

**FACULDADES UNIFICADAS DE GUARAPARI**  
**CURSO DE DIREITO**

**REWERTON HENRIQUE BERTHOLI LOVATTI**

**A APLICABILIDADE DA LEI SECA FRENTE AOS PRINCÍPIOS DO  
DIREITO BRASILEIRO**

**GUARAPARI/ES**

**2015**

**REWERTON HENRIQUE BERTHOLI LOVATTI**

**A APLICABILIDADE DA LEI SECA FRENTE AOS PRINCÍPIOS DO  
DIREITO BRASILEIRO**

Monografia apresentada no Curso de Direito das Faculdades Unificadas de Guarapari, como requisito I para obtenção de Título de Bacharel em Direito.

**Professor Orientador Esp.  
Fabrício da Matta Corrêa.**

**GUARAPARI/ES  
2015**

**REWERTON HENRIQUE BERTHOLI LOVATTI**

**A APLICABILIDADE DA LEI SECA FRENTE AOS PRINCÍPIOS DO  
DIREITO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito das Faculdades Unificadas de Guarapari como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em \_\_\_\_ de julho de 2015

**BANCA EXAMINADORA**

---

Orientador Prof. Esp. Fabricio da Matta Correa

---

Prof. Avaliador

---

Prof. Avaliador

## **AGRADECIMENTO**

A Deus pela força da vida e a minha família pelo carinho e dedicação dados a minha pessoa durante todo o curso.

Ao Meu Orientador professor Fabrício da Mata Corrêa, pelo suporte na execução deste trabalho e as orientações valorosas.

A Todos que direta e indiretamente me ajudaram durante todo meu curso.

Aos meus pais, irmãos, minha namorada e a toda minha família que, com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida.

O Direito Penal é muito mais do que um instrumento opressivo em defesa do aparelho estatal. Exerce uma função de ordenação dos contatos sociais, estimulando práticas positivas e restando as perniciosas e, por essa razão, não pode ser fruto de uma elucubração abstrata ou da necessidade de atender a momentâneos apelos demagógicos, mas, ao contrário, refletir, com método e ciência, o justo anseio social (CAPEZ, 2011, p. 27).

## RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar as alterações dos dispositivos do Código de Trânsito Brasileiro trazidas pela nova Lei 12.760/2012 e seu confronto com os princípios constitucionais quanto à obrigatoriedade do teste do bafômetro e do exame de sangue. Será explanado também a força probatória dos outros meios de prova agora admitidos para caracterizar o crime de embriaguez ao volante. Para tanto, será explorado o dispositivo desde sua gênese até a atual redação legislativa. Por fim será examinada neste trabalho a natureza jurídica da infração em tela, desde sua evolução até os dias atuais, enfocando as divergências doutrinárias e jurisprudenciais até então em ênfase na seara jurídica.

**Palavras-chave:** Embriaguez ao volante, princípios constitucionais, perigo concreto, perigo abstrato, perigo abstrato de perigosidade real.

## ABSTRACT

This work aims to analyze the changes in the Brazilian Transit Code devices brought by the new Law 12,760 / 2012 and his confrontation with the constitutional principles when mandatory breath test and blood test. It will also explained the probative value of other evidence now admitted to characterize the driving drunken crime. For this, the device will be explored from its genesis to the current legislative drafting . Finally will be examined in this work the legal nature of the screen in violation, since its evolution to the present day, focusing on the doctrinal and jurisprudential differences hitherto emphasis on legal harves.

**Keywords:** Drunkenness at the wheel, constitutional principles , real danger , danger abstract , abstract danger of real danger.



## **LISTA DE SIGLAS**

CONTRAN – Conselho Nacional de Trânsito

CNT – Código Nacional de Trânsito

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CTB – Código de Trânsito Brasileiro

DENATRAN – Departamento Nacional de Trânsito

DETRAN – Departamento de

LCP – Lei de Contravenções Penais

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

TJRJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE A “LEI SECA”</b> .....	<b>12</b>
1.1. ASPECTOS HISTÓRICOS E JURÍDICOS DA LEI SECA .....	12
1.2. A HISTÓRIA DA LEI SECA NO BRASIL .....	13
1.3. CONCEITO DE TRÂNSITO .....	16
1.4. CONCEITO E DIAGNÓSTICO DE EMBRIAGUEZ.....	18
<b>2. TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE</b> .....	<b>21</b>
2.1. ESTRUTURA JURÍDICA DO CRIME DE “EMBRIAGUEZ AO VOLANTE” .....	21
2.2. CLASSIFICAÇÃO DO DELITO: PERIGO CONCRETO OU ABSTRATO.....	26
<b>3. A POLÊMICA SOBRE A QUESTÃO PROBATÓRIA DO CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE</b> .....	<b>34</b>
3.1. O USO DO BAFÔMETRO E O TESTE DE ALCOOLEMIA.....	34
3.2. A PRECARIIDADE DOS MEIOS DE PROVA ELENCADOS NA NOVA LEI SECA .....	36
<b>3.2.1. Agente da Autoridade de Trânsito.....</b>	<b>37</b>
<b>3.2.2- Exame Pericial.....</b>	<b>38</b>
<b>3.2.3- Testemunhas .....</b>	<b>40</b>
<b>3.2.4- Gravações Audiovisual.....</b>	<b>41</b>
<b>4. A NOVA LEI SECA.....</b>	<b>41</b>
4.1. OS IMPACTOS SOCIAIS E A EFICÁCIA DA LEI .....	41
<b>5. DA (IN) APLICABILIDADE DA LEI SECA FRENTE AOS PRINCÍPIOS DO DIREITO BRASILEIRO.....</b>	<b>45</b>
5.2- O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE (PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA) .....	47
5.3. O PRINCÍPIO LESIVIDADE (OFENSIVIDADE) .....	48
5.4. DA APLICAÇÃO DO PERIGO CONCRETO NO CRIME DO ARTIGO 306 CTB..	51
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>54</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>56</b>

## INTRODUÇÃO

Diante dos elevados números de casos de acidentes de trânsito decorrentes direta ou indiretamente do uso de bebida alcoólica ou consumo de outras substâncias psicoativas que causam dependência, e para atender aos anseios da população que, amedrontada pelos dados estatísticos exigem soluções do poder público, várias foram as transformações sofridas pelo Código de Trânsito Brasileiro.

As inúmeras reformas legislativas, ao longo dos anos, ao artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro geraram muitas polêmicas na seara jurídica, principalmente em relação à interpretação e aplicação dos dispositivos da norma, bem como sobre sua natureza jurídica, se a conduta tipificada na norma era de perigo concreto ou abstrato. O presente trabalho tem por escopo analisar a evolução do Código de Trânsito Brasileiro da sua origem até a “Nova Lei Seca”, Lei 12.760/2012, principalmente as modificações ao artigo 306 do CTB, o qual tipifica a conduta de embriaguez ao volante e o conflito da lei de forma geral com princípios basilares vigentes no Direito Penal e Processo Penal.

Abordar-se-á o conflito da lei com princípios constitucionais e os meios probatórios da conduta de embriaguez ao volante desde sua primeira edição até a hodierna redação da norma, mostrando as dificuldades de colheita destas provas, bem como suas fragilidades sob o aspecto constitucional.

Para atingir a finalidade a que se destina este trabalho, foram realizadas pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais a fim de trazer à baila a colocação dos principais doutrinadores e os posicionamentos dos tribunais pátrios sobre o assunto alvo do presente trabalho. Verifica-se que nem sempre as decisões na justiça têm levado em consideração o aspecto técnico-jurídico, mas muitas vezes são motivadas por uma pressão social diante da crescente violência no trânsito.

A temática deste trabalho é dividida em quatro capítulos. No primeiro, analisar-se-á os aspectos históricos e jurídicos da Lei Seca desde o seu surgimento nos Estados Unidos, estabelecendo uma comparação da aplicação da Lei Seca em outros países

e aqui no Brasil. Também será abordado o conceito de trânsito, bem como a origem da sua organização e disciplina no ordenamento jurídico do país. Por último, será falado sobre o conceito de diagnóstico da embriaguez, principalmente na esfera do direito.

No segundo capítulo será abordada de forma minuciosa e crítica a figura típica do crime de embriaguez ao volante disposto no artigo 306 do CTB e suas alterações desde o surgimento do diploma legal, com a Lei N. 9.503 de 1997, até os dias atuais, com a nova redação dada pela Lei 12.760/2012. Neste tópico também será ressaltada a natureza jurídica do delito em tela sob a óptica de cada reforma legislativa, com a análise sobre as divergências interpretativas que rodeiam o tema, se a conduta criminosa é de perigo concreto ou abstrato.

Em seguida, no terceiro capítulo, serão analisados os meios probatórios da conduta delitiva, também fazendo o percurso da sua gênese até a última edição com a “Nova Lei Seca”. Será demonstrada a fragilidade destas provas quando em confronto com princípios constitucionais aplicados ao Direito Processual Penal.

Por fim, no último capítulo haverá uma explanação mais sistemática sobre a “Nova Lei Seca”, os reais motivos de sua criação e promulgação e a pressão social para uma atuação mais evidente do poder público no problema da violência no trânsito. Será feita também uma análise da lei e o choque com princípios constitucionais, principalmente no que se refere à aplicação dos seus dispositivos.

Assim, diante de tantas discussões sobre a violação da Lei 12.760/2012, aos princípios essenciais do ordenamento jurídico pátrio e sobre polêmicas em relação à sua aplicabilidade, que um estudo sobre o assunto se faz necessário para esclarecer pontos que facilitem o entendimento e o aprimoramento da referida lei.

## **1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE A “LEI SECA”**

### **1.1. ASPECTOS HISTÓRICOS E JURÍDICOS DA LEI SECA**

O termo Lei Seca é de origem americana, quando no ano de 1920, a 18ª emenda constitucional instituiu a Lei Seca (o Ato Volstead ou Ato de Proibição Nacional) proibindo a fabricação, comércio, transporte, exportação e importação de bebidas alcoólicas nos Estados Unidos. Tais medidas atendiam ao clamor de movimentos religiosos e de vários setores da sociedade, e objetivavam resolver os problemas de pobreza e violência que assolava o país à época, vez que, às vistas do governo americano, o álcool era o principal culpado por estes males. Outra justificativa para implantação das medidas se assentou no fato da crise econômica que a nação americana enfrentou após a Primeira Guerra Mundial, exigindo o racionamento de alimentos, em especial o trigo e outros cereais utilizados na fabricação de bebidas. A proibição também tinha um cunho político de inibir o fortalecimento de diversos partidos de esquerda formados por imigrantes que, por sua vez, controlavam o comércio de bebida no país.

Assim, acreditava-se que a implantação da Lei Seca seria um estímulo à criação de empregos e, conseqüentemente, ao aumento na arrecadação de impostos, bem como ao crescimento econômico do país.

A lei em tela vigorou por um período de treze anos, contudo, seus efeitos foram totalmente avessos aos resultados esperados pelas autoridades americanas, que ficaram descredibilizadas perante a população, porque após a promulgação do ato de proibição nacional houve considerável aumento nos casos de corrupção, da criminalidade em vários estados da federação, e por sua vez o enriquecimento de grupos de mafiosos que contrabandeavam a bebida alcoólica do Canadá e Austrália para os Estados Unidos, tendo como representante o grande gângster Al Capone.

Nesta época era comum a criação de bares clandestinos, os speakeasies, onde as pessoas frequentavam para consumir o produto ilegal. Já outras pessoas preferiam a fabricação caseira da bebida alcoólica, muitas vezes de baixa qualidade e tóxicas.

Sob forte pressão dos partidos de oposição, que alegavam que a liberação da bebida alcoólica seria um fator importante para o estímulo econômico do país, vez que contribuiria para geração de mais empregos e arrecadação de mais impostos, Franklin Roosevelt, em março de 1933, liberou a legalização da cerveja, e após nove meses, em 05 de novembro do ano em referência, o ato de proibição nacional foi totalmente derrubado pela 21ª Emenda à Constituição, sendo a única lei revogada na constituição americana até os dias atuais.

Mister ressaltar que a expressão “Lei Seca” em sua origem faz referência a uma restrição total de bebida alcoólica, desde a fabricação, à sua venda, transporte e uso. Diferentemente da denominação aplicada aqui no Brasil que faz menção a inibição do uso de bebida na condução de veículo automotivo. Assim, hodiernamente fala-se também no termo “Lei Seca Parcial” que regula parte do comércio e consumo de bebidas alcoólicas nos países onde a substância é legalizada. Destarte, regula a venda e o consumo do álcool, proibindo ou restringindo, em determinados horários ou situações, geralmente sob o argumento de reduzir acidentes de trânsito ou diminuição do consumo de álcool pela população menor de dezoito anos.

