

DOLO EVENTUAL, CULPA CONSCIENTE E ACIDENTES DE TRÂNSITO

ANDRÉ LUÍS CALLEGARI

Com a violência dos acidentes de trânsito ocorridos no Rio Grande do Sul, onde ocorrem várias mortes e lesões corporais, a opinião pública passou a exercer, juntamente com a mídia, uma forte pressão no tratamento aos delitos de trânsito (chamaremos assim as lesões e os homicídios decorrentes destes acidentes). Os critérios fundamentais que se instalaram para estabelecer a responsabilidade do agente foram: embriaguez do motorista; número de vítimas; violência das lesões decorrentes do acidente. Somados esses fatos, levam o representante do Ministério Público a que ofereça a denúncia contra o agente por homicídio doloso (dolo eventual). Por sua vez, o Tribunal de Justiça, em inúmeros processos em que há recurso da sentença de pronúncia, confirma a sentença do juiz da Vara do Júri, submetendo o réu a júri popular.

Torna-se claro os resultados de tais julgamentos, onde praticamente a imprensa e a comunidade já decidiram o veredito do réu, o júri serve tão-somente para ratificá-lo, ou, tornar o julgamento legal.

O presente trabalho não visa a defesa dos agentes causadores de acidentes de trânsito, tampouco quer que seja declarada a impunidade dos mesmos. O que pretendemos é que não se distorçam os princípios elementares de Direito Penal no enquadramento da conduta dos causadores destes delitos, pois, como recentemente temos escutado, inclusive

em debates no Seminário da Revisão do Decênio da Reforma Penal, realizado em abril do corrente na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, é que a conduta e a violência de certos acidentes de trânsito tem reclamado uma resposta da justiça perante a sociedade, ou seja, uma punição mais severa a este tipo de criminalidade. Então, passaríamos a aceitar, em face do clamor social, que o agente embriagado e responsável pela morte ou lesões consideráveis de um número de vítimas respondesse a título de dolo eventual.

Em primeiro plano, parece que estaríamos aceitando até mesmo uma responsabilidade objetiva, tudo pela repercussão social que causou o delito cometido pelo agente. Em segundo lugar, demonstra-se, claramente, o desconhecimento de elementos fundamentais da Teoria Geral do Crime pelos operadores do direito ou, uma inserção na área legislativa, querendo criar um tipo próprio para acidentes de trânsito mais graves. Se a sociedade clama por uma maior responsabilização dos agentes causadores de mortes ou lesões no trânsito, deve-se mudar a própria lei penal, através do legislativo, que modificaria as sanções e o tratamento dos delitos de trânsito e não através do judiciário, que, como pretendemos demonstrar no presente trabalho, vem adotando posturas que não se coadunam com a melhor doutrina orientadora de nossos princípios elementares.

O principal problema a ser desenvolvido é o estudo do dolo eventual e da culpa consciente, princípios norteadores do presente trabalho e salvo melhor juízo, representam as soluções no direito penal vigente para os delitos de trânsito. Feita a distinção com clareza, o que cada instituto representa, o enquadramento legal ficaria resolvido sem maiores dificuldades, restando o problema da pena. Porém, respectivo tópico, pode o juiz resolver dentro de nosso sistema legal, ou seja, nosso direito penal é o da culpabilidade, então, quanto maior a responsabilidade do agente, maior a sua sanção penal, desde que no enquadramento correto, ou seja, pena máxima do delito culposos caso os autos não demonstrem o elemento subjetivo caracterizador do dolo, no caso, o dolo eventual.

Antes de ingressarmos no tema específico devemos analisar a influência que a mídia passou a exercer em decorrência dos acidentes de trânsito. Prisões preventivas começaram a ser decretadas não mais pela sua necessidade mas, pela saída que o juiz tem ao decretá-la por garantia da ordem pública, em virtude do apelo da opinião pública que passa a exercer forte influência nas decisões judiciais. Recentemente, tivemos notícia de prisão decretada com esse fundamento na comarca de Viamão, RS.

