



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A REPROVABILIDADE NO HOMICÍDIO PRATICADO POR MOTORISTA
EMBRIAGADO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR

Letícia Borges da Fonseca Freire

Rio de Janeiro
2019

LETÍCIA BORGES DA FONSECA FREIRE

A REPROVABILIDADE NO HOMICÍDIO PRATICADO POR MOTORISTA
EMBRIAGADO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

A REPROVABILIDADE NO HOMICÍDIO PRATICADO POR MOTORISTA EMBRIAGADO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR

Letícia Borges da Fonseca Freire

Graduada pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal Fluminense.
Advogada.

Resumo – O homicídio praticado por motorista embriagado vem sofrendo mudanças de tratamento tanto pela legislação quanto pela jurisprudência, em virtude de sua alta reprovabilidade. Nesse contexto, este trabalho tem como objetivo abordar a ausência de uma reprimenda estatal adequada ao delito, já que ainda é tratado a título de culpa pela norma penal. Para ratificar a tese, a pesquisa compara o regramento dado pela lei ao crime de racha e à embriaguez ao volante, ambos crimes graves, mas com respostas penais diferentes.

Palavras-chave – Direito Penal. Homicídio. Motorista Embriagado. Dolo Eventual. Culpa Consciente.

Sumário – Introdução. 1. O papel da política criminal no Direito Penal. 2. Embriaguez ao volante e crime de racha: uma análise crítica das Leis nº 12.971/2014 e nº 13.546/2017. 3. Há espaço para o dolo eventual no homicídio praticado por motorista embriagado? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica visa a discutir a reprovabilidade do homicídio praticado por motorista embriagado na direção de veículo automotor, seu tratamento desproporcional em relação ao crime de racha e a possibilidade de imputar o dolo eventual.

Sabe-se que uma das principais causas dos crimes de trânsito é a embriaguez do motorista, podendo ser provocada por ingestão de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência. Não é por outro motivo que o CTB vem sendo alterado por diversas leis na tentativa de criar medidas que possam prevenir esse tipo de delito.

Nesse sentido, alterações relevantes foram trazidas pelas Leis nº 13.546/2017 e nº 12.971/2014, especialmente nos delitos do art. 302 e 308 do CTB, quais sejam, homicídio culposo na direção de veículo automotor e crime de racha, respectivamente.

Todavia, após uma análise, verifica-se que não foi dado um tratamento proporcional aos referidos delitos. Se ambos possuem a mesma reprovabilidade, já que são causados por uma grave violação ao dever de cuidado do motorista, em virtude de sua conduta irresponsável, por que esses delitos não teriam a mesma resposta penal?

É possível encontrar a resposta dessa pergunta na política criminal e na sua influência sobre a interpretação do aplicador do direito, ou seja, a forma como se aplica o

tratamento dado pela lei a um fato determinado tem relação direta com os motivos pelos quais foi criado esse tratamento.

Em suma, objetiva-se com esse trabalho enfatizar a reprovabilidade do homicídio praticado por motorista embriagado na direção de veículo automotor, fazendo uma comparação entre o tratamento penal dado ao racha e à embriaguez ao volante, comprovando a ausência de proporcionalidade na escolha do legislador.

No primeiro capítulo, faz-se uma abordagem sobre a criação de um tipo penal e sua aplicação ao caso concreto. Discute-se se essas atividades são feitas de forma isolada ou se a política criminal influencia na interpretação do aplicador do direito. Nesse sentido, o primeiro capítulo vem explicar o papel da política criminal na aplicação concreta do Direito Penal, demonstrando que ela assume função relevante para o operador do direito.

Evoluindo para o segundo capítulo, critica-se a forma pela qual o legislador tratou o crime de racha e a embriaguez ao volante, já que ambos são condutas com a mesma reprovabilidade e configuram violações a normas do CTB, mas possuem tratamentos diferentes na lei. Isso será feito por meio de uma análise crítica das Leis n° 13.546/2017 e n° 12.971/2014.

