de fato.

Não há como confundir estado de necessidade com legítima defesa, pois são institutos completamente diferentes. Bitencourt (2010, p. 364) nos ensina:

O estado de necessidade não se confunde com a legítima defesa. Nesta, a reação se realiza contra bem jurídico pertencente a autor da agressão injusta, enquanto naquela a ação dirige-se, de regra, contra um bem jurídico pertencente a terceiro inocente. No estado de necessidade há *ação*, na legítima defesa, *reação*; em ambas há a necessidade de salvar um bem ameaçado. Alguém atingido por uma ação de estado de necessidade não pode agir em legítima defesa, ante a legitimidade daquela ação, mas pode, igualmente, agir em estado de necessidade.

Desta forma, verifica-se claramente que no estado de necessidade o indivíduo precisa agir para evitar a proteção do bem jurídico, do contrário, se houver uma reação para salvar o bem ameaçado, estar-se-á diante da legítima defesa.

2.2.2.2 Legítima defesa

Tendo previamente uma breve comparação o com estado de necessidade, basta agora, acrescentar o que seria **legítima defesa própria**. Que neste caso, ocorre quando alguém age em nome de tal excludente, e o faz para defender-se, pois foi ele mesmo

quem sofreu a agressão injusta. Já, quando se age em nome de tal excludente, não para proteger bem jurídico seu, mas sim para salvaguardar bem jurídico de outra pessoa, configurada estará a **legítima defesa de terceiros**.

Bem expõe o art. 25 do Código Penal: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

É necessário existir um perigo real e instantâneo, para se repelir moderadamente a injusta agressão, utilizando-se dos meios necessários. Tal proteção poderá sobrevir a bem jurídico próprio ou de terceiro.

2.2.2.3 Estrito cumprimento de dever legal

Diferentemente do que fez com o "estado de necessidade" e com a "legítima defesa", o Código Penal não definiu o conceito de "estrito cumprimento de dever legal", apenas expõe: "Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato: (...) III – em estrito cumprimento de dever legal.”

Quando alguém, dentro dos limites legais, estiver obrigado a desempenhar uma ação considerada crime, agindo o sujeito, dentro do alcance dado pela norma que exclui a ilicitude, ele não pratica crime. Diz-se que agiu em estrito cumprimento do dever legal. Logo, quem age em cumprimento de um dever imposto por lei não comete crime. Nessa linha de pensamento, argumenta Bitencourt (2010, p. 379):

(...) dois requisitos devem ser estritamente observados, para configurar a excludente: a) *estrito cumprimento* – somente os atos rigorosamente necessários justificam o comportamento permitido; b) *de dever legal* – é indispensável que o dever seja legal, isto é, decorra de lei, não o caracterizando obrigações de natureza social, moral ou religiosa. A norma da qual emana o dever tem de ser jurídica, e de caráter geral: lei, decreto, regulamento etc.

Ao referir-se a “lei”, não se limita apenas a lei penal, mas também a civil, administrativa, comercial etc. Podendo constar, ainda, de regulamento, de decreto ou qualquer ato administrativo desde que originados de lei. Em relação às decisões judiciais, nada mais são, que determinações do Poder Judiciário em cumprimento da lei.

Um exemplo de estrito cumprimento de dever legal é o caso de um policial que ao efetuar uma prisão em flagrante, priva o delinqüente de sua liberdade. Neste caso, a lei obriga ao policial que prenda o autor do fato, ao ser pego cometendo algum delito, não configurando crime de abuso de autoridade ou constrangimento ilegal a sua atitude. Situação em que é preenchido o requisito do dever legal. Vale lembrar, que o policial não pode transpor ao que a lei lhe impõe, não cometendo, assim, nenhum excesso ou abuso contra o indivíduo, se após a prisão, continuasse desnecessariamente a usar da força ou de agressões físicas contra aquele.

2.2.3 Culpabilidade

A culpabilidade é a avaliação que se debruça sobre a pessoa que cometeu um fato típico e antijurídico, ou seja, um fato descrito na lei penal como adverso ao Direito. Como bem afirma Nucci (2008, p. 281):

Trata-se de um juízo de reprovação social, incidente sobre o fato e seu autor, devendo o agente ser imputável, atuar com consciência potencial de ilicitude, bem como ter a possibilidade e a exigibilidade de atuar de outro modo, seguindo as regras impostas pelo Direito.

Dai verifica-se, que há uma ponderação sobre o autor do fato e não sobre sua ação, e aquele, sabe que esta é definida legalmente como crime, ou seja, tem total discernimento de que o ato praticado é adverso a norma vigente. Pode agir de modo a não confrontar o ordenamento, mas prefere o ilícito.

Neste trabalho foi adotada a Teoria finalista, a qual nasceu para construir uma teoria normativa da culpabilidade, pondo fim as visões primitivas que se faziam a respeito da culpabilidade.

Houveram muitas teorias que tentaram caracterizar a culpabilidade, porém, a Teoria finalista, nasceu para construir uma teoria normativa, pondo fim as visões primitivas até então.

As principais teorias que moldaram o conceito da culpabilidade foram: a) teoria psicológica (causalista), que falhou ao reunir o dolo e a culpa, como formas da culpabilidade, o que é incompatível, pois no caso em que um imputável agisse com

dolo, mas sobre uma coação moral irresistível, seria considerado culpável, o que seria ilógico; b) teoria psicológico normativo (causalista), que tentou consertar as falhas existentes na teoria psicológica, afirmando existirem condutas dolosas não culpáveis, surgindo outro elemento caracterizador da culpabilidade, a reprovabilidade. Logo, tomando como exemplo um sujeito que mata em estado de necessidade, que age dolosamente, mas, sua conduta não é culpável, neste caso, por não poder exigir-lhe outra conduta, sua ação não é reprovável. A maior falha foi a permanência do dolo ainda como elemento da culpabilidade; e c) teoria normativa pura, cujos preceitos doutrinários se apoiavam na teoria finalista. Foram retirados os elementos subjetivos do dolo e culpa, ficando a culpabilidade, na visão finalista, integrada pela imputabilidade do agente, pela potencial consciência da ilicitude do fato, além da exigibilidade de possibilidade de conduta adversa.

O dolo, para a teoria finalista, integra a conduta do agente como elemento primordial, não estando presente na culpabilidade como pregava a doutrina causalista.

Vê-se que a imputabilidade trata-se de requisito essencial para a configuração da culpabilidade. O sujeito imputável tem total controle de seus atos, é possuidor de discernimento para agir com razoabilidade e hombridade, possui liberdade para escolha do que quer fazer ou não fazer. Não existe em nosso ordenamento uma definição para imputabilidade, mas, pode-se chegar a um conceito por exclusões, levando-se em conta que a lei penal descreve os casos de inimputabilidade, logo, não demonstrada esta, estará configurada a imputabilidade do agente.

As causas de inimputabilidade do sujeito estão assim descritas no nosso Código Penal:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal:

(...)

II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

§ 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso

fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.
(...)

Neste caso, pode-se observar claramente que são inimputáveis: as pessoas que, por terem discernimento mental reduzido ou retardado, não possuem capacidade de compreender a ilicitude do evento; os menores de 18 (dezoito) anos; a embriaguez completa do agente, oriunda de caso fortuito ou força maior, que o torna incapaz de entender o caráter ilícito de seu comportamento.

Se os indivíduos descritos acima não são detentores do conhecimento sobre o potencial lesivo de suas condutas, logo, suas ações não serão consideradas culpáveis, pelo simples fato de carência de requisito necessário para sua classificação, pois a lei penal incriminadora só tem o condão de influenciar alguém em seu comportamento, se este a conhecer, tiver ciência de seu teor e de suas proibições.

O Direito brasileiro considera que o sujeito sabe que sua conduta é ilícita quando compreende que sua ação se distancia do que realmente é aceito pela sociedade, quando contraria os valores sociais e éticos. Sendo assim, ele tem a possibilidade de perceber que seu comportamento é legalmente proibido, mesmo não conhecendo a lei que infringiu ou a sanção que lhe será imposta.

Verifica-se, portanto, que o indivíduo não pode ser responsabilizado por sua conduta ilícita, se não for capaz de discernir o certo do errado, ou ainda, não for capaz de praticar uma conduta lícita ao invés da criminosa.

A exigibilidade de conduta diversa por parte do agente é o terceiro elemento formador da culpabilidade, sendo pressuposto da existência de sua imputabilidade.

A culpabilidade desaparece quando ao praticar conduta adversa da prevista no ordenamento, dada a impossibilidade de realização de atitude diferente, em circunstâncias anormais. É o que ocorre nos casos de coação moral irresistível e obediência hierárquica. Essas causas de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de outra conduta estão descritas do art. 22 do Código Penal, assim expostas:

Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

A coação irresistível de natureza física afasta a própria conduta do agente, por estarem ausentes os elementos do dolo e culpa. No entanto, a lei refere-se à coação de natureza moral, onde o agente pratica o ato, mas o autor da coação irresistível é quem será punido penalmente.

Nos casos de coação moral resistível, o fato é típico, ilícito e culpável, e ainda assim, poderá ser aplicada a atenuante conforme o seguinte dispositivo do Código Penal:

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

(...) III - ter o agente:

(...) c- cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima.

(...)

Quanto ao ilícito praticado em estrita obediência a ordem, o próprio art. 22 já descrito, especifica os requisitos para que a culpabilidade do agente seja afastada, a saber: que a ordem não seja manifestamente ilegal; que seja proferida por superior hierárquico; e que o cumpridor da ordem se abstenha aos limites da ordem.

3 ELEMENTOS SUBJETIVOS DO CRIME

Existem duas condutas bem distintas que podem ser imputadas ao autor do fato que comete crime: dolosa e culposa. Quando o agente quer o resultado ou assume o risco de produzi-lo, age com dolo, entretanto, sua conduta será culposa quando der causa ao resultado por ter agido com imprudência, negligência ou imperícia.

Para Silva (2005, p.45): "... a finalidade é diferente conforme se trate de dolo e culpa, porque na culpa existe uma finalidade mal conduzida, enquanto no dolo existe uma finalidade conduzida para o mal".

