



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ALINE MANOELA DE OLIVEIRA

**EMBRIAGUEZ AO VOLANTE: REQUISITOS PARA
CARACTERIZAÇÃO DO DELITO**

**BARBACENA
2011**

ALINE MANOELA DE OLIVEIRA

**EMBRIAGUEZ AO VOLANTE: REQUISITOS PARA
CARACTERIZAÇÃO DO DELITO**

Monografia apresentada ao curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Me. Delma Gomes
Messias

**BARBACENA
2011**

ALINE MANOELA DE OLIVEIRA

Embriaguez ao Volante: Requisitos para caracterização do delito

Monografia apresenta à Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. Marcelo Manoel da Costa
Assessor da Primeira Vara Criminal e de Execuções Criminais da Comarca de Barbacena e Professor do Centro Estudos Superiores Aprendiz - CESA

Prof.^a Me. Delma Gomes Messias
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof. Esp. Paulo Afonso de Oliveira Júnior
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Aprovada em: ____/____/____

São muitos os responsáveis por essa vitória, mas os que estão por trás dela nem sempre recebem mérito justo. Dedico este trabalho, minha vida e todo o meu incondicional amor àqueles que são os pilares da minha existência, meus heróis, meus exemplos, meus amigos, meus ídolos, meus amores, minha família. Sei da tua importância e dedico também a ti, meu DEUS, este momento.

AGRADECIMENTOS

Dispenso meu profundo agradecimento a DEUS, pelo dom da vida e pelo amor incondicional que concede bênçãos. Todo amor e sacrifício a mim direcionada me imbuíram do desejo pela busca do conhecimento e pelo anseio de ver germinar no mundo uma humanidade mais igualitária e altruísta.

Ao meu amigo e professor Marcelo Manoel da Costa, pela atenção, boa vontade, tempo e conhecimentos cedidos, minha eterna gratidão.

À minha orientadora Delma Gomes Messias, pelo auxílio e tempo despedido, pela paciência durante esta jornada e principalmente pela confiança depositada em mim, sempre acreditando no meu trabalho.

À professora e bibliotecária Rosy Mara Oliveira, que com seu profissionalismo e dedicação, soube exigir resultados para formação do presente trabalho.

À todos que de alguma forma contribuíram para a consolidação desse objetivo, o meu muito obrigado.

Teu dever é lutar pelo Direito. Mas no dia em que encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça.

Eduardo Couture

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo abordar as alterações dispensadas aos requisitos para caracterização do crime de embriaguez ao volante, frente à Lei 11.705/2008. Embora promulgada com o fim de recrutar o combate ao crime de embriaguez ao volante, a modificação legislativa é tema de abissal repercussão até os dias atuais, vez que o Brasil ainda continua sendo um dos países no rol dos mais trágicos relacionados a acidentes de trânsito. Desde a vigência da referida lei, aumentou-se ainda mais a polêmica sobre a necessidade da prova e a obrigatoriedade da realização do teste para constatação do teor alcoólico descrito na norma. Assim, esta é a principal indagação que o presente estudo traz à tona, já que com a recusa do motorista em submeter-se ao teste, este ficará impune e poderá se sujeitar a responder, apenas, a uma infração administrativa. O principal foco é apontar que mesmo sendo a Lei Seca severa no seu teor legal, mostra-se cada dia mais impotente e sem efeito prático, agravando ainda mais a sensação de impunidade. Desta feita, ocupar-se-á em analisar a possível inconstitucionalidade frente aos princípios fundamentais do direito penal, confrontando-os com o conteúdo textual dos artigos que sofreram as alterações, mormente sobre os princípios da ofensividade e da não autoincriminação. Ademais, abordar-se-á a discussão entre doutrinadores acerca do crime de perigo concreto e abstrato em relação ao delito de embriaguez. Por fim, será mostrado que a impunidade continua fomentando a irresponsabilidade e imprudência dos motoristas, aliado a isso as péssimas condições das estradas e a falta de uma fiscalização mais efetiva, contribuem ainda mais para um trânsito violento e fatal.

Palavras-chave: Embriaguez. Impunidade. Autoincriminação. Ofensividade. Proporcionalidade.

ABSTRACT

This work is scoped address changes to exempt the requirements for characterization of the crime of drunk driving forward the Law 11.705/2008. Although enacted in order to recruit the fight against crime of drunk driving, the subject of legislative amendment is unfathomable repercussions to this day, as Brazil still remains one of the countries in the list of the most tragic-related traffic accidents. Since the validity of that law, was increased further debate about the need and requirement of proof of testing for the confirmation of the alcoholic content described in the standard. So this is the main question that this study brings to light, as with the driver's refusal to submit to the test, this go unpunished and may be subject to only respond to an administrative violation. The main focus is to point out that even severe drought and the Law in its legal theory, seems increasingly helpless and without practical effect, further aggravating the sense of impunity. This time, engaged in analyzing the constitutionality against the fundamental principles of criminal law, thus confronting them with the textual content of articles that have undergone changes, especially on the principles of the offensive and non-self-incrimination. Furthermore, we discuss the debate between scholars about the real danger of crime and abstract in relation to the crime of drunkenness. Finally, we show that impunity continues fostering irresponsibility and reckless driving, allied to this the terrible road conditions and lack of effective enforcement action, further contribute to to a violent and fatal traffic.

Keywords: Drunkenness. Offensiveness. Proportionality. Self-incrimination. Impunity.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 ASPECTOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO PENAL	13
2.1 Em que versa uma conduta penal e criminosa?	13
2.2 Princípios penais constitucionais relacionados com trânsito	15
2.2.1 Princípio da legalidade	15
2.2.2 Princípio da lesividade ou ofensividade	16
2.2.3 Princípio da proporcionalidade	17
2.2.4 Princípio da não auto-incriminação	19
2.2.5 Princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica ao réu	22
2.3 Classificações das Infrações Penais	24
2.3.1 Crime de dano	24
2.3.2 Crime material	25
2.3.3 Crime formal	25
2.3.4 Crime de perigo	26
2.3.4.1 Crime de perigo abstrato	26
2.3.4.2 Crime de perigo concreto	27
2.4 Infração Administrativa e Infração Penal	28
3 EMBRIAGUEZ AO VOLANTE FRENTE ÀS LEIS 9503/97 E 11.275/06	32
3.1 Requisitos para embriaguez na Lei 9.503/97	32
3.2 Requisitos para embriaguez na Lei 11.275/06	34
4 O CRIME DE EMBRIAGUEZ NO CONTEXTO DA LEI 11.705/08	36
4.1 Elemento objetivo do tipo	36
4.1.1 A imprestabilidade do bafômetro	41
4.1.2 Embriaguez à luz da medicina legal	44
4.2 Elemento subjetivo do tipo	46
4.3 A retroatividade benéfica da Lei 11.705/2008.	52
5 INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA DIRIGIR SOB A INFLUÊNCIA DO ÁLCOOL – ART. 165 DO CTB	55

