

EMBRIAGUEZ NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO E HOMICÍDIO: ESTUDO DE UM CRITÉRIO

DRUNK DRIVING AND VEHICLE HOMICIDE: A STUDY OF CRITERIA

Orlando Faccini Neto¹

Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da
Universidade de Lisboa

RESUMO: Pretende-se, neste texto, discutir o enquadramento legal relativo aos casos de morte produzida por agente que conduzia veículo embriagado, evitando-se o subjetivismo, por meio de critério que se mostre adequado ao quadro normativo brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Embriaguez; homicídio; indiferença.

ABSTRACT: *It is intended in this text to discuss the legal framework concerning the deaths produced by agent leading vehicle while intoxicated, avoiding subjectivism, through criteria that show the appropriate regulatory framework in Brazil.*

KEYWORDS: *Inebriation; homicide; indifference.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Antecipação da proteção penal; 2 A questão da vontade; 3 Indiferença; 4 Um outro olhar sobre a indiferença; 5 A questão jurídica, de novo; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Anticipation of criminal protection; 2 The question of will; 3 Indifference; 4 Another look at indifference; 5 The legal question, again; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

A discussão doutrinária a respeito dos critérios hábeis a distinguir o dolo eventual e a culpa consciente é daquelas que mais enfaticamente apresentam relevância prática. Cremos, entretanto,

¹ Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos/RS. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Luterana do Brasil – Ulbra/RS. Professor de Direito Penal e de Processo Penal da Escola Superior da Magistratura/RS. Professor de Direito Constitucional na Faculdade Anhanguera em Passo Fundo/RS. Professor de Processo Penal na Universidade de Passo Fundo/RS. Juiz de Direito no Rio Grande do Sul. Email: ofneto@tj.rs.jus.br.

muito difícil lucubrar apenas em termos teóricos, sem as particularidades que cada caso concreto venha a oferecer. Seria, pois, desde logo um equívoco a suposição de que uma asserção definitiva se possa encontrar nestas linhas; por isso, aqui, nossa pretensão é a de aludir argumentos que, em um plano geral, forneçam uma indicação de sentido que, todavia, reconhecemos, possa ser mitigada por circunstâncias que algumas hipóteses venham a oferecer. As respostas, em Direito, não se as pode dar antes das perguntas serem formuladas; e as perguntas são os *casos*.

Dito isso, reduziremos nossas indagações a um âmbito bastante restrito, concernente à controversa hipótese de ocorrência de homicídio no tráfego viário, quando o agente conduzia embriagado. E embriagado, diga-se logo, em termos tais que revelasse, por sua conduta, a realização autônoma do crime de perigo específico, que pressupõe certo nível de concentração da substância alcoólica.

Nem é preciso dizer da pluralidade de situações que o tema envolve, no que se verifica sua presença amiúde nos tribunais. Sabe-se, ademais, que recentemente o Supremo Tribunal Federal enfrentou a matéria no HC 107.801/SP, cuja votação majoritária propendeu em favor de tese segundo a qual, embora o estado de embriaguez do motorista, e a causação da morte de um transeunte por conta de atropelamento, apenas se haveria de cogitar de dolo eventual se ficasse comprovado que o agente embebedou-se para praticar o ilícito ou assumir o risco de praticá-lo. Sem isso, segundo o redator do acórdão, Ministro Luiz Fux, o que haveria é “mera presunção do elemento volitivo indispensável para configurar-se o dolo”, ainda que de dolo eventual se estivesse a tratar.

Indagar-se-ia, porém, se o elemento volitivo é deveras indispensável para a caracterização do dolo eventual. Tratar-se-ia a vontade de um dado indispensável à sua configuração?

Este tema convém abordar melhor.

1 ANTECIPAÇÃO DA PROTEÇÃO PENAL

Há casos em que a proteção penal se antecipa e o legislador institui um crime de perigo, precedente ao de concretização de um dano. Sobretudo quando a potencialidade de lesão assume certa magnitude, exclui-se mesmo a necessidade de prova da efetividade da situação perigosa, que é, como sabemos, presumida pela norma incriminadora².

² Não pretendemos ingressar na temática invocada por alguma doutrina, de que os crimes alcunhados de perigo abstrato ensejariam situação de inconstitucionalidade. No geral, a jurisprudência segue

Tenhamos em conta a incriminação autônoma da embriaguez ao volante a partir de certa quantidade de álcool ingerida. Quando este dano ocorre, ou seja, na hipótese de o sujeito embriagado, que, só por isso, já violava a norma de perigo, vir a ensejar um homicídio, parece ser idôneo afirmar que se caminharia mais firmemente em direção ao dolo eventual de dano do que à culpa, e isto porque o próprio crime de perigo já requeria o dolo, no sentido da produção de situação de risco que, com o homicídio, acaba por se realizar.

Vejamos bem, parando os olhos defronte à legislação brasileira: o crime do art. 306 do Código de Trânsito é, como parece evidente, delito qualificado como de perigo, o que significa que sua configuração sucede em virtude de a situação ali descrita revelar probabilidade de dano. Trata-se, ademais, de crime que apenas se comete sob a forma dolosa.

Desse modo, a realização do crime de perigo pelo agente é, em si, indicação de que o dano cuja ocorrência potenciava lhe era *indiferente* – e o sendo, basta; pois não se é de exigir que o dolo de perigo, que comporta um juízo assertórico positivo sobre este mesmo perigo, também o faça com relação ao dano³.