Entende-se por dolo o que quer agir no intuito de obter o resultado que se pretende, enquanto culpa, embora não se queira, por uma falha ao agir, o resultado sobrevém.

3.1 Dolo

Dispõe o parágrafo único do art. 18 do Código Penal: "Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente".

De acordo com o artigo mencionado, o direito penal adota por regra o dolo, este é por excelência o elemento subjetivo do tipo penal. Para que haja a punição de crime pela prática de conduta culposa, é necessário que a lei o disponha expressamente.

Nos casos de crime doloso, a própria norma penal não faz alusão ao dolo, o que se observa no termo "matar alguém", contida no art. 121, caput do Código Penal. Diferentemente do que ocorre no crime culposos, onde diretamente ocorre a menção no tipo penal, é o que se vê no § 3º do mesmo dispositivo: "Se o crime é culposos".

Em seus ensinamentos Bitencourt (2010, p. 313) assim define: "Dolo é a consciência e a vontade de realização de uma conduta descrita em um tipo penal.

Analisando as definições até o momento expostas, conclui-se que esse instituto é formado por dois elementos: a consciência ou o conhecimento do sujeito da ação que quer realizar; e a vontade de praticar. Para ilustrar tal afirmação, o citado doutrinador ainda expõe:

Pela sua definição, constata-se que o dolo é constituído por dois elementos: um *cognitivo*, que é o conhecimento ou consciência do fato constitutivo da ação típica; e um *volitivo*, que é a vontade de realizá-la. O primeiro elemento, o *conhecimento* (representação) é pressuposto do segundo, a *vontade*, que não pode existir sem aquele.

É importante notar que é necessário que o sujeito tenha ciência do que está fazendo e também tenha a vontade de praticar a conduta criminosa, para assim, configurar o dolo.

O conhecimento por parte do sujeito, em relação à ação que desenvolve, é um pressuposto da vontade de praticar o delito, sendo assim, é imprescindível para a existência da vontade. O conhecimento necessário é o da ação típica, ou seja, dos elementos do tipo penal, pois é atual, efetiva, ao contrário do simples conhecimento da ilicitude, que representa mera potencialidade, neste caso, sendo aferida quando se verifica a existência da culpabilidade.

Do mesmo modo, não é preciso que o agente seja esclarecido a ponto de saber ou conhecer o delito abstrato que está contido na norma penal à qual se encaixa o seu comportamento, bastando que o agente tenha idéia dos elementos que integram sua ação e seu fim. Por exemplo, no crime de homicídio, o agente deve saber que através de seus atos, que compõem sua conduta, chega-se ao resultado, que, neste caso, é a morte de alguém.

O elemento volitivo integrador do conceito de dolo indica o anseio incondicional da concretização de algum comportamento considerado fato típico que o sujeito confia em poder desempenhar. Tal vontade só terá importância quando externada pelo sujeito, então, deve este pelo menos ter iniciado a perpetração do comportamento pretendido. Dessa forma, não será importante para o Direito penal se a vontade do agente não foi exteriorizada, precisamente através de seus atos, sendo conservada apenas em sua mente.

Do mesmo modo, alguém que é coagido fisicamente a praticar um crime, não estará agindo de acordo com sua vontade, e neste caso, faltando vontade em sua ação, não há dolo em sua conduta, pois, apesar de ter conhecimento do ato que estava perpetrando, ele não fora praticado pela sua própria vontade, então, não é repetitivo dizer que sem conhecimento da conduta e vontade por parte do sujeito, não há que se falar em dolo.

3.2 Teorias do dolo

Devido às naturais divergências a cerca da definição do dolo, surgiram algumas teorias para melhor tentar explicar este instituto. Cabe apenas abordar as mais importantes, quais sejam: teoria da vontade, teoria da representação, teoria do consentimento e teoria da probabilidade.

Nesse diapasão, Greco (2008, p. 186) explica: “Segundo a teoria da vontade, dolo seria tão-somente a vontade livre e consciente de querer praticar a infração penal, isto é, de querer levar a efeito a conduta prevista no tipo penal incriminador”.

A teoria em questão, considerada clássica, revela que o dolo em sua perfeita acepção compreende a vontade por parte do agente de praticar os atos necessários para atingir o fim por ele desejados.

Podem ser consideradas teorias da vontade todas as tendências em que o aspecto volitivo é enfatizado em relação ao aspecto cognitivo.

A teoria da representação, também chamada de teoria da possibilidade, defende que o dolo se configura na conduta do agente, quando este tiver antevisão da consequência que sua conduta pode causar. Desta forma, é irrelevante a vontade do sujeito em praticar o ato ou em atingir o resultado, bastando que este seja previsível, sendo assim, necessário que o agente seja conhecedor dos elementos do tipo. Logo, a teoria da representação despreza o elemento volitivo como integrante do conceito de dolo, considerando apenas a importância do elemento intelectual, ou seja, do conhecimento. Neste contexto, não há como distinguir dolo eventual de culpa consciente, pois com a previsão do resultado a responsabilização do agente será a título de dolo, além da necessidade de distinguir dolo e culpa como conhecimento e desconhecimento.

Para a teoria do conhecimento, segundo os ensinamentos de Bitencourt (2010, p. 314): “é dolo a vontade que, embora não dirigida diretamente ao resultado previsto como provável ou possível, consente com a sua ocorrência ou, o que dá no mesmo, assume o risco de produzi-lo”. Desta forma, não basta que o agente tenha a devida previsão do resultado, é necessário que ele o queira. É o que se pode observar nas decisões jurisprudenciais acordantes com o referido:

Não dando seu assentimento, sua aquiescência, sua anuência ao resultado, não age o acusado com dolo eventual, mas, sim, com culpa consciente, que é confinante com aquele, sendo sutil a diferença (In RT 607/274)

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 (TJSP – Rec. – Rel. Helio Arruda - RT 548/300).

Ainda é relacionada por alguns autores, a teoria da probabilidade, em que só há dolo quando o agente entende o fato como provável e não apenas como possível. Partindo da valoração do elemento intelectual e ignorando o elemento volitivo do dolo.

O Código Penal Brasileiro recepcionou as teorias da vontade e do consentimento. Portanto, atua com dolo o sujeito que almeja diretamente o resultado, ou o agente que embora não queira diretamente aquele fim, sabe que este pode vir a ocorrer, e, indiferentemente, assume o risco de concretizá-lo. Quando o agente quer diretamente a produção do resultado, vê-se claramente o elemento volitivo de sua conduta, aferido na teoria da vontade; porém, quando não quer diretamente, o sujeito assume o risco de produzir o resultado, percebendo-se a sua indiferença quanto à produção do resultado, regra esta, posta pela teoria do consentimento.

3.3 Espécies de dolo

A doutrina classifica o dolo em direto e indireto. O primeiro ocorre quando o agente deseja alcançar a figura típica descrita no tipo penal, já no segundo, o agente não quer diretamente a realização do tipo, mas o aceita como possível e assume o risco da produção do resultado.

3.3.1 Dolo direto

O dolo direto é tratado pelo art. 18, I, do Código Penal, assim disposto: “Diz-se o crime doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”.

Assim, ocorre quando o sujeito deseja e quer praticar a conduta destinada à produção do resultado típico.

Desta forma, verifica-se a presença do dolo direto na primeira parte do inciso, quando demonstra a pretensão do resultado pelo agente. Nessa modalidade de elemento subjetivo, percebe-se a Teoria da Vontade, onde há a clara identificação do dolo, pois reflete a vontade do agente.

Há uma subdivisão do dolo direto em: dolo direto de primeiro grau e dolo direto de segundo grau. Nesse contexto, Silva (2005, p. 46) bem assevera:

Percebe-se, portanto, que há duas espécies de dolo direito: dolo direto de primeiro grau (em que a finalidade coincide com o crime) e dolo direto de segundo grau (em que a finalidade coincide com um crime que tem conseqüências necessárias também criminosas), o qual não se confunde com dolo eventual em que o resultado é simplesmente provável.

No primeiro o agente desenvolve os meios necessários com o objetivo totalmente voltado para o resultado pretendido. É o exemplo de alguém que simplesmente quer matar uma pessoa e atira contra ela, causando-lhe a morte. Trata-se do dolo direto de primeiro grau, pois se observa o fim perquirido e os meios utilizados para se chegar ao resultado pretendido.

Já no segundo, o agente desenvolve meios para alcançar o resultado pretendido, que embora venha a ser atingido, provoca efeitos colaterais praticamente esperados. Por exemplo, alguém que pretende matar seu inimigo e coloca certa quantidade de explosivos em um avião, que explode matando além do seu desafeto, todos os outros passageiros. Em virtude dos meios escolhidos pelo agente, o resultado se tornou praticamente certo, e em relação ao seu inimigo há o dolo direto de primeiro grau, mas em relação aos demais passageiros, configura-se o dolo direto de segundo grau.

3.3.2 Dolo indireto: alternativo e eventual

A segunda modalidade de dolo trata-se do dolo indireto, onde a vontade do sujeito não se dirige a certo e determinado resultado. Apresenta-se subdivido em dolo alternativo e dolo eventual.

Ocorre dolo alternativo quando o agente realiza uma ação, e em sua mente, pretende atingir um ou outro resultado, seja de forma objetiva (quanto ao próprio resultado: ferir ou matar alguém), seja de forma subjetiva (quanto à pessoa que se quer atingir: querendo matar uma ou outra). Observa-se que existe um misto de dolo direto com dolo eventual, pois se quer um resultado, assumindo um risco, a diferença é que o agente deseja atingir um ou outro evento.

Quanto ao dolo eventual, explica Bitencourt (2010, p. 320): “Haverá *dolo eventual* quando o agente não quiser diretamente a realização do tipo, mas a aceitar como possível ou até provável, *assumindo* o risco da produção do resultado” (itálico no original).

