

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
CAMPUS MARABÁ
FACULDADE DE DIREITO

THIAGO DE SIMONE SANT'ANNA

**AS CONTROVÉRSIAS ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DO CRIME DE
EMBRIAGUEZ AO VOLANTE A PARTIR DA “NOVA LEI SECA” E AS
ALTERAÇÕES POR ELA PROMOVIDAS**

MARABÁ
2013

THIAGO DE SIMONE SANT'ANNA

**AS CONTROVÉRSIAS ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DO CRIME DE
EMBRIAGUEZ AO VOLANTE A PARTIR DA “NOVA LEI SECA” E AS
ALTERAÇÕES POR ELA PROMOVIDAS**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado a UFPA – Campus
Marabá, como parte dos requisitos
para a obtenção do grau de Bacharel
em Direito.

Orientadora: Prof^ª. MSc. Rejane
Pessoa de Lima

MARABÁ

2013

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

Biblioteca I da UNIFESSPA. CAMAR. Marabá. PA

Sant'Anna, Thiago de Simone

As controvérsias acerca da natureza jurídica do crime de embriaguez ao volante a partir da “nova lei seca” e as alterações por ela promovidas / Thiago de Simone Sant'Anna ; orientadora, Rejane Pessoa de Lima. — 2013.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Campus Universitário de Marabá, Instituto de Estudos em Direito e Sociedade, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Marabá, 2013.

THIAGO DE SIMONE SANT'ANNA

**AS CONTROVÉRSIAS ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DO CRIME DE
EMBRIAGUEZ AO VOLANTE A PARTIR DA “NOVA LEI SECA” E AS
ALTERAÇÕES POR ELA PROMOVIDAS**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado a UFPA – Campus
Marabá, como parte dos requisitos
para a obtenção do grau de Bacharel
em Direito.

Orientadora: Prof^ª. MSc. Rejane
Pessoa de Lima

O aluno foi aprovado com conceito: _____

Data da aprovação: _____

Orientadora

Prof^ª. MSc. Rejane Pessoa de Lima

Instituição: Universidade Federal do Pará

Examinador

Prof. MSc. Marco Alexandre da Costa Rosário

Instituição: Universidade Federal do Pará

MARABÁ

2013

Este trabalho é dedicado aos meus pais, por terem sempre compreendido e apoiado minhas escolhas ao longo da vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por permitir minha existência.

À minha família, por ser minha base; em especial aos meus pais, Verony de Simone Sant'Anna e Ailton Mair Peçanha de Sant'Anna, responsáveis por minha educação e formação do meu caráter, por todo o apoio, carinho e orientação prestados, inclusive nos momentos mais difíceis.

À administração da 3ª Delegacia (Marabá) da 19ª Superintendência de Polícia Rodoviária Federal – PA/AP, por flexibilizar meu horário de trabalho, contribuindo sobremaneira para a tão almejada conclusão deste curso; bem como aos colegas/amigos aqui lotados ou que por aqui já passaram, pela verdadeira família que nos tornamos.

Aos professores do curso de Direito, especialmente a: Poliana Rocha Portela, pela dedicação e orientações iniciais; Rejane Pessoa de Lima, pelo indispensável auxílio prestado nesta última etapa; Jorge Luís Ribeiro dos Santos, que, ao provocar um produtivo debate em sala de aula, tornou-se o responsável por minha escolha ao tema do presente trabalho; e Marco Alexandre da Costa Rosário, pela autenticidade de sua pessoa.

Aos professores do curso de Direito da Universidade Candido Mendes – Campus Méier, no Rio de Janeiro, por também terem participado decisivamente da minha formação acadêmica.

À Jeffrey Ross Hyman (*in memoriam*), John Cummings (*in memoriam*), Douglas Colvin (*in memoriam*), Thomas Erdelyi e Marc Bell, que, por terem criado e desenvolvido um estilo musical próprio e cativante, muito já acrescentaram e acrescentarão em minha vida.

Aos amigos da Turma Direito 2009, por terem me recebido tão bem, apesar de meu ingresso tardio neste maravilhoso grupo; pelo companheirismo fundado; por terem me ajudado quando precisei; pelas conversas; pelas trocas de experiências; pelas boas risadas que me proporcionaram; por terem tornado minhas tardes em Marabá extremamente agradáveis ao longo dos dois últimos anos.

**“Vencer sem lutar é triunfar sem
glória”.**

Anônimo

RESUMO

O presente trabalho buscou contribuir teoricamente para o tema da embriaguez ao volante no Brasil, contendo um estudo da evolução do tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico pátrio à referida conduta, realizado por meio de pesquisas bibliográficas, incluindo doutrinas e jurisprudência, bem como através de consultas e análises da legislação referente ao tema, desde o Código de Trânsito Brasileiro original de 1997, passando pela Lei nº 11.705/2008 (a primeira “Lei Seca”), até as últimas modificações, promovidas pela Lei nº 12.760/2012 (a “Nova Lei Seca”). A entrada em vigor deste último diploma, porém, além de punir com maior rigor a correspondente infração administrativa, causou certas divergências doutrinárias principalmente no que tange ao crime de embriaguez ao volante e têm provocado debates acerca da natureza jurídica deste delito. Desta forma, a pesquisa teve o fim de compreender a gênese, conteúdo e objetivos da “Nova Lei Seca”.

Palavras-chave: lei seca; lei 12.760/12; embriaguez; trânsito; infração; crime; natureza jurídica.

ABSTRACT

The present work aimed to theoretically contribute to the issue of drunk driving in Brazil, containing a study of the evolution of the treatment by the national legal system to that conduct, conducted through literature searches, including doctrines and jurisprudence, as well as through consultation and analyzes of legislation on the topic, since the original Brazilian Traffic Code 1997, through Law No. 11,705/2008 (the first "Dry Law") to the latest modifications introduced by Law No. 12,760/2012 (the "New Dry Law"). The entry into force of that diploma, however, besides more rigorously punish the corresponding administrative offense caused certain doctrinal divergences especially in regard to the crime of drunk driving and have provoked debates about the legal nature of this crime. Thus, the research was to understand the genesis, content and objectives of the "New Dry Law".

Keywords: dry law; law 12,760/12; drunkenness; transit; offense; crime; legal nature.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	16
1.1 A origem da expressão “Lei Seca”.....	16
1.2 As “Leis Secas” no Brasil.....	17
2 ASPECTOS PENAIS DA EMBRIAGUEZ AO VOLANTE ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI n° 12.760/2012.....	19
2.1 Bem jurídico tutelado.....	19
2.2 Breve histórico anterior da estrutura jurídica do crime de embriaguez ao volante.....	21
2.2.1 A redação original do art. 306 do CTB – Lei n° 9.503/1997.....	22
2.2.2 A entrada em vigor da Lei n° 11.705/2008.....	24
2.2.2.1 Ebriedade causada pelo álcool.....	27
2.2.2.2 Ebriedade causada por outras substâncias.....	33

2.3 A natureza jurídica do teste do etilômetro.....	34
2.4 Os crimes de perigo abstrato e a Constituição.....	36
3 A “NOVA LEI SECA” (LEI nº 12.760/2012) E SEUS IMPACTOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	42
3.1 A nova redação do art. 306 do CTB dada pela Lei nº 12.760/2012 – a “Nova Lei Seca”.....	42
3.2 Tendências teóricas para a legitimação dos delitos de perigo abstrato.....	43
3.2.1 Delito de perigo abstrato como delito de perigo formal.....	43
3.2.2 Delito de perigo abstrato como delito de perigosidade concreta.....	44
3.2.3 Delito de perigo abstrato como delito de perigo geral.....	44
3.2.4 Delito de perigo abstrato como delito de potencial perigo.....	45
3.2.5 Delito de perigo abstrato como delito de perigosidade real.....	46
3.2.6 Nossa posição.....	47
3.3 Estrutura jurídica do “novo” crime de embriaguez ao volante e aspectos administrativos.....	48
4 À GUIA DE CONCLUSÃO.....	58

REFERÊNCIAS.....	63
------------------	----

APÊNDICE.....	65
---------------	----

INTRODUÇÃO

É sabido que um imenso número de pessoas são vítimas de acidentes automobilísticos todos os dias no Brasil. Muitas delas ficam feridas – leve ou gravemente –, e outras muitas perdem a vida. Dados estatísticos apontam que a bebida alcoólica assume participação de destaque em grande quantidade de eventos trágicos nas vias terrestres do país, contribuindo efetivamente para o aumento da violência no trânsito: famílias são destruídas; sonhos deixam de ser realizados; planos não se concretizam; vidas são interrompidas.

De igual forma, é de conhecimento geral que álcool e direção formam uma perigosa mistura. Além de sofrimento e dor para muitas famílias, os acidentes também geram despesas para os cofres públicos. Altas somas são gastas pelos entes federativos para prestar assistência aos acidentados e seus familiares. São importâncias que poderiam ser investidas em outros setores como moradia, educação, segurança pública, enfim, verbas que poderiam ser utilizadas para melhorias na qualidade de vida da população como um todo.

As consequências dessa modalidade de violência não param por aí. Os vitimados em acidentes de trânsito comumente ocupam grande parte dos leitos dos hospitais públicos e necessitam do emprego de materiais e recursos humanos (médicos e demais profissionais da saúde) para o seu socorro e reabilitação, influenciando diretamente na qualidade do atendimento hospitalar a outros contribuintes necessitados.

Além disso, há outro aspecto relevante a ser comentado: se o acidentado ficar inapto temporariamente para o trabalho, tal fato, dependendo do período de tempo que perdurar, afetará diretamente a previdência social, que deverá passar a conceder o benefício do auxílio-doença ao referido cidadão. Trará maiores consequências ainda à previdência se do acidente resultar a incapacidade permanente da vítima que, via de regra, passará a fazer jus ao benefício da aposentadoria por invalidez. Tudo isso, vale lembrar,

decorrente de acidentes que poderiam ser evitados se não houvesse o prévio consumo de álcool ou outras substâncias psicoativas por parte de pelo menos um dos envolvidos.

Há diversas formas de prevenir e combater este mal: campanhas publicitárias de conscientização; aulas teóricas em cursos de formação de condutores (autoescolas) que abordam o tema; palestras educativas em comunidades, colégios e universidades; fiscalizações de trânsito mais frequentes e estratégicas e, no campo da repreensão, contamos com a legislação, principalmente. Destarte, vejamos o que a legislação pátria tem feito para combater este mal.

A redação original do Código de Trânsito Brasileiro – datada de 1997, Lei nº 9.503 – com relação à embriaguez ao volante não produziu grandes resultados práticos; em verdade, pelo contrário, era dotada de tamanha ineficácia que gerava grande sensação de impunidade, uma vez que saltava aos olhos o fato de o tipo penal (art. 306) carecer de técnica e, na esfera administrativa, a consumação da respectiva infração (art. 165) depender quase que exclusivamente da colaboração do motorista, esbarrando, pois, no princípio da não autoincriminação, consagrado pela Constituição da República de 1988.

Diante deste panorama, a sociedade não podia mais suportar um triste quadro que só se agravava com o tempo e com o aumento da frota do país – corroborado por incentivos governamentais como a redução ou isenção de IPI para a compra de carros novos –, e passou a clamar, com o apoio da mídia, por mudanças no tratamento para com a embriaguez ao volante, de forma a tornar nossa legislação mais enérgica e eficaz, que fosse capaz de provocar resultados positivos e práticos.

Nesse cenário surgiu a (primeira) “Lei Seca” – Lei nº 11.705 –, em 19 de junho de 2008, que trouxe significativas mudanças, alterando “a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que ‘institui o Código de Trânsito Brasileiro’, e a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996 – que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas,

medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do §4º do art. 220 da Constituição Federal – para inibir o consumo de bebida alcoólica por condutor de veículo automotor”, e dando outras providências. Com ela verificou-se que, como ocorre em outros países, nosso legislador também recorreu ao Direito Penal com o intento de reduzir a quantidade de vítimas fatais em virtude de sinistros provocados por condutores sob a influência de álcool ou drogas. Em linhas gerais, o crime do art. 306, antes interpretado como de perigo concreto, passava então a ser visto como crime de perigo abstrato, ou seja, passava-se a exigir menos do motorista para que o mesmo sofresse a *persecutio criminis* do Estado. Cabe ressaltar que, embora mais severo, também faltou certo aprimoramento técnico no então novo texto legal, pois que deixou brecha para a impunidade, tocando no mesmo ponto do dispositivo anterior, qual seja, o princípio da não autoincriminação.

Recentemente, talvez na tentativa de reparar as imperfeições da Lei de 2008 que ainda traziam como consequência a impunidade, o legislador fez surgir a “Nova Lei Seca” – Lei nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012 –, a qual deu nova redação ao art. 306 do CTB e alterou também o art. 165, que majorou a penalidade pecuniária administrativa. Ressalte-se que o texto normativo restou complementado pela Resolução nº 432 do Conselho Nacional de Trânsito - CONTRAN, de 23 de janeiro de 2013, e trouxe como principal inovação a instituição da chamada “tolerância zero”. Parece-nos que mais uma vez o legislador pátrio recorreu ao Direito Penal para reduzir os números da violência no trânsito, tornando o Brasil, agora, um dos países com a legislação mais severa com relação ao tema da embriaguez ao volante.

O presente trabalho gira justamente em torno desta caminhada do tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico brasileiro para com a embriaguez ao volante, chegando às últimas alterações – as promovidas pela Lei nº 12.760/12 –, as quais vêm dividindo opiniões e provocando controvérsias no universo jurídico. Abordaremos, sobretudo, seu aspecto material penal, porém sem desprezar o aspecto administrativo, pois indispensável que é a realização de um estudo integrado para que melhor compreendamos o

assunto, visando despertar o senso crítico dos acadêmicos de Direito e da sociedade em geral.

CAPÍTULO 1

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

1.1 A origem da expressão “Lei Seca”

A expressão “Lei Seca” nasceu nos Estados Unidos e se tornou conhecida mundialmente a partir da edição da 18ª Emenda à Constituição do país, em 16 de janeiro de 1919, que ocorreu durante o segundo mandato do 28º presidente americano, Woodrow Wilson. Referida lei entrou em vigor precisamente um ano depois, em 16 de janeiro de 1920, sendo também conhecida como *The Noble Experiment*, e tendo servido para identificar o período de 1920 – quando passou a ter aplicação prática – a 1933, e determinava a proibição, a fabricação, o comércio, o transporte, a exportação e a importação de bebidas alcoólicas em âmbito nacional¹.

A medida indubitavelmente teve grande repercussão nacional e internacional e, a título de curiosidade, durante sua vigência, a mesma teve seu cumprimento amplamente burlado pelo contrabando e pela fabricação clandestina, o que acabou impulsionando a atuação da máfia e o enriquecimento dos gângsteres do ramo, sendo Al Capone o personagem de mais destaque da época, por ter liderado o comércio ilegal de bebidas alcoólicas em Chicago.

A Lei Seca, como já mencionado, foi abolida no dia 5 de dezembro de 1933 por meio da 21ª Emenda à Constituição, durante o primeiro mandato do presidente Franklin Roosevelt.

A partir dos acontecimentos narrados, qualquer medida restritiva tomada pelo Estado, ainda que em abrangência bem menor, com relação à

¹ Disponível em: <<http://www.historiadomundo.com.br/idade-contemporanea/lei-seca.htm>>. Acesso em: 9 ago. 2013.

comercialização e ao consumo de bebidas alcoólicas vem sendo cognominada de “Lei Seca”.

1.2 As “Leis Secas” no Brasil

No Brasil, no tocante ao trânsito, que é sobre o que trata o nosso trabalho – não obstante a expressão ser também empregada para designar a conhecida restrição alcoólica que acontece em períodos eleitorais –, a primeira “Lei Seca” a ser assim conhecida foi a Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008, que trouxe medidas mais enérgicas a serem empregadas no combate ao binômio álcool-direção.

Esta lei visava proibir, na faixa de domínio de rodovia federal ou terrenos contíguos à faixa de domínio com acesso direto à rodovia, a venda varejista ou o oferecimento de bebidas alcoólicas para consumo no local, conforme expresso na redação do seu art. 2º.

