

MORTE CULPOSA NO TRÂNSITO E “RACHA”: ALTERNATIVAS À DUPLA TIPIFICAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI Nº 12.971/2014

INVOLUNTARY VEHICULAR MANSLAUGHTER IN UNAUTHORIZED DRAG RACES:
HOW TO SOLVE THE DOUBLE CRIMINALIZATION INTRODUCED
BY FEDERAL STATUTE Nº 12.971/2014

MARCEL FORTES PORTELA

Advogado

Ordem dos Advogados do Brasil, Brasília/DF
marcelfortes17@gmail.com

RESUMO: O objetivo desta pesquisa é apresentar alternativas à questão da dupla tipificação da morte culposa no trânsito em situação de “racha”, introduzida pela Lei nº 12.971/2014. Optou-se por investigar a questão sob o prisma estritamente judicial, do operador do direito, que lida com problemas deduzidos em juízo, sem se discutirem possíveis soluções legislativas. Buscou-se equacionar o problema da dupla tipificação da morte culposa no trânsito com base nos critérios e métodos tradicionais de interpretação da norma penal, para definir a intenção objetivada na lei (*mens legis*). Analisou-se se as modernas discussões em torno dos limites do controle de constitucionalidade de normas penais com fundamento no princípio da proporcionalidade impõem que se afaste a resposta proporcionada pelos métodos tradicionais de hermenêutica com base no princípio da vedação da proteção insuficiente/deficiente de bens jurídico-penais. Concluiu-se que uma interpretação que leve a sério os imperativos constitucionais de tutela e segurança suficientes aos bens jurídicos exige que se opte pelo tipo mais grave, a despeito de a hermenêutica penal tradicional resultar na aplicação da norma mais benéfica ao réu.

PALAVRAS-CHAVE: dupla tipificação da morte culposa em situação de “racha”; interpretação das normas penais; princípio do *in dubio pro reo*; princípio da proporcionalidade; vedação da proteção insuficiente.

ABSTRACT: This paper's objective is to present alternatives to the issue of the double criminalization of involuntary vehicular manslaughter in unauthorized drag races, introduced by Federal Statute nº 12.971/2014. We chose to develop the reasoning from the perspective of the judicial operator, who handles problems deducted in court, without discussing possible legislative solutions. Firstly, the dogmatic profiles of the two crimes of involuntary vehicular manslaughter in unauthorized drag races were drawn. Secondly, it was attempted to elucidate the conflict of norms by employing the traditional criteria and methods of interpreting the criminal statutes, to define the objectified intention contained in the law (*mens legis*). Finally, we analyzed whether the modern discussions about the limits of the judicial review of laws, on the basis of the principle of proportionality and of the prohibition of insufficient protection of legal interests, require that the answer provided by the traditional methods of criminal laws' hermeneutics be abandoned. We reached the conclusion that an interpretation that takes the constitutional imperatives of provision of sufficient security to legal interests seriously requires that we opt for the enforcement of the more severe criminal type, despite the traditional hermeneutics criteria resulting in the application of the more favorable norm to the defendant.

KEY WORDS: the double criminalization of involuntary vehicular manslaughter occurred in unauthorized races; interpretation of criminal statutes; *in dubio pro reo* principle; principle of proportionality; prohibition of insufficient protection of legal interests.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A lei nº 12.971/2014 e o perfil dogmático da morte culposa no trânsito em situação de "racha". 3. A resposta da hermenêutica tradicional para a dupla tipificação da morte culposa no trânsito em situação de "racha". 4. A resposta da hermenêutica constitucional contemporânea para a dupla tipificação da morte culposa no trânsito em situação de "racha". 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

O quadro desolador, de autêntica tragédia humanitária, vivenciado no trânsito, na maioria das nações desenvolvidas, tem produzido a percepção de que o conjunto normativo existente não é suficiente para fazer frente ao incremento da complexidade das relações de transporte, advindas do rápido crescimento populacional, do aumento descontrolado da frota veicular e da urbanização acelerada vivenciada nas últimas décadas. Essa situação gerou uma crescente produção legislativa em matéria de trânsito, que se tornou pauta prioritária dos políticos dos mais variados espectros ideológicos, em razão da visibilidade que proporciona. Essa produção legislativa alcançou também, como não poderia deixar de ser, a esfera penal, do que são exemplos: a nova "Lei Seca" (Lei nº 11.705 de 2008) e suas sucessoras (entre as quais a Lei nº 12.760 de 2012), que tornaram mais rígido o tratamento jurídico da embriaguez ao volante.

O Código de Trânsito Brasileiro possui um capítulo apenas para tratar dos "Crimes de Trânsito". Lá estão tipificadas diversas condutas delituosas, como o homicídio culposos, a lesão corporal culposa, a omissão de socorro e outras que mereceram tratamento diferenciado quando praticadas em situação de trânsito. O crime de participação em corrida não autorizada, o popular "racha", delito exclusivo da legislação de trânsito, também se encontra tipificado no referido capítulo.

Foi com vistas a punir mais severamente a prática do “racha”, bem como a ocorrência de lesões graves e mortes no trânsito que o legislador brasileiro editou a Lei nº 12.971/2014 (oriunda do Projeto de Lei nº 2.592/2007 da Câmara dos Deputados), de 09 de maio de 2014, aumentando as sanções administrativas (amplitude de multas) e alterando a redação do tipo penal e as penas de alguns crimes.

No que interessa, especificamente, ao problema a ser destacado no presente artigo, vale apontar que a lei parece haver inserido, como se irá detalhadamente demonstrar, em dois dispositivos diferentes, mas com quase idênticas elementares do tipo, dois crimes de morte culposa em situação de “racha”, atribuindo a cada um deles penas diferentes.

Assim, desde maio de 2014, existiriam dois tipos de morte culposa em situação de “racha” no Brasil. O primeiro estaria inserido como forma qualificada do homicídio culposo (art. 302, § 2º, do CTB), com a pena de dois a quatro anos de reclusão, e o segundo estaria inserido como forma qualificada do crime de “racha” (art. 308, § 2º, do CTB), com a pena de cinco a dez anos de reclusão.

O problema que concretamente se apresenta, portanto, é o seguinte: como equacionar juridicamente a questão da dupla tipificação da morte culposa no trânsito em situação de “racha”, introduzida pela Lei nº 12.971/2014.

É fácil perceber que, admitindo-se que realmente ocorreu a dupla tipificação da mesma infração penal, a referida lei criou uma situação de terrível insegurança jurídica, que precisa ser adequadamente enfrentada pela doutrina. A existência de dois tipos criminais, com, praticamente, as mesmas elementares e com penas diferentes, produz um enorme risco de incrementar a já injusta seletividade do

Direito Penal, com indiciamentos, denúncias e condenações variando drasticamente, conforme o perfil socioeconômico/racial do acusado; assim se abre a possibilidade de que delegados, promotores e juízes acabem optando por um dos tipos criminais e por sua respectiva pena, de maneira mais ou menos arbitrária e irracional, em autêntico retorno a um Direito Penal do agente, e não do fato. A garantia constitucional de que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal), pressupõe que a lei penal seja certa, inteligível, com âmbito de incidência bem definido.

Essa questão poderia se desdobrar em dois planos, o da aplicação normativa, ou seja, o do momento da decisão judicial, da busca de uma solução para o caso concreto, e o da fundamentação normativa, ou seja, o do momento da produção de uma lei nova. Mas os estreitos limites deste artigo impõem a opção pela análise de apenas um dos planos. Optou-se por investigar a questão sob o prisma estritamente judicial, do operador do direito, que lida com problemas deduzidos em juízo.

Assim, o que se buscará definir neste trabalho é qual dos dois tipos criminais de morte culposa no trânsito em situação de racha deverá prevalecer, empregando-se os critérios e métodos clássicos de interpretação da norma penal, em cotejo com as novas discussões sobre a vedação da proteção insuficiente de bens jurídico-penais.

A hipótese que se pretende verificar com a presente investigação, como já referido, é se o resultado interpretativo produzido pelos parâmetros tradicionais da hermenêutica penal liberal deverá ser afastado, por não ser a solução mais adequada da perspectiva de uma orientação comunitarista

do conceito de bem jurídico, que pressupõe um dever do Estado de assegurar-lhe proteção suficiente na ordem de valores da Constituição.

2. A lei nº 12.971/2014 e o perfil dogmático da morte culposa no trânsito em situação de “racha”

A Lei nº 12.971, de 09 de maio de 2014, alterou o Código de Trânsito Brasileiro, Lei nº 9.503/1997; introduziu alterações nos tipos de quatro delitos já previstos na legislação de trânsito (lesão e morte culposa no trânsito, embriaguez ao volante e participação em disputas automobilísticas não autorizadas, vulgarmente, conhecidas como “racha”), bem como incrementou as sanções administrativas correspondentes às infrações associadas a esses mesmos delitos.

O crime de homicídio culposo no trânsito, previsto no artigo 302 do Código de Trânsito Brasileiro, apresenta a seguinte redação, após as recentes modificações:

Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor:

Penas - *detenção*, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1º - No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) à metade, se o agente: (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014)

I - não possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação; (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014)

II - praticá-lo em faixa de pedestres ou na calçada; (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014)

III - deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente; (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014)

IV - no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros. (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014)

§ 2º _Se o agente conduz veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência ou participa, em via, de corrida, disputa ou competição automobilística ou ainda de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente: (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014)

Penas - *reclusão*, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014). (BRASIL, 1997, grifo nosso).

Observe-se que a redação do tipo básico, bem como suas penas (detenção de dois a quatro anos e proibição ou suspensão de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor) foram mantidas. Trata-se de um crime culposo, que, portanto, sempre ensejará a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, cumpridos os outros requisitos da legislação penal (ser o réu primário e fazerem-se presentes as outras circunstâncias pessoais que recomendam a substituição).

As causas de aumento de pena, que antes compunham o parágrafo único do artigo 302, permaneceram, passando a constituir os incisos do § 1º. A verdadeira modificação introduzida pela Lei nº 12.971 consta do novo § 2º do artigo 302. Pretendeu-se tipificar duas formas qualificadas do delito de homicídio culposo previsto no *caput*: quando o condutor do veículo se encontrar com a sua capacidade psicomotora alterada em razão de embriaguez alcoólica ou causada por outra substância entorpecente ou ainda quando o homicí-

dio ocorrer no contexto de uma corrida, disputa, competição automobilística ou demonstração de perícia em manobra de veículos não autorizada, o que caracteriza a situação configuradora do crime de “racha”.