6 AUSÊNCIA DE UMA POLÍTICA DE TRÂNSITO PREVENTIVA, ESTÁVEL E CONTÍNUA -----	60
6.1 A sociedade pede mudança na lei -----	62
7 CONCLUSÃO -----	67
REFERÊNCIAS -----	69
ANEXO I -----	75
ANEXO II -----	77
ANEXO III -----	83

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CADH _ Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969

CP _ Código Penal

CPP _ Código de Processo Penal

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CTB _ Código de Trânsito Brasileiro

Dec. _ Decreto

Dg/l _ decigrama por litro

LICP _ Lei de Introdução ao Código Penal

PIDCP _ Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos

STF _ Supremo Tribunal Federal

STJ _ Superior Tribunal de Justiça

1 INTRODUÇÃO

Há três anos foi promulgada a Lei Seca com o escopo de frear a epidemia de acidentes no trânsito envolvendo motoristas alcoolizados, a referida lei ganhou repercussão nacional reduzindo número de mortes pelo país. Contudo, uma combinação de equívocos e inconstitucionalidade fez com que a novel lei tomasse rumo oposto diametralmente contrária do esperado.

Embora imbuída de boa intenção a sobredita lei não pegou, sim porque no Brasil tem desses absurdos, “lei que pega” e “lei que não pega”. O certo é que o medo inicial de ser flagrado no teste do bafômetro foi substituído pela certeza de que nenhuma pessoa é obrigada a fazer prova contra si próprio, ou seja, sopra o bafômetro quem quer, ou não tem suficiente esclarecimento a respeito de seus direitos. Agregado a isso a falha na fiscalização e a esperteza dos motoristas em contornar as blitzes usando os diversos meios de redes sociais, contribuíram ainda mais para a fiúza de que a lei é realmente mais branda e ineficaz do que aquela que antes vigorava.

Ademais, este tema tem grande repercussão social por trata-se de um assunto ligado a todos indistintamente, haja vista o fluxo intenso de pessoas que são usuários de vias públicas, sendo todos sujeitos a serem vítimas ou, até mesmo, responsáveis por este tipo de conduta.

Destarte, se a nova lei um dia irá alcançar seu objetivo de reduzir os índices trágicos em todo o país não se sabe, entretanto a única certeza que ela trouxe foi a de uma redação completamente equivocada que beneficiou vários infratores e trouxe injustiças a tantas outras pessoas.

Por isso, diante das controvérsias existentes na novel redação dada aos artigos e incisos modificados, o presente trabalho aponta em seis seções, tópicos primordiais que buscam apontar a problemática ora apresentada.

Todavia, para isso, mostra-se cogente que se analise uma série de circunstâncias que contribuem para a criação de leis como será abordado na primeira seção deste trabalho.

Nas próximas seções da obra analisar-se-á como era tratada a embriaguez ao volante antes da Lei 11.705/08, trazendo à baila aspectos gerais e concisos de como era prevista a antiga lei.

Nesse ínterim, será abordado a nova roupagem da infração administrativa e penal da embriaguez ao volante, desde os requisitos para configuração até a divergência do delito como de perigo abstrato e concreto apontados pelos doutrinadores. Ainda, em um relato sucinto, mais não menos importante, será relatado como o álcool é absorvido pelo organismo, bem como a imprestabilidade do aparelho de ar alveolar pulmonar mais conhecido como bafômetro.

Por fim, o último assunto a ser abordado, ocupa-se em uma análise da situação atual no trânsito utilizando-se de artigos de revistas e do meio eletrônico, com finalidade de demonstrar que a lei deve ser alterada novamente o mais breve possível.

2 ASPECTOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO PENAL

Neste enceto será tratado em que consiste uma conduta para ser criminosa, bem como sobre o que incide o direito penal. Ainda serão abordados os essenciais princípios que regem o direito penal e que estão relacionados com os crimes de trânsito. Abordar-se-á em concisos relatos, mas não menos importantes, outros aspectos que servirão como sustentáculos para a compreensão da embriaguez ao volante como uma conduta que traz no seu bojo reprovação e desvalor e que merece ser recepcionada com maior cautela pela lei penal.

2.1 Em que versa uma conduta penal e criminosa?

O ser humano continuamente viveu agrupado, destacando seu nítido cometimento associativo e exalando suas necessidades, anseios, conquistas e satisfações um no outro. Assim, desde os primórdios o homem transgrediu as regras de convivência vindo a ferir semelhantes e a própria comunidade onde habitava, tornando-se, contudo, implacável a aplicação de uma punição capaz de conter a ira do homem delinquente (NUCCI, 2010).

No ano de 1764 surgiu a corrente de pensamento denominada escola clássica, lançada por Beccaria (2005), em sua obra “Dos Delitos e das Penas”, sendo esta contrária à pena de morte, bem como às penas cruéis. O princípio basilar da obra era o da proporcionalidade da pena sob a infração praticada, dando ênfase ao dano que o crime havia causado à sociedade (BECCARIA, 2005).

Assim, a pena além de caráter punitivo, deveria sustentar-se na missão de regenerar o criminoso, com a principal finalidade consistente na prevenção geral do crime (NUCCI, 2010).

Deste modo, Beccaria (2005) inseriu os fundamentos ideológicos que fizeram prosperar, até os dias contemporâneos, as bases do Direito Penal, fazendo constar na Declaração dos Direitos do Homem os princípios da humanidade e solidariedade com o que ele entendia ser a melhor maneira para que as penas fosse ministradas.

