

PREFÁCIO

MIGUEL REALE JÚNIOR

UMA FIGURA E MUITAS VERTENTES

Por qual razão homenagear Alexandre Wunderlich, o Xande?

Quem o conhece sabe que sua fidalguia é a primeira razão para se estar sempre a fazer loas a quem exala carinho a todos que o rodeiam. Sua natural compreensão do outro indica a humanidade que o caracteriza, de modo a o tornar um advogado de sucesso por se inserir com facilidade no drama do constituinte e um professor estimado pela identidade com o alunado jovem que o assiste.

Mas, esse espírito aberto ao próximo, amigo insuperável dos amigos, não o faz um nefelibata, a ficar pairando em sua bondade na esfera estratosférica, pois une a esse caráter humanitário um senso prático presente no advogado cuidadoso nos detalhes, organizado sobremaneira em seus arrazoados, e no ativista do direito penal, que com energia criou um instituto como o Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (ITEC) e editou uma revista da repercussão e importância da Revista de Estudos Criminais.

Mas sua dedicação à advocacia não se limitou a um exercício exemplar e ético da profissão, mas o levou a integrar o Conselho Estadual da Ordem no Rio Grande do Sul e o Conselho Federal, tendo, com grandes resultados, dirigido por quatro anos a Escola Superior da Advocacia (ESA), cuidando da formação do jovem advogado, questão primordial para a garantia de respeito e admiração presente e futura de nossa profissão.

Somos amigos, o que não me impede de, com distância necessária, poder manifestar o meu apreço intelectual por sua produção científica no Direito Penal e no Processo Penal, bem como na Criminologia.

Antes de o conhecer pessoalmente, conheci o seu texto primeiro a ganhar publicação versando sobre “Dolo eventual nos homicídios de trânsito: uma tentativa frustrada¹”.

Corria o ano de 1.998 e o jovem estudioso adentrou na delicada e complexa questão da diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente, em momento no qual havia clamor público exigindo maior punição aos acidentes fatais de trânsito. Recorrendo a vasta literatura estrangeira e nacional, examinava o já penalista as teorias da probabilidade e do consentimento, fazendo longo percurso pelas posições das doutrinas alemã, espanhola e brasileira, para concluir dever se adotar a teoria do consentimento, fazendo, contudo importante o alerta à indevida extensão do dolo eventual.

Wunderlich considera que para caracterizar o dolo eventual não basta o agente assumir o risco de produzir o resultado, sendo necessário o aspecto volitivo consistente na anuência ao advento do resultado, destacando que não se deve aceitar elasticidade no dolo eventual de forma a se ter um “dolo de borracha”, elástico, a ponto de se admitir ter ocorrido dolo eventual em colisão frontal, o que importa em aceitar a intenção suicida do agente, pois ao se considerar haver dolo em face de provável morte do motorista do carro vindo na direção contrária, obrigatoriamente, há de se entender que se concordava com a própria morte, o que seria dar demasiada elasticidade ao dolo eventual.

Assim, Wunderlich contesta o penalista argentino Zaffaroni, para o qual se caracteriza o dolo eventual com a mera aceitação da possibilidade do evento, sendo dispicienda a anuência ao resultado, a concordância com o mesmo.

Deve-se, a seu ver, repudiar a tendência de atender aos reclamos de maior repressão aos delitos de trânsito por via da ficção de ser o crime doloso, submetendo motoristas que agem com grave imprudência ao tribunal do júri, vistos como assassinos. Diz o homenageado que na sociedade da pressa, motorizada, pretende-se com pressa punir mais rigorosamente para atender aos reclamos sociais ao preço de se esgarçar a teoria do delito.

1. O dolo eventual nos homicídios de trânsito: uma tentativa frustrada. Revista dos Tribunais, v.754, p.461 - 479, São Paulo, 1998.

O Código de Trânsito Brasileiro, se não ampliou a admissão do dolo eventual nos crimes de circulação de veículos em vias terrestres, todavia, aumentou a pena do homicídio culposo, dobrando a pena mínima. Prevaleceu não a perspectiva do bem jurídico, vida, que é o mesmo atingido em desastre de automóveis como no entrechoque entre duas lanchas no mar.

Se um avião atropela alguém ao taxiar, ou seja, em via terrestre, no aeroporto, a pena deve ser de 2 a 4 anos de detenção; se ao cair, mata um passageiro a pena será de 1 a 3 anos de detenção. A intenção do legislador pode ter sido a ingênua pretensão de ter, com pena maior, maior efeito intimidativo; ou visou apenas a atender aos reclamos sociais, de punição mais grave. Wunderlich se arvora contra a essa ilusão penal, mas sem considerar, como STOCO, ser inconstitucional o art. 302 do Código de Trânsito ao cominar pena mais elevada ao homicídio culposo praticado em vias terrestres, com violação do princípio constitucional da isonomia.