As formas qualificadas de homicídio culposo no trânsito, no entanto, receberam a mesma pena de sua forma simples: de dois a quatro anos de prisão. O fato de o termo “detenção”, empregado no *caput*, haver sido substituído por “reclusão” não faz nenhuma diferença, a não ser de caráter simbólico. Com uma pena igual ou inferior a quatro anos de prisão e um réu primário, o regime de cumprimento de pena será o aberto/domiciliar, independentemente de se tratar de reclusão ou detenção. Na lógica do Código Penal vigente, a única diferença significativa entre a reclusão e a detenção é que apenas para crimes aos quais se comine a reclusão é possível se impor o regime fechado de cumprimento da pena privativa de liberdade. Mas também caberá, desde o início, para condenados não reincidentes a uma pena igual ou menor que quatro anos o regime aberto, até porque a fixação do regime aberto não guarda relação com a espécie de pena (reclusão ou detenção), mas com a quantidade de pena (até 04 anos). E essa pena de prisão em regime aberto será quase sempre substituída por uma restritiva de direitos (art. 44 do CP) ou suspensão, nos termos do artigo 77 do Código Penal, o que significa que a referida alteração não representa nada em termos de incremento do rigor punitivo.

Já o crime de participação em competição não autorizada, o “racha”, previsto no artigo 308 do Código de Trânsito Brasileiro, passou a vigor com a seguinte redação:

Art. 308. Participar, na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade competente, gerando situa-

ção de risco à incolumidade pública ou privada: (Redação dada pela Lei nº 12.971, de 2014)

Penas - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. (Redação dada pela Lei nº 12.971, de 2014)

§ 1º Se da prática do crime previsto no caput resultar lesão corporal de natureza grave, e as circunstâncias demonstrarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo, a pena privativa de liberdade é de reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014)

§ 2º Se da prática do crime previsto no caput resultar morte, e as circunstâncias demonstrarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo, a pena privativa de liberdade é de reclusão de 5 (cinco) a 10 (dez) anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014). (BRASIL, 1997).

Observa-se que a Lei nº 12.971/2014 previu novas formas qualificadas do crime de “racha”, quando resultar lesão corporal grave ou morte culposa, com penas de 03 a 06 anos e de 05 a 10 anos de reclusão, respectivamente. A introdução de duas figuras qualificadas preterdolosas ao art. 308 parece, à primeira vista, representar um agravamento da punição dos condutores que participam de competições não autorizadas. No entanto, como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal estava se encaminhando para reconhecer quase sempre o tipo subjetivo de dolo eventual nos crimes de homicídio e lesão grave praticados no contexto de um “racha” (BRASIL, 2008), a inclusão de formas qualificadas pelo resultado culposos dá novo fôlego para a tese dos que defendiam estar configurada nessas hipóteses a culpa cons-

ciente, o que acaba por beneficiar os mesmos sujeitos que se queria punir mais gravemente.

Aqui surge o maior problema da Lei nº 12.971/2014: o crime de “racha” em que houver resultado morte decorrente de culpa tem hipótese fática quase idêntica à forma qualificada de homicídio culposo do art. 302, § 2º. Trata-se de dupla tipificação da mesma hipótese fática com penas diversas.

De fato, com uma simples leitura dos artigos 302, § 2º, segunda parte, e 308, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro, verifica-se que as elementares que compõem ambos os delitos são virtualmente indistinguíveis. Ambos os crimes acontecem em situação de “racha”, vale dizer, quando o condutor “participar, na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade competente”. As diferenças entre os descritores dos dois tipos não são relevantes.

Embora o parágrafo segundo do artigo 302 contenha a expressão “ou ainda [participar] de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor”, percebe-se que dificilmente a referida “exibição” de perícia ocorrerá fora do contexto de uma “disputa ou competição” automobilística. Não existe “demonstração” de perícia sem plateia, “exibição” sem público e, muito raramente, essas práticas seriam realizadas por um condutor isolado, agindo sozinho, procurando admiração de transeuntes aleatórios. Trata-se sim de uma modalidade de “competição não autorizada”, em que não está em disputa a velocidade dos participantes ou o tempo em que completam um percurso, mas sim a perícia em manobras arriscadas, conduta já incluída, portanto, na previsão do *caput* do artigo 308. A hipótese do exibicionista isolado, praticando o delito de “racha”, tanto não faz sentido que o tipo fala de “participar em exibição ou demonstração” e não em “exibir” ou “demonstrar”.

Outra diferença de pouca monta é que, enquanto o crime de "racha", como já referido, pune a conduta praticada em "via pública", a forma qualificada do homicídio culposo em situação de "racha" também se aplica às "vias", sem maiores qualificações. Registre-se que as disposições do Código de Trânsito Brasileiro aplicam-se ao trânsito, de qualquer natureza, nas vias terrestres do território nacional abertas à circulação. São vias terrestres urbanas e rurais as ruas, as avenidas, os logradouros, os caminhos, as passagens, as estradas e as rodovias, a elas se equiparando ainda as praias abertas à circulação e as vias internas de condomínios constituídos por unidades autônomas (Arts. 1º e 2º da Lei nº 9.503/1997).

Percebe-se que, pela lógica do Código de Trânsito, nem toda via aberta à circulação é via pública. Existem vias particulares ou de uso privado, abertas à circulação. Assim, quando competições automobilísticas não autorizadas ocorrerem em vias privadas, não estará configurado o crime de "racha" do artigo 308 do Código de Trânsito; mas, caso ocorra uma morte culposa, poderá incidir a forma qualificada do homicídio culposo em situação de "racha". Trata-se de uma técnica legislativa verdadeiramente desastrosa. De qualquer forma, a hipótese referida, de incidência isolada do tipo de homicídio culposo qualificado é, por óbvio, bastante rara e não diminui o fato de que, na imensa maioria dos casos, haverá conflito entre ambos os tipos.

Está claro também que, em termos de objetividade jurídica, os crimes de "racha" com resultado morte culposa e de morte culposa em situação de "racha" tutelam o mesmo bem: a vida dos sujeitos participantes do trânsito. E, nos dois tipos criminais, a culpa, que provoca a produção do resultado morte, é aquela cujas modalidades estão especificadas no artigo 18, inciso II, do Código Penal (imprudência, negligência e imperícia). A sua definição é a mesma da teoria geral do delito: "é a ação humana voluntária que produz, de forma não intencional, o resultado típico, por meio de uma quebra de dever

de cuidado, cujas consequências, embora fossem previsíveis, não foram previstas pelo agente ou não foi por ele assumido o risco de produzi-las” (DOTTI, 2003, p. 314). De fato, afirmar-se que “as circunstâncias demonstram que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo” é o mesmo que dizer que o condutor agiu culposamente.

Essa situação de dupla tipificação é claramente percebida por Sannini Neto e Moraes (2014, p. 1), em artigo sobre o tema:

Ocorre que a conduta típica de causar a morte culposamente quando da participação em corrida, disputa ou competição automobilística sem autorização pela autoridade competente se subsume de igual modo ao tipo penal da nova figura qualificada do § 2º do art. 302, o qual, porém, comina pena muito inferior, de 2 a 4 anos de reclusão, como já apontado. Trata-se de inaceitável falha na técnica legislativa. O delito de perigo (“racha”), por óbvio, deve ser absorvido pelos mais graves, de dano (homicídio ou lesão corporal).

Luiz Flávio Gomes também identifica, distintamente, a dificuldade trazida pela lei:

O problema: aqui no art. 308 o resultado morte provocado culposamente aparece como qualificadora do delito de participação em “racha”. Já no art. 302 (homicídio culposo), é a participação em “racha” que o torna qualificado (mais grave). No delito de participação em “racha”, é a morte que o qualifica. No delito de homicídio, é a participação no racha que o qualifica. Mas tudo isso é a mesma coisa! O mesmo fato foi descrito duas vezes. Na primeira situação (art. 302), a descrição legal foi de trás para frente (morte em virtude do “racha”); na segunda (art. 308), da frente para trás (“racha” e depois a morte). Para não haver nenhuma dúvida (talvez essa tenha sido a preocupação do emérito legislador), descrevesse o mesmo fato duas vezes. Seria uma mera excrescência legis

(o que já é bastante reprovável), se não fosse o seguinte detalhe: No art. 302 (homicídio culposo em razão de "racha") a pena é de reclusão de dois a quatro anos; no art. 308 ("racha com resultado morte decorrente de culpa") a pena é de cinco a dez anos de reclusão! Mesmo fato, com penas diferentes [...]. (GOMES, 2014, p. 1).

O desastre produzido pelo legislador penal não se esgota no conflito entre os dois tipos. De fato há uma incongruência ainda entre a pena cominada ao homicídio culposo e a pena abstratamente prevista para a lesão corporal culposa que resultar de "racha". É desproporcional cominar-se uma pena maior à lesão grave do que aquela a ser aplicada à própria perda da vida, bem indiscutivelmente mais importante que a integridade física. Esse tipo de incoerência, que chega às raias da irracionalidade, não se legitima pela discricionariedade do legislador penal, para traçar as diretrizes de política criminal. No extremo, ela demanda a construção de uma solução, tanto quanto a dupla tipificação acima mencionada.

Em um primeiro momento, seria preciso verificar se o emprego dos métodos tradicionais de hermenêutica jurídica resultaria em uma resposta satisfatória para a questão. É necessário saber se o princípio da especialidade associado a uma interpretação sistemática e topográfica das normas apresentaria uma resposta convincente para a questão; ou é preciso definir se a dificuldade apresentada deveria ser enfrentada com o recurso ao princípio do *favor rei*.

3. A resposta da hermenêutica tradicional para a dupla tipificação da morte culposa no trânsito em situação de "racha"

Já se incorporou ao senso comum teórico dos juristas (COSTA, 2008, p. 312), desde o início do século passado, o entendimento de que não é o sentido pretendido pelo legislador

que vincula, na interpretação/aplicação de um texto normativo controvertido, mas o sentido refletido pela própria norma, o qual adquire vida própria e valor diferenciado da “vontade” ou “consciência” de seus formuladores.

