

A incoerência gerada pela Lei 12.971 na parte criminal do código de trânsito brasileiro

Andressa Moreira de Oliveira – andressamoreira.moreira@gmail.com

Galvão Rabelo – galvaorabelo@yahoo.com.br

Curso de Direito

Faculdade Presidente Antônio Carlos

Novembro/2014

Resumo

O presente trabalho de conclusão de curso tem o escopo de analisar a recente alteração do Código de Trânsito Brasileiro, trazida pela Lei 12.971/14, publicada no dia 09 de maio de 2014. Busca-se evidenciar a desatenção do legislador no momento de elaboração da lei, principalmente dos artigos 302 e 308, e a consequente antinomia. Trata-se de esclarecer qual será a melhor solução para resolver a antinomia gerada pela Lei 12.971/14 entre os crimes de homicídio culposo na direção de veículo automotor e o crime de racha. Restando comprovado que os critérios tradicionais de solução de antinomia são insuficientes para resolver o problema da pesquisa, faz-se necessário buscar na ideia de agravamento pelo resultado em consonância com o princípio da proporcionalidade meios para solucionar o problema em questão. Objetiva-se esclarecer qual dispositivo deve ser utilizado no caso concreto, tendo em vista a existência de dois artigos tratando da mesma hipótese fática, porém com previsão de penas distintas. Para tanto, utiliza-se da metodologia qualitativa e bibliográfica para se chegar ao resultado pretendido. Os resultados encontrados indicam que o artigo 302 possui uma nítida incoerência interna, tornando difícil a interpretação e utilização baseada no *in dubio pro reo*. Deste modo, conclui-se que a aplicação do artigo 308 é mais adequada, por se tratar de crime cujo bem jurídico seja a vida, merecendo esta, uma proteção mais eficiente.

Palavras-chave: Código de Trânsito. Homicídio. Racha. Antinomia.

Abstract

The aim of this final project is to analyze the recent changing on the Brazilian Traffic Code which is brought by the 12.971/14 law published on 9th May, 2014. It is considered to evidence that the lack of attention of the legislator when elaborating the law, mainly in the 302 and 308 articles, and the consequently antinomy. It is to explain which is going to be the best solution to solve the antinomy that is created by the 12.971/14 law between the culpable homicide and cars races. Being proved that the traditional methods for this antinomy are insufficient, it is necessary to find in the idea of the aggravation by the result in consonance with the principle of proportionality the solution to solve the problem which is shown in this project. It is objectified to clarify which means must be used in concrete cases, in view of the existence of two articles that deal with the

same fateful hypothesis although being distinct penalizations. The qualitative methodology and bibliographies were used to come to the intended result. The results which were found indicate that the 302 article has a clear internal incoherence that makes the interpretation and the use difficult based on the *in dubio pro reo*. So, it is concluded that the application of the 308 article is more adequate, because it is a crime in which the well legal is life, that deserves a more efficient protection.

Key-Words: Traffic Code. Homicide. Car Race. Antinomy

1. Introdução

A circulação de veículos e pedestres em território nacional é regulamentada pela Lei 9.503/97, Código de Trânsito Brasileiro. Recentemente, o CTB foi alterado pela Lei 12.971/14, publicada em 09 de maio de 2014, passando a vigorar no dia 1º de novembro do mesmo ano, visando, entre outras coisas, uma maior penalização para a imprudência e negligência de determinados condutores.

O legislador efetuou a alteração em cerca de onze artigos. Porém, tais mudanças não foram feitas da melhor forma possível, seja pela falta de atenção por parte do Poder Legislativo, ou ainda, pelo descaso do mesmo para com o ordenamento jurídico. A incoerência na elaboração do novo dispositivo, será extremamente prejudicial ao Poder Judiciário, no momento de aplicar a Lei ao caso concreto.

Tais alterações trouxeram inquietações junto à juristas, doutrinadores e julgadores. Principalmente no que se refere à modificação trazida pelos artigos 302 e 308, com interesse maior do presente trabalho. Referida alteração deixa clara a existência de antinomia, que é a incompatibilidade existente entre duas normas, ambas pertencentes à um mesmo ordenamento jurídico.