No mesmo sentido afirma Rogério Greco (2008, p. 190): “Fala-se em dolo eventual quando o agente, embora não querendo diretamente praticar a infração penal, não se abstém de agir e, com isso, assume o risco de produzir o resultado que por ele já havia sido previsto e aceito”.

O dolo eventual encontra-se previsto no Código Penal, art. 18, inciso I, segunda parte, por meio da expressão: “... ou assumiu o risco de produzi-lo”. Caracteriza-se pela conduta do sujeito que não tem a intenção de praticar o descrito no tipo penal, mas, não se abstém de agir, mesmo prevendo a possibilidade de ocorrência do resultado, nada fazendo para impedir tal acontecimento, revelando em seu comportamento indiferença aos efeitos que sua ação possa produzir.

Jesus (2010, p. 331) especifica as teorias determinantes do dolo eventual:

Existem várias teorias sobre o dolo eventual: *Teoria da representação*: para a existência do dolo eventual basta a representação do resultado. *Teoria do sentimento*: há dolo eventual quando o sujeito tem sentimento de indiferença para com o bem jurídico. *Teoria da probabilidade ou da verossimilhança*: não é suficiente a previsão da possibilidade da ocorrência do evento. É preciso que seja provável, admita-o ou não o autor da conduta. *Teoria do consentimento*: também denominada da vontade, da aprovação ou aceitação: para ela, formulada pela doutrina alemã, não basta a representação do evento e a consideração da possibilidade de sua causação, sendo necessário que o sujeito consinta em sua produção.

O citado doutrinador especifica que para o dolo eventual se elegeu a Teoria do Consentimento. É o que ensina Bitencourt (2010, p. 316): “Nosso Código Penal, ao contrário do que muitos afirmam, adotou duas teorias: a *teoria da vontade* (que abrange em seu conteúdo a representação) em relação ao dolo direto, e a *teoria do*

consentimento, que complementa aquela, em relação ao dolo eventual” (itálico no original).

Como já mencionado, observando o disposto no art. 18, I do Código Penal: “Diz-se o crime doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”, tem-se na segunda parte do inciso, expressamente, a teoria do consentimento, em que o agente pode prevê que o resultado ocorra, ou seja, ele idealiza que possa acontecer o descrito no tipo penal, mas não se abstém da sua conduta, consentindo com a feitura do acontecimento. Vale lembrar, que o agente não quer que se chegue ao resultado, pois, do contrário, agiria com dolo direto e não eventual.

3.4 Culpa

Se por um lado o dolo é regra para o direito penal, a culpa é forma excepcional de comportamento, e por isso, é essencial que se faça um juízo de valoração sobre as circunstâncias e se verifique o comportamento do indivíduo, para atestar ou não se é culposo. Nesta mesma linha de pensamento, Nucci (2008, p. 223) afirma:

Culpa é o comportamento voluntário desatencioso, voltado a um determinado objetivo, lícito ou ilícito, embora produza resultado ilícito, não desejado, mas previsível, que podia ter sido evitado. O dolo é a regra; a culpa, exceção. Para se punir alguém por delito culposo, é indispensável que a culpa venha expressamente delineada no tipo penal.

A culpa é uma exceção para a reprimenda penal. Em decorrência disso, só será punido um sujeito em razão da prática de uma atuação culposa, se esta estiver prevista em lei, o que se deve em razão da regra que considera punível apenas os crimes dolosos, tendo ressalva a punição por crimes culposos. Logo, só existirá o fato típico culposo diante da expressa previsão legal.

Se na ação estiver ausente a intenção de produzir o resultado, e ao invés disso, surgir uma preocupação com esse resultado, ocorre o chamado crime culposo, em que se pune não pela representação e vontade voltadas para a lesão ao bem jurídico, mas pela inobservância do dever objetivo de cuidado.

Há muito tempo os seres humanos descobriram a importância do convívio social, que a princípio surgiu pela necessidade de preservação da espécie, e hoje faz

parte da própria natureza humana. Surge então o fundamento do dever de cuidado objetivo, assim chamado porque toma como padrão o comportamento médio do homem, e sua violação trazem sérios prejuízos ao grupo social.

O dever de cuidado objetivo se funda na idéia de previsibilidade objetiva, onde apenas sobre os eventos previsíveis, se pode observar o devido cuidado. Neste caso, na previsibilidade, o agente não prevê o que deveria ter previsto. Não se confundindo, pois, com a previsão que é efetivamente concreta, cujos reflexos dizem respeito ao campo da culpabilidade.

A essencialidade da culpa está no simples fato da previsibilidade do resultado. Presume-se que o homem mediano, diante de uma situação típica, possa agir com cautela, diligência e perspicácia capaz de evitar o resultado lesivo. A culpa, portanto, reside no fato do agente não agir com o dever de cuidado que se podia esperar.

Então, o enfoque dos crimes culposos, ao contrário dos dolosos, não é a finalidade da conduta e sim os meios de que se utiliza o sujeito que não preza pelo seu dever de cuidado.

O legislador foi omissivo ao não definir o que seria culpa, tratando apenas das formas de cometimento do injusto, conforme se pode observar no Código Penal pátrio:

Art. 18. Diz-se o crime:

(...)

II – culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

(...)

A quebra do dever de cuidado se dá por essas três formas previstas em lei, onde seus conceitos não foram tratados. Essa falta de conceito legal para tais institutos deve ser suprida pela interpretação judicial ou doutrinária. Portanto, o tipo penal culposo é um tipo aberto, ou seja, necessita de complementação.

3.4.1 Elementos da culpa

Para haver a configuração de delito culposos é indispensável a junção de diversos requisitos, os quais serão analisados individualmente para uma melhor compreensão desse instituto.

Primeiro é necessário que haja uma *ação humana*. A qual é de grande importância sua análise, pois é através do comportamento humano e não do resultado que se examina a culpa.

A **não observância de um cuidado devido pelo sujeito** é outro elemento caracterizador do delito culposo. A sociedade necessita que seus membros observem as regras de conduta que são imprescindíveis para a perpetuação dos bens jurídicos, para assim, viverem harmonicamente.

O dever de cuidado é algo inerente ao homem que convive em sociedade, este o observa, pois parte da premissa que os outros agem com os mesmos cuidados, ou seja, realizam igual comportamento. Essa cautela, devida em várias situações do cotidiano, não está definida em lei, mas não é tarefa impossível o seu conhecimento pelas pessoas, pois estas entendem dentro de uma situação fática que a não observância a um dever de cuidado poderá causar lesão a um bem jurídico.

Figura também como requisito indispensável à caracterização do tipo culposo, o **resultado danoso involuntário**, o qual se deve observar, pois é essencial que o agente jamais tenha desejado ou acolhido o evento lesivo, nem tenha assumido o risco de produzi-lo.

Imperioso se faz que haja um nexo entre a ação do sujeito que não observa um dever de cuidado e um resultado que este vem a produzir, ou seja, uma lesão a um bem penalmente tutelado. Logo, o **nexo de causalidade** é requisito para formação do crime culposo.

Além dos requisitos já elencados, existe também a **previsibilidade** por parte do sujeito, em verificar a possibilidade fática de o resultado poder vir a acontecer. Ausente a capacidade de previsão do fato lesivo, não poderá o sujeito ser responsabilizado a título de culpa. Nesta situação inexistente o delito, havendo, portanto, um caso fortuito, pois escapa à previsibilidade humana.

Por fim, apresenta-se como elemento indispensável à caracterização do delito culposo, a **tipicidade**. Como já relatado em outras linhas, apenas poderá se falar em crime culposo diante de expressa previsão legal. Além disso, faz-se necessário que, diante do resultado da ação, o julgador faça a devida averiguação para verificar se houve descuido, ou seja, se o agente não agiu com o devido cuidado, procedendo com imprudência, imperícia ou negligência.

3.4.2 Modalidades de culpa

A culpa está relatada em nossa legislação através do art.18, inciso II, do Código Penal, o qual já foi descrito anteriormente, afirmando que a culpa pode ser aferida em três modalidades: imprudência, negligência e imperícia. Não existe nenhuma definição legal sobre tais institutos, ficando a cargo da doutrina pátria essa tarefa. Na precisa lição de Bitencourt (2010, p. 336), observa-se:

Imprudência é a prática de uma conduta arriscada ou perigosa e tem caráter comissivo. (...) Conduta imprudente é aquela que se caracteriza pela intempestividade, precipitação, insensatez ou imoderação do agente. Imprudente é, por exemplo, o motorista que, embriagado, viaja dirigindo seu veículo automotor, com visível diminuição de seus reflexos e acentuada liberação de seus freios inibitórios.

Neste sentido, verifica-se que a **imprudência** de um sujeito é caracterizada pela falta de cuidado que este tem ao desenvolver sua ação, tratando-se de procedimento de natureza perigosa, o que vem a causar um evento danoso a um bem jurídico. É importante ressaltar que esse evento era por ele previsível, mas, mesmo assim, age inconseqüentemente, sobrevivendo o resultado. Como bem frisou o renomado estudioso, trata-se de um crime comissivo, pois consiste em um ato de fazer, e, neste caso, o sujeito age sem a devida cautela.

Pode ainda, servir como exemplo, a ação imprudente de uma pessoa que conduz e manuseia uma arma de fogo carregada de munição, tendo ao redor várias pessoas, as quais são expostas a um grave perigo.

Ao contrário da **imprudência**, que é um ato comissivo, a **negligência** é vista como ato omissivo, pois o sujeito deixa de fazer algo que é de sua obrigação, agindo com displicência, não tomando as providências imprescindíveis para o desenvolvimento sadio de sua ação.

Como bem expõe Jesus (2010, p. 342): “A negligência é a ausência de precaução ou indiferença em relação ao ato realizado. Ex.: deixar arma de fogo ao alcance de criança”. Trata-se de um desleixo do agente que devia e podia agir para assegurar queo bem jurídico não fosse lesionado, mas não o faz.

Conforme os ensinamentos de Bitencourt (2010, p. 337): “Imperícia é a falta de capacidade, de aptidão, despreparo ou insuficiência de conhecimentos técnicos para o exercício de arte, profissão ou ofício”.