Não fosse essa abertura hermenêutica dos textos normativos, nos quais estão inseridos, em um contexto dinâmico e evolutivo, ideias e sentidos, e a forma do Direito, sua rigidez característica na fixação da letra da lei, que serve para dar segurança, seriam estorvadas as transformações normais das sociedades e não seria possível responder, de maneira justa e adequada, às novas demandas surgidas nos casos concretos, refletindo relações jurídicas cada vez mais complexas. É nesse sentido que, na teoria da interpretação, de há muito, com o declínio das doutrinas subjetivistas, insiste-se na importância de se desvelar a *mens legis*, o sentido objetivo da lei, servindo a intenção do legislador apenas como um recurso adicional e de importância relativa na construção do significado vinculante.

A hermenêutica jurídica do século XIX nos legou algumas ferramentas de uso generalizado para se tentar definir qual o preceito aplicável para a resolução de um determinado caso concreto quando ocorre um conflito aparente de normas.

Nesse sentido, Sannini Neto e Moraes (2014, p. 1) sintetizam as possíveis alternativas de enfrentamento do imbróglio interpretativo trazido pela Lei n.º 12.971/2014, conforme trecho a seguir:

Com isso, sob um prisma técnico-jurídico, a solução apropriada será aquela mais favorável ao investigado ou réu, ou seja, o enquadramento na figura qualificada do homicídio culposo do § 2º, do art. 302, tornando na prática letra morta o § 2º do art. 308 contendo idêntica hipótese fática. Por

outro lado, pode-se argumentar, por meio de uma interpretação teleológica, que a vontade do legislador, manifestada na Lei nº 12.971/2014, foi no sentido de agravar a reprimenda para os casos em que houver morte em virtude da prática do "racha". Assim, para que a inovação legislativa não se torne "letra morta", a única solução seria a adoção do entendimento em que o crime mais grave, qual seja, o agora previsto no artigo 308, § 2º, do CTB, absorvesse o crime menos grave, tipificado no artigo 302, § 2º, do mesmo *codex*. Tal entendimento pode, inclusive, ser subsidiado pelo princípio da proporcionalidade, mais especificamente na sua esfera de proteção insuficiente, afinal, a conduta daquele que causa a morte de outrem em virtude da prática do "racha" é de enorme gravidade, constituindo verdadeira afronta à sociedade e ao próprio Estado.

No mesmo sentido, podemos nos valer do princípio da especialidade para reforçar esse entendimento. Ora, se o *caput* do artigo 308 pune o crime de "racha" e o seu § 2º nos apresenta uma modalidade qualificada desse crime, é obvio que essa conduta é específica para aquele caso, devendo, consequentemente, prevalecer sobre a conduta descrita no artigo 302, § 2º, que é genérica. Apenas para ilustrar, caso o tipo penal do artigo 306 trouxesse uma figura qualificada envolvendo morte, esta seria especial em relação ao delito de homicídio previsto no artigo 302, até porque há uma clara distinção entre os bens jurídicos em questão. De qualquer modo, tais divergências tão contundentes não ocorreriam se o legislador atuasse com o mínimo de cautela e técnica jurídica.

Nucci (2014, p. 01), por sua vez, entende que o referido conflito aparente de normas teria fácil resposta: inequivocamente seria aplicado o tipo do homicídio culposo qualificado (art. 302, § 2º), em vez do tipo de "racha" com resultado morte culposa (art. 308, § 2º), já que o crime, cuja figura típica básica é de dano (ainda que culposo), sempre absorveria o crime, cuja figura típica básica é de perigo concreto, ainda

que deste resultasse um dano que o agente não quis nem assumiu o risco de produzir (crime preterdoloso – dolo com relação ao perigo concreto e culpa com relação ao dano).

Todavia, a despeito do que defenderam, apressadamente, os criminalistas acima citados, os métodos e níveis de interpretação da hermenêutica clássica não dão conta de solucionar, com facilidade, o problema da dupla tipificação da morte culposa no trânsito em situação de “racha”.

A interpretação sistemática não resolve a questão. Em verdade, não é possível se reconhecer relação de especialidade entre os artigos em conflito. De fato, há relação de especialidade entre a norma que tipifica o homicídio culposo no trânsito em sua figura básica (art. 302, *caput*, do Código de Trânsito) e o tipo qualificado de “racha” pela morte culposa. Aqui as circunstâncias especificadoras que destacam o fato de a morte culposa ter ocorrido no contexto de uma competição não autorizada (e não em qualquer outro contexto de trânsito que envolva, por exemplo, um atropelamento ou a colisão de veículos automotores) atraindo a incidência do tipo mais detalhado (*lex specialis*) do art. 308, § 2º, do Código de Trânsito.

Ocorre que, entre as figuras qualificadas do homicídio culposo em “racha” e do “racha” com morte culposa, não há relação de especialidade. Trata-se da mesma conduta. A diferença é topográfica, de localização das figuras típicas, não tendo nenhuma relevância para a definição do seu sentido.

Também pela consunção ou pela subsidiariedade não se desata o nó normativo. Não faz sentido algum aqui afirmar que o crime de dano absorveria o crime de perigo. Até mesmo porque as figuras básicas do delito tutelam bens jurídicos distintos. O tipo de homicídio tutela o bem jurídico vida e o

crime de “racha” põe em risco a coletividade e a segurança viária. Homicídios culposos no trânsito podem ocorrer, e, usualmente, acontecem, em contextos distintos do de uma competição não autorizada (e.g. em razão de embriaguez do condutor). É fácil visualizar que um crime de morte culposa em situação de “racha” não absorve outro crime de morte culposa em situação de “racha”. São tipos preterdolosos iguais, em que existiu dolo de praticar “racha” e houve a intercorrência da morte não querida pelo condutor do veículo, que também não assumiu o risco de que ocorresse.

Não se poderia defender, como Sannini Neto e Moraes (2014, p. 01) também fizeram, que uma interpretação teleológica da Lei nº 12.971/2014 levaria à aplicação do tipo penal mais grave do artigo 308, § 2º, do Código de Trânsito, máxime se visualizado em conjunto com as outras alterações introduzidas pela mesma lei para promover um incremento das penas dos crimes de trânsito, como a elevação da pena máxima em abstrato da figura típica básica do “racha” (art. 308, *caput*, do CTB), que não mais constitui um delito de menor potencial ofensivo nos termos do artigo 61 da Lei nº 9.099 de 1995 ou a introdução de uma qualificadora para as hipóteses de lesão corporal grave culposa em situação de “racha”.

Não se está autorizado a entender que o objetivo da lei foi promover o aumento da punição nos pontos em que ela não o fez ou além da medida em que efetivamente o tenha feito. Normas que restringem direitos, como as normas penais, que sempre impõem um terrível ônus sobre a liberdade individual, devem ser interpretadas estritamente. O fato é que, na mesma lei, estão expressas duas penas para a mesma infração penal qualificada de morte culposa no “racha” e não é possível se afirmar, em termos de objetivos da norma, que uma delas não atende à finalidade da lei, não

devendo ser aplicada, porque a finalidade da lei se confunde com o resultado hermenêutico que seja mais eficaz no enfrentamento dos problemas sociais a cuja disciplina se destina. E, como norma penal, a sua função é dupla: prevenir delitos e assegurar garantias contra a reação punitiva do Estado. A punição em si, o caráter retributivo da sanção, que poderia justificar uma interpretação favorecedora da norma mais grave, não passa de função secundária da norma penal, que tem pouca utilidade para a sua legitimação em um Estado Democrático.

Sobre as faces preventiva e garantista da missão do Direito Penal e a sua inevitável convivência, ensina-nos Silva Sánchez (2011, p. 299-300):

A função do Direito Penal não consiste, em absoluto, unicamente numa completa proteção de bens jurídicos, senão, antes, numa complexa trama do interesse da vítima em sua proteção, o interesse do autor em sua liberdade e o interesse da comunidade na prevenção e na segurança jurídica. [...] De fato, qualquer novo problema que se enfrenta se converte no objeto de um debate que leva a indagar se a solução proposta é insuficiente e corre o risco de não cumprir os efeitos preventivos (de controle da violência informal por via dissuasória ou integradora) ou, ao contrário, é excessiva e perde legitimação por existir a possibilidade de soluções igualmente eficazes no plano preventivo e menos violentas, ou, enfim, pese a ser recomendável em termos de eficácia, constitui um obstáculo para o cumprimento pelo Direito Penal de seus fins de garantia.

A medida adequada da pena é fixada por meio de um processo legislativo de base constitucional, devendo refletir a correlação de forças, bem como o sentimento vigente na sociedade acerca do tratamento proporcional dos delitos. É impossível se afirmar, havendo o legislador penal produ-

zido os dois tipos penais incriminadores, ao mesmo tempo, que apenas um deles está em harmonia com a *mens legis*. O legislador penal pode, a princípio, legitimamente optar por uma punição mais branda de determinado delito, por entendê-la bastante para cumprir a sua missão dissuasória.

Outra sugestão de interpretação é ainda apresentada por Cavalcante (2014, p. 01), na opinião de quem a única maneira de valorizar as palavras da lei é interpretando sistematicamente os seus dispositivos e evitando que caia em desuso o tipo mais grave do artigo 308, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro. Nesse sentido, impor-se-ia o entendimento, nos termos da hermenêutica jurídica tradicional, de que, não havendo dispositivos inúteis nem lacunas no ordenamento, também não poderia haver dupla tipificação, tendo ocorrido, na verdade, a previsão de penas diversas para condutas diferenciadas pelos “graus de culpa”. Assim haveria uma morte culposa em situação de “racha” configurada pela culpa consciente (art. 308, § 2º) e, portanto, merecedora de punição mais grave e uma configurada pela culpa inconsciente (art. 302, § 2º), sendo-lhe atribuída punição menos severa.

Como nos explica Ferraz Junior (2007, p. 283), a dogmática jurídica, ao menos desde o século XIX, assumiu como um postulado da interpretação o fato de o legislador ser rigorosamente preciso e não construir normas inócuas ou redundantes. Mas nem o pressuposto do legislador racional pode servir para negar a abertura da norma para as suas repercussões futuras e para desconsiderar a relevância de suas consequências práticas, bem como dos valores da justiça e da dignidade da pessoa na orientação de sua correta interpretação. Somente levando em conta o conjunto desses elementos é possível dar à norma um sentido adequado à resolução dos problemas a cuja disciplina concretamente se destina.