Muitos países modificaram sua legislação de trânsito a fim de inibir a influência de álcool na condução de veículo automotor. A exemplo, pode-se citar a Noruega que, desde o ano de 1936, vem aperfeiçoando sua legislação de trânsito com o intuito de conter a combinação de bebida alcoólica e direção. Atualmente, neste país, o condutor que for flagrado dirigindo sob a influência de mais de dois decigramas de álcool por litro de sangue será punido com a perda da carteira de motorista por um ano, além de ser preso por um período mínimo de três semanas e lhe ser aplicada multas proporcionais a sua renda.

## 1.2. A HISTÓRIA DA LEI SECA NO BRASIL

No Brasil, o surgimento da Lei Seca também está relacionado ao elevado índice de acidentes e mortes no trânsito causado pelo consumo de álcool, fazendo o Governo enxergar o tema como questão de segurança e saúde pública. Assim, esta

percepção se traduziu em medidas que tinham por objetivo restringir o uso, propaganda bem como a venda de bebidas alcoólicas no trânsito.

Neste cenário, a Medida Provisória nº 415/08 introduziu a Lei Seca no país, vedando o comércio de bebidas alcoólicas na faixa de domínio com acesso direto às rodovias federais, além de limitar o consumo de álcool pelos motoristas, impondo sanções administrativas e/ou penais àqueles que fossem flagrados com um nível de álcool no sangue superior à 2dg/l.

Nota-se que, embora a edição da Medida Provisória estivesse em consonância com o tratamento dispensado hodiernamente por muitos países ao problema da associação do consumo do álcool e condução de veículo automotivo, não houve debates sociais nem implementação de políticas educativas prévias à imposição das referidas normas.

A Medida Provisória 415 foi transformada na lei 11.705 em 19 de junho de 2008, alterando o Código de Trânsito Brasileiro, enrijecendo o tratamento dado à conduta em tela neste trabalho. Assim, a referida lei estabeleceu que o condutor que fosse flagrado com o índice de álcool por litro de sangue entre 0,1mg a 0,29 mg estaria sujeito às medidas administrativas elencadas no artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB).

O motorista, contudo, que for flagrado dirigindo com 0,30 mg (ou 0,6 dg) de álcool por litro de sangue, além de lhe ser aplicadas as medidas administrativas acima citadas, ainda será enquadrado no crime de trânsito previsto no artigo 306 do CTB que prevê penas de detenção de seis meses a três anos e multa. Destarte, a partir da Lei 11705/2008, cometia delito àquele que fosse flagrado dirigindo veículo automotor sob a influência de álcool na concentração de seis decigramas por litro de sangue (condição necessária para tipificação do delito), estando passível à pena de detenção, multa e suspensão da habilitação para dirigir. Deste modo, o artigo 306 do CTB expressava:

Art. 306. 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:

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 (...).

Insta dizer que, antes da promulgação da lei em comento, o artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro não quantificava o índice de alcoolemia necessária para enquadrar o motorista no crime de trânsito. Destarte, sendo flagrado com qualquer concentração de álcool por litro de sangue bastava para a classificação do delito, conforme a antiga redação do artigo 306: "Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem (...).".

O artigo 276 do mesmo dispositivo legal, alterado também pela Lei 11.705/2008, caracteriza a conduta de dirigir sob a influência de álcool como ilícita independentemente da concentração da substância no sangue, conforme verifica-se: "Art. 276. Qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165 deste Código.

A fim de aferir a concentração de bebida alcoólica no condutor por meio do bafômetro, o Decreto Lei 6.488/08 regulamentou a Lei 11.705/08, estabelecendo que a concentração de seis decigramas por litro de sangue, mencionada no artigo 306 do CTB, equivale a 0,3 mg de ar expedidos pelos pulmões. Assim, verifica-se que a embriaguez foi objetivamente delimitada no artigo 306 do Código de Trânsito, sendo indispensável o teste do bafômetro ou exame de sangue para certificar objetivamente a concentração de álcool no organismo do condutor, pois esta quantidade mínima é considerada como elementar do crime de embriaguez ao volante com a promulgação da Lei 11.705/2008.

Por fim, em 20 de dezembro de 2012 foi sancionada a Lei 12.760, também denominada Nova Lei Seca, que alterou a Lei 11.705/2008 a fim de sanar as dificuldades de interpretação e aplicação do CTB, principalmente ao que se refere às questões probatórias da conduta de embriaguez ao volante. Diante da exigência de uma concentração mínima de álcool no sangue para se tipificar o crime de



embriaguez ao volante, apenas a prova pericial por meio do bafômetro ou exame sanguíneo poderia materializar o delito. Neste ponto, contudo surgiu a grande dificuldade na aplicação da Lei 11.705 que foi submeter os motoristas ao exame pericial voluntário, vez que, considerando o princípio da não autoincriminação, ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo. Dessa forma, foi visando suprir estas dificuldades que a nova Lei Seca entrou em vigor, contudo gerando tantos questionamentos e críticas quanto a anterior.

### 1.3. CONCEITO DE TRÂNSITO

Para a boa compreensão dos assuntos abordados neste trabalho, mister se faz conceituar o que significa trânsito e o que significa via.

A invenção da roda há cinco mil anos atrás, causou grandes transformações na vida das pessoas, principalmente devido à criação de diversos meios de transportes que este invento proporcionou. Como exemplo, tem-se a invenção do veículo automotivo no século XX que possibilitou ao homem percorrer distâncias entre localidades com mais rapidez e facilidade, fato este de grande importância para o desenvolvimento das sociedades. Em contrapartida, este desenvolvimento acabou ocasionando desordens e transtornos que forçaram a construção de estradas e a organização das vias urbanas, a fim de reduzir o desconforto da população e os acidentes de trânsito.

Hodiernamente, o veículo, principalmente pela comodidade que proporciona, tornou-se praticamente indispensável na vida das pessoas, que o utilizam para fins diversos como ir ao trabalho, status social, dentre outros motivos.

Há que se falar também das consequências negativas que esta dependência à utilização do veículo causou na vida das pessoas como os engarrafamentos, deficiência nos transportes coletivos, sem contar no grande número de acidentes com mortes no trânsito. Neste contexto, e para organizar e disciplinar o trânsito no Brasil, em 1997 foi sancionado o novo Código de Trânsito, sendo que este entrou em vigor em 22 de janeiro de 1998. Vale ressaltar que o primeiro código de trânsito no Brasil foi do ano de 1941 por meio do qual foi criado o Conselho Nacional de

Trânsito (CONTRAN). Com a crescente urbanização, o crescimento de frotas de veículos no país e a nova revisão das leis de trânsito em vigor culminaram com a aprovação do Código Nacional de Trânsito (CTN), instituído por meio da lei 5.108 de 21 de setembro de 1966 e que vigorou até a promulgação do código de trânsito atual.

Cabe ressaltar que a competência constitucionalmente atribuída para legislar sobre o trânsito no Brasil é privativamente da União, conforme artigo 22, inciso XI da Carta Magna.

O trânsito está assentado em três critérios (tripé do trânsito) que direcionam os planos a serem implantados para a fluidez e segurança no trânsito, que são: engenharia, esforço legal (legislação, justiça e policiamento) e educação.

A engenharia, além de ser responsável pela sinalização das vias públicas, é uma ciência que está associada ao estudo, planejamento, construção e manutenção de vias e veículos, visando oferecer segurança na movimentação de pessoas e mercadorias.

O esforço legal, a seu turno, está voltado à promoção e aplicação de medidas legais que têm por objetivo influenciar, prevenindo ou modificando os comportamentos inadequados dos motoristas. Nesta área está inserida a legislação com a criação de leis que visem a segurança no trânsito, bem como o policiamento, a fiscalização, a aplicação de sanções àqueles que transgrediram a lei.

Por fim, o terceiro critério, a educação está voltada a formação de todos os usuários do trânsito, que sejam pedestres, motoristas ou passageiros. É de plena importância por promover um relacionamento harmônico no trânsito.

O Código de Trânsito Brasileiro, em seu artigo 1º, § 1º conceitua trânsito como:

A utilização das vias por pessoas, veículos e animais, isolados ou em grupos, conduzidos ou não, para fins de circulação, parada, estacionamento e operação de carga ou descarga.

As vias, por sua vez, podem ser classificadas como as ruas, estradas, pistas, avenidas, etc. De acordo com o Anexo I do CTB, via é conceituada como: Superfície por onde transitam veículos, pessoas e animais, compreendendo a pista, a calçada, o acostamento, ilha e canteiro central". Sua classificação, conforme artigo 60, leva em consideração o fim a que se destina, bem como o espaço geográfico em que se situa.

Destarte, pode-se constatar que o sistema de trânsito é formado por três elementos que se encontram em constante interação, quais sejam, pessoas, veículos e meio ambiente/vias, e por isto são necessárias as regras de trânsito para orientar e disciplinar a conduta de todos os usuários deste sistema. Estas regras, contudo, devem estar em consonância com a ordem constitucional vigente a fim de não usurpar nenhum direito ou garantias constitucionais da pessoa.

#### 1.4. CONCEITO E DIAGNÓSTICO DE EMBRIAGUEZ

Verifica-se que de acordo com a legislação de trânsito, embriaguez não se refere apenas ao consumo de álcool, mas inclui também outras substâncias psicoativas. O artigo 6º da lei 11.705/2008 expõe que bebida alcoólica são "todas as bebidas potáveis que contenham álcool em sua composição, com grau de concentração igual ou superior a meio grau Gay-Lussac".

Assim, nos ensinamentos de Arnaldo Rizzardo:

A embriaguez corresponde a um estado temporário de intoxicação da pessoa, provocada pelo álcool ou substância análoga ou de semelhantes efeitos, que a priva do poder de autoridade de autocontrole e reduz ou anula a capacidade de entendimento (Rizzardo, 2003, p. 640).

Greco (2009, P.52) conceitua embriaguez alcoólica como "uma perturbação psicológica mais ou menos intensa, provocada pela ingestão do álcool, que leva a total ou parcial incapacidade de entendimento e volição".

Nas palavras de Maria Helena Diniz, entende-se por embriaguez:

Perturbação psíquico-somática passageira, em razão de intoxicação aguda e transitória, provocada por excessiva ingestão de bebidas alcoólicas, podendo liberar impulsos agressivos, estimular a libido e levar o indivíduo a

causar acidentes ou a praticar ações delituosas (DINIZ, Maria Helena, 1999. p. 296.).

Destaca-se que, a embriaguez alcoólica pode ser entendida como uma situação clínica transitória após a ingestão de álcool ou substância análoga, resultando um afrouxamento dos níveis de consciência, e conseqüentemente afetando a cognição do indivíduo, sua percepção, comportamento ou outras funções psicofisiológicas.

Insta ressaltar que os efeitos da ingestão de álcool variam de organismo para organismo, pois depende do nível de tolerância de cada pessoa à substância. Esta tolerância por sua vez é influenciada por vários fatores como hereditariedade, hábito de consumo da substância, constituição física, estados emocionais, dentre outros. Destarte, uma mesma quantidade de álcool ministrada pode ter efeitos diversos em cada indivíduo.

Muitos autores, a exemplo de Fernando Capez (2011, p. 338), classificam a embriaguez em três fases:

Excitação: estado eufórico inicial provocado pela inibição dos mecanismos de autocensura. O agente torna-se inconveniente, perde a acuidade visual e tem seu equilíbrio afetado. Em virtude de sua maior extroversão, esta fase denomina-se “fase do macaco”.

Depressão: passada a excitação inicial, estabelece-se uma confusão mental e há irritabilidade, que deixam o sujeito mais agressivo. Por isso, denomina-se “fase do leão”.

Sono: na sua última fase, e somente quando grandes doses são ingeridas, o agente fica em um estado de dormência profunda, com perda do controle sobre as funções fisiológicas. Nesta fase, conhecida como “fase do porco”, evidentemente, o ébrio só pode cometer delitos omissivos.

O diagnóstico da embriaguez não é presumido, antes deve ser comprovado por meio de exames clínicos, testes laboratoriais e provas testemunhais. A pesquisa bioquímica afere o índice de álcool presente no organismo do indivíduo. Os exames podem ser realizados com amostras de sangue, urina, saliva ou mesmo por meio do uso do bafômetro, aparelho no qual mede o índice de alcoolemia pelo ar expirado.

Cabe aqui destacar que apenas o exame bioquímico se mostra insuficiente para atestar um diagnóstico preciso de embriaguez, vez que, como já exposto, existem variações quanto à sensibilidade ao álcool entre os indivíduos, de modo que uma

mesma quantidade da substância pode gerar efeitos diferentes entre os consumidores.

Em vista do acima exposto, o exame clínico realizado por perito é uma técnica mais eficiente para atestar a embriaguez, porque possibilita ao legista verificar os reais efeitos da bebida alcoólica sobre a capacidade de julgamento e autodeterminação do examinado.