É bem de ver que em várias outras hipóteses o homicídio negligente no trânsito teria sua ocorrência revelada, como, por exemplo, nos casos de não verificação adequada de pneus ou peças de frenagem, casos em que, notemos, não há fatos que, de antemão, já estivessem criminalizados sob a forma de um tipo de perigo, em virtude da concepção legislativa sobre sua imensa lesividade social.

outro ponto de vista e, mesmo no estrangeiro, não dá acolhida à tese de contrariedade a ditames constitucionais. A tanto basta-nos a indicação do Acórdão nº 95, do Tribunal Constitucional de Portugal, que rechaçou alegação de inconstitucionalidade do tipo penal versado no art. 292, n. 1, do Código Penal daquele país, cuja redação é a seguinte: “*Quem, pelo menos por negligência, conduzir veículo, com ou sem motor, em via pública ou equiparada, com uma taxa de álcool no sangue igual ou superior a 1,2 g/l, é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal [...]*”.

³ Entre a defesa da importância de um elemento volitivo no dolo, e as suas repercussões para o dolo eventual, assentadas por Palma (A vontade no dolo eventual. In: *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*. Coimbra: Almedina, v. II, 2002. p. 795-833) e a rejeição firme da necessidade desta mesma vontade para a configuração do elemento subjetivo, que, portanto, bastar-se-ia em sua base cognitiva, desde que presente o domínio do agente, isto é, uma certa condição de controle (GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em Comemoração do 70º aniversário*. Lisboa: Almedina, 2009. p. 885-904), ficaríamos no intermédio da relevância da *indiferença*. Sobre o tema, cf.: PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad. Luis Greco. São Paulo: Manole, 2004. p. 123. Em sentido contrário ao aqui preconizado, cf.: PEREIRA, Rui Carlos. *O dolo de perigo: contribuição para a dogmática da imputação subjectiva nos crimes de perigo concreto*. Lisboa: LEX, 1995. p. 64-82.

Com isso, parece-se empreender à necessária superação de um plano meramente descritivo para o elemento subjetivo do tipo – de uma neutra relação entre consciência, vontade e evento –, em favor de um dolo que se apresente axiologicamente estruturado, em ordem a comportar um juízo de desvalor; o que equivaleria a dizer que “*la distorsione insita nel dolo è di natura non già razionale-conoscitiva, sibbene emozionale-affectiva*”⁴.

2 A QUESTÃO DA VONTADE

A bem da verdade, não deixa de ser discutível a própria *vontade*, quando se compreende, por exemplo, a hipótese do *dolo necessário* ou de segundo grau – não consagrado em nosso Código Penal de modo expresso, mas presente em diversas legislações, como sendo o alusivo às consequências necessárias e inevitáveis do fato realmente pretendido pelo agente⁵.

E isto não obstante a consideração de que, em termos classificatórios, tal espécie de dolo situe-se como mais próxima do dolo direto, em que o dogma da vontade é quase um consenso.

Em diferentes palavras, o que se quer dizer é, já para fins de dolo necessário, da presença de um elemento de *indiferença*, relativo às consequências do comportamento do agente em direção ao fim pretendido. Não será, pois, em sentido semelhante o que sucede com o dolo eventual?

Se bem que na distinção entre dolo eventual e culpa consciente Welzel remete à conhecida fórmula de Frank⁶, pela qual a indiferença do autor quanto ao resultado antijurídico se mostra um critério de destrinça⁷, a verdade é que “*il*

⁴ MORSELLI, Elio. *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*. Padova: Cedam, 1989. p. 71.

⁵ O exemplo clássico de colocação de artefato explosivo em um veículo, para o fim de produzir a morte de determinada personalidade, bem revela a indiferença do agente no que concerne aos corolários decorrentes para os outros ocupantes do automóvel. Não os queria matar; isto é, aqui não atuou com vontade, mas na expressiva lição de Gimbernat Ordeig, as “*muertes de las otras dos personas que viajaban en el mismo vehículo le eran al autor indiferentes [...] sabia que iban necesariamente vinculadas al atentado*” (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Acerca del dolo eventual. In: *Estudios de derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1990. p. 243).

⁶ Sobre este ponto, cf.: PROSDOCIMI, Salvatore. *Dolus eventualis: il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993. p. 9-14.

⁷ WELZEL, Hans. *Derecho penal, parte general*. Traducción del alemán por Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 75-6.

dolo di Welzel non è meno cieco e meno 'specchio riflettente' di quello classico, in quanto entrambi sono privati della loro radice dinamico-emozionale"⁸.

Sucede que o dolo não se estrutura em termos puramente descritivos e não deixa de indiciar certo estado de ânimo, acompanhado de uma atitude interior de adesão ao impulso de afetação do bem jurídico. Ou seja: revela uma situação de indiferença ou de desinteresse frente aos valores comportados pelo Direito⁹.

Conforme assinala Morselli, entretanto, não se trata apenas de acrescentar ao dolo este elemento de ordem emocional, consistente na indiferença; pois essa, em certo sentido, é também característica da culpa, sobretudo quando relativa à falta de cuidado. No dolo, contudo, este elemento de indiferença apresenta um *quid* dinâmico, uma agressividade ou destrutividade, verificáveis no comportamento do agente que se não afetou pela ordem jurídico-penal¹⁰.