No caso em questão, tanto o mencionado artigo 302, quanto o 308, tratam em seus respectivos parágrafos segundo, do homicídio culposo na prática de corrida ou competição automobilística não autorizada. Porém o legislador se equivocou no momento de aplicação das referidas penas, tratando do mesmo crime com penalidades distintas.

Os critérios tradicionais para a solução de antinomias, são os critérios cronológico, hierárquico e o critério da especialidade. Ocorre que tais critérios não são suficientes para resolver a problemática em questão. Uma vez que os referidos artigos entraram em vigor simultaneamente, possuindo natureza especial, estando ainda, dispostos no mesmo nível hierárquico.

Deste modo, a pesquisa buscou dentro do método qualitativo frisar a recente alteração da lei de trânsito frente a suas consequentes repercussões para o ordenamento jurídico, buscando a melhor solução para resolver a antinomia gerada pela Lei nº 12.971/14 entre os crimes de homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302) e o crime de competição automobilística não autorizada (art. 308).

2. Considerações iniciais sobre a legislação brasileira de trânsito

O Código de Trânsito Brasileiro (CTB) é considerado um documento legal, aplicado em todo território nacional, que visa ordenar a circulação e estabelecer normas de conduta de veículos e pedestres. Foi instituído pela lei 9.503, em 23 de setembro de 1997, sancionado pela Presidência da República, entrando em vigor no dia 22 de janeiro de 1998, com exatamente 341 artigos. Tal Lei previa e tinha como interesse inicial promover um trânsito em condições seguras e aptas à utilização das vias por pessoas, veículos e animais, sendo esta provedora de uma maior viabilidade de locomoção da sociedade brasileira. É considerado um instrumento pelo qual o legislador pôde relacionar normas, definições, procedimentos, regras e ainda impor a aplicação de sanções para as infrações previstas, tanto de ordem penal, quanto de ordem administrativa.

O trânsito sempre foi alvo de grandes catástrofes, onde lesões de leves a graves não chegam perto da angústia sofrida pela família na perda de um ente querido, sendo de suma importância uma legislação que além de punir pela prática reiterada de infrações, também possa minimizá-las. Parte do problema, encontra-se na atuação de motoristas inexperientes, desatentos, imprudentes e até mesmo inconsequentes, que causam diariamente acidentes de pequenas a grandes dimensões, colocando em risco o que temos de mais valioso, a vida.

Inicialmente, o Código de Trânsito Brasileiro tinha como escopo a redução do número de acidentes envolvendo veículos automotores e suas eventuais consequências para a sociedade, visando ainda, minimizar o grande índice de mortalidade na qual o fator trânsito vem aumentando consideravelmente seus números e vítimas. Foi criado com intuito de estabelecer fluidez, conforto, qualidade e educação no trânsito, fiscalizando seu cumprimento através de normas e procedimentos, trazendo desta forma benefícios diretos e indiretos àqueles que são dependentes de sua utilização. Introduziu um capítulo contendo as infrações penais, com discriminação dos crimes em espécie, nos quais se

encontram o crime de homicídio culposo e o crime de participação, em via pública, de disputa ou competição automobilística não autorizada.

Desde sua promulgação, a Lei nº 9.503/97 vem passando por significativas e sucessivas mudanças, buscando cada vez mais a otimização e melhor interpretação para resolução de problemas inerentes a imprudência e suas consequências relatadas no dia a dia. Foi alterada diversas vezes desde a sua criação, porém nem todas obtiveram o êxito esperado pelo legislador, considerando a inobservância de diversos fatores¹.

Foi publicada no dia 09 de maio de 2014, a Lei nº 12.971, a qual estabelece a alteração de onze artigos do Código de Trânsito Brasileiro, que estão em vigor desde o dia 1º de novembro deste ano, fazendo assim, parte do rol de sucessivas reformas legislativas promovidas nos últimos anos no Código de Trânsito Brasileiro – CTB, buscando sempre se adaptar às necessidades surgidas com o passar do tempo.

3. Comparativo da redação original dos artigos 302 e 308 com a redação promovida pela Lei nº 12.971/2014

A Lei nº 9503 em sua redação original, trazia em seu bojo o seguinte artigo 302:

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.

Parágrafo único. No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de 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.