Por fim, no terceiro capítulo, tendo em vista que o CTB abriu espaço para o dolo eventual no crime de racha, discute-se a possível extensão desse tratamento ao homicídio praticado por motorista embriagado. Com isso, o terceiro capítulo trata sobre o resultado morte na embriaguez ao volante, defendendo a aplicação do dolo eventual e discutindo, ainda, acórdãos dos tribunais superiores que tocam o tema.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que são criadas hipóteses com origem em problemas, cujas consequências e resultados são confirmados ou refutados pelo pesquisador.

Para tanto, a abordagem escolhida será a qualitativa, por meio da qual o pesquisador recorre à jurisprudência, à doutrina e ao ordenamento jurídico para sustentar sua tese.

1. O PAPEL DA POLÍTICA CRIMINAL NO DIREITO PENAL

No Direito Penal, muito se discute acerca da legitimidade da repressão estatal. O que justifica o Estado impor uma sanção? O que torna legítima uma sanção que possa privar a liberdade do indivíduo?

Importante esclarecer que não se pode confundir a legitimidade da punição com a legalidade de sua aplicação. Se, por um lado, a legalidade está diretamente ligada à

conformidade ao ordenamento jurídico, por outro lado, a legitimidade está relacionada à opção feita pela sociedade em reconhecer tal ordem jurídica como válida. Enquanto a legalidade está ligada à forma, a legitimidade se vincula ao conteúdo da norma. Uma norma que está formalmente de acordo com o ordenamento, mas não é respeitada pelos indivíduos, é uma norma ilegítima.

A legitimidade do poder estatal de aplicar uma pena pode ser analisada por uma perspectiva interna e outra externa. Sob a perspectiva externa, a legitimação da pena analisa princípios normativos externos ao direito positivo, ou seja, procura encontrar razões que justifiquem o Direito Penal como ele é, em determinado momento histórico. Já sob a perspectiva interna, a legitimidade da punição consiste na análise de princípios normativos internos ao ordenamento jurídico. A aplicação da pena apenas será válida se observar todos os pressupostos previstos no ordenamento. Nesse contexto, a legitimidade interna da pena estuda como as escolhas político-criminais feitas pelo legislador são postas no ordenamento jurídico.¹

Segundo Fernando Galvão², “o sistema jurídico estabelece os limites da atividade repressiva, mas seus dispositivos harmonizam-se e, por isso, devem ser interpretados segundo as orientações político-criminais que decorrem dos parâmetros da legitimação externa”.

Significa dizer que a atividade punitiva estatal encontra seus limites no ordenamento jurídico, o que nada mais é do que uma aplicação do princípio da legalidade no Direito Penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Todavia, a interpretação desses limites deve ser feita de acordo com as concepções político-criminais, as quais estão diretamente ligadas ao modelo político vigente.

No mesmo sentido, Paulo Queiroz³ esclarece que:

[...] as normas penais expressam, sem dúvida um dado modelo político-criminal ou, mais exatamente, vários modelos políticos (liberais, conservadores, etc.). Falar de direito penal é falar, assim, de um modelo político normatizado que, em razão das múltiplas possibilidades de interpretação e mudança do contexto sociocultural, jamais será um modelo estático, mas sempre dinâmico, em permanente transição.

Dessa forma, cabe à política criminal selecionar fatos sociais indesejáveis, ou seja, aqueles dignos da caracterização como delito e decidir pela respectiva pena o que evidencia a percepção do legislador acerca daquele fato.

¹GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. 8. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 57-62.

²Ibid.

³QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 25.

Noutras palavras, ao tipificar um fato, o legislador, diante de sua reprovabilidade e dos conceitos jurídicos inerentes ao seu sistema criminal, prevê as modalidades por meio das quais a conduta se materializa, culposa ou dolosa.