Em primeiro plano, devemos lembrar que a prisão preventiva decorre de um dado de valoração: necessidade. A medida de cautela só pode ser aplicada quando se revelar de imperiosa necessidade para desenvolvimento normal e eficaz do processo. Mas, observando-se os processos recentes, verifica-se uma tendência não de necessidade mas de acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça. O fato do agente encontrar-se embriagado e o número elevado de vítimas são critérios orientadores da decretação da prisão preventiva por “garantia da ordem

pública”. Nesse caso a medida de coerção pessoal perde o seu caráter de providência cautelar, constituindo, antes, como falava Faustin Hélie, verdadeira medida de segurança.¹

Conforme Alberto Silva Franco, “os vários escopos conferidos à prisão cautelar a partir do conceito extremamente elástico de “garantia de ordem pública” provocaram uma verdadeira equiparação da medida instrumental de coerção pessoal às finalidades da própria pena. E a prisão cautelar, perdendo seu caráter de instrumento destinado ao desenvolvimento normal e eficaz do processo, assumiu um perfil político-ideológico, transformando-se na vigamestra da corrente criminológica “da lei e da ordem”, que objetiva atender, de maneira exclusiva, às exigências da defesa social”.²

Resta, ainda, acentuar no tocante a prisão cautelar as palavras de Grevi, citado por Alberto Silva Franco, que “a referência ao parâmetro do alarme social, de per si inidônea justificar a restrição da liberdade do acusado em vista de fins coerentes à lógica do processo, dá espaço a valoração dos elementos emotivos e irracionais que, a nenhum título, deveriam influir sobre decisões a respeito da liberdade pessoal. Sobretudo a correlação que se pretendia estabelecer entre alarme social e periculosidade do acusado, pressupondo uma concreta apreciação das reações da opinião pública frente à sua eventual permanência em liberdade, acaba por subordinar a adoção de medidas restritivas ao concurso de fatores — como os representados pela excitação e perturbação populares — não apenas estranhos à exigências da defesa social, mas

1. Marques, José Frederico, citado por Alberto Silva Franco, Crimes Hediondos, 3.^a ed., RT, 1994, p. 80.

2. Franco, Alberto Silva, Crimes Hediondos, 3.^a ed., RT, 1994, p. 80.

também suscetíveis de fácil manipulação por obra de grupos de pressão interessados num determinado andamento do processo". Por outro lado, se o sacrifício da liberdade pessoal se verificar em razão do clamor público derivado da gravidade do delito, não se poderá fugir à conclusão de que "a autoridade judiciária competente para decidir sobre a liberdade pessoal do acusado se encontra praticamente sem defesa diante da onda crescente da emotividade popular, ficando por isso perigosamente exposta à tentação de segui-la, até mesmo *contra conscientiam*".

Portanto, nos casos de acidentes de trânsito onde a prisão é decretada sob fundamento da "garantia da ordem pública", concluímos por uma antecipação da pena ou periculosidade do agente, visto que deixa de ser medida intraprocessual, passando a ser medida penal antecipada. É evidente que estamos tratando de réus dentro dos parâmetros traçados por esse trabalho, ou seja, quando não restasse qualquer outro fundamento para que o juiz segregasse a liberdade do acusado. Torna-se importante adentrarmos nesse tema, visto que vislumbrado pelo juiz o possível dolo eventual (informação na maioria das vezes baseada no número de vítimas e embriaguez), o agente sofrerá o ônus da prisão. Portanto, vítimas e álcool são fatores decisivos para a providência cautelar segregatória, desrespeitando-se critérios informador da necessidade da medida cautelar.

