A Supressão da Culpa Consciente no Sistema Jurídico-Penal Brasileiro:

o Caso do Homicídio de Trânsito

Daniel Kessler de Oliveira

1 O Homicídio de Trânsito e o Sistema Jurídico-Penal Brasileiro

É de conhecimento notório o lastimável número de mortes nas estradas brasileiras e isto é resultado da soma de diversos fatores, dentre eles a imprudência dos nossos motoristas e, na grande maioria das vezes, associada ao consumo de bebidas alcoólicas.

Deste fator, como costumeiramente ocorre em nosso país, advém reformas na legislação, atirando ao Direito Penal a responsabilidade sobre os problemas de violência que abalam nossa sociedade.

Disso resultou a polêmica Lei Seca, que recentemente completou 3 anos, que veio a proibir a direção de veículos automotores com qualquer grau de álcool no sangue. A intenção do projeto foi louvável, mas o modo como se deu resultou em uma série de aberracionismos jurídicos, incompatíveis com a teoria geral do delito e em desconformidade com a sistemática penal brasileira.

Que a sociedade brasileira se inflama pelo sensacionalismo midiático e clama por um punitivismo exacerbado, não é fato recente, tampouco estranho à comunidade jurídica. O problema reside quando esta fala passa a ocupar a voz de promotores, de juízes e de um elevado grau de juristas, que são, justamente, as pessoas que deveriam apontar as ilegalidades de um texto de lei, as inconformidades de uma interpretação legal e primar pela adequação de todo e qualquer dispositivo de lei aos parâmetros constitucionalmente contemplados.

A Lei nº 11.705/08, trouxe uma série de inovações na tentativa de mostrar que o Estado estava fazendo algo para dar uma resposta à sociedade quanto ao alarmante número de vítimas em nossas rodovias.

Todavia, o modo como isto se deu, criou uma série de anomalias jurídicas e pontecializou uma nova figura de criminoso, reprovada pela sociedade e dotada de um elevado grau de periculosidade: o homicida de trânsito.

Alterando-se os delitos, alteram-se os criminosos, os números advindos da violência no trânsito, assustam e fomentam na sociedade o temor e o ódio sobre estes "irresponsáveis" que fulminam vidas nas estradas brasileiras.

No entanto, se verifica aqui, um perfil criminológico que será traçado em decorrência da casuística não presta em matéria de um Direito Penal isonômico e democrático. Pois de nada serve a variante da reprovabilidade da conduta em proporção ao perfil econômico do ofensor, tampouco da vítima.

Notória a raiz de uma criminologia positivista, ao se criar este novo perfil de delinquente, pois isto nos remete aos ideais de um direito penal máximo e de um atavismo criminológico, vindo com isto a reforçar a cisão do agrupamento social

em grupos antagônicos, os fiéis cumpridores da lei contra os perversos que dela ousam zombar, como definiu Salo de Carvalho. 1

Dentre as anomalias da nova legislação, uma série poderia ser elencada, como a criação de um delito de perigo abstrato, consistente no simples fato de conduzir um veículo tendo ingerido qualquer grau de álcool, ou, ainda, a impossibilidade do individuo se negar a produzir prova contra si mesmo, ferindo uma série de preceitos constitucionais.

No entanto, o presente artigo, buscará o debate tão somente no que concerne ao dolo nos homicídios de trânsito, na banalização do dolo eventual, na supressão da culpa consciente e de que forma isso pode ser concebido um direito penal coerente com a teoria do crime.

2 A Banalização do Dolo Eventual e a Supressão da Culpa Consciente

Como visto, a delimitação desta nova figura criminosa, passa por qualificar como doloso todo e qualquer homicídio que se dê na condução de veículos automotores, quando verificada qualquer graduação de álcool no sangue do condutor.

Disto resultam severas e ilógicas consequências, pois simplesmente varreu-se do nosso sistema jurídico o instituto da culpa consciente, extraiu-se dos delitos de trânsito o homicídio culposo (em casos em que haja qualquer quantidade de álcool no sangue) e, ainda, acabou com a possibilidade jurídica de visualizarmos um fatal acidente de trânsito, novamente em casos onde se verifique alguma graduação alcoólica.