Por fim, a prova testemunhal é admitida para comprovação do estado de embriaguez, vez que, embora seja considerado um meio precário, é recepcionada principalmente nos casos em que o exame clínico e a análise bioquímica restam prejudicados.

## 2. TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE

### 2.1. ESTRUTURA JURÍDICA DO CRIME DE “EMBRIAGUEZ AO VOLANTE”

Antes a conduta de dirigir embriagado era considerada uma simples infração penal, contida no artigo 34 da Lei de Contravenções Penais, Decreto-Lei N.º 3.688/41:

Art. 34. Dirigir veículos na via pública, ou embarcações em águas públicas, pondo em perigo a segurança alheia: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de trezentos mil réis a dois contos de réis.

O Código de Trânsito Brasileiro, em sua primeira edição datada de 23 de setembro de 1997, criminalizou, em seu artigo 306, a referida conduta, visando proteger a segurança viária, conforme abaixo transcrito:

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

Analisando o referido artigo, constata-se que para caracterizar o tipo penal, não bastava estar dirigindo sob a influência de bebida alcoólica ou substância similar, sendo necessária a demonstração de que a conduta do agente expusesse à incolumidade pública a dano potencial. Desse modo, a configuração do crime se efetivava apenas quando comprovada a potencialidade do perigo.

Observa-se que, com a prática da conduta em tela, o agente responderia tanto administrativamente, conforme artigo 165, como também penalmente pelo artigo 306, ambos do CTB.

Diante de toda a dificuldade em se comprovar o perigo concreto para o devido enquadramento da conduta criminosa pelas autoridades competentes, e para dar uma resposta à sociedade em relação aos inúmeros problemas de acidentes no trânsito relacionados à combinação álcool e direção, a Lei 11.705/2008, também denominada de “Lei Seca,” foi editada e alterou o artigo 306 do CTB, dando-lhe nova

redação, deixando mais rígido o tratamento penal para com a conduta de embriaguez ao volante, anunciando assim o artigo em tese:

Art. 306. 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:

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.

Observa-se como requisito essencial para caracterização do delito, tanto na primeira edição do artigo 306 do CTB quanto na sua primeira revisão, a condução do veículo pela via pública. Este foi um desacerto do legislador, vez que a norma responsabilizava a conduta de dirigir embriagado se a condução do veículo fosse em local público. Sendo assim, dirigir embriagado em propriedade particular descaracterizava o crime.

Esta primeira revisão do Código de Trânsito Brasileiro não mais exigiu que a conduta de dirigir alcoolizado expusesse à ocorrência de dano potencial, bastando apenas que o agente condutor do veículo estivesse sob o efeito comprovado de certa quantidade mínima de álcool no sangue ou por ar alveolar. Assim, não configuraria crime caso a concentração mínima da substância exigida para a consumação do crime não fosse atingida. Administrativamente, contudo, o condutor que fosse flagrado dirigindo sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que ocasione dependência, independentemente da quantidade ingerida, teria sua habilitação suspensa por 12 meses, nos termos do artigo 165 que passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 165. 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.

Percebe-se que com esta edição do CTB o legislador utilizou a punição penal como um meio para refrear a combinação consumo de bebida alcoólica e direção. Insta

dizer que nem toda conduta socialmente rejeitada deve ter uma pena criminal correspondente a fim de não se banalizar o Direito Penal. Destarte, o Direito Penal só deve intervir imprescindivelmente quando medidas administrativas se mostrem ineficazes, contudo, com a edição desta nova revisão do CTB, o legislador, contrariando princípios constitucionais aplicáveis ao direito e ao processo penal, resolveu criminalizar a conduta em referência.

Diante dos aspectos técnicos existentes na Lei Seca, a materialidade delitiva da conduta só poderia ser aferida por meio de exame de sangue ou teste do etilômetro, necessitando, portanto, colaboração pessoal do agente para se submeter ao exame pericial. Neste sentido, ensina Fabrício da Mata Corrêa:

Esse sempre foi o maior dos problemas encontrados pelas autoridades no sentido de comprovar o cometimento do crime em questão, posto que por imposição de norma o crime só estaria consumado se ficasse comprovada concentração exata de álcool, o que dependia na prática da contribuição do próprio infrator, aceitando a se submeter à exames que indicassem a concentração do álcool.

Assim, diante da inviabilidade de se comprovar a conduta por meio testemunhal, e os condutores se valendo do princípio da não autoincriminação, no qual “ninguém é obrigado a criar prova contra si mesmo” se esquivavam em fornecer material para exames. Grande obstáculo, então, surgiu na aplicação da Lei Seca que acabou se tornando ineficaz para o fim a que se propunha, qual seja combater o uso de bebida alcoólica no trânsito. A este respeito diz Eduardo Cabette:

A Lei 11.705/08 criou um campo de impunidade ao estabelecer que a direção perigosa por abuso de álcool somente seria comprovada por meio da constatação da concentração de 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou exame de aparelho de ar alveolar com equivalência respectiva (3 décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões). Ao erigir a concentração etílica em elemento do tipo o legislador fez com que o dispositivo ficasse sob o controle não das agências estatais de repressão e prevenção, mas do próprio infrator.

Destarte, a Lei 11.705/2008 que alterou o CTB, embora tenha surgido com a intenção de maior repressão e tolerância zero em relação à prática em tela, na verdade dificultou a aplicação do artigo 306 do CTB, vez que o valor de álcool no



sangue determinado na lei constitui a elementar do tipo penal, fato que atravancou os meios probatórios por falta de colaboração voluntária do agente condutor.

Por outro lado, diante a percepção jurídica da nova edição do artigo 306 do CTB, frisa-se, de acordo com parte da jurisprudência, que não bastava, simplesmente, estar o agente alcoolizado, ou seja, acima do limite permitido, era necessário que este demonstrasse estar alterado e, com efeito, dirigisse de maneira anormal, causando risco à segurança viária.

Assim, subentende-se que se o agente dirigisse com quantidade superior a 6 (seis) decigramas, conforme a legislação previa, entretanto se a executasse de maneira normal, este não poderia ser punido penalmente, pois o fato seria atípico ante a inexistência de um risco concreto ao bem penalmente protegido, no caso em exame a incolumidade pública.

Nesse sentido, vejamos os julgados:

EMENTA: 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 11.705/2008 - NOVA INTERPRETAÇÃO DO DELITO DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE - AUSÊNCIA DE ELEMENTAR OBJETIVA DO TIPO - NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO RISCO NA CONDUTA - MATERIALIDADE COMPROVADA - EXAME DO BAFÔMETRO - AUTORIA INCONCLUSA - AGENTE DORMINDO NO INTERIOR DO VEÍCULO ESTACIONADO - ABSOLVIÇÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

1. Com o advento da Lei nº 11.705/2008, a conduta descrita no art. 306, do Código de Trânsito Brasileiro, refere-se a 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.2. Desta forma, não basta estar o agente 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 perigo.3. Apesar de comprovada 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.4. Recurso ao qual se nega provimento, a fim de manter inalterada a decisão ora hostilizada.

CRIMINAL. HC. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DO CTB. DELITO DE PERIGO CONCRETO DE DANO. REALIZAÇÃO DE EXAME BAFÔMETRO. PRESCINDIBILIDADE DE EXAME PERICIAL ESPECÍFICO.

ORDEM DENEGADA. I - 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 a comprovação de que a conduta revelou-se perigosa para terceiros, mesmo que indeterminadamente considerados. II - Ausente o dano potencial à coletividade, o fato será atípico penalmente, subsistindo, apenas, a responsabilidade administrativa, para a qual basta o perigo abstrato. III - Para a configuração do delito, faz-se necessária a comprovação da existência de potencialidade lesiva concreta. A materialidade do delito foi demonstrada pelo teste de alcoolemia realizado, o qual registrou uma concentração de álcool por litro de ar expelido dos pulmões acima do legalmente permitido. IV - Realizado o exame do "bafômetro" e verificada a concentração alcoólica de ar nos pulmões, que corresponde a concentração sanguínea acima do limite legal, não se pode falar em ausência de materialidade para a persecução penal, sob o argumento de ser imprescindível a realização de exame clínico específico para tal fim. V - Ordem denegada.

Neste contexto, a fim de corrigir as brechas e sanar os problemas apresentados na aplicação da Lei 11.705/2008, surge nova revisão do Código de Trânsito Brasileiro com a Lei 12.760 de 20 de janeiro de 2012, também chamada de "Nova Lei Seca". Esta nova revisão alterou os artigos 165, 262, 276, 277 e 306 do CTB, sendo que este último passou a vigorar com a seguinte redação:

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.

Diferente da Lei anterior, 11.705/2008, a qual continha no caput do artigo 306 a especificação da concentração etílica mínima para a configuração do delito, a lei 12.760 nada menciona a este respeito, o que enseja a interpretação de que a consumação do crime se daria estando sob a influência de qualquer quantidade de bebida alcoólica ou de outra substância psicoativa que determine dependência suficiente para alterar as capacidades psicomotoras do condutor. Assim, a elementar do tipo deixou de ser a concentração etílica mínima por litro de sangue e passou a

ser a capacidade psicomotora alterada devido ao consumo das substâncias supracitadas.

Com a análise do dispositivo em tela, observa-se a ampliação dos meios probatórios admitidos para a constatação da alteração da capacidade psicomotora do agente. Assim, na aplicação da lei 11.705/2008, apenas o exame de sangue ou o teste do bafômetro poderiam certificar a materialidade delitiva da conduta e dependiam da voluntariedade do condutor em se submeter à análise pericial. Mas agora, com a vigência da Nova Lei Seca, 12.760/2012, o CTB passa a admitir outros meios de provas além dos já mencionados, como a prova testemunhal, exame clínico, fotos, vídeos, dentre outros.

Estas reedições do Código de Trânsito Brasileiro no seio popular foram bem recepcionadas, porém, no meio jurídico estas alterações foram alvo de calorosas discussões e polêmicas em relação ao confronto da norma com a Carta Magna.

## 2.2. CLASSIFICAÇÃO DO DELITO: PERIGO CONCRETO OU ABSTRATO

Antes de adentrar especificamente para analisar o crime previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, mister se faz definir sucintamente o crime de perigo concreto e abstrato.

Os crimes de modo geral, quanto à lesividade, podem ser classificados como de dano ou de perigo. O crime de dano é aquele em que se concretiza a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado. Por sua vez, os crimes de perigo se consumam tão somente com a exposição do bem jurídico ao perigo, ou seja, com a mera possibilidade de dano.

Este perigo pode ser concreto, quando se necessita comprovar a situação de risco ao bem protegido penalmente, de modo que o perigo integra o tipo penal; ou pode ser perigo abstrato, no qual não há necessidade de provar o risco, vez que há apenas uma presunção legal do perigo ao bem jurídico.

Analisando o artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, em sua primeira redação (Lei 9.503/2007), constata-se que o crime de embriaguez ao volante buscava primeiramente proteger a segurança viária, e conseqüentemente o direito à vida, à integridade física e à saúde. O referido artigo, em sua gênese, era de perigo concreto, pois necessário se fazia que a conduta de dirigir embriagado gerasse um dano potencial, ou seja, um perigo concreto. Neste sentido, também era a orientação da jurisprudência à época, conforme se verifica no entendimento do TJDF:

PENAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ARTIGO 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. CRIME DE PERIGO CONCRETO. DEMONSTRAÇÃO DO DANO POTENCIAL. Por ser crime de perigo concreto, a embriaguez ao volante (art. 306 do CTB) necessita, para sua caracterização, da demonstração do dano potencial, o que restou comprovado pelo conjunto probatório dos autos. Recurso desprovido.

Ressalta-se que, para enquadrar a conduta do motorista no tipo penal de embriaguez ao volante era necessário provar, no curso da ação penal, o comportamento inadequado sob a influência de álcool que expunha em perigo o bem jurídico tutelado, como excesso de velocidade, manobras perigosas, dirigir em cima da calçada, zigue zague, dentre outros. Insta dizer que administrativamente, o artigo 165 dispunha que dirigir sob a influência de álcool acima de 0,6 dg/l de sangue era considerado infração de trânsito.

Com o advento da primeira revisão do CTB pela Lei Seca, a conduta delitiva passou a ser considerada como de perigo abstrato, no qual não mais se exigia o “dano potencial” para a materialização do tipo penal, bastando para isto somente o condutor ser flagrado sob a influência de bebida alcoólica no índice de 0,6 dg/l de sangue ou de outra substância psicoativa que determine dependência, pois diante do excesso legal, presumia-se que o agente estaria colocando em risco a segurança viária.