V - estiver sob a influência de álcool ou substância tóxica ou entorpecente de efeitos análogos. (Incluído pela Lei nº 11.275, de 2006).

¹ A primeira alteração sofrida pela lei 9.503/98 foi a Lei 9.602/98, a qual foi publicada no mesmo dia em que entrou em vigor a própria norma que estava sendo alterada, sendo este o dia 22 de janeiro de 1998. No que se refere a acréscimos e revogações, foram modificados exatamente doze artigos, das quais se destacam a aplicação de película no vidro dos veículos quando comprometer a segurança do mesmo e o prazo previsto para a interposição de recursos perante a autoridade que impôs a penalidade. Posteriormente vieram as Leis 9.792/99, 10.350/01 e 10.517/02, que pouco modificaram o texto anterior não atendendo de fato a real finalidade para cumprimento da legislação. A Lei 10.830/03, que veio posteriormente, previa em especial a inclusão da motocicleta no que se referia ao estabelecimento de velocidade máxima permitida nas rodovias não sinalizadas, obedecidas suas características técnicas e as condições de trânsito. Em seguida a lei 11.275/06 veio para tratar da embriaguez ao volante, a qual permitiu a obtenção de outras provas em direito adquiridas para o caso de recusa do condutor em realizar o teste de constatação da influência de álcool no sangue. Em quanto a Lei 11.344/06 versava sobre a infração de excesso de velocidade.

O referido artigo trata da prática de homicídio culposo na direção de veículo automotor, de modo a especializar o homicídio culposo previsto no artigo 121, § 3º, do Código Penal, valorando como mais grave a conduta quando praticada na direção de veículo automotor.

No trânsito, o homicídio culposo acontecerá através da inobservância do dever de cuidado por parte do agente, ou seja, a produção de um resultado que decorra de determinada conduta humana involuntária, ocasionada por imprudência, negligência ou imperícia. Dessa forma, o condutor pratica algum ato descuidado na direção de veículo automotor, agindo em desrespeito às normas contidas no próprio Código de Trânsito, quando, por exemplo, avança o sinal vermelho, transita na contramão, dirige embriagado, pratica racha em via pública. Nesse caso o agente não teve a intenção de causar o resultado morte, mas sua falta do cuidado devido, acaba ocasionando tal resultado típico e antijurídico, que era previsível e poderia ter sido evitado se o agente tivesse agido com observância do dever de cuidado.

Fernando Capez prevê a conceituação de homicídio culposo em consonância com o artigo 18, II do Código Penal, afirmando que estaremos diante de um homicídio culposo:

Sempre que o evento morte decorrer da quebra do dever de cuidado por parte do agente mediante uma conduta imperita, negligente ou imprudente, cujas consequências do ato descuidado, que eram previsíveis, não foram previstas pelo agente, ou, se foram, ele não assumiu o risco do resultado. (CAPEZ, 2014, p. 98)

Recentemente, com a entrada em vigor da Lei nº 12.971/2014, a redação do respectivo artigo, foi significativamente alterada, ganhando um novo parágrafo, passando a possuir a seguinte redação.

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:

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.

§ 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:

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.

Na atual redação o *caput* ficou inalterado, tendo o antigo parágrafo único que previa as causas de aumento, se tornado o parágrafo primeiro, incluindo ainda o parágrafo segundo.

No referido parágrafo segundo, nota-se a intenção do legislador em criar uma qualificadora nas hipóteses de homicídio culposo em contexto de embiraguez ou participação em corrida ou disputa não autorizada. Acontece que a lei manteve na suposta qualificadora as mesmas penas já previstas no *caput*. A única diferença foi a passagem da pena de detenção para reclusão, o que na prática não trará qualquer alteração.

O artigo 308 também trouxe significativas mudanças. Redação anterior:

Art. 308. Participar, na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade competente, desde que resulte dano potencial à incolumidade pública ou privada: ‘

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

Popularmente, o “racha”, tratado no mencionado artigo, é conhecido como uma disputa de velocidade entre dois ou mais veículos automotores, ou até mesmo por um único veículo, visando provar a potência do mesmo, ou ainda buscando o exibicionismo. Contabilizando anualmente centenas de acidentes por todo Brasil, os quais colocam em risco, não só a vida dos próprios condutores, como também a de pedestres que nada tem a ver com a situação.