Desse modo, dois comportamentos podem violar um mesmo bem jurídico, mas a adequação típica será resolvida de forma diferenciada de acordo com o elemento subjetivo do tipo. Assim, por exemplo, o homicídio e a lesão corporal seguida de morte possuem o mesmo resultado naturalístico, mas a manifestação subjetiva na produção do mesmo diferencia a imputação.

Galvão⁴ explica que “o conceito de dolo é utilizado para identificar a manifestação subjetiva considerada mais grave, e, conseqüentemente, aos crimes dolosos são cominadas penas mais severas que aos crimes que ofendem o mesmo bem jurídico de maneira culposa”.

O Código Penal não conceitua dolo e culpa, mas traz a definição de crime doloso e culposos em seu artigo 18.

Pela definição legal, conclui-se que o dolo envolve a vontade do agente em produzir o resultado (dolo direto) ou, ao menos, a assunção do risco de produzi-lo (dolo eventual). Quanto à culpa, embora o CP valore a conduta como negligente, imprudente ou imperita, a doutrina resume o delito culposos à violação a um dever objetivo de cuidado. Este é o cuidado analisado de maneira objetiva, que poderia ser exigido de um homem médio na situação concreta em que se encontrava.

Segundo Guilherme Nucci⁵, “dolo se refere a uma vontade ativa, aquela que provoca a efetiva atuação do agente em busca do seu objetivo (...) Dolo não é um pensamento, tampouco um simples presságio; não é uma vontade desprovida de efetividade”.

Por outro lado, a culpa consiste em uma ação descuidada, leviana, desprovida de vontade de produzir o resultado jurídico previsto no tipo penal.

Todavia, como não há previsão no ordenamento jurídico de uma responsabilidade penal objetiva, o delito culposos só pode ser imputado ao agente quando o resultado era previsível a seu autor.

Nesse contexto, a doutrina diferencia a culpa inconsciente da culpa consciente. Na primeira, embora exigível a previsibilidade do resultado, o agente não o previu. Já na segunda, o agente previu a produção do resultado, mas acredita que não ocorrerá ou que poderá evitá-lo.

⁴GALVÃO, op. cit., p. 280.

⁵NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 17. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 135.

Para melhor compreensão, necessário também diferenciar a culpa consciente do dolo eventual. Este pressupõe que o agente tenha previsto o resultado e assumido o risco de produzi-lo. Aquela implica na previsibilidade do resultado, mas em nenhum momento o agente assume o risco de provocar o resultado danoso.

Para Galvão⁶, “o que importa para a caracterização do tipo culposo é o fato de que o sujeito não pretendia realizar nem assumiu o risco de realizar a conduta lesiva ou potencialmente lesiva ao bem jurídico”.

Dessa forma, enquanto no crime doloso a conduta do agente é dirigida à realização do resultado jurídico, quer por querê-lo, quer por assumir o risco de produzi-lo, no crime culposo, ainda que possa produzir o mesmo resultado, não há vontade do sujeito na realização deste. E é exatamente a vontade do agente que confere relevância na reprovabilidade jurídica da conduta. Matar alguém deliberadamente não possui a mesma gravidade do que matar alguém por meio de uma ação descuidada.

Trazendo essa discussão para os crimes de trânsito, especialmente para o art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro, verifica-se que a escolha político-criminal parece não ter sido a mais correta. Isso, porque o legislador optou por classificar o homicídio praticado por motorista embriagado na direção de veículo automotor como delito culposo (§3º), atribuindo-lhe uma reprovabilidade jurídica reduzida – possibilita, por exemplo, a substituição de pena independentemente do patamar da resposta penal –, o que não parece estar de acordo com o senso comum em torno da reprovabilidade concreta do fato.

Como bem explica Nucci⁷, “as inúmeras campanhas realizadas, demonstrando o risco da direção perigosa e manifestamente ousada, são suficientes para esclarecer os motoristas da vedação legal de certas condutas [...]”.

Dessa forma, se, mesmo com toda a publicidade e a vedação legal no CTB, há motoristas que preferem dirigir embriagados, é evidente o desinteresse pela segurança dos demais.

