

LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE  
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE  
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

TATHIANA FREITAS DE PAIVA MACEDO

**O HOMICÍDIO NO TRÂNSITO POR EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E O DOLO  
EVENTUAL**

NATAL - RN  
2013

TATHIANA FREITAS DE PAIVA MACEDO

**O HOMICÍDIO NO TRÂNSITO POR EMBRIAGUEZ AO VOLANTE  
E O DOLO EVENTUAL**

Monografia apresentada ao Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN, como requisito para obtenção do título de especialista em Direito Penal e Processual Penal.

**Orientador:** Prof. Eduardo Medeiros Cavalcanti

NATAL - RN  
2013

TATHIANA FREITAS DE PAIVA MACEDO

**O HOMICÍDIO NO TRÂNSITO POR EMBRIGAUZ AO VOLANTE E O DOLO  
EVENTUAL**

Trabalho de conclusão de curso  
apresentado ao curso de Direito  
do Centro Universitário do RN -  
UNI-RN como requisito final para  
obtenção do título de especialista  
em Direito Penal e Processual  
Penal.

**Aprovado em:** \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

---

Prof. Eduardo Medeiros Cavalcanti  
Orientador

Dedico este trabalho a todos que, de forma direta ou indireta, me ajudaram em sua conclusão.

Em especial, aos meus pais que, em minha caminhada profissional, muito têm me dado, pouco têm me cobrado.

Às minhas irmãs que, assim como eu, mudaram sua trajetória para buscar aquilo que lhes fossem fazer feliz.

Às minhas sobrinhas, por me mostrarem o amor gratuito.

A Pedro Paulo, companheiro na busca de um sonho, porque, em vários momentos, quando pensei que estava ensinando, na verdade, era eu quem estava aprendendo.

A Deus, por todas as bênçãos colocadas em minha vida.

A mente que se abre a uma nova idéia jamais  
voltará ao seu tamanho original.

Albert Einstein

## RESUMO

Essa pesquisa tem como objetivo a análise do elemento subjetivo presente no crime de homicídio causado por embriaguez ao volante. Aborda, primeiramente, o dolo e a culpa, elementos subjetivos do tipo penal, trazendo seus conceitos, elementos, espécies e teorias explicativas. Procura estabelecer, em seguida, os parâmetros para diferenciar o dolo eventual da culpa consciente, grande problemática deste trabalho. Discorre, ainda, acerca da embriaguez e do seu tratamento dado pelo Código Penal brasileiro; bem como de seu encaixa na teoria da *actio libera in causa*. Disserta acerca do crime de homicídio, expondo os pontos convergentes e os divergentes existentes no tratamento dado pelo Código Penal e pelo Código de Trânsito brasileiro. Após a abordagem dos institutos em questão, finaliza, com base em uma análise crítica da doutrina e jurisprudência, demonstrando a urgente necessidade de mudança de pensamento da jurisprudência brasileira para que, no homicídio no trânsito por embriaguez, o dolo eventual seja extraído não da mente do agente, mas das circunstâncias objetivas do caso concreto, a fim de evitar a impunidade e, principalmente, ver protegido o maior bem do ser humano: a vida.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Dolo Eventual e Culpa Consciente. Embriaguez. Teoria da *actio libera in causa*. Homicídio no Trânsito.

## ABSTRACT

This research aims to analyze the subjective element of homicide caused by the one who drove while intoxicated. First, it explains about *dolus eventualis* and guilt, subjective elements of crime, specifying their concepts, elements, species and explanatory theories. It then determines the parameters for differentiating the *dolus eventualis* of conscious negligence, main problem of this research. It also talks about drunkenness and how it is treated by the Brazilian Criminal Code; as well as its relation with theory of *action libera in causa*. It exposes the homicide and, also, the convergent and divergent points on the treatment given by the Criminal Code and by the Brazilian Transit Code. After the approach of these institutes, it concludes, based on a critical analysis of the doctrine and jurisprudence, demonstrating the need to change the thinking of Brazilian jurisprudence, so that in the traffic homicide committed by drunk driver, the eventual intent is extracted not from the mind of the agent, but from the objective circumstances of the case, in order to avoid impunity and especially protecting the most important value of the human being: life.

**Key Words:** Criminal Law. *Dolus eventualis* and conscious negligence. Intoxication. Theory of *action libera in causa*. Homicide.

## SUMÁRIO

|          |                                                                                                           |           |
|----------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>1</b> | <b>INTRODUÇÃO .....</b>                                                                                   | <b>9</b>  |
| <b>2</b> | <b>O DOLO.....</b>                                                                                        | <b>11</b> |
| 2.1      | DEFINIÇÃO .....                                                                                           | 11        |
| 2.2      | DOLO NATURAL E DOLO NORMATIVO.....                                                                        | 11        |
| 2.3      | TEORIAS DO DOLO.....                                                                                      | 13        |
| 2.4      | ELEMENTOS DO DOLO.....                                                                                    | 14        |
| 2.5      | ESPÉCIES DE DOLO .....                                                                                    | 15        |
| <b>3</b> | <b>A CULPA.....</b>                                                                                       | <b>17</b> |
| 3.1      | DEFINIÇÃO.....                                                                                            | 17        |
| 3.2      | ELEMENTOS.....                                                                                            | 18        |
| 3.3      | MODALIDADES DA CULPA.....                                                                                 | 20        |
| 3.4      | ESPÉCIES DE CULPA.....                                                                                    | 21        |
| <b>4</b> | <b>DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE.....</b>                                                              | <b>23</b> |
| <b>5</b> | <b>A EMBRIAGUEZ E A TEORIA DA <i>ACTIO LIBERA IN CAUSA</i>.....</b>                                       | <b>29</b> |
| 5.1      | AS ESPÉCIES DE EMBRIAGUEZ E O SEU TRATAMENTOPELO<br>CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.....                          | 29        |
| 5.2      | A TEORIA DA <i>ACTIO LIBERA IN CAUSA</i> .....                                                            | 31        |
| <b>6</b> | <b>O CRIME DE HOMICÍDIO NO CÓDIGO PENAL ENO CÓDIGO DE<br/>TRÂNSITO BRASILEIRO.....</b>                    | <b>35</b> |
| <b>7</b> | <b>HOMICÍDIO NO TRÂNSITO POR EMBRIAGUEZ E O DOLO<br/>EVENTUAL: abordagem critica jurisprudencial.....</b> | <b>38</b> |
| <b>8</b> | <b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>                                                                          | <b>47</b> |
|          | <b>REFERÊNCIAS.....</b>                                                                                   | <b>50</b> |

## 1 INTRODUÇÃO

Na história do automóvel, não se noticia o momento exato de criação dessa importante invenção. No entanto, foi com o desenvolvimento do motor a gasolina, em 1885, pelos alemães Karl Benz e Gottlieb, que se obteve a base para o desenvolvimento dos carros “modernos”. Décadas mais tarde, Henry Ford passaria a fabricar automóveis em série para a população que os pudesse adquirir.

Se, no início, o automóvel era um privilégio para poucos; hoje, tornou-se o principal e mais popular meio de transporte, com tipos acessíveis às mais variadas classes sociais. Tanto é assim que, segundo levantamento do Departamento Nacional de Trânsito (DENATRAN), o total de veículos no país mais que dobrou nos últimos dez anos, atingindo aproximadamente 65.636.754 em 2011.

Com efeito, o automóvel trouxe grandes mudanças na vida do homem, facilitou o seu cotidiano, encurtou distancias e aproximou pessoas. Só não se esperava, com a sua criação, que o mesmo fosse passar a ser utilizado como verdadeira arma.

Diante de tal situação, o Código de Trânsito Brasileiro, criado em 1997 pela Lei n.º 9.503, buscou conceder segurança a uma sociedade que sentia, no trânsito, um receio constante. Porém, o mesmo não se mostrou nem tem se mostrado suficiente. O número de feridos e mortos em acidentes de trânsito é tamanho que o Ministério da Saúde já o atribuiu status de epidemia. Segundo o mesmo órgão, as mortes no trânsito são a terceira maior causa de óbitos ocorridos no Brasil, ficando atrás apenas das doenças cardíacas e do câncer.

Em razão disso, cresce, cada vez mais, a quantidade de pessoas que se dirigem ao Judiciário na tentativa de ver restituídos os danos materiais sofridos e compensar a dor por uma lesão sofrida ou um ente perdido. Dentre as principais causas por tais consequências – principalmente o homicídio no trânsito, objeto deste estudo –, está a embriaguez ao volante.

O grande vulto de pessoas mortas em tal situação trouxe aos estudiosos do Direito uma polêmica discussão acerca do elemento subjetivo presente nesse tipo de delito – se o dolo eventual ou a culpa consciente. A matéria vem ocasionando grandes controvérsias na moderna e renomada doutrina penalista e, principalmente, na jurisprudência brasileira.

Embora o assunto venha sendo debatido e argumentado, levando em consideração, sobretudo, as teorias volitivas do dolo e a teoria da *actio libera in causa*, a questão está longe de ser puramente teórica e, tampouco, dogmática, como alguns sugerem. Ao contrário, é no campo prático que ela ganha maior relevância, especialmente diante da evidente diferença de penas existente entre o homicídio doloso, previsto no Código Penal Brasileiro, e o homicídio culposo, tipificado no Código de Trânsito.

No que pese o Supremo Tribunal Federal ter procurado esclarecer a matéria, ainda se está longe de se chegar a uma solução que melhor atenda aos ditames da justiça, tendo a decisão da suprema Corte, ao buscar o elemento subjetivo da conduta apenas na mente do agente, *data venia*, apenas se distanciado dela.

Diante do exposto, o presente estudo, com o auxílio da doutrina e das manifestações jurisprudenciais, busca abordar o homicídio no trânsito provocado por embriaguez ao volante, através da crítica ao entendimento atual dos nossos tribunais; da análise da teoria da *actio libera in causa*; e da defesa do entendimento de que, no vislumbamento do dolo eventual, é preciso analisar, sobretudo, as circunstâncias objetivas que cercam o agente no caso concreto.

## 2 O DOLO

### 2.1 DEFINIÇÃO

Antes de adentrar no ponto cerne do presente trabalho de pesquisa, convém fazer alguns esclarecimentos acerca de determinados institutos do Direito Penal que “gravitam” em torno do mesmo; dentre eles, o crime doloso.

Com efeito, conforme previsto no art. 18, inciso I, do Código Penal, o crime é doloso “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. Contudo, embora tal conceito colabore para se ter uma noção geral do que seja dolo, é incapaz de apreender a sua real essência.

Assim, aperfeiçoando a definição do dolo extraída da lei, Zaffaroni (2005, p. 414) define o mesmo como sendo a “vontade realizadora do tipo objetivo, guiada pelo conhecimento dos elementos deste no caso concreto”.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Nucci (2008, p. 196), em sua obra, esclarece que o dolo nada mais é do que “a vontade consciente de praticar a conduta típica”.

Corroborando com tais entendimentos, Delmanto (2010, p. 152) assevera que o dolo “consiste na vontade e na consciência de manifestar essa vontade, e assim praticar conduta proibida pela lei penal, querendo determinado resultado”.

Dessa forma, diante de tais conceitos e em consonância com a orientação finalista – adotada pelo Código Penal Brasileiro –, pode-se afirmar que o dolo integra a conduta como elemento subjetivo do tipo, sendo, pois, integrado por dois elementos, a vontade de praticar a conduta e a consciência de sua ação.

### 2.2 DOLO NATURAL E DOLO NORMATIVO

As teorias adotadas para definição da conduta influenciam diretamente o conteúdo elementar do dolo, bem como o seu “posicionamento” nos componentes integrantes do delito.