O diploma trouxe, ainda, modificações importantes (a serem estudadas ao longo do trabalho) nas infrações administrativa e penal, além de ter inserido o “teste do bafômetro” – ou “etilômetro”², mais tecnicamente falando – em nossa realidade prática. Essa lei foi publicada na época em que no Estado do Rio de Janeiro as blitzes³ policiais específicas para fiscalização de alcoolemia ganharam a nomenclatura, hoje oficialmente empregada pelo Governo daquele Estado, de “Operação Lei Seca”.

Conforme será abordado mais adiante em capítulo específico, esta lei, no entanto, apesar de dura, continha, como se poderá visualizar, algumas falhas em seu texto. Ocorre que o cidadão brasileiro – e isto, com efeito, é uma tendência contemporânea de escala mundial – vem tendo a cada

² Etilômetro (popularmente conhecido por “bafômetro”) é o aparelho destinado à medição do teor alcoólico no ar alveolar.

³ Em alemão, o substantivo *Blitz* não é do gênero feminino, mas do masculino, e como todo substantivo dessa língua, é escrito com a primeira letra maiúscula. Em alemão, o plural de substantivos masculinos terminados em -tz é “-e”, exceto quando tal palavra está no caso dativo (“... ao blitz ...”), onde seu plural se dá com a terminação “-en”. Logo, o plural de “Blitz” pode ser “Blitze” ou “Blitzen”. Porém, no português, ficou consagrado o plural adaptado “blitzes”, já reconhecido em dicionários e mais adequado às regras de plural de nosso idioma. Disponível em: <<http://pt.wiktionary.org/wiki/blitz>>. Acesso em: 9 ago. 2013.

dia mais acesso aos mais variados meios de comunicação, assim como à troca de informações, demonstrando que a mídia e, principalmente, a internet possuem um papel importante neste desenvolvimento, uma vez que possibilita àquele maior proximidade e consciência de seus direitos. Tal fato nos leva a perceber que a lei de 2008 abriu espaço para a impunidade. Em outras palavras, vislumbra-se que somente era punido criminalmente “quem queria”.

Observa-se que o legislador brasileiro, talvez ainda não satisfeito com seus resultados práticos, quiçá reconhecendo algumas imperfeições do texto legal do diploma em comento, endureceu ainda mais o tratamento para com a embriaguez ao volante, e por este motivo editou a Lei nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012, que promoveu outras significativas alterações – as quais serão estudadas ao longo desta pesquisa. Ressalta-se que esta lei foi complementada cerca de um mês depois, através da Resolução nº 432 do CONTRAN, de 23 de janeiro de 2013 e, por tratar do mesmo tema, ficou conhecida no Brasil, inclusive no universo jurídico, como “Nova Lei Seca”.

CAPÍTULO 2

ASPECTOS PENAIS DA EMBRIAGUEZ AO VOLANTE ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI n° 12.760/2012

2.1 Bem jurídico tutelado

O delito previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro – CTB – é, indubitavelmente, um dos que mais têm provocado debates na doutrina penal, principalmente em razão das duas alterações legais que acompanhamos nos últimos anos. Nosso estudo dos aspectos legais da referida norma tem início com um assunto que ainda gera controvérsias também de ordem prática no Direito brasileiro, qual seja, o bem jurídico tutelado.

Os magistrados, por ocasião da interpretação dos tipos penais, têm como uma de suas tarefas analisar qual bem jurídico – se individual ou coletivo – o legislador pretendeu proteger com a norma penal por ele editada. Há certos entendimentos acerca do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro no sentido de que este contempla um bem jurídico coletivo representado pela incolumidade pública – no tocante à segurança no trânsito –, o que alguns preferem denominar de segurança viária, como é possível observar nos precedentes a seguir, com grifos nossos:

“O crime do art. 306 do Código de Trânsito, com a redação da Lei n. 11.705/2008, é de perigo abstrato [...] Presume-se o perigo à *segurança viária* e à *incolumidade pública*” (TJES, 2ª C. Crim., Apelação Criminal 24080260987, rel. Des. José Vivas, DJ 13-7-2012).

“[...] Se o teste de alcoolemia realizado com o etilômetro ocorreu dentro do prazo de validade de aferição do aparelho pelo Inmetro, não há que se questionar sobre a confiabilidade ou a validade do resultado do exame a indicar que o agente, na data dos fatos, não apenas superou o limite de álcool no sangue especificado na Lei como ainda conduziu veículo embriagado e demonstrou concretamente trazer risco à *segurança viária*” (TJDFT, 1ª C. Crim., Apelação Criminal 20080410078516, rel. Des. Luciano Vasconcellos, DJ 24-5-2010).

[...] Segundo o princípio da ofensividade, não basta praticar o ato descrito na norma penal, é necessário também ofender o bem jurídico tutelado pela norma, que no caso da embriaguez ao volante é a *segurança viária* [...]” (TJBA, 1ª C. Crim., Recurso Criminal 0154343-2/2009, rel. Des. Abelardo Virgínio de Carvalho, j. 9-11-2010)

“No crime de que se cuida não há ofensa a bens jurídicos individuais. Sujeito passivo da infração é a *incolumidade pública*, o que leva à conclusão de que se cuida de ação penal pública incondicionada, em que o Ministério Público encontra-se legitimado ativamente, sem depender da vontade do lesado, uma vez que não há pessoa determinada” (TJSP, 11ª C. Crim., Recurso Criminal 1.102.786-3/2, rel. Des. Ubiratan de Arruda, j. 29-6-2007).

Segundo tais entendimentos, portanto, à referida norma penal caberia proteger um bem jurídico supraindividual, cuja titularidade pertenceria à coletividade. Ocorre que se assim fosse verificar-se-ia um problema relacionado à essência do conceito de bem jurídico, que deve estar fundamentado em base realista, deve ser algo verdadeiramente real e subsistente. Nosso Código Penal vai nesse sentido, a ser percebido pela divisão adotada em sua parte especial.

Tendo em vista tais considerações, não se pode ter por algo real, enquanto bem jurídico, tanto a incolumidade pública quanto a segurança viária. O mais prudente, a nosso sentir, seria encarar a preservação de tais institutos como princípios, objetivos do CTB. Assim sendo, quando se fala em bens jurídicos, nesse caso, mais correto, *data venia*, seria dizer que os resguardados pela norma penal em tela são a vida, a integridade física e/ou o patrimônio de um número indeterminado de pessoas, isto é, daqueles que participam do tráfego urbano. A condução segura e a segurança viária são interesses intermediários ou instrumentais⁴, que servem de critérios para aferir o perigo ao qual os bens jurídicos individuais (vida, integridade física, etc.) podem se expor diante de uma conduta lesiva – ainda que potencialmente. O Supremo Tribunal Federal recentemente fez uma delimitação com relação à objetividade jurídica da infração:

“*Habeas corpus*. Penal. Delito de embriaguez ao volante. Art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Alegação de inconstitucionalidade do

⁴ GANZENMÜLLER et al 1997, p.44 *apud* GOMES; BEM, 2013, p.127.

referido tipo penal por tratar-se de crime de perigo abstrato. Improcedência. Ordem denegada. [...] Na espécie, a proibição da conduta pela qual o paciente foi condenado objetiva, especialmente, combater e prevenir a ocorrência de delitos de trânsito que possam colocar em risco a incolumidade física ou até mesmo a vida dos indivíduos da coletividade ou provocar danos patrimoniais [...]” (STF, Habeas Corpus 109.269/MG, 2ª T., rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 27-9-2011)

Acerca do tema, sintetiza Leonardo Schmitt de Bem:

“A *incolumidade pública* nada mais é do que um bem jurídico fictício, devendo a tutela penal recair sobre o sujeito individual ou seu patrimônio, contudo sobre um número indeterminado deles. O bem jurídico protegido, ademais, deve ser uma realidade distinta da finalidade legislativa, isto é, da intenção de alcançar o trânsito em condições seguras. Quanto mais é desrespeitado o princípio da segurança do trânsito, menos protegidos estão os bens jurídicos. Por isso, segundo Paolo Veneziani, o trânsito em condições seguras é apenas um ‘princípio geral claramente funcional’.”⁵

Portanto, é de se concluir que a tipificação penal do crime de embriaguez ao volante dispensa a precisa identificação dos titulares individuais do(s) bem(ns) jurídicos ameaçados, pois o que se tem previsto no art. 306 do CTB é um risco para uma coletividade de terceiros indeterminados.

2.2 Breve histórico anterior da estrutura jurídica do crime de embriaguez ao volante

Com relação aos sinistros de trânsito causados pelo consumo de álcool e/ou drogas que vitimam fatalmente grande número de pessoas todos os anos percebe-se que, buscando diminuir tais índices, nosso legislador, como em outros países, também recorreu ao Direito Penal. Tendo em vista a significativa probabilidade de acidentes derivados da combinação álcool e direção, se mostra inegável a intenção de punir por parte do legislador, até mesmo como forma de prevenção, ou seja, um texto legal mais severo seria uma maneira de desencorajar o motorista de veículo a praticar tal conduta.

⁵ GOMES; BEM, 2013, p. 22-23.

Tal assertiva se confirma pela análise das alterações na redação, ao longo dos anos, do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Vale dizer que o referido dispositivo teve sua estrutura jurídica modificada em cada uma delas. Outro fato que não se pode ignorar é o de que a infração administrativa da embriaguez ao volante (art. 165, CTB) também sofreu significativas modificações desde sua redação original.

Conforme expusemos no item anterior, definido o bem jurídico tutelado penalmente pelo art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, a tarefa agora – que cabe principalmente ao legislador – é descobrir a melhor forma de protegê-lo.

2.2.1 A redação original do art. 306 do CTB – Lei nº 9.503/1997

O texto original do CTB trazia a seguinte redação para o art. 306: “conduzir veículo automotor⁶, na via⁷ pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem. Penas – detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.”. Diante disso, os juízes tinham o dever de analisar minuciosamente cada caso, uma vez que o elemento objetivo do tipo comportava a expressão “expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”, a qual indica que se tratava de um crime de *perigo concreto*, o que significa dizer que se fazia necessária a prova do perigo para que a conduta praticada fosse caracterizada como crime.

Sendo assim, muitas das vezes demonstrar judicialmente o perigo em cada caso concreto não era uma tarefa fácil, tendo em vista que na denúncia era preciso expor os sinais, diante das circunstâncias em que a

⁶ Veículo automotor: todo veículo a motor de propulsão que circule por seus próprios meios, e que serve normalmente para o transporte viário de pessoas e coisas, ou para a tração viária de veículos utilizados para o transporte de pessoas e coisas. O termo compreende os veículos conectados a uma linha elétrica e que não circulam sobre trilhos (ônibus elétrico). Lei nº 9.503/97, Anexo I – Dos conceitos e das definições.

⁷ Via: superfície por onde transitam veículos, pessoas e animais, compreendendo a pista, a calçada, o acostamento, ilha e canteiro central. Lei nº 9.503/97, Anexo I – Dos conceitos e das definições.

conduta fora praticada, que evidenciassem no mínimo uma ameaça ao bem jurídico de outrem. Nesse sentido, seguem os precedentes:

“Apelação criminal. Crime de trânsito (art. 306 do CTB). Recurso visando a absolvição, uma vez que a prova colhida nos autos cinge-se ao depoimento dos policiais militares que promoveram o exame pericial do bafômetro. Absolvição impossível. Condenação mantida. Motorista que conduzia veículo embriagado. Perda do controle do automotor e colisão com uma moto. Infração do art. 306 da Lei de Trânsito Brasileira. Autoria e materialidade comprovadas. Exposição da incolumidade alheia a dano potencial demonstrada. Recurso improvido” (TJPE, 2ª C. Crim., Apelação Criminal 117.088-7, rela. Desa. Heloísa Reis, j. 16-3-2005).

“Apelação criminal. Crime de trânsito. Embriaguez. Perigo concreto indemonstrado. Absolvição. Para a caracterização do delito não é suficiente a comprovação tão só da embriaguez ao volante, exige-se, também, a verificação de alguma condução anormal do automotor, porque se trata de infração de perigo concreto. Não obstante envolvido em acidente de trânsito, não existindo nos autos elemento que evidencie a culpa do réu, a manutenção da absolvição é o corolário legal” (TJRS, 8ª C. Crim., Apelação Criminal 700.038.804-57, rel. Des. Roque Miguel Frank, j. 19-6-2002).

“Crimes de trânsito. Excesso de velocidade. Embriaguez ao volante. Delito de perigo concreto. Provas. Sem a prova do excesso de velocidade e de perigo concreto de dano à incolumidade pública, não há de falar nem no tipo descrito no art. 306 nem no do art. 311 do CTB, o que impossibilita sustentar uma condenação” (TAMG, 2ª C. Crim., Apelação Criminal 352.417-4, rel. Juiz Erony da Silva, j. 30-4-2000).

Pelo exposto, diante dessas não raras dificuldades em colher elementos probatórios consistentes para que fosse demonstrado em juízo o perigo concreto expresso no tipo penal, era praticamente unanimidade na doutrina que o dispositivo original do CTB era portador de grande ineficácia, carecendo, portanto, de técnica legislativa.

Indo além, cabe observar que, analisando-se mais cuidadosamente o elemento objetivo do tipo, surgia um problema ainda maior, uma vez que se verifica que, conforme a exigência expressa da comprovação do “dano potencial a incolumidade de outrem” (entenda-se: a incolumidade de outra pessoa), era obrigação da acusação indicar na denúncia quem era esse “outrem”, já que o dispositivo não fazia referência à incolumidade pública.

Desta forma, em 1997 a embriaguez ao volante estava contemplada num tipo penal de *perigo concreto* determinado (ou direto), que, por sua vez, exigia a indicação concreta de pessoa (vítima, sujeito passivo) exposta à situação de perigo gerada pela conduta, o que corrobora a assertiva dos juristas de que esta era uma norma de elevada ineficácia, conforme comentado na introdução deste trabalho.

2.2.2 A entrada em vigor da Lei nº 11.705/2008

Diante de tal quadro, o legislador endureceu o tratamento para com o crime de embriaguez ao volante no ano de 2008, quando mudanças de relevo foram operadas pela Lei nº 11.705 – inclusive na seara administrativa, na qual as alterações representaram maior impacto prático, motivo pelo qual esta ficou conhecida como “Lei Seca”.

Preliminarmente, é interessante comentarmos alguns pontos relacionados a este aspecto administrativo. Destaca-se que o texto do art. 165 do CTB (que prevê a respectiva infração administrativa)⁸, não sofreu grandes modificações, tendo sido apenas lapidado pelo legislador, à proporção que foi empregado o termo “qualquer outra substância psicoativa que determine dependência”, mais abrangente. Incluiu-se também como penalidade a suspensão do direito de dirigir pelo prazo *fixo* de 12 meses – o que foi mantido até hoje, mesmo após a entrada em vigor da Lei nº 12.760/2012. Este ponto é um tanto controverso, em razão de que pode haver alegação de inconstitucionalidade, pelo fato de o prazo de 12 meses ser fixo, sem previsão de balizas mínima e máxima, impossibilitando uma proporcionalidade e individualização na imposição da referida sanção – por exemplo, um indivíduo que ingeriu duas latas de cerveja será punido da com a mesma severidade que outro completamente embriagado, que mal consegue permanecer de pé ou até mesmo articular palavras.

⁸ Art. 165, CTB (com a redação dada pela Lei nº 11.705/2008): Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: Infração - gravíssima; Penalidade - multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses; Medida Administrativa - retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação.

A mudança mais significativa trazida por esta lei foi a “tolerância zero” no âmbito administrativo. A partir de então, se o motorista fosse flagrado dirigindo com qualquer concentração de álcool por litro de sangue, o mesmo estava sujeito às penalidades administrativas do Código de Trânsito Brasileiro, ressalvadas as margens de tolerância (2 decigramas de álcool por litro de sangue, no caso de exame toxicológico; e 0,1 miligrama de álcool por litro de ar alveolar, no caso de teste do etilômetro) em conformidade com o Decreto nº 6.488/2008.