A propósito, Antônio Magalhães Gomes Filho, citando Warat, coloca que a expressão "ordem pública" cuida-se de uma expressão estereotipada, portadora de evidente carga emocional, cujo significado real depende de fungíveis conteúdos axiológicos ou ideológicos; assim, quando o legislador a utiliza está autorizando os juízes a emitirem, em suas sentenças, definições persuasivas

que, "sob a aparência de definições empíricas, encobrem juízos de valor".³

A ordem pública relacionam-se todas aquelas finalidades do encarceramento provisório que não se enquadram nas exigências de caráter cautelar propriamente ditas, mas constituem formas de privação adotadas como medidas de defesa social; fala-se, então, em "exemplaridade", no sentido de imediata reação ao delito, que teria como efeito satisfazer o sentimento de justiça da sociedade; ou, ainda, em prevenção especial, assim entendida a necessidade de se evitar novos crimes; uma primeira infração pode revelar que o acusado é acentuadamente propenso a prática delituosa ou, ainda, indicar a possível ocorrência de outras, relacionadas à supressão de provas ou dirigidas contra a própria pessoa do acusado.⁴

Gomes Filho diz que parece evidente que nessas situações a prisão não é um "instrumento a serviço do instrumento", mas uma antecipação da punição, ditada por razões de ordem substancial e que pressupõe o reconhecimento da culpabilidade.⁵

O apelo à exemplaridade, como critério de decretação da custódia preventiva, constitui seguramente a mais patente violação do princípio da presunção da inocência, porquanto parte justamente da admissão inicial da culpabilidade, e termina por atribuir ao processo uma função meramente formal de legitimação de uma decisão tomada *a priori*.⁶

Essa incompatibilidade se revela ainda mais grave quando se tem em conta a referência à função de pronta reação do delito como forma de aplacar o alarme social; aqui se parte de um dado

3. Presunção de Inocência e Prisão Cautelar, 1991, p. 66.

4. Ob. cit., p. 67.

5. Ob. cit., p. 68.

6. Ob. cit., p. 68.

emotivo, instável e sujeito a manipulações, para impor à consciência do juiz uma medida muito próxima à idéia de justiça sumária.⁷

Embora o trabalho não diga respeito exatamente ao tema da prisão cautelar, necessário que se discorresse sobre o tema, visto que, como já salientado, algumas prisões decorrentes de acidentes de trânsito no Rio Grande do Sul têm sido decretadas sob tal fundamento e, nesse sentido, as lições sobre prisão cautelar do Prof. Gomes Filho não poderiam ser esquecidas. Superada esta etapa, adentraremos no tema específico: dolo eventual e culpa consciente.

Como o trabalho tem por objeto uma distinção entre dolo eventual e culpa consciente, deixaremos o estudo do dolo direto afastado, visto que no presente caso não nos representa interesse.

Com efeito, a categoria do dolo direto não pode abarcar todos os casos nos quais o resultado produzido, por razões de política criminal, deva ser imputado a título de dolo, ainda que o querer do sujeito não esteja referido diretamente a esse resultado. Fala-se aqui de dolo eventual. No dolo eventual o sujeito representa o resultado como de produção provável e, embora não queira produzi-lo, continua agindo e admitindo sua eventual produção. O sujeito não quer o resultado, mas "conta com ele", "admite sua produção", "assume o risco" etc. Com todas essas expressões pretende-se descrever um complexo processo psicológico no qual se mesclam elementos intelectivos e volitivos, conscientes ou inconscientes, de difícil redução a um conceito unitário de dolo ou culpa. O dolo eventual constitui, portanto, a fronteira entre o dolo e a negligência ou culpa e dado o diverso tratamento jurídico de uma ou outra

categoria é necessário distingui-las com maior clareza.⁸

Para a distinção entre o dolo eventual e a negligência foram formuladas várias teorias, entretanto, ficaremos com duas que reputamos as mais importantes: *a teoria da probabilidade e a teoria da vontade ou do consentimento*.