Para a teoria clássica, mecanicista ou causal, o crime era composto do fato típico, da ilicitude e da culpabilidade. Esta, por sua vez, era integrada pelos três seguintes elementos: imputabilidade, dolo e exigibilidade de conduta diversa.

Assim, o dolo – o qual, repita-se, estava alojado no interior na culpabilidade – abrigava em seu bojo a vontade, a consciência da conduta e de seu resultado, e, ainda, um elemento normativo, qual seja; a consciência atual da ilicitude do fato. Por isso, tal dolo era chamado de “dolo normativo”.

Sendo assim, na teoria causalista, a ação ou conduta do crime era formada apenas pela manifestação da vontade, pelo resultado e pela relação de causalidade, sendo que o conteúdo da vontade em si era deslocado para a culpabilidade. Nesse contexto, preceitua o criminalista alemão Mezger (1935 apud BITENCOURT, 2007, p. 218)

Para se afirmar que existe uma ação basta a certeza de que o sujeito atuou voluntariamente. O que quis (ou seja, o conteúdo de sua vontade) é por ora irrelevante: o conteúdo do ato de vontade somente tem importância no problema da culpabilidade.

Por outro lado, para a teoria finalista, o crime também era um fato típico, ilícito e culpável, porém, ao contrário da causalista, a culpabilidade, embora igualmente composta por três elementos (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa), não integra o dolo. Este foi transferido para a conduta, sendo composto apenas de elementos naturais (vontade e consciência da prática da conduta). Assim, tal dolo, ausente da consciência da ilicitude, é chamado de “dolo natural”.

Em síntese, na a teoria clássica – a qual orientou a redação original do Código Penal Brasileiro –, o dolo, que continha a consciência da ilicitude, compunha a culpabilidade e não integrava a conduta; ao contrário do que ocorre com o finalismo, hoje adotado pelo nosso ordenamento jurídico, em que o dolo migra para o fato típico e abandona a consciência da ilicitude, a qual passa a ser verificada apenas quando da análise da culpabilidade. Daí surge a máxima de Hans Welzel, considerado o pai da Teoria Finalista da Ação, “o causalismo é cego e o finalismo é vidente”.

Finalmente, com relação a tudo o que foi exposto, salutar é o ensinamento de Zaffaroni (2005, p. 416), ao discorrer:

Para aqueles que, como nós, sustentam uma teoria teórica do delito a partir da concepção finalista da conduta, nos delitos dolosos o dolo está no tipo como núcleo fundamental de seu aspecto subjetivo, enquanto, para os que defendem uma estrutura teórica do delito

elaborada a partir da teoria causal da ação, o dolo está na culpabilidade. Como é lógico, para nós o dolo está livre de toda reprovação, porque a reprovabilidade (culpabilidade) é um passo posterior à averiguação do injusto (conduta típica e antijurídica), pois o dolo integra o injusto como uma característica da tipicidade dolosa. Neste sentido, sustentamos um conceito de dolo valorado (quanto à reprovação), enquanto os partidários da outra posição – o dolo na culpabilidade – em geral defendem um conceito de dolo desvalorado (o dolo só pode ser dolo culpável). (...) A nosso ver, como o dolo é problema da tipicidade, sempre terá que ser valorado, isto é, todos os dolos são “dolos naturais”.

## 2.3 TEORIAS DO DOLO

A divergência acerca da definição e do conteúdo do dolo levou ao surgimento de algumas teorias, as quais procuram, cada uma da sua forma, alcançar o seu verdadeiro sentido.

Segundo a teoria da vontade, dolo seria a vontade livre e consciente de praticar a conduta prevista no tipo penal incriminador. Para o jurista italiano Francesco Carrara (1971 apud BITENCOURT, 2007, p. 267), grande defensor dessa teoria, o dolo “consiste na intenção mais ou menos perfeita de fazer um ato que se conhece contrário à lei”. Salienta-se que essa teoria não ignora a necessidade de se representar o resultado, mas, sobretudo, destaca a importância de se querer produzi-lo.

A teoria da representação, por sua vez, defende que, para a configuração do dolo, faz-se necessário apenas a simples previsão subjetiva do resultado como possível. Para ela, é irrelevante indagar se o agente assumiu o risco de produzir o resultado, ou mesmo se acreditava na sua não-ocorrência. Como consequência, para tal teoria, o dolo eventual e culpa consciente não se distinguem, tendo em vista que mera antevisão do resultado já leva à responsabilização do agente a título de dolo.

Por outro lado, pela teoria do assentimento (ou consentimento), fala-se em dolo sempre que o agente, antevendo como possível o resultado, decide continuar com a sua conduta, assumindo, assim, o risco de produzi-lo.

Alguns doutrinadores acrescentam, ainda, a teoria da probabilidade, a qual trabalha com dados estatísticos, isto é, quanto mais provável fosse a ocorrência do resultado diante da conduta praticada pelo agente, mas se poderia falar em dolo.

Por fim, pela redação do art. 18, inciso I, pode-se concluir que o Código Penal adotou duas teorias: a teoria da vontade – para explicar o dolo direto – e a teoria do consentimento – a fim de explicar o dolo eventual.

## 2.4 ELEMENTOS DO DOLO

Conforme já exposto, o dolo é a vontade e consciência dirigidas à prática de uma conduta típica penal. Com efeito, a partir do conceito de dolo, é possível extrair dois elementos fundamentais para a sua configuração, quais sejam; a consciência e a vontade. O primeiro é seu elemento intelectual, ao passo que o segundo aparece como elemento volitivo, sendo certo que este não pode existir sem aquele. Em outras palavras, “todo querer pressupõe o conhecer” (ZAFFARONI, 2005, p. 413).

Nesse contexto, toda ação dolosa deve ser formada pela consciência daquilo que deseja realizar – fator intelectual – e pela vontade de querer realizá-lo – fator volitivo; sendo, pois, o tipo penal doloso formado pela junção dos dois fatores.

Ressalte-se que consciência refere-se à situação fática em que se encontra o agente, e não ao o tipo penal incriminador ao qual se encaixa a sua conduta. Ao contrário da consciência da ilicitude – elemento indispensável ao juízo de reprovação e integrante da culpabilidade – que pode ser potencial, a consciência integrante do dolo deve ser sempre atual e efetiva, sob pena de descaracterizá-lo.

Por outro lado, é imprescindível que a vontade do agente seja capaz de produzir o fato típico. Assim, ela deve ser determinante para a ocorrência do evento, de modo que o resultado típico possa ser atribuído como obra do agente. Assim, não basta o simples desejo ou a espera que algo aconteça, sendo essencial que o agente, com sua vontade, tenha influído no curso causal do resultado.

Dessa forma, os elementos volitivo e cognoscitivo são indispensáveis para a configuração do dolo. Isso porque “a previsão sem vontade é algo completamente inexpressivo, indiferente ao Direito Penal, e a vontade sem representação, isto é, sem previsão, é absolutamente impossível” (WELZEL, 1970 apud BITENCOURT, 2007, p. 269).

## 2.5 ESPÉCIES DE DOLO

Da análise do dispositivo legal do Código Penal que trata sobre o crime doloso (art. 18, I, primeira parte), é possível vislumbrar a existência de dois tipos de dolo.

Dolo direto, intencional ou determinado é aquele em que a conduta do agente é designada especificamente à produção do resultado típico, abrangendo os meios utilizados para tanto. Trata-se do dolo por excelência. Em outras palavras, nele, o agente prevê o resultado e direciona sua vontade diretamente ao fim pretendido, com os meios escolhidos e com os efeitos colaterais que possam ocorrer na realização do fato típico.

Nesse contexto, a doutrina denomina de dolo direto de primeiro grau o dolo com relação ao fim proposto e os meios escolhidos; e de dolo direto de segundo grau ou dolo de consequências necessárias o dolo direcionado aos efeitos colaterais da conduta, isto é, direcionado a um resultado não pretendido diretamente pelo agente, porém, necessário ao alcance do seu fim principal. As duas modalidades de dolo são apreendidas da definição do Código Penal, sendo que a distinção serve apenas para efeitos de fixação da pena-base.

Em outro aspecto, o segundo tipo de dolo trazido pela lei penal – o dolo eventual – ocorre quando o agente, embora não querendo diretamente o resultado típico, o prevê e, mesmo assim, não se abstém de agir, assumindo o risco de produzi-lo. Na lição de Muñoz Conde (1988 apud GRECO, 2009, p. 192), tem-se que:

No dolo eventual, o sujeito representa o resultado como de produção provável e, embora não queira produzi-lo, continua agindo e admitindo a sua eventual produção. O sujeito não quer o resultado, mas conta com ele, admite sua produção, assume o risco, etc.

Convém pontuar que, não obstante não haja maiores problemas em conceituar o dolo eventual, grande parte da doutrina e da jurisprudência o faz de forma a enfatizar o seu aspecto volitivo, o que gera uma série de dificuldades em sua utilização prática. Esse pensamento advém do famoso princípio, formulado pelo alemão Reinhart Frank e rotulado de “teoria positiva do conhecido”, empregado até hoje para identificar esse tipo de dolo: “Seja como for, dê no que der, em qualquer

caso não deixo de agir”. Em casos como esses, possíveis de se vislumbrar o dolo eventual, querer penetrar e, principalmente, comprovar a verdadeira vontade do agente de forma mais enfática do que a sua própria consciência a respeito de suas ações, é praticamente tornar sem utilidade esse instituto, fato esse que será abordado mais a seguir, posto ser o verdadeiro interesse deste estudo.

Por fim, ressalte-se que o dolo eventual é admitido em todos os crimes que com ele sejam compatíveis, sendo que algumas espécies de tipos dolosos somente se configuram quando presente o dolo direto, como é o caso, por exemplo, do crime de receptação dolosa, previsto no art. 180. Ademais, cabe esclarecer que o Código Penal Brasileiro colocou o dolo direto e o dolo eventual em uma mesma posição jurídica, cabendo novamente ao aplicador do direito a sua diferenciação na fixação da pena-base.

### 3 A CULPA

#### 3.1 DEFINIÇÃO

O Código Penal brasileiro, de maneira não muito suficiente para a apreensão do conceito de culpa, definiu o crime culposo como sendo aquele em que “o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia” (art. 18, II). Nesse aspecto o Código Penal Militar foi um pouco mais diligente, ao prever como culposo o crime em que “o agente deixando de empregar a cautela, atenção, ou diligencia ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevendo-o, supõe levemente que não se realizaria ou poderia evitá-lo” (art. 33, II).

Como se vê, o tipo penal do delito culposo é um tipo aberto, uma vez que o Código Penal não diz expressamente no que consiste o comportamento culposo, reservando tal função ao magistrado no caso concreto. Em razão disso, diz-se que a culpa, dentro de uma concepção finalística, é o elemento normativo da conduta, dependente sempre de uma análise valorativa.

Não obstante, a doutrina procura aferir um conceito de culpa, abstando-se, de certa forma, de tal concepção valorativa. Sendo assim, Bittencourt (2007, p. 278) define a culpa como sendo “a inobservância do dever objetivo de cuidado manifestada numa conduta produtora de um resultado querido, objetivamente previsível”.

Masson (2011, p. 275), por sua vez, explica o delito culposo da seguinte forma, *in verbis*:

Crime culposo é o que se verifica quando o agente, deixando de observar o dever objetivo de cuidado, por imprudência, negligência ou imperícia, realiza voluntariamente uma conduta que produz resultado naturalístico, não previsto nem querido, mas objetivamente previsível, e excepcionalmente previsto e querido, que poderia, com a devida atenção ter evitado.