Nessa ótica continua Beccaria (2005, p. 9):

Para que uma pena seja justa, deve ter apenas o grau de rigor bastante para desviar os homens do crime (...) é pois da maior importância punir prontamente um crime cometido, se se quiser que, no espírito grosseiro do vulgo, a pintura sedutora das vantagens de uma ação criminosa desperte imediatamente a idéia de um castigo inevitável. Uma pena por demais retardada torna menos estreita a união dessas duas idéias: crime e castigo.

Ademais, como já observado, das necessidades humanas decorrentes da vida em sociedade surge o direito, que visa garantir as condições indispensáveis à existência dos elementos que compõem o grupo social (NUCCI, 2010).

Destarte, a finalidade do Direito Penal é a proteção da sociedade e, mais precisamente, a defesa dos bens jurídicos fundamentais, estabelecendo um compromisso de lealdade entre o Estado e o cidadão, pelo qual as regras são cumpridas não apenas por coerção, mas pelo compromisso ético-social que se estabelece mediante a vigência de valores como respeito à vida, à integridade física e mental, à honra, à liberdade, o patrimônio, aos costumes, à paz pública, dentre inúmeros outros de vital importância (MIRABETE, 2001).

Sobre o tema Capez (2011, p.19) instrui que:

O Direito Penal é o segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos humanos mais graves e perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, e descrevê-los como infrações penais, cominando-lhes, em consequência, as respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras complementares e gerias necessárias à sua correta e justa aplicação.

Lado outro, a conceituação do crime é tema culminante e, ao mesmo tempo, controverso entre doutrinadores penais. Este já era o pensamento do memorável mestre Hungria (1978, p.10), asseverando ainda que:

O crime é antes de tudo, um fato, entendendo-se por tal não só a expressão da vontade mediante ação (voluntário movimento corpóreo) ou omissão (voluntária abstenção de movimento corpóreo), como também o resultado (effectus sceleris), isto é, a consequente lesão ou periclitacão de um bem ou interesse jurídico penalmente tutelado.

Por derradeiro, tem-se que o legislador quando define um fato como criminoso, impõe um dever de conduta. A cominação da pena confere aos cidadãos

a obrigação de agir ou deixar de agir conforme o direito. Sendo assim, conclui-se que a censura de um fato ilícito depende não apenas do desvalor do evento, onde deverão ser encontradas formas de prevenir e combater a criminalidade através da aplicação justa de uma penalidade, mas, principalmente, do comportamento consciente ou negligente do seu autor (CAPEZ, 2011). É importante ter esses conceitos em mente para poder analisar as alterações introduzidas pela Lei 11.705/08.

2.2 Princípios penais constitucionais relacionados com trânsito

Os princípios que regem o direito penal são elementos vitais, os quais são construídos com base em princípios constitucionais, devendo ser respeitados. Por isso, merecem ser abordados na presente.

Segundo Mello (1994 *apud* CAPEZ, 2011, p. 26)

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa ingerência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

2.2.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade, também conhecido como princípio da reserva legal, estabelece não existir crime sem definição da norma escrita, ou seja, os tipos penais incriminadores somente podem ser criados por lei emanada do Legislativo, em conformidade com o previsto na Constituição da República de 1988. (NUCCI, 2010).

Com efeito, reza o artigo. 5º, inc. XXXIX da CF/88:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
Inc. XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

Nesse ínterim, também encontra previsão legal no texto do art. 1º do Código Penal Brasileiro (VADE MECUM, 2011, p. 577), a saber “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”

Ainda, Nucci (2010, p. 52) estabelece para o princípio em comento, três significados:

[...] a) político (garantia constitucional dos direitos humanos fundamentais; b) jurídico em sentido estrito lato (ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, conforme art. 5º, II, CF); c) jurídico em sentido estrito ou penal (fixador do conteúdo das normas penais incriminadoras).

Deste modo, observa-se que este princípio também introduz o princípio da anterioridade da lei penal. Sendo assim, frisa-se que um crime somente poderá ser punido se, anteriormente ao fato praticado, existir uma lei que o considere como crime (MIRABETE, 2000).

Ademais, embora um ato praticado por qualquer pessoa seja de tal modo, categoricamente reprovável, imoral, impuro, ou até mesmo ofensivo, e em consequência atingir a uma sociedade ou até mesmo um único indivíduo, se este ato não tiver previsão legal, não será visto como crime, sendo assim, impossível a sua repressão (MIRABETE, 2000).

Portanto, infringe o princípio da legalidade, tornando-se um descomedimento contra os direitos garantidos ao cidadão e um estado democrático de direito, quando é instituída qualquer medida punitiva que não encontra amparo no ordenamento jurídico penal.

2.2.2 Princípio da lesividade ou ofensividade

Tal princípio institui que o direito penal pátrio deve operar quando a conduta lesionar ou expuser um bem jurídico penalmente tutelado. Assim é o entendimento

de Cervini (1998 *apud* JESUS, 1998, p. 30): “O Direito Penal só deve ser aplicado quando a conduta lesiona ou expõe um bem jurídico a perigo de dano, não bastando que seja imoral ou pecaminosa.”

Ainda, preleciona Greco (2009, p. 26):

Por mais importante que seja o bem, que a conduta seja inadequada socialmente, somente poderá haver a criminalização de comportamentos se a conduta do agente ultrapassar a sua esfera individual, atingindo bens de terceiros. Por intermédio, do princípio da lesividade, proíbe-se a incriminação de pensamentos, de modos ou de formas de ser e de se comportar, bem como de ações que não atinjam bens de terceiros.

Neste mesmo diapasão, Capez (2011, p.41) afirma que “não há crime quando a conduta não tiver oferecido ao menos um perigo concreto, real, efetivo e comprovado de lesão ao bem jurídico”.

Consoante a essas ideias, impede a conclusão que a função principal deste princípio é a de limitar a pretensão punitiva estatal, de modo que não existam punições penais sem um conteúdo ofensivo a bens jurídicos. O legislador deve evitar estabelecer normas incapazes de lesionar ou por em perigo o interesse tutelado e, caso isso ocorra, o tipo deverá ser afastado do ordenamento jurídico por ser incompatível com o texto Constitucional (CAPEZ, 2011).

Assim, é irrefutável que uma norma seja considerada inconstitucional toda vez que não se vislumbrar em seu teor um bem jurídico devidamente definido e dotado de um mínimo de relevância social.