A solução proposta pelo referido autor, no entanto, não tem sentido no ordenamento jurídico brasileiro, no qual não existem tipos específicos para cada “grau de culpa”. Todos os tipos culposos podem abranger todos os “graus de culpa”, os quais devem influir na fixação da pena em concreto, como justificativa para eventual exacerbação da pena base na primeira fase de fixação da pena, em conjunto com outras circunstâncias apontadas no art. 59 do Código Penal.

Observe-se ainda que uma hipótese de morte culposa em “racha” com culpa inconsciente é de configuração extremamente improvável. Como é sabido, o tipo subjetivo de culpa inconsciente ocorre quando o “resultado, embora previsível, não é previsto pelo agente em face da violação do dever de cuidado e de atenção a que estava obrigado” (DOTTI, 2003, p. 315); já a *mens rea* marcada pela culpa consciente é “caracterizada pela previsão do agente quanto à probabilidade do resultado que ele espera não venha ocorrer, confiando em sua habilidade ou destreza para enfrentar a situação de risco” (DOTTI, 2003, p. 315) por ele mesmo produzido. É fácil perceber-se que a morte que resultar de uma competição automobilística não autorizada, normalmente, estará associada a um tipo subjetivo de dolo eventual ou de culpa consciente, a depender da particular irresponsabilidade do condutor. É difícil imaginar que o condutor que participa de uma demonstração de perícia em local indevido, por exemplo, e que, portanto, já tem o dolo direto de praticar “racha” não tenha ao menos previsto que pudesse a sua ação causar a morte de terceiro desavisado ou de outro competidor. A configuração da culpa inconsciente nessas hipóteses é praticamente impossível. Dessa maneira, a proposta de Cavalcante (2014, p. 01) resultaria em que sempre se aplicasse a forma qualificada com a pena mais grave aos casos de morte culposa em situação de “racha”. O jurista resolveu um caso em que há, conforme ele mesmo admite, uma substancial

dúvida sobre a interpretação das normas penais, conferindo-lhes um sentido concretamente prejudicial ao réu e favorecedor do desejo retributivo da comunidade, o que não se pode admitir.

Entender de modo contrário produziria a injustiça de se estabelecer uma “presunção legal” (sem lei) de culpa consciente para todos os casos de morte culposa em situação de “racha”, definição essa que deveria ser feita no caso concreto, ao menos, até que por lei se crie um tipo específico de culpa consciente ou gravíssima para os crimes dessa natureza. Não é correto, portanto, para que se evite a perda de eficácia de um dos dispositivos introduzidos pela Lei nº 12.971/2014, que se sacrifique a segurança jurídica e a legalidade penais.

Sobra ainda um recurso integrante das regras tradicionais de hermenêutica jurídica para tentar solucionar a questão: trata-se do princípio da interpretação mais benéfica.

A interpretação estrita de normas restritivas de direitos é um postulado tradicional de hermenêutica, com incidência em todos os âmbitos (civil, administrativo e penal) nos quais possa ocorrer a limitação legal de direitos fundamentais e ela decorre de uma das ideias matrizes do Estado do Direito, nos termos da qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, inciso II da Constituição Federal). Se a liberdade de atuação é a regra e os limites impostos pela lei à autonomia individual, para assegurar a vida em sociedade, a exceção, então, toda norma que circunscreve esse âmbito de autonomia individual originário deve ser aplicada apenas na exata medida necessária para que cumpra com o seu intuito de interesse público, vedando-se os resultados interpretativos que expandam, alarguem ou dilatam as suas consequências limitativas de direitos. A interpretação deverá “reduzir o âm-

bito do proibido ao nível mínimo dos limites semânticos” (ALAGIA; BATISTA; SLOKAR; ZAFFARONI, 2006, p. 211).

Assim, a máxima taxatividade legal dá origem ao princípio da interpretação restritiva como padrão da hermenêutica penal. Em verdade, ao contrário do que defendido por parcela da doutrina penal e processual penal, a interpretação que tende a extrair o sentido normativo que menos amplie o âmbito legal do proibido, o espaço de criminalização, a escala das penas cominadas, não é apenas um recurso subsidiário do qual poderia se valer o aplicador do Direito quando estivesse em face de uma dúvida de outra forma insanável, mas deve permear toda a atividade de interpretação das normas penais.

Na síntese de Zaffaroni:

[...] dentro do alcance semântico das palavras da lei pode haver um sentido mais amplo para a criminalização ou um mais limitado ou restrito. As dúvidas interpretativas dessa natureza devem ser dirimidas na forma mais limitada da criminalização. Trata-se da mesma razão que dá origem ao princípio processual *in dubio pro reo*, que não é pacificamente aceita, pois costuma-se afirmar que não consiste em uma regra interpretativa do direito penal, mas apenas num critério de valorização processual da prova. Aqueles que a refutam argumentam que dentro dos limites semânticos do texto legal, pode-se escolher livremente a interpretação mais ampla, a literal ou a mais restritiva, ou seja, não admitem um princípio interpretativo geral de cunho restritivo. Tal posição se baseia em uma distinção que não se justifica – pelo menos com a extensão da negativa – porque as duas consequências (*in dubio pro reo* e interpretação restritiva) derivam igualmente da excepcionalidade da criminalização primária. [...] O critério de interpretação semanticamente mais restritiva deve ser defendido na atualidade, pois constitui um dos principais instrumentos capazes de conter o

formidável avanço da tipificação irresponsável. (ALAGIA; BATISTA; SLOKAR; ZAFFARONI, 2006, p. 210-211)

De qualquer maneira, adotando-se o entendimento clássico e mais comedido sobre o *in dubio pro reo* ou aquele defendido por autores com tendências abolicionistas, como Zaffaroni, indiferentemente, o fato é que, estando-se em uma hipótese em que os métodos tradicionais de interpretação das normas não são suficientes para resolver o problema de qual seria a disposição aplicável, como é o caso da dupla tipificação da morte culposa em situação de "racha", impor-se-ia a opção pela solução mais favorável à liberdade. Isso significa que o nó da dupla tipificação se resolve pela aplicação do novo § 2º do artigo 302 do Código de Trânsito.

Essa opção, no entanto, impõe ainda que também o § 1º do artigo 308, a forma qualificada do "racha" com resultado lesão grave culposa, fique sem aplicação, do contrário, estar-se-ia punindo a morte de maneira mais branda (dois a quatro anos de prisão) que o dano à integridade física (três a seis anos de prisão), o que ofenderia o bom senso e a proporcionalidade mínima das sanções no universo dos bens jurídicos penalmente tutelados.

A única maneira de evitar essa injustiça seria aplicando-se a figura típica da lesão corporal culposa no trânsito, do artigo 303 do Código de Trânsito, também para as lesões ocorridas em situação de "racha", pelo menos até que o legislador diligenciasse para corrigir esse erro, afinal não poderia, no horizonte da hermenêutica clássica, o suspeito/réu, vale dizer, o indivíduo, ser prejudicado pela imprevidência do legislador penal.

Essa solução pressupõe o exercício da jurisdição constitucional pelo aplicador do Direito, que afastaria a lei especial,

recorrendo à figura geral da lesão culposa do Código de Trânsito, para buscar corrigir a anomalia e a desproporção produzidas pelo legislador na cominação das penas, em desconformidade com o *status* dos bens jurídicos em questão. A impossibilidade de fixação de pena superior a quatro anos (que é a pena máxima cominada à morte culposa no trânsito, em sua forma simples ou na qualificada) passa a ser a condição de possibilidade para a incidência do tipo penal referente à lesão corporal do art. 303 (com a pena variando de seis meses a dois anos).

Isso seria viável, porque, segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, de antes da alteração legislativa ora em análise, mas ao qual seria possível recorrer sem maiores dificuldades, o crime de perigo concreto do “racha” (art. 308, *caput*, do Código de Trânsito) seria absorvido pelo crime de dano da lesão corporal grave que houvesse produzido, afastando-se, portanto, o concurso formal ou material entre esses crimes (BRASIL, 2004), o que resultaria em uma amplitude de pena menos absurda, se posta em cotejo com a cominada ao homicídio culposo qualificado.

Essa resposta à questão, no entanto, não se pode negar, é flagrantemente insatisfatória. Como se não bastassem as falhas no processo legislativo, que resultaram na anormalidade da dupla tipificação da morte culposa e na consequente frustração da provável intenção dos legisladores, a necessária opção pela interpretação mais benéfica ainda produz outro desequilíbrio: o de se cominar uma pena em abstrato mais dura à lesão corporal grave culposa do que à própria morte culposa ocorridas em competições não autorizadas; tal anomalia o aplicador do Direito não pode resolver, a não ser provisoriamente e de maneira imperfeita, com a aplicação do tipo comum de lesão culposa no trânsito em vez do previsto na norma especial.

Todavia, uma alternativa possivelmente melhor se abre por meio do controle de constitucionalidade fundado na vedação da proteção insuficiente.

4. A resposta da hermenêutica constitucional contemporânea para a dupla tipificação da morte culposa no trânsito em situação de “racha”

Avaliados o produto e os limites do modelo liberal de interpretação, o passo seguinte consiste em analisar se o resultado obtido estaria em conformidade com a ordem de valores espelhada pela Constituição, ou seja, se confere proteção suficiente ao bem jurídico protegido pela norma penal (a vida de potenciais envolvidos em acidentes automobilísticos) e se, caso não esteja em conformidade com essa axiologia constitucional, seria possível ao aplicador da referida norma, por meio de controle de constitucionalidade, adotar solução constitucionalmente mais adequada, ainda que, à primeira vista, em desconformidade com os parâmetros tradicionais de hermenêutica. Vale dizer, se seria necessário, nessa hipótese, optar pela norma mais grave, porém mais adequada para oferecer ao bem jurídico-penal a tutela de que necessitaria.

Classicamente, o Direito Penal, segundo a marcante formulação da Ilustração, deveria estabelecer as balizas para o exercício da reação punitiva ao delito pela comunidade política, garantindo aos indivíduos a segurança de que o seu âmbito de autonomia privada não seria esmagado pelo arbítrio da pena imprevista e desmedida. Essa função era exercida, precipuamente, por meio da reserva de lei (*nullum crimen nulla pena sine lege*).