Com isso, é possível questionar se a combinação da embriaguez com a direção perigosa pode possuir a reprovabilidade de um mero delito culposo, ou, alternativamente, se é possível, a depender das circunstâncias do caso concreto, reconhecer o dolo eventual no homicídio praticado por motorista embriagado.

⁶GALVÃO, op. cit., p. 280.

⁷NUCCI, op. cit., p. 136.

2. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E CRIME DE RACHA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS LEIS Nº 12.971/2014 E Nº 13.546/2017

Segundo dados da OMS⁸, 1,3 milhão de pessoas morrem por ano devido a acidentes de trânsito. O estudo foi realizado com base em 178 países, com o Brasil ocupando o quinto lugar dessa lista. Nessa senda, restou demonstrado que tanto o excesso de velocidade quanto a ingestão de substâncias psicoativas estão diretamente ligados à produção desses acidentes fatais.

Ao que parece, não por outra razão, o Código de Trânsito Brasileiro - CTB (Lei nº 9.503/97) sempre tratou como comportamentos penalmente relevantes a embriaguez ao volante (art. 306) e a disputa de competição não autorizada (art. 308), o popularmente conhecido “racha”.

A preocupação com tais condutas apareceu, também, nas sucessivas alterações promovidas pelo legislador nos dois delitos desde a edição do CTB, a reforçar a relevância do bem jurídico tutelado em ambos, a segurança viária.

Em relação ao art. 306, as Leis nº 11.705/2008 e nº 12.760/2012 promoveram alterações na descrição da conduta de embriaguez ao volante, estabelecendo limites mais precisos, e justos, para o comportamento criminoso.

Contudo, mais recentemente, duas leis promoveram alterações no CTB que impactaram de modo bastante relevante o regime jurídico das duas condutas.

Em 2014, a Lei nº 12.971⁹, a par de alterar a pena do delito de racha, introduziu dois parágrafos no artigo 308 do CTB para alcançar lesões graves e mortes decorrentes do próprio racha.

É de se destacar o §2º introduzido pela Lei nº 12.971/2014, que previu uma nova qualificadora para o crime de racha, aumentando o intervalo da pena para 5 (cinco) a 10 (dez) anos, caso a conduta do agente provoque a morte de alguém.

⁸BRASIL. Senado Federal. *Estudo da Organização Mundial da Saúde (OMS) sobre mortes por acidentes de trânsito em 178 países é base para década de ações para segurança*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/motos/saude/estudo-da-organizacao-mundial-da-saude-oms-sobre-mortes-por-acidentes-de-transito-em-178-paises-e-base-para-decada-de-acoes-para-seguranca.aspx>> Acesso em: 06 abr. 2019.

⁹BRASIL. *Código de Trânsito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm>. Acesso em: 06 abr. 2019.

A introdução parecia criar um novo panorama jurídico em torno da morte no contexto do racha, pois a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal há muito havia assentado o reconhecimento do dolo eventual em relação à morte no racha.¹⁰

Criou-se, aparentemente, uma mitigação neste entendimento do STF, por permitir a atribuição do resultado morte a título de culpa, muito embora o parágrafo segundo fizesse menção às “circunstâncias demonstrarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo”¹¹, o que deixava aberta, ainda, a possibilidade de atribuição do dolo eventual.

Contudo, em que pese o aumento da reprovabilidade, por um equívoco de técnica legislativa, a mesma Lei n° 12.971/2014 criou um § 2º no art. 302¹² abrangendo a morte no contexto do racha.

A introdução deste parágrafo que colhia, a um só tempo, a morte no contexto da embriaguez e do racha, num primeiro momento poderia denotar uma compreensão quanto à equivalência das violações das regras destinadas à manutenção da sobredita segurança viária nas duas hipóteses. Contudo, no que toca à alteração do art. 308 do CTB, em especial do § 2º, a disposição tornou inaplicável a figura qualificada do racha.