A primeira “Lei Seca” também acrescentou um §3º ao art. 277 do CTB, o qual determina que o condutor que se negar a colaborar com os testes e exames previstos no *caput* será penalizado com as sanções previstas para a infração administrativa do art. 165 do mesmo diploma. Ocorre que, desta maneira, o legislador praticamente obrigou o condutor a se submeter aos testes e/ou exames de aferição da alcoolemia, sob pena de sofrer as mesmas sanções como se embriagado estivesse, isto é, a negativa de realização dos respectivos testes e/ou exames foi equiparada à infração do art. 165. Ao estabelecer isto – esta coação inconstitucional –, o legislador ignorou o princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*)⁹, bem como o

⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não auto-incriminação*: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. Disponível em: <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-auto-incriminacao-significado-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia>>. Acesso em: 20 set. 2013, leciona que “[...] O privilégio ou princípio (a garantia) da não auto-incriminação (*Nemo tenetur se detegere* ou *Nemo tenetur se ipsum accusare* ou *Nemo tenetur se ipsum prodere*) significa que ninguém é obrigado a se auto-incriminar ou a produzir prova contra si mesmo (nem o suspeito ou indiciado, nem o acusado, nem a testemunha etc.). Nenhum indivíduo pode ser obrigado, por qualquer autoridade ou mesmo por um particular, a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação ou declaração ou dado ou objeto ou prova que o incrimine direta ou indiretamente.

Qualquer tipo de prova contra o réu que dependa (ativamente) dele só vale se o ato for levado a cabo de forma voluntária e consciente. São intoleráveis a fraude, a coação, física ou moral, a pressão, os artificialismos etc. Nada disso é válido para a obtenção da prova. A garantia de não declarar contra si mesmo (que está contida no art. 14.3, g, do PIDCP, assim como no art. 8º, 2, g, da CADH) tem significado amplo. O não declarar deve ser entendido como qualquer tipo de manifestação (ativa) do agente, seja oral, documental, material etc. [...]

Conteúdo: o direito de não auto-incriminação (que faz parte da autodefesa, como estamos vendo) possui várias dimensões: (1) direito ao silêncio, (2) direito de não colaborar com a investigação ou a instrução criminal; (3) direito de não declarar contra si mesmo, (4) direito de não confessar, (5) direito de declarar o inverídico, sem prejudicar terceiros, (6) direito de não apresentar provas que prejudique sua situação jurídica. A essas seis dimensões temos que agregar uma sétima, que consiste no direito de não produzir ou de não contribuir ativamente para a produção de provas contra si mesmo. Esse genérico direito se triparte no (7) direito de não praticar nenhum comportamento ativo que lhe comprometa, (8) direito de não participar ativamente de procedimentos probatórios incriminatórios e (9) direito de não ceder seu corpo (total ou parcialmente) para a produção de prova incriminatória.

Base jurídica: todas essas dimensões estão previstas tanto no direito interno como no direito internacional. Alguns aspectos acham-se expressamente previstos na [Constituição \(CF\)](#),

princípio da presunção de inocência, e esta previsão legal vem sofrendo as críticas da doutrina, ao ser confrontado com os princípios constitucionais e diplomas internacionais que versam sobre direitos humanos e garantias individuais de que o Brasil é signatário. Portanto, presumir que o condutor está embriagado se este se negar a colaborar para aferir sua taxa de alcoolemia (que é o que faz o art. 277, §3º) consiste numa verdadeira inversão de valores. Apesar do explanado, o dispositivo sob comento não sofreu alteração nem mesmo com a entrada em vigor da Lei nº 12.760/2012 – a “Nova Lei Seca”.

Passados os pontos administrativos de maior relevância, analisemos agora o aspecto penal da embriaguez ao volante. Com a entrada em vigor da primeira “Lei Seca” o art. 306 do CTB passou a apresentar a seguinte redação: “conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência. Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo”.

Embora o legislador não tenha alterado a pena prevista para o crime em destaque, da análise do novo dispositivo pode-se concluir que foram levadas a efeito profundas alterações que, inclusive, mudaram a natureza do tipo penal.

A então nova redação, pois, passou a considerar crime a conduta de conduzir veículo automotor, na via pública, em duas situações: a) estando com a concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 decigramas; e b) estando sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência.

2.2.2.1 Ebriedade causada pelo álcool

art. 5º, inc. LXIII número 1 supra), enquanto outros na CADH (art. 8º, 2, g) e no PIDCP (art. 14, 3, g) números 3 e 4 supra. Os demais aspectos substanciais do princípio (da garantia) da não auto-incriminação vem sendo reconhecidos pela jurisprudência brasileira (cf. especialmente o STF, HC 96.219-SP, rel. Min. Celso de Mello), como emanações naturais dos enunciados formais. Explicitamente, como se vê, três dimensões estão contempladas. As demais são implícitas”.

Num primeiro exame, no que concerne ao consumo de álcool, tem-se que anteriormente a lei era mais aberta, genérica, à medida que incriminava a direção “sob a influência de álcool”, sem delimitar grau específico de concentração desta substância no organismo. Porém, a partir desta primeira “Lei Seca”, passou-se a exigir, para que o crime restasse consumado, o índice mínimo de 6 decigramas de álcool por litro de sangue.

Antes do diploma de 2008, o entendimento majoritário da doutrina era no sentido de que, em razão do silêncio do tipo penal de 1997 acerca da concentração de álcool no organismo, a análise deveria ser casuística, devendo-se aferir se a quantidade de álcool ingerida pelo infrator fora suficiente para alterar-lhe o funcionamento do sistema nervoso, de maneira a reduzir suas funções motoras e perceptivas, gerando perigo na condução de veículos automotores.

Pois bem. Da leitura do artigo verifica-se que a Lei nº 11.705/2008 passou a não exigir mais a ameaça real de perigo ao bem jurídico no tipo penal. Sob a égide do referido diploma não restava dúvida de que tão somente a concentração de álcool prevista – aferida através de exames e testes legalmente previstos – ensejaria a responsabilização criminal. Passou a ser prescindível a constatação da efetiva embriaguez ou geração de perigo, as quais eram presumidas se a concentração mínima de álcool prevista pelo texto legal fosse atingida. Apesar do exposto, houve quem continuasse a entender ser o crime de embriaguez ao volante de *perigo concreto*:

“Apelação criminal. Embriaguez ao volante (art. 306 do CTB). Absolvição sumária. Pleito ministerial de reforma da sentença. Prosseguimento da persecução penal. Impossibilidade. Edição da Lei n. 11.705/08. Nova interpretação do delito de embriaguez ao volante. Falta de elementar objetiva do tipo. Necessidade de demonstração do risco da conduta. Materialidade comprovada. Exame do bafômetro. Autoria inconclusa. Agente dormindo no interior do veículo estacionado. Absolvição mantida. Recurso desprovido. Com a Lei n 11.705/08, não basta o agente estar alcoolizado, sendo necessária a comprovação de que o agente, estando sob a influência da bebida, pratique uma direção anormal do veículo, colocando em risco concreto o bem jurídico coletivo, a segurança viária, ainda que nenhuma pessoa tenha sofrido o perigo. Apesar de provada a materialidade delitiva, a autoria não restou devidamente evidenciada, vez que o apelado fora encontrado dormindo no interior de seu

veículo estacionado, devendo-se reconhecer que não há provas seguras de que ele conduziu seu carro em via pública, sob o efeito de álcool. Recurso criminal a que se nega provimento” (TJES, 1ª C. Crim., Apelação Criminal 11100122602, rel. Des. Sérgio Bizzotto Pessoa Mendonça, DJ 21-6-2012).

“Apelação criminal. Crime de trânsito. Pretensão do agente à absolvição. Inviabilidade. Autoria e materialidade demonstradas e que corroboram a confissão havida. Agente que conduzia veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool, expondo a dano potencial a incolumidade pública. Recurso defensivo improvido” (TJSP, 5ª C. Crim., Apelação Criminal 0012331-27.2009.8.26.0510, de Rio Claro, rel. Des. Sérgio Rui, j 29-9-2011).

[...] Criminal. *Habeas corpus*. Embriaguez ao volante. Art. 306 do Código de Trânsito brasileiro. Delito de perigo concreto de dano. Realização de exame bafômetro. Prescindibilidade de exame pericial específico. Ordem denegada. O crime de embriaguez ao volante é delito de perigo concreto indeterminado, e não de perigo abstrato. Não basta o ato de dirigir embriagado, devendo haver prova de que a conduta se revelou perigosa para terceiros, mesmo que considerados indeterminadamente. Ausente o dano potencial à coletividade, o fato será atípico penalmente, apenas, subsistindo a responsabilidade administrativa, para a qual o perigo é abstrato. Faz-se necessária a comprovação da existência de potencialidade lesiva concreta [...]” (STJ, Habeas Corpus 158.311/RS, 5ª T. rel. Min. Gilson Dipp, DJ 18-10-2010).

“Processual penal. Apelação criminal. Condução de veículo automotor sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos. Suficiente a influência do álcool [...] necessário que o motorista exponha a dano potencial a incolumidade de outrem, da forma como ocorreu. Recurso conhecido e improvido” (TJCE, 1ª C. Crim., Apelação Criminal 18621200780600711, rel. Des. Haroldo Correia, DJ 6-10-2009).

“Crime de embriaguez ao volante. Crime de perigo concreto indeterminado previsto no art. 306 da Lei n. 9.503/97. Denúncia inepta que não descreve o comportamento anormal do condutor do veículo. A configuração do delito exige o risco concreto para a segurança viária. Elemento indispensável para indicar o bem juridicamente tutelado [...]” (TJRJ, 4ª C. Crim., Habeas corpus 0026350-74.2010.8.19.0000, rel. Desa. Maria Kayat, j. 3-8-2010).

Não obstante uma parte dos operadores do Direito entenderem conforme os julgados acima, a maioria dos juízes entendia o crime previsto no art. 306 do CTB, no que diz respeito à embriaguez alcoólica, com a redação dada pela Lei nº 11.705/2008, como crime de *perigo abstrato*, que tutelava bens jurídicos individuais. Nesse sentido:

“Código de Trânsito Brasileiro. Art. 306 da Lei 9.503/97. Motorista que dirigia veículo embriagado. Prova segura. Dosagem alcoólica por exame de sangue. Desnecessidade de demonstração do perigo concreto para caracterização do crime” (TJSP, 16ª C. Crim., Apelação Criminal 0004702-58.2009.8.26.0168, rel. Des. Newton Neves, j. 11-9-2012).

“Apelação crime. Delito de trânsito. Embriaguez ao volante. Art. 306 CTB. Crime de perigo abstrato. Autoria e materialidade comprovadas a partir do teste do etilômetro e confissão do réu. O delito previsto no art. 306, CTB, é um crime de perigo abstrato, que independe de um resultado lesivo. Precedentes do STJ” (TJRS, 3ª C. Crim., Apelação Criminal 70045290822, rela. Desa. Catarina Rita Krieger Martins, j. 9-8-2012).

“Apelação criminal. Trânsito. Embriaguez ao volante (art. 306). Autoria e materialidade comprovadas. Teste de alcoolemia. Taxa superior à permitida. Absolvição pleiteada. Crime de perigo abstrato. Condenação que se impõe. Incorre nas penas do art. 306 da Lei n. 9.503/97 aquele que dirige sob a influência de álcool, trafegando em via pública. Trata-se de crime de perigo abstrato, em que não se exige o evento naturalístico do dano” (TJPB, C. Crim., Apelação Criminal 00120100043965001, rel. Des. João da Silva, j. 8-5-2012).

“Apelação criminal. Artigo 306 do Código de Trânsito. Pedidos de absolvição. Alegação de falta de prova do risco de dano. Basta a condução do veículo automotor nas condições trazidas pelo art. 306 para a caracterização do delito. Desnecessária a exposição a dano potencial. Condenação mantida” (TJAL, C. Crim., Apelação Criminal 2011.008422-0, rel. Des. Otávio Praxedes, j. 2-5-2012)

[...] O delito de embriaguez ao conduzir veículo automotor em via pública, capitulado no art. 306, *caput*, do Código de Trânsito Nacional, com a redação dada pela Lei n. 11.705/2008, é de *perigo abstrato*. Suficiente, para a sua caracterização, que o motorista seja flagrado na direção de veículo automotor após ingestão de bebida alcoólica em quantidade superior ao limite permitido por lei. Os crimes de perigo abstrato têm precisamente esse escopo, afastando-se da concepção dualista da norma penal de maneira a exigir apenas o desvalor da conduta do agente, sem levar em conta necessariamente o desvalor do resultado” (TDDFT, 2ª T. Crim., Apelação 20090310321037, rel. Des. Alfeu Machado, DJ 23-2-2011).

[...] O crime definido no art. 306 da Lei n. 9.503/97 é classificado como de perigo abstrato ou presumido, o qual resulta da própria ação ou omissão, ou seja, é presumido por força de lei, daí a desnecessidade de mencionar-se eventual manobra irregular na condução do veículo de modo a causar perigo concreto a alguém” (TJRJ, 1ª C. Crim., Habeas Corpus 0028680-44.2010.8.19.0000, rel. Des. Ricardo Bustamante, j. 21-7-2010).

“*Habeas Corpus*. Ação penal. Trancamento. Embriaguez ao volante. Ausência de exame de alcoolemia. Aferição da dosagem que deve ser superior a seis decigramas. Necessidade. Elementar do tipo. [...]

2. Com o advento da referida lei, inseriu-se a quantidade mínima exigível e excluiu-se a necessidade de exposição de dano potencial [...] Ordem concedida” (STJ, Habeas Corpus 166.377/SP, 6ª T., rel. Min. Og Fernandes, DJ 1º-7-2010).

Essa alteração do texto legal no ano de 2008 veio acompanhada de grande entusiasmo por parte do legislador, tendo em vista que com a entrada em vigor da lei em tela – mais enérgica, em razão da conversão da infração, antes de perigo concreto, em infração de perigo abstrato – esperava-se significativos avanços no que diz respeito ao combate à embriaguez ao volante, e inclusive esse furor gerou grande repercussão midiática. Em outros termos, naquele período a expectativa tomou conta da sociedade em geral. O comentário geral era que a impunidade, nesses casos, estava com os dias contados.

Entretanto, todo o alarde que se seguiu à inserção da primeira “Lei Seca” no universo jurídico não prosperou muito, uma vez que a norma veio dotada de certa deficiência prática na seara penal. Explicamos.

A partir desta alteração no texto legal, só poderia ser preso em flagrante o cidadão que colaborasse com a produção de provas, ou seja, só era preso quem quisesse, pois ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo, isto é, não se pode ignorar o princípio constitucional da não autoincriminação.

Destarte, o teste por aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro, ou bafômetro) e/ou o exame químico-toxicológico de sangue – capazes de determinar com segurança a taxa de alcoolemia –, cujas respectivas equivalências estão previstas no art. 2º, incisos I e II, do Decreto nº 6.488/2008¹⁰, nos termos do antigo parágrafo único¹¹ do art. 306 do CTB, só poderiam ser realizados se o agente livremente decidisse colaborar. Quando o mesmo se negasse, a prova simplesmente seria impossível, em razão de o índice de alcoolemia vir expresso no texto legal, o que significa dizer que a

¹⁰ As equivalências estabelecidas pelo Decreto nº 6.488/2008 são as seguintes: a) para o exame de sangue: 6 dg de álcool por litro de sangue; b) para o teste de etilômetro: 0,3 mg de álcool por litro de ar expelido pelos pulmões. Estas mesmas equivalências, a partir do surgimento da Lei nº 12.760/2012, passaram a compor o §1º do art. 306 do CTB.

¹¹ O emprego da palavra “antigo”, antecedente a “parágrafo único”, se justifica pelo fato de que a Lei nº 11.705/2008 incluiu um parágrafo único ao art. 306 do CTB. O mesmo deixou de existir por ocasião da entrada em vigor da Lei nº 12.760/2012, da qual se falará mais adiante neste trabalho.

concentração de 6 decigramas de álcool por litro de sangue era elementar do tipo.

Após este estudo fica evidenciado o grave problema de funcionalidade da redação do art. 306 dada pela Lei nº 11.705/2008 no que concerne à prisão em flagrante, uma vez que esta só poderia ocorrer em uma única hipótese: se o suspeito realizasse o teste do etilômetro, por este ser o único meio capaz de fornecer o resultado imediatamente.