A Lei nº 11.705/08, trouxe inúmeras alterações na lei de trânsito, conforme o já referido, mas a principal delas, ao menos na problemática levantada no presente estudo, se verifica na capitulação dos crimes em espécie.

Com o advento da Lei nº 9.503/97, que estatuiu o Código de Transito Brasileiro, os homicídios de transito eram capitulados no art. 302 e seus incisos, que se referiam estritamente aos homicídios culposos praticados na condução de veículos automotores, incidindo uma agravante na pena, na hipótese antes prevista no inciso V, quando o condutor estivesse embriagado.

Ora, parece um juízo razoável, considera-se culposo o homicídio, mas em virtude do agente ter potencializado a sua negligência mediante o consumo de bebidas alcoólicas ou outras substâncias entorpecentes, vindo a ampliar a criação de um risco a um bem juridicamente tutelado, a sua pena recebe um aumento considerável, eis que representava até a metade da pena imposta.

Contudo, com o advento da legislação que veio com o intuito de estabelecer a tolerância zero ao álcool no transito, o inciso V foi revogado, acabando com a figura do homicídio culposo em delitos de transito quando o condutor estiver com qualquer nível de álcool no sangue.

Desta forma, o homicídio de transito passou a ser capitulado pelo Código Penal, nas hipóteses em que se verificar a presença de álcool ou de qualquer substância entorpecente e, assim, passou a ser delimitada como dolo, em uma equivocada e tendenciosa interpretação do art. 18 do Código Penal, criando uma voz que vem se popularizando nos julgamentos em nossos tribunais.

Isto foi fruto da necessidade sentida por alguns operadores do direito e pela sociedade de forma geral, em dar uma resposta mais efetiva aos homicídios cometidos na direção de veículos automotores quando verificada a ingestão de bebidas alcoólicas.

Mas ao invés de uma reforma que viesse a aumentar a pena nos homicídios culposos no transito, o legislador optou por uma mudança ilógica na lei, esquecendo as matrizes que norteiam a doutrina penal, esquecendo que o Direito Penal não nasceu há algumas décadas e que as atuais teorias são frutos de centenas de anos de estudos.

Assim, ignoraram a teoria do delito, desprezaram conceitos básicos de culpabilidade e tipicidade para fazer crer que tal conduta seja considerada dolosa, sem que possa ser assim verificada à luz dos estudos da moderna teoria do crime.

Ora, primeiramente o equívoco cometido em tal definição jurídica do fato, reside no ponto de não ser o exame realizado no condutor apto a demonstrar de forma cabal que este dirigia sob qualquer influência de qualquer substância entorpecente.

Há muito se refere que os exames usuais não se demonstram eficazes para a demonstração da embriaguez, que no sentido médico, somente pode ser compreendida quando as substâncias entorpecentes de algum modo influenciam no agir da pessoa.

Portanto, não será o álcool presente no ar expelido pelos pulmões, tampouco a quantidade de álcool por litro de sangue, fator capaz de determinar se o individuo está ou não embriagado, por não ser possível nenhuma constatação de que esteja a substância a provocar algum efeito determinante na conduta do agente.

Ora, a embriaguez é considerada um estado de intoxicação aguda e transitória, causada pelo álcool ou substância análoga que elimina ou diminui a capacidade de entendimento e autodeterminação do agente, conforme lição do Médico-Perito, Francisco Silveira Benfica 2. Assim, não será um dado numérico elemento apto a demonstrar qual o grau de embriaguez de um indivíduo, na lição de Genival França: *"qualquer valor numérico referente a uma taxa de concentração de álcool no organismo humano tem um significado relativo, devendo-se valorizar as manifestações por meio de um exame clínico."* 3

Em razão disto, a embriaguez não se caracteriza por uma simples ingestão de álcool, mas sim pelo modo como este agiu no organismo da pessoa.

Por isto, parte da doutrina insurgiu-se contra esta anomalia criada com a nova legislação, por permitir uma punição abstrata, por desprezar o fato de ser a conduta do agente ofensiva ou não.