E assim o foi porque uma mesma conduta teria incidência em dois dispositivos trazidos por uma mesma lei, sendo que um deles atribuía pena de até dez anos e, o outro, pena de quatro anos de reclusão. Por evidente que a aplicação concreta da lei se resolvia pelo dispositivo mais benéfico.

Essa imprecisão técnica, que tornava inaplicáveis disposições introduzidas no delito de racha, só foi resolvida com a revogação do § 2º do art. 302 pela Lei n° 13.281/2016.

A cronologia legislativa, então, impunha a existência de figuras qualificadas para alcançar a morte e a lesão grave no contexto do racha, porém, não havia uma figura típica específica para tratar da lesão grave e da morte no contexto da embriaguez ao volante.

O tema, porém, não escapou de ser levado ao Supremo Tribunal Federal. Ao se debruçar sobre a imputação de dolo eventual decorrente da condução de veículo automotor sob estado de embriaguez, a primeira turma do tribunal¹³ assim se pronunciou:

¹⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 71800*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73341>>. Acesso em: 06 abr. 2019.

¹¹BRASIL, op. cit., nota 9.

¹²Ibid.

¹³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 107801*. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1509910>>. Acesso em: 06 abr. 2019.

O homicídio na forma culposa na direção de veículo automotor (art. 302, caput, do CTB) prevalece se a capitulação atribuída ao fato como homicídio doloso decorre de mera presunção ante a embriaguez alcoólica eventual. (...) A embriaguez alcoólica que conduz à responsabilização a título doloso é apenas a preordenada, comprovando-se que o agente se embebedou para praticar o ilícito ou assumir o risco de produzi-lo.

É de se ver que o STF recusou a atribuição automática de homicídio doloso como decorrência do fato de ter o condutor se embriagado, contudo, pareceu impróprio misturar os temas embriaguez e dolo, pois, como se sabe, a embriaguez preordenada, aquela destinada a encorajar o agente para a prática do crime, parece estar associada ao dolo direto, pois se liga à vontade prévia de cometer um delito.¹⁴

Contudo, o dolo eventual mereceria uma reflexão mais aprofundada.

Não há propriamente uma decisão de alcançar o resultado, como no dolo direto, mas a aceitação do risco de que o tipo penal se realize.

Urge que se registre, não obstante, que o STF não se pronunciou sobre hipótese na qual, para além da própria embriaguez, houve outras circunstâncias a indicar uma valoração normativa próxima do dolo eventual (direção sem habilitação, direção em altíssima velocidade, direção na contramão, v.g.).

Foi neste contexto que veio a Lei nº 13.546/2017¹⁵, que introduziu o §3º no artigo 302 do CTB, prevendo nova qualificadora para o tipo penal, alterando, também, o *caput* do art. 308.

O confronto entre as mortes no contexto do racha e da embriaguez ao volante correlaciona-se com a violação de normas do Código de Trânsito erigidas em prol da segurança viária na linha de um direito penal da precaução.¹⁶

É nesse contexto que se proíbem o racha e a embriaguez ao volante, por estarem associados a tais resultados indesejados.

A questão de fundo aqui passa a ser: há sentido na opção político-criminal de distinguir as penas do resultado morte quando derivado do racha e da embriaguez?

Enquanto o §2º do art. 308 prevê a pena de 5 (cinco) a 10 (dez anos), o §3º do art. 302 prevê a pena de 5 (cinco) a 8 (oito) anos. O problema, porém, não se esgota na diferença dos preceitos secundários, o que poder-se-ia dizer ser fruto de uma decisão político-criminal.

¹⁴BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1*. São Paulo: Saraiva, nº 20, 2016, p. 500-501.

¹⁵BRASIL, op. cit., nota 9.

¹⁶Sobre o direito penal de precaução: BOTTINI, Pierrapaolo Cruz. *Crime de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: RT, 2007, p. 109-110.