Ora, o outro meio probatório elencado pela lei é o exame de sangue. Portanto, no caso da coleta de sangue para exame químico-toxicológico – com a anuência do agente, por óbvio –, é de conhecimento geral que o resultado não é imediato, tendo em vista que demanda procedimentos laboratoriais. Um laudo desta natureza leva dias para ser concluído, por vezes sendo necessário aguardar meses para se ter acesso ao resultado.

Uma alternativa para uma maior eficácia do art. 306 na vigência da lei de 2008 seria equipar todas as unidades policiais operacionais com etilômetros. Uma outra seria o melhor aparelhamento dos IMLs, com maiores investimentos em recursos materiais e humanos, de modo a permitir que os exames fossem feitos no ato e os resultados obtidos imediatamente – ou dentro de alguns minutos, o que também seria razoável para se efetuar uma prisão em flagrante –, o que não aconteceu. Ainda assim, mesmo se houvesse todo este investimento estatal, a prisão em flagrante só poderia ocorrer com a boa vontade e colaboração do suspeito devido à forma com que foi escrito o texto legal – de maneira a não ferir o princípio da não autoincriminação, como já mencionado.

Esta lei anterior não previa a possibilidade da realização de um exame clínico, por exemplo, feito por um médico para constatar a ebriedade. Em outras palavras, o cidadão poderia ser abordado enquanto dirigisse seu carro, ou até mesmo em razão de ter se envolvido em acidente, num estado de torpor tão intenso, com evidentes sinais de embriaguez até para um leigo, que só iria preso se concordasse em soprar o bafômetro.

Segundo Eduardo Luiz Santos Cabette, dentre outras,

“Houve algumas tentativas absurdas de salvar ou consertar os erros do legislador na redação dada ao artigo 306, CTB pela Lei 11.705/08, tais como, por exemplo, o esdrúxulo Parecer da Advocacia Geral da União (Parecer n. 121/2009/AGU/CONJUR/DPRF/MJ)¹² em que se advogava a tese da obrigatoriedade do teste do etilômetro, negando a existência e a necessidade de respeito ao direito de não produzir prova contra si mesmo em solo brasileiro!”¹³

Prossegue o autor:

“Não obstante, prevaleceu o bom senso. Os tribunais pátrios reconheceram que com a redação dada pela Lei 11.705/08 a dosagem alcoólica de 0,6 g/l ou 0,3 mg/l no exame toxicológico e no exame de etilômetro, respectivamente, constituíam ‘elemento do tipo penal’, devendo necessariamente ser comprovados (v.g. TJRS, Apelação Criminal, 1ª Câmara Criminal, n. 70025336835, Comarca de Porto Alegre, Rel. Des. Marco Antonio Ribeiro de Oliveira). Mas, essa comprovação não poderia ser feita aviltando e violentando a norma constitucional, internacional e principiológica do ‘nemo tenetur se detegere’. Paradigmático o ‘decisum’ proferido pelo STJ no Recurso Especial n. 1111566 em que, com sapiência, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura afirmou que ‘se o tipo penal é fechado e exige determinada quantidade de álcool no sangue, a menos que mude a lei, o juiz não pode afirmar sua convicção infringindo o que diz a lei’. Vale ainda salientar a manifestação contundente e escorreita do Ministro Adilson Macabu: ‘Se a norma é deficiente, a culpa não é do judiciário’¹⁴. ”¹⁵

Não foi feliz, portanto, o legislador ao substituir a “influência do álcool”, de 1997, unicamente pela concentração mínima de 6 dg/l de álcool. Uma alteração legal era necessária e urgente nesse aspecto.

2.2.2.2 Ebriedade causada por outras substâncias

Passada a análise da redação dada pela Lei nº 11.705/2008 e seu impacto no universo jurídico no que diz respeito à embriaguez etílica, estudaremos agora a segunda parte do art. 306 do CTB, que trata da

¹² Inteiro teor disponível em: < <http://conjur.com.br/dl/parecer-agu-etilometro.pdf>> Acesso em: 03 out. 2013.

¹³ CABETTE, 2013, p.35.

¹⁴ STJ – O Tribunal da Cidadania. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/objeto/texto/impressao.wsp?tmp.estilo=&tmp.area=398&tmp.texto=105218>, *apud* CABETTE, 2013, p. 36.

¹⁵ CABETTE, 2013, p. 35-36.

ebriedade provocada pelo uso de outras substâncias capazes de alterar o psiquismo, a coordenação e a percepção de um ser humano, podendo ensejar também a responsabilização criminal daquele que dirigir sob a influência destas.

A redação original do Código de Trânsito Brasileiro de 1997 mencionava “substância de efeitos análogos” ao álcool, expressão que a primeira “Lei Seca” substituiu por “qualquer outra substância psicoativa que determine dependência”, mantendo a “influência” destas substâncias em ambas as redações.

Observa-se que a nova expressão é bem abrangente, e comporta tanto as drogas lícitas quanto as ilícitas capazes de alterar o psiquismo (reflexo, coordenação, percepção, reação, atenção, etc.), não estabelecendo o legislador, ao contrário do que fez com o álcool, concentração mínima no organismo para que a pessoa esteja sujeita à persecução penal. Aliás, este é ponto importantíssimo. Sendo assim, o critério da “influência” é mais elástico. É de se dizer que, com isso, evitou o legislador uma série de dificuldades funcionais como ocorreu no caso do álcool. Portanto, no caso das outras substâncias psicoativas bastará, por exemplo, o exame clínico, que poderá ser complementado por exames toxicológicos, mas não necessariamente. Destarte, durante a vigência da Lei nº 11.705/2008 a formação de indícios mínimos e a produção de prova, para efeito de caracterizar-se o estado de flagrância, era mais simples nos casos de outras substâncias psicoativas do que no caso do álcool.

Como mencionado no subitem anterior, o diploma de 2008 eliminou do tipo penal a comprovação do perigo de dano casuisticamente, uma vez que o texto legal era “conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”, o qual passara a ser “conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência”. Isso nos leva a concluir que, nas hipóteses de ingestão de outras substâncias psicoativas,

bastava provar que o suspeito dirigia sob sua influência para que o crime do art. 306 estivesse consumado. Somente isso.

Assim, não era necessário em nenhuma das hipóteses previstas (álcool ou outras substâncias psicoativas), sob a égide da Lei nº 11.705/2008, ser demonstrada uma condução anormal do veículo por parte do suspeito, ou outros sinais, tendo em vista que o perigo se deduzia da concentração de álcool prevista (como estudado anteriormente) e/ou da mera influência de outra substância psicoativa, o que fez com que o tipo penal à época fosse de *perigo abstrato*.

2.3 A natureza jurídica do teste do etilômetro

No item anterior falou-se muito a respeito do teste do etilômetro, uma novidade trazida pela lei de 2008. Este procedimento foi muito contestado por uma parcela dos operadores do Direito, sendo tema de debates, além de, principalmente no início da vigência da Lei nº 11.705, ter sua legitimidade bastante impugnada. Portanto, antes de darmos prosseguimento ao nosso estudo, se mostra oportuno que façamos uma consideração importante e pertinente com relação à natureza jurídica do teste do etilômetro.

Pois bem. O referido teste é um procedimento previsto legalmente (art. 277, CTB c/c art.1º, §3º e art. 2º, II, do Decreto nº 6.488/2008 e art. 306, I e §§2º e 3º, CTB, com a nova redação dada pela Lei 12.760/2012 – a qual, repita-se, estudaremos mais adiante neste trabalho –, bem como artigos 3º, III; 4º; 6º, II e 8º, III, da Resolução do CONTRAN nº 432/2013), no qual um aparelho homologado pelo CONTRAN faz a medição exata do teor alcoólico no organismo de uma pessoa, sem a necessidade de seu operador deter conhecimentos técnicos especializados – uma vez que o resultado é exibido no *display*, bastando apenas que se faça a leitura –, ao contrário de um exame clínico ou toxicológico.

Sobre os diferentes meios probatórios admitidos, caracteriza-se a prova pericial pela indispensabilidade de que quem a produza seja detentor de

conhecimentos técnicos, científicos, práticos ou artísticos especiais. Mittermaier ensina que

“tem lugar o exame de peritos sempre que se apresentarem na causa criminal questões importantes, cuja solução, para poder convencer o juiz, exija o exame de homens, que tenham conhecimento e aptidão técnicos e especiais”.¹⁶

Desta feita, parece claro que os exames clínico e químico-toxicológico de sangue são verdadeiras perícias, tendo em vista que para efetuá-los é necessário deter conhecimentos específicos. Não é qualquer pessoa que está apta a realizar tais procedimentos.

Já com relação ao etilômetro, este qualquer pessoa alfabetizada e com alguns conhecimentos de matemática que tenha um treinamento básico pode operá-lo sem maiores dificuldades, bastando pressionar alguns botões e fazer a leitura do resultado na tela, pois o trabalho de obter a concentração de álcool no organismo – o mais complexo, o qual, se feito pelo homem, demandaria conhecimentos especiais apurados – é feito automaticamente pelo aparelho. Ao operador, portanto, cabe apenas comparar o resultado exibido com o índice legal estabelecido (levando em consideração as margens de tolerância) para verificar se este foi ou não atingido, caracterizando-se ou não o crime ou a infração administrativa.

Vale mencionar que o etilômetro teve sua eficiência cientificamente demonstrada e aceita. Acrescenta-se que os respectivos aparelhos devem ser inspecionados e calibrados frequentemente pelas instituições competentes, a fim de se manter a fidelidade dos resultados apresentados.

Diante do exposto, por conseguinte, tem o teste do etilômetro a natureza de *prova documental*¹⁷ (não havendo que se falar em perícia), motivo pelo qual ao longo deste trabalho, propositalmente, refere-se à prova obtida

¹⁶ MITTERMAIER, 1997, p.151 *apud* CABETTE, 2013, p.37.

¹⁷ Diversos Tribunais já firmaram esse posicionamento. Por exemplo, o Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação nº 990.09.215399-4, Comarca de Bauru, 9ª Câmara Criminal, rel. Des. Roberto Midolla, 10-12-2009.

pelo etilômetro com o uso da palavra “teste”, e usa-se “exame” para fazer referência à prova obtida através da pesquisa químico-toxicológica.

Com a entrada em vigor da primeira “Lei Seca”, havia aqueles que insistiam em dizer que quando a lei falava em concentração de álcool por litro de sangue, somente o exame toxicológico de sangue seria apto a impedir a direção, não obstante as considerações acerca das previsões do teste de etilômetro feitas inicialmente neste item.

Por derradeiro, com o advento da Lei 12.760/2012, a legislação passou a ser expressa e indubitosa: o etilômetro é prova documental, hábil à aferição que pode sujeitar o condutor às penalidades do art. 165 e 306 do CTB.

2.4 Os crimes de perigo abstrato e a Constituição

Fernando Capez classifica como crimes de perigo aqueles que

“para a consumação, basta a possibilidade do dano, ou seja, a exposição do bem a perigo de dano (crime de periclitación da vida ou saúde de outrem – art. 132 do CP). Subdivide-se em: a) *crime de perigo concreto*, quando a realização do tipo exige a existência de uma situação de efetivo perigo; b) *crime de perigo abstrato*, no qual a situação de perigo é presumida, como no caso da quadrilha ou bando, em que se pune o agente mesmo que não tenha chegado a cometer nenhum crime [...]”¹⁸ (grifos nossos)

No âmbito do Direito Penal, existe o princípio da ofensividade (ou lesividade), que, em linhas gerais, significa que “não há crime quando a conduta não tiver oferecido ao menos um perigo concreto, real, efetivo e comprovado de lesão ao bem jurídico”¹⁹.

Fernando Capez prossegue com sua explanação acerca do assunto, cabendo a reprodução, por sua excelência:

¹⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1, p. 263.

¹⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1, p. 22.

“A punição de uma agressão em sua fase ainda embrionária, embora aparentemente útil do ponto de vista da defesa social, representa ameaça à proteção do indivíduo contra uma ação demasiadamente intervencionista do Estado.

Como ensina Luiz Flávio Gomes, ‘princípio do fato não permite que o direito penal se ocupe das intenções e pensamentos das pessoas, do seu modo de viver ou de pensar, das suas atitudes internas (enquanto não exteriorizada a conduta delitiva)...’²⁰.

A atuação repressivo-penal pressupõe que haja um efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, isto é, o surgimento de, pelo menos, um real perigo ao bem jurídico.

O princípio da ofensividade considera inconstitucionais todos os chamados ‘delitos de perigo abstrato’, pois, segundo ele, não há crime sem comprovada lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico. Não se confunde com princípio da exclusiva proteção do bem jurídico, segundo o qual o direito não pode defender valores meramente morais, éticos ou religiosos, mas tão-somente os bens fundamentais para a convivência e o desenvolvimento social. Na ofensividade, somente se considera a existência de uma infração penal quando houver efetiva lesão ou real perigo de lesão ao bem jurídico. No primeiro, há uma limitação quanto aos interesses que podem ser tutelados pelo Direito Penal; no segundo, só se considera existente o delito quando o interesse já selecionado sofrer um ataque ou perigo efetivo, real e concreto. [...]

A função principal da ofensividade é a de limitar a pretensão punitiva estatal, de maneira que não pode haver proibição penal sem um conteúdo ofensivo a bens jurídicos.

O legislador deve se abster de formular descrições incapazes de lesar, ou, pelo menos, colocar em real perigo o interesse tutelado pela norma. Caso isto ocorra, o tipo deverá ser excluído do ordenamento jurídico por incompatibilidade vertical com o Texto Constitucional.

Toda norma penal em cujo teor não se vislumbrar um bem jurídico claramente definido e dotado de um mínimo de relevância social, será considerada nula e materialmente inconstitucional. [...]

Em vista disso, somente restará justificada a intervenção do Direito Penal quando houver um ataque capaz de colocar em concreto e efetivo perigo um bem jurídico. [...]

Sem afetar o bem jurídico, não existe infração penal.

Trata-se de princípio ainda em discussão no Brasil.

*Entendemos que subsiste a possibilidade de tipificação dos crimes de perigo abstrato em nosso ordenamento legal, como legítima estratégia de defesa do bem jurídico contra agressões em seu estágio ainda embrionário, reprimindo-se a conduta, antes que ela venha a produzir um perigo concreto ou um dano efetivo. Trata-se de cautela reveladora de zelo do Estado em proteger adequadamente certos interesses. Eventuais excessos podem, no entanto, ser corrigidos pela aplicação do princípio da proporcionalidade”.*²¹ (grifos nossos)

²⁰ GOMES, 2002, p. 41, *apud* CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1, p. 23.

²¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1, p. 22-24.

Entende-se o posicionamento daqueles que repudiam a propagação dos crimes de perigo abstrato, sendo aquele justificável uma vez que estes trazem consigo o risco de uma possível banalização do Direito Penal, segundo a qual o Estado interviria sobremaneira na liberdade e dignidade humanas, exercendo um controle excessivo sobre o comportamento social.

É inegável que a criação arbitrária, pelo legislador, de tipos penais que não lesam nem geram perigo a bens jurídicos é inadmissível – pois contribuiria para o desnecessário agigantamento do Direito Penal, como mencionado acima. No entanto, há de se concordar que há condutas que, por si só, já representam perigo a bens jurídicos, dispensando a análise caso a caso por sua notoriedade. Uma delas, a nosso ver, é a de dirigir sob efeito de álcool ou substâncias psicoativas.

Nas palavras de Eduardo Luiz Santos Cabette:

“Comprovada a embriaguez ao volante, é ainda necessário provar que havia perigo concreto? Esse perigo é *fato notório*, comprovado estatisticamente pelos milhares de casos de acidentes de trânsito, com prejuízos para a vida, à integridade física, à saúde e ao patrimônio de uma infinidade de pessoas.”²²

De acordo com a redação dada pela Lei nº 11.705/2008, a pessoa que fosse flagrada dirigindo, ainda que normalmente, mas sob efeito de álcool e em concentração superior à prevista pelo art. 306 do CTB, incidia na prática criminosa. Como estudado em item anterior, o crime se perfazia somente pela condução nas condições descritas no tipo penal²³.

Embora parte da doutrina brasileira – Damásio de Jesus, por exemplo – defenda a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato²⁴, o Supremo Tribunal Federal recentemente declarou a constitucionalidade do delito do art. 306 do CTB, quando ainda vigorava a Lei nº 11.705/2008:

²² CABETTE, 2013, p. 47.