Com efeito, o que se verifica é que toda conduta, seja dolosa ou culposa, tem uma finalidade. A diferença que se extrai entre elas é que na conduta dolosa, a sua finalidade é sempre ilícita, enquanto que, na conduta culposa, ela é

quase sempre lícita, porém, mal dirigida, em razão da inobservância do dever de cuidado do agente, na escolha e uso dos meios escolhidos.

Não é outro, pois, o ensinamento de Costa Júnior (1996 apud GRECO, 2009, p. 200):

A ação culposa caracteriza-se por uma deficiência na execução da direção final. E esta deficiência se deve ao fato de a orientação dos meios não corresponder àquela que deveria em realidade ser imprimida para evitar lesões aos bens jurídicos.

Por fim, convém ressaltar que, em nosso ordenamento jurídico, o dolo é regra; e a culpa, exceção.

### 3.2 ELEMENTOS DA CULPA:

Conforme já esclarecido, configura-se crime culposos quando o agente pratica uma conduta voluntária, em geral, com uma finalidade lícita, mas que, por não ter o mesmo observado o seu dever de cuidado, produz um resultado não desejado, nem mesmo assumido, previamente tipificado na lei penal. Do conceito de crime culposos, pois, é possível vislumbrar os seguintes elementos necessários à sua configuração: conduta humana voluntária, inobservância de um dever objetivo de cuidado, resultado naturalístico, nexo causal, previsibilidade objetiva e, por fim, tipicidade.

Tem-se, primeiramente, que, nessa espécie de delito, a vontade do agente se limita à prática de uma conduta perigosa, por ele aceita e desejada. Destaque-se que a vontade está sim presente, porém é ela direcionada à realização da conduta, e não à produção do resultado naturalístico. Como preleciona Figueiredo Dias (1995 apud MASSON, 2011, p. 278), “toda a culpa é culpa da vontade. Só aquilo contra o que o homem pode, do ponto de vista da vontade, alguma coisa, lhe pode ser censurado como culpa”.

Sendo assim, a conduta, embora dirigida à realização de um fim lícito, é mal executada, face a não observância pelo agente de um dever de cuidado a ele imposto.

Com efeito, a cada pessoa, a fim de que se possa viver em sociedade, impõe-se o dever de praticar os atos da vida cotidiana com os cuidados necessários para que suas ações – ou a falta delas – não provoquem danos a bens jurídicos

alheios. A expectativa do “atuar conforme” de um indivíduo diante do outro se configura no que se chama de “princípio da confiança”, que serve como regulador da conduta humana. Dessa forma, a violação do dever jurídico de cuidado – elemento normativo dos delitos culposos – nada mais é, então, do que a atuação em desacordo com o que espera a lei e, também, a própria sociedade.

O terceiro elemento dos delitos culposos trata-se do resultado naturalístico não querido, tampouco assumido, pelo agente. Destarte, mesmo que o agente viole um dever objetivo de cuidado, não haverá crime, se nenhum resultado advier da prática de sua conduta. Vê-se, logo, que o resultado naturalístico nessa espécie de delito – que, portanto, é sempre material – atua como elementar do crime. O resultado é assim o que o doutrinador Zaffaroni chamou de “componente de azar”, já que, na realidade, será ele, e não a conduta, o fator determinante.

Por outro lado, não haverá crime culposo se for verificado que – não obstante a conduta do agente viole um dever objetivo de cuidado, bem como haja um resultado naturalístico – este ou não é efeito daquele, ou se produziria da mesma forma, independentemente da ação descuidada do agente, de modo a eliminar o nexo causal.

Em outro aspecto, a previsibilidade, quinto elemento dos crimes culposos, é a possibilidade de uma pessoa comum, nas condições em que se encontrava, antever o resultado de seu ato. Nesse elemento, surge uma divergência acerca do tipo de previsibilidade exigida, se seria ela objetiva – levando-se em consideração o critério do “homem médio” – ou subjetiva – tomando por base a capacidade de previsão de cada indivíduo.

Segundo Hungria (1958 apud GRECO, 2009, p. 204), “é previsível o fato, sob o prisma penal, quando a previsão do seu advento, no caso concreto, podia ser exigida do homem normal, do *homo medius*, do tipo comum de sensibilidade ético-social”.

Na mesma posição, encontram-se doutrinadores como Greco, Masson, Mirabete, Capez e Bonfim, defendendo que a previsibilidade, como elemento da culpa, é um dado objetivo, sendo que a análise da previsibilidade subjetiva apenas influencia na apreciação da culpabilidade. Bitencourt (2007, p. 283/284) também defende a previsibilidade objetiva, porém afirma haver um equívoco por parte daqueles que colocam a previsibilidade subjetiva como influenciadora da culpabilidade, senão vejamos:

Na verdade, na falta de previsibilidade objetiva, isto é, sendo imprevisível, não há falar em culpa e, por extensão, na própria culpabilidade. No entanto não prever o previsível, isto é, a simples “ausência de previsibilidade subjetiva”, que outra coisa não é que a ausência de previsão, revela somente a ausência de culpa consciente, mas pode configurar, sem dúvida, a chamada culpa inconsciente, que, alias, caracteriza-se exatamente pelo não prever o previsível.

Discordando da posição de Hungria e dos demais doutrinadores, estabelece Zaffaroni (2006, p. 443) que “a previsibilidade deve ser estabelecida de acordo com a capacidade de previsão de cada indivíduo, sem que para isto se possa recorrer a qualquer ‘termo médio’ ou ‘critério de normalidade’”.

Há, ainda, quem defenda um critério objetivo-subjetivo, de modo que se deve verificar no caso concreto tanto se o homem médio teria condições de prever o resultado, através de uma diligência comum; para somente em seguida analisar o grau individual de previsibilidade do agente do delito.

Por fim, há a tipicidade como elemento final, já que não existe culpa sem previsão legal expressa.

### 3.3 MODALIDADES DA CULPA

Como já mencionado anteriormente, a vida em sociedade nos impõe a necessidade de agir com o mínimo de prudência, a fim de que a liberdade de atuação de cada um não invada a esfera de outro. Deve haver, pois, uma ordem mínima para que os indivíduos possam conviver de maneira que suas condutas não gerem conflitos sociais.

A fim de atingir tal ordem, a lei procura estabelecer alguns deveres de cuidado que o agente deve ter ao desempenhar certas condutas, tal como ocorre nas atividades regulamentadas, sendo a condução de veículos automotores uma delas. Nesses casos, o desrespeito a algum dos preceitos regulamentares funciona como indício de ocorrência da violação do dever de cuidado.

Não obstante, é impossível codificar todas as maneiras existentes que possam ocorrer tal violação, de modo que são inúmeras as condutas que, infringindo um dever de cuidado, podem causar lesão a um bem jurídico alheio.

Em razão disso, o Código Penal, em seu art. 18, inciso II, descriminou algumas formas com que a culpa pode se manifestar. Nesse contexto, alguns

doutrinadores como é o caso de Tavares (2003 apud MASSON, 2011, p. 279), ao discorrerem sobre o delito culposo, utilizam a expressão “direito penal da negligência”, referindo-se ao gênero que teria como espécies a imprudência, a negligência e a imperícia.

A imprudência é a modalidade positiva da culpa, verificada quando o agente atua sem a observância das cautelas necessárias. Trata-se de uma conduta insensata, precipitada, irrefletida. Aqui, a culpa e a ação desenvolvem-se ao mesmo tempo.

Já a negligência configura-se na modalidade negativa da culpa, e consiste no não realizar aquilo que a diligência normal impunha. Trata-se da omissão, da conduta displicente e imprecavida. Ao contrário da imprudência, a negligência desenvolve-se antes da ação, por representar a inobservância de uma cautela que se deveria ter tido antes do início dela.

Finalmente, a imperícia trata-se, como diz Frederico Marques (apud NUCCI, 2008, p. 205), da “imprudência qualificada”. Ela ocorre quando há uma falta de habilidade do agente no atuar de sua atividade profissional. Difere do erro profissional, o qual resulta não da inaptidão daquele que atuou, mas sim da própria falibilidade da ciência. Deve-se, assim, “à imperfeição e à precariedade dos conhecimentos humanos, operando, portanto, no campo do imprevisto e transbordando os limites da prudência e da atenção humanas” (BITTENCOURT, 2007, p. 286).

### 3.4 ESPÉCIES DE CULPA

A doutrina brasileira costuma elencar uma série de classificações da culpa, sendo que a que interessa ao presente estudo é a que considera como fator distintivo a previsão do agente acerca do resultado naturalístico provocado pela sua conduta. Nesse sentido, a culpa pode ser dividida em culpa inconsciente, sem previsão ou *ex ignorantia*, e culpa consciente, com previsão ou *ex lascívia*.

A culpa inconsciente é aquela em que o sujeito não prevê um resultado que era objetivamente previsível; isso porque não há nele um conhecimento efetivo do perigo que a sua conduta pode gerar para o bem jurídico alheio. Sendo assim, aqui há apenas um conhecimento “potencial” do risco da ação, pois se trata da hipótese que o agente podia e deveria prever o resultado, mas não o fez.

Na culpa consciente, por sua vez, o agente, deixando de observar as diligências que lhe eram cabíveis, prevê a possibilidade do resultado, mas resolve seguir com a sua conduta por acreditar que suas habilidades pessoais impedirão a sua ocorrência. Note-se, portanto, que, aqui, o agente acerta ao prever o resultado objetivamente previsível, porém, erra ao calcular que poderia evitá-lo.

Por fim, no que pese a doutrina colacionar tal divisão, o Código Penal Brasileiro não lidou com a culpa consciente e a culpa inconsciente de modo distinto. Em razão disso, a gravidade da culpa deve ser apreciada pelo aplicador da pena, ante ao fato concreto. É esse, aliás, o ensinamento do mestre Bittencourt (2007, p. 286):

O CP brasileiro não distingue *culpa consciente* e *culpa inconsciente* para o fim de dar-lhes tratamento diverso. Afora a dificuldade prática de comprovar-se, *in concreto*, na maioria dos casos, qual das duas espécies ocorreu, destaca-se a quase-inexistência de diferença entre não prever um resultado antijurídico quanto prevê-lo, confiando, levemente, na sua não ocorrência, se este, de qualquer sorte, se verificar. (...) Por isso, a maior ou menor gravidade da culpa deve ser deixada à apreciação do juiz ao dosar a pena, diante de cada caso.

Na verdade, o grande problema que gira em torno da culpa consciente não está na sua diferenciação com a culpa sem previsão, mas sim na sua proximidade, e consequente confusão, com o dolo eventual, o que será objeto da análise seguinte.

#### 4 DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE

A distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente, por pairar – pode-se dizer – sob uma zona cinzenta, constitui, hoje, um dos problemas mais trabalhosos do Direito Penal. Primeiro porque a linha que separa os dois institutos é extremamente tênue; segundo porque tal problemática é ainda mais potencializada em razão da diferença gritante de penas em que há entre a maioria dos delitos dolosos e culposos. Apesar da grande discussão teórica que gira em torno desse assunto, é, na verdade, no campo prático, que essa se torna mais complexa e tormentosa, uma vez que, qualquer equívoco em sua análise culminaria em uma absurda discrepância na pena aplicada.

Em razão da necessidade teórica e pragmática de se encontrar a diferenciação dos dois institutos supracitados, diversas teorias por todo o mundo, muito bem ilustradas na doutrina de Claus Roxin, surgiram, algumas mais ligadas à “consciência” (teorias intelectivas), como é o caso das teorias do consentimento e da indiferença; e outras, à “vontade” (teorias volitivas), como as teorias da representação e da probabilidade.