Tinha razão Wunderlich ao contestar a tese da inconstitucionalidade do art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro, pois o legislador, diante da epidemia de acidentes fatais de trânsito, tomou, como medida de Política Criminal, endurecer a resposta penal no caso de homicídios por veículo a motor em vias terrestres, a mostrar a preocupação com os índices destes delitos, a exigir uma maior reprimenda. Se a medida é certa ou senão até mesmo ingênua, ao se esperar redução dos números de morte por acidente, é questão a ser debatida, mas sem importar em inconstitucionalidade do art. 302 do Código de Trânsito.

Em seu prognóstico, todavia, enganou-se WUNDERLICH ao imaginar que o tratamento mais rigoroso do homicídio culposo de trânsito terrestre poderia afastar a pretensão de tratar o acidente de trânsito com resultado morte igual à ação daquele que aplica um tiro na cabeça da vítima. Tal é patente diante do crescimento de enquadramento do acidente fatal, na hipótese de embriaguez ao volante, como homicídio doloso na forma de dolo eventual².

2. Vim a debater essa questão do dolo eventual ou culpa consciente no livro por mim coordenado *Direito Penal – Jurisprudência em debate*. 2ª.ed., Saraiva, São Paulo, 2017, p. 20 e seguintes.

Assim, passados quase vinte anos, cada vez mais se pretendeu ao longo do tempo dar elasticidade ao dolo eventual, não bastando o aumento em dobro da pena do homicídio culposo de trânsito.

Passando-se por cima do que ensina a doutrina sobre o “accertamento del dolo”, que exige uma complexa operação de análise dos dados concretos para se concluir pela anuência ou não em face do resultado, não passível de presunção, veio a se adotar o “dolo borracha” como dizia Wunderlich em 1.998, com manifesto abuso do poder de denunciar, impondo-se uma solução forçada para atender a reclamos sociais.

Não sendo eficaz o aumento em dobro da pena mínima do homicídio doloso por veículo automotor em vias terrestres, e em contrapartida sendo habitual recorrer-se de forma atécnica e injusta ao dolo eventual nos casos de acidente fatal com embriaguez ao volante, o legislador tomou medida intermediária, em 2.017, por meio da Lei n. 13.546, pela qual se criou a figura de crime qualificado pelo resultado.

Assim, acrescentaram-se parágrafos aos artigos 302 e 303 do Código de Trânsito com a forma qualificada do homicídio culposo e da lesão corporal culposa estando o agente em estado de embriaguez:

Art. 302

.....

“§ 3º Se o agente conduz veículo automotor sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas - reclusão, de cinco a oito anos, e suspensão ou proibição do direito de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor”.

Art. 303

.....

“§ 2º A pena privativa de liberdade é de reclusão de dois a cinco anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo, se o agente conduz o veículo com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, e se do crime resultar lesão corporal de natureza grave ou gravíssima”.

Esta a solução de política criminal adotada, recentemente, pelo legislador para fugir do “dolo borracha”, de modo a não se ferir a teoria

do delito, como bem acentuava Wunderlich, e também visando a responder a reclamos sociais de maior punição a fato revestido de grande perigo, em vista da alta probabilidade de se causar acidente ao se dirigir embriagado. Cabe, todavia, ainda desconfiar: estaria, mesmo, com os novos parágrafos afastado o “dolo borracha”?

O refinado penalista de 1.998, havia pouco saído dos bancos escolares, cursando diversas extensões universitárias, já demonstrava o potencial que o faria um dos nomes importantes do Direito Penal no Brasil, cujos trabalhos depois, principalmente, no campo do direito penal econômico o viriam a consagrar. E quase por fim, cabe lembrar a relevante tese de doutoramento, sobre tema atualíssimo em face do crescimento do terrorismo, pondo em confronto a garantia dos princípios democráticos e a necessária e segura defesa da democracia contra os ataques à normalidade institucional.

A sua tese de 2.016 tem por título “A Segurança Nacional e os Direitos Fundamentais: a reformulação conceitual do crime político e a defesa das Instituições Democráticas”, na qual enfrenta corajosamente este cotejo de bens - preservação dos direitos individuais e defesa da democracia contra o terrorismo - a demonstrar o amadurecimento do nosso homenageado que veio ao longo do tempo tendo grande produção de artigos e capítulos de livros, bem como realizando eventos e proferindo conferências.

Em dois trabalhos que coordenei, *Jurisprudência em Debate e Código Penal Comentado*³, a colaboração de Alexandre Wunderlich foi exemplar, cabendo-me novamente agradecer sua contribuição.

São, portanto, razões de admiração e afeto pela pessoa humana de Alexandre e o respeito pelo advogado combatente, líder da classe, pelo estudioso do direito e pelo ativista, fundador do IEC, Instituto de Estudos Culturalistas, e do ITEC que justificam a publicação deste livro que festeja a existência de um personagem muito especial no nosso convívio, dotado de muitas vertentes, mas sendo sua humanidade um fato incomparável.

3. *Direito Penal - Jurisprudência Em Debate*, coordenador REALE JÚNIOR, Miguel, 2ª. ed. Saraiva, São Paulo, 2017; *Código Penal Comentado*, coordenador REALE Júnior, Miguel, São Paulo, Saraiva, 2.018.