A importância que, historicamente, adquiriu essa missão de “garantia negativa” ou de proibição de intervenções indevidas, em tempos de superação do absolutismo estatal, fez com que, por vezes, fosse negligenciada, no universo das reflexões teóricas e da atividade prática dos juristas, a outra e necessária vertente do pa-

pel do Direito Penal em toda comunidade política: a de “garantia positiva” ou de “imperativo de tutela”, ou seja, o dever de, efetivamente, combater a proliferação da criminalidade (prevenção geral dos delitos), assegurando-se a incolumidade dos bens e interesses individuais e coletivos insculpidos nas normas penais.

O reconhecimento do duplo perfil das normas constitucionais, do seu lado subjetivo de defesa dos indivíduos contra o corpo político e do seu lado objetivo de expressão de uma ordem de valores com a qual a sociedade se identifica, bem como de um conteúdo normativo autônomo, consistente em um imperativo de efetivação, de verdadeira promoção e concretização dos direitos e bens constitucionais, foi imprescindível para que emergisse o atual paradigma do Estado Social e Democrático de Direito. De fato, apenas nesse modelo de Estado se vulgarizou, na doutrina, a identificação, no ordenamento jurídico, além dos direitos subjetivos individuais, das garantias institucionais e das normas expressivas de autênticas diretrizes e programas de atuação para os poderes públicos.

A importância e a significação da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais consistem no fato de ela possibilitar o “reconhecimento de efeitos jurídicos autônomos, para além da perspectiva subjetiva” ou de uma “mais-valia jurídica”, que não é possível de ser identificada “quando se consideram os direitos fundamentais individualmente” (SARLET, 2005, p. 16). O mais relevante dos desdobramentos do perfil objetivo dos direitos fundamentais é a afirmação de um dever ativo, positivo, do Estado de tutela, de proteção desses mesmos direitos, de construção das condições mínimas de possibilidade para a sua real eficácia no ordenamento jurídico e para a sua sobrevivência em face de eventuais agressões dos particulares e dos “poderes de fato” da sociedade.

Acerca das duas dimensões (negativa e positiva) das normas constitucionais, Sarlet sintetiza:

[...] na sua função como direitos de defesa os direitos fundamentais constituem limites (negativos) à atuação do Poder Público, impedindo ingerências indevidas na esfera dos bens jurídicos fundamentais, ao passo que, atuando na sua função de deveres de proteção (imperativos de tutela), as normas de direitos fundamentais implicam uma atuação positiva do Estado, notadamente, obrigando-o a intervir (preventiva ou repressivamente) inclusive quando se tratar de agressão oriunda de outros particulares, dever este que – para além de expressamente previsto em alguns preceitos constitucionais, contendo normas jusfundamentais, pode ser reconduzido ao princípio do Estado de Direito, na medida em que o Estado é o detentor do monopólio, tanto da aplicação da força, quanto no âmbito da solução de litígios entre os particulares, que (salvo em hipóteses excepcionais, como o da legítima defesa), não podem valer-se da força para impedir e, especialmente, corrigir agressões oriundas de outros particulares. (SARLET, 2005, p. 22).

Ora, esse dever de proteção coloca o Estado como “amigo dos direitos fundamentais” e como seu garantidor e não mais como seu principal adversário, como soía na antiga ótica liberal individualista. E um dos mecanismos mais destacados por meio do qual o Estado exerce ativamente o seu dever de proteção é, precisamente, o Direito Penal. A ativação dos mecanismos jurídico-penais de proteção (criminalização primária e secundária), no entanto, só se legitima em face de condutas que venham a violar bens jurídicos constitucionais (ao menos no nível de pô-los em uma situação de risco efetivo), exigindo-se do Estado (legislador ou juiz) a implementação de um dever de prestação de segurança.

O Estado Social e Democrático de Direito deverá dar “resposta para as necessidades de segurança de todos os direitos”, por meio de uma “política integral de proteção dos direitos” em todas as suas dimensões (garantismo inte-

gral, que é a soma do garantismo negativo com o positivo) (STRECK, 2009, p. 19).

Pois bem, é fácil se perceber que, com a emergência, na contemporaneidade, do Estado Social e Democrático de Direito e, levando-se em consideração todos os influxos desse novo paradigma/modelo de Estado nos mais diversos ramos do Direito, em especial, no sentido da valorização da Constituição e de sua força normativa e diretiva, como base de todo o sistema jurídico, também se modificam os parâmetros da hermenêutica jurídica penal e a compreensão do papel do Direito Penal, “para uma adequação de sua magnitude numa relação direta com a gama de bens constitucionalizados merecedores de tutela jurídica” (STRECK, 2009, p. 3).

Essa grave missão do Estado contemporâneo pressupõe uma atuação da norma penal incriminadora não somente como “limite ao poder punitivo”, mas também como instrumento/mecanismo de “garantia da integridade” dos bens jurídicos de relevância no sistema constitucional. O Direito Penal, assim, protegeria o criminoso da vingança injusta e sem limites da comunidade e a própria comunidade da anomia e da insegurança produzidas pela ação criminosa lesiva a bens fundamentais.

Sobre esse marco teórico da Constituição Penal, ou seja, da Constituição como limite e fundamento material do Direito Penal e da configuração dos ilícitos penais, fala-nos Prado:

[...] A Constituição, sobretudo em uma sociedade democrática, há de ser o ponto jurídico-político de referência primeiro em tema de injusto penal – reduzido às margens da estrita necessidade – como afirmação do indispensável liame material entre o bem jurídico e os valores constitucionais, amplamente considerados. (PRADO, 1997, p. 84-85).

Essa necessária remissão das normas penais ao bem jurídico tutelado, com sede na Constituição, tem uma dupla face, embora, usualmente, apenas a uma delas se dê especial destaque no estudo da matéria. Ela significa não somente que o Direito Penal só deverá intervir no caso de ataques especialmente graves a bens jurídicos de grande relevância comunitária (a fragmentariedade), dando-se prioridade aos demais sistemas de controle social, formais e informais (a subsidiariedade); mas representa também um óbice a que se confira uma proteção deficiente a valores e direitos de extrema relevância para a sobrevivência da sociedade, por meio da edição de normas penais frouxas, sem a medida de pena necessária e adequada para a prevenção de dano social causado pelo injusto penal. (STRECK, 2008, p. 1).

É nisso que consiste o debate atual entre os “garantistas positivos ou integrais” e os “garantistas negativos ou liberais”. Os primeiros assumem que o Direito Penal não é apenas a Magna Carta das liberdades do criminoso, conforme célebre formulação da escola clássica (Von Liszt); não serve apenas como barreira contra o arbítrio do Estado ou contra a vingança privada, reduzindo a violência social geral, mas é também instrumento de promoção da segurança comunitária e da proteção efetiva dos direitos individuais e sociais. Vale dizer, é efetivo mecanismo promotor de transformações sociais, na medida em que faz frente aos “poderes de fato” (o crime organizado, as grandes empresas etc.) existentes na sociedade que ameaçam bens e direitos fundamentais.

Veja-se a síntese de Silva Sánchez (2011, p. 67-68) sobre o conceito de garantismo:

O garantismo – que, partindo da função de proteção da sociedade através da prevenção geral de delitos, destaca as exigências formais de segurança jurídica, proporcionalidade

etc., e acolhe, ao mesmo tempo, as tendências humanizadoras – expressa o estado até agora mais desenvolvido das atitudes político-criminais básicas, representa a síntese dos esforços em prol de um melhor Direito Penal e constitui a plataforma necessária para abordar, de modo realista e progressista, os problemas teóricos e práticos do Direito Penal.

E o padrão de proteção constitucionalmente exigido pelo garantismo integral é precisamente aquele necessário a desestimular as condutas ofensivas aos direitos fundamentais, nem mais nem menos que isso. Intervenção em um nível superior ao idôneo para o alcance dos fins visados pela norma incriminadora (proibição excessiva) e proteção em uma medida aquém do que a imprescindível para coibir a prática de crimes (defeito de proibição) são duas formas em que o Estado pode falhar no seu múnus de proteção.

Na busca desse equilíbrio, do ponto médio entre a segurança e a liberdade, é fácil perceber que ganha relevo o princípio ou o postulado da proporcionalidade. Assim como “a liberdade individual não pode ser sacrificada desproporcionalmente” (BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2009, p. 297), também deve ser dada ao bem jurídico a proteção de que necessita e merece.

A resposta à pergunta acerca de qual dos dois tipos criminais de morte culposa no trânsito em situação de “racha” deverá prevalecer precisa ser enfrentada também da perspectiva do Direito Penal Constitucional ou da Constituição Penal, agregando-se maior complexidade à discussão antes restrita ao ideário liberal-individualista, do qual se extraem os métodos tradicionais de hermenêutica jurídica, por meio do exercício da jurisdição constitucional com fundamento na proporcionalidade das normas penais.

A análise da proporcionalidade das normas penais, nesse novo paradigma de Estado Democrático de Direito, portanto, é o que viabiliza o controle de constitucionalidade dos tipos penais. O emprego da proporcionalidade como critério mínimo de legitimidade para se aferir judicialmente a constitucionalidade material de normas penais já é amplamente reconhecido na doutrina de há muito tempo (GOMES, 2003, p. 209). Na lição de Streck (2004, p. 5), é pacífico que não há “qualquer blindagem que proteja a norma penal do controle de constitucionalidade” em suas várias formas.

A novidade aqui é que, quando a hermenêutica jurídica penal clássica, no extremo, levava em conta uma análise da constitucionalidade das normas penais em virtude da sua proporcional tutela de bens jurídicos, por força de sua extração liberal individualista e positivista, só conseguia visualizar a questão pelo lado da vedação da intervenção excessiva no âmbito de autonomia individual.