A teoria da aprovação ou do consentimento defende que tanto no dolo eventual, quanto na culpa consciente, o agente tem a consciência da possível ocorrência do resultado, de modo que a diferença somente poderá ser feita no campo da vontade. Assim, no dolo eventual, o agente, apesar de prever o resultado, decide seguir com a sua conduta, pois aceita a sua ocorrência; de outro lado, na culpa consciente, o agente também prevê o resultado e segue na sua conduta, mas, nesse caso, apenas porque espera que pode evitá-lo ou confia que ele não venha a ocorrer.

Por sua vez, a teoria da indiferença, elaborada pelo jurista alemão Engisch, esclarece que ocorreria dolo eventual, e não culpa consciente, quando o agente recebesse com indiferença o resultado danoso possível; a indiferença, desse modo, seria um indício seguro do dolo eventual. Com efeito, Roxin defende que a indiferença não necessariamente seria um sinal claro de que o agente atuou com dolo eventual; não obstante, o raciocínio inverso, ou seja, a ausência de indiferença diante do resultado seria um indicativo seguro de que o sujeito não atuou com dolo eventual. Senão vejamos:

Hay que darle la razón a esta doctrina em cuanto que la indiferencia es un indicio seguro de que el sujeto se ha resignado al resultado y por tanto ha actuado dolosamente. Pero no es acertada en su apreciación inversa de que la falta de indiferencia, en el sentido Del carácter no deseado del resultado, excluye siempre el dolo (ROXIN,1997, p. 432).

Por outro lado, a teoria da representação ou da possibilidade, desenvolvida por Schröder, em oposição ao que defende a teoria da vontade do dolo, entende que a indagação acerca da vontade do sujeito é totalmente dispensável, bastando demonstrar, para a caracterização o dolo eventual, que o agente previu a possibilidade de produção do resultado danoso. Essa teoria é, de forma inegável, a mais prática de todas e, conseqüentemente, facilitaria bastante a resolução casuística de diversos crimes. É ela puramente intelectual. Contudo, peca, por, nos dizeres de Roxin (1997, p. 433), fazer desaparecer a idéia de “culpa consciente”. É que, na verdade, de acordo com os ensinamentos de Schröder (1949 apud ROXIN, 1997, p.433), “toda imprudência es imprudencia inconsciente” (Toda culpa é uma culpa inconsciente).

Já a teoria da probabilidade, defendida por H. Mayer, parte da idéia de que como, na prática, é difícil provar a vontade do agente, deve-se analisar apenas se o mesmo antevê o resultado como de muito provável produção (aqui é necessário mais do que a mera possibilidade) e, apesar disso, continua agindo. Tem-se que se a probabilidade de ocorrência do resultado é grande e, ainda assim, o agente continua a atuar, então, haverá dolo eventual.

Por fim, a teoria da não colocação em pratica da vontade de evitar o resultado (*teoría de la no puesta en práctica de La voluntad de evitación*), proclamada por Armin Kaufmannm, prega que o fato do agente nada fazer para evitar o resultado previsto como possível já configura o dolo eventual. Seguindo a lição de Roxin (1997, p. 437), tem-se:

Cuando el sujeto deja que las cosas sigan su curso sin hacer nada en contra, a menudo se puede deducir que el mismo se ha resignado al resultado. Si, por el contrario, realiza esfuerzos para evitar el resultado, entonces con frecuencia confiará en el éxito de aquéllos y por tanto tampoco actuará ya dolosamente.

Com efeito, o ordenamento jurídico brasileiro acabou adotando, conforme já exposto, a teoria do consentimento ou assentimento para explicar o dolo

eventual e, por conseguinte, a sua diferenciação com a culpa consciente. É inegável, pois, que entre os dois institutos há traço comum: a previsão do resultado danoso.

Nesse contexto, tendo em vista que ambos os institutos possuem, de certa forma, o mesmo aspecto intelectual, a maior parte dos doutrinadores da atualidade circundam sua diferenciação puramente sob o aspecto volitivo.

Partindo dessa premissa, Bittencourt (2007, p. 288/289) pontifica que a “distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente resume-se à aceitação ou rejeição da possibilidade de produção do resultado”. E continua, afirmando que “enquanto no dolo eventual o agente anui ao advento desse resultado, na culpa consciente, ao contrário, repele a hipótese de superveniência do resultado, na esperança convicta de que este não ocorrerá”. Na mesma linha são os ensinamentos dos doutrinadores Masson, Mirabete, Zaffaroni, dentre outros.

A jurisprudência pátria também tem pairado sob o aspecto puramente volitivo, ao distinguir o dolo eventual da culpa consciente, a saber: “se o agente não deu seu assentimento ultimo ao resultado, não agiu com dolo eventual, mas com culpa consciente” (TJ, RT 607/275, 548/300); “não basta a assunção do risco, sendo necessário o elemento volitivo representado pelo consentimento do agente, quanto ao resultado que se produziu conforme sua representação” (TJSE, RT 784/709).

Como se vê, a maneira como a maioria da doutrina e da jurisprudência brasileira tem vislumbrado o dolo eventual e a culpa consciente – em oposição às teorias intelectivas – nos conduz a um terreno de extremo difícil acesso. Penetrar na mente do agente, como se sugere, é tarefa deveras impossível. Por outro lado, no que pese tal alegação, embora seja mais pratico, a tentativa de se suprir o elemento volitivo do dolo eventual – tornando-o um tipo eminentemente intelectual – também estaria inevitavelmente fadada ao fracasso. Isso porque tal transformaria o dolo eventual em um tipo mais severo que o próprio dolo direto, já que se estaria diante de uma responsabilidade objetiva. No entanto, a supervalorização do elemento volitivo, como tem feito – repita-se – a maioria dos doutrinadores brasileiros, também peca por acabar tornando o dolo eventual sem utilidade prática.

O que se sugere, dessa forma, não é que se abandone o aspecto volitivo do dolo eventual, mas que tal aspecto seja extraído das circunstâncias que cercam o agente no caso concreto, e não apenas de seu foro íntimo. Do contrário, o aplicador do Direito seria obrigado a investigar “nos mais recônditos recantos da alma humana” (ASÚA apud DELMANTO, 2010, p. 152), o que tornaria o dolo

eventual um instituto extremamente inviável do ponto de vista prático. Em outras palavras, o cerne da questão não é excluir o elemento subjetivo do tipo, mas sim torná-lo o mais objetivo e concreto possível.

Nesse contexto, preleciona Nucci (2008, p. 197) que o dolo eventual extrai-se “da situação fática desenhada e não da mente do agente, como seria de se supor”. Na mesma linha de pensamento, o Ministro Felix Fischer, em um de seus julgados, proferiu, de forma brilhante, que o dolo eventual não é extraído da mente do agente, mas sim, das circunstâncias que o cercam. Assim, a fim de fortalecer seu argumento, ele assim exemplifica:

Por exemplo, dizer-se que o fogo não mata porquanto existem pessoas com cicatrizes de queimaduras, *data vênia*, não é argumento válido nem no *judicium causae*... Todos, desde cedo, independentemente do grau de instrução, sabem que brincar com fogo é muito perigoso. O fogo pode matar... Se o fogo não mata, então o que dizer do tipo previsto no art. 121, §2º, inciso III (‘fogo’) do Código Penal? Desnecessário responder! (STJ, REsp 192.049/DF, 5ª T., 09.02.1999, m.v. DJU 01.03.1999)

O que o ministro quis dizer é que há situações na vida cotidiana que nos encaram e nos levam a um certo caminho que, pelo seu alto grau de previsibilidade, vai muito mais além do que o simples “correr o risco”. Isso porque, ainda que o sujeito não quisesse diretamente ser “arrastado” para aquela circunstância, é certo que a sua atitude de passividade com que encara a possibilidade do resultado demonstra, na verdade, o assumir (leia-se “aceitar”) tal risco.

É claro que os seres humanos são distintos no que respeito à inteligência, astúcia, grau de instrução e conhecimentos, variando, assim, a forma de cada um prever os fatos que os cercam (É a chamada previsibilidade subjetiva, já explanada). Mas há fatos que são dotados de um grau de obviedade tão alto – seja pelas informações que nos cercam; seja por já fazer parte da vida individual de cada um – que, para aquele que vive em uma sociedade, seria, no mínimo, uma obrigação prevê-los; e ocorre que, ao assim fazer, tem sempre o sujeito a opção de não seguir em frente. Sucede que não o faz porque a vontade de praticar a ação principal é maior do que a de evitar as possíveis consequências de seus atos.

Indo ao encontro do de que foi falado, a suprema Corte brasileira, no que pese, *data venia*, o retrocesso do último julgado, já se manifestou nesse sentido. Senão vejamos:

Salientou-se que, no Direito Penal contemporâneo, além do dolo direto – em que o agente quer o resultado como fim de sua ação e o considera unido a esta última –, há dolo eventual, em que o sujeito não deseja diretamente a realização do tipo penal, mas a aceita como possível ou provável (CP, art. 18, I, *in fine*). Relativamente a este ponto, aduziu-se que, dentre as várias teorias que se buscam justificar o dolo eventual, destaca-se a do assentimento ou da assunção, consoante a qual o dolo exige que o agente aquiesça em causar o resultado, além de reputá-lo como possível. Assim, esclareceu-se que, na espécie, a questão principal diz respeito à distinção entre dolo eventual e culpa consciente, ambas apresentando em comum a previsão do resultado ilícito. Observou-se que para a configuração do dolo eventual não é necessário o consentimento explícito do agente, nem sua consciência reflexiva em relação às circunstâncias do evento, sendo imprescindível, isso sim, que delas (circunstâncias) se extraia o dolo eventual e não da mente do autor (HC 91.159/MG, rel. Min. Ellen Grace, 2ª Turma, j. 02.09.2008).

Para a configuração do dolo eventual não é necessário o consentimento explícito do agente, nem sua consciência reflexiva em relação às circunstâncias do evento; deve ser extraído das circunstâncias do evento, e não da mente do autor, eis que não se exige declaração expressa do agente (STF, HC 91.159, j. 2.9.2008, DJU 24.10.2008).

O dolo eventual, na prática, não é extraído da mente do autor mas, isto sim, das circunstâncias, não se exigindo que o resultado seja aceito (o que seria adequado ao dolo direto), mas que a aceitação se mostre no plano do possível, provável, como no caso de “racho” (STJ, 5ª T., REsp 247.263, j. 5.4.2001, DJU 20.08.2001).

Não obstante, ainda não é esse o entendimento que tem prevalecido. A jurisprudência e a doutrina ainda insistem em conceder a famosa fórmula de Frank uma “interpretação” com pouca utilidade prática, acabando por fazer existir apenas duas possibilidades: ou o agente quis diretamente o resultado e, assim, estar-se-á diante de um dolo direto, ou ele apenas o previu, configurando a culpa consciente.

Tal visão não atende mais as necessidades do hoje e apenas serve como escudo para aqueles que se escondem por trás da simples culpa. Porque se, no passado, os riscos advinham sobretudo de fenômenos naturais ou eventos fortuitos; atualmente, eles têm origem na própria atuação humana. Vivemos na era da sociedade de risco, em que o homem, mais do que nunca, tem sim condições de compreender e gerir a maioria desses riscos.

Dessa forma, é imprescindível abandonar a concepção tradicionalista do dolo eventual, a fim de atender aos imperativos da sociedade moderna.