A análise do artigo 306 do CTB após a revisão pela lei 11.405/2008 leva ao entendimento da presunção de risco pelo legislador que enquadrou a conduta descrita no referido artigo como perigosa, ainda que o motorista sob a influência de índice de alcoolemia estipulado conduza o veículo automotor de maneira normal.

Observa-se também que a objetividade jurídica do delito não mudou em relação a sua redação original, ou seja, continuou sendo a segurança viária.

Importante ressaltar que, embora a corrente majoritária sustentasse a classificação da conduta penal em comento, houve muitos questionamentos a respeito da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato sob a alegação de ofenderem o princípio da lesividade no qual só existe crime com a efetiva ofensa ao bem jurídico protegido ou quando o mesmo é posto em perigo.

Incitado a decidir a questão da constitucionalidade do artigo 306 do CTB por meio do Recurso Ordinário em Habeas Corpus, RHC 110258/DF, Relator o Min. Dias Toffoli, julgado no dia 08/05/2012, O Supremo Tribunal Federal decidiu que:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (ART. 306 DA LEI Nº 9.503/97). ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO TIPO POR SER REFERIR A CRIME DE PERIGO ABSTRATO. NÃO OCORRÊNCIA. PERIGO CONCRETO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência é pacífica no sentido de reconhecer a aplicabilidade do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro – delito de embriaguez ao volante –, não prosperando a alegação de que o mencionado dispositivo, por se referir a crime de perigo abstrato, não é aceito pelo ordenamento jurídico brasileiro. 2. Esta Suprema Corte entende que, com o advento da Lei nº 11.705/08, inseriu-se a quantidade mínima exigível de álcool no sangue para se configurar o crime de embriaguez ao volante e se excluiu a necessidade de exposição de dano potencial, sendo certo que a comprovação da mencionada quantidade de álcool no sangue pode ser feita pela utilização do teste do bafômetro ou pelo exame de sangue, o que ocorreu na hipótese dos autos. 3. Recurso não provido.

A terceira formatação do artigo 306 do CTB ocorreu com a Lei 12.760 de 2012 e tem gerado discussões sobre a continuidade ou não da classificação do crime como de perigo abstrato ou se retorna a ser classificado como de perigo concreto, ou ainda se é um crime de perigo real. Verifica-se, com a lei atual, uma evidente transformação na estrutura do artigo em comento. O legislador em 2008 estruturou o dispositivo de forma a conter um caput onde se descrevia a conduta ilícita, e um parágrafo único, no qual estabelecia que “o Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo”.

Conforme já exposto, com a alteração vigente atualmente, a estrutura do artigo 306 é composta de um caput e três parágrafos:

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.

O legislador transformou totalmente a redação que prevalecia originalmente em 1997 ao suprimir da elementar o termo via pública. Também a concentração etílica não mais se configura em um elemento do tipo, mas sim como mero meio de prova. Assim, analisando o caput atual do dispositivo em tela, a capacidade psicomotora alterada em razão de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência é necessária para configurar o crime, conforme leciona Luiz Flávio Gomes:

Agora é preciso que o condutor esteja com capacidade psicomotora alterada, além da ingestão de álcool, ou seja, é necessário que coloque indeterminadamente em risco a vida, a integridade física ou o patrimônio alheio, que rebaixe concretamente o nível da segurança viária. Não é preciso ter vítima concreta. Basta a comprovação de que o agente não estava em condições de dirigir com segurança (capacidade psicomotora alterada). (GOMES,2013, p.95).

Insta ressaltar que para configurar o crime, não é necessária a supressão total da capacidade motora, bastando a simples alteração, ou seja, que se evidencie fora da normalidade. Também é importante que esta alteração tenha ligação direta ao uso de bebida alcoólica ou outra substância psicoativa que determine dependência.

Embora a Nova Lei Seca tenha suprimido do caput do artigo 306 do CTB o índice de alcoolemia tolerado, esta exigência, contudo, ainda deve ser observada conforme

previsto no inciso I do parágrafo primeiro do referido artigo, de acordo com os ensinamentos de Fernando Nogueira:

Como a adequação da conduta à norma penal incriminadora não se resolve pela aplicação isolada do “caput” do preceito e precisamos ainda, por força do princípio da taxatividade em matéria penal, recorrer às disposições do parágrafo primeiro, continuamos vinculados à exigência de concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou superior a 0,3 miligramas de álcool por litro de ar alveolar. (NOGUEIRA, Fernando. 2013, p. 189).

Assim, mesmo diante de toda polêmica em relação à interpretação do texto legal, percebe-se que apesar da mudança na estrutura em relação à redação dada pela lei 11.705/2008, o conteúdo do artigo 306 do CTB ainda continua similar ao da referida lei. Assim, a primeira corrente, ainda considera o referido dispositivo como uma infração de perito abstrato, conforme as palavras de Renato Marcão:

A Lei 11.705, de 19 de junho de 2008, deu nova redação ao caput do artigo 306 do CTB e deixou de exigir a ocorrência de perigo concreto, sendo certo que as alterações introduzidas com a Lei 12.760, de 20 de dezembro de 2012, não modificaram esta realidade jurídica. Conduzir veículo nas condições do artigo 306, caput, do Código de Trânsito Brasileiro, é conduta que, por si, independentemente de qualquer outro acontecimento, gera perigo suficiente ao bem jurídico tutelado, de modo a justificar a imposição de pena criminal. Não se exige um conduzir anormal, manobras perigosas que exponham a dano efetivo a incolumidade de outrem. O crime é de perigo abstrato; presumido.

Por esta hipótese, a maneira como o condutor dirige o veículo pouco importa na caracterização do crime, valendo o mesmo ser flagrado dirigindo nas condições redigidas no parágrafo primeiro, inciso um da lei. Recusando-se, contudo, a se submeter aos exames periciais a exemplo do teste do bafômetro, a constatação da embriaguez se fará por meio de sinais que indiquem a alteração da capacidade psicomotora.

A segunda corrente, por sua vez, defende a hipótese de perigo concreto, alegando que analisar o crime de embriaguez ao volante como de perigo abstrato, fere princípios constitucionais, pois só é permitido criminalizar a conduta daquele que exponha um bem jurídico a um dano potencial. Assim, conforme esta corrente, analisar o crime de embriaguez ao volante como de perigo abstrato presumido é inconstitucional por legitimar a segregação penal, fundamentada em um provável

risco de lesão. Destarte, é essencial para caracterizar a conduta delitiva, além da constatação da embriaguez, que o condutor esteja dirigindo o veículo de maneira perigosa e com risco de dano a um bem juridicamente protegido. Defensor desta corrente, Thiago Solon Gonçalves Albeche expõe que:

Neste contexto, trabalhar com a ideia de que, uma vez constatados 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar, o crime estará caracterizado de plano, é desconstruir a alteração que o legislador fez no caput do art. 306, CTB. A opção legislativa foi de privilegiar a influência de álcool alteradora dos sentidos, e não números rígidos de concentração alcoólica. Isto porque haverá indivíduos com tolerância mais acentuada ou não ao álcool que poderão apresentar concentração etílica muito superior os níveis previstos na lei e, nem assim, apresentarão comprometimento das atividades psicomotoras. Outros, com dois copos de cerveja, terão exaltação ou torpor suficiente para causar sensível alteração em suas habilidades mentais e físicas e, desde já, ficarem inaptos a guiar veículos automotores. Deste modo, tem-se que a mera constatação dos níveis de 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar não constitui presunção absoluta de atividade psicomotora alterada pelo uso de álcool. Isto pode não se confirmar no mundo dos fatos e a lei não pode se dissociar desta realidade. (Albeche, Thiago Solon Gonçalves, 2013).

Em um julgado de outubro do ano de 2014, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro corrobora com esta corrente, inclinando-se para a hipótese de perigo concreto, ao se pronunciar da seguinte maneira:

Apelação: embriaguez ao volante. Lesão corporal culposa praticada na direção de veículo automotor majorada por omissão de socorro. Desacato. Concurso material. Apelante condenada pela prática dos crimes previstos nos artigos 306, caput, 303, parágrafo único c/c 302, parágrafo único, III, todos da lei nº 9.503/97 (código de trânsito brasileiro) e artigo 331 do CP, n/ do art. 69 do CP, [...] recurso que merece ser parcialmente provido. Embriaguez ao volante. Materialidade e autoria devidamente demonstradas pelas provas pericial e oral. Cediço que, para a configuração do delito previsto no artigo 306 do código de trânsito brasileiro, há de existir a ocorrência de perigo concreto à incolumidade pública, e no caso dos autos, ao contrário do que sustenta a combativa defesa, houve essa comprovação, eis que as testemunhas confirmaram a anormalidade na condução do veículo (zigzague), sendo a apelante abordada por tal razão e em virtude do atropelamento a um gari, bem como pelo fato de ter lesionado o braço do policial militar Eduardo, e não em função da operação da “lei seca”, que ainda estava sendo montada. [...]

Analisa-se, portanto, que, de acordo com a segunda corrente, na qual defende que o crime tipificado no artigo 306 do CTB, após a nova alteração, é de perigo concreto, caso o motorista seja flagrado com o limite de álcool no sangue acima do permitido,



porém esteja dirigindo de maneira regular, a conduta neste caso seria atípica, vez que a capacidade psicomotora não estaria alterada.

Uma terceira corrente surgiu para explicar a natureza jurídica do artigo em tela, defendendo a ideia de que o crime de embriaguez ao volante pode ser caracterizado tanto de perigo concreto como de perigo abstrato, conforme o comportamento do agente no momento da produção de prova. Assim, o crime seria de perigo abstrato quando o condutor se submeter ao exame de bafômetro ou de sangue e estes atestarem índice de alcoolemia acima do permitido na lei, pois neste caso há uma presunção legal da capacidade psicomotora alterada do condutor. Por outro lado, o crime seria de perigo concreto quando o condutor se recusar submeter aos testes supracitados e a constatação da embriaguez se faz por exames clínicos que evidenciem a sua capacidade psicomotora alterada. Defensor desta corrente, Rogério Sanches Cunha, diz que:

O crime de embriaguez ao volante pode ser tratado como um crime de perigo abstrato ou concreto, dependendo. Primeiro, nos termos do Art. 306, inciso I, o crime é de perigo abstrato. Se o agente for surpreendido conduzindo seu veículo automotor com concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligramas por litro de ar alveolar, o crime está caracterizado, e o perigo é totalmente presumido por lei. Esta concentração de álcool no organismo autoriza e legitima o legislador a presumir de forma absoluta o perigo advindo da sua conduta. Porém, se o agente se recusa a se submeter aos exames, ou qualquer outro instrumento de prova, como o bafômetro, que comprovem esta concentração de álcool no organismo, cabe a autoridade comprovar a existência de sinais que indiquem a alteração da capacidade psicomotora, e um destes sinais é a condução anormal do veículo, caracterizando aqui um crime de perigo concreto. Necessitando aqui, dos sinais que indiquem a alteração psicomotora, mais condução anormal do veículo, mais risco a uma pessoa certa e determinada. (CUNHA, Rogério Sanches, 2013).

O professor Luiz Flávio Gomes defende uma quarta corrente ao afirmar que o crime de embriaguez ao volante nos termos atualmente vigente é de perigo abstrato de periculosidade real. Assim, o condutor pego em uma fiscalização de trânsito com índice etílico acima dos limites redigidos na lei, ou apresentando sinais que atestem capacidade psicomotora alterada, ademais conduzindo o carro de forma irregular, exaure o crime, sem a necessidade de existir uma vítima concreta, determinada.

Conforme os ensinamentos do ilustre jurista:

Uma concepção mais moderna interpreta os delitos de perigo abstrato, aí incluso o art. 306 do Código de Trânsito, como delito de perigosidade real. A espanhola Marina Lluch esclarece que “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 de perigosidade real da conduta no caso concreto”. Entre nós, assume essa posição Luiz Flávio Gomes, substituindo a orientação anterior atinente ao delito do art. 306 do CTB com redação dada pela Lei n. 11.705/2008, quando classificava a infração como um crime de perigo concreto indeterminado. Segundo o penalista, é necessário que algum bem jurídico (vida, integridade física ou patrimônio) entre no raio de ação da real periculosidade da conduta, não sendo necessário haver vítima concreta, mas, sim, vítima indeterminada.

Analisando as quatro posições doutrinárias sobre o crime tipificado no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, acredita-se que a segunda corrente é a melhor e mais justa, visto que adéqua a norma aos fatos concretos e aos valores vigentes no ordenamento jurídico pátrio. Considerando que o bem tutelado pelo dispositivo em questão é a segurança jurídica, a condução anormal consequente da ingestão de bebida alcoólica acima do permitido não bastaria para caracterizar o crime, vez que seria imprescindível a exigência da elementar do tipo, qual seja, a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência. Portanto, defende-se que a corrente doutrinária a qual defende que o crime em tela é de perigo concreto é a mais coerente.