Percebe-se que o art. 308 prevê crime de perigo abstrato, já que presume que a simples prática da conduta oferece risco para o bem jurídico. Desse modo, não é necessário que da disputa sobrevenha algum dano efetivo a outrem, pois a simples prática da conduta configura o crime.

Com a Lei nº 12.971/2014 foram acrescentados dois parágrafos ao dispositivo legal, além da alteração da pena máxima prevista no *caput*:

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 6 (seis) meses a 3 (três) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 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.

§ 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.

Tais alterações foram publicadas no dia 09 de maio de 2014 e entraram em vigor no dia 01 de novembro deste ano.

4. Da antinomia

A infinita existência de normas no ordenamento jurídico vem da necessidade de se adequar sempre às condutas sociais, e solucionar os conflitos existentes. Criar um ordenamento justo e harmônico, capaz de atender a todas as demandas da sociedade é função do Poder Legislativo, que se recorre aos diversos meios existentes para criar normas cada vez mais eficazes.

Apesar da complexidade em se criar um ordenamento, nascendo as normas de várias fontes distintas, não pode-se excluir sua unidade. Por unidade se entende um conjunto de normas entre as quais existe uma ordem. Essa ordem deve ser entendida como o relacionamento da norma com outras normas e dela com todo o sistema (BOBBIO, 1999, p. 71).

No tocante à coerência do ordenamento jurídico, será coerente o ordenamento que possibilitar a correção do direito quando diante de uma antinomia jurídica (DINIZ, 2001, p. 469).

Pela coerência não se admite a existência de normas conflitantes, seja o conflito total-total, total-parcial ou parcial-parcial. Exige-se do ordenamento o dever de coerência não se admitindo antinomias, sendo essa regra dirigida tanto ao legislador quanto ao aplicador do direito (BOBBIO, 1999, p. 110).

Norberto Bobbio, em suas lições, afirma que:

A coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a justiça do ordenamento. É evidente que quando duas normas contraditórias são ambas

válidas, e pode haver indiferentemente a aplicação de uma ou de outra, conforme o livre-arbítrio daqueles que são chamados a aplicá-las, são violadas duas exigências fundamentais em que se inspiram ou tendem a inspirar-se os ordenamentos jurídicos: a exigência da certeza (que corresponde ao valor da paz ou da ordem), e a exigência da justiça (que corresponde ao valor da igualdade). Onde existem duas normas antinômicas, ambas válidas, e portanto ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a certeza, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as consequências jurídicas da própria conduta, nem a justiça, entendida como igual tratamento das pessoas que pertencem à mesma categoria (BOBBIO, 1999, p. 113).

Pela unidade e, principalmente pela coerência, resta claro constatar que um ordenamento com essas características não admite a existência de termos conflitantes, tão pouco a existência de antinomias. Tornando assim, evidente a necessidade de se resolver aparentes conflitos.

Desse modo, a exacerbada criação de leis aptas a abranger o extenso rol de relações humanas, foi ocasionando idênticas disposições legais para o mesmo comportamento humano, gerando incertezas no momento de aplicar a lei ao caso concreto.

Na intenção de cessar a aparente dificuldade sofrida pelo intérprete quando da tentativa de subsunção das situações fáticas ao conflito aparente de incompatibilidade de normas, é que surgiu o conceito de antinomia.

Foi através dessa problemática que surgiu a definição de antinomia jurídica, como sendo a existência de duas normas para a solução de uma mesma problemática, das quais uma obriga e a outra permite determinada conduta ou vice versa. Tais normas devem em primeiro lugar, pertencer o mesmo ordenamento jurídico, caso contrário gerariam diversos problemas e inseguranças jurídicas. E, em segundo lugar, as duas normas devem possuir o mesmo âmbito de validade.

Analizados esses aspectos, Norberto Bobbio (1982, p. 88), em suas lições, trouxe o conceito de antinomia, como “a situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento jurídico e tendo o mesmo âmbito de validade.”

No tocante à coerência do ordenamento jurídico, Maria Helena Diniz afirma que:

Antinomia é o conflito entre duas normas, dois princípios, ou de uma norma e um princípio geral de direito em sua aplicação prática a um caso particular. É a presença de duas normas conflitantes, sem que se possa saber qual delas deverá ser aplicada ao caso singular (DINIZ, 2001, p. 469).