Porquanto, conclui-se que buscar o que se passava na mente do agente no momento do fato, com o fim de extrair a assunção do risco é percorrer um caminho infrutífero, inevitavelmente fadado ao fracasso. Ao contrário, extrair o conteúdo volitivo da conduta do sujeito das circunstâncias objetiva do fato é evitar que grandes injustiças sejam cometidas.

## 5 A EMBRIAGUEZ E A TEORIA DA *ACTIO LIBERA IN CAUSA*

### 5.1 AS ESPÉCIES DE EMBRIAGUEZ E O SEU TRATAMENTO PELO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Derivado do latim *inebriare* (embebedar-se), o vocábulo “embriaguez” é utilizado para significar o estado de perda – total ou parcial – de raciocínio ou discernimento em que se encontra a pessoa que ingeriu bebidas alcoólicas, levando a mesma a, enquanto perdurarem os efeitos da intoxicação provocada pela absorção excessiva do álcool pelo organismo, não conduzir-se como em estado normal, de pleno comando e compreensão de vontade. Sendo assim, seus efeitos vão desde simples alterações físicas a graves alterações psíquicas e neurológicas. Difere do alcoolismo, uma vez que este é crônico, sendo resultante do uso habitual e contínuo da bebida alcoólica.

A embriaguez é classificada de diversas formas pela doutrina, sendo as mais importantes as que levam como fatores: o grau ou a perda da consciência ou aniquilamento da razão; a sua forma de provocação; e a relação de consumo estabelecida pelo usuário.

Quanto à relação de consumo estabelecida pelo usuário, a embriaguez pode ser patológica ou crônica e ocasional ou aguda. A embriaguez patológica ou crônica é a embriaguez contumaz, habitual, em que a pessoa consome bebida alcoólica frequentemente, em razão do vício. Nesse caso, se de tal estado, resulta permanente alteração nas faculdades mentais da pessoa, a ponto de prejudicar a validade dos atos por ela praticados, a mesma deverá ser considerada semi-imputável ou inimputável, conforme o grau de aniquilamento de sua vontade. Logo, a embriaguez patológica configura verdadeira doença mental, devendo ao agente, uma vez praticado o crime e constatada essa circunstancia, ser aplicada medida de segurança, se necessário. A embriaguez ocasional ou aguda, por sua vez, é aquela temporária, passageira, cujos efeitos duram apenas enquanto o álcool encontra-se no organismo. É nessa última que reside à aplicação da teoria da *actio libera in causa*.

Quanto ao grau, intensidade ou perda da consciência ou aniquilamento da razão, a embriaguez pode ser completa ou incompleta. A primeira elimina por completo os sentidos do embriagado, suprimindo, assim, a consciência dele a

respeito de suas ações. “É o estado de letargia a que se chega, semelhante à coma, em virtude do que perde ou se priva dos sentidos e da inteligência” (Dicionário Vocabulário jurídico, p. 515). A segunda é aquela que, embora, não aniquile a consciência do agente a respeito dos fatos, o priva do discernimento perfeito a respeito dos mesmos. Nesse caso, a espécie de tratamento dada pela lei penal à mesma vai depender de como a embriaguez foi provocada.

Já a embriaguez com relação à causa de provocação poderá ser acidental ou não acidental. A embriaguez acidental é aquela que resulta de caso fortuito ou força maior. Seguindo as lições de Bittencourt (2007, p. 364/365), a embriaguez ocorre por caso fortuito "quando o agente ignora a natureza tóxica do que está ingerindo, ou não tem condições de prever que determinada substância, na quantidade ingerida, ou nas circunstâncias em que o faz, poderá provocar a embriaguez". Já a embriaguez por força maior é aquela que ocorre independentemente da vontade do agente, sendo normalmente provocada por imposição ou coação de terceiro. Em ambos os casos, segundo os §1º e 2º do art. 28 Código Penal, se a embriaguez for completa, excluirá a imputabilidade penal; se incompleta, autoriza a diminuição da pena de um a dois terços. Não obstante, tem-se que as possibilidades de embriaguez acidental são raríssimas, sendo mais comum na praxe jurídica a embriaguez não acidental.

Nesse contexto, a embriaguez não acidental poderá ser voluntária ou dolosa, culposa e preordenada. A voluntária ou dolosa é aquela ocasionada pela própria pessoa, sem nenhuma imposição, além de sua própria vontade. Sua intenção, contudo, é de apenas se embriagar, e não de praticar infrações penais. Na embriaguez culposa, por sua vez, o agente também tem a intenção de ingerir bebidas alcoólicas, mas não de se intoxicar, sendo que esse resultado é alcançado por imprudência do sujeito. Com efeito, conforme disposto no inciso II do art. 28 do CP, essas duas espécies de embriaguez não excluem a imputabilidade penal, sejam completas ou incompletas, não influenciando, pois, no grau de sua responsabilidade penal.

Ademais, tem-se a embriaguez preordenada, em que o agente ingere o álcool deliberadamente, a fim de praticar a infração penal. Dessa forma, o seu *animus* de cometer a figura típica é antecedente ao de se embriagar, servindo este como meio de encorajamento para a prática do crime. Esse tipo de embriaguez,

além de não excluir a imputabilidade penal, funciona como agravante genérica, conforme previsão do art. 61, inciso II, letra “I”, do CP.

Por fim, é na embriaguez preordenada que se apresenta a hipótese de *actio libera in causa* por excelência. Não obstante, pretende-se demonstrar ser perfeitamente possível sua aplicação nas demais espécies de embriaguez não accidental.

## 5.2 A TEORIA DA *ACTIO LIBERA IN CAUSA*

Conforme já explanado, a embriaguez é capaz de afetar o entendimento e a vontade do indivíduo de modo a torná-lo incapaz de entender, ao tempo da ação delituosa, o caráter ilícito de seus atos. Quando tal embriaguez é ocasionada por caso fortuito ou força maior, ela funciona, segundo os ditames do CP, como causa de exclusão da culpabilidade, haja vista que, nessa hipótese, o agente perde a capacidade de autodeterminação por ausência de culpa sua.

Com efeito, as demais formas de embriaguez também comprometem o discernimento e a vontade do agente, porém por sua própria ação. Em razão disso e com o objetivo de evitar abusos é que entra em aplicação à teoria da *actio libera in causa* (ação livre em sua causa), a fim de deslocar o momento de averiguação da imputabilidade do agente do tempo da ação ou omissão para o tempo em que ele se “auto”colocou em estado de inimputabilidade, ou seja, o da ingestão do álcool.

Assim, com essa teoria, na aferição da imputabilidade penal no caso de embriaguez, despreza-se o momento em que a conduta criminosa foi praticada para se valorar o período antecedente. Isso porque, naquele momento, de fato, o agente não possuía a capacidade de discernimento e de autodeterminação, porém por livre e espontânea vontade. Por tal razão, nesses casos, a imputabilidade penal possui como “ponto de partida” o período precedente à embriaguez, em qual o agente decidiu, de forma espontânea, ingerir bebida alcoólica. No ensinamento de Sebastian Soler (1945 apud MASSON, 2011, p. 469/470): “A imputação do fato realizado durante o tempo de inimputabilidade retroage ao estado anterior, e, conforme o conteúdo subjetivo desse ato, será imputado a título de dolo ou de culpa”.

A *actio libera in causa* é aplicada, de forma clássica, nos casos de embriaguez preordenada, em que o agente, buscando cometer um delito, embriaga-

se para possuir coragem suficiente para a execução da conduta, ou ainda para isentar-se da pena, colocando-se em estado de inimputabilidade. Nessa hipótese, fica claro que o dolo do agente em relação à conduta delituosa, sendo o estado de embriaguez o primeiro elo na cadeia de acontecimentos que acarreta o resultado típico e antijurídico, ainda que seja considerado como ato preparatório.

Além dos casos de embriaguez preordenada, há uma ampliação da aplicação da teoria para que englobe também os casos de embriaguez culposa ou dolosa, o que provoca divergências entre os estudiosos do direito. Aqueles que se posicionam contra afirmam que a aplicação da teoria para os casos de embriaguez culposa ou dolosa, mas não premeditada, implicaria na adoção de uma responsabilidade objetiva – o que fere o princípio da culpabilidade –, tendo em vista que a vontade deve ser dirigida a realização do tipo penal, sendo que, no momento da embriaguez, apenas existe um desejo de beber, e não de praticar o crime.

No que pese tais opiniões, tem-se – como bem afirmou Masson (2011, p. 470) – de acordo com o item 21 da exposição de motivos do código penal de 1940, preservada nesse ponto pela lei 7.209/84, o Código Penal Brasileiro, ao deliberar acerca da embriaguez, sob o ângulo da responsabilidade penal, aceitou em toda a sua plenitude a teoria da *actio libera in causa*, que, modernamente, não se limita ao estado de inconsciência preordenado, mas se estende a todos os casos em que o agente, voluntariamente, deixou-se arrastar ao estado de inconsciência.

Dessa forma, se a ação do agente foi livre na causa, ou seja, se ingeriu bebida alcoólica de forma voluntária, poderá ser responsabilizado pelo resultado, de acordo com o elemento subjetivo presente no momento anterior ao fato. Em outras palavras, para avaliar o elemento subjetivo do tipo e responsabilizar o agente por sua conduta, deve-se observar se o mesmo, ao se colocar em estado de inimputabilidade e, logo em seguida, cometido o fato típico previsível, assim o queria (preordenado); o previu e não o evitou (dolo eventual) ou, embora não tendo previsto, deveria tê-lo feito (culpa).

Frise-se, neste ponto, que não basta que sujeito tenha se colocado, voluntariamente, em estado de inimputabilidade, para que o fato típico por ele praticado seja a ele atribuído pela teoria da *actio libera in causa*. É preciso que este resultado tenha sido querido, previsto ou previsível. Não sendo, pois, ao menos, previsível não poderá ao agente ser atribuído, ainda que tenha se embriagado de

forma voluntária, uma vez que não haverá, nesse caso, ação livre na causa, já que ninguém pode se dirigir a um fim que não pode de ser previsto.

Em outro aspecto, a problemática maior que surge atualmente é o tipo de elemento subjetivo que se deve atribuir à conduta do agente, isto é, como vislumbrar se o mesmo agiu com simples culpa ou com dolo eventual. E, nesse contexto, tem-se hoje uma supervalorização de teoria, do tecnicismo e uma desvalorização da vida. Isso porque boa parte da doutrina e dos aplicadores do direito, agarrando-se à literalidade da teoria do assentimento do dolo, apenas encaixam a conduta do agente que, embriagado, provoca a morte de outrem na direção do veículo automotor, como dolosa, quando o mesmo – antes de se colocar em estado de inimputabilidade – antevê que pode provocar a morte de alguém ao dirigir embriagado e decide continuar com a conduta porque não se importa que isso ocorra. Acontece que o uso da teoria de tal forma não somente torna praticamente inaplicável o dolo eventual ao delito de homicídio no trânsito – ante a dificuldade de vislumbrar a vontade no âmago do agente – como também torna culposo praticamente todo e qualquer homicídio no trânsito por embriaguez. Sob tal ângulo, o que se teria é que ou o agente quis diretamente o resultado e, assim, estar-se-ia diante de um dolo direto, ou ele apenas o previu, agindo, assim, culposamente.

Sendo assim, é salutar que se deve sempre ter em questão que cada caso tem suas particularidades, não podendo, pois, referir-se a uma fórmula (isso sim feriria o princípio da culpabilidade), como alguns sugerem, e é justamente por isso que não se pode ficar preso às entranhas da simples técnica, devendo, a fim de vislumbrar a presença do dolo eventual, não tentar desvencilhar a simples vontade do agente – missão quase impossível nessa hipótese –, mas sim analisar as circunstâncias do caso concreto.