Vale dizer, complementando o posicionamento do renomado doutrinador, que, se o sujeito realiza uma conduta fora de sua área de atuação, não se pode falar em **imperícia**, e sim imprudência ou negligência.

3.4.3 Espécies de culpa

A Doutrina penal faz menção a diversas espécies de culpa, porém, mais importante, em virtude do tema proposto, é abordar as que representam maior relação ao enfoque em discussão. Quais sejam: a culpa consciente e a culpa inconsciente. Estas espécies de culpa estão relacionadas à previsibilidade.

Na culpa inconsciente o resultado é previsível, mas por algum motivo o agente deixa de prevê-lo, enquanto que na culpa consciente o agente prevê a possibilidade do resultado, mas não deixa de praticar a conduta, pois acredita sinceramente que o resultado não venha a ocorrer, pois confia na sua habilidade de poder impedir o evento lesivo previsto.

Desta forma, a previsão é o requisito que está presente em ambas as espécies de culpa, sendo necessária à configuração do delito de culpa. Ela é chave para caracterização da culpa consciente, que se exprime na vontade do agente em impedir que aconteça o efeito lesivo, logo, a culpa consciente é também chamada de culpa com previsão.

Vale lembrar que nos casos em que os fatos forem imprevisíveis, o resultado desloca-se para o campo do caso fortuito e da força maior.

3.4.4 Graus de culpa

De acordo com sua intensidade, a culpa pode ser classificada em: grave, leve e levíssima.

A culpa grave é aquela observada nos casos em que o resultado poderia ser previsto por qualquer pessoa, mas nem assim o agente o prevê. A culpa leve é aquela em que o resultado poderia ser previsto por qualquer pessoa de diligência mediana. Já a culpa levíssima é aquela que escapa à previsão de um homem médio, de padrão normal, sendo previsível apenas por uma pessoa bastante diligente.

Para aferir o grau de culpa é necessário observar não só a condição de previsão do evento, mas o grau de observância e diligência investida pelo agente.

Jesus (2010, p. 345) leciona que não há distinção de culpa quantitativa em relação à pena abstrata, ou seja, a pena cominada é a descrita na norma penal, valendo ser aplicada sem variações aos três graus de culpa (grave, leve e levíssima). Porém, o juiz pode levar em conta o grau da culpa no momento em que for dosar a pena concreta, nos termos do art. 59, caput, do Código Penal, de acordo com o grau de culpabilidade do agente.

3.4.5 Compensação e concorrência de culpas

O direito civil através da norma contida no Código Civil, art. 368: “Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se até onde se compensarem”, admite expressamente a compensação, já o Código Penal Brasileiro não prevê a compensação de culpas. Na ementa do julgado do Superior Tribunal de Justiça (2007) consta:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO CULPOSO. PROVA DE ATUAÇÃO COM CULPA NA DIREÇÃO DE VEÍCULO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ. **COMPENSAÇÃO DE CULPAS**. CRIME. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. A análise da culpa da vítima que, supostamente, teria contribuído para a ocorrência de acidente de trânsito resultando em sua morte implicaria, necessariamente, no reexame do material probatório dos autos, o que é vedado pelo enunciado da Súmula 7/STJ. Ainda que se admitisse a possibilidade de análise de eventual conduta culposa por parte da vítima, nenhum benefício traria ao recorrente, pois em sede criminal não há que se falar em compensação de culpas. Agravo regimental a que se nega provimento. (grifei)

Desta forma, não há que se falar em compensação de culpas quando há reciprocidade entre autor e vítima, onde cada um concorre de uma forma para a ocorrência do fato. Dessa maneira, cada um será responsabilizado penalmente pela sua conduta. Somente nos casos de culpa exclusiva da vítima é que se pode falar em não responsabilização penal do agente, que neste caso, não será punido.

Apesar de se afirmar que não se admite a compensação de culpas, é possível a concorrência de culpa. No momento em que o magistrado analisar as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, onde será fixada a pena base, haverá influência, pois a culpa concorrente da vítima pode atenuar a responsabilidade do agente.

3.4.6 Tentativa nos delitos culposos

Greco (2008, p. 214) entende que não se pode falar em tentativa ao analisar o delito culposos, pois o agente não prepara e nem dá início aos atos de execução dirigidos à consumação da infração penal, essas não são característica do crime culposos, mas sim do crime doloso. Não existe a figura do *inter criminis*, sendo que não se cogita, não se prepara e não se executa um crime culposos. No entanto, alguns doutrinadores entendem existir a tentativa nos crimes culposos, precisamente nos casos de culpa imprópria, mas não cabe analisar tal propositura, pois se desvirtua do foco em questão.

3.4.7 Preterdolo

O crime preterdoloso é um dos quatro tipos de crimes que são qualificados pelo resultado. Nesse tipo de delito, especificamente, o agente deseja praticar um crime, mas acaba excedendo-se e culposamente, produz um resultado diferente e mais gravoso do que o que era pretendido. A ementa do julgado do Superior Tribunal de Justiça (1994) trata:

RESP - LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE - CRIME NÃO CONFIGURADO - DESCLASSIFICAÇÃO. - A FIGURA PREVISTA NO ART. 129, PARÁGRAFO 3., DO CÓDIGO PENAL, EXIGE, PARA SUA CONFIGURAÇÃO, A VONTADE LIVRE E CONSCIENTE DE LESIONAR. AUSENTE O DOLO, A AGRESSÃO SEGUIDA DE MORTE TIPIFICA O DELITO DO ART. 121, PARÁGRAFO 3., DO CITADO ESTATUTO. - DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE - ART. 129, PARÁGRAFO 3. DO CP - PARA HOMICÍDIO CULPOSO - ART. 121, PARÁGRAFO 3. DO CP. - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

O crime de lesão corporal seguida de morte é o exemplo clássico do instituto do preterdolo, pois o agente quer ferir, mas acaba matando.

No presente julgado houve a desclassificação da lesão corporal seguida de morte para homicídio culposo, pelo simples fundamento de estar ausente o dolo.

Vale ainda, observar, que de início atua-se com dolo, mas o resultado é tido como um produto da culpa do agente, sendo diverso do que foi pretendido, pois ele não o quer diretamente, nem assume o risco de sua produção. Por isso, responde o indivíduo a título de culpa, desde que, esteja presente a previsibilidade, pois é requisito essencial à configuração do crime culposo.

3.5 Distinções entre dolo eventual e culpa consciente

A distância que se tem entre o dolo eventual e a culpa consciente é mínima. Por esse motivo é que existem infindáveis análises doutrinárias sobre o tema.

Bitencourt (2010, p. 340), em sua novíssima obra, afirma: "os limites fronteiriços entre o dolo eventual e culpa consciente constituem um dos problemas mais tormentosos da Teoria do Delito." Nesse âmbito cognitivo, Nucci (2008, p. 227) afirma:

[...] no contexto dos crimes de trânsito, como é tênue a linha divisória entre um e outro. Se, anos atrás, um racha, com vítimas fatais, terminava sendo punido como delito culposo (culpa consciente), hoje não se deixa de considerar o desprezo pela vida por parte do condutor do veículo, punindo-se como crime doloso (dolo eventual).

Esse entendimento vem sendo utilizado pelos tribunais pátrios, desde o momento em que a mídia nacional passou a divulgar freqüentemente os acidentes de trânsito em tempo real. Com isso, a sociedade passou a ver cotidianamente o que estava bem

próximo, mas não eram notados, os milhares de acidentes de trânsito que ocorriam, e ainda ocorrem pelo Brasil a fora. Foram vários os clamores sociais por leis mais severas, aliados ao trabalho realizado pela mídia nacional sensacionalista, pedindo o fim da denominada “impunidade”.

Em face de tudo isso, surge uma tendência em impor o mais gravoso enquadramento jurídico para os casos de morte causada por acidentes de trânsito.

Com a finalidade de uma melhor aplicação dos institutos em análise, a doutrina nacional propôs várias discussões sobre suas distinções. Para isso, foram propostas algumas teorias acerca do tema. Ainda sobre os preciosos ensinamentos de Bitencourt (2010, p. 341), que em feliz colocação, expõe:

Duas teorias, fundamentalmente, procuram distinguir dolo eventual e culpa consciente: *teoria da probabilidade* e *teoria da vontade* ou do consentimento. Para a primeira, diante da dificuldade de demonstrar o elemento volitivo, o querer o resultado, admite a existência do dolo eventual quando o agente representa o resultado como de muito provável execução e, apesar disso, atua, admitindo a sua produção. No entanto, se a produção do resultado for menos provável, isto é, pouco provável, haverá *culpa consciente*. Para a segunda, isto é, para a teoria da vontade, é insuficiente que o agente represente o resultado como de provável ocorrência, sendo necessário que a probabilidade da produção do resultado seja incapaz de remover a vontade de agir, ou seja, o valor positivo da ação é mais forte para o agente do que o valor negativo do resultado, que, por isso, assume o risco de produzi-lo. Haveria *culpa consciente* se, ao contrário, desistisse da ação, estando convencido da probabilidade do resultado. No entanto, não estando convencido, calcula mal e age, produzindo o resultado. Como se constata, a teoria da probabilidade desconhece o elemento volitivo, que é fundamental na distinção entre dolo eventual e culpa consciente, e que, por isso mesmo, é melhor delimitado pela teoria do consentimento.

Verifica-se que a teoria da probabilidade se sustenta no grau de perspectiva do acontecimento do ilícito antevisto pelo sujeito, no qual se configura o dolo eventual quando o agente, em sua mente, representa como muito provável o resultado, continua com a ação, desprezando caso o resultado lesivo ocorra ou não. Já a culpa consciente, é configurada quando o agente prevê o resultado, mas de forma muito remota, de forma quase improvável.

A teoria do consentimento baseia-se no teor da vontade do sujeito, que agirá com dolo eventual ao reconhecer a probabilidade do evento, mas em sua mente o resultado é tido como certo, e mesmo assim, continua em sua atuação, pois esse é seu desejo. Configurando a culpa consciente quando o sujeito, mentalmente, ao visualizar a produção certa do resultado, lhe viesse o desejo de cessar sua atuação.