²³ Neste sentido: MARCÃO, Renato. Embriaguez ao volante, exames de alcoolemia e teste do bafômetro. Uma análise do novo art. 306, caput, da Lei nº 9503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11454/embriaguez-ao-volante-exames-de-alcoolemia-e-teste-do-bafometro>>. Acesso em: 05 out. 2013. “O crime, agora, é de *perigo abstrato*; presumido”.

²⁴ JESUS, 2000, p. 2 e ss, *apud* GOMES; BEM, 2013, p. 36.

“*Habeas corpus*. Penal. Delito de embriaguez ao volante. Art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Alegação de inconstitucionalidade do referido tipo penal por tratar-se de crime de crime de perigo abstrato. Ordem denegada.” (STF, Habeas Corpus 109.269/MG, 2ª T., rel Min. Ricardo Lewandowski, DJE 11-10-2011).

Fernando Capez, em outra obra de sua autoria, volta a tecer comentários acerca do princípio da ofensividade ou lesividade, estabelecendo uma relação entre este e a admissão dos chamados crimes de perigo abstrato por nosso ordenamento jurídico, desta vez citando especificamente o art. 306 com o texto modificado pela primeira “Lei Seca”:

“Em suma, entendemos que a ofensividade ou lesividade é um princípio que deve ser aceito, por se tratar de princípio constitucional do direito penal, diretamente derivado do princípio da dignidade humana (CF, art. 1º, III). Sua aplicação, no entanto, não pode ter o condão de abolir totalmente os chamados crimes de perigo abstrato, mas, tão somente, temperar o rigor de uma presunção absoluta e inflexível. A ofensividade deve ser empregada para afastar as hipóteses de crime impossível, em que o comportamento humano jamais poderá levar o bem jurídico, a lesão ou a exposição a risco de lesão. E, certamente, não é essa situação de crime impossível que ocorre, com relação ao perigo provocado por aquele que dirige automotores sob efeito de álcool ou drogas no trânsito viário.

Conclui-se, portanto, que em face da redação, dada pela Lei 11.705/2008, que excluiu a exigência literal da produção de “dano potencial” à incolumidade de outrem, o crime de embriaguez ao volante passou a se configurar pela mera conduta de dirigir veículo automotor na via pública nas condições descritas no tipo penal, o que o torna um *crime de perigo abstrato*, utilizando-se essa terminologia por tratar-se daquela que melhor descreve o tratamento que deve ser dado ao caso. Entretanto, não se trata propriamente de presumir um perigo, mas de reconhecer a situação clara e evidente de perigo que constitui a direção sob efeito de álcool ou de substâncias psicoativas, fruto da experiência cotidiana do trânsito, de critérios científicos e das estatísticas contundentes sobre acidentes de trânsito. Talvez, uma melhor designação seja como um ‘crime de perigo notório, evidente ou patente’.

A opção legislativa em estudo não viola o Princípio da Ofensividade, porque trilha o estreito caminho reservado ao perigo abstrato no Direito Penal Moderno, apenas reconhecendo o óbvio fato de que dirigir automotores na via pública, sob efeito de drogas ou álcool, é uma conduta intrinsecamente perigosa, a qual não demanda maiores perquirições. Comprovar o perigo de tal conduta – casuisticamente – seria exigir a demonstração do evidente, do manifesto, do patente, o que, quando não reflete obtusidade, só pode alimentar o cinismo.

Afinal, a própria lei e o bom senso nos apontam que ‘não dependem de prova os fatos notórios’²⁵.

Cabe consignar que, durante a vigência do referido diploma legal, tanto a doutrina quanto a jurisprudência posicionaram-se majoritariamente no sentido de o crime de embriaguez ao volante ser de perigo abstrato, conforme mencionado em estudo anterior.

Por derradeiro, quanto à inconstitucionalidade/constitucionalidade destes tipos de crime, tanto diversos Tribunais Estaduais quanto o Supremo Tribunal Federal – a quem cabe a última palavra com relação a esta espécie de questionamento –, entendeu pela admissibilidade dos mesmos no ordenamento jurídico pátrio:

“Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações, que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. *A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc.* Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional.” (STF, Habeas Corpus 104.410/RS, 2ª T., rel. Min. Gilmar Mendes, j. 06-03-2012). (grifo nosso)

²⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: legislação penal especial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v.4, p. 325.

CAPÍTULO 3

A “NOVA LEI SECA” (LEI n° 12.760/2012) E SEUS IMPACTOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

3.1 A nova redação do art. 306 do CTB dada pela Lei n° 12.760/2012 – a “Nova Lei Seca”

Após as indispensáveis análises acerca da evolução do tratamento jurídico dispensado ao crime de embriaguez ao volante ao longo dos anos por nosso ordenamento, bem como dos aspectos a ela relacionados – de fundamental importância para os tópicos que se seguem –, passaremos agora a estudar a “Nova Lei Seca” e suas implicações.

Vimos que a primeira “Lei Seca” – de 2008 – veio acompanhada por notória falta de técnica em seu texto, o que provocou grandes problemas funcionais. Assim, quatro anos depois, o legislador procurou corrigir as falhas da infeliz dicção do art. 306 dada pela Lei n° 11.705.

Com entrada em vigor da Lei n° 12.760/2012, portanto, o art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro foi alterado para:

“Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:

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

§1° As condutas previstas no caput serão constatadas por:

I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.

§ 2° A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.

§ 3º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.”

Não obstante as penas previstas para a referida infração penal terem permanecido as mesmas, alterações significativas foram trazidas por este novo diploma, as quais são temas de discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

3.2 Tendências teóricas para a legitimação dos delitos de perigo abstrato

Antes de passarmos ao exame mais detalhado de seus aspectos legais, é interessante que vejamos algumas considerações. Da leitura do novo dispositivo, podemos inferir que, no que concerne à embriaguez causada pelo álcool (art. 306, §1º, I, CTB), o delito continua sendo de *perigo abstrato* (conforme analisaremos adiante), inobstante posições em contrário como a de alguns doutrinadores pátrios – como Luiz Flávio Gomes – que consideram inconstitucional tal modalidade de infração penal.

Leonardo Schmitt de Bem²⁶, acerca do assunto, apresenta um estudo interessante de maneira a avaliar o aspecto relacionado à legitimidade da infração, apresentando cinco tendências teóricas de legitimação desta modalidade delituosa, das quais analisaremos os principais argumentos.

3.2.1 Delito de perigo abstrato como delito de perigo formal

Em resumo, esta teoria entende a infração do art. 306 do CTB como um delito de perigo abstrato por se tratar, do mesmo modo, de um delito formal. Isto quer dizer que é desnecessário um exame de cada caso concreto

²⁶ GOMES; BEM, 2013, p. 39 e ss.

com vistas a verificar a efetiva violação de algum bem jurídico, ou seja, pune-se pela desobediência à norma de cuidado.

Esta corrente afirma que há, com efeito, condutas que já trazem em si, independentemente de maiores pesquisas, um perigo à coletividade; que o referido perigo que advém dessas condutas é de notório conhecimento.

3.2.2 Delito de perigo abstrato como delito de perigosidade²⁷ concreta

Hirsch e Wohlers²⁸ definem estes delitos como os tipos penais que proíbem “condutas cuja perigosidade reside em que conduzem a situações não mais controláveis pelo autor e que, por essa razão, podem acarretar como consequência um perigo concreto aos correspondentes objetos jurídicos que entrem em seu âmbito de atuação”.

Esta doutrina é originária da Alemanha e, em termos práticos, significa que, numa perspectiva anterior ao evento – e não *ex post*, como nos crimes de perigo concreto – mesmo se o agente dirigir após a ingestão de álcool em concentração prevista no art. 306, §1º, I, CTB e/ou drogas, o que a novel lei proíbe, se nenhum bem jurídico ingressar na “área de influência” da conduta, não haveria conduta concretamente perigosa.

3.2.3 Delito de perigo abstrato como delito de perigo geral

Tal doutrina baseia-se em dados estatísticos (a partir de um juízo de probabilidade estatística), referindo-se a condutas de massa nas quais se exige uma padronização comportamental para evitar-se a realização tipicamente penal. O trânsito seguro estaria incluído nesse rol, logo, buscar-se-

²⁷ Apesar da estranheza que o termo “perigosidade” possa causar – talvez “periculosidade” fosse o mais adequado –, aquele foi o utilizado pelo autor em sua doutrina, motivo pelo qual será empregado no presente trabalho, com o objetivo de manter a originalidade de sua obra.

²⁸ HIRSCH; WOHLERS, 2007, *apud* GOMES; BEM, p. 41.

ia uma padronização de comportamento na condução de veículos, abarcando a embriaguez ao volante como conduta a ser evitada.

Figueiredo Dias²⁹ aduz que não se deve no âmbito do Direito penal judicial, não obstante tenha o legislador presumido irrefragavelmente o perigo, porque sua possibilidade é grande, próxima ou provável, deixar de considerar os casos em que excepcionalmente o perigo não existe.

Complementa Leonardo Schmitt de Bem, no sentido de que para que fosse admitida esta teoria no Brasil, especificamente para o crime de embriaguez ao volante, o artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro deveria prever uma concentração de álcool capaz de afetar a capacidade psicomotora de *qualquer pessoa*:

“Agora em análise particular, entendemos que se poderia falar de ‘padronização de comportamentos’ se o CTB previsse uma taxa de concentração etílica no organismo humano que, desconsiderando todos os outros fatores concorrentes, a partir dela fosse possível afirmar sem qualquer dúvida que o álcool influencia indiscutivelmente na condução do veículo por qualquer pessoa.”³⁰

3.2.4 Delito de perigo abstrato como delito de potencial perigo

Fato relevante dessa construção é o de limitar o tipo penal objetivo pela criação de um risco proibido nos moldes da teoria da imputação objetiva. Sendo assim, a condução anormal de veículo automotor em razão da influência de álcool ou outra substância psicoativa, nos termos da nova redação do art. 306 do CTB, deve ser considerada – numa perspectiva *ex ante* – como a criação de risco proibido para os bens jurídicos individuais tutelados pela norma penal; assim haverá potencialidade lesiva na ação do motorista.

Desta forma, portanto, segundo esta teoria não se deve punir pela simples desobediência à norma, é preciso que o agente crie um risco proibido (superando o risco-base, ou seja, dirigindo sob a influência descrita no caput do art. 306 do CTB), e que, além disso, haja bens jurídicos no raio de ação de

²⁹ DIAS, 1995, p. 407, *apud* GOMES; BEM, 2013, p.46.

³⁰ GOMES; BEM, 2013, p. 46.

suas condutas inapropriadas (dirigir em zigue-zague, em alta velocidade, etc.) que possam ser ofendidos.

Conclui Leonardo Schmitt de Bem, a despeito desta teoria, que:

“Para não punir pela mera desobediência ao comando normativo, requer-se, assim, primeiramente, que o agente crie um risco proibido (superando o risco-base relativo à norma de segurança no trânsito, ou seja, dirigindo sob a influência de álcool ou drogas) e, depois, que haja bens jurídicos contra os quais as condutas arriscadas (condução em zigue-zague, na contramão) possam estar direcionadas. E essa análise em momento algum modificará a natureza jurídica do novo art. 306 do Código de Trânsito, pois a infração continua sendo de perigo abstrato, mas com uma especificidade maior.”³¹

3.2.5 Delito de perigo abstrato como delito de perigosidade real

Leonardo Schmitt de Bem introduz esta tendência doutrinária afirmando que a mesma se apresenta como uma concepção mais moderna de interpretação dos delitos de perigo abstrato, na qual se inclui a nova redação do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, citando o esclarecimento da doutrinadora ibérica Marina Lluch, segundo a qual os delitos de perigosidade real “são delitos nos quais não se exige um resultado de risco para um concreto objeto de proteção, porém é exigida uma conduta *ex ante* perigosa para o bem jurídico, de forma que sua aplicação requer a constatação da perigosidade real da conduta no caso concreto”³².

Esta doutrina orienta a excluir da seara criminal as ações que, embora descritas no tipo penal, pelas circunstâncias em que ocorreram, não representam perigo para o bem jurídico tutelado. Sob este prisma, a perigosidade da conduta depende muito da análise cautelosa do julgador, *requerendo sua comprovação em cada caso concreto*.

Desta forma, Leonardo Schmitt de Bem expõe a teoria e conclui:

³¹ GOMES; BEM, 2013, p. 50.

³² ULZURRUN LLUCH, 2008, p. 317, *apud* GOMES; BEM, 2013, p. 51.

“[...] entendemos que todo aquele que consiga controlar o perigo como resultado da ingestão prévia de bebida alcoólica estaria apto a conduzir um veículo automotor. Mas importante destacar uma ressalva. Cumpre apenas ao condutor controlar o perigo, e não aos demais, pois estes não estão obrigados a se submeter aos riscos da conduta do infrator. Logo, embora ultrapassado o limite legal de álcool no sangue ou o equivalente pelo ar expelido pelos pulmões (art. 306, §1º, I) ou demonstrado sinais que indiquem a alteração de sua capacidade psicomotora (art. 306, §1º, II), se o condutor conduz em velocidade moderada, respeita os sinais de trânsito ou não realiza nenhuma ultrapassagem irregular, isto é, consegue compensar o perigo do consumo anterior, por exemplo, de três latinhas de cerveja, que já seria suficiente para superar o mínimo permitido legalmente e apresentar halitose etílica, não deverá ser punido, tendo em vista que na situação concreta não se demonstrou a perigosidade real da conduta.

Nesse sentido, em conclusão, requer-se uma análise restritiva por parte dos magistrados, pois, se não há ninguém na rua ou nas imediações do veículo anormalmente conduzido pelo agente sob a influência do álcool ou drogas, não há porque puni-lo, embora comprovada a alteração de sua capacidade psicomotora. E mais, existindo pessoas ou carros no raio de ação do automotor conduzido por agente sob a influência de álcool ou de drogas, a análise pelos juízes deverá ser teleológica, porque a aferição da tipicidade não deverá ocorrer unicamente pela descrição legislativa, sendo necessário precisar a perigosidade da ação preposta e oposta à proteção dos bens jurídicos”.³³

O referido doutrinador refuta de plano as três primeiras tendências teóricas por ele apresentadas, argumentando que, em sua opinião, vão de encontro a um Direito Penal democrático, sendo as duas últimas as mais plausíveis, aptas para legitimar a nova infração penal. No Brasil, Luiz Flávio Gomes entende o crime de embriaguez ao volante com a redação dada pela Lei nº 12.760/2012 conforme a última posição apresentada (delito de perigo abstrato como delito de perigosidade real).

3.2.6 Nossa posição

Não obstante as pertinentes e respeitáveis correntes doutrinárias expostas por Leonardo Schmitt de Bem, a posição que adotaremos com relação à nova redação do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro será mista, a defendida por Eduardo Luiz Santos Cabette, a qual preconiza que se trata de

³³ GOMES; BEM, 2013, p. 52.

crime de perigo abstrato, no caso do §1º, inciso I; e de perigo concreto, no caso do §1º, inciso II³⁴; por nos parecer a mais adequada.

Seguindo esta linha de raciocínio, temos, portanto, que o art. 306 do CTB, a partir da “Nova Lei Seca”, tornou-se um tipo penal anômalo, pois que é em parte de perigo abstrato e em parte de perigo concreto, conforme iremos expor mais detalhadamente nas páginas seguintes.

3.3 Estrutura jurídica do “novo” crime de embriaguez ao volante e aspectos administrativos

Como podemos perceber da leitura do “novo” art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, alterações ocorreram com a entrada em vigor da “Nova Lei Seca”.

A primeira delas é a nítida mudança estrutural do art. 306 do CTB, em termos de técnica legislativa. Ele, agora, não é composto apenas por um *caput* e um parágrafo único, mas por um *caput* que foi complementado por três parágrafos.

Uma segunda alteração guarda relação com a condução de “veículo automotor, na via pública”, como era previsto nas duas redações anteriores. No novo texto, porém, o legislador suprimiu do tipo o elemento “na via pública”. Num primeiro momento, isto quer dizer que, a partir de agora, o motorista que for flagrado dirigindo veículo automotor com a capacidade psicomotora alterada estará sujeito à prisão em flagrante, ainda que tal conduta seja praticada em vias particulares, como condomínios fechados, clubes, garagens, estacionamentos, etc.