Todavia, o debate não será trazido para o lado da abstração do perigo contido na norma penal, mas sim da impossibilidade de se valer de algo incerto e impreciso, para fins de uma definição de tão gravoso fato, ainda mais que em desfavor do acusado.

Para uma definição juridicamente adequada de tal situação, deve se analisar ainda que em uma apertada síntese, dentro dos limites que tal estudo se propõe, acerca das vicissitudes dos delitos de natureza culposa, para assim buscar enxergar o que

melhor se aplica ao presente caso, se pudemos dizer de fato que não estamos diante de um ilícito culposo.

2.1 Estrutura do Ilícito Culposo

Para isto, necessária se faz a análise dos elementos do ilícito culposo. Com a evolução da teoria do crime, superando a teoria causal, passou a ter sentido se falar em ilicitude nos delitos culposos, uma vez que à luz desta teoria tanto a tipicidade quanto a ilicitude eram igualmente analisadas, não havendo necessidade de observância quanto ao delito culposo ou doloso, haja vista estar a diferenciação centrada no âmbito da culpabilidade. 4

Todavia, com a superação da teoria causal e com o deslocamento do dolo e da culpa para a tipicidade, a antijuridicidade e a própria culpabilidade passam a enfrentar uma série de vicissitudes, até então irrelevantes, como a consideração dos elementos subjetivos de justificação, ou, até mesmo, as justificantes verificadas na ilicitude culposa. 5

A tipicidade nos delitos culposos está estritamente ligada à criação de um perigo ou lesão à um bem jurídico tutelado mediante um agir negligente, portanto, deve se analisar em que condições se deu a conduta do agente para avaliar se com isto se verificou a criação de um risco não permitido.

Assim, sendo inerente a nossa sociedade a prática de condutas que representam riscos de lesão à bem jurídicos, deve se trabalhar de forma a regulamentá-las. Tal regulamentação deriva do reconhecimento dos riscos que são inerentes a tais condutas e frente à impossibilidade de eliminá-las, trabalha-se no sentido de minimizar os riscos, concebendo tais condutas como um mal necessário, socialmente aceito, desde que em determinadas condições. 6

Disto decorre a configuração do tipo penal culposo como um tipo penal aberto, ainda que não seja objeto deste estudo abordar tal diferenciação de tipos penais, apenas para melhor ilustrar, cabe a referência acerca de tais espécies.

O tipo penal culposo pode ser considerado aberto, na medida em que necessita ser complementado, recorrendo a uma disposição ou norma de caráter geral fora do tipo. Assim, o tipo seria insuficiente para individualizar a conduta proibida, que é o que ocorre nos tipos culposos, nos quais para se individualizar a conduta proibida deve-se recorrer a outra norma que indique qual seria o "cuidado devido" que deveria ter o agente. 7

Vale ressaltar que a imputação penal somente se dará como possível se a lesão resultante da conduta negligente for resultado de uma transposição do risco permitido, o que somente poderá ser constatado com a avaliação não somente da magnitude do risco, mas também levando-se em conta a utilidade e o prejuízo mediante parâmetros jurídicos aplicáveis. 8

A exemplo disto, temos a utilização de veículos automotores, onde mesmo com o contínuo crescimento das mortes no trânsito, não há como conceber a maioria das atividades rotineiras de nossa atual sociedade sem a utilização de tais meios de transporte. Assim, objetivando minimizar os prejuízos advindos desta relevante atividade, o ordenamento jurídico, dentre outras esferas, passou a regulamentar de

forma detalhada a circulação de veículos, estabelecendo regras e limites que ao serem transpostos determinam uma conduta típica. 9

Nas palavras de Welzel: "*a ação real do autor deve ser comparada ao conteúdo do cuidado necessário no tráfego, toda ação que não se amolde a essa conduto adequada ou correta é típica – no sentido dos delitos culposos."* 10

Em determinados casos há a realização de um risco não permitido, como no caso da condução de veículos sob a influência de álcool ou substâncias entorpecentes, uma vez que há uma legislação proibindo tal conduta.

Portanto, tal conduta seria de fato típica, consoante a lição de Juarez Tavares 11:

"A teoria do risco permitido só tem, na verdade, importância para os delitos culposos, se os seus fundamentos forem tratados de modo que sua tipicidade não fosse mais preenchida pela infração à norma de cuidado, mas com a realização de um risco não permitido."