A teoria da probabilidade parte do elemento intelectual do dolo. Como é difícil demonstrar no dolo eventual o elemento volitivo de querer o resultado, a teoria da probabilidade admite a existência de dolo eventual quando o autor representa o resultado como de muito provável produção e, apesar disso, atua, admitindo ou não essa produção. Se a probabilidade for remota ou mais longínqua, haverá culpa ou negligência com representação.⁹

A teoria da vontade ou do consentimento atende o conteúdo da vontade. Para esta teoria não é suficiente que o autor situe o resultado como de produção provável, mas é preciso que, além disso, diga: "ainda que fosse certa sua produção, atuaria" (fórmula de Frank). Há, ao contrário, culpa se o autor, ao haver representado o resultado como de produção certa, tivesse deixado de atuar.¹⁰

Contra a teoria da probabilidade afirma-se que deixa sem valorar uma parte essencial do dolo: o elemento volitivo que, por outra parte, nem sempre a alta probabilidade de produção de um resultado obriga a imputá-lo a título de dolo (pense-se nas intervenções cirúrgicas de alto risco). Muñoz Conde conclui que é preferível a teoria da vontade, porque, em última instância, todo o problema do dolo desemboca amplamente na de-

8. Cf. Muñoz Conde, Francisco, *Teoria Geral do Delito*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1988, p. 60.

9. Muñoz Conde, ob. cit., p. 60.

10. Idem.

7. Ob. cit., p. 68

monstração do querer o resultado, sendo insuficiente a simples representação de sua produção provável. A demonstração desse querer suscita, na prática, certamente problema de prova, mas nem por isso dele se prescinde.¹¹

Portanto, somente a prova contida nos autos é que demonstrará o elemento subjetivo do agente, o que não leva a crer que a embriaguez e o número de vítimas determinem elemento subjetivo, pois devemos perquirir se no caso concreto, ainda que fosse certa a produção, o sujeito agiria. Se a resposta for afirmativa, estamos frente ao dolo eventual, caso contrário, continuamos adotando a opinião que se trata de culpa consciente. O fator decisivo está, acertadamente, na vontade do agente. Para os defensores de que há sempre dolo eventual nos casos de embriaguez do sujeito conjugada com outros elementos (excesso de velocidade, números de vítimas etc.) conclui-se que estes adotam a teoria da probabilidade, visto que, ao ingerir bebida alcóolica o sujeito representa o resultado como de muito provável produção e, apesar disso, atua, admitindo ou não essa produção. Portanto, para os seguidores da teoria da probabilidade, a ingestão de bebida alcóolica seria também o marco para a responsabilidade objetiva por dolo (eventual) do causador do acidente de trânsito, visto que não mais se perquire o “querer do agente”, ou seja, a vontade.

Welzel, por sua vez, já mencionava que delimitar o dolo eventual da culpa consciente era um dos problemas mais difíceis e discutidos do Direito Penal. A razão desta dificuldade está em que o querer é um fenômeno anímico originário último, que não pode ser reduzido a outros processos anímicos — nem emocionais, nem intelectuais e que por

isso só pode ser circunscrito, porém não propriamente definido.¹²

No entanto, Juan Bustos Ramírez, com precisão afirma o seguinte: “se trata, pues, de una diferencia sólo en un momento subjetivo, de distintos elementos subjetivos específicos en cada caso, pero la sustancialidad (riesgo y falta de cuidado) en uno y otro caso es la misma, por eso el dolo eventual es aó culpa con representación, pero con una actitud de contar con (o decidirse por la realización que lleva a afetar un bien jurídico, lo que Engisch llamaba indiferencia frente al bien jurídico)”.¹³

Não nos parece que o autor do delito de trânsito, mesmo embriagado, conte com o risco de matar ou ferir pessoas, pois caso aceitasse tal produção, evidente que estaríamos frente ao dolo eventual. Tampouco haveria indiferença pelo autor em relação ao bem jurídico tutelado. Embora Welzel coloque a dificuldade de estabelecermos o “querer” do agente no caso concreto, posto que se trata de fenômeno anímico, parece que tão-somente nos casos que restasse claramente evidenciado esse “querer” que poderíamos falar em dolo eventual. E, esse “querer”, deve ser buscado no fim último do agente, ou seja, quando houver a causação do resultado é que se deve perquirir qual era o seu “querer”, visto que não havendo por parte do agente sequer a representação positiva do resultado, não se configura o dolo, restando, assim, a culpa.