Ainda nesse entendimento, cumpre frisar, em uma analogia periférica com o direito civil, onde o acessório segue o principal, que para uma efetiva punição penal, seria necessário a presença de 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, juntamente com a capacidade psicomotora alterada, elementar do tipo penal, caso contrário, inexistindo o principal, quero dizer, a elementar do tipo, o fato seria atípico e não poderia ser punível na esfera penal, ante a necessidade de exposição a um perigo concreto e, acima de tudo, em respeito ao princípio da lesividade, que posteriormente será abordado.

### **3. A POLÊMICA SOBRE A QUESTÃO PROBATÓRIA DO CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE**

#### **3.1. O USO DO BAFÔMETRO E O TESTE DE ALCOOLEMIA**

Com o advento da Lei 11.705/2008, mudou a redação do tipo penal do artigo 306 do CTB, alterando a forma de enquadramento no crime de embriaguez ao volante, pois não mais se exigia a ocorrência de dano potencial. A elementar do tipo passou a ser conduzir veículo apresentando um índice etílico superior a 06dg/l de álcool no sangue. Destarte, a concentração etílica redigida na lei tornou-se imprescindível para caracterização do crime.

No parágrafo único da referida lei previa que o Poder Executivo estipulasse parâmetros de equivalência entre os distintos testes capazes de aferir o índice de álcool no organismo do condutor. Buscando, então regulamentar as alterações no artigo 306 do CTB, foi publicado o Decreto 6.488 de 19 de junho 2008 estabelecendo em seu artigo segundo os determinados critérios de aferição:

Art. 2º. Para os efeitos criminais de que trata o art. 306 da Lei nº 9.503, de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro, a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia é a seguinte: I – exame de sangue: concentração igual ou superior a seis decigramas de álcool por litro de sangue; ou II – teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro): concentração de álcool igual ou superior a três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões.

O referido Decreto também se manifestou no sentido de que as margens de tolerância de alcoolemia para casos específicos seriam delimitadas pelo Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN).

Assim, como meio de prova foi instituído o uso do etilômetro, vulgarmente conhecido como bafômetro, instrumento utilizado pela fiscalização do trânsito com a finalidade de aferir a taxa de alcoolemia por meio da análise do ar expirado pelo condutor. Por meio da utilização deste aparelho, nos termos do que foi definido no Decreto 6.488/2008, a infração delitiva estaria caracterizada quando atingido o nível de álcool no ar alveolar pulmonar igual ou superior a 0,3 mg/l.

Muitos questionamentos surgiram sobre a utilização, uso do bafômetro como meio de prova sob a alegação do mesmo não ser um instrumento apto e confiável para o fim a que se destinava, vez que, nas palavras de Vinicius Peluso (2008, p.16) “o etilômetro utiliza meio e medida diversos ao analisar a quantidade de álcool por litro de ar expelido dos pulmões do condutor”.

Segundo esta corrente doutrinária, o exame hematológico, nos termos da lei, seria o único meio probatório para se aferir a conduta delitiva, sendo a prova obtida por meio do bafômetro imprestável na esfera penal, podendo ser usada apenas administrativamente. Nestes termos só seria aceitável o exame que aferisse a concentração de álcool no sangue, não se acolhendo a prova colhida por meio do exame que afere o índice alcoólico por litro de ar expirado dos pulmões.

O teste de alcoolemia, conforme resolução 432 do CONTRAN é também um meio de prova do delito em questão. O referido teste é um exame laboratorial de sangue que mede a taxa de álcool no organismo do motorista ou a presença de demais substâncias psicoativas.

Nesta feita, verifica-se que na vigência da Lei 11.705/2008, o teste do bafômetro e o teste de alcoolemia eram os únicos meios de prova objetivos para configuração do tipo delitivo, não sendo aceitável a prova testemunhal, o exame clínico ou outros meios, pois o referido dispositivo fixou critérios técnicos. Neste ponto, contudo, residia o maior problema da referida lei, pois para colher tais provas era imprescindível a submissão voluntária do agente aos exames, paralisando assim o judiciário, inviabilizando a aplicação da lei, pois, observando o princípio da não autoincriminação, ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo. Aí se encontra a grande fragilidade destas técnicas como meios de prova.

Àqueles que se submetiam aos testes, em sua maioria os faziam coagidos, vez que a própria lei dispunha que caso o condutor se recusasse a fazer os exames que aferissem sua condição estaria sujeito às penalidades administrativas elencadas no artigo 165 do CTB, conforme se verifica no parágrafo terceiro do artigo 277 do mesmo código, incluído pela Lei seca, quando diz que:

Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo.

Certo é que esta norma afrontou claramente os princípios constitucionais da não autoincriminação (a reserva do *nemo tenetur se detegere*) e o da presunção da inocência.

### 3.2. A PRECARIEDADE DOS MEIOS DE PROVA ELENCADOS NA NOVA LEI SECA

A fim de sanar todas problemáticas na aplicabilidade da Lei 11.705/2008 já expostas neste trabalho, principalmente em relação a ineficácia probatória, o legislador também com o intuito de atender aos anseios sociais devido ao elevado índice de acidentes no trânsito, elabora um novo diploma, a Lei 12.760/2012 também chamada de Nova Lei Seca. Esta lei reedita o artigo 306 do CTB, ampliando os meios de provas capazes de caracterizar o crime de embriaguez ao volante. De acordo com os ensinamentos de Fernando Capez (2005, p.272) “meio de prova compreende tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à demonstração da verdade que se busca no processo”.

Com a edição da “Nova Lei Seca”, o teste do bafômetro e o exame hematológico perderam a sua obrigatoriedade e outras provas foram eleitas para contestação da ebriedade do condutor, dentre estas, cita-se a prova testemunhal, imagens, perícia, exame clínico, vídeos e outros meios admitidos em direito. Necessário ressaltar que o exame de sangue e o teste do etilômetro são considerados provas lícitas desde que haja consentimento do agente para sua realização. Neste sentido, pode até mesmo ser realizado como contraprova, pois, não sendo aferida a concentração de álcool estabelecida por lei, as demais provas hodiernamente admitidas tornam-se invalidadas.

Com a Lei 12.760/2012 muitos questionamentos surgiram a respeito do fato de se configurar apenas com a constatação do índice de alcoolemia redigido em lei, vez que o caput do artigo 306 faz menção à alteração da capacidade psicomotora como

elementar para aperfeiçoamento da conduta delitiva e inciso primeiro, parágrafo primeiro, contudo, leva ao entendimento de que a constatação da concentração de álcool nos níveis descrito na lei por si só configuraria a embriaguez ao volante, por ser o único meio de prova contundente e legal para tanto. Destarte, diante da ausência ainda de um posicionamento uniforme sobre o assunto, a questão está na dependência da interpretação dada pelo operador do direito que deve levar em conta as peculiaridades de cada caso, bem como a individualidade do agente, vez que o mesmo índice de alcoolemia age de modo diverso em diferentes sujeitos, causando diferentes graus de alteração na capacidade psicomotora.

### **3.2.1. Agente da Autoridade de Trânsito.**

A Resolução 432 de 23 de janeiro de 2013 do CONTRAN regulamentou os procedimentos adotados pelas autoridades e agentes de trânsito na fiscalização do uso de bebida alcoólica ou outras substâncias psicoativas que causem dependência. O agente da autoridade de trânsito, conforme anexo I do CTB é “pessoa, civil ou policial militar, credenciada pela autoridade de trânsito para o exercício das atividades de fiscalização, operação, policiamento ostensivo de trânsito ou patrulhamento”.

De acordo com a “Nova Lei Seca”, o agente de fiscalização de trânsito tem capacidade para constatar sinais no condutor que indiquem seu estado de embriedade. A Resolução nº 432 do CONTRAN, em seu Anexo II, elenca os possíveis indícios que deverão ser observados no condutor pelo agente, quais sejam:

VI. Sinais observados pelo agente fiscalizador: a. Quanto à aparência, se o condutor apresenta: i. Sonolência; ii. Olhos vermelhos; iii. Vômito; iv. Soluços; v. Desordem nas vestes; vi. Odor de álcool no hálito. b. Quanto à atitude, se o condutor apresenta: i. Agressividade; ii. Arrogância; iii. Exaltação; iv. Ironia; v. Falante; vi. Dispersão. c. Quanto à orientação, se o condutor: i. sabe onde está; ii. sabe a data e a hora. d. Quanto à memória, se o condutor: i. sabe seu endereço; ii. lembra dos atos cometidos; e. Quanto à capacidade motora e verbal, se o condutor apresenta: i. Dificuldade no equilíbrio; ii. Fala alterada.

Analisando todo o exposto neste tópico, verifica-se que os sinais dispostos na resolução supracitada apresentam elevado grau de subjetividade, o que deixa o

condutor a mercê do poder discricionário do agente de fiscalização que atestará a suposta alteração da capacidade psicomotora, entretanto pautado em frágeis sinais veiculados pela norma legal, como desordens nas vestes, sonolência, arrogância, critérios estes que, além de não serem objetivos e aptos suficientemente a caracterizar um estado de embriedade, dependem das impressões pessoais daquele que analisa.

Tal problema se intensifica ao se considerar que o agente de fiscalização não possui conhecimentos técnico-científicos para atestar com segurança o estado de embriaguez de uma pessoa, mas ao mesmo tempo está amparado por uma presunção relativa da veracidade de suas palavras.

### **3.2.2- Exame Pericial**

Exame pericial é àquele realizado em pessoas ou coisas por profissional especialista em determinado assunto, com a finalidade de esclarecer dúvidas sobre questões imprescindíveis na resolução de uma questão judicial. Destarte, conforme os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 383), perícia pode ser conceituada como “exame de algo ou alguém, realizado por técnicos ou especialistas em determinados assuntos, podendo fazer afirmações ou extrair conclusões pertinentes ao processo penal. ”.

Fernando Capez (2005, p. 272) por sua vez conceitua perícia como “um juízo de valoração científico, artístico, contábil, avaliatório ou técnico, exercido por especialista”.

Embora não exista hierarquia entre os meios de prova admitidos no direito, ou seja, não existe uma diferenciação ou tarifação de provas, há doutrinadores que atribuem ao exame pericial um valor especial, a exemplo de Fernando Capez (2005, p.291) quando diz que a perícia é “um *plus* em relação à prova e um *minus* em relação à sentença”. Insta dizer, contudo, que o juiz em sua decisão não se vincula ao laudo pericial, podendo até mesmo, desde que devidamente fundamentado, rejeitar o referido documento probatório.

O artigo 158 do Código de Processo Penal dispõe que “Quando a infração deixar vestígios será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.” Verifica-se que, embora o crime tipificado no artigo 306 do CTB seja uma infração que deixe vestígios, na prática nem sempre o judiciário exige submissão do agente ao exame de corpo e delito sob a alegação da jurisprudência de que a aplicação do dispositivo contido no artigo 158 do CPP não é absoluta, pois a falta do exame pericial pode ser suprida com outros meios probatórios. Neste sentido foi o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no julgamento abaixo descrito:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CONDUÇÃO SOB A INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL (ART. 306, CBT). PROVA MATERIAL. PRESCINDIBILIDADE DE TESTE OU EXAME PERICIAL. ART. 158 DO CPP. DISCUSSÃO SOBRE A NATUREZA DA INFRAÇÃO. EXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. INDEPENDÊNCIAS DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E PENAL. I - Afigura-se insuscetível de análise na célere via do writ a alegação de nulidade de prova relativa ao teste de dosagem alcoólica (teste do bafômetro), haja vista que a mesma reclama o revolvimento de questões fático-probatórias não demonstradas, de plano, na impetração. II - Havendo outros elementos probatórios, de regra, lícitos, legítimos e adequados para demonstrar a verdade judicialmente válida dos fatos, não há razão para desconsiderá-los sob o pretexto de que o art. 158 do CPP admite, para fins de comprovação da conduta delitiva, apenas e tão-somente, o respectivo exame pericial. III - Existindo nos autos elementos que evidenciem, a princípio, a perpetração da infração delineada no art. 306 do CPP, não há como trancar a ação penal, sob a argumentação de atipicidade do delito, sem o necessário cotejo analítico do material cognitivo. IV - A propositura de ação penal não se vincula, na espécie, à decisão proferida na esfera administrativa, haja vista a independência das instâncias. Writ denegado. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. RHC 13.215/SC).

Destarte, para a jurisprudência é prescindível o disposto no artigo 158 do CPP nos casos que envolvem o crime de embriaguez ao volante. A debilidade do exame de corpo de delito, todavia, reside no fato do deslocamento do condutor ao órgão responsável por realizar o procedimento, vez que este intervalo de tempo entre o flagrante e a colheita de prova pode inviabilizar os resultados devido à supressão de sinais que constatem o estado de embriaguez. Nisto consiste o problema de sua aplicabilidade.