Nessa senda, parece plenamente verificável que a conduta de dirigir um veículo automotor tendo ingerido bebidas alcoólicas representa uma sobreposição ao risco permitido, contudo, se trata de um delito culposo, uma vez que não há como referir que, assim, o agente pretende dar causa à algum resultado lesivo, mas somente ampliou com a sua conduta, a possibilidade de tal ocorrer.

Para melhor compreender tal fato não se pode ignorar a análise da culpabilidade em delitos culposos. Em regra geral, se pensa em culpabilidade para crimes dolosos, Fábio d'Avila, citando Alberto Rufino de Souza, observa que a imputabilidade nos delitos culposos deverá voltar-se a análise das condições mentais do agente e, avaliar que ação é descuidada e que ação é cuidadosa, bem como que tipo de cautela pode ser conferida à ação de modo a reduzir o risco a limites socialmente aceitáveis. 12

Portanto, nos fatos culposos, o agente será avaliado pelo fato que lesa o dever de cuidado e com isso produz resultados evitáveis ou previsíveis, segundo um juízo de adequação e não por uma capacidade de verificação da ilicitude em qualquer resultado.

Assim, para alguns autores parece mais acertada, a teoria da individualização da capacidade do agente, onde o atributo do tipo de injusto é a análise do cuidado individualmente possível ao autor, a qual encontra defensores como Costa Junior, Pierangelli, Zaffaroni, Jakobs, d'Ávila, dentre outros, onde a avaliação da capacidade ou incapacidade individual se dá já no âmbito da tipicidade culposa, o que torna a culpabilidade em delitos culposos, idêntica aos delitos dolosos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta conforme o direito. 13

Portanto, seguindo a teoria dos delitos culposos, não há como enxergar de que modo a direção de veículos automotores ainda que após a ingestão de bebidas alcoólicas pode representar uma conduta que se diferencie da criação de risco não permitindo, de inobservância de um dever de cuidado, inerentes aos tipos penais culposos.

2.2 Elementares Distinções entre Dolo (Eventual) e Culpa (Consciente)

É necessário frisar que dolo e culpa muito se diferenciam e suas vicissitudes devem ser analisadas para uma melhor definição do fato típico, consoante a lição de Figueiredo Dias:

"Sem dúvida, o dolo é conhecimento e vontade de realização do tipo objectivo e a negligência a violação de um dever de cuidado e criação de um risco não permitido; e nesta parte, aquele e esta são elementos constitutivos do tipo de ilícito. Mas o dolo é ainda uma expressão de uma atitude pessoal de contrariedade ou indiferença e a negligência expressão de uma atitude pessoal de descuido ou leviandade perante o dever-ser jurídico-penal; e, nesta parte, eles são elementos constitutivos, respectivamente, do tipo de culpa dolosa e do tipo de culpa negligente." 14

Portanto, evidente a diferenciação do grau de culpa nas condutas dolosas e culposas e que, frente à isto, a intervenção penal deve se dar de forma distinta nos dois casos, de forma proporcional, atenta à conduta do agente e ao resultado por esta produzido.

No entanto, como referido, o legislador retirou tal possibilidade, passando os delitos decorrentes da condução de veículos automotores, quando verificado que o agente havia ingerido bebidas alcoólicas a serem compreendidos como ilícitos dolosos.

Dessa forma, o homicídio de transito passou a ser visto como um delito doloso, devendo submeter o Réu a um julgamento perante um Tribunal do Júri, exercendo o Estado o ápice de seu julgamento frente a um cidadão, colocando o crime no patamar dos delitos que, dada a sua gravidade, tem de ser julgados pelo povo.

E isto é resultado de um discurso que se vale da assunção do risco por parte do agente para a caracterização do dolo, todavia, esta justificativa não pode prosperar em nosso sistema penal, haja vista resultar da total ignorância à um outro instituto de distinção linear, mas de igual relevância.