Ademais, o princípio em comento considera inconstitucional todos os chamados “delitos de perigo abstrato”, tendo em vista que não existe infração sem lesionar ou sequer pois em perigo um bem jurídico. Também não se pode confundir com o princípio da exclusiva proteção do bem jurídico, segundo o qual o direito não pode defender valores meramente morais, éticos ou religiosos, mas tão somente os bens voltados para a coexistência e desenvolvimento social, concluindo-se que existe uma limitação em relação aos interesses que podem ser tutelados no direito penal (CAPEZ, 2011).

2.2.3 Princípio da proporcionalidade

A origem e desenvolvimento do princípio da proporcionalidade encontram liame na evolução dos direitos e garantias individuais da pessoa humana. Este princípio insere-se na CF/88 junto aos demais princípios, como um direito fundamental do infrator de cumprir sua pena de forma justa e proporcional, de tal modo que seu débito com a sociedade seja satisfeito (CAPEZ, 2011).

A sua devida utilização se apresenta como uma das garantias basilares que devem ser observadas em todo caso em que possam ser lesionados direitos e liberdades individuais.

Ponderando acerca do princípio, Capez (2011, p.39) preleciona que:

Além de encontrar assento na imperativa exigência de respeito à dignidade humana, tal princípio aparece insculpido em diversas passagens de nosso Texto Constitucional quando abole certos tipos de sanções (art. 5.º, XLVII), exige individualização da pena (art. 5.º XLVI), maior rigor para casos de maior gravidade (art. 5.º XLII, XLIII e XLIV) e moderação para infrações menos graves (art. 98, I). Baseia-se na relação custo-benefício.

Ainda, delibera Jesus (1998, p.31) sobre o princípio em comento:

Chamado também princípio da proibição do excesso, determina que a pena não pode ser superior ao grau de responsabilidade pela prática do fato. Significa que a pena deve ser medida pela culpabilidade do autor. Daí dizer-se que a culpabilidade é a medida da pena. Fala-se também em proporcionalidade quanto à relação entre a gravidade objetiva do fato e a quantidade da pena.

Nesse sentido, a proporcionalidade importa um especial atributo de garantia aos cidadãos, vez que impõe limitação ao *jus puniendi* para que as penas sejam balanceadas em conformidade à extensão do dano, ou seja, com a necessária tutela a determinados bens jurídicos. Como nos ensina Capez (2011, p. 40): “A pena, isto é, a resposta punitiva estatal do crime, deve guardar proporção com mal infligido ao corpo social.”

Importante frisar que este princípio ocupa-se em buscar a moderação das penas, não devendo ser esta demasiadamente injusta e desproporcional, pelo contrário, deve ser justa e adequada ao delito cometido, capaz de reprimir o infrator a ponto de não infringir novamente a lei. Segundo Zaffaroni (1996, p.101): “As penas desproporcionais produzem mais alarme social [...] do que o próprio crime [...]”.

Ademais, o princípio da proporcionalidade engloba os subprincípios da necessidade e da adequação, ou seja, a incriminação deve ocorrer quando a

tipificação revelar-se necessária, idônea e adequada ao fim a que se destina. Assim, o legislador deve considerar ao elaborar as leis, os malefícios causados pela conduta criminosa, bem como a gravidade ofensiva imposta à sociedade (CAPEZ, 2011).

Neste entendimento reza Barros (1996 *apud* BIANCHINI, 2002, p. 118)

Sob este prisma, é lícito que o legislador se equivoque acerca do desenvolvimento de seu prognóstico. E é exatamente à conta da possibilidade de erro de prognose legislativa que se sustenta deva, a adequação, ser a ferida no momento em que o legislador tomou para sua decisão, a fim de que possa estimar se, naquela ocasião, os meios adotados eram apropriados aos objetivos pretendidos.

Pelo exposto, protesta-se a tutela penal é adequada para o fim a qual ela se destina, ou será que os legisladores deveriam estar mais embasados juridicamente e, finalmente, se estão capacitados para o aturado e, ao mesmo tempo, nobre encargo do processo de criação de leis em nosso país?

Destarte, nota-se que a definição de proporcionalidade, assim como de bem jurídico é, ultimamente, um dos maiores desafios entre os doutrinadores na busca contínua por um direito protetivo, garantista e, conseqüentemente, flexível ao Estado Democrático de Direito (CAPEZ, 2011).

2.2.4 Princípio da não auto-incriminação

O princípio da não auto-incriminação (*Nemo tenetur se ipsum accusare*) consiste que ninguém pode ser compelido a produzir provas contra si mesmo, isto é, nenhuma pessoa pode ser obrigada, por qualquer autoridade ou mesmo por qualquer pessoa, a fornecer qualquer tipo de informação ou prova que o incrimine direta ou indiretamente (GOMES, 2010).¹

O direito de não auto-incriminação é de origem bastante remota, pois fundado no instinto natural de preservação ou autoconservação. O art. 8º da Declaração dos Direitos de Virgínia (1774), por exemplo, já proclamava que "em

¹< <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-auto-incriminacao-significado-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia>>

todos os processos criminais o acusado não pode ser obrigado a produzir provas contra si mesmo" (GOMES, 2010)²

Este princípio é proveniente da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, também conhecido como o Pacto de São José da Costa Rica (art. 8.º, 2, g) e do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966 (art. 14, 3, g), que citam as seguintes disposições respectivamente:

Art. 8º - Garantias judiciais

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;

Art. 14.º - 3. Qualquer pessoa acusada de uma infração penal terá direito, em plena igualdade, pelo menos às seguintes garantias:

g) A não ser forçada a testemunhar contra si própria ou a confessar-se culpada.