### 3.2.3- Testemunhas

A prova testemunhal, também chamada de prova histórica ou pessoal é considerada válida e de credibilidade no âmbito da legislação processual penal. Manzini define testemunha como:

Testemunho é a declaração, positiva ou negativa, da verdade feita ante o Magistrado penal por uma pessoa (testemunha) distinta dos sujeitos principais do processo penal sobre percepções sensoriais recebidas pelo declarante, fora do processo penal, a respeito de um fato passado e dirigida à comprovação da verdade. (MANZINI, 1952, P. 220).

Verifica-se que a nova reedição do artigo 306 do CTB conferiu importância a este meio de prova que pode ser recolhida por uma pessoa que não tem interesse no desfecho e não está diretamente ligada ao delito. O relato da testemunha, contudo, nem sempre é fiel aos fatos acontecidos em decorrência de aspectos físicos e psicológicos envolvidos na formação dos processos perceptivos, como idade, distúrbios físicos ou mentais, nível de atenção, capacidade de memorização, dentre outros. Cordero, apud Aury Lopes, diz que:

(...) A objetividade do testemunho, exigida pela norma processual (art. 213 do CPP), é ilusória para quem considera a interioridade neuropsíquica, na medida em que o aparato sensorial elege os possíveis estímulos, que são codificados segundo os modelos relativos de cada indivíduo e as impressões integram uma experiência perceptiva, cujos fantasmas variam muito no processo mnemônico (memória). E essa variação é ainda influenciada conforme a recordação seja espontânea ou solicitada, principalmente diante da complexidade fática que envolve o ato de testemunhar em juízo, fortissimamente marcado pelo ritual judiciário e sua simbologia. As palavras que saem desse manipuladíssimo processo mental, não raras vezes estão em absoluta dissonância com o fato histórico. (...). (LOPES JUNIOR, Aury, 2011, p.656)

Nos termos do crime de embriaguez ao volante, a testemunha irá se pronunciar geralmente sobre os fatos e verificação ou não dos sinais de embriaguez arrolados pelo ato normativo do CONTRAN (Resolução 432/2013), evidências estas bastante subjetivas e que sofrem influência geralmente das experiências perceptivas e de todo processo mnemônico vivenciado pela testemunha.

### **3.2.4- Gravações Audiovisual**

As novas tecnologias vêm ganhando cada vez mais espaço no processo penal hodiernamente, a exemplo das gravações audiovisuais que permitem a certificação do delito pelo juiz de maneira direta, objetiva e hábil. As imagens podem ser colhidas por câmeras de segurança ou instaladas em vias públicas ou mesmo pelos agentes fiscalizadores do trânsito nos casos do crime em tela neste trabalho.

Dentre os meios de prova veiculados pela Nova Lei Seca para constatação da conduta delitiva de embriaguez ao volante, acredita-se que a gravação audiovisual é a mais adequada devido à ausência de subjetividade tão presentes na prova testemunhal e na certificação dos sinais de embriaguez feita pelo agente de trânsito. Também, a referida prova supera as dificuldades na realização do exame de corpo e delito, bem como a problemática do uso do bafômetro e do teste de alcoolemia.

A prova é anexada aos autos do processo e pode ser revista pelo magistrado quantas vezes necessárias para formar seu julgamento, vez que mostra os reais acontecimentos no momento do flagrante.

## **4. A NOVA LEI SECA**

### **4.1. OS IMPACTOS SOCIAIS E A EFICÁCIA DA LEI**

O julgamento do STJ no Recurso especial 1111.566, no qual se posicionou por maioria dos votos no sentido da imprescindibilidade da prova técnica, diga-se teste do bafômetro ou exame hematológico, para caracterização do crime de embriaguez ao volante, acabou por inviabilizar totalmente a aplicação do artigo 306 do CTB alterado pela Lei 11.705/2008, visto que para se obter estas provas era necessária a colaboração do agente investigado.

Com base nesses argumentos, a grande falha da referida lei foi ter introduzido o índice de alcoolemia na descrição da conduta típica, ou seja, como elementar do tipo penal, fato que, nas palavras do ministro Geraldo Og Fernandes foi “extremamente

tormentoso para o juiz deparar-se com essa falha” porque “a matéria penal se rege pela tipicidade, e o juiz deve se sujeitar à lei”.

No mesmo sentido também se pronunciou o relator do caso, Adilson Macabu dizendo que “cabe ao Legislativo estabelecer as regras para punir, e não ao Judiciário ampliar as normas jurídicas... Não se pode fragilizar o escudo protetor do indivíduo em face do poder punitivo do Estado. Se a norma é deficiente, a culpa não é do Judiciário”.

Assim, a lei 12.760/2012, também chamada de “Nova Lei Seca”, como já explanado anteriormente, surgiu com o intuito de sanar um equívoco na legislação pretérita que causou problemas na aplicação do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, fato que deixou sem solução no judiciário vários casos de embriaguez ao volante, aumentando assim a sensação de impunidade na sociedade.

Então, para atender aos anseios sociais, estimulados também por uma campanha midiática forte, visto que a lei anterior, 11.705/2008 não alcançou os resultados esperados, a diminuição de acidentes no trânsito, a Nova Lei Seca alterou significativamente o artigo em tela a fim de efetivamente viabilizar sua aplicação no judiciário. Verifica-se que a norma ficou mais rigorosa, principalmente com a introdução dos novos meios de prova para comprovação da conduta delitiva, privilegiando critérios subjetivos e qualitativos que independem do assentimento do condutor.

Interessante observar, que a “Nova Lei Seca” ganhou eficácia plena a partir da sua publicação, não se submetendo ao período de *vacatio legis*. Apesar das mudanças evidentes trazidas com a sua promulgação, há ainda muitas divergências relacionadas à sua interpretação e aplicação, pontos que podem ocasionar os mesmos problemas da redação anterior do artigo 306 do CTB.

É inegável o papel da mídia como formadora de opinião pública. A todo momento as pessoas são bombardeadas por informações que, muitas vezes, devido a carga de valor veiculada na notícia, controla o comportamento social sobre determinado

acontecimento. Esta tendência sensacionalista que os meios midiáticos exercem acabam por influenciar também o processo legislativo penal, por meio da criação ou alterações da norma de maneira leviana para o poder público se esquivar das cobranças sociais.

Nesse contexto, Zaffaroni aduz que:

(Sempre houve criminologias midiáticas) Sempre houve criminologias midiáticas vindicativas que apelaram para uma causalidade mágica. O mágico não é vingança que, como vimos há uns dias, é um sentimento que se reforça por efeito de concepção linear do tempo que caracteriza a nossa civilização. O mágico é a ideia da causalidade especial, usada para canalizar a vingança contra determinados grupos humanos (...).

A questão da violência no trânsito é uma preocupação mundial, tanto que a Assembleia Geral das Nações Unidas anunciou nos anos de 2011 a 2020 a década mundial de ações para a segurança no trânsito. Assim também é no Brasil, onde a população é assaltada a todo o momento com notícias de morte e lesões corporais em virtude de acidentes no trânsito. Isto tem gerado uma pressão social por uma intervenção mais efetiva do poder público a fim de inibir os dados estatísticos da violência no trânsito.

A resposta, contudo, que o poder público vem dando para atender aos anseios sociais é a elaboração e promulgação de sucessivas leis sem observância do rigor técnico, nem dos princípios constitucionais, principalmente àqueles inerentes ao processo penal. O exercício do poder punitivo do Estado na esfera penal deve estar em consonância com a descrição da conduta típica de maneira precisa e sem margem à ambiguidade, contendo todas as suas elementares e circunstâncias a fim de não gerar insegurança jurídica, contudo não é isto que se verifica tanto na primeira edição do artigo 306 do CTB como agora com a nova redação trazida pela lei 12.760/2012.

Acredita-se que a resposta mais assertiva a esta prática nefasta de combinação de álcool de direção não é o recrudescimento na esfera penal, embora se constate que a finalidade da lei é a repressão à conduta e que mudanças significativas ocorreram com a sua promulgação, a exemplo da diminuição dos índices estatísticos de

acidentes no trânsito, principalmente devido ao aumento da multa administrativa que foi majorada de R\$ 957,70 para R\$ 1.915,40, podendo dobrar o valor em casos de reincidência.

Um trabalho preventivo, com a massificação de campanhas educativas e de conscientização de condutores de veículos, associadas a uma fiscalização mais efetiva pelos órgãos responsáveis seriam de grande resultado na diminuição da violência no trânsito. Assim o professor Luiz Flávio Gomes (2013, p. 25) se posicionou ao dizer que “sem severa fiscalização e persistente conscientização de todos, motoristas e pedestres, nada se pode esperar de positivo da nova lei”.

O mesmo pensamento de defesa a uma fiscalização mais intensa e implacável também é formulado por Fabiano Contarato, atual diretor-geral do Departamento Estadual de Trânsito do Espírito Santo (Detran-ES), que assim aduz:

Se o processo educativo não é mais eficaz, é preciso insistir no temor. Isso aconteceu com o uso do cinto de segurança. Os motoristas só passaram a usá-lo porque se tornou obrigatório, e eles poderiam ser multados. Com o tempo, as pessoas internalizaram essa necessidade do uso e já não abrem mão do cinto, porque entendem que é para a segurança delas.

O Poder Público não deve perder de vista que o Direito Penal é um direito subsidiário, só devendo ser acionado após o esgotamento de todas as medidas cabíveis para solucionar o problema. Faz mister lembrar que um trânsito fluido e seguro não se faz apenas com a edição mais energética de uma norma penal, mas, como já exposto, deve estar apoiado em três fatores: a melhoria na engenharia viária, um trabalho educativo intenso e o esforço legal no sentido de criar normas disciplinadoras e ações de fiscalização que influenciem o comportamento adequado do motorista no trânsito.

## 5. DA (IN) APLICABILIDADE DA LEI SECA FRENTE AOS PRINCÍPIOS DO DIREITO BRASILEIRO

Com a primeira edição (Lei 11.705/2008) do artigo 306 do CTB e atualmente com as modificações provenientes da lei 12.760/2012 muitos debates ocorreram sobre a obrigatoriedade do condutor, alvo de fiscalização de trânsito, em realizar o teste do bafômetro ou exame hematológico para aferir o índice de alcoolemia em seu organismo.

Em se tratando de princípios, faz-se oportuno destacar as palavras de Luiz Regis Prado, nas quais aduz:

Os princípios penais constituem o núcleo essencial da matéria penal, alicerçando o edifício conceitual do delito – suas categorias teóricas –, limitando o poder punitivo do Estado, salvaguardando as liberdades e os direitos fundamentais do indivíduo, orientando a política legislativa criminal, oferecendo pautas de interpretação e de aplicação da lei penal conforme a Constituição e as exigências próprias de um Estado democrático e social de Direito. Em síntese: servem de fundamento e de limite à responsabilidade penal. (PRADO, Curso de Direito Penal, 2010).

Hodiernamente, a doutrina e jurisprudência majoritárias se posicionaram no sentido da submissão voluntária ao teste, ou seja, a realização dos mencionados testes apenas com o assentimento do condutor.

Verifica-se que a Nova Lei Seca fere princípios constitucionais basilares que serão abaixo analisados.

### 5.1- O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO (*NEMOTENETUR SE DETEGERE*)

O princípio da não autoincriminação é um dos basilares do Direito Penal. Segundo Nestor Távora:

O princípio da inexigibilidade de autoincriminação ou “*nemotenetur se detegere*”, assegura que ninguém pode ser compelido a produzir prova contra si mesmo, tem pontos com o princípio da presunção de inocência e

com o direito ao silêncio assegurado pela Constituição. (Távora, Nestor. 2001, p. 74-75)

Desse modo, o indivíduo não pode ser compelido por ninguém, nem mesmo pelo Poder Estatal, a fornecer provas que o incriminem. Assim, o réu só pode produzir provas contra si mesmo voluntariamente, sem sofrer qualquer tipo de coação. Neste sentido, leciona Aury Lopes (2011, p.200) que:

O sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório.

O princípio em tela não está diretamente expresso no ordenamento jurídico pátrio, contudo foi amparado pelo Brasil por meio do Pacto de San José da Costa Rica e ratificado pelo Decreto 678 de 06 de novembro de 1992. De acordo com o Pacto mencionado, em seu artigo 8º:

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

(...)

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada;

Também o artigo 5º da Carta Magna em seu inciso LXIII serve de base ao princípio em comento quando dispõe: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Embora não expresso no ordenamento jurídico pátrio, o princípio da não autoincriminação tem ampla aplicabilidade no âmbito penal, sendo utilizado como um meio de defesa, portanto está também amparado pelos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Assim, observa-se que o disposto no §3º, do art. 277, do CTB, afronta evidentemente o princípio da não autoincriminação.