Os defensores do dolo nos homicídios de transito em que se verifique a presença de álcool, são uníssonos ao referir que ao conduzir um veículo tendo ingerido qualquer quantia de álcool, o individuo assumiu o risco do resultado morte e, por isto, configuraria o chamado dolo eventual.

Ora, em uma análise simplória não se estaria equivocada tal interpretação, uma vez que a assunção do risco, é um dos elementos que caracterizam um agir doloso, ainda que em sua modalidade eventual, todavia, surge uma questão, o que os defensores desta teoria fizeram com a culpa consciente?

A culpa inconsciente ou culpa própria, sabe-se o que representa, quando um agente em virtude de sua imprudência, imperícia ou negligência produz algum resultado que não era o desejado.

Conceito plenamente aplicável aos acidentes de trânsito, onde a conduta de um dos motoristas foi o que motivou o fato, por algum agir descuidado ou, até mesmo, pela inobservância de determinadas regras.

Tudo bem que a política de combate à violência no trânsito carecia de medidas drásticas, podemos então considerar que um indivíduo que ingere bebidas

alcoólicas potencializa a sua culpa, aumenta o risco de produzir um resultado de óbito, mas jamais, que ele quis matar alguém ao envolver-se em um acidente e, por isto, o dolo tem de ser visto com muita cautela.

Pois em que pese cultivado por conceituações distintas, o resultado prático será o mesmo para o Acusado, que será colocado em situação equiparada à um assassino, no banco dos réus, em um plenário do júri a ser julgado pela comunidade onde ele vive.

Assim, ainda que o dolo eventual se represente pela assunção do risco, a culpa consciente de igual forma prevê tal situação. Todavia, a distinção é tênue, em que pese o abismo que distancia a consequência de suas aplicações.

No dolo eventual, o agente não deseja aquele resultado, mas assume o risco de produzi-lo, *desprezando o resultado.* Ou seja, o agente sabe que ao ingerir uma bebida alcoólica estará aumentando o risco de vir a matar alguém no transito, mas despreza isto, ignora a possibilidade disto acontecer. Nas palavras de Zaffaroni e Pierangelli, seria *"a conduta daquele que diz a si mesmo 'que aguente', 'que se incomode', 'se acontecer, azar', 'não me importo'. Observe-se que aqui não há uma aceitação do resultado como tal, e sim sua aceitação como possibilidade, como probabilidade."* 15

Já na culpa consciente, de igual forma o agente não deseja o resultado, mas assume o risco de produzi-lo, porém *tem a certeza que irá evitar o resultado*. Isto é, o agente crê que com base no emprego de suas rotineiras condutas, com base no agir que lhe é comum, não será possível produzir qualquer resultado lesivo na direção de seu automóvel, como definem Zaffaroni e Pierangelli, sendo a culpa consciente "*aquela em que o sujeito ativo representou para si a produção do resultado, embora a tenha rejeitado, na crença que, chegado o momento, poderá evitá-lo ou simplesmente ele não ocorrerá."* 16

Para melhor ilustrar a distinção, socorremo-nos novamente aos ensinamentos de Zaffaroni e Pierangelli, que referem que "*quando uma pessoa planeja a causalidade para obter uma finalidade, faz uma representação dos possíveis resultados concomitantes de sua conduta. Em tal caso, se confia em que evitará ou que não sobrevirão estes resultados, deparamo-nos com uma hipótese de culpa com representação (consciente), mas se age admitindo a possibilidade que sobrevenham, o caso será de dolo eventual."* 17

Figueiredo Dias, traz 3 teorias distintas para a diferenciação do dolo eventual e da culpa consciente, tamanha a complexidade do tema, tratado de forma tão simplória pelo legislador.

Primeiramente, temos a *teoria da probabilidade*, onde não basta a mera representação do fato como possível, pois isto se daria tanto na culpa consciente como dolo eventual, para o Autor teria de haver uma "representação qualificada", ou seja, não basta a mera possibilidade, esta deve assumir a forma de probabilidade ou mesmo uma probabilidade relativamente alta. 18

O problema de tal teoria seria o grau de subjetividade de seus conceitos, uma vez que seria de difícil constatação o grau de possibilidade e probabilidade de verificação do fato necessário para a afirmação do dolo.