Quer dizer, se a indiferença na negligência se mostra como um "*statico difetto di sensibilità sociale*", no dolo cuida-se de "*una componente attiva di distruttività*"¹¹.

Será essa a razão por que, nos casos em que o crime de perigo já se apresentou consumado, e sendo o perigo, como assentado, a probabilidade de dano, mostrar-se-á muito discutível que a conduta que se iniciou dolosa transforme-se, qual mágica, em pura inobservância do dever de cuidado. Ou já não terá havido dolo de produção do perigo? Que é o mesmo que dizer: dolo de ensejar uma situação de probabilidade de dano.

⁸ MORSELLI, Elio. Op. cit., p. 66. Na análise que estabelece sobre a evolução deste ponto de vista e de sua influência na doutrina espanhola, não deixa Ragués i Vallès de observar que, em verdade, "*el elemento emocional-volitivo del dolo eventual aparece claramente desdibujado en la segunda fórmula de Frank*" (RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1999. p. 60-6).

⁹ A asserção permite dizer que o dolo penal é algo como concebido pelos romanos, um *dolus malus*, no sentido de que revela uma afetação do agente, um estado emotivo, uma indiferença frente aos valores protegidos pelo Direito. Sobre o conceito de *dolus malus*: DEMURO, Gian Paolo. *Il dolo: svolgimento storico del concetto*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2007. p. 62-5.

¹⁰ MORSELLI, Elio. Op. cit., p. 69-70.

¹¹ Idem, ibidem. O que poderia ser dito de outro modo, seguindo-se agora Prosdocimi: "*nel dolo eventuale, oltre all'accettazione del rischio [...], vi è l'accettazione, sia pure in forma eventuale, del danno, della lesione*" (PROSDOCIMI, Salvatore. Op. cit., p. 35).

Cabe assinalar que a afirmação de que o dolo é expressão de uma “atitude pessoal contrária ou indiferente”¹² frente aos valores consagrados num tipo penal¹³ não é o mesmo do que cogitar de um elemento subjetivo em cuja estrutura se mostre desde logo presente a consciência do *torto*, como seja, da antijuridicidade¹⁴. O que aparece como critério relevante a ser tomado em conta para a sempre difícil distinção entre o dolo eventual¹⁵ e a negligência consciente surge como *indiferença*.

¹² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Pressupostos da punição e causas que excluem a ilicitude e a culpa. *Jornadas de direito criminal: o novo código penal português e legislação complementar*. Lisboa: CEJ – Centro de Estudos Judiciários, 1983. p. 57; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, t. I, 2004. p. 333. O autor ainda assinala, em outra obra, a importância da atitude pessoal de contrariedade ou indiferença do autor, quanto ao desvalor da realização típica que nela se exprime e fundamenta, e que tanto pode resultar da conexão do “dolo-do-facto com a consciência da ilicitude como com a falta censurável desta consciência” (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 376).

¹³ ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Reimp. Aalen: Scientia Verlag, 1964. p. 175-185. Sobre relevantes pontos desta obra de Engisch: PALMA, Maria Fernanda. Distinção entre dolo eventual e negligência consciente em Direito Penal: justificação de um critério de vontade. Dissertação apresentada no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Lisboa no ano lectivo de 1977-8. Lisboa: não publicado, 1981. p. 21-32.

¹⁴ Essa parece ser a consequência, todavia, do pensamento de Jakobs, que, portanto, apesar de postular um resgaste ao *dolus malus*, o faz sob um enfoque normativista que deixa de lado a dinâmica emocional aqui assinalada. (JAKOBS, Günther. *Dolus malus*. *Indret – Revista para el Análisis del Derecho*. Out. 2009. Barcelona. Disponível em: www.indret.com)

¹⁵ Justamente por isso, ademais, que não reputamos acertada a construção de Manrique Pérez, que procura articular sob um mesmo problema – a atribuição de responsabilidade por consequências previstas, porém não queridas pelo agente – o tema do dolo eventual e a *doutrina do duplo efeito*, assinalando uma contradição entre a atribuição da responsabilidade, no primeiro caso, e o afastamento dela, no segundo. (MANRIQUE PÉREZ, María Laura. *Acción, dolo eventual y doble efecto: un análisis filosófico sobre la atribución de consecuencias probables*. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 265-275) Sem que nos seja possível avançar nas controvérsias próprias da doutrina do duplo efeito, e reconhecido seja que em um caso e em outro se trata de “*analizar el papel que juegan las consecuencias previstas de nuestras acciones*” (idem, p. 228), a verdade é que o duplo efeito não dispensa que a consequência secundária ou prejudicial, prevista é certo, seja para o agente algo mais do que indiferente, porquanto se exige que “*el agente no intenta o pretende el fin colateral dañino ni como fin ni como médio para la realización de su fin*” (idem, p. 142). Isto para não dizer que, para a doutrina do duplo efeito, o ato em si mesmo considerado há de buscar um fim valioso, e, se assim não fosse, o argumento da autora acabaria por supor uma justificação, para além do dolo eventual, até mesmo do dolo necessário. De modo amplo, sobre a doutrina do duplo efeito: LOURENÇO, Pedro Miguel Galvão. Pretender o mal: um estudo sobre a doutrina do duplo efeito. Tese de Mestrado em Filosofia da Linguagem e da Consciência pela Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa. Policopiado. Lisboa: não publicado, 2002. A esse respeito, ainda: MOORE, Michael S. *Causalidad y responsabilidad: un ensayo sobre derecho, moral y metafísica*. Trad. Tobías J. Schleider. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2011. p. 92-103.