O que se verifica, pois, é que o consumo do álcool há muito tempo vem sendo socialmente aceito, já tendo sido incorporado à rotina do homem moderno. Estima-se, hoje, que mais de cem pessoas morrem por dia por “acidentes” de trânsito no Brasil. O número real pode não ser conhecido pela maioria; suas vítimas podem não ser reconhecidas por muitos; mas é inegável que os efeitos do álcool e as consequências de seu uso imoderado são, de longe, conhecidos por todos. Não se pode admitir, portanto, no atual estágio em que vivemos, que aquele que se embriaga, dirige um automóvel, por exemplo, em alta velocidade e em uma via

movimentada (hipótese bastante corriqueira atualmente), agiu simplesmente com culpa.

Na busca da solução, portanto, surge um impasse: de um lado a segurança pública e a vida; do outro, a técnica jurídica. Penalizar, a título de dolo, todo aquele que, tendo ingerido bebida alcoólica, comete um homicídio no trânsito seria um atentado ao princípio da culpabilidade e aos direitos do homem; por outro lado, considerar culposa toda conduta nos mesmos moldes seria, além de irresponsável por parte do Judiciário, um atentado à vida. Conclui-se, então, que nada mais justo que o dolo eventual seja extraído da análise do caso concreto e das circunstâncias que tramitam ao seu redor, e não apenas da simples investigação da vontade do agente, dado, pois, ser tal investigação um tanto quanto perigosa ou insuficiente, além de ser o seu real alcance, quase sempre, inatingível.

## 6 O CRIME DE HOMICÍDIO NO CÓDIGO PENAL E NO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

A fim de concluir melhor no núcleo deste trabalho, convém tecer algumas considerações acerca do crime de homicídio e o seu tratamento pelo Código Penal Brasileiro e pela Lei n.º 9.503/97, a qual prevê os delitos de trânsito.

Com efeito, estabelece o art. 4ª da convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), da qual o Brasil é signatário: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite a vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Sendo assim, o bem jurídico que se busca proteger no crime de homicídio é a vida humana (a vida extra-uterina), dito como um dos mais importantes do ordenamento jurídico, uma vez que, a partir dele, emanam todos os demais; daí sua proteção ser um imperativo jurídico de ordem constitucional.

Nesse contexto, aduz Hungria (apud SANCHES, 2012, pág.55):

O homicídio é o tipo central de crimes contra a vida e é o ponto culminante na ortografia dos crimes. É o crime por excelência. É o padrão da delinquência violenta ou sanguinária, que representa como que uma reversão atávica às eras primevas, em que a luta pela vida, presumivelmente, se operava com o uso normal dos meios brutais e animais. É a mais chocante violação do senso moral médio da humanidade civilizada.

Do latim homicídio (morte violenta), o homicídio é entendido, pois, como a ocisão da vida de um ser humano por outro. O nosso ordenamento jurídico prevê várias modalidades do crime, sendo as que interessam ao presente trabalho são os crimes de homicídio doloso simples e o homicídio culposo praticado na direção de veículo automotor, já que a discussão acerca do elemento subjetivo do tipo nos crimes cometidos por embriaguez no trânsito reside justamente no seu encaixe em uma dessas duas modalidades.

No homicídio simples, previsto no caput do art. 121 do CP, cuja pena de reclusão varia de seis a vinte anos, a redação reside em “matar alguém”. O núcleo do tipo “matar” configura-se na retirada injusta da vida de uma pessoa por outrem. O elemento subjetivo do *caput* é o dolo, que poderá ser direto ou eventual. O agente atua, porquanto, com o chamado *animus necandi* ou *animus occidendi*.

Por outro lado, apesar de seu §3º prever o homicídio culposo, sendo aquele praticado por imprudência, negligência ou imperícia, com o advento da lei 9.503/97, pelo princípio da especialidade, o homicídio culposo decorrente da direção de veículo automotor passou a inserir-se no disposto no art. 302 do CTB – “Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor” – cuja pena é de detenção de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Ambos são crimes materiais – consumando-se com a morte da vítima; de dano – exigindo, para a sua consumação, a efetiva lesão ao bem jurídico protegido; não transeunte – posto que deixam vestígios; instantâneo de efeitos permanentes; monossubjetivo – podendo perfeitamente ser praticado por apenas uma pessoa; e, por fim, duplamente comum – podem ser praticado por qualquer e contra qualquer pessoa, não se exigindo, assim, uma característica especial do agente ou da vítima.

Em outro aspecto, apesar das semelhanças, os dois tipos apresentam algumas diferenças que vão além de seu elemento subjetivo. Enquanto o delito do art. 121 do CP é de ação livre – vez que não exige forma especial de agir, podendo ser praticado de forma comissiva ou omissiva, com meios diretos ou indiretos, desde que idôneos a causar o resultado morte; o do art. 302 do CTB, por óbvio, apenas pode ser praticado na direção do veículo automotor.

Ademais, no homicídio simples, tratando-se de crime plurissubsistente, uma vez que a conduta pode ser fracionada em vários atos, a tentativa mostra-se perfeitamente possível quando o resultado morte não advém por circunstâncias alheias à vontade do agente. Já, no homicídio culposo ocorrido na direção do veículo automotor, a tentativa não é admissível, tendo em vista se tratar de um delito culposo e, portanto, unisubsistente, o que torna impossível o fracionamento do *inter criminis*.

Por fim, dentre as principais diferenças os delitos, está na competência para julgá-lo. O homicídio simples, por ser crime doloso contra a vida, é julgado, seja na sua forma tentada ou consumada, pelo Tribunal do Júri; ao passo que a competência para julgar o homicídio culposo na direção de veículo automotor é da justiça comum.

---

Especificadas, pois, as diferenças fundamentais entre os dois crimes, a grande discussão acerca da configuração da culpa ou dolo eventual no homicídio praticado em razão da embriaguez ao volante existe, na verdade, em razão da discrepância que há entre as penas de um delito e outro e suas conseqüentes implicações. Daí a grande importância na correta tipificação, a fim de que se evite ou a pena excessiva ou a pena insuficiente.

## 7 HOMICÍDIO DE TRANSITO POR EMBRIAGUEZ: dolo eventual ou culpa consciente: análise crítica jurisprudencial

O Código de Trânsito Brasileiro, criado em 1997 pela Lei n.º 9.503, buscou, além de dispor acerca das questões administrativas relacionadas ao trânsito de veículos, introduzir no ordenamento jurídico novos tipos penais (arts. 302 a 312), com o fim de conferir a cada pessoa o direito de ter condições seguras de transitar.

Ocorre que as normas ali contidas não se mostraram suficientes a coibir a violência no trânsito. O trânsito de veículos automotores tornou-se, hoje, um problema de saúde e segurança pública, não só pelo número de danos materiais e morais que provoca, mas, principalmente, pelo número de feridos e vítimas fatais que deixa. Consequentemente, o Direito, como instrumento de controle social, não poderia ficar a margem dessa problemática. Cresce, pois, cada vez mais, o número de ações judiciais, em que se buscam ora o ressarcimento dos danos materiais provocados, ora a compensação pela dor sofrida.

Com efeito, dentre as principais causas de morte no trânsito está o homicídio provocado por embriaguez ao volante. Em razão disso, é frequente, entre os estudiosos do Direito, a discussão acerca do elemento subjetivo presente nesse tipo de delito – se o dolo eventual ou a culpa consciente. Tal indagação ganha ainda mais relevância em virtude da diferença – gritante – de penas existente entre um homicídio doloso e um homicídio culposos.

Conforme já exposto anteriormente, na busca de uma solução para tal impasse, a doutrina procura distinguir o dolo eventual da culpa consciente, através de teorias diferenciadoras intelectivas – ligadas mais ao critério da consciência do fato – e volitivas – relacionadas mais à vontade em praticar a conduta. Por este prisma, a corrente majoritária, focando no critério volitivo, agarra-se à teoria do consentimento, arguindo que, tanto no dolo eventual, quanto na culpa consciente, o agente prevê o resultado e, portanto, tem "consciência" da possibilidade de realização do tipo penal, sendo que a diferença somente poderá ser feita no campo da "vontade". A análise de tal vontade, contudo, no caso do homicídio por embriaguez ao volante, não é feita no momento da ação propriamente dita, sendo deslocada, em consonância com a teoria da *actio libera in causa* (já explicada), para o tempo em que o agente se "auto" colocou em estado de inimizabilidade, ou seja, o da ingestão do álcool. Aqui, como se já não fosse suficiente, surge um novo

dilema: o de que se tal teoria abarca somente a embriaguez preordenada, ou se também se incluem a embriaguez dolosa e a culposa.

A discussão acerca responsabilidade por morte causada no trânsito por condutor embriagado também tem sido alvo de constantes questionamentos perante os nossos tribunais, face à dificuldade em apontar com precisão se há dolo eventual ou culpa consciente. Buscando uma solução, o Supremo Tribunal Federal, no dia 06 de setembro de 2011, seguindo o voto condutor do Ministro Luiz Fux, ao julgar o HC 107.801/SP, assim decidiu:

**EMENTA: PENAL. HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. PRONÚNCIA POR HOMICÍDIO QUALIFICADO A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. EMBRIAGUEZ ALCOÓLICA. ACTIO LIBERA IN CAUSA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO VOLITIVO. REVALORAÇÃO DOS FATOS QUE NÃO SE CONFUNDE COM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ORDEM CONCEDIDA.** 1. A classificação do delito como doloso, implicando pena sobremodo onerosa e influido na liberdade de ir e vir, mercê de alterar o procedimento da persecução penal em lesão à cláusula do *due process of law*, é reformável pela via do *habeas corpus*. 2. 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. **3. 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.** 4. *In casu*, do exame da descrição dos fatos empregada nas razões de decidir da sentença e do acórdão do TJ/SP, não restou demonstrado que o paciente tenha ingerido bebidas alcoólicas no afã de produzir o resultado morte. 5. A doutrina clássica revela a virtude da sua justeza ao asseverar que “O anteprojeto Hungria e os modelos em que se inspirava resolviam muito melhor o assunto. O art. 31 e §§ 1º e 2º estabeleciam: ‘A embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, ainda quando completa, não exclui a responsabilidade, salvo quando fortuita ou involuntária. § 1º. Se a embriaguez foi intencionalmente procurada para a prática do crime, o agente é punível a título de dolo; § 2º. Se, embora não preordenada, a embriaguez é voluntária e completa e o agente previu e podia prever que, em tal estado, poderia vir a cometer crime, apenas é aplicável a título de culpa, se a este título é punível o fato’”. (Guilherme Souza Nucci, Código Penal Comentado, 5. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2005, p. 243) 6. A reavaliação jurídica dos fatos postos nas instâncias inferiores não se confunde com o revolvimento do conjunto fático-probatório. Precedentes: HC 96.820/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 28/6/2011; RE 99.590, Rel.Min. Alfredo Buzaid, DJ de 6/4/1984; RE 122.011, relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 17/8/1990. 7. A Lei nº 11.275/06 não se aplica ao caso em exame, porquanto não se revela *Lex mitior*, mas, ao revés, previu causa de

aumento de pena para o crime *sub judice* e em tese praticado, configurado como homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302, *caput*, do CTB). 8. Concessão da ordem para desclassificar a conduta imputada ao paciente para homicídio culposo na direção de veículo automotor (art.302, *caput*, do CTB), determinando a remessa dos autos à Vara Criminal da Comarca de Guariba/SP. (STF. HC 107.801/SP. Rel. Min. Luiz Fux. DJ. 06.09.2011).