O mencionado princípio também é consagrado pela Carta Magna de 1988, que optou por ser signatária dos tratados internacionais citados acima, por meio do seu art. 5º, estabelecendo “que toda pessoa acusada de um delito tem o direito de não ser obrigada depor contra si mesma, nem a confessar-se culpado, consagrando assim o princípio segundo o qual ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo” (MARCÃO, 2009, p.161). Vejamos, *in verbis*, os incisos do art. 5º (VADE MECUM, 2011, p. 12), coerentes ao princípio em questão:

Art. 5.º

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

²<<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-auto-incriminacao-significado-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia>>

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

Neste mesmo entendimento preleciona Gomes (2010)³:

O direito ao silêncio (previsto expressamente na CF brasileira) exprime, acima de tudo, que do acusado não se pode exigir que contribua ou que produza ou que participe ativamente de qualquer procedimento probatório que o incrimine. Nesse mesmo diapasão está o direito de não declarar contra si mesmo assim como o direito de não confessar (ambos previstos na CADH art. 8º, 2, g e no PIDCP art. 14, 3, g). A leitura desses textos normativos poderia nos conduzir a uma interpretação restritiva do direito fundamental à não auto-incriminação, para concluir que ele valeria apenas (e exclusivamente) em relação aos atos "comunicacionais" (declarações, confissões etc.). Na verdade, não importa se o meio probatório é oral ou documental (escrito) ou material ou corporal ou puramente procedimental.

Diante disso, enfatiza-se que o Estado tem de produzir provas de forma autônoma, sem contar com o auxílio do acusado, vez que este pode até contribuir para a produção de provas incriminatórias, porém, somente praticará se desejar (Gomes, 2010)⁴

Ademais, o direito de não autoincriminação integra a autodefesa, não existindo pena sem comprovação da culpabilidade do agente, assim como não existe comprovação da culpabilidade sem o devido processo e, ainda, não existe o devido processo legal sem garantias (GOMES, 2010)⁵

Nesse desiderato, observamos que o acusado tem todo o direito de não praticar qualquer conduta que lhe comprometa; o direito de não participar de procedimentos probatórios capazes de auferir a culpabilidade do mesmo; o direito há não ceder seu corpo para a produção de provas incriminatórias.

Deve-se ressaltar ainda, que firmado é o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre a temática, sendo disso exemplo o HC 96.219, relatado pelo ministro Mello, que enfatizou:⁶

A recusa em responder ao interrogatório policial e/ou judicial e a falta de cooperação do indiciado ou do réu com as autoridades que o investigam ou

³<<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-auto-incriminacao-significado-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia>>.

⁴ Ibidem

⁵ Ibidem

⁶<<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/148329/direito-ao-silencio-seu-significado-e-sua-dimensao-de-garantia>>

que o processam traduzem comportamentos que são inteiramente legitimados pelo princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a auto-incriminação, especialmente aquela exposta a atos de persecução penal.” O Estado - que não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus como se culpados fossem (RTJ 176/805-806) - também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios (RTJ 141/512).

Por fim, impede novamente apartar, que qualquer tipo de prova produzida em desfavor do acusado que dependa ativamente dele, somente será autêntica se o ato for realizado de forma voluntária e consciente, sendo intoleráveis a coação física ou moral, presumindo-se em seu benefício a inocência provinda do art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789.

2.2.5 Princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica ao réu

Para analisar esse princípio é imperioso observar o tempo em que o crime fora perpetrado para que se saiba qual a lei penal a ser imposta ao infrator. É sabido que a regra geral em direito é a aplicação da lei vigente à época dos fatos, a exceção da extra-atividade, isto é, a possibilidade de aplicação de uma lei a fatos ocorridos fora do âmbito de sua vigência (NUCCI, 2010).

Assim, deparamos com o princípio da retroatividade, que por sua vez, versa sobre a aplicação de uma nova lei penal mais favorável ao infrator, a um fato ocorrido antes do período de sua validade. Com base no uso deste princípio, se o infrator cometeu o crime na vigência de uma lei e em seguida a lei fora revogada por outra mais benigna, logo, ele será julgado conforme a que mais lhe for favorável. Isso significa articular que, se a nova lei for mais benéfica, o agente terá seu julgamento conforme suas disposições, devido à retroação da lei penal mais favorável (MIRABETE, 2011).

Com efeito, encontra-se consolidação no art. 5º, inc. XL da CF, e no art. 2.º, parágrafo único do CPB. Vejamos *in verbis*: “Art. 5º [...] XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;” (VADE MECUM, 2011, p.11)

Destaca-se ainda, a disposição do art. 2º do CPB (VADE MECUM, 2011, p.577):

Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

Em harmonia com esse princípio de aplicação cogente, também encontramos amparo na *abolitio criminis*, antevendo que ninguém será punido criminalmente por fato posterior que deixar de ser crime. Poderá ocorrer o *abolitio criminis* a qualquer momento, ou seja, antes ou durante o inquérito policial ou da ação penal, ou até mesmo depois desta, com o trânsito em julgado (MIRABETE, 2011).

Neste sentido ensina Mirabete (2011, p.6)

A nova lei, que se presume ser mais perfeita, mais adequada que a anterior, demonstrando não haver mais, por parte do Estado, interesse na punição do autor de determinado fato, sempre retroage para alcançá-lo. [...] De forma expressa, o dispositivo alcança inclusive os fatos definitivamente julgados, ou seja, a execução da sentença condenatória e todos os efeitos penais dessa decisão condenatória.

Também é o entendimento do STF (2006, *apud* MIRABETE, 2011, p. 9):

A lei nova benéfica pode ser aplicada tanto imediatamente, por ser desdobramento dos direitos e garantias fundamentais (CF, art. 5º, § 1º), como retroativamente, a ponto de alcançar fatos anteriores, desde que se mostre favorável ao agente (CF, art. 5º, LV)" (JSTF, 227/381).

Contudo, existe divergência por parte de alguns doutrinadores ao tocante à retroatividade, a exemplo de Jesus (2007 *apud* CAPEZ, 2010, p.69) que dispõe:

Lei processual: não se submete ao princípio da retroatividade em benefício do agente [...]. [...] com razão, sustenta entendimento [...], no sentido de que a prisão processual é regra não material e, portanto, pode ser aplicada aos processos em andamento, mesmo que o fato seja anterior à sua entrada em vigor.

Em contrapeso, Gomes (2003, p.171) em sua doutrina defende que existem normas processuais mestiças, com conteúdo penal material que pode retroagir beneficiando o agente. Vejamos:

No que diz respeito à lei processual penal é preciso distinguir: a) lei genuinamente processual tem aplicação imediata (cpp, art. 2.º)*; e b) lei processual com conteúdo ou reflexos penais é regida pelos princípios que acabam de ser tratados (se a lei nova for mais benéfica retroage, ao contrário não).

Lado outro, partindo da premissa dos entendimentos ora abordados, verifica-se a aplicação da anterioridade como foco do nosso estudo em questão, o qual se aplica ao art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro.