Em outras palavras, a proporcionalidade apenas era invocada (quando o era) para contrapor-se aos excessos da prevenção geral, portanto, como limite máximo das penas abstratamente cominadas aos delitos, nunca como seu limite mínimo (exigência de proteção). E essa ainda é a posição da maioria dos penalistas na atualidade, garantistas de perspectiva exclusivamente negativa, ou, na expressão de Fisher (2010, p. 31), adeptos de uma corruptela do verdadeiro garantismo, chamada de “garantismo penal hiperbólico monocular”. Por todos, cite-se Silva Sánchez (2011, p. 396-397):

[...] a proporcionalidade, como princípio garantista, não pode ser excedida para cima, mas admite ser excedida para baixo. Esta ideia estabelece uma diferença entre nossa concepção e a da prevenção geral fundamentadora. De fato, esta última – da qual, recorde-se, se dizia que incor-

porava ideias como as de justiça e proporcionalidade da sanção – se opõe à imposição de penas inferiores ao “justo” ou ao proporcional, em atenção aos possíveis efeitos desestabilizadores, desintegradores, de tal prática. Isso, contudo, implica que ideias como justiça ou proporcionalidade não se concebem como garantias individuais, mas como funções sociais, com a evidente mistificação que isso possa pressupor.

De um aspecto importante do que afirma Silva Sánchez não é possível se discordar: o emprego da proporcionalidade como mecanismo aferidor da constitucionalidade de normas só é possível porque encontra fundamento em “critérios filosófico jurídicos, enquadrados no programa político-jurídico da Constituição e derivados da noção de Estado que nesta se acolhe” (SILVA SÁNCHEZ, 2011, p. 371). Entenda-se, a proporcionalidade encontra seu fundamento na própria Constituição, como programa e como diretiva, e não em aspectos emocionais, irracionais ou nas convicções sociais de amplos setores da população (o senso social do que seria proporcional), razão pela qual o Poder Judiciário pode manejá-la para decidir acerca da conformidade da obra do legislador penal à norma fundamental, sem ferir a separação dos poderes, substituindo o juízo de conveniência e oportunidade do legislador (o seu juízo político) pelo do magistrado. O controle de constitucionalidade pela via da proporcionalidade, portanto, é verdadeira hipótese de aplicação do Direito e da Constituição (jurisdição constitucional) ao caso concreto deduzido em juízo.

A outra parte do raciocínio de Silva Sánchez, de que a proporcionalidade poderia ser “excedida para baixo” sem que a norma que assim o fizesse pudesse ser submetida à sindicância frente à Constituição, só faz sentido no contexto de um modelo liberal individualista de Estado, que despreza o

dever de prestação de segurança e admite que a prevenção geral dos delitos seja sacrificada em nome da defesa do indivíduo acusado contra a violência do Estado Policial, o que, como já foi afirmado, é compreender de maneira enviesada a missão do Direito Penal na atualidade.

Insiste-se, a teoria dos bens jurídicos, com base material na Constituição, é o que sustenta a atividade do legislador penal, que a ela deve se conformar evitando incorrer em inconstitucionalidade, seja pela edição de norma desarrazoada, desproporcional ao fato punível, seja pela proteção insuficiente de um direito fundamental (STRECK, 2004, p. 04). Na contemporaneidade, prevalece o princípio da “reserva de lei proporcional”.

A proporcionalidade, tradicionalmente, é dividida em três exigências ou em subprincípios constitutivos, quais sejam: o da adequação (ou conformidade), o da necessidade (exigibilidade) e o da proporcionalidade em sentido estrito (ou razoabilidade). A adequação observa se a medida é “viável” ou se é “meio tecnicamente idôneo” para alcançar o fim a que se propôs. A necessidade impõe que se opte sempre pela medida jurídica menos gravosa ao “direito objeto de restrição”. A proporcionalidade em sentido estrito, em verdade, consiste em uma “análise comparativa” no ordenamento jurídico, a qual pretende aferir se foi mantido um “equilíbrio” ou uma “equitativa relação” entre os “meio empregados e os fins colimados” pela medida jurídica (SARLET, 2005, p. 26-27).

O tipo de homicídio culposos no trânsito qualificado por estar o condutor participando de competição automobilística não autorizada, da segunda parte do novo artigo 302, § 2º, do Código de Trânsito, viola a proporcionalidade, vista da perspectiva da vedação da proteção insuficiente, especialmente, no seu terceiro aspecto, o da razoabilidade.

De fato, se a proporcionalidade em sentido estrito é aferida por meio de uma “análise comparativa”, não é preciso estendê-la muito longe para se chegar à conclusão de que há um flagrante desequilíbrio entre o meio eleito pelo legislador – a amplitude da pena de prisão abstratamente cominada – e o fim por ele visado, de garantir efetiva tutela ao bem jurídico fundamental “vida”.

Quanto aos aspectos da adequação e da necessidade, não há maiores discussões, uma vez que são adequadamente cumpridos pelo novo tipo incriminador, o qual é, e isso está fora de dúvida, meio idôneo para cumprir o fim de prevenção geral das condutas danosas ao direito fundamental “vida”, não havendo ainda outra medida menos restritiva da liberdade individual para alcançar o mesmo fim. Em verdade, foi precisamente nos debates em torno da impossibilidade de descriminalização de práticas violadoras do bem jurídico fundamental da “vida” que se desenvolveu, na doutrina e na jurisprudência alemãs do pós-guerra, o conceito de vedação da proteção insuficiente/deficiente (veja-se, por exemplo, o Caso da Lei de Descriminalização do Aborto decidido em maio de 1993) (STRECK, 2008, p. 2).

Parece certo que a criminalização de atentados à vida, intra e extrauterina, integra o padrão mínimo de proteção constitucionalmente exigido por esse bem fundamental, não estando o legislador, sob a invocação de sua “liberdade de conformação”, autorizado a se demitir do dever de prestação de segurança bastante, que lhe foi imposto pela Constituição (STRECK, 2008, p. 2).

A exigência de um tipo específico de homicídio culposo praticado no trânsito, com pena mais grave do que a figura comum do homicídio culposo do Código Penal, justifica-se também por ser essa a hipótese mais frequente, e pode-

se dizer até epidêmica, de atentados culposos à vida, pelo menos desde que os veículos automotores se vulgarizaram como meio de transporte individual, coletivo e de cargas nas sociedades urbanizadas.

Mas, no subcritério da razoabilidade, como já referido, o novo dispositivo peca gravemente e a “análise comparativa” faz saltar aos olhos a desproporção (pela insuficiência) da nova figura qualificada. Veja-se, de início, que a ela foi cominada a mesma pena da figura básica, de dois a quatro anos de prisão (já se observou que não tem grande relevância o fato de o regime de cumprimento da pena ser de reclusão ou de detenção), uma qualificadora sem punição diferenciada, o que, em si, já beira a teratologia e não encontra semelhança no ordenamento jurídico.

Observe-se, adicionalmente, que o homicídio simples com as causas de aumento de pena do parágrafo primeiro (aumento de um terço até a metade), de regra, ultrapassará a pena do homicídio culposo qualificado, o que também não faz sentido algum. Essa pena, a depender do caso concreto, poderá ser ultrapassada pela pena da maioria dos crimes de perigo comum (Capítulo I do Título VIII do Código Penal), aos quais se aplica a pena da figura básica do homicídio culposo aumentada de um terço. Acontece que o “racha”, é preciso lembrar, é também um crime de perigo comum e concreto, praticado no trânsito, como o é a embriaguez ao volante, devendo receber tratamento similar. Repare-se ainda que a pena da morte culposa em situação de “racha” do referido dispositivo é inferior à pena de lesão grave culposa em situação de “racha”, do artigo 308, § 1º, inserida pela mesma Lei.

Assim, percebe-se que a amplitude da pena fixada para o homicídio culposo qualificado pela participação em “racha”

não parece equilibrada, nem mesmo no interior do próprio diploma normativo que a previu (Lei nº 12.971/2014), embora não seja particularmente aberrante em comparação com o resto dos tipos culposos do ordenamento nacional.

Já a pena cominada à forma qualificada do crime de “racha” pela intercorrência de morte culposa, artigo 308, § 2º, do Código de Trânsito, parece mais adequada à magnitude do bem jurídico que pretende tutelar. Embora seja, de longe, uma das penas mais graves, no universo dos crimes culposos (se não for, na atualidade, a pena mais alta), prevendo o mínimo de cinco e o máximo de dez anos de prisão, não resulta desproporcional, em virtude de se tratar de hipóteses de morte culposa que, no caso concreto, se configuram, de regra, na modalidade de “culpa consciente”, quando não de “culpa gravíssima”, o que explica a sua aproximação da pena prevista para o homicídio doloso simples (art. 121, *caput* do Código Penal).

Além disso, também não caberia aqui se falar de inconstitucionalidade do referido dispositivo pelo “excesso de intervenção”, uma vez que, apesar da gravidade das penas cominadas, tratando-se de delitos culposos, está-se em face de uma hipótese fática que se concretiza, de regra, na forma da criminalidade eventual de réus primários, de bons antecedentes e com conduta social adequada, o que autorizaria a substituição da prisão pela sanção restritiva de direitos, qualquer que fosse a pena aplicada, nos termos do art. 44 do Código Penal. De fato, é pacífico, na doutrina, que “tratando-se de crimes culposos, não deve incidir a restrição de terem sido cometidos, sem violência à pessoa, pois, nos delitos culposos, a violência nunca é querida pelo agente, o que impede afirmar que o delito foi praticado com violência”. (DELMANTO, 1991, p. 25-26).

A distorção que se poderia observar, optando-se, com base no postulado da proporcionalidade, pelo tipo mais grave de morte culposa em situação de “racha”, do artigo 308, § 2º, do Código de Trânsito, é que a morte culposa no trânsito qualificada pela embriaguez do condutor (art. 302, § 2º, primeira parte), comparativamente, receberia uma pena bastante inferior, o que de fato é uma injustiça, visto que, em ambos os casos está-se diante de crimes preterdolosos, em que o dolo de praticar um crime de perigo concreto (conduzir veículo automotor embriagado ou participar de competição não autorizada) antecedeu o resultado morte culposa.

Apesar da similaridade das situações, o fato de lhes ter sido cominada penas em abstrato de amplitudes bastante diferentes não chega a desbordar do âmbito de “livre conformação” do legislador penal. De qualquer forma, aqui o aplicador do Direito não teria muita opção além de determinar a norma, a despeito de poder-se entender que protegeu insuficientemente o bem jurídico. Nem o exercício da jurisdição constitucional autorizaria a aplicação analógica do art. 308, § 2º, do Código de Trânsito aos casos de morte culposa no trânsito, antecedida pela embriaguez do condutor, pois isso seria violar o princípio da legalidade dos tipos e das penas em seu núcleo essencial.