Conforme pode ser visto, a decisão da Suprema Corte, indo de encontro ao voto proferido pela ministra Carmen Lucia, desclassificou a conduta imputada ao agente de homicídio doloso para homicídio culposo, sob o argumento de que, para haver a responsabilização do acusado a título doloso, é necessário que o mesmo já tenha se embriagado com o intuito de praticar o delito.

Em seu voto, o Ministro Luiz Fux (2011) aduziu:

Outrossim, observa-se atualmente, de um modo geral, seja nas acusações seja nas decisões judiciais, certa banalização no sentido de atribuir-se aos delitos de trânsito o dolo eventual, o que se refletiu no caso em exame.

No entanto, reconhecido na sentença de pronúncia e no acórdão que a confirmou que o paciente cometera o fato em estado de embriaguez alcoólica, a sua responsabilização a título doloso somente pode ocorrer mediante a comprovação de que ele embebedou-se para praticar o ilícito ou assumindo o risco de praticá-lo. A aplicação da teoria da *actio libera in causa* somente é admissível para justificar a imputação de crime doloso em se tratando de embriaguez preordenada, sob pena de incorrer em inadmissível responsabilidade penal objetiva.

No que pese tentativa de acabar com o impasse, a corte, com o devido respeito, não foi feliz na sua decisão. Após o referido julgado, abriu-se precedente para que, nos crimes de trânsito provocados por embriaguez, a culpa consciente seja presumida somente pelo fato de que há um tipo penal específico no art. 302, do Código de Trânsito Brasileiro. Ademais, a partir de tal julgado, o STF passa a ter o entendimento de que a teoria da *actio libera in causa* somente tem aplicação para configurar o dolo eventual quando se estiver diante da embriaguez preordenada, isto é, quando o agente embriaga-se já com o fim de matar.

Além dos frágeis argumentos, o julgamento enfraquece-se ainda mais se analisarmos o entendimento da Corte no caso de homicídio no trânsito provocado pela corrida automobilística, conhecida como “racha” ou “pega”, no HC 101.698/RJ, cujo relator foi o também ministro Luiz Fux (2011):

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. HOMICÍDIO. “PEGA” OU “RACHA” EM VIA MOVIMENTADA. DOLO EVENTUAL. PRONÚNCIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DE DESEMBARGADORA NO SEGUNDO JULGAMENTO DO MESMO RECURSO, ANTE A ANULAÇÃO DO PRIMEIRO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. EXCESSO DE LINGUAGEM NO ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA PRONÚNCIA NÃO CONFIGURADO. DOLO EVENTUAL X CULPA CONSCIENTE. PARTICIPAÇÃO EM COMPETIÇÃO NÃO AUTORIZADA EM VIA PÚBLICA MOVIMENTADA. FATOS ASSENTADOS NA ORIGEM. ASSENTIMENTO QUE SE DESSUME DAS CIRCUNSTÂNCIAS. DOLO EVENTUAL CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICOPROBATÓRIO. REVALORAÇÃO DOS FATOS. ORDEM DENEGADA.

Em tal acórdão, restou decidido que o homicídio cometido na direção de veículo automotor em virtude do “racha” é doloso. Ocorre, contudo, que os argumentos utilizados para justificar tal decisão podem ser prontamente encaixados no homicídio provocado por embriaguez, conforme pode ser demonstrado a seguir.

Defendeu-se, primeiramente, que o delito de participação em competição não autorizada, previsto no art. 308 do CTB, é crime doloso de perigo concreto que, uma vez resultando em lesão corporal ou homicídio, deve progredir para os crimes dos artigos 129 ou 121 do CP, em sua forma dolosa, porquanto seria um contrassenso converter um delito doloso em culposo, em razão do advento de um resultado mais grave. Sucede, no entanto, que o delito embriaguez ao volante, previsto no art. 306 do CTB e recentemente alterado pela Lei n.º 12.760/2012, também se configura em um crime doloso. Sendo assim, uma contradição a alegação de impossibilidade de transmutação de um delito doloso em culposo no crime do art. 308 e, contudo, a sua possibilidade no art. 306.

Utilizou-se como argumento, também, o fato do “racha” ser conduta de risco incompatível com a atividade de direção no trânsito. Com o devido respeito, é, no mínimo, absurdo não considerar o mesmo para a embriaguez. Tem-se, inclusive, que o crime de embriaguez ao volante é de perigo abstrato, sendo, pois, o risco trazido para a sociedade presumido de modo absoluto. Nesse contexto, de acordo com a teoria da imputação objetiva, desenvolvida por Claus Roxin, aquele que cria um risco juridicamente proibido e, desse risco, advém um resultado, deve por ele responder. No que pese a resistência na aplicação da referida teoria no

ordenamento jurídico brasileiro, o Superior Tribunal de Justiça já consagrou a sua aplicação, a saber:

(...) I. De acordo com a Teoria Geral da Imputação Objetiva o resultado não pode ser imputado ao agente quando decorrer da prática de um risco permitido ou de uma ação que visa a diminuir um risco não permitido; o risco permitido não realize o resultado concreto; e o resultado se encontre fora da esfera de proteção da norma. II. O risco permitido deve ser verificado dentro das regras do ordenamento social, para o qual existe uma carga de tolerância genérica. É o risco inerente ao convívio social e, portanto, tolerável. III. Hipótese em que o agente agiu em desconformidade com as regras de trânsito (criou um risco não permitido), causando resultado jurídico abrangido pelo fim de proteção da norma de cuidado – morte da vítima, atraindo a incidência da imputabilidade objetiva. (REsp 822517/DF, rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, j. 12.06.2007)

Com efeito, ainda que se possa argumentar que a teoria da imputação objetiva não é admitida no direito brasileiro, não se pode admitir que aquele que se comporta de forma inadequada – criando, dolosamente, um risco não permitido – e que, de tal conduta, advém um resultado típico, por ele assim não responda.

Em outro aspecto, alegou-se, ainda, que aquele que, por meio de uma corrida automobilística proibida, lança-se em práticas de expressiva periculosidade, em via pública, mediante alta velocidade, acaba por consentir em que o resultado se produza, incidindo, assim em dolo eventual. Mais uma vez, não há razões lógicas para a diferenciação. Aquele que se propõe a dirigir em uma via pública movimentada em estado de embriaguez também comete uma conduta expressivamente perigosa, posto que se auto colocou em estado de não consciência.

Por fim, argumentou-se que a diferença entre o dolo eventual e a culpa consciente encontra-se no elemento volitivo e que, ante a impossibilidade de penetrar-se na *psique* do agente, exige-se a observação de todas as circunstâncias objetivas do caso concreto. Eis aqui o principal ponto de congruência com o presente trabalho e que tem se defendido ao longo do mesmo: o dolo eventual deve ser vislumbrado nas circunstâncias objetivas do caso concreto, analisando-se o conjunto probatório – como, por exemplo, grau da embriaguez, velocidade imprimida, direção na contramão, dentre outras; uma vez que penetrar na mente do agente para, dali, extrair a sua vontade é tarefa de veras impossível. Esse, aliás, tem sido um entendimento constante nos nossos tribunais superiores:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES DE HOMICÍDIO E LESÃO CORPORAL. ATROPELAMENTO. DOLO EVENTUAL. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. PRONÚNCIA. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. EXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INADMISSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. A questão de direito, objeto de controvérsia neste writ, consiste na configuração do dolo eventual ou da culpa na conduta do paciente no atropelamento que gerou a morte de quatro vítimas e causou lesões corporais em uma quinta. 2. O dolo eventual compreende a hipótese em que o sujeito não quer diretamente a realização do tipo penal, mas a aceita como possível ou provável (assume o risco da produção do resultado, na redação do art. 18, I, in fine, do CP). **3. Faz-se imprescindível que o dolo eventual se extraia das circunstâncias do evento, e não da mente do autor, eis que não se exige uma declaração expressa do agente.** 4. Como se sabe, para a decisão de pronúncia basta um juízo de probabilidade em relação à autoria delitiva. Nessa fase, não deve o Juiz revelar um convencimento absoluto quanto à autoria, pois a competência para julgamento dos crimes contra a vida é do Tribunal do Júri. 5. Na presente hipótese, depreende-se da decisão de pronúncia, a existência de indícios suficientes de autoria em relação aos crimes dolosos de homicídio e lesão corporal, visto que diversas testemunhas afirmaram que o paciente dirigia seu veículo em alta velocidade e, após o atropelamento, aparentava estar alcoolizado. **6. No caso em tela, de acordo com o que consta da denúncia, o paciente aceitou o risco de produzir o resultado típico no momento em que resolveu dirigir seu automóvel em velocidade excessiva, sob o efeito de bebida alcoólica e substância entorpecente.** 7. De outro giro, verificar se o paciente agiu, ou não, com dolo eventual no caso concreto, importa, necessariamente, em aprofundado exame de matéria fático-probatória, inadmissível na estreita via do habeas corpus. 8. Com efeito, conforme já decidiu esta Suprema Corte "sem exame aprofundado de provas, inadmissível em habeas corpus, não se pode concluir pela caracterização, ou não do dolo eventual" (HC 67.342/RJ, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 31.03.1989). 9. Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus. (HC 97252, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe-167 DIVULG 03-09-2009 PUBLIC 04-09-2009 EMENT VOL-02372-03 PP-00520)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIOS. "RACHA". PRONÚNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO PRETENDIDA. I – É de ser reconhecido o prequestionamento quando a questão, objeto da irresignação rara, foi debatida no acórdão recorrido. II – Se plausível, portanto, a ocorrência do dolo eventual, o evento lesivo - no caso, duas mortes - deve ser submetido ao Tribunal do Júri. Inocorrência de negativa de vigência aos arts. 308 do CTB e 2º, parágrafo único do C. Penal. III – Não se pode generalizar a exclusão do dolo eventual em delitos praticados no trânsito. Na hipótese de "racha", em se tratando de pronúncia, a desclassificação da modalidade dolosa de homicídio para a culposa deve ser calcada em prova por demais sólida. No iudicium accusationis, inclusive, a eventual dúvida não favorece os

acusados, incidindo, aí, a regra exposta na velha parêmia in dubio pro societate. **IV – O dolo eventual, na prática, não é extraído da mente do autor mas, isto sim, das circunstâncias. Nele, não se exige que resultado seja aceito como tal, o que seria adequado ao dolo direto, mas isto sim, que a aceitação se mostre no plano do possível, provável. V – O tráfego é atividade própria de risco permitido. O "racha", no entanto, é – em princípio – anomalia extrema que escapa dos limites próprios da atividade regulamentada.** Recurso não conhecido. (REsp 249.604/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 24/09/2002, DJ 21/10/2002, p. 381)

Como pode ser visto, não há grandes razões lógicas, acadêmicas ou práticas para diferenciar o elemento subjetivo presente naquele que pratica homicídio por meio do “racha” ou por estar em estado de embriaguez. Se não se pode concluir que aquele que se propõe a dirigir embriagado, colocando em risco a vida de quem quer que seja, agiu com dolo eventual; também não se pode concluir que aquele que participa de uma corrida automobilista com o fim de vencê-la quis matar alguém que por ali passava ou assumiu o risco de fazê-lo. Do contrário, se há dolo eventual no homicídio cometido da forma deste último, posto o risco que traz para a incolumidade pública, também o há no primeiro.