## 5.2- O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE (PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA)

O princípio da não culpabilidade, também conhecido como princípio da presunção da inocência, está amparado pelo artigo 5º da Constituição Federal que dispõe: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Este princípio também está vaticinado no Pacto de San José da Costa Rica em seu artigo 8º, inciso I que diz: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Neste sentido, Ferrajoli leciona:

(...). Se a jurisdição é a atividade necessária para obter a prova de que um sujeito cometeu um crime, desde que tal prova na tenha sido encontrada mediante um juízo regular, nenhum delito pode ser considerado cometido e nenhum sujeito pode ser reputado culpado nem submetido à pena. Sendo assim, o princípio de submissão a jurisprudência – exigindo, em sentido lato, que não haja culpa sem juízo, e, em sentido estrito, que não haja juízo sem que a acusação se sujeite à prova e à refutação – postula a presunção de inocência do imputado até prova contrária decretada pela sentença definitiva de condenação. (...). (FERRAJOLI, Luigi. 2002, p.441)

De acordo com Aury Lopes (2011), com base no princípio da presunção da inocência, a carga probatória é dever da parte autora na ação penal e não do acusado; e se o juiz, após a explanação dos fatos, tiver dúvida quanto a culpabilidade do acusado, deve decidir favorável ao réu (princípio do *in dubio pro reo*).

O parágrafo terceiro do artigo 277 do CTB dita que:

Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo.

Analisando o referido dispositivo em consonância com o princípio em tela, verifica-se que a norma constitui um verdadeiro desrespeito ao princípio constitucional da presunção da inocência, vez que presume culpa do condutor que se negar a



produzir prova contra si mesmo. Assim, não há como penalizar o condutor sem a comprovação da sua culpa.

Por outro lado, tomando como base a atual aplicação do perigo abstrato nas condutas tipificadas pelo artigo 306 do CTB, é de rigor registrar que esta, por sua vez, torna-se conflituosa com o princípio em tela, visto a desnecessidade de observação quanto a elementar do tipo, ou seja, a alteração da capacidade psicomotora, bastando apenas que o agente, após o respectivo exame, constate nível de álcool superior ao tolerado.

Frisa-se mais uma vez que para a efetiva aplicação do crime descrito no artigo 306 do CTB é de suma importância que seja observado a sua elementar, não sendo suficiente a mera suposição de crime condicionada ao exame do etilômetro ou clínico, caso isso não ocorra, o fato deverá ser considerado atípico, ante o estado de inocência no qual se encontra o agente e por eventual violação aos dispositivos constitucionais e normas processuais penais.

### 5.3. O PRINCÍPIO LESIVIDADE (OFENSIVIDADE)

As normas têm como principal finalidade possibilitar um convívio harmonioso entre os membros da sociedade. Dentre estas normas, a norma penal é de suma importância por tutelar a vida e a liberdade, bens jurídicos essenciais para o homem. Vale ressaltar que, o Direito Penal é garantista, vez que limita a conduta humana para ao mesmo tempo transmitir à sociedade a sensação de segurança. Isto se traduz que uma conduta só pode ser criminalizada se trazer perigo a bens jurídicos tutelados pela lei.

A ação punitiva do Estado, contudo, deve ser abalizada pelas garantias individuais e princípios constitucionalmente protegidos. Em relação ao exposto, Fernando Capez esclarece:

[...] do Estado democrático de direito parte o princípio reitor de todo o Direito Penal, que é o da dignidade humana, adequando-o ao perfil constitucional do Brasil e erigindo-o à categoria de Direito Penal Democrático. Da

dignidade humana, por sua vez, derivam outros princípios mais específicos, os quais propiciam um controle de qualidade do tipo penal, isto é, sobre o seu conteúdo, em inúmeras situações específicas da vida concreta.

Os mais importantes princípios penais derivados da dignidade humana são: legalidade, insignificância, alteridade, confiança, adequação social, intervenção mínima, fragmentariedade, proporcionalidade, humanidade, necessidade e ofensividade. De pouco adiantaria assegurar ao cidadão a garantia de submissão do poder persecutório à exigência prévia da definição legal, se o legislador tivesse liberdade para eleger de modo autoritário e livre de balizas quais os bens jurídicos merecedores de proteção, ou seja, se pudesse a seu bel-prazer, escolher, sem limites impostos por princípios maiores, o que vai ser e o que não vai ser crime. (CAPEZ, Fernando. 2013, p. 27).

A norma penal, porém, não deve ser infligida a todas as condutas reprovadas socialmente. De acordo com o princípio da lesividade ou ofensividade, o Direito Penal só deve ser aplicado efetivamente para as condutas que relevantemente exponham a risco um bem juridicamente tutelado pelo Estado. Conforme dita Luiz Flávio Gomes:

De pouco serve a construção de um sistema liberal (e formal) de garantias (de limites ao *ius puniendi*) se depois o legislador conta com ampla margem para, sem nenhum constrangimento nem censura, ser autoritário (ou vago, ou impreciso) na seleção do bem jurídico.

A doutrina crítica, cada vez com maior frequência, vem a propósito, enfatizando algumas violações (vulnerabilidades) ao princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos e ao correspondente princípio da ofensividade, o que significa que nem sempre estão justificados ou legitimados os processos de criminalização levados a efeito na atualidade. Exemplos típicos: delitos com vítimas difusas, de perigo abstrato, alguns delitos sexuais etc. (2007, v. 2, p. 401)

Assim, os crimes de perigo abstrato, aqueles que tipificam uma conduta considerada perigosa sem que a mesma, no caso concreto, tenha, de maneira visível, colocado em perigo um bem juridicamente protegido, devem ser excluídos da esfera penal, sendo tratados administrativamente, na espera extrapenal, a fim de não banalizar o Direito Penal.

Nesse sentido, novamente leciona Fernando Capez que:

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. (2011, Ed. 15ª, p. 42).

Há doutrinadores, porém, que defendem os crimes de perigo abstrato, a exemplo de Cleber Masson ao expor que:

A ideia de bem jurídico sempre girou em torno da pessoa humana, posteriormente vindo a elencar também as pessoas jurídicas. Nesse contexto, somente se configurava uma infração penal quando presente uma lesão (dano) a interesses das pessoas, a exemplo da vida, da integridade física, do patrimônio, da liberdade sexual etc.

Com a evolução dos tempos, e visando a antecipação da tutela penal, pois assim mostrou-se possível a prevenção de lesões as pessoas, o Direito Penal passou a também se preocupar com momentos anteriores ao dano, incriminando condutas limitadas a causação do perigo (crimes de perigo concreto e abstrato), ou seja, a exposição de bens jurídicos, notadamente de natureza transindividual, a probabilidade de dano. Exemplificativamente, surgiram crimes ambientais, pois é sabido que a manutenção do meio ambiente sadio e equilibrado é imprescindível a sadia qualidade de vida, e do interesse das presentes e futuras gerações, nos moldes do art. 225, *caput*, da Constituição Federal. A crescente incursão pela seara dos crimes de perigo, especialmente os de índole abstrata - definidos como os delitos em que a lei presume, de forma absoluta, a situação de perigo ao bem jurídico penalmente tutelado - tem sido chamada de espiritualização, desmaterialização ou liquefação de bens jurídicos no Direito Penal. (MASSON, Cleber Rogério. 2011, p. 46).

Analisando todo o exposto e os posicionamentos doutrinários sobre o tema, aqui se defende a observação com mais rigor do princípio da lesividade na atividade legiferante, pois quando o legislador não expõe claramente o bem jurídico protegido na figura típica dá margem ao livre arbítrio na aplicação da norma penal.

Consubstanciado nesse entendimento, eis o posicionamento do STF sobre a aplicação do princípio em exame:

O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. (STF, HC 98152/MG, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª T., DJ 5/6/2009, p. 584.)

Mediante ao posicionamento acima firmado e, de acordo com o atual entendimento jurisprudencial do STJ e STF, mister salientar a inconstitucionalidade da aplicação do perigo abstrato nas condutas tipificadas na atual redação do artigo 306 do CTB, vez que este fato vai inteiramente de encontro com o princípio da lesividade.

Nesse sentido, eis o atual entendimento do STF sobre o tema:

HABEAS CORPUS. CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ALEGAÇÃO DE FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA POR AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE SUA LESIVIDADE. INEXISTÊNCIA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. 'O crime do art. 306 do CTB é de perigo abstrato, e para sua comprovação basta a constatação de que a concentração de álcool no sangue do agente que conduzia o veículo em via pública era maior do que a admitida pelo tipo penal, não sendo necessária a demonstração da efetiva potencialidade lesiva de sua conduta.' (STJ, HC 140.074/DF, 5.ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 14/12/2009.) 2. Uma vez que a denúncia traz indícios concretos de que o Paciente foi flagrado dirigindo veículo automotor com concentração de álcool no sangue superior ao que a lei permite, não se pode falar em ausência de justa causa para a persecução penal do crime de embriaguez ao volante. 3. 'O reconhecimento da inocorrência de justa causa para a persecução penal, embora cabível em sede de 'habeas corpus', reveste-se de caráter excepcional. Para que tal se revele possível, impõe-se que inexista qualquer situação de iliquidez ou de dúvida objetiva quanto aos fatos subjacentes à acusação penal" (STF, HC 94.592/SP, 2.ª Turma, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 02/04/2009).4. Habeas corpus denegado.

O questionamento que se faz em relação à conduta do artigo 306 do CTB, tendo em vista o posicionamento jurisprudencial acima citado, é de que o mesmo presume a prática de uma eventual conduta perigosa, ou seja, os magistrados estão entendendo que se o agente ultrapassa o limite de alcoolemia disposto em lei, deveria, por este motivo, ser penalizado pelo crime em tela. Entretanto, diante ao princípio da lesividade, deveria o agente, no mínimo, expor à ofensa o bem juridicamente tutelado, não devendo presumir uma eventual lesão, fato este que faz sobrepesar como crime de perigo concreto.

#### 5.4. DA APLICAÇÃO DO PERIGO CONCRETO NO CRIME DO ARTIGO 306 CTB

Diante do que foi apresentado neste trabalho, restou evidente que a tese sustentada colide-se na atual e incongruente aplicação do perigo abstrato no crime previsto no artigo 306 do CTB, conforme precedentes do STJ e STF.

Em outras palavras, diante da atual redação do aludido artigo, frisa-se que este é de perigo concreto, ante a sua elementar que assim dispõe "capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que

determine dependência”, assim como a observância dos princípios basilares que regem o ordenamento jurídico.

Registra-se que para uma eventual intervenção do direito penal, no que diz respeito ao crime do artigo 306 do CTB, é necessário que esse atinja a sua elementar, caso contrário, o fato restaria atípico, sendo inadmissível, para tanto, a tutela estatal.

Oportuno salientar que a evolução legislativa do artigo 306 do CTB ocorreu diante a pressão social juntamente com a mídia, que, a princípio, foi a voz do povo e propulsora das respectivas alterações do artigo. Entretanto, conforme já sedimentado neste trabalho, o legislador, com o objetivo de alcançar uma resposta satisfativa para a sociedade se equivocou na elaboração da lei, fato este que ensejou em grandes demandas no judiciário, causando grandes incertezas para os aplicadores do direito, que por vez, são alvos da cobrança social.

Nesta feita, cabe aos magistrados, inobstante os equívocos legislativos, aplicar a lei de acordo com a sua natureza, acima de tudo aplicando o instituto da hermenêutica jurídica, no caso em exame, interpretar o artigo da maneira que beneficie o réu, pois este ainda está sendo interpretado de acordo com a última redação do artigo 306, trazida pela lei 11.705/2008, o qual atribuía ao tipo o perigo abstrato, ante a sua elementar. Portanto, a interpretação atual do tipo penal em tela está sendo *in malam partem*, fato este que é vedado pelo ordenamento jurídico penal brasileiro.

Cumprir registrar que a interpretação *in malam partem* é vedada pelo ordenamento jurídico, justamente pela primazia do princípio da reserva legal, portanto é inadmissível qualquer interpretação da lei que não for efetivamente observada em seu sentido estrito, sob pena de violação do respectivo princípio.

Nesse sentido, Fernando Capez entende que “somente a lei, em seu sentido mais estrito, pode definir crimes e cominar penalidades”. Para tanto, BETTIOL (1974, p. 108) complementa que “a matéria penal deve ser expressamente disciplinada por uma manifestação de vontade daquele poder estatal a que, por força da Constituição, compete a faculdade de legislar, isto é, o Poder Legislativo”.