Ademais, simplesmente, expungir a norma do art. 302, § 2º, do Código de Trânsito, invalidando-a pela declaração de inconstitucionalidade, também não solucionaria o problema, uma vez que apenas deixaria ainda mais a descoberto o bem jurídico tutelado de maneira deficiente pela norma penal. Esse problema de inconstitucionalidade só poderia ser solucionado de maneira apropriada pelo apelo ao legislador, para que intervesse e corrigisse o defeito de proteção por ele mesmo causado.

Observe-se que a segunda parte do art. 302, § 2º, do Código de Trânsito não se tornaria “letra morta”, visto que seria perfeitamente aplicável ainda para as raríssimas hipóteses de mortes culposas em situação de “racha” praticadas fora de vias públicas. A diferença de pena poderia ser justificada em razão de nesses casos, quando a competição automobilística não ocorrer em vias públicas, o perigo produzido à incolumidade de terceiros ser muito reduzido.

A possibilidade de que se confira um sentido, ainda que bastante reduzido, à segunda parte do artigo 302, § 2º, do Código de Trânsito, que seja compatível com a Constituição, e o fato de a primeira parte do mesmo dispositivo não padecer de vício incontornável de inconstitucionalidade (embora alguns poderiam argumentar que confere proteção insuficiente ao bem jurídico) impõem que se empregue a técnica da interpretação conforme a Constituição ou da declaração de inconstitucionalidade da norma sem redução de texto.

O magistrado, no caso de várias interpretações possíveis de uma norma, deve optar por aquela compatível com a Constituição, preservando, tanto quanto possível, o trabalho do legislador, partindo do princípio de que ele busca produzir norma constitucional. Assim, no âmbito do controle de constitucionalidade de normas (jurisdição constitucional), o juiz ou o tribunal deverá “declarar a legitimidade do ato questionado desde que interpretado em conformidade com a Constituição” (COELHO; BRANCO; MENDES, 2009, p. 1303). Pode ainda declarar a inconstitucionalidade daquele dispositivo sem retirar o texto que lhe corresponde do ordenamento jurídico, em virtude de ser possível, por meio de uma construção hermenêutica, dar-lhe um sentido aceitável frente à norma fundamental.

Sobre essas técnicas de controle de constitucionalidade e suas particularidades, segue a síntese de Gilmar Mendes:

[...] a afirmação de que a interpretação conforme à Constituição e a declaração de inconstitucionalidade são uma e a mesma categoria, se parcialmente correta no Plano das Cortes Constitucionais e do Supremo Tribunal Federal, é de todo inadequada na esfera da jurisdição ordinária, cujas decisões não são dotadas de força vinculante geral.

Ainda que se não possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto na interpretação conforme à Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional, com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na declaração de nulidade sem redução de texto, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal.

Assim, se se pretende realçar que determinada aplicação do texto normativo é inconstitucional, dispõe o Tribunal da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, que, além de mostrar-se tecnicamente adequada para essas situações, tem a virtude de ser dotada de maior clareza e segurança jurídica, expressas na parte dispositiva da decisão (a lei X é inconstitucional se aplicável a tal hipótese; a lei Y é inconstitucional se autorizativa da cobrança do tributo em determinado exercício financeiro). (COELHO; BRANCO; MENDES, 2009, p. 1305).

É claro que, até mesmo por imperativo de segurança jurídica, o ideal seria que a questão da dupla tipificação da morte culposa no trânsito em situação de "racha" fosse resolvida no bojo de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal; isso encerraria a controvérsia acerca de qual o tipo aplicável para a generalidade dos casos, uniformizando o entendimento dos órgãos jurisdicionais inferiores e mesmo a formulação de denúncias pelo Ministério Público e de indiciamentos pela Polícia Judiciária dos Estados.

No entanto, enquanto isso não for feito, é poder-dever do magistrado de primeiro grau e dos Tribunais de Justiça resolver a controvérsia por meio do exercício da jurisdição constitucional.

Sobre essa possibilidade fala Streck (2008, p. 4):

Estou convencido de que não há qualquer óbice constitucional que impeça juízes e tribunais de aplicarem a interpretação conforme e a nulidade parcial sem redução de texto. Entender o contrário seria admitir que juízes e tribunais (que não o STF) estivessem obrigados a declarar inconstitucionais dispositivos que pudessem, no mínimo em parte, ser salvaguardados, no sistema, mediante a aplicação das citadas técnicas de controle. Por que um juiz de Direito – que, desde a Constituição de 1891, sempre esteve autorizado a deixar de aplicar uma lei na íntegra por entendê-la inconstitucional – não pode, também hoje, em pleno Estado Democrático de Direito, aplicá-la tão somente em parte? O mesmo se aplica aos Tribunais, que, na especificidade da Interpretação Conforme à Constituição e da Nulidade Parcial sem Redução de Texto, estão dispensados de suscitar o incidente de inconstitucionalidade. Refira-se que em nada fica maculado esse entendimento em face da recente edição da Súmula Vinculante nº 10 (“Viola a cláusula de reserva de plenário a decisão de órgão fracionário do Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência no todo ou em parte”) do Supremo Tribunal Federal. Ela não se aplica à Interpretação Conforme e nem à nulidade parcial sem redução de texto. E explico o porquê: assim como uma decisão de nulidade parcial sem redução de texto [...] feita pelo STF não necessita ser enviada ao Senado, não cabe exigir incidente de inconstitucionalidade, não havendo, assim, violação ao *full bench* (art. 97 da CF). Isso porque, tanto na Interpretação Conforme à Constituição quanto na Nulidade Parcial sem Redução de Texto, não há expunção de texto ou parte de texto normativo, apenas havendo o afastamento de uma das incidências do texto.

Dessa forma, não havendo dúvida de que o integrante do Poder Judiciário, de qualquer nível, o aplicador do direito por excelência, está autorizado a fazer incidir os imperativos constitucionais para dar resposta à questão da dupla tipificação da morte culposa em situação de “racha” introduzida pela Lei nº 12.971/2014, concretamente deduzida em juízo, conclui-se que deverá optar por uma interpretação conforme a Constituição do artigo 302, § 2º, do Código de Trânsito, restringindo a sua aplicação exclusivamente às hipóteses em que o homicídio culposo resultar de participação do condutor em competição não autorizada ou em demonstração de perícia em manobra praticada em via particular/privada. Outro sentido dado à segunda parte desse dispositivo seria inconstitucional, por violar o postulado da proporcionalidade no seu aspecto de vedação da proteção deficiente de bens jurídicos fundamentais. Assim, para a imensa maioria das mortes culposas em situação de “racha”, ocorridas em via pública, deverá ser aplicado o tipo qualificado de “racha” do artigo 308, § 2º, do Código de Trânsito.

5. Conclusão

A revisão bibliográfica procedida no presente estudo permitiu que se passassem em revista crítica os parâmetros de interpretação das normas penais legados pelo pensamento liberal, individualista e normativista clássico, ainda majoritário, no âmbito da produção doutrinária e da prática jurisprudencial no Brasil. Observou-se qual o sentido que esse paradigma hermenêutico, que foi herdado do modelo liberal de Estado, confere à investigação sobre a *mens legis*, bem como quais seriam os critérios para identificá-la. Verificou-se ainda que, sendo insuficientes os critérios de resolução do conflito aparente de normas e não se identificando de outro modo a teleologia da lei, ou seja, havendo dúvida insanável com o instrumental da hermenêutica clás-

sica, impõe-se a solução subsidiária de se optar pela norma mais favorável ao réu.

Autores mais atuais, de tendências político-criminais libertárias e abolicionistas, chegam a alçar o princípio da opção pela norma mais benéfica ao investigado/acusado como critério norteador geral da interpretação penal, a qual deixaria de ser, simplesmente, uma interpretação estrita, como é a de todas as normas que restringem direitos fundamentais, passando a ser verdadeiramente restritiva.

Seja qual for o entendimento que se adote acerca do papel da máxima *in dubio pro reo*, o fato é que a dupla tipificação da morte culposa em situação de “racha”, introduzida pela Lei nº 12.971 de 2014, não encontra solução com recurso para fórmulas e critérios clássicos de interpretação de normas penais, de maneira que, pressupondo a constitucionalidade dos dispositivos da mencionada lei, não sobra alternativa ao jurista de formação tradicional a não ser aplicar a norma mais favorável à liberdade, qual seja, o tipo de homicídio culposo qualificado do artigo 302, § 2º, do Código de Trânsito; isso, na prática, transforma em “letra morta” o tipo de “racha” qualificado quando resultar em morte culposa do artigo 308, § 2º, do mesmo Código.

Essa solução, como já apontado, ademais impõe que se afaste ainda a incidência do tipo de “racha” qualificado quando resultar em lesão grave culposa, para que se evite a desarmonia e a desproporção com a pena conferida ao homicídio culposo. É fácil visualizar que seria irracional conferir uma amplitude de pena a uma figura qualificada pela violação da integridade física em montante superior ao cominado à forma qualificada pela morte culposa. A única maneira de contornar essa anomalia, reconhecendo a inconstitucionalidade do tipo qualificado de “racha” com resultado de lesão

grave culposo (por flagrantemente desconsiderar a harmonia constitucional de bens jurídicos, tratando a lesão corporal de forma mais grave que a própria morte) seria atraindo a incidência da figura da lesão corporal culposa no trânsito do art. 303 do Código de Trânsito. Afinal, nos limites desse paradigma de interpretação, o indivíduo, a parte mais fraca na relação jurídico-penal, não poderia ser prejudicado pela imprevidência do Estado Leviatã, o qual não se desincumbiu adequadamente de seu papel de fixar, por lei, os limites do proibido sob a cominação de uma sanção penal.

Esse modelo de interpretação, que parte da presunção inicial de que o produto da atividade legislativa é constitucional (a clássica presunção de constitucionalidade das leis), acaba por transformar em “letra morta” dois dispositivos da Lei nº 12.917/2014 (art. 308, §§ 1º e 2º).

Na sequência, colocou-se esse resultado, em cotejo com o novo debate sobre o dever do Estado de assegurar a proteção efetiva dos direitos fundamentais de todas as dimensões, o qual pressupõe um imperativo de garantia positiva/integral dos bens jurídicos de sede constitucional. Foi possível perceber que a liberdade de conformação do legislador penal, o seu âmbito de discricionariedade na condução da política criminal (por meio de descriminalizações, tipificações e fixação de penas), fica bastante reduzida, nesse novo modelo de Estado Social e Democrático de Direito, sendo passível de controle judicial por meio de aplicação da Constituição (Jurisdição Constitucional), tendo como parâmetro o princípio da proporcionalidade em sua dupla face: da vedação do excesso e da proibição da insuficiência na tutela normativa.