2.3 Classificações das Infrações Penais

Segundo os ensinamentos de Greco (2007, p. 9):

Toda vez que se procurar dissecar determinado tipo penal, apontando os elementos considerados como indispensáveis à sua configuração, não podemos fugir à classificação doutrinária. Classificar doutrinariamente um tipo penal significa o mesmo que apontar a sua natureza jurídica. Uma vez detectada a natureza jurídica de uma infração penal, o trabalho do intérprete fica extremamente facilitado no sentido de conhecer os vários aspectos que lhe são relevantes, como o seu momento de consumação, se é possível a tentativa, etc.

Doutrinariamente, observa-se que a classificação dos delitos penais é bem extensa por ter a finalidade de ministrar a demarcação apropriada a cada crime em questão. Contudo, limitar-se-á às classificações a seguir expostas, haja vista ser basicamente estas, o foco do presente estudo.

2.3.1 Crime de dano

O desígnio para seu aperfeiçoamento é a de que o agente lesione um bem jurídico tutelado. Preleciona Capez (2011, p. 286) ao definir crime de dano: “exige uma efetiva lesão ao bem jurídico protegido para a sua consumação (homicídio, furto, dano, etc.)”. Ainda, Nogueira (2009, p. 71): “crime de dano são aqueles que

importam em resultado que produz alteração de ordem material no mundo físico. [...] são também chamados delitos de resultado.”

Nessa mesma esteira Hungria (1978, p. 13) com sua impecável definição:

Todo crime produz um dano (real, efetivo) ou um perigo de dano (relevante possibilidade de dano, dano potencial), isto é, cria uma alteração do mundo externo que afeta à existência ou à segurança do bem ou interesse que a lei protege com *ultima ratio* da sanção penal. É inegável que o perigo de dano também representa um resultado, isto é, um evento no mundo objetivo.”

Nesse sentido, é aparente que não basta à conduta do agente oferecer apenas risco de dano, mas imprescindível é, a consumação do delito pelo agente, devendo, ainda, este causar uma lesão efetiva.

2.3.2 Crime material

Neste caso é imperiosa a analogia entre o dano causado e a conduta do agente, com a finalidade de obter a consumação. Assim, crime material consiste em um resultado, isto é, para caracterizar a previsão legal é essencial a produção do resultado (Nogueira, 2009).

É o que assevera Fragoso (1987 *apud* NOGUEIRA, 2009, p.77):

Nos crimes materiais, isto é, naqueles em que o momento consumativo depende da superveniência de um resultado exterior à ação, é indispensável estabelecer a relação da causalidade entre a ação e o resultado. Tal resultado (evento), em tais casos, integra a descrição da conduta proibida e dele depende a tipicidade.

Desse modo, entende-se que a carência da consumação torna o crime tentado, somente ensejando o crime material com resultado do dano causado ao bem jurídico penalmente resguardado.

2.3.3 Crime formal

Crime formal, também conhecido pelas doutrinas como delitos de resultado cortado ou crime de consumação antecipada, por sua vez, é aquele que dispensa a consumação do ato, independem do resultado para os efeitos de reconhecimento da infração penal (Greco, 2007).

Assim sendo, a prática, por si só, já tem o condão de fazer com que a infração delineada no tipo penal se configure.

Consoante nos ensina Bitencourt (2003, p. 148/149):

O crime formal também descreve um resultado, que, contudo, não precisa verificar-se para ocorrer a consumação. Basta a ação do agente e a vontade de concretizá-lo, configuradoras do dano potencial, isto é *eventus periculi* (ameaça, a injúria verbal). Afirma-se que o crime formal o legislador antecipa a consumação, satisfazendo-se com a simples ação do agente [...].

Verifica-se, portanto, a diferença entre crime material e crime formal no que tange a forma de consumação, isto é, no primeiro é vital a consumação do intento do agente para concretizar o delito, já no segundo a consumação se dá pela antecipação, sendo satisfeita a lei penal com a simples conduta do agente, ou seja, independentemente do resultado, há crime.

2.3.4 Crime de perigo

Crime de perigo é aquele em que a conduta do agente oferece um perigo ao bem jurídico tutelado. Segundo Greco (2007, p. 108) “pode o comportamento do agente não estar dirigido finalisticamente a produzir dano ou lesão ao bem juridicamente protegido pelo tipo, causando-lhe, contudo, uma situação de perigo.”

Os crimes de perigo subdividem-se em dois tipos, quais sejam: crime de perigo abstrato e crime de perigo concreto. (Greco, 2007).

2.3.4.1 Crime de perigo abstrato

Ocorre quando o texto da lei penal entende como sendo suficiente a prática do ato (comissivo ou omissivo) pelo agente, para os fins de caracterização do perigo. Essa modalidade também é conhecida como de perigo presumido, haja vista ser a prática do ato analisada *ex ante*, independentemente de efetiva confirmação de que a conduta do agente causou a situação de perigo que o tipo penal busca evitar. (Greco, 2007).

Vejamos a doutrina de Jesus (1998, p. 4):

É suficiente a realização da conduta, sendo a situação de perigo presumida pelo legislador (avaliação *ex ante*). A presunção completa o tipo penal, não permitindo prova em contrário. Significa que se atribui à acusação somente a prova da realização do comportamento. É o quanto basta para a lei, que impõe a si própria a tarefa de completar o tipo incriminador, presumindo que, em decorrência da conduta, há perigo para o bem jurídico.

Assim, a presunção é o suporte para que perigo abstrato se configure como um tipo penal, apesar de que, para diversos doutrinadores, o perigo abstrato não é ensejador para a tipificação de qualquer conduta, uma vez que fere o princípio da lesividade.

Como para Gomes (2009, *apud* NUCCI, 2010, p. 1136), que critica a adoção de infrações penais de perigo abstrato na legislação vigente e sua aceitação pelos tribunais, vejamos:

De qualquer maneira, qualquer que seja a interpretação adotada impossível falar-se em crimes de “perigo abstrato”, que estão definitivamente excluídos do Direito penal, mesmo porque não se compatibilizam com o Estado Democrático de Direito. O perigo faz parte da realidade fática. Logo, como fato não se presume”.