A conjugação da consciência e da vontade representa o cerne do dolo e esses dois momentos definidores não são estranhos ao dolo eventual que, como observa Díaz Palos, “es dolo antes que eventual” (Dolo Penal, Bar-

12. Derecho Penal Aleman, Hans Welzel, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 83.

13. Manual de Derecho Penal Español, Parte general, Ariel Derecho, Barcelona, 1984, p. 270.

celona, p. 97). E, por ser dolo e, desta forma, por exigir os dois momentos, não pode ser conceituado com o desprezo de um deles, como fazem os adeptos da teoria da probabilidade, que se desinteressam, por completo, do momento volitivo. Assim, não basta para que haja dolo eventual que o agente considere sumamente provável que, mediante seu comportamento, se realize o tipo, nem que atua consciente da possibilidade concreta de produzir o resultado, e nem mesmo que torne a sério o perigo de produzir possível consequência acessória. Não é exatamente no nível atingido pelas possibilidades de concretização do resultado que se poderá decretar o dolo eventual e, sim, numa determinada relação de vontade entre esse resultado e o agente. Daí a posição mais correta dos defensores da teoria do consentimento que se preocupam em identificar uma manifestação de vontade do agente em relação ao resultado. Tolerar o resultado, consentir em sua provocação, estar a ele conforme, assumir o risco de produzi-lo não passam de formas diversas de expressar um único momento, o de aprovar o resultado alcançado, enfim, o de querê-lo.¹⁴

Com efeito, não é possível afirmar, como querem alguns aplicadores do direito de nosso Estado, que da conduta daquele que se embriaga, dirige em velocidade elevada e fere ou mata mais de uma pessoa, que estaria agindo com dolo eventual, visto que em tal conduta não há manifestação de vontade do agente em relação ao resultado. Não se pode afirmar que os fatores descritos (embriaguez e velocidade) sejam vistos como consentimento do agente para o resultado.

Parece correta a doutrina, agora predominante, de que existe dolo eventual,

quando o autor não se tenha deixado dissuadir da execução do fato pela possibilidade próxima da ocorrência do resultado e sua conduta justifique assertiva de que ele, por causa do fim pretendido, se tenha conformado com risco de realização do tipo, antes até concordando com a concorrência do evento do que renunciando a prática da ação.¹⁵

Paulo José da Costa Júnior coloca que o dolo eventual exigiria, de parte do agente, a aprovação ou consentimento ou, quando ao menos, um comportamento de absoluta indiferença. Contudo, é a vontade e não a representação a essência do dolo eventual. A decisão de agir, mesmo com a possibilidade de realização do evento, configura uma situação psicológica impregnada de volição; uma decisão da vontade diante do evento previsto como possível, ainda que indiferente ou até incômodo.¹⁶

Nelson Hungria, em sua obra histórica, colecionava um exemplo interessante e que marca a divisão correta a ser feita entre o dolo eventual e culpa consciente: "Um motorista, dirigindo o seu carro em grande velocidade, já em atraso para atender ao compromisso de um encontro amoroso, divisa à sua frente um transeunte, que, à aproximação do veículo, fica atarantado e vacilante, sendo atropelado e morto. Evidentemente, o motorista previu a possibilidade desse evento; mas, deixando de reduzir ou anulando marcha do carro, teria aceito o risco de matar o transeunte, ou confiou em que este se desviasse a tempo de não ser alcançado? Na dúvida, a solução não pode ser outra senão do reconhecimento de um ho-