3 INDIFERENÇA

De maneira que a antiga formulação de Engisch, segundo a qual o grau de indiferença manifestado pelo agente, na violação do bem jurídico faz derivar como dolosa a qualificação de sua conduta¹⁶ – porque quem age com dolo eventual exprime a sua indiferença quanto ao resultado, no sentido de que se não deixou afetar pela possibilidade de seu advento –, mantém a sua relevância¹⁷, sobretudo em virtude de contribuir decisivamente para afastar um excesso de discricionariedade judicial em casos limites¹⁸.

Deixando de lado o exame das numerosas opiniões, muitas delas contraditórias entre si¹⁹, o importante é assinalar que a mera conformação do agente com o resultado ainda é insuficiente para o efeito de caracterizar o dolo eventual, na medida em que o agente haveria de “*afrontar el resultado de forma positiva o, al menos, con indiferencia*”²⁰. Isto implica uma exigência adicional, que se manifesta no desinteresse do sujeito, no seu não afetar-se, no sentido mesmo de não revelar afetação, em virtude da possibilidade de produção do resultado pela conduta adotada²¹.

É certo que este ponto de vista parece reduzir a importância da vontade, para efeito de configuração do dolo eventual, o que exige outra observação a mais. Já foi dito que no dolo necessário, por exemplo, a presença da vontade,

¹⁶ ENGISCH, Karl. Op. cit., p. 142-7.

¹⁷ É expressivo que o anteprojeto de Código Penal, recentemente encaminhado ao parlamento brasileiro, defina o crime doloso como aquele em que o agente “quis realizar o tipo penal ou assumiu o risco de realizá-lo, consentindo ou aceitando de modo indiferente o resultado”.

¹⁸ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. cit., p. 253: “*Lo que en verdad decide en la teoría del consentimiento es si el agente tiene aspecto de facineroso o de buena persona*”. Igualmente, Pagliaro, ao assentar a importância de se observar, no comportamento do agente, um “*atteggiamento di disprezzo verso quel bene particolare e concreto che viene offeso dall’evento in questione*” e, explicando no que há de consistir este “*atteggiamento di disprezzo*”, refere ser “*decisiva la posizione emotiva del soggetto stesso nei confronti dell’evento*” (PAGLIARO, Antonio. *Principi di diritto penale* – parte generale. 7. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2000. p. 279).

¹⁹ ESER, Albin; BURKHARDT, Björn. *Derecho penal: cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*. Trad. Silvina Bacigalupo e Manuel Cancio Meliá. Madrid: Editorial Colex, 1995. p. 159.

²⁰ Idem, p. 163.

²¹ De maneira a, nas palavras de Mir Puig, superar os estreitos limites da teoria do consentimento, porquanto se haverá de cogitar de dolo eventual não apenas naqueles casos em que a relação do agente com o tipo é positiva, no sentido de sua aprovação ou consentimento, como também quando essa relação se dá a partir da indiferença, como seja quando o sujeito não se opõe internamente ao advento do resultado. (MIR PUIG, Santiago. *Conocimiento y voluntad en el dolo. Cuadernos de derecho judicial – Elementos subjetivos de los tipos penales*. Madrid: CGPJ, 1995. p. 22)

no que se refere às consequências do evento deveras desejado, é, no mínimo, discutível²². Sê-lo-á também no âmbito do dolo eventual²³.

Pois as teorias que confrontam o autor com o resultado, para fins de avaliação de seu consentimento, aprovação ou aceitação, desembocam, no fim das contas, em uma avaliação de sua *personalidade*, sobre saber-se como teria se comportado se tivesse a certeza de ocorrência do evento – dando imensa margem à subjetividade judicial –, ou, então, fazem mesmo depender do próprio agente a indicação do que efetivamente lhe apareceu como de relevo ou não, naquilo que precedeu sua conduta – e aqui será evidente a raridade com que se afigurará a assunção do comportamento doloso como próprio. O contrário disso, seja dito, é supor uma engenhosidade judicial tal que permita o ingresso no âmago do agente, algo que nos conduziria simplesmente ao *non liquet*.

A probabilidade do resultado, entretanto, quando não tem peso suficiente para fazer com que o autor desista de seu comportamento²⁴, visto que, no que concerne a este mesmo resultado, é-lhe indiferente a sua ocorrência, dá conta de demarcar como doloso o comportamento, tendo-se como certo que a indiferença não se confunde com a vontade.

Vejamos um pouco mais disto.

4 UM OUTRO OLHAR SOBRE A INDIFERENÇA

Quando se fala da indiferença, é importante compreender-se que se trata da verificação de algo como a carência de um estado afetivo, como seja não estar presente o *importar-se com o outro ou com o bem jurídico de que se cuide*, e a que se

²² Enfaticamente afirma Gimbernat Ordeig que “*puede haber dolo (directo de segundo grado) sin voluntad*” (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. cit., p. 256). Nem por isso, prossegue, discute-se que em tal caso não se esteja a tratar de dolo. (idem, p. 257)

²³ O exemplo de Von Wright é característico do que pretendemos dizer: o sujeito que abre a janela para escutar o canto dos pássaros, e, com isso, faz com que a temperatura do ambiente diminua, de maneira que alguém que estivesse no local adquira um resfriado, se era consciente dessa possibilidade, mesmo não a desejando – sua intenção era a de escutar os pássaros, apenas – terá agido de forma moralmente reprovável, embora a sua intenção não fosse moralmente má. Com efeito, entre as consequências da ação, há aquelas que são desejadas por si mesmas pelo agente; outras, que são indesejadas por si mesmas e, ainda, as que lhe são indiferentes e “*la intención al actuar no sólo merece reproche moral cuando se pretende algún daño, sino que basta con que a la hora de actuar de prevea algún daño como consecuencia de la acción*” (VON WRIGHT, Georg Henrik. *La diversidad de lo bueno*. Trad. Daniel González Lagier e Victoria Roca. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 132-155). No mesmo sentido, ainda: VON WRIGHT, Georg Henrik. *Explanation and Understanding*. London: Routledge & Kegan Paul, 1971. p. 90.