2.3.4.2 Crime de perigo concreto

Nesta modalidade, ocorre crime de perigo concreto quando se perfaz com a iminência da lesão ao bem jurídico tutelado que para se concretizar é preciso ser aferido, verificado e provado (Nogueira, 2009). Capez (2011, p. 286) faz a seguinte definição “[..] quando a realização do tipo exige a existência de uma situação de efetivo perigo.”

Importante observar que no crime previsto no art. 306 do CTB, com redação determinada pela Lei 11.705/08, suprimiu a elementar “expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”, fazendo parecer desta forma, que a lei se contenta com perigo abstrato, não exigindo comprovação de situação de risco no caso concreto. Logo, entre os doutrinadores essa situação é tema de discussão, já que alguns entendem ser crime de perigo abstrato, ao passo que outros entendem ser crime de perigo concreto. É o que será verificado com maiores detalhes em outro capítulo pertinente ao caso em comento.

Assim, nos termos de Nogueira (2009, p. 75/76):

[...] depende de comprovação no caso concreto, não bastando a mera presunção a respeito de sua existência, mesmo porque a norma jurídica não contém palavras inúteis. Logo, se o legislador se contentasse com o perigo abstrato para a realização desses tipos penais, certamente não teria feito uso das elementares ditas acima ou as teria utilizado bem genericamente (perigo à segurança alheia, perigo à incolumidade pública etc.)

2.4 Infração Administrativa e Infração Penal

Classificam-se as infrações descritas no CTB em administrativas, civis e penais. Rizzardo (2008, p.368) adverte que “infração corresponde a todo desrespeito ou vulneração de leis, sendo ampla a abrangência, pois atinge qualquer dispositivo da ordem jurídica vigente em um país”.

Assim enfatizemos que uma conduta caracterizada como infração administrativa, não contradiz o disposto em lei penal, não sendo, portanto, de caráter criminoso, mas de modo eminentemente administrativo, com punições menos intransigentes ao infrator. Segundo preleciona Rizzardo (2008, p.368) “este tipo de infração não se trata, aqui, de crimes ou delitos, estes podendo ser considerados também no gênero infração, mas de maior gravidade e repercussão social.”

É irrefutável que ambos os tipos de infração penal ou administrativa, possuem características comuns, tais como, tipicidade, antijuricidade, o elemento subjetivo, resultado, bem como periculosidade. No entanto, o diferencial está no modo de aplicar a punição, vez que quem infringe uma regra de cunho administrativo não será aplicada a pena de prisão, tão pouco enfrentará um processo na esfera criminal (Vargas, 2009).

Rizzardo (2008, p.368) define o entendimento da seguinte forma:

De acordo com as lições tradicionais, há no crime o fato típico (a ação ou o ato comissivo e omissivo), a antijuridicidade (ato contrário ao direito), a culpabilidade (elemento subjetivo, isto é, dolo ou culpa) e a punibilidade (a previsão de uma pena legal). Já na infração, considerada em termos como um crime atenuado, aqueles elementos também constam presentes, sem que a previsão de punibilidade envolva penas restritivas da liberdade, sendo ademais, irrelevante a perquirição do elemento subjetivo.

Diante do exposto, incumbe definir a diferença entre infração administrativa e infração penal, sendo aquela aplicada a fato de leve gravidade, que tenha caráter desproporcional, e que não seja extremamente ofensivo à sociedade lesando inteiramente um bem jurídico de modo que justifique levar o infrator ao calvário penal. Lado outro, a infração penal acarreta uma ação penal e, conseqüentemente, uma pena imposta pelo Estado como forma de coerção. Nas palavras do sábio Greco (2007, p.44) “[...] quando a lei em sentido estrito descreve a conduta (comissa ou omissa) com o fim de proteger determinados bens, cuja tutela mostrou-se insuficiente pelos demais ramos do direito surge o chamado tipo penal.” Assim, temos que a conduta mais grave será atingida pelo Direito Penal e a menos gravosa restringir-se-á ao Direito Administrativo.

Nesse prisma, importante perceber que a questão do motorista sob efeito de álcool tem distinto tratamento no âmbito administrativo e penal.

Com efeito, dispõem os artigos 165, 276 e 306, todos do CTB (VADE MECUM, 2011, p. 898, 908, 911):

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.

Art. 276. Qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165 deste Código.
Parágrafo único. Órgão do Poder Executivo federal disciplinará as margens de tolerância para casos específicos.

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.

Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.

Assim codificamos que por força do art. 276 do CTB, qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeitaria o condutor às penalidades previstas no art. 165 deste mesmo diploma legal, isto é, pela literalidade do dispositivo, ocorre infração administrativa com qualquer concentração de álcool no sangue. Lado outro, no que tange a infração penal exige-se seis decigramas ou mais de álcool por litro de sangue (art. 306).

A princípio, percebe-se que na seara administrativa o legislador é mais ríspido ao impor a "tolerância zero", dispondo que qualquer concentração de álcool enseja a infração ao artigo 165 do CTB pelo motorista, conforme dicção do art. 276 do CTB e art. 1º do Decreto 6488/08).

É interessante notar que o texto do legislador, apesar de bastante zeloso na esfera administrativa, no sentido de não impor uma taxa para o teor alcoólico, não seguiu a mesma vereda no âmbito criminal. Sendo indubitável que com advento da Lei 11.705/2008, por direção sob efeito de álcool, só é preso em flagrante e, sobretudo, condenado, quem quiser. Portanto, subsistindo impunidade para esses infratores, respondem por uma infração administrativa, ou seja, com o pagamento de uma multa está resolvido o impasse, isso se o infrator não recorrer administrativamente, haja vista que negando o mesmo a submeter-se a exame capaz de fornecer um resultado numérico, será ele fatalmente autuado por infração de trânsito, sem, contudo, caracterizar-se o cometido do crime? (ARAÚJO, 2011).

Ademais, em breve relato, é de se preocupar, contudo, o contexto do §2º do art. 277, segundo o qual o agente de trânsito poderá por outras provas em direito admitidas, caracterizar a infração e autuar o possível infrator. Nota-se que é bastante o poder depositado sobre uma pessoa que não é médico nem perito, ou outro capaz de constatar se realmente o indivíduo está em estado de embriaguez. Imperioso lembrar, que a prova testemunhal no processo administrativo não é cabível. Ainda nesse mesmo diploma legal em seu parágrafo 3º, a previsão de que a recusa do condutor a submeter-se a testes de alcoolemia, exames clínicos e outros, sujeita-se às mesmas penalidades aplicáveis a quem dirige embriaguez, onde pode-

se concluir, que o legislador criou a “infração da recusa”, independente da presença de álcool no sangue (ARAÚJO, 2011).