As duas teorias são alvos de diversas críticas no tocante aos critérios utilizados na diferenciação dos institutos estudados. Mas, muitos doutrinadores apontam que a teoria da vontade goza de maior fundamento jurídico, justamente por alicerçar-se na relevância do elemento volitivo. Isto, pois, para a existência do dolo, é insuficiente a simples antevisão do resultado, sendo essencial o querer, a pretensão, e ainda, o desprezo pelo resultado.

Eis a clara e precisa lição de Capez (2007, p. 211):

A culpa consciente difere do dolo eventual, porque neste o agente prevê o resultado, mas não se importa que ele ocorra (“se eu continuar dirigindo assim posso vir a matar alguém, mas não se importa; se acontecer, tudo bem, eu vou prosseguir”). Na culpa consciente, embora prevendo o que possa vir a acontecer, o agente repudia essa possibilidade (“se eu continuar a dirigir assim, posso vir a matar alguém, mas estou certo de que isso, embora possível, não ocorrerá”).

Logo, pode-se ver claramente que no dolo eventual o agente não se importa que o resultado ocorra, enquanto na culpa consciente o agente sabe que pode provocar o ato, mas acredita fielmente que nada irá ocorrer.

É difícil para o julgador, diante do caso concreto, saber se o sujeito aceitou ou não como provável o resultado danoso, ou seja, identificar se ele foi indiferente à produção do resultado ou se confiou cegamente que o mesmo não viesse a ocorrer. Nesse contexto, Silva (2005, p. 113) explica:

Tal dificuldade repousa no fato de que a mente humana é insondável. Enquanto um jurista não for capaz de ingressar nos recônditos psíquicos, jamais estará na posse da verdade ao afirmar, taxativamente e categoricamente, que determinada hipótese de dolo eventual ou culpa consciente. Na verdade, tratados inteiros de psicologia e psiquiatria são insuficientes para descortinar a verdadeira natureza desses complexos fenômenos psíquicos. É por ingenuidade ou vaidade que operadores do direito tentam, em vão, fazê-lo, sem nenhuma base científica.

Diante de tal situação, deve o aplicador do direito observar a capacidade que o agente tem de perceber que sua conduta levaria a um resultado lesivo, o modo como agiu, antes, durante e depois do ilícito.

Silva (2005, p. 115) ainda expõe que: “Dolo eventual e culpa consciente têm um traço em comum: representação do resultado. Distinguem-se, porém, quanto ao elemento volitivo”. Logo, pode-se concluir que no dolo o agente assume o risco de produzir o resultado, na culpa consciente, ao contrário, o agente acreditar poder evitar.

4. HOMICÍDIO NOS CRIMES DE TRÂNSITO: DOLO EVENTUAL OU CULPA CONSCIENTE?

4.1 Lei dos Crimes de Trânsito

A Lei nº 9.503/97, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro, passou a vigorar somente em 22 de janeiro de 1998, discorrendo sobre os crimes de trânsito. Logo em seu primeiro artigo, expõe sua maior diretriz, qual seja, a de que o "trânsito seguro é um direito de todos e um dever dos órgãos e entidades do Sistema Nacional de Trânsito". Antes de sua vigência, vigorava o Código Nacional de Trânsito, instituído pela Lei nº 5.108, de 21 de setembro de 1966, e alterações posteriores, revogadas pela nova lei.

Por se tratar de norma específica, surgiu da necessidade de haver mudanças no campo penal, em relação aos crimes cometidos no trânsito, pois àquela época, grande era o número de mortes provocadas por delitos dessa natureza. Com o objetivo de diminuir as estatísticas advindas desses acidentes, o Estado passou a penalizar com mais vigor os motoristas que colocam a vida de pessoas em risco, no intuito de penalizar e tentar coibir a proliferação da prática de tais delitos.

Os números mostram que os acidentes com vítimas fatais só aumentam em nosso país, é o que se pode observar nos dados fornecidos pelo Ministério da Saúde (2007) sobre os óbitos ocorridos no trânsito:

Tratados como uma das principais causas de óbitos entre pessoas com menos de 59 anos, os acidentes de trânsito aumentaram 9% em três anos no Brasil. Em 2002, 32.753 pessoas morreram por esta causa, enquanto que, em 2005, os registros de óbitos chegaram a 35.753. Isso representa 3 mil mortes evitáveis no período avaliado. Os dados mostram que houve uma reversão da tendência de queda notada a partir de 1998 como impacto do novo Código de Trânsito Brasileiro.

Verifica-se, então, que logo após o advento da Lei de Trânsito houve uma diminuição significativa do número de mortes por acidentes, mas, com o passar dos anos, percebe-se que houve uma regressão nesses índices, significando dizer, que o principal objetivo da lei não foi alcançado, pois, o problema está relacionado a diversos fatores, dentre eles: à educação no trânsito, ao consumo excessivo de bebidas alcoólicas,

a motoristas que trafegam em alta velocidade em locais onde não é permitido, à falta de uso de capacetes ou de cinto de segurança e aos conhecidos problemas relacionados à infra-estrutura de rodovias e vias públicas. Entretanto, a discussão maior é com relação à falta de educação dos motoristas e pedestres.

Outro fator muito interessante, a se analisar, em dados da mesma fonte, é a questão relacionada ao número de jovens vitimados no trânsito em nosso país, observados a seguir:

As faixas etárias mais afetadas foram as dos 20 aos 39 (45%) e dos 40 aos 59 anos (26%), totalizando 25.375 óbitos entre os 35.753 registrados em 2005. Do total de mortes nessas faixas, 85% (cerca de 21.529 óbitos) ocorreram entre homens. Entre os adolescentes, o acidente de trânsito já é a segunda principal causa de morte e a primeira é o homicídio. De acordo com nova avaliação, 3.976 pessoas entre dez e 19 anos perderam a vida no trânsito em 2005.

Vê-se que o percentual de pessoas entre 20 (vinte) e 39 (trinta e nove) anos é de 45% (quarenta e cinco por cento), dentre estes, 85% (oitenta e cinco por cento) são homens, o que demonstra que os homens se envolvem mais em acidentes também por causas da proporcionalidade entre o número de motorista do sexo masculino.

À proporção que os clamores sociais aumentam, o Estado toma medidas, que muitas vezes não modificam muito o quadro em que se vive atualmente. Recentemente, no ano de 2008, foi criada a “Lei Seca”, apelidada assim, por restringir completamente o uso de álcool ao dirigir, bem como outras disposições.

4.2 Lei Seca: mudanças impostas à legislação de trânsito nacional e a atual perda de sua eficácia após recente decisão do Superior Tribunal de Justiça.

A Lei nº 11.705 aprovada em dezenove de junho do ano de dois mil e oito, foi criada para alterar o Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97), impondo tolerância “zero” aos motoristas que dirigirem sobre o efeito de álcool, e modificando dispositivos de Lei nº 9.294/96, dispondo sobre a advertência obrigatória em locais que vendem bebidas alcoólicas, que é crime dirigir sob a influência de álcool.

Embora não seja permitido nenhuma concentração da substância no organismo, existem às exceções que se justificam pela excepcionalidade, são os casos de uso de

medicamentos à base de álcool, alguns alimentos ou sobremesas que o possuem em sua composição, e até os casos de erros que envolvem o próprio aparelho utilizado no teste. Por existirem essas situações fáticas, é que no Brasil se permite a concentração de 0,2 g de álcool por litro de sangue, ou, 0,1 mg de álcool por litro de ar expelido no exame do bafômetro.

A lei nova surgiu para atender ao reclamo social, se ajustando ao rigor mundial em combate à comunhão álcool e direção, trazendo mecanismos em compatibilidade com a realidade brasileira, mas foi além fronteira, ao querer confrontar a nossa lei maior.

Ao acrescentar o § 3º ao art. 277 do Código de Trânsito Brasileiro, estabelece que será penalizado o infrator que se recusar aos testes:

Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado.

(...)

§ 3º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo. (Acrescentado pela Lei nº 11.705, de 19.06.2008).

Pela nova lei, o cidadão que se recusar a fazer um simples teste de bafômetro, ou exame de sangue, será imediatamente penalizado. A penalização é idêntica à prevista no art.165, ou seja, multa de R\$ 955,00 (novecentos e cinquenta e cinco reais) e ainda perde o direito de dirigir por 12 (doze) meses.

Mesmo o indivíduo estando acobertado constitucionalmente, em pleno exercício de um direito, ainda assim o Estado o obriga, impondo taxativamente a realização dos testes, sabendo que é ilógico que alguém possa vir a querer produzir prova contra si mesmo. Ora, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, então, se a lei especial contrariar a própria Constituição Federal, aquela é permeada de inconstitucionalidades.

Cabe ao Estado, unicamente demonstrar a prática de um ilícito, utilizando-se de todos os meios necessários e legais para unir o conjunto probatório admissível pelas regras jurídicas, e assim atuar efetivamente, não devendo, pois, constranger o infrator a consentir na realização de provas invasivas, abdicando de sua própria cidadania. É a destruição completa de todos os direitos adquiridos através de muita luta pelo povo

brasileiro. Restando como alternativa, a procurar ao Poder Judiciário para o reconhecimento da usurpação do direito do cidadão.

E foi através do judiciário, que se verificou a ineficácia da referida norma. Por unanimidade, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (2010) concedeu habeas corpus para trancar ação penal contra um motorista do estado de São Paulo, que se recusou a realizar os testes de alcoolemia. O insigne Tribunal assim decidiu:

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. AUSÊNCIA DE EXAME DE ALCOOLEMIA. AFERIÇÃO DA DOSAGEM QUE DEVE SER SUPERIOR A 6 (SEIS) DECIGRAMAS. NECESSIDADE. ELEMENTAR DO TIPO.

1. Antes da edição da Lei nº 11.705/08 bastava, para a configuração do delito de embriaguez ao volante, que o agente, sob a influência de álcool, expusesse a dano potencial a incolumidade de outrem.