²⁴ No ponto, em adesão ao pensamento de Engisch: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. cit., p. 259, nota 70.

poderia aludir mais radicalmente como uma espécie de ausência, de ausência de *emoção*²⁵. Embora isso, todavia, invertendo nosso raciocínio, também se poderia afirmar que a indiferença é, em si, um estado afetivo, que, todavia, culmina em revelar a apatia, a insensibilidade, ou, para usar a reconhecidamente má-expressão de Lima Lins, o “dar de ombros”, consistente em uma passividade em relação aos interesses dos demais²⁶.

Conforme expressiva asserção de Camps, tratar-se-ia de o sujeito revelar-se carente da possibilidade de “*entusiasmarse por lo que merece la pena*”²⁷, de maneira que “*vive en la indiferencia porque no ha hecho suya, no ha incorporado a su manera de ser, la diferencia que existe entre el bien y el mal*”²⁸.

De algum modo, trata-se de uma característica dos nossos tempos²⁹ isto de o sujeito não possuir disposição para mergulhar nas dificuldades alheias, ainda que se mostrem agudas³⁰; o que não esconde um sintoma de isolamento, em que o indivíduo se aparta dos demais, ocultando-os diante da proeminência de si mesmo³¹. Radicalmente, em uma paráfrase, poder-se-ia assentar que, em variados graus, *somos todos indiferentes*³².

²⁵ As intrincadas, e olvidadas, relações que se podem estabelecer entre o direito penal e o estudo das emoções, seja do ponto de vista psicológico, seja do ponto de vista filosófico, foram objeto de nosso estudo em um dos seminários realizados no Curso de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Por razões óbvias, contudo, a matéria aqui é tocada apenas de passagem.

²⁶ LIMA LINS, Ronaldo. *A indiferença pós-moderna*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2006. p. 7.

²⁷ CAMPS, Victoria. *El gobierno de las emociones*. Barcelona: Herder, 2011. p. 17.

²⁸ Idem, *ibidem*.

²⁹ Para Lipovetsky, a sociedade atual caracteriza-se por nela reinar a “indiferença de massa, em que domina o sentimento de saciedade e estagnação, em que a autonomia privada é óbvia, em que o novo é acolhido do mesmo modo que o antigo, em que a inovação se banalizou, em que o futuro deixou de ser assimilável a um progresso inelutável” (LIPOVETSKY, Gilles. *A era do vazio*. Trad. Miguel Serras Pereira e Ana Luísa Faria. Lisboa: Antropos, 2007. p. 10-1).

³⁰ LIMA LINS, Ronaldo. *Op. cit.*, p. 8.

³¹ Que disto decorra um tipo de contrato de *mútua indiferença*, notou-o Arteta, porquanto se não daremos conta do outro, poderemos razoavelmente esperar que os outros não nos levem em conta nas situações parecidas: “*nadie está obligado con nadie, la mayoría de la gente no nos debe nada: estamos solos*” (ARTETA, Aurelio. *Mal consentido: la complicidad del espectador indiferente*. Madrid: Alianza Editorial, 2010. p. 72).

³² É sempre mais difícil trabalhar em direito penal diante das hipóteses em que, de certa maneira, todos podemos nos incluir como potenciais realizadores de figuras típicas; simplificando: quando o maniqueísmo não impera, quando não há a divisão entre os *de lá*, e os que se dizem *de bem*, são enfáticas as tentativas, algumas vezes muito criativas, de lucubração teórica que nos afaste da possibilidade de passar para o outro lado. Isto sem contar que a realização do dano, como seja, a concretização de um homicídio, em uma tal condição de embriaguez, em alguns casos poderia

É paradoxal, porém, que neste modo de ser indiferente expresse-se uma forma de relação. Dito de outro modo, se quer assinalar que isoladamente a indiferença poderia ser tomada simplesmente como ausência de emoção. Porém – e nisto reside o paradoxo –, o papel da indiferença é, em realidade, emocional, porquanto indica em que medida estabelecemos nosso processo de interação³³. Em termos sociológicos, dir-se-ia que há uma espécie de desmobilização do espaço público, uma *desafetação* diante daquilo que não lhe é próprio, a partir de um investimento mais intenso naquilo que, visto ser pertencente ao mundo privado do sujeito, não englobe, como critério, a repercussão para os demais³⁴.