Embora o crime do art. 306, do CTB seja essencialmente doloso, o delito do art. 302 § 3º é culposo, ou seja, a embriaguez ao volante tornou-se elemento da culpa na inovação empreendida. Ao proceder dessa forma, o legislador deixou aberta a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, qualquer que seja a pena aplicada (art. 44, I, CP).

Isto parece colidir com o aumento de pena pretendido.

Ao elevar a pena mínima para 5 anos o legislador parecia pretender escapar, justamente, do limite para substituição da pena privativa de liberdade (art. 44, I, primeira parte, CP), porém, mais uma vez, obrando sem técnica, ignorou que o crime culposo sempre comporta a mencionada substituição.

Por outro lado, a morte no contexto do racha exprime um crime qualificado pelo resultado - um crime doloso ao qual se associa um resultado culposo -, crime este no qual a substituição de pena será afastada em razão da pena mínima que já é cominada ao delito.

Essa diferença de tratamento não parece ser justificada. Tanto a morte provocada pela embriaguez quanto a morte provocada pelo racha configuram condutas altamente reprováveis que derivam da violação dos deveres dispostos no CTB.

Nesta senda, importante ressaltar, a par do problema acima lançado acerca da diversidade de naturezas das condutas e de penas, fruto de uma decisão político-criminal errática, não se pode olvidar que o §2º do art. 308¹⁷ abre espaço para a aplicação do dolo eventual, ao dispor que será aplicada a qualificadora quando “as circunstâncias demonstrarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo”.

Quando o agente previu o resultado, mas não o desejou nem assumiu o risco de produzi-lo, ou seja, o agente realmente acreditou que não iria produzir o resultado, configura-se a culpa consciente.

Contudo, se o agente assumiu o risco de produzi-lo, será possível responder por homicídio doloso, sob a modalidade do dolo eventual.

O mesmo não ocorre com o homicídio praticado por motorista embriagado. O nominado §3º do art. 302 parece não possibilitar a aplicação do dolo eventual por uma absoluta ausência de ressalva.

A *vexata questio* que se apresenta é justamente a possibilidade de imputação a título de dolo eventual da morte provocada por motorista embriagado na direção de veículo automotor.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 9.

3. HÁ ESPAÇO PARA O DOLO EVENTUAL NO HOMICÍDIO PRATICADO POR MOTORISTA EMBRIAGADO?

Os dois primeiros tópicos desse trabalho procuraram fazer uma abordagem sobre a opção político-criminal referente à reprovabilidade do homicídio no trânsito com motorista embriagado, bem como demonstrar, por meio de uma comparação com o crime de racha, que a escolha de um delito culposo para um fato tão grave não foi razoável.

Nesse contexto, o presente capítulo tem como objetivo trazer a posição dos tribunais superiores sobre o tema e discutir a possibilidade de imputar dolo eventual a esse tipo de homicídio.

Com a pesquisa jurisprudencial, ficou evidenciado que a embriaguez isolada não pressupõe que o motorista assumiu o risco de ceifar a vida de alguém. É possível que a embriaguez acarrete a mudança da imputação para um dolo eventual, porém, ela deverá estar acompanhada de outros elementos que possam incrementar o risco da conduta, como direção perigosa, velocidade exagerada, entre outros.

Assim entendeu o STJ¹⁸:

(...) 5. É possível, em crimes de homicídio na direção de veículo automotor, o reconhecimento do dolo eventual na conduta do autor, desde que se justifique tal excepcional conclusão a partir de circunstâncias fáticas que, subjacentes ao comportamento delitivo, indiquem haver o agente previsto e anuído ao resultado morte.

6. A embriaguez do agente condutor do automóvel, sem o acréscimo de outras peculiaridades que ultrapassem a violação do dever de cuidado objetivo, inerente ao tipo culposo, não pode servir de premissa bastante para a afirmação do dolo eventual. Conquanto tal circunstância contribua para a análise do elemento anímico que move o agente, não se ajusta ao melhor direito presumir o consentimento do agente com o resultado danoso apenas porque, sem outra peculiaridade excedente ao seu agir ilícito, estaria sob efeito de bebida alcoólica ao colidir seu veículo contra o automóvel conduzido pela vítima.