2. Entretanto, com o advento da referida Lei, inseriu-se a quantidade mínima exigível e excluiu-se a necessidade de exposição de dano potencial, delimitando-se o meio de prova admissível, ou seja, a figura típica só se perfaz com a quantificação objetiva da concentração de álcool no sangue o que não se pode presumir. A dosagem etílica, portanto, passou a integrar o tipo penal que exige seja comprovadamente superior a 6 (seis) decigramas.

3. Essa comprovação, conforme o Decreto nº 6.488 de 19.6.08 pode ser feita por duas maneiras: exame de sangue ou teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro), este último também conhecido como bafômetro.

4. Cometeu-se um equívoco na edição da Lei. Isso não pode, por certo, ensejar do magistrado a correção das falhas estruturais com o objetivo de conferir-lhe efetividade. O Direito Penal rege-se, antes de tudo, pela estrita legalidade e tipicidade.

5. Assim, para comprovar a embriaguez, objetivamente delimitada pelo art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, é indispensável a prova técnica consubstanciada no teste do bafômetro ou no exame de sangue. 6. Ordem concedida.

Segundo o relator da decisão, o Ministro Og Fernandes, em notícia publicada no próprio site do STJ (2010), com advento da Lei nº 11.705/08, passou a se exigir a prova técnica para constatar o teor alcoólico no indivíduo, e assim, poder enquadrá-lo na figura típica inserida pela nova lei. Acontece, que, caso o motorista se recuse a realizar o teste do bafômetro ou exame de sangue, não há como comprovar a embriaguez, desta forma, inviabiliza a adequação típica do fato ao delito, o que se traduz na impossibilidade da persecução penal.

Tal decisão aniquila a essência da lei, tornado-a ineficaz. Modifica todos os entendimentos adversos, dando lugar à um novo julgar. O que não se pode aceitar são os efeitos negativos resultantes, ao imaginar que agora é permitido dirigir sob o efeito de álcool.

Em notícia publicada no site do próprio STJ no dia 10 (dez) deste mês, sobre o objetivo da lei seca o ministro afirmou: “Aparentemente benfazeja, essa modificação legislativa trouxe consigo enorme repercussão nacional, dando a impressão de que a violência no trânsito, decorrente da combinação bebida e direção, estaria definitivamente com os dias contados. Entretanto, com forte carga moral e emocional, com a infusão na sociedade de uma falsa sensação de segurança, a norma de natureza até simbólica, surgiu recheada de dúvidas”. E continua: “É extremamente tormentoso deparar-se com essa falha legislativa”.

Importante verificar, que, o douto jogador reconhece as falhas legislativas na criação do dispositivo, pois não adianta simplesmente agir por impulso emocional causado pela súplica popular, na aflição de solucionar questões importantes, porque assim, corre-se o risco de gerar norma dotada de inconstitucionalidades.

Ademais, se ninguém é obrigado a produzir provas contra si, será admitido como lícito o indivíduo recusar-se a não fazer o teste de bafômetro ou exame de sangue.

4.3 Crime de homicídio em acidentes de trânsito

De acordo com o Código Penal vigente, o crime de homicídio poderá ocorrer na forma dolosa ou culposa, tratadas no art. 121, já comentadas em linhas anteriores. O Código de Trânsito Brasileiro, porém, discorre sobre o homicídio apenas na sua modalidade culposa. Nesse caso, por ser lei especial, acrescenta elementos à geral, tendo preferência sobre esta, pois a norma especial exclui a aplicação da genérica, para afastar o *bis in idem*. Nesse sentido, Jesus (2005, p. 36) explica: “Tratando-se de uma infração penal, o fato típico só é enquadrado na lei especial, embora também descrito na lei geral. Cuidando-se de norma complementar ou explicativa, aplica-se exclusivamente a específica, desprezando-se a genérica”.

Assim, quando duas normas dispuserem sobre mesma matéria, e a específica for complementação ou explicação da genérica, aplica-se àquela.

O foco em análise se aponta para os homicídios ocorridos no trânsito, quando, em via pública o motorista: está conduzindo veículo sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que cause dependência (art. 306, CTB); participa de disputa ou competição automobilística não autorizada, os famosos “rachas” (art. 308,

CTB); ou esteja imprimindo velocidade acima da permitida por lei, principalmente em locais onde o fluxo de pessoas é maior (art. 311, CTB). Porém, será realizado um breve estudo sobre o homicídio culposo disposto pelo CTB.

A lei específica, na parte que trata “Dos Crimes em Espécie”, dispõe no art. 302: “Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor”.

Trata-se de crime material, de dano, de conduta e resultado. A ação típica consiste em provocar a morte de alguém, na direção de veículo automotor, seja por imprudência, imperícia ou negligência. Sendo o sujeito ativo qualquer pessoa que esteja na direção de veículo automotor, inclusive pessoas não habilitadas e o sujeito passivo, qualquer pessoa.

Um fato inusitado tratado pela doutrina é a atenção que se deve dar ao fato da expressão “na direção de veículo automotor”, pois, no exemplo em que o motorista encontrar-se em um carro, com o motor desligado, sem o freio de mão puxado, e este vem a descer ladeira de forma desgovernada, atingindo alguém, não haverá o homicídio culposo previsto pelo Código de Trânsito Brasileiro, mas sim o previsto pelo Código Penal. A diferença está no montante da pena a ser aplicada. Enquanto a primeira norma prevê a detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, bem como a sanção administrativa de suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor, a segunda é mais branda, impondo detenção de 1 (um) à 3 (três) anos.

Não existe expressamente no ordenamento jurídico nacional, nenhuma tipificação de forma específica para o crime de homicídio de trânsito, ficando a mercê de normas genéricas sua aplicação, com base neste fundamento, surgem críticas que refutam essa carência.

4.3.1 Crítica a falta de previsão legal expressa para a prática de homicídio doloso, por dolo eventual, na direção de veículo automotor.

Muito já foi exposto, em relação à existência de uma alinha tênue entre os institutos do dolo eventual e da culpa consciente nos crimes de trânsito. Mas, pode-se fazer uma crítica ao legislador, que agiu com a devida falta de cuidado, deixando de acrescentar no capítulo dos crimes dolosos contra a vida, uma figura típica que se assemelhasse ao disposto pelo art. 18, I, do Código Penal: “Diz-se o crime doloso

quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”, que em sua parte final especifica o dolo eventual, acrescentando à norma, referência específica aos casos ocorridos no trânsito.

A previsão dessa figura típica poria fim a uma celeuma doutrinária e jurisprudencial existente. Nesse sentido, Nogueira (2008, p. 168) propõe:

Se a lei admitisse expressamente o cabimento do dolo eventual no homicídio cometido ao volante de veículo automotor, por certo grandes discussões acerca do cabimento do dolo eventual em fato havido no trânsito e da distinção entre dolo eventual e culpa consciente perderia sua razão de ser.

Em outro momento, o jurista referenciado indica como possivelmente poderia ser a redação da figura específica ao caso: “Matar alguém, na direção de veículo automotor, assumindo o risco de produzir o resultado”. E ainda acrescenta a viabilidade de sua inclusão no corpo do Código Penal, especificamente no tipo penal de homicídio doloso, sendo possível ainda, a existência de um capítulo próprio integrando os crimes de trânsito.

No entanto, preferivelmente se criou uma lei especial, o Código de Trânsito Brasileiro, que é criticado justamente pela não predisposição do tipo penal doloso, remetendo-se à lei original para sua aplicação, que inclusive, não é específica, mas genérica.

A situação fática apresentada acabaria de vez com a controvérsia existente, em saber se pode ou não, deve ou não, um motorista ser levado a julgamento pelo Tribunal do Júri, sendo acusado de homicídio doloso por ter causado morte em acidente de trânsito.

Por outro lado, o professor Wunderlich (2000), em seu artigo, posiciona-se de forma contrária ao afirmar:

A verdade é que o novo Código, tido como instrumento “moderno” e “severo” aos olhos da mídia e “controvertido” e “incongruente” no olhar da doutrina, não optou pelo dolo eventual. Não poderia ser diferente. A lição mais comezinha em Direito Penal, a primeira que se aprende nos bancos acadêmicos, é a de que não se pode presumir a culpa (*Nulla poenas sine culpa*). Se fosse elaborado um novo tipo penal descrevendo a conduta a título de dolo, estaríamos diante de uma presunção de dolo eventual. Mas, como sabemos, o nosso Direito repele a culpa presumida e, cientes de que em nenhum caso haverá presunção de culpa, o que dizer então de presunção de dolo?

Em suas colocações, Wunderlich não acredita ser o melhor remédio inserir a figura típica do dolo eventual diretamente na norma especial de trânsito, pois assim, estaria sendo criada a figura da presunção do dolo, sem sequer analisar outros aspectos que envolvem o crime. Não entende como correta a aplicação do instituto do dolo eventual nos crimes de trânsito, em se tratando de levar tais crimes a plenário do Júri, se manifestando assim:

Portanto, totalmente equivocada e divorciada dos novos paradigmas do Direito Penal Moderno, a tentativa de se levar os crimes de trânsito ao plenário do júri e, com isso, aplicar reprimenda mais gravosa. Não podemos permitir que seja dada demasiada elasticidade à ficção jurídica *dolus eventualis*, nem que tripudiem sobre a teoria geral do delito, para suprir uma legislação inadequada ou para atender os "ditos" reclamos sociais.

Ao final, se posiciona que o julgador deve escolher a tese que mais favoreça o réu, e que diante de questões complexas e com dificuldade probatória, a solução não pode ser outra senão do reconhecimento de homicídio culposo, e não tão somente deturpar os conceitos legais para unicamente atender aos ditos reclamos sociais.

4.4 Posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários

Após ter sido, anteriormente, demonstrada a diferenciação entre os institutos do dolo eventual e da culpa consciente, necessário é, neste momento, apresentar alguns posicionamentos dos Tribunais sobre o assunto.