Haveria o Direito de, diante disso, permanecer *indiferente*?

remeter a discussão para um outro nível, que diga respeito à questão da *sorte* – relevantíssima, aliás, no âmbito dos fatos culposos ou relacionados ao dolo eventual. Na filosofia, com efeito, as discussões a respeito das influências da sorte – mais especificamente da chamada *sorte moral*, ou *moral luck* –, não deixaram de abalar a intuição de que os indivíduos não poderiam suportar juízos morais por sucessos que se devessem, em última análise, a fatores situados fora de seu controle. O que colocaria em xeque a própria idoneidade de se estabelecerem esses juízos. Por razões evidentes, não temos condição de aprofundar essa discussão. Sobre o tema, talvez o precursor da análise nestes termos: WILLIAMS, Bernard. *Moral Luck. Philosophical Papers 1973-1980*. Cambridge: Cambridge University Press, 1981. p. 20-40. Discutindo seu ponto de vista: NAGEL, Thomas. *La fortuna moral*. In: *Ensayos sobre la vida humana*. Trad. Héctor Islas Azaís. México: Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 54-76. Não poderíamos, por exemplo, deixar de aludir que o impacto de circunstâncias não controladas ou não controláveis pelo *agente* é, em verdade, uma dimensão da “tensão que sempre perdura na nossa condição humana [...] tensão entre a nossa vontade de comandarmos e transformamos o mundo e a resistência que o mundo oferece, vulnerabilizando-nos” (ARAÚJO, Fernando. *Sorte moral, carácter e tragédia pessoal*. In: *Estudos em memória do Professor Doutor J. L. Saldanha Sanches*. Direito público e europeu, finanças públicas, economia, filosofia, história, ensino, vária. Coimbra: Coimbra Editora, v. I, 2011. p. 783). De notar-se, contudo, que, segundo Moore, em abordagem crítica à *moral luck*, ter-se-á vinculada a análise à causalidade, mormente na denominada *sorte consequencial*, em que se alude, justamente, ao exemplo da condução de veículo em estado de embriaguez, que, em um caso leva ao atropelamento de uma criança e em outro não; segundo diz este autor, a relevância da causalidade para a responsabilidade moral estará no fato de que o agente que, em tal condição, tiver atropelado a criança, ostenta um sentimento de culpa bastante diverso – e como tal é visto pelos outros – daquele que, na mesma situação, não chegou a atropelar ninguém, pois nenhuma criança se pôs em seu caminho. E assim, sintetiza: “*Somos más reprochables cuando causamos un mal que cuando sólo intentamos causarlo o aumentamos el riesgo de su ocurrencia de manera irrazonable*” (MOORE, Michael S. Op. cit., p. 67-82).

³³ ZAMPERINI, Adriano. *L'indifferenza: conformismo del sentire e dissenso emozionale*. Torino: Einaudi, 2007. p. 71.

³⁴ Isto é, trata-se de que, na atualidade, é a própria intersubjetividade que se encontra desinvestida; é a relação “com o outro que, seguindo a mesma lógica, sucumbe ao processo de desafecção”. (LIPOVETSKY, Gilles. Op. cit., p. 45)

5 A QUESTÃO JURÍDICA, DE NOVO

A indagação sugerida, que não resiste ao trocadilho, cobra uma análise menos genérica do que a empreendida no julgamento do HC 107.801/SP, pelo Supremo Tribunal Federal. Surpreende, com efeito, que neste caso tenha-se dado como fundamento, e a indagação partiu de observação do Ministro Marco Aurélio, que a potencial afirmação de dolo eventual nos casos de homicídio praticado no tráfego viário, por pessoa ébria, esvaziaria o disposto no art. 302 do Código de Trânsito, que, nas palavras do Ministro, prevê o homicídio culposo, e o faz, inclusive, considerada “a imprudência de se dirigir embriagado, apontando-a como causa de aumento”.

Sinal de que em nosso País converteu-se a Corte Suprema em instância criminal – a 4ª instância criminal, de similaridade inexistente em qualquer sistema do Direito comparado³⁵ –, a grande questão é que a asserção não se afigura adequada. E isto, nem pelo fato de a remissão do Ministro já, na atualidade, referir-se a dispositivo do Código de Trânsito suplantado por lei posterior – fê-lo a Lei nº 11.705/2008, que revogou o antigo inciso V do art. 302 dessa mesma legislação. Significativo é que, mesmo se estivesse em vigor o dispositivo – o que para o HC em julgamento era pertinente, em virtude da data do fato –, ainda assim, parece-nos que a solução se poderia conceber tomando-se também em conta o que dispõe o art. 165 da Lei nº 9.503/1997.

Ou seja, aqui se afirma a existência de uma infração administrativa de caráter gravíssimo no fato de o sujeito conduzir veículo “sob a influência de álcool”; e a infração se dá, notemos bem, independente do nível de concentração da substância alcoólica, o que é o mesmo que assentarmos ser independente da quantidade de bebida ingerida. Notavelmente, o texto do decaído inciso V do art. 302 do Código de Trânsito, apresentava o mesmo teor, dando como causa de aumento do homicídio culposo a circunstância de o agente estar “sob a influência de álcool”.

O que não se confunde com a atual figura típica autônoma do art. 306 da lei, em que se estabelece como crime de perigo o fato de conduzir-se veículo

³⁵ O tema, em si, renderia outra discussão, para a qual apenas alertamos, na medida em que o inusitado de estar um Supremo Tribunal a discutir elementos subjetivos do tipo, em um caso concreto, e o fazendo para desconsiderar o que, na hipótese, em uníssono haviam decidido o Juízo de 1º Grau, o Tribunal estadual e o Superior Tribunal de Justiça, para nós, é suficiente para ensejar preocupação. Que se aguça, sejamos francos, quando o HC diz respeito a caso cuja decisão de pronúncia se prolatou em junho de 2004, sendo o mesmo HC julgado em setembro de 2011.

com uma determinada – e mais elevada – concentração de álcool no sangue³⁶. Crime de perigo que, conforme já asseverado, requer o dolo, que justamente diz respeito à produção de uma situação de dano provável; o agente, em uma linha, quer o perigo; quer a potencialidade de dano³⁷. E se a quer, parece assumir o risco de sua produção.