No mesmo sentido está o STF¹⁹:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR, SOB INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL. (...) A prova da embriaguez pode ser feita por outros meios idôneos de prova (como o

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1689173/SC*. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1689173&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 14 jul. 2019.

¹⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 124687*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000270522&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 17 jul. 2019.

depoimento de testemunhas e laudos periciais). Hipótese em que as instâncias de origem, soberanas na análise da prova, consignaram que o paciente, após a ingestão de bebida alcoólica e na condução de veículo automotor, invadiu a faixa contrária da via pública e atingiu a vítima. 4. Habeas corpus denegado.

A posição dos tribunais mostrou-se técnica, tendo em vista que, em tese, o mero fato de o motorista encontrar-se embriagado não evidencia a assunção de produzir o resultado morte por parte do mesmo.

Todavia, trazendo essa discussão para a realidade fática, o agente se beneficiará com a menor reprovabilidade do artigo 302 do CTB.

Suponha o seguinte exemplo.

Um jovem de 20 anos se embriaga em uma festa, mas opta por voltar dirigindo a sua casa. No caminho, ao fazer uma curva, perde a direção e atropela uma adolescente na calçada. Ao perceber a gravidade da situação, ele foge e não presta socorro à vítima, que vem a falecer no mesmo dia em razão dos ferimentos.

Chegando ao local, os policiais encontram bebida alcoólica dentro do veículo. Como o jovem fugiu, não foi realizada perícia para atestar a embriaguez.

Denunciado e processado, o jovem foi condenado pelo homicídio culposo do artigo 302 do CTB, e, como era réu primário, teve sua pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direito (no caso, prestação de serviço).

É possível identificar alguns problemas na hipótese.

Primeiro, é forçoso presumir que, se o jovem perdeu a direção em uma curva, subindo a calçada e atropelando outra pessoa, ele estava em velocidade acima da permitida, o que demonstra uma direção perigosa. No entanto, a prova da direção perigosa está mais próxima de um juízo subjetivo do magistrado, pois não existe um critério normativo. Assim, acarreta a produção de decisões conflitantes.

Segundo, como já explicado no capítulo anterior dessa pesquisa, a Lei 13.546/17 alterou o art. 302 do CTB²⁰ para aumentar o intervalo de pena de cinco a oito anos quando “o agente conduz veículo automotor sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência”. É evidente ser uma tentativa do legislador de agravar a pena para um delito tão reprovável.

Entretanto, como a qualificadora está inserida em um delito culposo, não se aplica o limite de pena de quatro anos para impedir a substituição da pena pela restritiva de direito, nos termos do artigo 44, inciso I, do CP. Em outras palavras, sendo um crime culposo, é

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 9.

irrelevante o intervalo de pena inserido pelo legislador, pois, sendo réu primário, a pena será substituída.

Dessa forma, não é difícil perceber que a reprimenda estatal para a referida conduta criminosa está longe de ser justa. O jovem ceifou a vida de uma adolescente em virtude de uma escolha irresponsável de dirigir após embriagar-se. Uma vida foi extinguida e a punição escolhida pelo Estado foi a prestação de serviço.

Nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso²¹:

Acho que a única forma de se coibir esta quantidade maciça de morte, geralmente de jovens, por direção embriagada é tratar isso com a seriedade penal que merece. Portanto, não é possível glamourizar a bebida no trânsito, sobretudo quando resulta em morte de outras pessoas. É preciso que quem dirija tenha essa percepção. De modo que eu tenho defendido, e a Primeira Turma tem defendido, a posição de que, nesses casos, é legítimo o tratamento como crime doloso e julgamento pelo Tribunal do Júri.