Uma questão que pode ser suscitada a respeito deste ponto é a de que o crime de embriaguez ao volante está inserido no Código de Trânsito Brasileiro, que regula “o trânsito de qualquer natureza nas vias terrestres do território nacional, *abertas à circulação*” (grifamos), de acordo com o seu art. 1º. Em outras palavras, poder-se-ia dizer que o CTB se aplica apenas às vias

³⁴ CABETTE, 2013, p. 68-69.

públicas, e não às particulares. Por exemplo, é plenamente admissível conduzir um automóvel com licenciamento vencido, ou até sem possuir Carteira Nacional de Habilitação, dentro dos limites de um sítio privado. Desta forma, é possível que haja ainda intensas discussões doutrinário-jurisprudenciais sobre o assunto, mas assumiremos a postura de que realmente houve uma abertura tipológica para as áreas privadas, no tocante ao aspecto penal.

Outro aspecto relevante é que a “Nova Lei Seca” retirou a concentração de álcool do *caput* do art. 306, e refere-se agora a “capacidade psicomotora alterada” em razão da “influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência”.

Depreende-se que a “capacidade psicomotora alterada” passou a ser elementar do tipo, podendo ser constatada – de acordo com o §1º, que é diretamente vinculado ao *caput* – por duas formas: I) concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar, ou II) sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.

É de se verificar que a intenção óbvia do legislador foi retomar a técnica do texto original – voltando a fazer uso da palavra “influência” –, em que não se fica atrelado unicamente a concentrações de álcool no sangue ou no ar alveolar, que serviram para trazer dificuldades e até inviabilizar a aplicação do dispositivo em certas situações, como expusemos quando do estudo da Lei nº 11.705/2008. Neste diapasão, por meio da criação do §1º e incisos (anote-se que estes são diretamente ligados ao *caput*, apresentando-se como duas maneiras *alternativas*³⁵ de se constatar a alteração da capacidade psicomotora do indivíduo), bem como do §2º, o legislador acertadamente ampliou as formas de comprovação da condução de veículo de modo perigoso.

No caso do inciso I do §1º, repetiu-se a concentração etílica estabelecida anteriormente, continuando-se a proporcionar ao agente público a possibilidade de constatar a embriaguez através de exame toxicológico ou

³⁵ Observe-se que os incisos I e II do art. 306 do CTB são ligados pela conjunção alternativa “ou”, de modo a deverem ser interpretados separadamente, sem qualquer necessidade de integração, a não ser diretamente com o *caput*. Isso significa dizer que, para a comprovação da alteração da capacidade psicomotora, não há necessidade que o suspeito incida em ambos os incisos, bastando que o mesmo incida num *ou* noutro. Nada obsta, porém, a possibilidade de, na prática, ocorrer uma dupla incidência.

teste do etilômetro – o legislador manteve a mesma concentração prevista pela primeira Lei Seca, qual seja, igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue, e incluiu a concentração disposta anteriormente no Decreto n° 6.488/2008, de 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar, e inclusive já fez constar expressamente no texto legal a equivalência entre os índices de ambos os procedimentos³⁶. Em resumo, podemos concluir que, no concernente a testes e exames de alcoolemia, a “Nova Lei Seca” manteve a mesmíssima sistemática do diploma anterior (Lei n° 11.705/2008). Mudou-se apenas a forma, mas o conteúdo é idêntico. A diferença, agora, é que o regramento nascido na primeira “Lei Seca”, antes a única forma de o delito restar configurado, passou a ser apenas uma das possibilidades de comprovação da consumação do crime de embriaguez ao volante.

Por isso, em conformidade com as construções doutrinárias e jurisprudenciais apresentadas quando do estudo da redação do art. 306 do CTB dada pela Lei n° 11.705/2008, nosso posicionamento é no sentido de que, no caso do inciso I do §1°, o crime continua sendo de *perigo abstrato*, em nada se modificando. É de se notar que o *caput* não faz qualquer menção à necessidade de perigo concreto. Há nesse caso a presunção do perigo causado pela condução de veículo automotor por pessoa que apresente concentração de álcool no organismo acima do estabelecido legalmente. Em outras palavras, não se trata de presunção, mas de uma constatação fática, de um *fato notório*, de conhecimento geral e científico: é perigoso dirigir sob efeito de álcool. Inclusive, cabe mencionar, na seara administrativa (art. 165, CTB) a tolerância é “zero”, admitindo-se apenas a margem de erro³⁷ do aparelho no caso de teste do etilômetro – o que corrobora a assertiva de que não há índices seguros de álcool no organismo para se dirigir veículo. O que o art. 306 do CTB faz é estabelecer os índices que separam o ilícito penal (mais grave) do ilícito administrativo (menos grave), ou seja, em ambos os casos há ilicitude em dirigir sob efeito de álcool.

³⁶ Vale recordar que tais procedimentos – exame toxicológico e/ou teste do etilômetro – para que sejam realizados de maneira regular, dependem da colaboração do suspeito, em razão do princípio da não autoincriminação.

³⁷ Vide Art. 6°, II, da Resolução CONTRAN n° 432/2013. Pune-se o condutor administrativamente se este estiver dirigindo com a concentração de álcool igual ou superior a 0,05 miligrama por litro de ar expirado, já descontada a margem de erro do etilômetro. Conforme tabela constante do Anexo I da mesma Resolução.

Em suma, é crime, segundo a nova redação dada pela Lei nº 12.760/2012, conduzir veículo automotor sob influência de álcool, de modo a estar com a capacidade psicomotora alterada. E tal alteração é constatada mediante a verificação por exame toxicológico de sangue e/ou teste de etilômetro, de concentração de álcool no sangue igual ou superior a 6 decigramas por litro, ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar. Verificadas essas concentrações, conclui-se que o agente estava com a capacidade psicomotora alterada, isso não por simples presunção, mas por constatação científica que torna esse fato notório, independentemente o perigo da situação de outras provas.

Obviamente este nosso posicionamento não é pacífico. Luiz Flávio Gomes, por exemplo, e como já citado, entende que são inconstitucionais os crimes de perigo abstrato, por violação ao princípio da ofensividade ou (lesividade), e enxerga o crime de embriaguez ao volante como delito de perigosidade real, isto é, para este doutrinador não basta apenas que o suspeito atinja os índices previstos pelo artigo, se faz necessário analisar cada caso concreto a fim de se verificar se o agente conduzia o veículo anormalmente, apresentando sinais indicadores de perigo real na direção³⁸. Comenta Cabette:

“O que ocorre com a defesa apriorística do perigo abstrato como inconstitucional é que aqueles influenciados por esse pensamento tendem a deslocar a discussão, que é de nível constitucional e principiológico, para a interpretação de tipos penais previstos obviamente em legislação ordinária. Partindo da premissa de que um crime de perigo abstrato é inconstitucional, então se distorce de qualquer forma possível a interpretação da legislação penal ordinária para fazer, a qualquer custo, que um crime determinado apareça como de perigo concreto, quando, na verdade, sua redação é claramente voltada para o perigo abstrato.

É exatamente o que se tem pretendido em algumas manifestações sobre o novo artigo 306, §1º, I, CTB. Faz-se questão de não enxergar, numa verdadeira ‘cegueira voluntária’, a *conjunção alternativa ‘ou’* que permeia os incisos I e II do referido §1º. Esse ‘ou’, deixa claro que a comprovação da alteração da capacidade psicomotora pode ser feita independentemente pela taxa de alcoolemia acima da permitida, não necessitando de outros sinais. [...] A alegação de que, quando constatadas as taxas extrapolantes, ainda se deve perquirir se o indivíduo está com a capacidade psicomotora

³⁸ Cf. GOMES, Luiz Flávio. 6 decigramas de álcool já significam crime? Ou não? Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23320/6-decigramas-de-alcool-ja-significam-crime-ou-nao>>. Acesso em: 03 nov. 2013.

alterada, consiste em virar o tipo penal de pernas para o ar, como se a conduta fosse descrita no §1º, inciso I e a forma de aferição do perigo estivesse no ‘caput’! Ora, é justamente o contrário!

Discutir se a conformação do tipo penal, seja pela Lei 11.705/08, seja hoje pela Lei 12.760/12 no âmbito da alcoolemia fere ou não o Princípio da Ofensividade; se crimes de perigo abstrato são admissíveis no Direito Penal moderno, remete a questões de fundo que nada têm a ver com o teor da lei ordinária. Se as teses acima são defendidas, quem as defende deve então apenas dizer que o tipo penal do artigo 306, CTB, seja na forma da anterior Lei 11.705/08, seja atualmente, é inconstitucional, ao menos no seu §1º, inciso I atual e anteriormente no seu ‘caput’ mesmo. O que não pode ser o caminho é a distorção da redação, para que esta venha a se adequar a uma linha de pensamento, que não foi claramente aquela seguida pelo legislador. Isso é mais do que clarividente, pois se a Lei 12.760/12 veio a lume, para impedir a onda de impunidade surgida, com a redação infeliz dada pela Lei 11.705/08, é evidente que não pretenderia ser formatada, de maneira a ser mais branda, num verdadeiro retrocesso.”³⁹

Outro assunto ligado às concentrações de álcool previstas no organismo tem sede no §3º do art. 306 do CTB, que estabelece o seguinte: “O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo”. Este parágrafo foi incluído pela “Nova Lei Seca”, mas guarda semelhança com o antigo parágrafo único que fora incluído pela lei de 2008.

Ocorre que atualmente esta normativa (o §3º) não é de muita utilidade, tendo em vista que a equivalência à qual ela se refere já veio expressa no inciso I do §1º do artigo 306, como estudado nas linhas acima e, além disso, também já foi mencionado neste trabalho que tais correspondências estão previstas no Decreto nº 6.488, publicado em 19 de junho de 2008. Pergunta-se: o que isso quer dizer? A resposta é simples. Isso significa que o art. 306, §1º, inciso I, do Código de Trânsito Brasileiro *não é uma norma penal em branco*, ou seja, não necessita de regulamentação, uma vez que a mesma é autoaplicável⁴⁰.

Passemos agora à segunda *alternativa* para comprovarmos a alteração da capacidade psicomotora. A Lei nº 12.760/2012 introduziu o art. 306, §1º, inciso II do CTB, que fala em “sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora”, como uma

³⁹ CABETTE, 2013, p. 55-56.

⁴⁰ Inobstante isso, o CONTRAN editou a Resolução de nº 432 em 23 de janeiro de 2013, que certamente elimina qualquer eventual dificuldade na aplicação da lei.

segunda forma de constatação da embriaguez causada pelo álcool ou outras substâncias.

Neste segundo inciso, portanto, o legislador não se referiu às taxas de alcoolemia, mas a outros sinais. Aliás, cabe frisar que *taxas só são previstas para o álcool. Para outras substâncias, lícitas ou ilícitas, capazes de alterar a capacidade psicomotora, a lei não previu índices*, cabendo a aplicação do inciso em questão para se comprovar a embriaguez. Não se descarta, também para outras substâncias além do álcool, a possibilidade de realização de exame de sangue, urina, etc – conforme estabelece o art. 3º da Resolução CONTRAN nº 432/2013 – para se detectar a embriaguez. Entretanto, é de se ressaltar que, vez que não são previstas concentrações mínimas para cada substância diferente (e, convenhamos, normatizar um rol das mais diversas substâncias e seus respectivos índices mínimos representaria uma tarefa inviável para o legislador), é perfeitamente razoável que as autoridades policiais, promotores, juízes e defensores em geral formulem quesitos aos peritos no sentido de estes esclarecerem se o índice eventualmente encontrado no organismo do suspeito é capaz de prejudicar sua capacidade psicomotora, e essa resposta vai depender da análise caso a caso.

Estamos, pois, no caso do art. 306, §1º, inciso II, do Código de Trânsito Brasileiro, diante de um crime de *perigo concreto*. Nas palavras de Eduardo Luiz Santos Cabette:

“Se a prova não é possível através do teste ou exame de alcoolemia e, deve ser então obtida pela segunda *alternativa* disposta na lei, há que se demonstrar objetiva e concretamente quais são os tais ‘sinais que indiquem alteração da capacidade psicomotora’ (vide artigo 5º, I, II e §§1º e 2º, da Resolução Contran 432/13). Não há como pensar aqui em perigo abstrato, pois a exigência da indicação desses ‘sinais’ já está exigindo perigo concreto.

Conclui-se, portanto, que quando do vigor da Lei 11.705/08 o crime era invariavelmente de perigo abstrato, mas *sob a égide da nova Lei 12.760/12 ele é de perigo abstrato, no caso do artigo 306, §1º, I; e de perigo concreto, no caso do artigo 306, §1º, II, CTB.*⁴¹ (grifo nosso)

Sendo assim, quando da incidência do inciso II, caberá à acusação apontar quais os sinais indicadores da alteração da capacidade

⁴¹ CABETTE, 2013, p. 58-59.

psicomotora do indivíduo, praticamente nos moldes da redação original do art. 306 dada pela Lei nº 9.503/1997. Esses sinais podem ser vários: fala pastosa, andar cambaleante, olhos avermelhados, agressividade, confusão mental, condução anormal do veículo, coordenação motora afetada, etc (vide art. 5º c/c Anexo II da Resolução CONTRAN nº 432/2013).

Observação de vital importância a se fazer com relação ao referido inciso é o fato de que através dele foi reparada a falha funcional da primeira “Lei Seca”. Sob a vigência do novel diploma, se o condutor se nega a realizar exames de sangue ou teste do etilômetro – utilizando-se de um direito constitucional de que detém, derivado do princípio da não autoincriminação –, nada impede sua prisão em flagrante, seu processo e condenação, tendo em vista que tais provas podem ser supridas por outra que independe de sua colaboração, qual seja, o *exame clínico*, a ser realizado por um médico-legista. Este meio probatório ganha posição de destaque com a “Nova Lei Seca”, uma vez que, com efeito, um médico-legista pode perfeitamente participar de uma fiscalização de trânsito contra a embriaguez ao volante, tendo papel de muita relevância numa abordagem na qual o suspeito não concorde em realizar os testes e exames de alcoolemia.

Ainda neste segundo inciso se faz referência à disciplina da aferição desses sinais indicadores de alteração da capacidade psicomotora pelo CONTRAN. Ocorre que a própria Lei nº 12.760/2012 já estabeleceu, através do §2º que inseriu no art. 306 do CTB, os meios que podem ser usados para se comprovar tal alteração, sendo sua redação a seguinte:

“§2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.”

Tem-se, destarte, que o art. 306, §1º, inciso II do CTB também é norma autoaplicável e, assim como o inciso I, portanto, *não é norma penal em branco*.

Talvez não tenha o legislador elegido a melhor via para “regulamentar” o inciso II ao recorrer a uma Resolução do CONTRAN. Isso porque estamos falando de prova penal, matéria que seria mais adequadamente regulada por norma Processual Penal, cuja origem deve ser lei ordinária federal, de acordo com a Carta Magna pátria. Por óbvio, não tem o CONTRAN a competência para legislar acerca de prova penal, mas, por outro prisma, continuamos entendendo que o inciso em tela é autoaplicável, uma vez que está em perfeita harmonia com as normas processuais probatórias, sendo, a nosso sentir, a Resolução do CONTRAN mero adorno que tem maior utilidade no âmbito administrativo, servindo de orientação para os agentes de fiscalização.

A novel lei também previu expressamente a possibilidade de contraprova por parte do acusado, nos termos do art. 306, §2º, *in fine*, CTB. Isto significa que o investigado, caso não se conforme com o conjunto probatório que subsidia sua acusação, tem o direito de solicitar a produção de outro tipo de prova, a fim de confrontá-lo. Por exemplo, se o suspeito realiza o teste de etilômetro e o resultado indica uma concentração de álcool no sangue acima do previsto, incorrendo no crime, tem o acusado o direito de solicitar à Autoridade Policial a realização de outro exame – como o clínico, junto a um médico-legista, podendo até mesmo ser realizado por um perito particular, sendo que, obviamente, o respectivo laudo será apreciado pelo Delegado de Polícia e/ou pelo Juiz, na oportunidade em que estes formarão seus convencimentos.