Deduz-se que não há blindagem para normas penais que protejam de forma insuficiente bens jurídicos com *status*

constitucional (como o são os direitos fundamentais de todas as dimensões, entre os quais a “vida” dos sujeitos envolvidos no trânsito); dessa forma, tem o magistrado o dever de, com o mecanismo do controle difuso de constitucionalidade e com o emprego da técnica da declaração de nulidade parcial sem redução de texto/interpretação conforme a Constituição, negar validade ao sentido do artigo 302, § 2º, segunda parte do Código de Trânsito, o qual comina a pena de reclusão de dois a quatro anos para a morte culposa em situação de “racha”, impondo que para esses delitos se aplique o tipo qualificado do artigo 308, § 2º, do mesmo Código, o qual confere tutela adequada e suficiente ao bem jurídico vida, que legitima a referida criminalização primária.

Essa solução deixa íntegra a norma do artigo 302, § 2º, do Código de Trânsito, para os casos de homicídio culposo qualificado pela embriaguez do condutor e também para a raríssima, mas não impossível, situação em que a competição automobilística não autorizada estiver sendo praticada em via privada, hipótese em que, como já referimos, não ocorreria o crime de “racha” do art. 308, *caput*, mas poderia ocorrer o homicídio culposo qualificado pela participação em “racha” (“racha” fora de via pública e, portanto, produtor de risco concreto à coletividade em escala bastante reduzida, o que legitimaria a diferença na punição). A alternativa da interpretação conforme a Constituição do referido tipo deixa o seu texto incólume na nova redação do Código de Trânsito, apenas negando validade ao seu sentido que produzia a dupla tipificação da morte culposa em situação de “racha”.

Esse modelo de interpretação, que parte das bases constitucionais de toda a hermenêutica jurídica e não confunde a “vigência” de um texto normativo com a sua “validade” no ordenamento, a qual depende da obediência pelo seu “sentido normativo” dos preceitos fundamentais (garantia

positiva e negativa dos direitos e dos valores positivados na Constituição), deixa íntegros todos os dispositivos da Lei nº 12.917/2014, apenas vedando a interpretação do § 2º do art. 302 do Código de Trânsito, que conferia tutela limitada à vida; respeita, dessa forma, a intenção do legislador e a finalidade da lei de maneira mais eficaz que o modelo clássico positivista de interpretação.

Não há dúvida de que essa é a interpretação correta da referida Lei nº 12.917/2014, mas, como ela depende do exercício da Jurisdição Constitucional, na sua forma difusa, com relação à qual os magistrados, em geral, tendem a ter uma postura bastante cautelosa, compreensivelmente, o ideal seria que a Procuradoria-Geral da República impetrasse Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, com fundamento nos argumentos anteriormente expostos e com o objetivo de fixar, com efeito vinculante, a interpretação conforme a Constituição do artigo 302, § 2º, do Código de Trânsito. Isso evitaria a insegurança jurídica que, necessariamente, decorrerá do tratamento díspar da questão pelos magistrados e tribunais de todo o Brasil, cada qual procedendo a uma solução da dupla tipificação da morte culposa em situação de "racha" em conformidade com o paradigma de interpretação das normas penais (e de modelo de Estado) que cada um adote no exercício ordinário do seu mister.

Adotando-se solução técnica e político criminalmente ainda mais atual, seria possível que o legislador aproveitasse o ensejo criado pelo imbróglio para prever um tipo específico de culpa gravíssima para as hipóteses de morte e lesão corporal grave, culposas, ocorridas no trânsito, em situação de "racha" ou de embriaguez do condutor.

De fato, passou da hora de o legislador criminal prever um tipo exclusivo de culpa temerária ou gravíssima, pre-

cisamente, para essas hipóteses de crimes de trânsito (“ra-cha” ou embriaguez) em que a punição na modalidade culposa parece insuficiente, produzindo uma sensação de impunidade, enquanto, por outro lado, a punição a título de dolo eventual, para a maioria dos casos, seria desproporcionada e excessiva.

Nesse sentido, já existem propostas de alteração legislativa em tramitação no Congresso Nacional, à semelhança do que consta da redação original do Anteprojeto do Novo Código Penal (Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012) - art. 121, §§ 5º e 6º - e do Projeto de Lei nº 7.623/2014 da Câmara dos Deputados, a seguir transcritas, no que interessa, a título de informação:

Homicídio

Art. 121. Matar alguém:

Pena – prisão de seis a vinte anos.

[...]

Culpa gravíssima

§ 5º Se as circunstâncias do fato demonstrarem que o agente não quis o resultado morte, nem assumiu o risco de produzi-lo, mas agiu com excepcional temeridade, a pena será de quatro a oito anos de prisão.

§ 6º Inclui-se entre as hipóteses do parágrafo anterior a causação da morte na condução de embarcação, aeronave ou veículo automotor sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, ou mediante participação em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade competente. (BRASIL, 2012, p. 56, grifo do autor).

Art. 1º A Lei 5.503, de 23 de setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 302. [...]

Penas - detenção, de 02 (dois) a 07 (sete) anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1º No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) à metade, se o agente:

I - não possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação;

II - praticá-lo em faixa de pedestres ou na calçada;

III - deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente;

IV - no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros.

[...]

Culpa gravíssima

§2º Se as circunstâncias do fato demonstrarem que o crime não foi doloso, mas que o agente previu o resultado e acreditou sinceramente poder afastá-lo, agindo com especial ousadia, a pena será de 04 (quatro) a 08 (oito) anos de reclusão, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo.

§ 3º Se o agente produz o resultado do caput na condução veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência ou participa, em via, de corrida, disputa ou competição automobilística ou ainda de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente: Penas - reclusão, de 05 (cinco) a 10 (dez) anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. (NR)

Art. 303. [...]

§ 1º. [...]

Culpa gravíssima

§2º Se as circunstâncias do fato demonstrarem que o crime não foi doloso, mas que o agente previu o resultado e acreditou sinceramente poder afastá-lo, agindo com especial ousadia, a pena será de 01 (um) a 05 (cinco) anos de prisão, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo.

Art. 308. Participar, na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade competente, gerando situação de risco à incolumidade pública ou privada:

Penas - detenção, de 06 (seis) meses a 03 (três) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1º A pena será de 02 (dois) a 04 (quatro) anos de prisão, sem prejuízo das outras sanções previstas no caput, se o agente pratica o fato:

I – antes das 2h (duas) horas da madrugada;

II – na proximidade de locais de constante ou transitória circulação elevada de pessoas, como instituições de ensino em geral, creches, hospitais, eventos esportivos ou de entretenimento, ou quaisquer outros em que haja grande adensamento de pessoas;

III – em circunstâncias que possam indicar que houve prévio ajuste ou organização premeditada.

§ 2º Se da prática do crime previsto no caput resultar lesão corporal de natureza grave, e as circunstâncias demonstrarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo, a pena privativa de liberdade é de reclusão, de 03 (três) a 06 (seis) anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo. [...]. (BRASIL, 2014, p. 01-03).

Os estreitos limites deste trabalho, todavia, não permitem uma análise minuciosa das vantagens e desvanta-

gens de cada projeto de lei, nem que se trace um perfil detalhado das alterações propostas, cuja indicação, no momento, tem a finalidade precípua de estimular futuras pesquisas.

De todo modo, para uma simples solução do problema, bastaria que o legislador penal, exercendo a sua função de maneira competente, a merecer a confiança nele depositada pelo titular da soberania, adequasse a redação do art. 302, § 2º, do Código de Trânsito, retirando a sua segunda parte. Desse modo, seria evitada a dupla tipificação da morte culposa em situação de "racha".

6. Referências

ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito Penal Brasileiro*: primeiro volume: Teoria Geral do Direito Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 7623, de 2014. Altera os artigos 302, 303 e 308 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro, para dispor sobre sanções administrativas e crimes de trânsito. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=617354>>.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012. Reforma do Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 25.084 – SP. 5ª Turma. Relator: Min. Jorge Scartezzini. Brasília, DF, 18 de maio de 2004. *DJE*, 1º jul. 2004, p. 224.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 91159 – MG. Segunda Turma. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, DF, 2 de setembro de 2008. *DJE*, 23 out. 2008.

BIANCHINI, Alice; García-Pablos DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: introdução e princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Comentários à Lei 12.971/2014, que alterou o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2014/05/comentarioslei129712014quealterouo.html>>. Acesso em: 5 mar. 2015.

COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. 2008. 421 f. Tese (Doutorado em Direito)–Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1512/1/2008_AlexandreAraujoCosta.pdf>.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral. In: CALABRICH, Bruno; FISHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: Jus Podivm, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. Nova lei de trânsito: barbearagem e derrapagem do legislador (?). Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2014/05/13/novaleide-transitobarbeiragemederrapagemdolegislador/>>. Acesso em: 5 mar. 2015.

GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. Coordenação de Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Ciências Criminais, v. 2).

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *A inaplicabilidade da nova lei de trânsito (Lei 12.971/2014)*. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/novidades/inaplicabilidade-da-nova-lei-de-transito-lei-12-9712014>>. Acesso em 5 mar. 2015.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Saraiva, 2005.

PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SANNINI NETO, Francisco; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. Lei nº 12.971/2014: barbeiragens legislativas nos crimes de trânsito. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 3982, 27 maio 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28611>>. Acesso em: 21 fev. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*, disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 22 mar. 2015.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2011. (Direito e Ciências Afins, v. 7).

STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 80, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. Constituição e Bem Jurídico: a Ação Penal nos crimes de Estupro e Atentado Violento ao Pudor-O Sentido Hermenêutico-Constitucional do art. 225 do CP. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 33, n. 101, p. 179, mar. 2006.

STRECK, Lenio Luiz. O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht). *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1840, 15 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11493>>. Acesso em: 25 mar. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. O princípio da proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista clássico. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/criminal/doutrina/id385.htm>>. Acesso em: 1º jan. 2015.

Artigo recebido em: 21/03/2016.

Artigo aprovado em: 13/02/2017.

DOI: