

TRÂNSITO: DA LENDA DO “JUDEU ERRANTE” À PARÁBOLA DO BOM SAMARITANO*

Daniela de Freitas Marques**

Sumário: 1. Trânsito: “porque agora vemos através de um espelho, obscuramente; mas depois veremos face a face” (São Paulo); 2. “Quem é o meu próximo?” A misericórdia e o dever; 2.1. Crimes omissivos puros; 3. Princípio da Subsidiariedade; 4. Recusa de socorro pela vítima; 5. Proposições Finais; 6. Referências Bibliográficas; 7. Resumo; 8. Abstract.

1. TRÂNSITO: “PORQUE AGORA VEMOS ATRAVÉS DE UM ESPELHO, OBSCURAMENTE; MAS DEPOIS VEREMOS FACE A FACE” (SÃO PAULO)

“Cumpra ao Direito Penal, na sua tarefa de proteger valores, a grave missão de regular situações que transformam uma atividade lícita em meios de perpetração de crimes, ou como diz Basileu Garcia: ‘em impedir que a atividade lícita se desvie para fins criminosos’.”¹

O trânsito, não raramente, serve como meio de perpetração de crimes e, por essa razão, o sistema jurídico-penal responde com a dupla função não declarada de *contenção* e de *marginalização*² do delinqüente.

Embora a Criminologia, tradicionalmente, utilize o termo delinqüente na necessária referência ao sujeito ativo do crime, tal expressão, na realidade, poucas

* Comunicação feita no Ciclo de Palestras intitulado, “Temas Atuais de Processo Penal”, promovido pelo Instituto dos Advogados de Minas Gerais em parceria com a Faculdade de Direito da UFMG, no período de 8 a 11 de abril de 2002, no Auditório da Faculdade de Direito da UFMG.

** Mestre e Doutoranda em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da UFMG. Professora Assistente da Faculdade de Direito da UFMG. Advogada Criminalista.

1 LEIRIA, Antônio José Fabrício. Delitos de Trânsito. Revista dos Tribunais, v.475, p.235/243, maio 1975. p.235.

2 “Nosso Direito Penal e os nossos sistemas penais em geral são de contenção e de marginalização.” Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Cristianismo e Direito Penal. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.591, p.446/450, 1980. p.450

vezes é utilizada nos crimes de trânsito, devido à negatividade emocional que lhe é inerente.

Afinal, o delinqüente ou o marginal é aquele situado à margem da sociedade e não o próximo, como comprova a criação do conceito de *homem marginal* por Robert E. Park, em 1.928, para designar o conflito cultural dos imigrantes nos Estados Unidos da América.³

No entanto, nos crimes de trânsito, a identificação singular⁴ com o delinqüente ocorre com certa freqüência, porque, ao fim e ao cabo, “*sou eu próprio*” que, por infelicidade, acaso ou descuido poderia ter praticado o crime.

“O agente criminoso no tráfego, não tem classe social, não se subordina a nenhuma classificação já tentada nem a critérios de definição já esboçados. Tanto pode ser um ministro de Estado como um médico, um bancário, um estivador ou um simples servente.

Essa constatação é significativa, porque devemos concluir que sujeito ativo de crimes no trânsito pode ser o homem eticamente considerado normal, ou, mais propriamente, ‘ajustado’, o que ocorre, em regra.”⁵

Ora, não há como legitimar a repressão penal dirigida à pessoa humana, pois ela é um verdadeiro labéu na frente do acusado, uma verdadeira *poena cullei* com a múltipla simbologia da serpente, do galo, do cachorro e do macaco.⁶ No caso específico do trânsito, os crimes não causam asco como o parricídio da *poena cullei*, mas, em regra, na prática dos crimes de trânsito há intensa reprovação social mesclada com a subliminar identificação individual com o delinqüente.

3 CANCELLI, Elizabeth. A cultura do crime e da lei. 1.889-1.930. Brasília: UnB. 2.001. p.149.

4 “A identidade é realmente algo formado, ao longo do tempo, através de processos inconscientes, e não algo inato, existente na consciência no momento do nascimento. Existe sempre algo ‘imaginário’ ou fantasiado sobre sua unidade. Ela permanece sempre incompleta, está sempre ‘processo’, sempre ‘sendo formada’. As partes ‘femininas’ do eu masculino, por exemplo, que são negadas, permanecem com ele e encontram expressão inconsciente em muitas formas não reconhecidas, na vida adulta. Assim, em vez de falar da identidade como uma coisa acabada, deveríamos falar de identificação, e vê-la como um processo em andamento. A identidade surge não tanto da plenitude da identidade que já está dentro de nós com indivíduos, mas de uma falta de inteireza que é ‘preenchida’ a partir do nosso exterior, pelas formas através das quais nós imaginamos ser vistos por outros. Psicanaliticamente, nós continuamos buscando a ‘identidade’ e construindo biografias que tecem as diferentes partes de nossos eus divididos numa unidade porque procuramos recapturar esse prazer fantasiado da plenitude.” STUART HALL. A identidade de cultural na pós-modernidade. 4.ed. Rio de Janeiro: DP&A 2.000. p.38/39.

5 ROSA, Fábio Bittencourt. Pena e culpa nos delitos de trânsito. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.532, p.311/313., 1980.p.311

6 BERISTAIN, Antonio. Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia. Apêndice: Declaração sobre os princípios fundamentais de justiça para as vítimas de delitos e do abuso de poder (ONU). Brasília: UnB: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado. 2.000. p.161.

Por outro lado, a vítima, não raro seriamente ferida, busca uma reparação que não se exprime primacialmente em pecúnia. Antes apela para o que Giorgio Del Vecchio chama de

“inveterado preconceito pelo qual se considera como ‘reparação’ o fato de quem tenha cometido um delito, passe um certo período encarcerado, (...) se bem que seja bastante evidente que, de tal maneira, o dano causado pelo delinqüente não é reparado de nenhum modo, antes é aumentado pelo custo da manutenção oferecida nos estabelecimentos penais. É verdade que os códigos penais contemplam, como conseqüência do crime, também a obrigação da restituição e do ressarcimento; mas esta norma tem escassíssima aplicação, seja porque não se estende ao dano causado à ordem pública, seja porque, na maior parte dos casos, os culpados são insolventes.”⁷

Além do mais, a vítima costumava ser alijada do drama judiciário, voz calada por ouvidos moucos, linguagem silenciada pelo sistema jurídico. Hoje, o alijamento da vítima é amenizado pela transação penal, pela suspensão condicional do processo e, destacadamente no trânsito, amenizado pela multa reparatória prevista no artigo 297 do Código de Trânsito Brasileiro.⁸

A multa reparatória é vista ora como forma de indenização civil, ora como espécie de pena, ora como efeito da condenação.⁹ Na perspectiva criminológica, é vista como forma de satisfação à vítima, ou seja, como “(...) *mais uma evidente manifestação do impacto do movimento vitimológico entre nós.*”¹⁰ No entanto, na perspectiva da “*cinderela*”¹¹ das ciências processuais, o entrelaçamento entre a concepção patrimonialística do processo civil e a concepção garantista do pro-

7 DEL VECCHIO, Giorgio. A Luta contra o crime. Revista de Direito do Ministério Público do Estado de Guanabara, n. 1., v. 1., janeiro/abril de 1.967. p.8.

8 “Art. 297. A penalidade de multa reparatória consiste no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima, ou seus sucessores, de quantia calculada com base no disposto no § 1.º do art. 49 do Código Penal, sempre que houver prejuízo material resultante do crime.

§ 1.º A multa reparatória não poderá ser superior ao valor do prejuízo demonstrado no processo.

§ 2.º Aplica-se à multa reparatória o disposto nos arts. 50 a 52 do Código Penal.

§ 3.º Na indenização civil do dano, o valor da multa reparatória será descontado.”

9 Cf. SCHMIDT, Ana Sofia. A vítima e o Direito Penal. São Paulo: RT. 1.999. p.162.

10 Cf. SCHMIDT, Ana Sofia. A vítima e o Direito Penal. São Paulo: RT. 1.999.p.164.

11 A expressão é de Francesco Carnelutti, referindo-se ao descaso dos estudos do Processo Penal comparado com os estudos do Direito Penal e do Processo Civil. Cf. CARNELUTTI, Francesco. La cenicienta. Cuestiones sobre el Proceso Penal. Ediciones Jurídicas Europa-América. p.15/21.

cesso penal pode dar azo a indesejáveis conflitos, transformando o sistema processual penal em instrumento de barganha.

Antonio Beristain, atribui a vítima o papel que o Código de Trânsito Brasileiro não pôde ou não lhe quis atribuir, "*parece necessário e urgente modificar a formulação de quase todos os artigos do Código atual que falam em reparação. (...) O projeto alternativo alemão pede que o delinqüente faça ofertas às vítimas e tenha com elas conversações compensatórias e, inclusive, reconciliadoras.*"¹²

É inegável que o papel atribuído à vítima deita raízes na matriz cristã do sistema jurídico penal - *somente esquece as ofensas aquele que consegue perdoar. A respeito do resgate da vítima no sistema penal, à semelhança da mensagem "contra a aparência e a ostentação da virtude, a fé sincera; contra as práticas exteriores, a simplicidade e as qualidades do coração; contra a letra que mata a lei, o espírito que a vivifica"*,¹³ pode-se dizer que o perdão da vítima deve ser sincero e o desejo do delinqüente de reparação do dano, verdadeiro.

O Código de Trânsito Brasileiro, como não poderia deixar de ser, reflete as distorções e as tensões sociais acerca da criminalidade de trânsito, v.g., o tipo-de-ilícito de embriaguez ao volante,¹⁴ no qual está evidenciada a tensão entre a concepção garantidora das liberdades individuais e a concepção asseguradora do interesse público no sistema processual penal.

Com efeito, a embriaguez ao volante,¹⁵ deverá ser averiguada e determinada por meio de perícia, pois a confissão do acusado, a prova testemunhal, o exame clínico podem apenas indiciariamente supri-la. O artigo 277 do Código de Trânsito Brasileiro dispõe que o condutor de veículo automotor envolvido em acidente de trânsito, ou que for fiscalizado pelas autoridades de trânsito sob suspeita de haver

12 BERISTAIN, Antonio. Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia. Apêndice: Declaração sobre os princípios fundamentais de justiça para as vítimas de delitos e do abuso de poder (ONU). Brasília: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado. 2.000. p.193.

13 MARQUES, Daniela de Freitas. Girolamo Savonarola: milenarismo, liberdade e fogueiras - a tensão da ambigüidade. Belo Horizonte. 2.000. p.23. [manuscrito]

14 "Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem: (...)"

15 O artigo 165 do Código Nacional de Trânsito descreve, como infração administrativa, a conduta do agente que dirige sob a influência de álcool, em nível superior a seis decigramas por litro de sangue.

A medição do teor alcóolico por litro de sangue é feita objetivamente, conforme a redação do artigo 277 do Código Nacional de Trânsito, in verbis:

excedido na ingestão de álcool ou de substância de efeitos análogos *será* submetido aos testes de alcoolemia, aos exames clínicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, com a finalidade única de constatação do estado de embriaguez.

Obviamente, inexistente a obrigatoriedade de submissão do suspeito ao exame de embriaguez, em razão do *princípio da não auto-incriminação*.¹⁶ No entanto, parcela não pouco significativa da doutrina pretende recorrer à aplicação do *princípio da proporcionalidade*, atendendo à jurisprudência alemã que o aplica, “*dado as milhares de vítimas mortais que a condução sob a influência do álcool vem anualmente produzindo*”.¹⁷

Neste particular, o *princípio da não auto-incriminação* deve prevalecer, ou seja, o *suspeito, indiciado* ou *acusado* não deve ser obrigado a produzir prova contra si mesmo e tampouco a sua recusa em se submeter ao exame deve ser considerada em seu detrimento. Aliás, entendimento diverso erigiria a verdade, própria das confissões religiosas, à condição de regra jurídica.

O *suspeito, indiciado* ou *acusado* não pode ser obrigado, sob o risco de retrocesso à maneira de Torquemada, a realização de exames ou a aceitação de ingerências em seu próprio corpo no vago e no cambiante pretexto do interesse público. Por assim dizer, o fundamento da recusa em produzir prova contra si mesmo é o mesmo da não obrigatoriedade do suspeito, indiciado ou acusado de responder ao interrogatório, portanto, é cabível a transcrição da antiga

“fórmula constante do Jervis-Act, com a qual o juiz, na Inglaterra, termina-

“Art.277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de haver excedido os limites previstos no artigo anterior, será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia, ou outro exame que por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado.”

16 “É paradigmática a decisão do Tribunal de Alçada Criminal do Rio Grande do Sul: ‘Desobediência. Delito não configurado. Acusado que se recusa ao exame de dosagem alcoólica, para instruir processo contravençional de embriaguez. Oposição legítima. Absolvição decretada. Inteligência do art. 330 do CP. A negativa do réu ao exame para a pesquisa e dosagem de álcool de seu sangue gera presunção em seu desfavor, mas não tipifica a infração prevista no art.330 do estatuto repressivo.’ (rel. Sebastião Adroaldo Pereira, RT 435, jan., 1972, p. 413-414). Esta decisão deixa de levar em consideração, obviamente, o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* que, uma vez invocado pelo indiciado ou acusado, não pode gerar circunstâncias de agravamento de sua situação processual.” GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Exame de alcoolemia: sua validade como prova no processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.33, p. 121/132, jan./março 2.001. p.122/123.

17 Cf. GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Exame de alcoolemia: sua validade como prova no processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.33, p. 121/132, jan./março 2.001. p. 132.

dos os atos de instrução, adverte ao acusado daquele seu direito: 'Acabaste de ouvir depor as testemunhas; queres responder alguma coisa aos seus depoimentos? Não és obrigado a fazê-lo; mas o que disseres será consignado por escrito e poderá ser invocado contra ti, no dia do julgamento. E deves saber que nada tens a esperar de promessa ou favor, nem a temer de ameaça alguma, que te pudessem ter feito, para te disporem a confessar tua culpabilidade; aliás, tudo que possas dizer agora poderá ser produzido em testemunho contra ti, na ocasião do teu julgamento, não obstante qualquer promessa ou ameaça.'¹⁸

Também o tipo-de-ilícito de *afastar-se do local do acidente*¹⁹ obscurece e distorce o sistema jurídico-penal na sua função de tutela de valores, pois sob o falso pretexto de tutelar a administração da justiça, nada tutela em razão da inexistência de um bem jurídico concreto ou concretizável.

Por último, o parágrafo único do artigo 304 do Código de Trânsito Brasileiro²⁰ descreve como crime a conduta do agente que omite socorro à pessoa que morre instantaneamente no acidente de trânsito. A hipótese é de crime impossível, conforme previsão do artigo 17 do Código Penal, em razão da impropriedade absoluta do objeto jurídico, isto é, em razão da inexistência de vida.

A cisão entre direito e religião é imprescindível. No direito, a omissão é um dever circunscrito e limitado e a pena, temporalmente limitada; por sua vez, na religião, a omissão aliada à soberba conduz ao castigo eterno, à semelhança do judeu errante, Samuel Beli-Bet.

Samuel Beli-Bet foi castigado a vagar eternamente, por um século, por outro e por outro ainda. No caminho do Gólgota, Jesus sedento, cansado e exaurido pelo peso da cruz, pediu o auxílio de Samuel, na água que não lhe foi ofertada, na sombra da videira que abrigaria o seu corpo supliciado, na divisão do peso do madeiro, que ele não mais suportava, ouviu-lhe apenas a resposta "vai" repetidas

18 ROMEIRO, Jorge Alberto. Elementos de Direito Penal e Processo Penal. São Paulo: Saraiva. 1.978. p.106

19 "Art. 305. Afastar-se o condutor do veículo do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída: (...)"

20 "Art. 304. (...)

Parágrafo único. Incide nas penas previstas neste artigo o condutor do veículo, ainda que a sua omissão seja suprida por terceiros ou que se trate de vítima com morte instantânea ou com ferimentos leves."

vezes.

Anos e anos após o martírio no Gólgota, Boanerges, o *cantor do Evangelho*, encontra um velho exaurido com o bordão na mão que lhe diz:

“Eu sou Samuel Beli-Bet, o maldito de Deus, o homem imortal destinado a vaguear eternamente, a escutar em seus ouvidos a misteriosa voz do Anjo que lhe repete: Vai!Vai! Vai! Até à consumação dos séculos.Os séculos vindouros me conhecerão com o nome de ‘Judeu errante’.”²¹

2. “QUEM É O MEU PRÓXIMO?” A MISERICÓRDIA E O DEVER

A presença de crimes omissivos puros que são afinal crimes de perigo à vida, à integridade física ou à incolumidade de outrem fazem-se necessários pois o dever de auxílio encontra amplo espaço para o seu exercício no trânsito.

Na parábola do *Bom Samaritano*, a assistência ao desamparado, ferido ou vulnerável é o exercício concretizado da misericórdia.

“Um homem descia de Jerusalém a Jericó e caiu nas mãos de assaltantes que, depois de o roubarem e de o espancarem, lá se foram deixando-o semimorto. Por acaso, um sacerdote descia pelo mesmo caminho. Ele o viu e seguiu adiante por outro lado. Um levita passou também pelo mesmo lugar, viu o homem e seguiu adiante por outro lado. Mas um samaritano, que estava viajando, quando o viu, ficou com muita pena. Aproximou-se dele, enfaixou as feridas derramando azeite e vinho. Depois, colocou-o na sua própria montaria, levou-o a um albergue onde continuou a cuidar dele. No dia seguinte, desembolsou duas moedas de prata e deu ao hospedeiro dizendo: ‘Toma cuidado dele e, o que gastares a mais, eu pagarei na volta’.”²²

Nem a nobre origem, como a do *sacerdote*, nem a condição de funcionário de Jerusalém, como a do *levita* levaram-nos ao necessário socorro do próximo rou-

21 PERES ESCRICH, Henrique. O Mártir do Gólgota. São Paulo: Paulinas. 1.961. p. 359.

22 Lucas, 10, 30-36

bado e espancado. Apenas um *samaritano*, então desprezados e perseguidos pelos judeus ortodoxos, estendeu-lhe as mãos.

A misericórdia cristã compreende o pensamento elevado, as palavras nobres e as ações abençoadas estendidas a todos, iguais e irmãos no sofrimento e na felicidade. A matriz cristã do sistema jurídico-penal reflete-se na misericórdia erigida à categoria de dever delimitado pela humana imperfeição. Nesse particular,

“o Direito Penal foi o primeiro a antecipar-se ao futuro social, cobrando como dever jurídico o altruísmo, ao considerar crime a omissão de socorro. O Direito Penal é a única disciplina jurídica que tem por objeto, diretamente, o homem, em si mesmo, no corpo e na alma, mergulhando na sua personalidade, desde as origens atávicas às previsões do destino.”²³

Convém dizer que o direito penal não é um simples direito altruístico, pois quem presta socorro não precisa chegar às raias do heroísmo ou da santidade.

2.1. Crimes omissivos puros

Os tipos-de-ilícito são *essencialmente* diferentes na referência à ação ou à omissão, embora formalmente dotados da mesma estrutura gramatical e lógica.

No que se refere à ação, há a previsão normativa do modelo de conduta proibida, como, *v.g.*, o artigo 306 da Lei n.9.503/97, Código de Trânsito Brasileiro, *in verbis*: “*Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem*”. Na verdade, proíbe-se a conduta do agente que, embriagado, conduz veículo automotor, expondo a perigo a incolumidade de outrem: “*não conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem.*”

Por sua vez, no que se refere à omissão, há a previsão normativa do modelo de conduta imperativa, como, *v.g.*, o artigo 304 da Lei n. 9.503/97, Código de Trânsito Brasileiro, *in verbis*: “*Deixar o condutor do veículo, na ocasião do acidente, de*

23 LYRA, Roberto. Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara, n. 1., v.I, jan.abril de 1967.

prestar imediato socorro à vítima, ou, não podendo fazê-lo diretamente, por justa causa, deixar de solicitar auxílio da autoridade pública". Na verdade, o deixar de prestar socorro descrito como figura típica, determina ao agente o dever de auxiliar, por ocasião do acidente, a vítima ou, ao menos, determina ao agente o dever de solicitar auxílio à autoridade pública: "*o condutor do veículo prestará imediato socorro à vítima, na ocasião do acidente, ou, não podendo fazê-lo diretamente, por justa causa, solicitará auxílio da autoridade pública.*"²⁴

Assim, a omissão, em si mesma considerada,²⁵ fundamenta-se no fato de que o "*comportamento verificado não foi o comportamento esperado e imposto pela ordem jurídica*"²⁶ ao agente da conduta criminosa. De forma mais acertada, o fundamento da omissão penalmente relevante é a *não atuação no sentido determinado pela ordem jurídica*.²⁷ Aliás, algumas páginas adiante, Alcides Munhoz Netto, esclarece que

"a omissão não existe em si, o que existe é a omissão de uma ação determinada. (...)

O comportamento só assume a qualificação de omissão em relação à uma norma que impõe a alguém o dever de agir. Frágoso chega a afirmar que, no plano ontológico, existem apenas ações, sendo a omissão o não fato,

- 24 "Ação e omissão são, em síntese, duas técnicas diferentes para proibir condutas humanas. Ambas surgem de duas formas de enunciar a norma que dá origem ao tipo: embora todas as normas que dão origem ao tipo sejam proibitivas, no sentido de que proíbem certas condutas, não é menos certo que algumas podem ser enunciadas proibitivamente ('não matarás'), enquanto outras são enunciadas preceptivamente ('auxiliarás'). Enquanto no enunciado proibitivo proíbe-se a realização da ação que se individualiza com o verbo (matar), no enunciado preceptivo proíbe-se a realização de qualquer outra ação que não aquela individualizada pelo verbo (auxiliar)".

Tipo ativo	Tipo omissivo
Descreve a conduta proibida	Descreve a conduta devida (está proibida a que é diferente)
Expressa-se em uma norma enunciada proibitivamente ('não matarás')	Expressa-se em uma norma enunciada preceptivamente ('auxiliarás')

- Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELLI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1.997. p.539/540.
- 25 A rigor, os crimes omissivos dividem-se em crimes omissivos puros ou próprios e crimes omissivos impuros ou impróprios ou crimes comissivos por omissão.
- 26 MUNHOZ NETTO, Alcides. Os crimes omissivos no Brasil. Comunicação ao XIII Congresso Internacional de Direito Penal, Cairo, 1.984. p.11.
- 27 O problema principal da omissão no sistema jurídico-penal concerne à possibilidade de atribuição de uma feição extremamente autoritária e pouco legalista aos crimes omissivos puros ou aos crimes omissivos impuros. Com efeito, em relação aos crimes omissivos puros, além do substrato moral que lhes é próprio, podem, em períodos menos democráticos, assumir contornos de crimes de mera desobediência. A propósito, "o uso indiscriminado da tipificação omissiva pode redundar, como assinala E. R. Zaffaroni,

imperceptível se contemplada apenas a realidade fenomênica. Mas, apesar de ser uma realidade normativa, a omissão existe objetivamente: é produto da vontade de não realizar a ação esperada ou da vontade de não impedir o resultado e reveste-se da evidência de um acontecer. Este acontecer é que constitui o ponto de apoio do juízo de valor. Daí a observação de Heitor Costa Júnior de que o conceito não é meramente normativo, pois tem um conteúdo ontológico: não é um juízo sobre um juízo."²⁸

Obviamente, o sistema jurídico-penal somente pode dispor sobre a realidade, ordenando ou proibindo determinados comportamentos e, a conduta ordenada omitida pelo agente, somente pode lhe ser imputada, em regra, se pela conduta ordenada ele pudesse evitar o resultado.

Na feição democrática que o sistema jurídico-penal necessariamente deve assumir, a omissão deve estar restrita a alguns poucos tipos-de-ilícito, como sói acontecer na Lei n.9.503/97, Código de Trânsito Brasileiro, que descreve, no artigo 304 e no parágrafo único do artigo 307, tipos omissivos puros ou próprios.

Não por acaso, a antecipação da tutela penal, por meio de tipos omissivos puros ou próprios e de tipos de perigo, ocorre justamente no tráfego, onde a velocidade, a realidade do risco e à subtração à responsabilidade são a tônica.

3. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

A omissão de socorro descrita no Código de Trânsito Brasileiro tem restrita aplicação, referindo-se, evidentemente, ao condutor do veículo automotor que,

num autoritarismo penal muito restritivo do âmbito ou espaço da liberdade das pessoas e em abertas violações a direitos fundamentais do homem. Ora, se os crimes omissivos próprios continuarem a ser considerados como modalidades de crimes de mera desobediência, que se perfazem pela simples inobservância do comando jurídico penal de agir, abre-se a oportunidade a que o Estado todo-poderoso utilize-se da criação de delitos de omissão própria para a defesa de interesses indignos da tutela penal, ou seja, para a defesa de meras conveniências políticas, econômicas ou administrativas conjunturais, tudo em detrimento do jus libertatis. Mister se faz, assim, fixar doutrinariamente limites à punibilidade da omissão própria, substituindo a concepção de crimes de desobediência, característica dos sistemas totalitários, por outras construções que permitam sujeitar os crimes omissivos próprios ao princípio democrático da objetividade jurídica." MUNHOZ NETTO, Alcides. Os crimes omissivos no Brasil. Comunicação ao XIII Congresso Internacional de Direito Penal, Cairo, 1.984. p.14/15.

Em relação aos crimes omissivos impuros, a particularidade do sujeito ativo, na posição de garante, confere abertura e vaguidade de todo indesejáveis ao tipo-de-ilícito, ante o princípio da reserva legal.

28 MUNHOZ NETTO, Alcides. Os crimes omissivos no Brasil. Comunicação ao XIII Congresso Internacional de Direito Penal, Cairo, 1.984. p.15/16.

sem dolo ou *sem culpa*, envolve-se no acidente de trânsito.²⁹

“O eminente Prof. Fragoso assim se expressa: ‘O motorista que, sem culpa, atropela o pedestre e o deixa ao desamparo, pratica o crime de omissão de socorro (‘Jurisprudência Criminal’, n.328)’. Mais adiante, o abalizado mestre ensina: ‘Se um motorista atropela um pedestre sem culpa e omite socorro, pratica o crime que estamos examinando, como já vimos, se o dolo se limita à omissão de socorro. Figuremos, agora, o seguinte exemplo: o motorista Tício atropela, sem culpa, um pedestre, em lugar ermo. Saltando do veículo, Tício verifica que a vítima é seu inimigo Caio e que ele sofreu lesão que provoca grande hemorragia. Querendo, ou assumindo o risco da morte de Caio, Tício afasta-se do local, omitindo socorro. Responderá por homicídio, porque tinha o dever jurídico de impedir o resultado (decorrente da causação de perigo e não da omissão).’³⁰

No sistema jurídico-penal, a intencionalidade do agente determina a capitulação das condutas aos correspondentes tipos-de-ilícito, como bem comprova o exemplo de Heleno Cláudio Fragoso: no primeiro caso, o crime é aquele previsto no artigo 304 do Código de Trânsito Brasileiro; no segundo, pela presença do *dolo eventual*, o crime é aquele previsto no artigo 121 do Código Penal brasileiro.

O caráter subsidiário inerente aos crimes omissivos próprios assegura o cumprimento ao princípio do *ne bis in idem*, nos casos em que a omissão funciona como causa de aumento de pena nos crimes de homicídio culposo e de lesão corporal culposa.

Aliás, a lição é antiga, tanto na disciplina do Código Penal quanto na disciplina do trânsito, pois

“Euclides Custódio da Silveira, em sua obra de Direito Penal, fez a seguinte

29 “Como bem acentua Sérgio Salomão Shecaira (Primeiras perplexidades sobre a nova lei de trânsito, cit., p.3), o tipo penal aplica-se somente na hipótese do condutor do veículo que, ‘sem qualquer culpa, atropelar alguém e omitir-se a prestar socorro.’ Citado por PIRES, Ariosvaldo de Campos e SALES, Sheila Jorge Selim. Crimes de Trânsito na Lei n. 9.503/97. Belo Horizonte: Del Rey. 1.998. p. 203.

30 PINHEIRO, Geraldo de Faria Lemos. Ilícitos de Trânsito. Revista dos Tribunais, v.525, p.287/297, julho de 1979. p.295.

afirmação: 'A omissão de socorro à vítima, que revela ausência do sentimento de piedade, poderá configurar o crime de perigo descrito no art.135 do CP, mas, uma vez prevista como agravante especial, não poderá ser duplamente imputada ao impiedoso: '*ne bis in idem*'. O concurso material é inadmissível na espécie."³¹

O princípio da subsidiariedade, expressa ou tácita, representa diferentes estágios de ataque ao mesmo bem jurídico, conforme consagrado entendimento de Honig.³² Assim, a subsidiariedade não se constitui propriamente em um conceito, ao invés, como princípio referente ao *concurso aparente de normas*, evita que uma *mesma* conduta seja tipificada em *dois ou mais* tipos-de-ilícito.

Seria correto afirmar, juntamente com Andrei Zenkner Schmidt, que

“ao admitirmos a subsidiariedade como etapas ou graus diversos da ofensa a um mesmo bem jurídico, estaremos divagando, somente, acerca da tipicidade objetiva, e não da subjetiva, pois é só com essa ênfase que se pode admitir ser o perigo, a lesão ou a morte graus diversos de agressão a um mesmo bem jurídico”?³³

Na verdade, o princípio da subsidiariedade não desconsidera em momento algum as intencionalidades exteriorizadas pelo agente do crime. O ataque ao bem jurídico, afinal, somente pode ser compreendido por meio de duas perguntas: “*Qual o bem jurídico lesado ou ameaçado de lesão?*” e “*Qual a intenção do agente ao praticar a conduta?*”. A última pergunta implicitamente acompanha a primeira, de forma algo intuitiva. O mérito do modelo final de conduta humana foi, justamente, a compreensão dessa particularidade.

A aplicabilidade do princípio da subsidiariedade somente é compreendida na visão integral do modelo de conduta proibida. A redação inadequada dos tipos-de-ilícito, prescrevendo a subsunção da conduta ao tipo *se o fato não constituir crime*

31 PINHEIRO, Geraldo de Faria Lemos. Ilícitos de Trânsito. Revista dos Tribunais, v.525, p.287/297, julho de 1979. p.294.

32 “Honig (95) a essência da subsidiariedade está em que ela representa estágios de ataque contra o mesmo bem jurídico”. Cf. ROCHA, Lincoln Magalhães. Contribuição à teoria do conflito aparente de normas. Justitia, v.75, p.7/36., 4º trimestre de 1.971.p.26.

33 SCHMIDT, Andrei Zenkner. Concurso Aparente de Normas Penais. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.33, p. 67/100, jan./março 2.001. p.94.

mais grave, não retira a utilidade do princípio da subsidiariedade. Vale dizer, a redação dos tipos-de-ilícito na referência feita ao princípio da subsidiariedade deve ser proscrita, não só por sua impropriedade técnica, como também por sua inutilidade.

O princípio da subsidiariedade *restringe-se e integra-se* às condutas típicas de perigo, das quais os tipos omissivos puros fazem parte.

4. RECUSA DE SOCORRO PELA VÍTIMA

No necessário enfoque da dupla de atores do drama criminal, *delinqüente e vítima*, há de se considerar os casos em que a vítima recusa o socorro. Neste caso, especificamente, em regra, não subsistirá o crime.

O sistema jurídico-penal não deve assumir feição paternalista, naquelas hipóteses em que a vítima *autonomamente* pode decidir sobre si mesma ou sobre o seu bem-estar. A autonomia envolve decisões espirituais e físicas, decisões sobre a saúde e sobre a doença, decisões sobre os lenitivos e sobre a continuidade do sofrimento. A autonomia diz respeito à decisão sobre direitos relativos ao próprio corpo, pois “*o corpo do homem vivo é um sítio arqueológico que promete tudo*”,³⁴ inclusive, a liberdade de decidir entre o socorro e o não-socorro.

Para o exercício de recusa da vítima em ser socorrida, considera-se genericamente:

- a) a capacidade de *autodeterminação* da vítima;
- b) as condições físicas de recusa de socorro por parte da vítima, *v.g.*, não se pode atribuir valor à recusa daquela vítima quase exânime.

A autodeterminação não se confunde com a capacidade civil. Apenas se averigua, no caso concreto, as condições pessoais da vítima na recusa em ser socorrida. Dito de outra forma, a vítima pode se responsabilizar diante da situação em

34 CAMPELO, Cleide Riva. Cal(e)idoscorpos. Um estudo semiótico do corpo e seus códigos. São Paulo: Annablume. 1.996. p.30.

que se viu envolvida pelo acidente de trânsito. Aliás, a autonomia da vítima pode ser limitada pela insistência em prestar socorro por parte do agente, o que reflete o contexto ético-religioso da sociedade.

Ao fim e ao cabo, os limites da autonomia da vítima são estabelecidos pelo entrelaçamento entre o biológico e a cultura,³⁵ isto é, por duas perguntas fundamentais: “*tenho condições físicas e mentais de recusar o socorro?*” e “*qual o momento em que a minha recusa em não ser socorrida interfere na possibilidade religiosa, moral e jurídica de disposição do meu corpo?*”

Ao futuro suicida, não se proíbe jurídico-penalmente, o atentado contra a própria vida. No entanto, caso ele se jogue na frente de um automóvel, ferindo-se gravemente, o condutor do veículo tem o dever de prestar-lhe socorro, pois a recusa da vítima é inadmissível na hipótese.

O individualismo não se confunde com a autonomia e o sistema jurídico-penal, uma vez mais, demonstra que “*ao longo da história, em todos os povos, o religioso cria e recria o campo cultural e, mais ou menos, o jurídico-penal-criminológico-vitimológico.*”³⁶

5. PROPOSIÇÕES FINAIS

1ª Proposição: O princípio da subsidiariedade *restringe-se* e *integra-se* às condutas típicas de perigo, inclusive às condutas típicas omissivas puras.

2ª Proposição: Não há prática de omissão de socorro pelo agente, nos casos de recusa da vítima, desde que ela tenha capacidade de *autodeterminação* e tenha *condições físicas* de recusar o socorro.

35 “O biológico permite a vida; a cultura possibilita a transcendência. O biológico garante herdeiros; a cultura possibilita a eternidade. (...) Assim, o homem já traz, indelevelmente, seu corpo portador do biológico e dos textos da cultura.” Cf. CAMPELO, Cleide Riva. Cal(e)idoscorpos. Um estudo semiótico do corpo e seus códigos. São Paulo: Annablume. 1.996. p.44.