Não há como se admitir tal distinção. Tampouco se pode concluir, como sugere o Ministro Luiz Fux, que a teoria da *actio libera in causa* apenas seja aplicada no caso de embriaguez preordenada, posto que, se assim o fosse, estar-se-ia esvaziando as possibilidades de existência de dolo eventual por embriaguez. Isso porque se, para aplicar a teoria, o sujeito tem que ter se embriagado com a intenção de matar, somente se poderia vislumbrar o dolo eventual nos casos, por exemplo, que o sujeito utiliza o automóvel como instrumento para matar alguém específico, tendo em vista que poucos são os casos em que o acusado embriagou-se com o fim de matar quem quer que fosse.

Há, ainda, outra problemática em afirmar que o homicídio no trânsito por embriaguez é culposo. É que, ao se fazer tal afirmação, estar-se-á reduzido a prática de um crime – direção alcoolizada de veículo (art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro) – à mera inobservância de um dever de cuidado; bem como que aquele que praticou um crime apenas agiu com imprudência, negligência ou imperícia. Trata-se de um verdadeiro retrocesso jurídico.

Sendo assim, não se pode admitir, na atual conjuntura do Brasil – onde o trânsito é caótico, o número de mortes é elevado e campanhas acerca dos perigos

da combinação do álcool com a direção são feitas constantemente em todos os veículos de informação – que aquele que dirige um veículo alcoolizado e mata uma pessoa desconhecia os efeitos do álcool no sangue e os perigos de se dirigir alcoolizado. Há de se admitir, portanto, que se, diante de tais fatos, decide o sujeito, que tem plena consciência dos riscos de sua conduta, a prosseguir com a ação de dirigir, é porque simplesmente assumiu o risco de produção do resultado. Não se pode deixar de considerar o seu desprezo pela vida humana. Nesse contexto, prolata Nucci (2008, p. 198):

As inúmeras campanhas realizadas, demonstrando o perigo da direção perigosa e manifestamente ousada, são suficientes para esclarecer os motoristas da vedação legal de certas condutas, tais como o racha, a direção em alta velocidade, sob embriaguez, entre outras. Se, apesar disso, continua o condutor do veículo a agir dessa forma nitidamente arriscada, estará demonstrando seu desapego à incolumidade alheia, podendo responder por delito doloso.

Se, portanto, para a maioria da doutrina, presumir que o homicídio no trânsito por embriaguez configura-se por dolo eventual é excessivo, presumir a culpa consciência, como sugere o STF, pode representar impunidade. Se, na via doutrinária, a distinção entre esses dois institutos do Direito Penal já é de difícil verificação; em casos concretos, admitir presunções seria imprudente e inaceitável.

Por conseguinte, o que se propõe – repita-se – é que o elemento anímico do agente seja extraído das circunstâncias objetivas e concretas que cercam a prática da conduta delituosa, mediante uma análise probatória e de acordo com a narrativa dos fatos. Não se trata, pois, de uma responsabilidade penal objetiva, como alguns rebatem. Não se sugere que o sujeito seja punido independentemente da existência de dolo ou culpa, mas sim que não se procure extraí-los por meio de uma impraticável busca dentro da mente do agente.

Por outro lado, embora haja uma minoria que defenda a configuração do dolo eventual, o histórico da orientação doutrinária e da jurisprudência em relação aos crimes de trânsito praticado por embriaguez ainda é inquietante. Se a segurança no trânsito encontra-se prejudicada pela ausência de leis de trânsito mais severas e bem definidas e pela inércia da administração, cabe, ao menos, ao Judiciário promover uma interpretação da lei e dos institutos do Direito que atenda não aos anseios populares – como se tem criticado – mas a realidade social que nos cerca.

Deve-se ter como cerne o fato de que a presente discussão vai muito mais além das questões puramente teóricas. Envolve, pois, questões práticas, sociais, de saúde, segurança, enfim, questões humanas.

É obvio que não se pode desprezar a Teoria do Delito, mas os critérios de distinção do dolo eventual e da culpa consciente precisam ser repensados, posto que ineficientes, face à alarmante realidade criminal. Tragicamente, o Código de Trânsito Brasileiro não atende mais as demandas de um trânsito seguro; as leis e o modo como vêm sendo aplicadas precisam ser reformuladas, porém, enquanto isso não acontece, deixe-se claro, mais uma vez, que cabe ao Judiciário a mudança de pensamento e a adequação à realidade. Se não fosse assim, o Direito, como instrumento de controle social que é, perderia a razão de ser se ficasse à margem das necessidades sociais.

Finalmente, não se nega que a direção defensiva ainda é a mais poderosa arma de combate à violência no trânsito, porém quando a prevenção é falha, a repressão efetiva transforma-se nela. A quebra de paradigmas, portanto, mostra-se urgente, não porque a mídia e a população clamam por isso, mas sim porque a vida humana não pode – nem merece – esperar.

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O consumo de bebidas alcoólicas tornou-se, nas últimas décadas, não só socialmente aceito, como prática costumeira e incentivada nos diversos eventos sociais. Tal, contudo, tornou-se um problema na medida em que, com o aumento do seu consumo, também se tornaram frequentes as consequências advindas do seu abuso. E é justamente na combinação do uso de bebidas alcoólicas com a direção de veículo automotor, prática corriqueira atualmente, que esse abuso tem se tornado mais alarmante.

Estima-se, hoje, segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), que morrem, anualmente, por acidente de trânsito uma média 1,3 milhões de pessoas e outros milhões são feridos, sendo a faixa etária de 15 a 44 anos de idade a mais atingida, a qual configura a parcela mais produtiva da sociedade. Conforme dados do Ministério da Saúde, o Brasil registra um índice de 18.9 fatalidades por grupo de 100 mil habitantes. Diariamente são pagas de 900 a 1 mil indenizações por morte, invalidez e assistência médica a feridos em acidentes (dados do DPVAT). Ademais, o Instituto Avante Brasil, cujo diretor é o jurista Luiz Flavio Gomes, traz em sua página virtual um “delitômetro”, o qual aponta que, do ano de 1980 até o presente, o trânsito já provocou, no Brasil, mais de um milhão de mortes, calculando-se que, a cada treze minutos, uma nova pessoa é vítima de acidente de trânsito. A situação é tão alarmante que, em março de 2010, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, proclamou oficialmente o período de 2011 a 2020 como a Década Mundial de Ação pela Segurança no Trânsito, com o objetivo de estimular a população a conter o crescimento de fatalidades e ferimentos graves em acidentes no trânsito.

Mais preocupante do que os números, no entanto, é o que poderes públicos têm feito (ou melhor, não têm feito) para diminuir o problema. Nesse contexto, a legislação não abarca mais um trânsito seguro, a fiscalização é insuficiente (De 2009 para 2010, apesar da chamada “lei seca”, aconteceu o maior aumento de óbitos que já houve no Brasil: 13,96%.) e o Judiciário, a quem caberia à efetiva repressão, acabou, por meio de sua Suprema Corte, por proferir uma decisão (já citada no presente trabalho), que representou, *data venia*, um verdadeiro retrocesso em qualquer política educativa e repressiva no trânsito.

Em razão desse inquietante contexto, que este trabalho procurou, além de demonstrar o cabimento da aplicação da teoria da *actio libera in causa* na embriaguez dolosa e culposa (e não somente não preordenada), estabelecer os parâmetros para o alcance do elemento subjetivo presente no homicídio no trânsito praticado por embriaguez ao volante.

Conforme já esclarecido, apesar da tênue linha que separa o dolo eventual da culpa consciente, há uma diferença gritante entre as penas do homicídio doloso, previsto no Código Penal, e o homicídio culposo, previsto no Código de Trânsito Brasileiro, sendo esta uma das principais razões para a relevância de sua diferenciação. Dentre as diversas teorias que tentam diferenciar os dois elementos subjetivos do tipo, prevalece a teoria do assentimento, a qual determina que, tanto na culpa consciente como no dolo eventual, há previsão do resultado, sendo que, na primeira, o agente não acredita na sua superveniência ou acredita que pode evitá-lo, enquanto que no segundo ele assume o risco de produzi-lo.

Não obstante, se no plano teórico, a discussão pode até se mostrar esclarecida, na prática, ela se apresenta, no mínimo, tormentosa. Isso porque a maioria da doutrina e da jurisprudência brasileira procura extrair o elemento subjetivo do tipo apenas do íntimo do agente, esquecendo-se que penetrar na mente do sujeito configura-se, na maioria das vezes, uma missão difícil e, até mesmo, impraticável.

Sendo assim, o que se sugere é que o elemento anímico do autor seja extraído não de seu âmago, mas sim das circunstâncias objetivas do caso concreto, avaliando-se, para tanto, o conjunto fático-probatório.

Não se pode admitir, pois, diante de tantos homicídios praticados no trânsito em razão da embriaguez e de tantas campanhas diárias, que aquele que, mesmo embriagado, resolve dirigir seu veículo, não sabia dos efeitos do álcool no organismo e as consequências advindas de sua conduta. Se, diante disso, decide ele prosseguir em seu ato, é porque admitiu o risco de produzir um resultado.

Frise-se que não se pretende acabar com os conceitos básicos construídos ao longo dos anos na Teoria do Delito, transformando o dolo eventual em responsabilidade objetiva, como se tem criticado. Apenas procura-se imprimir racionalidade e objetividade a algo cujo subjetivismo possa transformá-lo em um instituto inaplicável.

Dessa forma, é perfeitamente possível, utilizando-se dos critérios esclarecidos ao longo deste trabalho, alcançar uma solução no alcance do elemento subjetivo do tipo no homicídio no trânsito por embriaguez que atenda tanto à segurança pública e à proteção aos bens jurídicos das vítimas, como ao axioma do Direito Penal de que *“nulla poena sine culpa”*. Na verdade, a presunção de que o crime de homicídio por embriaguez ao volante é culposos, salvo se a embriaguez for preordenada, como sugere o Supremo Tribunal Federal, é que significaria uma ofensa ao princípio da culpabilidade.

Por tudo o que foi exposto, conclui-se que, no que pese a diferenciação do dolo eventual da culpa consciente ser calcada na vontade, esta deve ser extraída das circunstâncias do caso concreto. Só assim, é possível atender aos ditames da justiça, evitando-se tanto a hipertrofia na punição como a impunidade. É claro que as decisões judiciais não podem atender aos clamores populares e da mídia. Porém, tampouco pode ficar aquém da realidade social e, principalmente, criminal. O Direito como instrumento de controle da sociedade que é, perderia a razão de ser se ficasse alheio a ela. Pensar diferente, à mercê de não banalizar o tipo penal do dolo eventual, é acabar por banalizar a própria vida.

## REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação Penal Especial**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

CASTELO BRANCO, Emerson. **Legislação penal especial**. São Paulo: Método, 2009.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JR. Roberto; DELMANTO Fabio Machado de Almeida. **Código Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ENCICLOPÉDIA DELTA UNIVERSAL. Volume 2. Rio de Janeiro: Delta S.A., 1982.

FERNANDES QUEIROZ, Juliane. **Paternidade**: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Salvador: JusPodivm, 2012.

GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 5. ed.. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>

JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>

MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal esquematizado: Parte Geral**. 4. ed., rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2011. v.1.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual do Direito Penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ROXIN, Claus. **Derecho penal, parte general**: fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Traducción: Diego-Manuel Luzón Peña. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997.

SANCHES, Rogério. **Código Penal para concursos**. 3. ed. rev. amp e atual. Salvador: JusPodivm, 2010.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal**: parte especial. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.v. único.

SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo. **Teoria da imputação objetiva**: estudo critico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da imputação objetiva. Tradução de Nereu José Giacomolli. São Paulo: Manole, 2003.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulo Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual do direito penal brasileiro**: parte geral. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.v. 1.