A concepção de antinomia é bastante evidente na recente alteração do Código de Trânsito Brasileiro, trazida pela Lei nº 12.971/14. A referida Lei, trouxe, além de tantas outras modificações, a alteração dos artigos 302 e 308, que é o objeto do presente trabalho. Ambos tratam da prática de um mesmo ato ilícito, com distinção na aplicação das penas, o que configura a chamada antinomia.

Enquanto no artigo 302 é a participação em racha que qualifica o delito de homicídio culposo, no artigo 308 é o resultado morte provocado culposamente, que tornam o delito de participação em racha qualificado. Houve, na realidade, enorme falta de atenção no momento de elaborar a referida lei, vez que as duas condutas previstas, retomam a prática de um mesmo ato.

Conforme o artigo 302, se a morte provocada culposamente ocorrer em situação de racha, ou ainda, da prática de manobras automobilísticas na direção de veículo automotor, a pena será de 2 (dois) à 4 (quatro) anos de reclusão. Ao passo que, no artigo 308, se da prática de racha, ou manobras automobilísticas, resultarem, culposamente, em morte, a pena aplicada será de 5 (cinco) à 10 (dez) anos de reclusão.

Deste modo, torna-se evidente a discrepância de penas aplicadas nos citados dispositivos. Como se não bastasse a previsão de um mesmo fato duas vezes, o legislador ainda lhes atribuiu penalidades diferentes, causando uma clara antinomia. Portanto, no que tange à aplicação do direito ao caso concreto, enfrentará o Poder Judiciário certa dificuldade no momento de enquadrar a conduta do agente, visto que, a Lei nº 12.971/14 trouxe dois dispositivos legais que regulam a mesma hipótese fática, não sendo suficiente para a resolução do impasse apenas a análise do caso concreto.

5. Os critérios para a resolução de antinomias

A dificuldade enfrentada na interpretação das normas em contradição e a insegurança jurídica causada por tal fato, fez com que a teoria do direito buscasse meios para solucioná-las. Foi pensando nisso, que Norberto Bobbio, trouxe os seguintes critérios para a resolução das antinomias:

- a) critério cronológico;
- b) critério hierárquico;
- c) critério da especialidade.

Para o critério cronológico, entende-se que, havendo contradição entre as normas, a norma posterior revoga a norma anterior, passando a ter validade apenas a última norma

editada. Trata-se do "*lex posterior derogat legi priori*", ou seja, lei posterior derroga leis anteriores.

Pelo critério hierárquico, entende-se que, de acordo com o sistema piramidal, as disposições constitucionais ficariam situadas no cume da pirâmide, enquanto as demais ficariam submissas a ela. Sendo assim, no caso de conflitos, prevalece as normas hierarquicamente superiores. Consiste no "*lex superior derogat legi inferiori*", ou lei superior derroga leis inferiores.

Finalmente, o critério da especialidade, significa que num conflito entre uma norma geral e uma especial, prevalece a segunda, em razão de sua especificidade. Denominado também "*lex specialis derogat legi generali*", ou lei especial derroga leis genéricas.

A antinomia encontrada nos artigos 302 e 308 remete a um outro problema. Percebe-se que os critérios tradicionais de solução de antinomias apresentados acima são insuficientes para resolver o problema da pesquisa. Por se tratar de normas que passaram a vigorar simultaneamente e por serem ambas de natureza especial, estando assim, dispostas no mesmo nível hierárquico, não se encaixam em nenhum dos critérios mencionados, precisando de uma outra solução hábil. A melhor e mais indicada maneira de se sanar o vício, seria revogar uma das normas durante a *vacatio legis*, o que não aconteceu.

Uma solução possível seria, adotar a interpretação mais favorável, "*in dubio pro reo*", partindo da premissa de que, havendo dúvida na utilização dos dispositivos, deve-se decidir de forma mais benéfica ao réu. Tal interpretação permite ao magistrado, no momento de aplicação da pena, se constatar a existência de dois dispositivos que se enquadrem na conduta praticada pelo agente, optar pela norma que favoreça significativamente o mesmo.