Dir-se-ia, destarte, que a probabilidade do dano é tão intensa, que foi generalizada pelo legislador, em ordem a escapar da necessidade de pertencimento a qualquer âmbito da vontade do agente. Tudo a tornar estranho que a ocorrência do dano não lhe possa ser imputada a partir do dolo eventual.

Para finalizar, é conveniente observar que o recente Projeto de Código Penal estimou a aceitação indiferente quanto ao resultado como um critério pertinente à configuração do dolo eventual³⁸. Se neste aspecto poder-se-ia apontar acertado o alvitre da proposta, mais discutível se afigura, entretanto, a indicação de causa geral de redução de pena, nos casos em que a conduta do agente der-se sob o influxo do dolo eventual. Isso não pela redução em si, encontrável que é em alguns sistemas do direito comparado³⁹.

É que, para o ponto específico que vimos abordando, convém dizer que o projeto ensaia uma solução pragmática, que, todavia, parece insuficiente. Com efeito, ao instituir no § 5º do art. 121 uma nova forma de culpa, nomeadamente a

³⁶ É mesmo o § 1º do art. 306 de nosso Código de Trânsito que faz pertinente essa observação, pois em tal dispositivo dá-se como certo que a concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue, ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar revelam, sem mais, a alteração da capacidade psicomotora, prevista no *caput* do mesmo dispositivo, já na forma da Lei nº 12.760/2012.

³⁷ Registre-se, aliás, tratar-se de perigo abstrato, a remeter para a seguinte lição de Figueiredo Dias: “Nos crimes de perigo concreto *o perigo faz parte do tipo*, isto é, o tipo só é preenchido quando o bem jurídico tenha *efectivamente* sido posto em perigo. [...] Nos crimes de perigo abstracto o perigo não é elemento do tipo, mas simplesmente *motivo* da proibição. Quer dizer, neste tipo de crimes são tipificados certos comportamentos em nome da sua *perigosidade típica* para um bem jurídico, mas sem que ela necessite de ser comprovada no caso concreto: há como que uma *presunção inelidível* de perigo e, por isso, a conduta do agente é punida independentemente de ter criado ou não um perigo efectivo para o bem jurídico” (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal* – Parte geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, t. I, 2007. p. 309).

³⁸ Trata-se do art. 18, I, do Anteprojeto, já referido alhures.

³⁹ O problema é que, no geral, essa diminuição não se conjuga, quando admitida, com um modelo em que o julgamento dos crimes dolosos contra a vida faz-se por Tribunal do Júri, a render possíveis problemas de ordem processual, como seja a forma de quesitação ou mesmo o surgimento de tese extravagante que conceba ser o deslocamento de um fato antes narrado como concernente ao dolo direto, para eventual, como algo parecido a alguma espécie de desclassificação.

culpa gravíssima, faz correspondente ao homicídio de tal modo cometido à pena reclusiva de quatro a oito anos de prisão; a qual, vejamos bem, aproxima-se demasiadamente em seu patamar fundamental daquela concernente ao fato doloso, praticado com dolo eventual⁴⁰.

Que a fronteira entre o dolo eventual e a culpa se veja mitigada é tendência que, o tempo dirá, talvez nos conduza a um modo novo de encarar o direito penal e de, quiçá, sermos mais realistas quanto às limitações para alcançar a subjetividade dos agentes; mas essa não é a questão, pois o projeto de reforma do Código Penal brasileiro avança e procura definir que se inclui em termos de culpa gravíssima a causação do homicídio pelo sujeito que o faça porquanto conduziu veículo “sob a influência de álcool”⁴¹.

Indagar-se-á, desde logo, se a influência de bebida alcoólica de que se cogita aqui independe da quantidade ingerida; e aí, se encaminharmo-nos para a simplificação e o pragmatismo revelados no projeto, fixando um axioma de que homicídios no tráfego, praticados por quem estiver embriagado, serão sempre casos de culpa, igualaremos, em termos de reprovabilidade, condutas tão díspares como sejam a de quem conduz depois de alguns poucos goles de bebida e a de quem o faz após algumas garrafas⁴² – o que, em outras palavras, é boa forma de solucionar processos, mas má-escolha na perspectiva de individualização de comportamentos e de julgamentos que se atenham à faticidade dos casos que se apresentam.

CONCLUSÃO

Mas avançar em críticas ou na análise do projeto de reforma exigir-nos-ia um otimismo que já não temos e, como são longos os passos até a sua eventual conversão em lei, preferimos concluir com nossa realidade atual.

E assim, dizemos, para além de outros aspectos, que apenas a especificidade dos casos concretos haverá de fornecer, que há, no quadro normativo atual, uma

⁴⁰ A causa de diminuição de pena prevista no art. 20 do Projeto alude ao patamar de um sexto da pena, o que leva a pena mínima de um homicídio cometido com dolo eventual aos cinco anos de reclusão.

⁴¹ Art. 121, § 6º, do Projeto de Reforma.

⁴² Desde o início assentamos que há mais elementos fáticos a contribuir para a caracterização do dolo eventual que, para nós, no caso de homicídio praticado por quem já ingerira quantidade de álcool superior àquela tendente ao crime de perigo, surge como tendência; entre tais elementos estão a própria quantidade de bebida ingerida, o tipo de veículo manejado – há diferenças entre um ônibus e um carro –, o local no qual se trafegava, se havia ou não ocupantes junto ao motorista, a velocidade empregada no veículo, etc.

indicação no sentido de ser o dolo eventual o elemento subjetivo a ser afirmado, quando se cuide de homicídio praticado na direção de veículo automotor por agente que tenha, já antes disso, consumado o crime de perigo decorrente da só circunstância de dirigir sob a influência de quantidade de álcool que o legislador estabeleceu, de modo prévio, como tendente à potencialização de um dano.

Nem estamos a asseverar que quem quer o perigo, quer o dano; isto não é necessário. Mas quem efetiva a probabilidade do dano dedica, a este mesmo dano, a sua indiferença. E é o que basta para falarmos, ocorrido o dano provável, em dolo eventual.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fernando. Sorte moral, carácter e tragédia pessoal. In: *Estudos em memória do Professor Doutor J. L. Saldanha Sanches*. Direito público e europeu, finanças públicas, economia, filosofia, história, ensino, vária. Coimbra: Coimbra Editora, v. I, 2011.

ARTETA, Aurelio. *Mal consentido: la complicitad del espectador indiferente*. Madrid: Alianza Editorial, 2010.

CAMPS, Victoria. *El gobierno de las emociones*. Barcelona: Herder, 2011.

DEMURO, Gian Paolo. *Il dolo: svolgimento storico del concetto*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2007.

ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Reimp. Aalen: Scientia Verlag, 1964.

ESER, Albin; BURKHARDT, Björn. *Derecho penal: cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*. Trad. Silvina Bacigalupo e Manuel Cancio Meliá. Madrid: Editorial Colex, 1995.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

_____. *Direito penal - Parte geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, t. I, 2007.

_____. *Direito penal: parte geral. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, t. I, 2004.

_____. Pressupostos da punição e causas que excluem a ilicitude e a culpa. *Jornadas de direito criminal: o novo código penal português e legislação complementar*. Lisboa: CEJ - Centro de Estudos Judiciários, 1983.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Acerca del dolo eventual. In: *Estudios de derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1990.

GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em Comemoração do 70º aniversário*. Lisboa: Almedina, 2009.

JAKOBS, Günther. Dolus malus. *Indret – Revista para el Análisis del Derecho*. Out. 2009. Barcelona. Disponível em: www.indret.com.

LIMA LINS, Ronaldo. *A indiferença pós-moderna*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2006.

LIPOVETSKY, Gilles. *A era do vazio*. Trad. Miguel Serras Pereira e Ana Luísa Faria. Lisboa: Antropos, 2007.

LOURENÇO, Pedro Miguel Galvão. Pretender o mal: um estudo sobre a doutrina do duplo efeito. Tese de Mestrado em Filosofia da Linguagem e da Consciência pela Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa. Policopiado. Lisboa: não publicado, 2002.

MANRIQUE PÉREZ, María Laura. *Acción, dolo eventual y doble efecto: un análisis filosófico sobre la atribución de consecuencias probables*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

MIR PUIG, Santiago. Conocimiento y voluntad en el dolo. *Cuadernos de derecho judicial – Elementos subjetivos de los tipos penales*. Madrid: CGPJ, 1995.

MOORE, Michael S. *Causalidad y responsabilidad: un ensayo sobre derecho, moral y metafísica*. Trad. Tobías J. Schleider. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2011.

MORSELLI, Elio. *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*. Padova: Cedam, 1989.

NAGEL, Thomas. La fortuna moral. In: *Ensayos sobre la vida humana*. Trad. Héctor Islas Azaís. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

PAGLIARO, Antonio. *Principi di diritto penale – parte generale*. 7. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2000.

PALMA, Maria Fernanda. A vontade no dolo eventual. In: *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*. Coimbra: Almedina, v. II, 2002.

_____. Distinção entre dolo eventual e negligência consciente em Direito Penal: justificação de um critério de vontade. Dissertação apresentada no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Lisboa no ano lectivo de 1977-8. Lisboa: não publicado, 1981.

PEREIRA, Rui Carlos. *O dolo de perigo: contribuição para a dogmática da imputação subjectiva nos crimes de perigo concreto*. Lisboa: LEX, 1995.

PROSDOCIMI, Salvatore. *Dolus eventualis: il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993.

PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad. Luis Greco. São Paulo: Manole, 2004.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1999.

VON WRIGHT, Georg Henrik. *La diversidad de lo bueno*. Trad. Daniel González Lagier e Victoria Roca. Madrid: Marcial Pons, 2010.

———. *Explanation and Understanding*. London: Routledge & Kegan Paul, 1971.

WELZEL, Hans. *Derecho penal, parte general*. Traducción del alemán por Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

WILLIAMS, Bernard. *Moral Luck. Philosophical Papers 1973-1980*. Cambridge: Cambridge University Press, 1981.

ZAMPERINI, Adriano. *L'indifferenza: conformismo del sentire e dissenso emozionale*. Rorino: Einaudi, 2007.