Nesta esteira, segundo Cernicchiaro (1991, p. 16):

Por esta razão, o princípio da reserva legal veda por completo o emprego da analogia em matéria de norma penal incriminadora, encontrando-se esta delimitada pelo tipo legal a que corresponde. Em consequência, até por imperativo lógico, do princípio da reserva legal resulta a proibição da analogia. Evidentemente, a analogia *in malam partem*, que, por semelhança, amplia o rol das infrações penais e das penas. Não alcança, por isso, a analogia *in bonam partem*. Ao contrário da anterior, favorece o direito de liberdade, seja com a exclusão da criminalidade, seja pelo tratamento mais favorável ao réu.

Nesse diapasão, está claro que a interpretação utilizada pelos magistrados desfavorece os agentes indiciados pelo crime do artigo 306 do CTB, inclusive ofendendo o princípio da reserva legal, uma vez que não está sendo observado, em sentido estrito, o respectivo tipo penal, assim como estão dando outra natureza ao mesmo, utilizando o perigo abstrato como um soldado de reserva, tende em vista o apelo social, desenvolvido especialmente pela mídia e, portanto, punindo sem o devido respaldo principiológico e conseqüentemente legal.

Do mesmo modo, além da própria hermenêutica, devem os aplicadores do direito estar adstrito com a natureza jurídica da norma penal, ou seja, se esta atribui como elementar a “capacidade psicomotora alterada”, tal deve ser observada, pois não basta o agente ultrapassar o limite de alcoolemia trazido em lei, pois para configurar o crime é necessário que este demonstre a alteração da sua capacidade psicomotora em razão do álcool ou de outra substância que determine sua dependência, condicionando os exames periciais como mera produção de provas, não mais como núcleo do tipo penal.

Em suma, basta que os magistrados interpretem a norma de acordo com o exposto acima, desta maneira, estariam resguardando os princípios constitucionais da não autoincriminação, lesividade e da não culpabilidade, acima de tudo da segurança jurídica, para que seja legal e livre de qualquer incerteza a sanção imposta aos agentes infratores.

## CONCLUSÃO

Diante da temática analisada neste trabalho, conclui-se que as diversas alterações que ocorreram no CTB, em especial no artigo 306 que trata da capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, tiveram como principal objetivo dar uma resposta ao clamor social intensificado pela publicidade midiática sobre o grande número de sinistros no trânsito, com o aumento de mortes e lesões corporais, em decorrência da lamentável combinação álcool e direção.

Verifica-se que os legisladores, tomados pelo imediatismo de conceder uma solução rápida, recorreram ao Direito Penal, apesar do seu caráter subsidiário, sem, contudo, se preocupar muito com a observação do rigor técnico e com os princípios constitucionais vigentes quando da elaboração das leis. Em um primeiro exemplo, pode-se citar a promulgação da lei 11.705/2008, a Lei Seca, que foi editada para recrudescer o tratamento ao condutor flagrado dirigindo embriagado, mas na verdade a norma se tornou inoperante e vista pela sociedade como sinônimo de impunidade, pois os meios probatórios possíveis (teste do bafômetro e exame hematológico) ficaram condicionados à aceitação do condutor, que na maioria das vezes, recusava-se a realizar os exames periciais. A referida lei também feriu princípios constitucionais basilares como o princípio da não autoincriminação, da lesividade e da não culpabilidade, problema este que ainda se perpetuou com a nova edição do CTB pela lei 12.760/2012.

A atual alteração no CTB -“Nova Lei Seca”- gerou grandes debates sobre a natureza jurídica do delito em tela, o que ensejou a argumentação de quatro correntes doutrinárias a respeito do assunto. Verifica-se, contudo, que a corrente majoritária na doutrina e na jurisprudência, inclusive do STF, argumenta que a natureza delitiva do artigo 306 do CTB continua sendo de perigo abstrato, conforme anteriormente com a sua primeira revisão. Neste trabalho, defende-se a argumentação da corrente que diz que o crime capitulado no artigo 306 do CTB, na sua redação atual é de perigo concreto, inobstante o entendimento jurisprudencial recentemente consolidado.

Em relação aos novos meios probatórios para certificar o crime tipificado no artigo 306 do CTB, percebe-se que à exceção do meio de gravação audiovisual, os demais apresentaram certas precariedades esplanadas neste trabalho.

Por fim, registra-se que o mais assertivo, antes do Poder Público recorrer ao Direito Penal como meio imediato da solução da violência no trânsito, seria investir na prevenção na melhoria das vias e rodovias de trânsito, bem como em políticas sociais, por meio de um trabalho intensivo de conscientização de motoristas e pedestres, vez que o Direito Penal deve ser visto como medida subsidiária, sendo aplicada aos casos mais críticos.



## REFERÊNCIAS

ALBECHE, Thiago Solon Gonçalves. O novo art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro: aboliu-se o critério da concentração etílica?. [S.d.] fev. de 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23647/o-novo-art-306-do-codigo-de-transito-brasileiro-aboliu-se-o-criterio-da-concentracao-etilica>>. Acesso em: 15/05/2015.

ALBERT EINSTEIN – SOCIEDADE BENEFICIENTE ISRAELITA BRASILEIRA. Disponível em: <<http://www.einstein.br/Paginas/home.aspx>>. Acesso em: 12/06/2013.

BETTIOL, Giuseppe. Instituições de direito e processo penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1974. Apud; Capez, Fernando Direito penal simplificado: parte geral / Fernando Capez – 15. ed. — São Paulo: Saraiva, 2012. Bibliografia. 1. Direito penal 2. Direito penal - Brasil I. Título. II. Série. CDU-343.

BRASIL, Decreto n. 6.488, de 19 de junho de 2008. Regulamenta os arts. 276 e 306 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Diário Oficial da União. Brasília, 20 de junho de 2008> Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6488.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6488.htm)< Acesso em: 15/04/2015.

BRASIL, Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm)>. Acesso em 05/05/2015.

BRASIL, Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9503.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503.htm)>. Acesso em 05/05/2015.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ – Recurso Especial nº 1111566, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Data de Publicação: DJ 17/11/2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17430536/peticao-de-recurso-especial-resp-1111566>>. Acesso em: 05/06/2015.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Notícia; RECURSO REPETITIVO. Até que a lei seja alterada, apenas bafômetro e exame de sangue podem comprovar embriaguez de motorista Disponível em: <[http://stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105218](http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105218)> . Acesso em 20/05/2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HABEAS CORPUS 108.227 MINAS GERAIS RELATOR: MIN. LUIZ FUX. Data de Julgamento: 26/03/2013, Decisão Monocrática, data de publicação: DJE nº 60, divulgado em 02/04/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4070248>>. Acesso em 02/06/2015.

BRASILIA, Tribunal de Justiça - APR: 20030810063278 DF, Relator: Silvânio Barbosa Dos Santos, Data de Julgamento: 23/02/2006, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: DJU 31/05/2006 Pág.: 191). Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4251875/apelacao-criminal-apr-20030810063278-df>>. Acesso em: 15/05/2015.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Nova Lei Seca ( Lei 12.760/2012): perigo abstrato ou concreto? Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/23405/nova-lei-seca-lei-n-12-760-12-perigo-abstrato-ou-perigo-concreto>>. Acesso em 05/05/2015.

CAPEZ, Fernando Direito Penal Simplificado: parte geral / Fernando Capez – 15. ed. — São Paulo: Saraiva, 2012. Direito penal 2. Direito penal - Brasil I. Título. II. Série. CDU-343.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal. Parte geral: (arts. 1º a 120). 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.1.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal. Parte geral: (arts. 1º a 120). 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.1.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 272.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Direito penal na Constituição. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. Apud: Capez, Fernando Direito penal simplificado: parte geral / Fernando Capez – 15. ed. — São Paulo: Saraiva, 2012. Bibliografia. 1. Direito penal 2. Direito penal - Brasil I. Título. II. Série. CDU-343

CORRÊA, Fabrício da Mata. As primeiras impressões sobre a “nova” lei seca. Disponível em: <<http://fabriciocorrea.jusbrasil.com.br/artigos/121941386/as-primeiras-impressoes-sobre-a-nova-lei-seca>>. Acesso em: 24/04/2015.

CUNHA, Rogério Sanches. Grupo de Estudos: nova Lei Seca - Prof. Rogério Sanches Cunha. São Paulo: 2013. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=R31EQNNly70>>. Acesso em: 24/04/2015.

DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 2. p. 296.

ESPIRÍTO SANTO, Tribunal de Justiça. Cachoeiro De Itapemirim - 1ª Vara Criminal, Apelação Criminal nº 0012260-34.2010.8.08.0011 (011.10.012260-2), Relator: SÉRGIO BIZZOTTO PESSOA DE MENDONÇA, Data de Julgamento: 06/06/2012, Data da Publicação no Diário: 21/06/2012. Disponível em: <[http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta\\_jurisprudencia/det\\_jurisp.cfm](http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm)>. Acesso em 07/05/2015.

GOMES, Luiz Flávio. “Nova Lei Seca será eficaz?”. Revista Jurídica Consulex, ano XII, nº 384, 15 de Janeiro/2013.

GOMES, Luiz Flávio; Bem, Leonardo Schmitt de. Nova Lei Seca: Comentários à Lei 12.760, de 20-12-2012. São Paulo: Saraiva 2013.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. Direito Penal, parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 2. MASSON, Cleber Rogério. Direito penal esquematizado, parte geral, 4. ed, São Paulo: Método, 2011, v. 1.

GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

LOPES Junior, Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Volume I, 7ª Edição, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.

MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Procesal Penal. Volume III. Bueno Aires: Europa- América.1952.

MARCÃO, Renato. REDAÇÃO MAIS SEVERA. Nova Lei Seca não pode ser aplicada retroativamente, de 23 de janeiro de 2013, 8h00. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-23/renato-marcao-lei-seca-nao-aplica-casos-antiores-edicao>>. Acesso em: 14/05/2015.

MARCONI Andarde Marconi; Lakatos Eva Maria. Metodologia do Trabalho Científico; Procedimentos básicos; Pesquisa bibliográficas, projeto e relatório; Publicações e trabalhos científicos. 7ª Ed. São Paulo; Atlas, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Código Penal Interpretado. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MOURA, Alane Belfort Prata de; Lei Seca: Uma Abordagem Sobre Sua Constitucionalidade; Fortaleza (CE), 10 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://portais.tjce.jus.br/esmec/wp-content/uploads/2014/12/PDF33.pdf>>. Acesso em 05/05/2015.

NOGUEIRA, Fernando. Crimes do Código de Trânsito. 3. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 11ª Edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012. ps. 383/385.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. O crime de embriaguez ao volante e o “bafômetro”: algumas observações. In: Boletim IBCCRIM, ano 16, nº 189, agosto de 2008

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10690#\\_ftn6](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10690#_ftn6)> . Acesso em: 05/06/2015.

RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça, Apelação Crime nº 0047299-12.2013.8.19.0001, Relator Desembargador Siro Darlan de Oliveira, 7º Câmara Criminal, j. 07/10/2014. Disponível em:

<<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004DB4BA502FCB46BE386910F01D18CC50330524E3>>. Acesso em: 24/04/2015.

RIZZARDO, Arnaldo. Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro. 4. ed. atual. rev.ampl. São Paulo: Revista do Tribunais, 2003. PECULIARIDADES da Embriaguez em Serviço. Academia de Direito Militar, 11 set 2008. Disponível em: <[http://www.academiadedireitomilitar.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=100&catid=35](http://www.academiadedireitomilitar.com/index.php?option=com_content&view=article&id=100&catid=35)>. Acesso em: 20/05/2015.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - HC: 158311 RS 2009/0249894-8, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 28/09/2010, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/10/2010). Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17068177/habeas-corpus-hc-158311-rs-2009-0249894-8>>. Acesso em 07/05/2015.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. RHC 13.215/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 15/04/2003, DJ 26/05/2003, p. 368. Notícia publicada no site do STJ. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105218](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105218)>. Acesso em: 05/06/2015.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 6ª Ed. Rev., ampliada e atualizada. Salvador: Jus Podivm, 2011

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal .1ª Edição, Revista dos Tribunais, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A palavra dos mortos, p. 303. Apud GOMES, Luiz Flávio, BEM, Leonardo Schmitt de. Nova Lei Seca: Comentários à Lei n. 12.760, de 20/12/12. São Paulo: Saraiva 2013.pag. 110.

ZANOTTI, Daniella. Maiores de 30 anos são os que mais bebem e dirigem. 24 de setembro de 2013. Disponível em: <[http://gazetaonline.globo.com/\\_conteudo/2013/09/noticias/cidades/1461852-maiores-de-30-anos-sao-os-que-mais-bebem-e-dirigem.html](http://gazetaonline.globo.com/_conteudo/2013/09/noticias/cidades/1461852-maiores-de-30-anos-sao-os-que-mais-bebem-e-dirigem.html)>. Acesso em: 24/04 2015.