Assim entende André Neto:

Nesta situação, em que se erige uma celeuma quanto à aplicação da pena, deve vigorar o princípio "*in dubio pro libertate*", de modo a ser aplicada a pena menos gravosa para o tipo, que se faz contar da inteligência do Art. 302, § 2º, o qual prevê pena de 2 (dois) a 4 (quatro) anos de reclusão. (NETO, 2014)

Desse modo, parte-se do pressuposto de que na hipótese de o agente praticar corrida ou disputa automobilística não autorizada, causando assim o resultado morte de forma culposa, deveria o mesmo responder pela prática descrita no artigo 302, § 2º, do

Código de Trânsito Brasileiro, o qual prevê a menor pena (de dois a quatro anos de reclusão).

Porém, analisando detalhadamente o mencionado dispositivo, verifica-se que tal solução não é a mais aconselhável, visto que da interpretação do artigo 302 verifica-se uma incoerência entre o *caput* e o § 2º.

Inicialmente, a intenção do legislador era criar uma qualificadora para o homicídio culposo nas hipóteses de embriaguez e participação em corrida ou disputa automobilística não autorizada. Porém, manteve a pena do parágrafo segundo idêntica à pena já prevista no *caput*, permanecendo de dois a quatro anos. A única diferença existente é que no *caput* a punição se dá com detenção, ao passo que o novo § 2º prevê a pena de reclusão.

A previsão de reclusão ao invés de detenção na pretensa qualificadora do novo § 2º dificilmente trará efeito prático em relação ao crime de homicídio culposo, uma vez que a pena máxima prevista na nova redação do § 2º continua sendo de 4 anos.

A principal diferença entre crime punido com reclusão e crime punido com detenção está na fixação do regime inicial de cumprimento de pena, nos termos do artigo 33, *caput*, do Código Penal. Ou seja, crime punido com detenção: a pena poderá iniciar em regime semiaberto ou aberto. Já para crimes punidos com reclusão: a pena poderá iniciar em qualquer dos três regimes.

Ocorre que, de acordo com os §§ 2º e 3º do artigo 33 do Código Penal, nos casos em que a pena aplicada pelo juiz for igual ou inferior a quatro anos, não sendo o condenado reincidente e possuindo as circunstâncias judiciais favoráveis, a reprimenda poderá desde o início, ser cumprida em regime aberto. Por isso, dificilmente o novo dispositivo trará reflexos práticos.

Desse modo, resta nítido o erro do legislador ao elaborar o referido dispositivo legal. Torna-se, assim, inviável a aplicação do princípio do *in dubio pro reo*, que determina a aplicação do artigo 302, § 2º, em detrimento do 308, § 2º, vez que o primeiro dispositivo encontra um grave erro de incoerência interna.

Partindo da insuficiência dos mencionados métodos para a solução do problema de pesquisa apontado, vê-se na análise fática, que a aplicação do artigo 308 se torna a mais razoável e correta até o momento. Quando o agente pratica uma conduta dolosa menos grave e em decorrência dela sobrevém um resultado danoso mais grave, por imprudência, negligência ou imperícia, caracterizando culpa no consequente, o mesmo deve ser responsabilizado também com uma pena aumentada devido ao prejuízo causado – é essa a essências dos crimes preterdolosos.

Desse modo, quando o legislador reúne duas infrações autônomas em uma única infração, visa dar tratamento mais rigoroso, como acontece na lesão corporal seguida de morte.

É tão claro o erro do legislador no artigo 302, §2º, que se somadas as pena dos delitos isoladamente, isto é, a pena do homicídio culposo simples do caput e a pena do racha sem resultado morte, a soma ultrapassa a pena prevista para a pretensa qualificadora do artigo 302, §2º.

O resultado morte previsto no § 2º do artigo 308, é passível de agravação de pena, visto que o bem jurídico tutelado representa relevante interesse para toda sociedade. Uma vez que um indivíduo pratica determinado ato, que tem como causa, a morte de uma pessoa, a título de culpa, deve ele, ser responsabilizado com penas bem mais severas.

A segurança no trânsito é um direito e dever de todos. O condutor que por motivos diversos, utiliza do veículo para realizar manobras arriscadas, praticar corrida ou disputa automobilística não autorizada, está colocando em risco não só a própria vida, mas também, a de pessoas inocentes. Portanto, é de indispensável importância, a penalização mais rigorosa, tentando assim conscientizar quanto ao risco da imprudência.