Nessa senda, verifica-se que a jurisprudência dos tribunais vem modificando o tratamento do dolo eventual e da culpa consciente no que toca aos crimes de trânsito, em razão da seriedade do tema. Entender pela aplicação do dolo eventual já configura um grande passo, porém, como já explicado acima, a decisão sofre influência de aspectos subjetivos do magistrado.

Embora a individualização da pena seja uma garantia constitucional do réu, o julgamento caso a caso gera decisões conflitantes e, por óbvio, injustas.

Com isso, a melhor solução seria uma mudança legislativa, a fim de que o legislador possa inserir critérios normativos e específicos que transformem a culpa consciente em dolo eventual.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou que tanto o legislador quanto a jurisprudência se encontram na tentativa de modificar o tratamento do homicídio praticado por motorista embriagado.

Conforme se verificou no segundo capítulo, o CTB sofreu algumas mudanças nos últimos anos, em especial, no art. 302, no intuito de agravar a resposta penal no caso de o homicídio ser praticado por motorista sob efeito de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 19.

A jurisprudência dos tribunais superiores foi abordada no terceiro capítulo, a qual já abriu espaço para o dolo eventual no delito em questão, desde que a embriaguez esteja acompanhada de outros elementos que possam incrementar o risco criado pela conduta do agente, como a direção perigosa.

Em tese, a jurisprudência mostrou-se correta ao entender que a mera embriaguez não configura o dolo eventual na conduta do sujeito. Todavia, na prática, a conclusão não produz efeitos positivos, tendo em vista que o incremento do risco é de difícil comprovação. Além disso, a direção perigosa está atrelada a um juízo subjetivo do magistrado, pois não existe um critério objetivo previsto em lei.

Nesse sentido, ao não conseguir demonstrar que a embriaguez estava acompanhada de outros elementos, o delito, que possui grande reprovabilidade, continua sendo tratado de forma branda, já que, sendo tipificado como homicídio culposo, admite a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Esta pesquisa pretende sustentar, portanto, que a reprimenda estatal para o presente delito ainda não é proporcional à sua gravidade. E isso produz alguns problemas.

Primeiro, a ausência de uma resposta penal adequada produz um sentimento de injustiça tanto na família da vítima quanto na sociedade. O agente que, por resultado de uma conduta irresponsável, ceifou a vida de outra pessoa, poderá nem ter sua liberdade atacada pelo Estado.

Além disso, não existindo uma proporcionalidade entre delito e pena, o Direito Penal não estará cumprindo uma de suas principais funções, qual seja: a de prevenir que outros delitos da mesma natureza sejam praticados. Se o agente sabe que não existe uma pena grave para a direção misturada com a embriaguez, ele continuará na reiteração da conduta.

Por essas razões, fica evidente que a proposta da pesquisa é demonstrar a necessidade urgente de uma mudança legislativa, tendo em vista que a norma não está no mesmo sentido da realidade fática.

Se o legislador optar pelo tratamento com dolo eventual, é de extrema relevância a criação de critérios normativos e específicos que possam configurar o dolo eventual no caso concreto.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1*. São Paulo: Saraiva, nº 20, 2016.

BOTTINI, Pierrapaolo Cruz. *Crime de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: RT, 2007.

BRASIL. *Código de Trânsito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm>. Acesso em: 06 abr. 2019.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 09 mar. 2019.

_____. Senado Federal. *Estudo da Organização Mundial da Saúde (OMS) sobre mortes por acidentes de trânsito em 178 países é base para década de ações para segurança*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/motos/saude/estudo-da-organizacao-mundial-da-saude-oms-sobre-mortes-por-acidentes-de-transito-em-178-paises-e-base-para-decada-de-aco-es-para-seguranca.aspx>> Acesso em: 06 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1689173/SC*. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1689173&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 14 jul. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 71800*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73341>>. Acesso em: 06 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 107801*. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1509910>>. Acesso em: 06 abr. 2019.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. 8. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 17. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.