36 BERISTAIN, Antonio. Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia. Apêndice: Declaração sobre os princípios fundamentais de justiça para as vítimas de delitos e do abuso de poder (ONU). Brasília: UnB: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado. 2.000. p.158.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BERISTAIN, Antonio. *Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia*.
Apêndice: Declaração sobre os princípios fundamentais de justiça para as vítimas de delitos e do abuso de poder (ONU). Brasília: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado. 2.000.
- CAMPELO, Cleide Riva. *Cal(e)idoscorpos*. Um estudo semiótico do corpo e seus códigos. São Paulo: Annablume. 1.996.
- CANCELLI, Elizabeth. *A cultura do crime e da lei*. 1.889-1.930. Brasília: UnB. 2.001.
- CARNELUTTI, Francesco. La cenicienta. *Cuestiones sobre el Proceso Penal*. Ediciones Jurídicas Europa-América. p.15/21.
- DEL VECCHIO, Giorgio. A Luta contra o crime. *Revista de Direito do Ministério Público do Estado de Guanabara*, n.1., v.1., janeiro/abril de 1.967.
- GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Exame de alcoolemia: sua validade como prova no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.33, p. 121/132, jan./março 2.001.
- LEIRIA, Antônio José Fabrício. Delitos de Trânsito. *Revista dos Tribunais*, v.475, p.235/243, maio 1975.
- LYRA, Roberto. *Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara*, n.1., v.I, jan.abril de 1967.
- MARQUES, Daniela de Freitas. *Girolamo Savonarola: milenarismo, liberdade e fogueiras - a tensão da ambigüidade*. Belo Horizonte. 2.000. p. 23. [manuscrito]
- MUNHOZ NETTO, Alcides. *Os crimes omissivos no Brasil*. Comunicação ao XIII Congresso Internacional de Direito Penal, Cairo, 1.984.
- PERES ESCRICH, Henrique. *O Mártir do Gólgota*. São Paulo: Paulinas. 1.961.

- PINHEIRO, Geraldo de Faria Lemos. Ilícitos de Trânsito. *Revista dos Tribunais*, v.525, p.287/297, julho de 1979.
- PIRES, Ariosvaldo de Campos e SALES, Sheila Jorge Selim. *Crimes de Trânsito na Lei n. 9.503/97*. Belo Horizonte: Del Rey. 1.998.
- ROCHA, Lincoln Magalhães. Contribuição à teoria do conflito aparente de normas. *Justitia*, v.75, p.7/36., 4º trimestre de 1.971.
- ROMEIRO, Jorge Alberto. *Elementos de Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo:Saraiva. 1.978. p.106
- ROSA, Fábio Bittencourt. Pena e culpa nos delitos de trânsito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.532, p.311/313., 1980.
- SCHMIDT, Ana Sofia. *A vítima e o Direito Penal*. São Paulo: RT. 1.999.
- SCHMIDT, Andrei Zenkner. Concurso Aparente de Normas Penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.33, p. 67/100, jan./março 2.001.
- STUART HALL. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 4.ed. Rio de Janeiro: DP& A. 2.000.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Cristianismo e Direito Penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.591, p.446/450, 1980.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1.997. p.539/540.

7. RESUMO

Aborda, de forma pontual, aspectos referentes aos crimes de trânsito, em especial os crimes omissivos puros. Na verdade, em relação aos crimes omissivos puros, são destacadas apenas duas hipóteses: o *princípio da subsidiariedade* e os *efeitos da recusa da vítima em ser socorrida*.

8. ABSTRACT

It explains, in a punctual way, the aspects referred to traffic crimes, specially the pure omissive crimes. Truthfully, there are only two hypotheses related with pure omissive crimes: the subsidiarity principle and the effects of the victim's denial in being aided.

*Cícero Fernando Ferreira**

Sumário: 1. Introdução; 2. A autonomia municipal na Constituição Brasileira de 1988 e seus reflexos; 3. O Município e o Estado Federal; 4. A autonomia regional italiana; 5. O Estado Autônomo Espanhol; 6. Considerações finais; 7. Bibliografia; 8. Resumo; 9. Abstract.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 trouxe como grande novidade para o universo do Direito Público a emancipação dos Municípios como entes autônomos, componentes de estrutura federativa do Estado brasileiro, conforme expresso em seu art. 1º, em que diz "A República Federativa do Brasil, formada pela União Indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito". Posteriormente, no art. 18º, declara ainda que a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende *União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos da Constituição*.

Resta claro que o constituinte brasileiro de 1987/88 teve por espírito alocar o Município brasileiro à uma entidade estatal dotada de autonomia, integrante da estrutura federativa brasileira. Para tanto concedeu nos Municípios autonomia política, administrativa e financeira.

* Mestre e Doutor em Direito Constitucional, pelo Instituto de Direito da UNIFRA, Professor, em substituição, Titular do Curso de Graduação em Direito Constitucional, Administrativo, Político e Eleitoral da Faculdade de Direito Constitucional, Administrativo e Eleitoral da UNIFRA.

** Publicado em Direito Constitucional do Brasil (LIVRO 10), volume de Direito Constitucional, organizado sob a coordenação de