Desta forma vale observar o que decidiu o Superior Tribunal de Justiça (2007), ao apreciar um recurso provido pelo Ministério Público, no sentido de levar ao Tribunal do Júri, um caso de homicídio no trânsito provocado por excesso de velocidade:

PROCESSUAL PENAL. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. ART. 408 DO CPP. CRIME DE HOMICÍDIO DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI POPULAR. DOLO EVENTUAL. ART. 18, I DO CPB. EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA DE PERIGO COMUM (ART.121, § 2º, III DO CPB) PELO JUIZ PRONUNCIANTE. IMPOSSIBILIDADE, SALVO SE MANIFESTA OU INDISCUTÍVEL A SUA INADMISSIBILIDADE. LIÇÕES DA DOUTRINA JURÍDICA E DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS DO PAÍS. 1. Não se permite ao Juiz, na sentença de pronúncia (art. 408 do CPP), excluir qualificadora de crime doloso contra a vida (dolo eventual), constante da Denúncia, eis que tal iniciativa reduz a amplitude do juízo cognitivo do Tribunal do Júri Popular, albergado na Constituição

Federal; tal exclusão somente se admite quando a qualificadora for de manifesta e indiscutível impropriedade ou descabimento. Lições da doutrina jurídica e da Jurisprudência dos Tribunais do País. 2. Caracteriza-se o dolo do agente, na sua modalidade eventual, **quando este pratica ato do qual pode evidentemente resultar o efeito lesivo (neste caso, morte), ainda que não estivesse nos seus desígnios produzir aquele resultado, mas tendo assumindo claramente, com a realização da conduta, o risco de provocá-lo** (art. 18, I do CPB). 3. O agente de homicídio com dolo eventual produz, inequivocamente, perigo comum (art. 121, § 2o., III do CPB), quando, imprimindo velocidade excessiva a veículo automotor (165 km/h), trafega em via pública urbana movimentada (Ponte JK) e provoca desastre que ocasiona a morte do condutor de automóvel que se deslocava em velocidade normal, à sua frente, abalroando-o pela sua parte traseira. 4. Recurso do Ministério Público a que se dá provimento.

O presente julgado demonstra o posicionamento que grande parte dos Tribunais pátrios tem tomado, em relação aos crimes que envolvem homicídios no trânsito, punindo com mais rigor àqueles que o praticam. Como fundamento, se coloca o fato do agente ter assumido o risco de produzir o resultado, devido sua conduta lesiva. Além de disso, tenta proteger o bem jurídico “vida”, que está em risco constante devido atitudes irresponsáveis de muitos.

É de se ressaltar, que o impulso para que tais decisões sejam tomadas com mais rigor, partiu do clamor social na luta contra impunidade generalizada dos motoristas, que apesar de terem ceifado a vida de seus parentes, permaneciam em liberdade, devido à predominância de leis tão moderadas.

Nesse mesmo sentido, ainda em relação ao homicídio no trânsito, agora provocado por excesso de velocidade e embriaguez ao volante, decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (2007):

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PRONÚNCIA. HOMICÍDIO SIMPLES E ARTIGOS 306 E 305 DA LEI N.º 9.503/97. POSTULAÇÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO PRATICADO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. EMBRIAGUEZ E VELOCIDADE EXCESSIVA. DOLO EVENTUAL. RECURSO IMPROVIDO. DECISÃO POR MAIORIA. - O art. 408 do Código de Processo Penal traça como requisitos para a pronúncia, tão-somente, a prova da materialidade e os indícios suficientes de autoria. Havendo plausibilidade na tese da acusação, a pronúncia é medida que se impõe, devendo a questão ser submetida ao Tribunal do Júri, órgão constitucionalmente competente para apreciá-la. Tormentosa e tênue é a distinção entre dolo eventual e culpa consciente nos delitos de trânsito. Mostra-se plausível a tese de dolo eventual, na fase de pronúncia, quando se infere dos autos que **o réu tinha opção de não atingir o resultado, mas prefere assumir o risco de produzi-lo**, mostrando-se indiferente quanto à sua produção. O que se verifica ante o fato de que o veículo que conduzia desenvolvia velocidade muito elevada, realizando manobras perigosas, desviando para o acostamento da pista, em vez de direcioná-lo para outras duas faixas existentes, vindo a atropelar ciclista ali presente. Soma-se a isso o

estado de embriaguez em que se encontrava o réu momentos após os acontecimentos. Desta feita, em razão da viabilidade da ocorrência de dolo eventual, imperiosa se faz remessa dos autos ao Tribunal Popular a fim de ser aferido o elemento anímico permeador da conduta do acusado. Negado provimento ao recurso. Maioria.

Pode-se observar que os critérios das decisões são os mesmos para caracterização do dolo eventual: “o réu tinha a opção de não atingir o resultado, mas prefere assumir o risco de produzi-lo”.

O crime de homicídio ocorrido no trânsito proveniente de rachas em via pública é em sua maioria, praticado por jovens de classe alta, onde além dos motoristas vitimados, estão também os pedestres que muitas vezes assistem ao episódio. Também nesses casos, os Tribunais têm decidido pela observância e aplicação do dolo eventual. Como se pode observar em decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (2007):

APELAÇÃO-CRIME. APELAÇÃO DEFENSIVA. PRELIMINAR. AUSÊNCIA DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. AFASTAMENTO. Não há se falar em nulidade, por falta de defesa, pois a impossibilidade fático-probatória de o advogado evitar a condenação do réu não deve ser confundida com a ausência de defesa. APELO DEFENSIVO. HOMICÍDIO PRATICADO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. DOLO EVENTUAL. “RACHA”. POSSIBILIDADE. A possibilidade de existência de dolo eventual em homicídio praticado na direção de veículo automotor é excepcional. Na hipótese, porém, tudo leva a crer que o denunciado, embora contra a vontade do motorista do outro carro (as informações dão conta de que era motorista cuidadoso e responsável), fazia um çracha sozinhoç, mas que para o acusado era contra o outro motorista, quem sabe tentando impressionar a jovem que estava no interior do veículo adversário, e a quem o réu havia tentado assediãr em ocasiões anteriores, inclusive, na festa que ocorreu na mesma noite, mas não sendo correspondido por ela. Destarte, ao assumir essa postura perigosa na direção de seu veículo automotor, o réu acabou anuindo no resultado morte, estando correta a condenação pelo Tribunal do Júri. RECURSOS DEFENSIVO E MINISTERIAL. APENAMENTO. ADEQUAÇÃO. Tendo o juiz-presidente aplicado a pena corporal e estabelecido o regime prisional conforme preconiza a lei, inviãvel alterã-los. Preliminar afastada. Apelos improvidos.

Embora essas tenham sido as posições tomadas por grande maioria dos Tribunais pátrios, existem inúmeras opiniões contrãrias a essas decisões, acolhidas por muitos doutrinadores renomados e também em algumas decisões jurisprudenciais.

Nesse sentido, pode-se verificar o julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (2006), cuja ementa confere-se a seguir:

PROCESSUAL E PENAL - JÚRI - HOMICÍDIO - ACIDENTE DE TRãNSITO -PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE REJEITADA - PRAZO CONTADO A PARTIR DA ÚLTIMA INTIMAÇÃO - DOLO

EVENTUAL NÃO CONFIGURADO - AGENTE QUE NÃO ADMITIU A OCORRÊNCIA DO RESULTADO - ELEMENTO SUBJETIVO COMPROVA DO ESTREME DE DÚVIDA - DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FORMA CULPOSA – RECURSO PROVIDO - PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. 1. O prazo para interposição de recurso em sentido estrito, previsto no artigo 586 do CPP deve ser contado a partir da última intimação do réu ou de seu defensor. 2. Comprovada estreme de dúvida a ausência de dolo eventual, a desclassificação para a forma culposa é medida que se impõe. 3. Excesso de velocidade e embriaguez, por si só, não configuram dolo eventual.

Na decisão, o julgador por não ter elementos que comprovem que o autor do crime agiu com dolo eventual, ou seja, anuiu com a concretização do resultado previsto, acaba adotando a modalidade mais branda que é a culpa consciente, pois que “in dubio pro reo”, e não como querem alguns “in dubio pro societate”.

Diferente também é o tratamento a esses delitos quando julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba (2007):

TRÂNSITO. HOMICÍDIO CULPOSO. Motorista que age imprudentemente em rodovia, de trânsito intenso. Motocicleta com faróis apagados. Consumo de bebida alcoólica e ausência de documento de habilitação. Morte de pedestre que por ali trafegava. Sentença condenatória. Irresignação. Súplica pela absolvição a pretexto de insuficiência de provas para o decreto condenatório. Alegada culpa da vítima. Inocorrência. Acervo probatório em contrário. Materialidade e autoria delitiva comprovadas. Culpa demonstrada. Pretensão alternativa de exclusão da pena pecuniária imposta. Acolhimento em parte. Nulidade da sentença a partir da omissão do juiz em decidir a espécie de sanção restritiva aplicável. Provimento parcial. Motorista que, inobservando as regras, dirigia em rodovia, de trânsito intenso, sem habilitação e com a motocicleta de faróis apagados, provocando atropelamento em pedestre, cujas conseqüências foram às lesões determinantes da morte desta vítima, age de forma imprudente. A eventual culpa concorrente da vítima não elide a responsabilidade do autor do fato nos crimes de trânsito, pois em matéria penal a culpa não pode ser compensada. Cumpre ao órgão sentenciante, e não ao juízo da execução, a individualização da reprimenda imposta, nela incluída a fixação das substituídas penas restritivas de direitos, nos termos dos arts. 59 e 44, ambos do CP.

Verifica-se que embora o motorista estivesse dirigindo com os faróis da motocicleta apagados, tenha consumido bebida alcoólica e dirigido sem documento de habilitação, provocando a morte de pedestre que transitava pelo local, mesmo assim, o delito fora considerado culposos.

Doutrinadores renomados se posicionam no sentido de aplicação mais branda aos crimes ocorridos no trânsito, tendo em vista, a dubiedade que contorna o fato. Greco (2008, p. 209) afirma:

O clamor social no sentido de que os motoristas que dirigem embriagados e/ou em velocidade excessiva devem ser punidos severamente, quando tiram a vida ou causam lesões irreversíveis em pessoas inocentes, não pode ter o condão de modificar toda nossa estrutura jurídico-penal. Não podemos, simplesmente, condenar o motorista por dolo eventual quando, na verdade, cometeu a infração culposamente.

No mesmo sentido, Bitencourt (2010, p. 342) preconiza:

A distinção entre dolo eventual e culpa consciente resume-se à aceitação ou rejeição da possibilidade de produção do resultado. Persistindo a dúvida entre um e outra, dever-se-á concluir pela solução menos grave, qual seja, pela *culpa consciente*, embora, equivocadamente, não seja essa a orientação da *praxis forensis*.

Proclamam os famosos estudiosos que em caso de dúvidas sobre a aplicação, deve-se favorecer ao réu e não à sociedade, pois se corre o risco de cometer injustiças contra àqueles que nunca contribuíram para a prática dos delitos em análise. É necessária a averiguação de cada caso, pois existe uma verdade que pode surgir se o magistrado agir com a diligência que é exigida em razão da complexidade do fato. Embora muitos acreditem ser complexo demais saber o que se passou na cabeça do agente no momento em que o fato ocorreu. Nesse diapasão, menciona-se a lição de Nucci (2010, p. 227):

Ressaltemos que essa diferença encontra-se muito mais na análise das circunstâncias do caso concreto, dando a impressão a quem aplica a lei penal de estar diante de uma ou de outra forma do elemento subjetivo do crime, do que na mente do agente. Essa é a realidade dos processos criminais que cuidam do tema, pois esperar que se consiga prova daquilo que ocorreu na cabeça do autor da infração penal (assumiu o risco ou esperava sinceramente que não acontecesse?), exatamente no momento em que esta se deu, é praticamente impossível.

Tudo isso, vêm mostrar que não é tarefa fácil aplicar corretamente tais institutos nos casos de homicídios ocorridos no trânsito, tendo em vista à necessidade da análise concreta dos fatos, que se faz pela averiguação de tudo que exerce influência no delito, seja a ocorrência em si do acidente, os fatores físicos que o preconizaram, bem como os elementos subjetivos atrelados à consciência do agente. O que só demonstra que essa discussão está longe de acabar, pois o direito é amplamente interpretado e valoradamente discutido.

CONCLUSÃO

Os crimes de homicídios ocorridos no trânsito causados por motoristas que dirigem com excesso de velocidade, embriagados, ou até quando participam de competições não autorizadas, vêm sendo julgados com mais rigor, pois grande é o clamor da sociedade para que a justiça puna mais severamente àqueles que cometerem delitos dessa natureza.

Sendo assim, os aplicadores do direito, acabam por receber influências da mídia nacional, devido à grande repercussão que dão aos casos. O que me parece ser uma atitude equivocada, pois não se pode generalizar ao homicídio causado por acidente de trânsito, a imputação de dolo eventual a todos os casos que se constatem excesso de velocidade, embriaguez ao volante ou até nos famosos “rachas”. A análise do caso concreto de forma minuciosa e responsável pode favorecer ao justo emprego da norma penal, valendo ressaltar, que a norma penal (Código Penal Brasileiro) remeteu à Lei Especial (Código de Trânsito Brasileiro) a matéria dos crimes de trânsito.

Assim, entende-se não existir na lei especial nenhuma previsão de homicídio na modalidade dolosa, pois se adotou para os crimes de trânsito apenas a forma culposa. O dolo eventual, ao que parece, foi previsto para ser aplicado em outras situações, não sendo possível remetê-lo ao trânsito. Logo, por falta de previsibilidade, não é correto aplicá-lo.

Verifica-se que diante de grandes celeumas, estas, devem ser amplamente analisadas para não provocar situação conflitante ou ineficaz. É o caso da “lei seca” que foi criada no ápice dos anseios de acabar com a impunidade, mas agora, após recente análise do Superior Tribunal de Justiça, entende-se não haver possibilidade de ser utilizada, pois é eivada de inconstitucionalidade, devido à falha do processo legislativo.

Não adianta querer tratar um homicídio de trânsito da mesma forma que um homicídio comum. São realidades bem diferentes, onde raramente pode se encontrar alguém que pretenda matar seu desafeto utilizando seu veículo como arma, o mais prático seria usar um revólver. Muitas vezes o motorista é o mais prejudicado no acidente. Então como invocar o dolo, se as circunstâncias apontam diversos motivos que se distanciam dessa imputação.

Não é certo punir a título de dolo, por exemplo, o indivíduo que provoca um acidente fatal por estar dirigindo nas circunstâncias mencionadas, pois não é possível

afirmar categoricamente que ele previu o resultado, ou que embora sabendo que possa provocar o acidente, tenha vontade que ele ocorra, ou até imagine que um mal tão grave deva acontecer “matar alguém”, “ferir-se”, “causar prejuízos incalculáveis”. Não é natural da pessoa humana a predisposição para o homicídio. É uma exceção. Logo, não é justo adotar uma norma de tão grande pena, se o agente crê veementemente poder evitar qualquer perigo.

Diante de tais situações, deve o aplicador do direito observar a capacidade que o agente tem de perceber que sua conduta levaria a um resultado lesivo, o modo como agiu, antes, durante e depois do ilícito. É importante notar que é necessário que o sujeito tenha ciência do que está fazendo e também tenha a vontade de praticar a conduta criminosa, para assim, configurar o dolo.

Portanto, o correto é verificar a subjetividade de cada caso, observando o íntimo do agente, sua maneira de agir, falar pensar, ou seu arrependimento ou não arrependimento, embora no decorrer do estudo, se observou ser difícil adentrar no intelecto humano e saber o que se processou no momento do crime.

No plano doutrinário a questão é mais pacífica, onde se entende que nos casos em que houver dúvidas quanto aos elementos subjetivos, o mais coerente é adotar a solução menos gravosa, favorecendo ao réu.

Assim, verifica-se que embora se aplique atualmente o instituto do dolo eventual nos crimes de trânsito causados por excesso de velocidade, pelo uso de bebidas alcoólicas e outras substâncias entorpecentes e pelos rachas, estão longe de cessarem as discussões sobre o tema, pois o direito é muito amplo e sua aplicação está intimamente ligada à análise do caso concreto.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva 2010.

BRASIL. Código de Trânsito Brasileiro (1997). **Código de Trânsito Brasileiro: Lei nº 9.503**, de 23 de set. de 1997. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9503.htm>. Acesso em: 13 de out. de 2010.

_____. Código Penal (1940). **Código Penal: Decreto-Lei nº 2.848**, de 07 de dez. de 1940. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/del2848.htm> Acesso em: 14 de set. de 2010.

_____. Lei nº 11.705 de 19 de junho de 2008. Altera o Código de Trânsito Brasileiro e a lei nº 9.294. disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11705.htm>. Acesso em: 13 de out. de 2010.

_____. Ministério da Saúde. Portal Saúde. Notícias. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias/default.cfm?pg=dspDetalheNoticia&id_area=1450&CO_NOTICIA=8024>. Publicado em: 25/04/2007. Acesso em: 08/10/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 166.377/SP**. 6ª Turma. Rel. Min. OG FERNANDES, julg. em: 10/06/2010, DJ 18/12/2006 p.1 e 2. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=10435711&sReg=201000509428&sData=20100701&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 20 de out. de 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Portal. **Notícia: Falta de obrigatoriedade do teste do bafômetro torna sem efeito prático crime previsto na Lei Seca**. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=99359>. Publicada em: 10/10/2010. Acesso em: 22/10/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 912.060/DF**, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Rel. p/ Acórdão Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, STJ julgado em 14.11.2007, DJ 10.03.2008 p. 1). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=dolo+eventual+crime+de+trnsito+%data=%40DTDE+%3E%3D+20071114+e+%40DTDE+%3C%3D+20071114&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 20/10/2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1.

DIAS, Ádamo Brasil. **Embriaguez e homicídio no trânsito: dolo eventual ou culpa consciente?**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1981, 3 dez. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12036>>. Acesso em: 17 jun. 2010.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Recurso em sentido estrito nº 285.536/DF**. Relatora: Des^a. Aparecida Fernandes. 2^a Turma Criminal. TJDFJT Julgado em: 24/05/2007, DJ 07/11/2007 p. 132). Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?DOCNUM=158&PGATU=8&l=20&ID=62027,14861,12879&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER>>. Acessado em: 15 de out. 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 10. ed. Niterói- Rio de Janeiro: Impetus, 2008. v.1.

JESUS, Damásio E. de. **Crimes de Trânsito**. Anotações à parte criminal do Código de Trânsito (Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997). 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LAKATOS, Eva Maria. MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia Científica**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. **Crimes do Código de Trânsito**. 2. ed. Leme- São Paulo: J.H. Mizuno, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal – Parte Geral : Parte Especial**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PARAÍBA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal Processo nº 022.2005.000.370-0/0001**, oriundo da Comarca de São José de Piranhas. Câmara Criminal. Rel. Des. Antonio Carlos Coelho de França. Julgado em: 13/11/2007. Disponível em: <<http://www.tjpb.jus.br/portal/page/portal/tj/home/jurisprudencia>>. Acesso em: 18/10/2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime Nº 70018939371, 1ª** Câmara Criminal, Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em 26/09/2007,

DJ: 10/10/2007. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 20/10/2010.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Recurso criminal nº 2005.039710-4**. 1ª Câmara Criminal, Rel. Des. Amaral e Silva. Florianópolis, SC, julgado em: 31/01/2006. DJ: 10/03/2006. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acpesquisa!pesquisar.action>>. Acesso em: 20/10/2010.

SILVA, David Medina da. **O crime doloso**. 1. ed. Porto Alegre-Rio Grande do Sul, 2005.

WUNDERLICH, Alexandre. **O dolo eventual nos homicídios de trânsito: uma tentativa frustrada**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 43, 1 jul. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/1732>>. Acesso em: 12 out. 2010.