As *teorias da aceitação*, de forma diferente centram-se na vontade do agente, no puro elemento volitivo do dolo. Aqui se questiona se o agente, apesar da representação da realização típica como possível *aceitou intimamente* a sua verificação, ou pelo menos revelou a sua *indiferença* perante ela (dolo eventual); ou se, em sentido inverso, a *repudiou intimamente,* esperando que ela não ocorresse (culpa consciente). 19

Por fim, a concepção hoje preponderante é a conhecida doutrinalmente como *teorias da conformação*, que consistiria na atuação do agente tendo se conformado com a realização do resultado por ele previsto, partindo da ideia que o dolo pressupõe algo mais do que o conhecimento do perigo da realização típica, isto por que o agente pode apesar de tal conhecimento confiar que o preenchimento do tipo não se verificará e, assim, atua somente com culpa consciente. 20

Um tema de extrema complexidade que exige uma profunda análise teórica, simplesmente é deixado de lado por operadores do direito, por juristas que talvez por impossibilidade de compreensão ou por vontade de não compreender, concedem ao tema uma análise simplória e operando com vaguezas conceituais realizam uma reforma legislativa que vai de encontro aos postulados da moderna teoria do delito que deveria estruturar a nossa codificação penal.

3 Considerações Finais

Como visto, a distinção é tênue e baseada em elementos estritamente subjetivos e, por isso, carecem de um juízo cauteloso e atento à estas vicissitudes. Talvez pela difícil percepção de tais elementos seja mais simples inclinar-se pelo dolo eventual, banalizando tal instituto e olvidando a existência da culpa em sua modalidade consciente.

Mas, convenhamos, basta um juízo valorativo acerca das condutas que mais habitam os nossos noticiários para percebermos não ser tão difícil o devido enquadramento do ilícito penal.

Imaginemos a conduta de quem se retira de uma festa tendo ingerido alguma quantidade de bebida alcoólica e planeja conduzir o seu veículo por aproximadamente vinte minutos até chegar a sua residência, sabedor que seus reflexos não são os mesmos que em sua sobriedade, ele prossegue e vem a abalroar outro veículo e resulta na morte (ou não, por que já se fala em tentativa de homicídio doloso de transito).

Ora, obviamente que esta pessoa, assim como na imensa maioria dos casos de homicídio de transito em nosso país, não desejou o resultado típico (homicídio) e, tampouco, desprezou o fato disto acontecer. Pois imaginar que as pessoas desprezam o óbito dos outros ao beberem e conduzirem um veículo, seria imaginar que estamos vivendo em um país de homicidas, de pessoas que a qualquer momento poderão furtar nossas vidas ou pior, vivemos em uma sociedade puramente suicida, afinal, quem deseja ou não se importa em colidir o seu automóvel com outros, possui desprezo pela própria vida também, em razão lógica dos evidentes riscos que disto advém.

Vale dizer, que ao contrário do que pode se pensar, não se defende a combinação álcool x direção, mas como foi referido no inicio do presente artigo, é necessário dar ao crime a punição que ele mereça, devendo ser razoável e proporcional, não

podendo se utilizar da liberdade ou da vida das pessoas para justificar um Estado incapaz de fornecer políticas públicas, através de estradas adequadas, de fiscalização eficiente e de um transporte coletivo seguro e de qualidade.

Portanto, não será a severidade injustificável da norma que devolverá a paz aos pais que tem de aguardar os seus filhos à noite, haja vista que com normas como estas, com interpretações equivocadas e excessivas, somente se agrava a situação, pois fomentamos a injustiça e sempre exercida em desfavor dos mais desprivilegiados social e economicamente.

Pois assim, estaremos punindo de forma injustificável um indivíduo, que deve pagar pelo seu ato, mas na exata medida deste, ou seja, não inobservando a existência de um instituto capaz de conferir ao fato criminoso sua real definição e sopesando sempre e em toda a situação de crimes de transito o fato criminoso com a figura do dolo eventual e com a culpa consciente, pois somente dessa forma poderemos aproximar a prestação jurisdicional de um final mais condizente com os ideais de justiça que sempre se espera de qualquer órgão judiciário.