14. Cf. Franco, Alberto Silva, Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, 2.^a ed., RT, 1987, p. 44.

15. Cf. Wessels, Johannes, Direito Penal, Parte Geral, Sergio Antonio Fabris Editor, 1976, p. 53.

16. Curso de Direito Penal, vol. 1, Parte Geral, Saraiva, 1992, p. 88.

micídio simplesmente culposos (culpa consciente)".¹⁷

Hungria ainda enfatizava que a posição adotada pelo Código (Decreto-lei 2.848, de 7 de setembro de 1940), pela leitura da exposição de motivos, era a de que o Código adotava a teoria do consentimento.¹⁸

Conforme o exposto até o presente, verificamos que adotada a teoria do consentimento, que parece a mais correta, não restaria como enquadrarmos o agente causador de delito de trânsito que estivesse embriagado ou em excesso de velocidade na modalidade de dolo eventual, como querem alguns aplicadores do direito no Rio Grande do Sul. Restaria, então, o enquadramento correto de referidas condutas, a menos, é claro, que os autos demonstrem o dolo. Portanto, parece-nos que nos casos do presente trabalho, o agente só pode ser punido a título de culpa, mesmo porque, a distinção de culpa consciente e dolo eventual é fronteiriça, mas é necessário que se realize tal distinção, sob pena de ratificarmos a errônea aplicação do direito penal em nosso Estado.

A culpa consciente ocorre quando o agente prevê o resultado, mas espera, sinceramente, que não ocorrerá. Há no agente a representação da possibilidade do resultado, mas ele a afasta por entender que evitará, que sua habilidade impedirá o evento lesivo que está dentro de sua previsão.¹⁹

Assim, mister que se faça tal distinção sobre a conduta do agente, perquerindo-se a respeito de sua intencionalidade (vontade) no momento da causação do resultado danoso, visto que não será a embriaguez, o número

de vítimas ou excesso de velocidade, entre outros motivos, que delinearão a imputação ao acusado, mas, tão-somente, o seu consentimento para a produção ou não do resultado típico.

O problema fundamental para os aplicadores do direito em nosso Estado, que se filiam nesses casos a imputação do dolo eventual é de que a pena imposta a título de culpa é pequena em relação ao dano causado pelo agente, então, adota-se a solução de modificação da teoria do crime, ou, adota-se a teoria da representação, visto que, dessa maneira, torna-se possível que o agente receba uma pena mais elevada e, assim, estariam com a impressão de que o problema dos acidentes de trânsito estaria resolvido, até mesmo em face da repercussão de reprimenda penal imposta. Esquecem-se que na maioria dos casos os aumentos de pena nunca funcionaram como forma de evitar a criminalidade (a respeito, veja-se a lei dos crimes hediondos) e, que na mais variada das vezes, a lei acaba por incidir em "determinados casos" e não de maneira uniforme, em face dos próprios meios de controle social.

Assim, a solução é clara dentro de nosso sistema penal vigente e está com o próprio juiz que julgará o processo. Esclarecemos. O nosso Direito Penal é o da culpabilidade e, culpabilidade nada mais é do que censurabilidade, reprovabilidade, juízo de pura censura e reprovação sobre a conduta do réu. Então quanto mais censurável for a conduta do réu (embriaguez, excesso de velocidade, número de vítimas), maior poderá ser a reprimenda penal imposta pelo juiz ao aplicar a pena, dentro do delito culposos, ou seja, se a conduta do réu for extremamente censurável, aplica-se a pena máxima do delito culposos, não se falando, nesse caso, em dolo eventual. A pena aplicada é do delito culposos, devendo ser dosada de acordo com a culpabilidade do acusado.

17. Comentários ao Código Penal, v. I, Tomo 2, arts. 11 a 27, Edição Revista Forense, 1953, p. 115.

18. Ob. cit., pp. 117/118.

19. Cf. Mirabete, Julio Fabbrini, Manual de Direito Penal, v. 1, Parte Geral, 7.ª ed., Atlas, p. 143.