Quanto a isso, uma dificuldade pode surgir quando os meios de se comprovar a alteração da capacidade psicomotora do indivíduo apresentam resultados conflitantes, tendo em vista a alternatividade dos meios (incisos I e II do §1º do art. 306, CTB). Imagine-se o caso em que é realizado o exame ou teste de alcoolemia, cujo resultado apresente taxa superior à permitida legalmente, bem como os sinais (nos termos do inciso II) coincidam no sentido de apontar a ebriedade do cidadão. Nessa situação, é de se concluir – sem maiores contestações – pela consumação do crime, valendo lembrar que um ou outro meio já é o suficiente para a constatação. O mesmo ocorre quando os diferentes meios de prova apontam para a litude da condução do veículo por

parte do suspeito. Nesta última hipótese, fácil também de se concluir pela não configuração da infração penal. É bem natural que os resultados convirjam, na maioria das vezes, para a embriaguez ou não, dependendo do caso. A dificuldade da qual falamos, porém, se mostra quando os resultados divergem. Como a prova pode ser produzida alternativamente, (inciso I – alcoolemia, ou inciso II – outros sinais; não se exigindo cumulatividade), na prática pode ocorrer de um meio probatório indicar positivo para a ebriedade e outro não, gerando razoável dúvida a respeito da embriaguez. Sendo assim, nestas hipóteses é imperiosa a absolvição – a ser avaliada casuisticamente –, em virtude do princípio do Direito Penal do *in dubio pro reo*, porém sem prejuízo das penalidades administrativas.

Pois bem. Feita a devida abordagem aos aspectos penais da “Nova Lei Seca”, muitos deles ainda objeto de controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, algo que não pode ser ignorado são alguns dos efeitos provocados pela novel lei na seara administrativa. Neste âmbito, percebe-se que o valor da multa pecuniária prevista no art. 165 do CTB dobrou, porém a redação do *caput* do referido dispositivo não sofreu alteração, de forma que, caso um motorista seja flagrado dirigindo veículo com sinais mínimos que indiquem que o mesmo esteja sob influência de álcool ou de outras substâncias, ressalvada a margem de erro aplicável ao teste do etilômetro, se for realizado, ele estará cometendo um ilícito administrativo.

O texto legal do art. 276 também ficou mais apurado, de maneira a legitimar expressamente o teste do etilômetro (que com a primeira “Lei Seca” teve sua legitimidade bastante contestada) como procedimento regular para a aferição da taxa de alcoolemia: “qualquer concentração de álcool por litro de sangue *ou por litro de ar alveolar* sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165” (grifo nosso).

O art. 277, §2º do CTB também tornou-se mais específico para caracterizar-se a infração administrativa da embriaguez ao volante, em analogia ao já comentado art. 306, §2º (que trata da modalidade criminosa) do mesmo diploma. A redação daquele foi modificada para:

“Art. 277, §2º A infração prevista no art. 165 também poderá ser caracterizada mediante imagem, vídeo, constatação de sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora ou produção de quaisquer outras provas em direito admitidas”

Como já analisado anteriormente por ocasião do estudo da primeira “Lei Seca”, apesar de o art. 277, §3º do Código de Trânsito Brasileiro estar em flagrante desacordo com certos princípios constitucionais ligados ao direitos humanos, a redação do dispositivo permaneceu inalterada com a entrada em vigor da Lei nº 12.760/2012, e continua, portanto, sendo alvo de críticas dos juristas.

Assim termina, portanto, nossa análise do tratamento dado pela mais recente lei brasileira que regula a embriaguez ao volante, com as modificações por ela realizadas, inovações, transformações, melhorias e até mesmo a manutenção de certos dispositivos anteriores, tudo com vistas a um combate mais eficaz à referida conduta perigosa.

CAPÍTULO 4

À GUIA DE CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho realizou-se um estudo crítico das principais alterações trazidas pela Lei nº 12.760/2012 – a “Nova Lei Seca” –, correlacionando-a com a Lei nº 11.705/2008, a qual também promoveu importantes alterações no Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/1997) no que tange à embriaguez ao volante e suas repercussões nas esferas criminal e administrativa.

Quando do exame da novel lei, para que se entenda corretamente sua origem, conteúdo e objetivos, a fim de que se faça uma interpretação adequada do novo texto, julgamos indispensável que se revise toda a evolução do tratamento dado pelo legislador pátrio à conduta de dirigir embriagado, estudando-se desde a redação original do Código de Trânsito Brasileiro de 1997 e passando também pelas alterações promovidas (mazelas e pontos positivos) pela já mencionada primeira “Lei Seca”, de 2008 – muitas das quais ainda se encontram vigentes –, até chegarmos às impactantes mudanças trazidas pela entrada em vigor da Lei nº 12.760/2012, que inovou em vários aspectos, além de reparar algumas falhas anteriores.

Entretanto, este novo diploma, por sua vez, não está isento de críticas e controvérsias, fatores estes que motivaram a escolha pelo referido tema e foram objeto de nosso exame no decorrer deste trabalho, que deu maior ênfase ao aspecto penal da embriaguez ao volante (esfera na qual as discussões são de maior vulto), sem deixar ao abandono, contudo, alguns aspectos administrativos.

Diante do estudo ora apresentado, em que foram citadas as controvérsias que rodeiam a “Nova Lei Seca” e o tema da embriaguez ao volante no Brasil, os questionamentos, os diferentes pontos de vista doutrinários e jurisprudenciais, etc, seguem algumas conclusões em conformidade com o nosso posicionamento:

a) As Leis de números 11.705/2008 e 12.760/2012 são os principais diplomas que promoveram significativas mudanças no Código de Trânsito Brasileiro no que concerne ao tratamento administrativo e penal da embriaguez ao volante;

b) No âmbito administrativo é ilícito – configurando infração de natureza gravíssima – conduzir veículo em via pública sob influência de álcool em *qualquer* concentração no sangue, bem como sob influência de outras substâncias psicoativas, também em *qualquer* concentração, podendo-se dizer que na esfera administrativa a tolerância é “zero”, uma vez que só é tolerada a margem de erro da hipótese de teste do etilômetro, que mede a concentração de álcool por litro de ar proveniente dos alvéolos pulmonares;

c) A penalidade de suspensão do direito de dirigir prevista no art. 165 do CTB, cujo prazo de 12 meses é *fixo*, sem balizas mínima e máxima, pode ser objeto de contestações fundamentadas, tendo em vista a alegação de violação aos princípios da proporcionalidade e da individualização;

d) A penalidade pecuniária (estabelecida para a infração administrativa) foi agravada em 10 vezes pela “Nova Lei Seca”. Anteriormente a referida multa era agravada em 5 vezes;

e) A Lei nº 12.760/2012 alterou a redação do *caput* do art. 277 do CTB, aprimorando-a, de forma que permaneceu citando os procedimentos para a verificação da condução de veículo sob influência de álcool ou de outras substâncias psicoativas, e expurgou a ideia de imposição da realização destes por parte do condutor, agora em conformidade com o princípio da não autoincriminação. O §1º do dispositivo agora foi revogado, pois seu texto tratava das substâncias psicoativas, que passaram a ser reguladas pelo próprio *caput*. O §2º passou a prever um rol exemplificativo dos meios de comprovação da infração do art. 165 do CTB, que pode ser feita de várias maneiras, não só através de teste de etilômetro ou exame pericial. Quanto ao seu §3º, a interpretação e aplicação literal do mesmo colidem frontalmente com a ordem constitucional vigente, por violação aos princípios da não autoincriminação e da presunção de inocência, à medida que a culpa do

motorista é presumida nos casos em que este não colaborar para a realização de testes e exames;

f) O legislador de 2008 foi infeliz ao modificar a dicção do art. 306 do CTB, que trata do crime de embriaguez ao volante, tendo que reparar as consequências indesejáveis geradas por uma má redação através de outra lei, a “Nova Lei Seca”, de 2012;

g) O art. 306 do CTB anteriormente era de perigo concreto (de acordo com a redação original da Lei nº 9.503/1997). Com a entrada em vigor da Lei nº 11.705/2008, passou, então, a ser de perigo abstrato. Atualmente, na vigência da Lei nº 12.760/2012, ele passou a sustentar duas hipóteses, tornando-se um *tipo penal anômalo* – pois é *parcialmente de perigo abstrato e parcialmente de perigo concreto* –, uma vez que no caso do art. 306, §1º, I continua a ser de perigo abstrato, por prever taxas de alcoolemia. Na hipótese do art. 306, §1º, II, que trata dos sinais indicadores de alteração da capacidade psicomotora, porém, o crime é de perigo concreto, pois é necessário demonstrá-los e comprová-los em cada caso;

h) Na nova redação do art. 306 do CTB foi suprimida a expressão “via pública”. Nosso posicionamento é no sentido de que, embora o tema ainda possa ser objeto de discussões doutrinárias, atualmente o referido crime pode se dar também em vias particulares, desde que a conduta gere perigo a bens jurídicos, a depender de cada caso concreto;

i) A “Nova Lei Seca” superou a debilidade do diploma de 2008 no que tange ao critério para a configuração da infração penal da embriaguez ao volante, na modalidade etílica. Pela Lei nº 11.705/2008 a única forma de consumação do referido crime era a realização de testes e/ou exames a fim de se verificar se as taxas de álcool previstas eram ou não atingidas. A novel lei, neste aspecto, manteve as mesmas taxas de alcoolemia no art. 306, §1º, I, do CTB, e inovou através do art. 306, §1º, II do CTB, complementando os meios de comprovação, que se aplicam também à hipótese de outras substâncias psicoativas;

j) Nos termos do item anterior, pode-se dizer que a lei de 2008 dificultava, em alguns casos, a realização de prisões em flagrante, visto

que a produção de provas dependia unicamente da colaboração do suspeito, que, por sua vez, tem o direito de não produzir provas contra si mesmo. Com o novo diploma de 2012, pode-se dizer que o Estado retomou o controle nesse aspecto, na medida em que outros meios comprobatórios são hábeis a apontar a consumação do crime, como por exemplo o exame clínico, a ser realizado por um médico-legista, sem a necessidade da aquiescência do suspeito;

k) Os critérios administrativo e penal para a configuração da embriaguez ao volante (arts. 165 e 306 do CTB, respectivamente) são diversos, tendo em vista que administrativamente adotou-se a “tolerância zero”, e criminalmente é necessário que se atinja os índices mínimos previstos para o álcool ou sinais que apontem a alteração da capacidade psicomotora. Agiu acertadamente o legislador, pois exige-se mais para a infração penal e menos para a administrativa;

l) O teste de etilômetro não é prova pericial, mas *documental* e, por isso, dispensa que sua realização seja feita por peritos e, além disso, é meio legítimo de se comprovar a materialidade do crime de embriaguez ao volante;

m) O §2º do art. 306 do CTB, na mesma senda da reformulação do Código de Processo Penal, passou a prever expressamente, na sua parte final, o direito à contraprova, em respeito ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa;

n) As outras substâncias psicoativas de que se refere a lei abrangem tanto as drogas lícitas quanto as ilícitas, capazes de alterar o psiquismo de uma pessoa, de modo a prejudicar sua capacidade psicomotora. Para a direção de veículo automotor sob influência destas, o legislador não mudou o critério, tanto na primeira quanto na “Nova Lei Seca”, não estabelecendo taxas como no caso do álcool. Nas primeiras hipóteses, seguiu sempre válido o procedimento amplo de prova;

o) O art. 306 do CTB, com a redação dada pela Lei nº 12.760/2012, apesar de fazer remissão a regulamentações do CONTRAN, *não é norma penal em branco*. É norma *autoaplicável*, uma vez que já traz em seu próprio bojo as equivalências entre os testes de alcoolemia e os meios de

aferição dos sinais de alteração da capacidade psicomotora, que inclusive podem ser realizados de acordo com o Código de Processo Penal, que é o diploma legítimo para regular a matéria de prova penal, e não uma resolução do CONTRAN. Não obstante, foi editada a Resolução CONTRAN n° 432 em 23 de janeiro de 2013.

Em conclusão, cabe destacar que a doutrina com relação ao tema ainda é incipiente, em razão da relativa novidade que o ingresso da Lei n° 12.760/2012 representa no ordenamento jurídico. Tínhamos como objetivo do presente trabalho entender a gênese, o conteúdo e os objetivos deste novo diploma, de maneira a alcançarmos o intento do legislador, discutindo os pontos controvertidos e apresentando a nossa posição, bem como avaliar os impactos por ela causados na vida em sociedade. Certamente com o passar do tempo os assuntos aqui desenvolvidos serão ampliados e aperfeiçoados.

De maneira geral, estima-se que foi possível observar, diante do estudo ora apresentado, que a “Nova Lei Seca” ingressou no universo jurídico dotada de maior técnica, se comparada com os diplomas anteriores, conseguindo corrigir certos equívocos de legislações passadas e contribuindo de maneira a possibilitar mais formas de combater o mal da embriaguez ao volante, que arruína tantas famílias brasileiras. Isto, entretanto, somente o tempo e a prática serão capazes de nos revelar.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. **Lei nº 9.503**, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 set. 1997.

_____. **Lei nº 11.705**, de 16 de Junho de 2008. Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 jun. 2008.

_____. **Lei nº 12.760**, de 20 de Dezembro de 2012. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 dez. 2012.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Nova lei seca**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1.

_____. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v.4.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. Coimbra: Editora Coimbra, 1995.

GANZENMÜLLER, C.; ESCUDERO, J. F.; FRIGOLA, J. **Delitos contra la seguridad del tráfico**. Barcelona: Bosch, 1997.

GOMES, Luiz Flávio; BEM, Leonardo Schmitt de. **Nova lei seca: comentários à lei n. 12.760, de 20-12-2012**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da não auto-incriminação**: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. Disponível em: <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-auto-incriminacao-significado-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia>>. Acesso em: 20 set. 2013.

_____. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **6 decigramas de álcool já significam crime? Ou não?** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23320/6-decigramas-de-alcool-ja-significam-crime-ou-nao>>. Acesso em: 03 nov. 2013.

HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los critérios de una imputación justa. In: **La teoría del bien jurídico**. Trad. Beatriz Spínola Tártalo. Madrid: Marcial Pons, 2007.

JESUS, Damásio de. **Crimes de trânsito**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MARCÃO, Renato. **Embriaguez ao volante, exames de alcoolemia e teste do bafômetro**. Uma análise do novo art. 306, caput, da Lei n° 9503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11454/embriaguez-ao-volante-exames-de-alcoolemia-e-teste-do-bafometro>>. Acesso em: 05 out. 2013.

MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. 2 ed. Trad. Herbert Wützel Heinrich. Campinas: Bookseller, 1997.

MOURA, Alane Belfort Prata de. **Lei seca: uma abordagem sobre sua constitucionalidade**. Fortaleza, 2012. Disponível em: <<http://bdjur.tjce.jus.br/jspui/bitstream/123456789/589/1/Alane%20Belfort%20-%20Lei%20seca%20-%20uma%20abordagem%20sobre%20sua%20constitucionalidade.pdf>>. Acesso em: 07 ago. 2013.

SILVA, Ângelo Roberto. **Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição**. São Paulo: RT, 2006.

ULZURRUN LLUCH, Marina Sanz-Díez. Los nuevos delitos contra la seguridad vial contenidos em la LO 15/2007. **Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales**. n. 74, 2008.

APÊNDICE

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
CAMPUS MARABÁ
FACULDADE DE DIREITO

PROJETO DE MONOGRAFIA

THIAGO DE SIMONE SANT'ANNA

MARABÁ
2013

THIAGO DE SIMONE SANT'ANNA

PROJETO DE MONOGRAFIA

Projeto de Monografia a ser apresentada como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará – UFPA, realizado como avaliação da disciplina Monografia I, tendo como orientadora a Prof^ª. Poliana Rocha Portela.