O princípio da proporcionalidade deixa evidente que a aplicação da sanção deve ser correspondente à gravidade da infração penal, promovendo assim um equilíbrio. Ou seja, quanto mais grave o ato ilícito, mais severa deverá ser a pena aplicada.

A doutrina trata da proporcionalidade sobre dois aspectos, de um lado a proibição do excesso, de modo que o tratamento penal não pode exceder aquilo que é necessário e suficiente para reprovação do crime; de outro a proibição da proteção deficiente segundo a qual a lei não pode deixar sem proteção os bens jurídicos mais importantes para a vida social. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2013, p. 144-145)

Segundo Marcelo André Azevedo:

Pelo princípio da proibição de proteção insuficiente (proibição de não-suficiência ou proibição por defeito), expressão cunhada por Claus-Wilhelm Canaris, o Estado também será omissor quando se omite ou não adota medidas suficientes para garantir a proteção dos direitos fundamentais. (AZEVEDO, 2011, p. 67-68).

Nesse caso, a morte culposa, como resultado do crime de racha, merece uma penalização proporcional, tal qual, a trazida pelo §2º do artigo 308, tornando adequada a utilização deste.

Com o mesmo entendimento encontram-se Rafael Francisco Marcondes de Moraes e Francisco Sannini Neto:

[...] 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. (MORAES; SANNINI NETO, 2014)

6. Considerações finais

A recente alteração trazida pela Lei 12.971 revela a desatenção do legislador para com a coerência do ordenamento jurídico. A criação de dois dispositivos idênticos com penas distintas fica evidente e traz com isso grandes repercussões no que tange aos crimes de homicídio culposo na direção de veículo automotor e racha. De modo a causar embarços entre aplicar a pena menor buscando beneficiar o réu, ou aplicar a pena maior na tentativa de punir com mais rigor um crime cujo bem jurídico vida merece maior amparo.

Os critérios tradicionais como hierárquico, cronológico e da especialidade, para a solução de mencionadas antinomias não são suficientes. Pois trata-se de normas de natureza especial, possuindo mesmo nível hierárquico, tendo entrado em vigor ambas em 01 de novembro de 2014.

A solução trazida pelo *in dubio pro reo*, não é aconselhável pelo fato de possuir o artigo 302 uma incoerência interna. O legislador tentou trazer uma proposta de qualificadora para o parágrafo segundo, se esquecendo porém, de agravar a pena, continuando a mesma do caput do referido artigo. Desse modo, torna-se desaconselhável a aplicação do artigo 302, uma vez que, solucionar um erro com outro erro causaria problemas ainda maiores para o ordenamento jurídico.

Por fim, a ideia do agravamento pelo resultado em consonância com o princípio da proporcionalidade propiciam uma solução hábil e satisfatória partindo da análise de que o bem jurídico em questão – vida – merece uma atenção especial. Desse modo, o princípio da proporcionalidade prevê que a aplicação da sanção deve ser imediatamente

proporcional à gravidade da infração penal praticada. Tornando mais eficiente a aplicação do artigo 308 por prever uma pena maior, uma vez que este possibilita, com isso, uma conscientização dos prejuízos causados.

Referências Bibliográficas

AZEVEDO, Marcelo André de. **Direito Penal**: parte geral. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte especial 2. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado**: parte geral. 2. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

NETO, André. **Homicídio culposo em disputa de racha à luz da Lei 12.971/2014**: Abordagem acerca do problema da tipificação e aplicação de pena em decorrência de imprecisão legislativa. Disponível em:
<<http://dramaralneto.jusbrasil.com.br/artigos/121267439/homicidio-culposo-em-disputa-de-racha-a-luz-da-lei-12971-2014>>. Acesso em 25 de novembro de 2014.

SANNINI NETO, Francisco; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. **Lei Federal 12.971/2014**: mudanças e barbeiragens legislativas. Disponível em:
<<http://franciscosannini.jusbrasil.com.br/artigos/121943748/lei-federal-n-12971-2014-mudancas-e-barbeiragens-legislativas>>. Acesso em 25 de novembro de 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 2. Ed.