MARABÁ
2013

SUMÁRIO

1 TÍTULO PROVISÓRIO DO TRABALHO.....	4
2 INTRODUÇÃO.....	4
3 PROBLEMATIZAÇÃO.....	5
4 JUSTIFICATIVA.....	6
5 OBJETIVOS.....	6
6 REFERENCIAL TEÓRICO.....	7
7 METODOLOGIA.....	13
8 CRONOGRAMA DE ATIVIDADES.....	13
9 REFERÊNCIAS.....	14

1 TÍTULO PROVISÓRIO DO TRABALHO

“As controvérsias acerca da natureza jurídica do crime de embriaguez ao volante a partir da Nova Lei Seca e as alterações por ela promovidas”.

2 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata-se de projeto de monografia que deverá ser apresentada como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará – UFPA, por ocasião do término do curso. O projeto, por sua vez, servirá como avaliação da disciplina Monografia I, sob orientação da Prof^a. Poliana Rocha Portela.

No projeto está identificado o tema e sua delimitação, bem como todos os requisitos para a elaboração da Monografia.

Como será dito mais adiante, na justificativa, o tema foi escolhido devido às inúmeras discussões que envolvem as principais alterações trazidas pela cognominada “Nova Lei Seca” – Lei 12.760, de 20 de dezembro de 2012 –, levando-se em consideração e buscando-se as intenções do legislador pátrio com estas.

Trata-se de tema relevante mormente penal, administrativa e constitucionalmente, uma vez que deu ensejo a controvérsias doutrinárias acerca das variadas acepções da natureza jurídica do crime previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro – CTB (Lei 9.503/97), o qual teve sua redação alterada pela novel lei, e tais mudanças podem levar a diferentes entendimentos por parte dos tribunais brasileiros.

A pesquisa incluirá um exame das principais modificações protagonizadas pela entrada em vigor do referido diploma, das correntes doutrinárias acerca da natureza jurídica do crime de embriaguez ao volante, além de conter um estudo dos dispositivos legais correlatos e uma análise do

texto legal da infração administrativa correspondente (art. 165, CTB), onde serão abordadas as semelhanças e diferenças existentes entre esta e o referido tipo penal.

3 PROBLEMATIZAÇÃO

Dentro do trabalho que se pretende apresentar, podemos citar os seguintes questionamentos:

- Qual é a natureza jurídica do crime de embriaguez ao volante a partir da redação dada pela Lei n° 12.760/12? Houve mudança nesse sentido?
- O fato de o cidadão simplesmente dirigir com a concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar já é suficiente para a consumação do crime de embriaguez ao volante? Por quê?
- Afinal, o cidadão, ao ser abordado na condução de veículo automotor por agente da autoridade de trânsito, é obrigado a realizar o teste de etilômetro (bafômetro)?
- Isto não iria de encontro ao princípio constitucional da não autoincriminação – princípio do *nemo tenetur se detegere*?
- Por que, então, se o cidadão se recusar a realizar qualquer tipo de teste ou exame, o mesmo pode vir a sofrer sanções, de acordo com a mais recente lei, que manteve a prescrição do art. 277, § 3° do CTB?
- Como pode a lei afirmar que a capacidade psicomotora do cidadão condutor do veículo automotor encontra-se alterada através dos meios de prova por ela elencados?
- O artigo 306 do CTB, com a nova redação dada pela Lei n° 12.760/12, seria norma penal em branco, ou seja, carente de regulamentação

quanto a equivalência dos testes de alcoolemia e aferição dos sinais que indiquem alteração da capacidade psicomotora?

- Seria inconstitucional a penalidade administrativa *fixa* de 12 meses de suspensão do direito de dirigir, sem previsão de balizas mínima e máxima?

4 JUSTIFICATIVA

A razão da escolha do tema surge do interesse advindo do cotidiano de acadêmico de Direito, bem como das experiências vividas no exercício da profissão de Policial Rodoviário Federal. É assunto frequentemente posto em evidência pela mídia e, por seu caráter polêmico, divide opiniões.

É muito comum, por ocasião do levantamento do referido tema em salas de aula e em fóruns de Direito, verificarmos opiniões divergentes, com argumentos fundamentados, no que tange à constitucionalidade de algumas das mudanças legais trazidas pela “Nova Lei Seca”, bem como sua aplicabilidade e seus efeitos no ordenamento jurídico brasileiro.

Uma de suas principais modificações ocorreu no tipo penal do crime previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro – CTB, que desde sua redação original de 1997, foi alterado por duas vezes (pela primeira vez com a Lei nº 11.705/08 e pela segunda com Lei nº 11.760/12), fato que vem trazendo controvérsias doutrinárias acerca das variadas acepções sobre a natureza jurídica do crime de embriaguez ao volante, o que, por sua vez, gera significativos reflexos nos tribunais brasileiros.

A par de tudo isso, a conclusão é que indubitavelmente o tema é merecedor de atenção.

5 OBJETIVOS

O objetivo da monografia é apresentar um estudo sistematizado acerca da “Nova Lei Seca”, envolvendo também o contexto social no qual esta foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro, bem como seu embasamento.

Buscar-se-á compreender a gênese, conteúdo e objetivos da Nova Lei Seca através de um exame interdisciplinar do novo diploma, fazendo-se uso das diversas fontes do direito, realizando-se uma interpretação integrada da norma e uma análise a suas peculiaridades, de forma a alcançar-se o intento do legislador ao editá-la.

Por fim, tem-se o fito de estudar a evolução do tratamento administrativo e criminal da embriaguez ao volante no Código de Trânsito Brasileiro, percorrendo-se desde a sua redação original do CTB (Lei nº 9.503/97) até os impactos teóricos e práticos ocasionados pelas modificações trazidas pela entrada em vigor da Lei nº 12.760/12 no universo jurídico.

6 REFERENCIAL TEÓRICO

6.1 ESTRUTURA JURÍDICA DO DELITO

Conforme explicitado supra, na execução da monografia examinaremos a evolução do tratamento dado pelo ordenamento jurídico brasileiro à embriaguez ao volante. Nosso estudo abordará o tema da estrutura jurídica do delito, consignando que a legitimidade do direito de punir tem por pressuposto a afetação de um ou mais bens jurídicos. Segundo Silva (2006, p. 95), “se o Direito penal deve ser chamado a preservar bens valiosos e essenciais de certas condutas que a eles sejam ofensivas, deve-se examinar de qual maneira e em que medida elas se apresentam, aferindo-se, portanto, a potencialidade lesiva”.

Em linhas gerais, com relação ao crime em tela, é sabido que o bem jurídico a ser resguardado é a vida, a integridade física e/ou o patrimônio de um número indeterminado de pessoas. Mas o questionamento que surge é:

de que forma este bem jurídico deve ser protegido? Tal indagação guarda pertinente relação com os crimes de perigo e, entre estes, com os crimes de perigo concreto e de perigo abstrato. Destarte, convêm algumas considerações a respeito, o que faremos nas linhas a seguir.

6.1.1 A REDAÇÃO ORIGINAL DO ARTIGO 306 DADA PELA LEI 9.503/97

A redação do art. 306 do CTB dada originalmente pela Lei 9.503/97 era a seguinte: “conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”. Os tribunais tratavam, com efeito, o crime como sendo de perigo concreto. O perigo vinha expressamente previsto no tipo penal, necessitando, portanto, da análise judicial em cada caso concreto para restar confirmada ou não a consumação do delito em comento.

6.1.2 A REDAÇÃO DO ARTIGO 306 DADA PELA LEI nº 11.705/2008

No ano de 2008 a Lei 11.705 deu nova redação ao tipo penal, passando esta a ser a seguinte: “conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência”. A não exigência expressa de ameaça real de perigo ao bem jurídico, aliada à inserção do índice mínimo de álcool contida no texto legal foi uma mudança profunda que acarretou grandes divergências entre os tribunais. Não obstante haver entendimentos contrários, prevaleceu o de que o crime passou a ser de perigo abstrato que tutelava penalmente bens jurídicos individuais.

6.1.3 OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO E SUA CONSTITUCIONALIDADE

Em que pese o fato de alguns doutrinadores e magistrados defenderem que os crimes de perigo abstrato violam o princípio da ofensividade ou lesividade – uma vez que nenhum bem jurídico foi efetivamente atingido ou correu risco de agressão – e por isso seriam inconstitucionais, o Supremo Tribunal Federal – a quem cabe a última palavra em termos de constitucionalidade/inconstitucionalidade – não a vem acatando, e inclusive já decidiu por sua constitucionalidade:

“Habeas corpus. Penal. Delito de embriaguez ao volante. Art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Alegação de inconstitucionalidade do referido tipo penal por tratar-se de crime de perigo abstrato. Ordem denegada” (STF, Habeas Corpus 109.269/MG, 2ª T., rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE 11-10-2011).

O Ministro ainda faz uma comparação com o crime de porte ilegal de armas, apontando que não é necessário que o agente pratique efetivamente um ilícito com o emprego da arma de fogo para que o tipo penal seja caracterizado.

6.2 TENDÊNCIAS TEÓRICAS PARA A LEGITIMAÇÃO DOS DELITOS DE PERIGO ABSTRATO

Após a promulgação da Nova Lei Seca, o art. 306 do CTB ficou assim:

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:

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

§ 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por:

I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.

§ 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova

§ 3º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.

Considerando se tratar de um crime de perigo abstrato, principalmente diante da redação do art. 306 alterada pela Lei nº 12.760/2012, Leonardo Schmitt de Bem (2013) apresenta um estudo interessante de maneira a avaliar o aspecto relacionado à legitimidade da infração, apresentando cinco tendências teóricas de legitimação do delito.

6.2.1 DELITO DE PERIGO ABSTRATO COMO DELITO FORMAL

Em resumo, esta teoria entende a infração do art. 306 como um delito de perigo abstrato por se tratar, do mesmo modo, de um delito formal. Isto quer dizer que é desnecessário um exame de cada caso concreto com vistas a verificar a efetiva violação de algum bem jurídico, ou seja, pune-se pela desobediência à norma de cuidado.

Esta corrente afirma que há, com efeito, condutas que já trazem em si, independentemente de maiores pesquisas, um perigo à coletividade; que o referido perigo que advém dessas condutas é de notório conhecimento.

6.2.2 DELITO DE PERIGO ABSTRATO COMO DELITO DE PERIGOSIDADE CONCRETA

Hirsch e Wohlers (2007, apud GOMES, BEM, p. 41) definem estes delitos como os tipos penais que proíbem “condutas cuja perigosidade reside em que conduzem a situações não mais controláveis pelo autor e que, por essa razão, podem acarretar como consequência um perigo concreto aos correspondentes objetos jurídicos que entrem em seu âmbito de atuação”.

Esta doutrina é originária da Alemanha e, em termos práticos, significa que, numa perspectiva anterior ao evento – e não *ex post*, como nos crimes de perigo concreto – mesmo se o agente dirigir após a ingestão de álcool em concentração prevista no art. 306, § 1º, inciso I e/ou drogas, o que a

novel lei proíbe, se nenhum bem jurídico ingressar na “área de influência” da conduta, não haveria conduta perigosa em concreto.

6.2.3 DELITO DE PERIGO ABSTRATO COMO DELITO DE PERIGO GERAL

Tal doutrina baseia-se em dados estatísticos, referindo-se a condutas de massa nas quais se exige uma padronização comportamental para evitar-se a realização tipicamente penal. O trânsito seguro estaria incluído nesse rol, logo, buscar-se-ia uma padronização de comportamento na condução de veículos, abarcando a embriaguez ao volante como conduta a ser evitada.

Figueiredo Dias (1995, apud GOMES, BEM, 2013) aduz que não se deve no âmbito do Direito penal judicial, não obstante tenha o legislador presumido irrefragavelmente o perigo, porque sua possibilidade é grande, próxima ou provável, deixar de considerar os casos em que excepcionalmente o perigo não existe.

6.2.4 DELITO DE PERIGO ABSTRATO COMO DELITO DE POTENCIAL PERIGO

Fato relevante dessa construção é o de limitar o tipo penal objetivo pela criação de um risco proibido nos moldes da teoria da imputação objetiva. Sendo assim, a condução anormal de veículo automotor em razão da influência de álcool ou outra substância psicoativa, nos termos da nova redação do art. 306 do CTB, deve ser considerada – numa perspectiva *ex ante* – como a criação de risco proibido para os bens jurídicos individuais tutelados pela norma penal; assim haverá potencialidade lesiva na ação do motorista.

Desta forma, portanto, segundo esta teoria não se deve punir pela simples desobediência à norma, é preciso que o agente crie um risco proibido (superando o risco-base, ou seja, dirigindo sob a influência descrita no *caput* do

art. 306 do CTB), e que, além disso, haja bens jurídicos no raio de ação de suas condutas inapropriadas (dirigir em zigue-zague, em alta velocidade, etc) que possam ser ofendidos.

6.2.5 DELITO DE PERIGO ABSTRATO COMO DELITO DE PERIGOSIDADE REAL

Leonardo Schmitt de Bem introduz esta tendência doutrinária afirmando que a mesma se apresenta como uma concepção mais moderna de interpretação dos delitos de perigo abstrato, na qual se inclui a nova redação do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, citando o esclarecimento da doutrinadora ibérica Marina Lluçh, segundo a qual os delitos de perigosidade real “são delitos nos quais não se exige um resultado de risco para um concreto objeto de proteção, porém é exigida uma conduta *ex ante* perigosa para o bem jurídico, de forma que sua aplicação requer a constatação da perigosidade real da conduta no caso concreto” (LLUCH, apud GOMES, BEM, 2013, p. 51). No Brasil, assume essa posição Luiz Flávio Gomes.

Esta doutrina orienta a excluir da seara criminal as ações que, embora descritas no tipo penal, pelas circunstâncias em que ocorreram, não representam perigo para o bem jurídico tutelado. Sob este prisma, a perigosidade da conduta depende muito da análise cautelosa do julgador, requerendo sua comprovação em cada caso concreto. Para ilustrar, por exemplo, o motorista, embora seja flagrado dirigindo anormalmente um automóvel, estando com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool, se o fizer numa rua deserta, não havendo pessoas nas imediações do veículo, não há porque puni-lo.

Complementa Bem (2013, p. 52) que “existindo pessoas ou carros no raio de ação do automotor conduzido por agente sob a influência de álcool ou de drogas, a análise pelos juízes deverá ser teleológica, porque a aferição da tipicidade não deverá ocorrer unicamente pela descrição legislativa, sendo

necessário precisar a perigosidade da ação preposta e oposta à proteção dos bens jurídicos”.

6.2.6 NOSSA POSIÇÃO

Não obstante as pertinentes e respeitáveis correntes doutrinárias expostas por Leonardo Schmitt de Bem, a posição que adotaremos com relação à nova redação do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro será mista, a defendida por Eduardo Luiz Santos Cabette, a qual preconiza que se trata de crime de perigo abstrato, no caso do § 1º, inciso I; e de perigo concreto, no caso do § 1º, inciso II; por nos parecer a mais adequada.

Esta ideia será exposta no desenvolvimento do trabalho, e servirá de base para responder aos quesitos formulados.

6.3 OUTRAS CONSIDERAÇÕES

Analisaremos ainda, no trabalho de conclusão de curso, outras alterações trazidas pela Lei nº 12.760/12 e os dispositivos correlatos do Código de Trânsito Brasileiro, a Constituição Federal de 1988, o princípio da não autoincriminação e outros princípios correlatos, e a Resolução Contran nº 432, de 23 de janeiro de 2013.

7 METODOLOGIA

A metodologia empregada será inicialmente a elaboração de quesitos que nortearão o desenvolvimento do trabalho. Estabelecidas suas bases, buscaremos colher dados a partir de consultas a referenciais bibliográficos doutrinários, à jurisprudência e também a materiais colhidos em sítios da internet voltados à publicação abalizada de autores consagrados.

8 CRONOGRAMA DE ATIVIDADES

- Março/2013 – escolha do tema e delimitação do material a ser examinado;
- Abril/2013 – leitura do material;
- Maio e Junho/2013– leitura do material e produção textual;
- Julho/2013 a Outubro/2013 – produção textual e revisão;
- Outubro/2013 – entrega da monografia;
- Novembro/2013 – apresentação/defesa pública.

REFERÊNCIAS

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Nova lei seca**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1.

GOMES, Luiz Flávio, BEM, Leonardo Schmitt de. **Nova lei seca: comentários à lei n. 12.760, de 20-12-2012**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Ângelo Roberto. **Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição**. São Paulo: RT, 2006.