Não obstante, esse assunto será novamente abordado com mais ostentação nas próximas seções.

3 EMBRIAGUEZ AO VOLANTE FRENTE ÀS LEIS 9503/97 E 11.275/06

Diante das calamitosas estatísticas de acidentes nas estradas de todo o país, versando na sua maioria sobre motoristas embriagados, surgiu uma nova alteração na legislação de trânsito com advento da Lei 11.705 que entrou em vigor no ano de 2008, sendo conhecida popularmente como “Lei Seca”, ou ainda, “Lei da tolerância zero”. Como escopo principal, além de outras providências, a referida lei modificou a Lei 9.503/97 em seus artigos 10, 165, 276, 277, 291, 296, 306. Assim, seu objetivo primordial era de recrutar os infratores através de uma lei mais rígida capaz de melhorar a situação alarmante das infrações de trânsito.

Por conseqüente, ao longo do presente serão abordadas as interpretações doutrinárias pertinentes à temática dos requisitos para caracterização do delito de embriaguez ao volante com o novel da mencionada lei, tanto na esfera administrativa quanto na esfera criminal, bem como os problemas e indagações voltados a sua eficácia que persistem na sociedade até os dias atuais, após três anos de vigência da Lei seca no país.

Antes, porém, necessário analisar o que de fato foi alterado para melhor elucidação nas próximas seções. Logo, é o que será abordado a seguir, lembrando que limitar-se-á aos artigos destinados a embriaguez ao volante.

3.1 Requisitos para embriaguez na Lei 9.503/97

Para caracterização da embriaguez ao volante, ainda sob a égide da legislação remota, o legislador não inseriu em seu texto legal, para fins de infração penal, taxa de alcoolemia como elemento normativo do tipo, bastando que o agente conduzisse seu veículo de maneira anormal, “sob a influência do álcool”. Não havia, portanto, um valor numérico legal, e ainda, era exigido a ofensa à incolumidade pública, no que tange à segurança no tráfego de veículos.

Com efeito, é o que se vê em sua já afastada descrição legal (JESUS, 1998, p. 144):

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**. (grifo nosso)

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

Assim, dirigir veículo de forma anormal (risco concreto) em determinadas condições irregulares (sob influência do álcool) passou a ser crime. O art. 306 impescindia da exposição da incolumidade de outrem a dano potencial, estipulando-se um crime de perigo concreto. De acordo com o STJ: “O delito de embriaguez ao volante previsto no art. 306 da Lei nº 9.503/97, por ser de perigo concreto, necessita, para a sua configuração, da demonstração da potencialidade lesiva” (Resp 608078/RS Recurso Especial 2003/0181007-0, Quinta Turma, Rel. Ministro Felix Fischer, 23/06/2004, DJ 16.08.2004 p. 278) (CASTRO, 2000?).⁷

Para Gomes, trata-se esse delito como de perigo concreto indeterminado. Seu entendimento é calcado na “necessidade da condução anormal, por meio de zig zag ou mesmo por uma infração de trânsito no percurso da via pública”.⁸

Noutro giro, no que tange os artigos relacionados com infração administrativa, vejamos como eram os artigos 165, 276 e 277 da Lei 9503/97:

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool, **em nível superior a seis decigramas por litro de sangue**, ou qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica. (grifo nosso)

Art. 276. A concentração de seis decigramas de álcool por litro de sangue comprova que o condutor se acha impedido de dirigir veículo automotor. Parágrafo único. O **CONTRAN** estipulará os índices equivalentes para os demais testes de alcoolemia.⁹

Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de haver excedido os limites previstos no artigo anterior, será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia, ou outro exame que por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo **CONTRAN**, permitam certificar seu estado. Parágrafo único. Medida correspondente aplica-se no caso de suspeita de uso de substância entorpecente, tóxica ou de efeitos análogos.

⁷ < <http://www.direitopenalvirtual.com.br/artigos/leiamais/default.asp?id=436>>

⁸ < http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080630161826475&mode=print>

⁹ < BRASIL. Resolução n.º 206 de 20 de outubro de 2006. **CONTRAN**. Dispõe sobre os requisitos necessários para constatar o consumo de álcool, substância entorpecente, tóxica ou de efeito análogo no organismo humano, estabelecendo os procedimentos a serem adotados pelas autoridades de trânsito e seus agentes. Disponível em: http://detran.gov.br/download/Resolucao206_pdf. Acesso em 23 out.2011.>

Com efeito, a definição de embriaguez, para uma corrente doutrinária, deveria ser extraída do disposto nos arts. 165 e 276 da comentada Lei, vez que ao estipular seis decigramas por litro de sangue, o condutor se achava impedido de dirigir veículo automotor (PINTO, L. e PINTO, R. 2009).

Em contrapeso uma segunda corrente sustentava que seis decigramas são exigidos apenas para a conformação da infração administrativa do art. 165, mas não para o delito do art. 306. Era o que dizia Damásio (2006 *apud* PINTO, L. e PINTO, R. 2009, p. 1002): “art. 306 exige apenas que o sujeito conduza veículo automotor de forma anormal, ‘sob a influência de álcool’, não havendo limite legal, de modo que exista crime na hipótese [...]”.

Assim, prevaleceu o entendimento de que a embriaguez seria configurada em consonância com o parâmetro do art. 165 do mesmo diploma legal.

Contudo, passados oito anos da referida Lei, a estatística de acidente de trânsito ainda era vasta, com isso surgiu a necessidade de uma nova alteração na redação dos artigos que regravam a embriaguez ao volante. Surge então a lei 11.275/06 que alteravam os dispositivos 165 e 277 do CTB.

3.2 Requisitos para embriaguez na Lei 11.275/06

Segundo as regras da novel Lei 11.275/06, é prescindível para configuração da infração administrativa é que o condutor do veículo, esteja sob a influência do álcool ou qualquer outra substância entorpecente que determine dependência física ou psíquica, por meio de sinais notórios. Vejamos as alterações introduzidas pela aludida Lei (VADE MECUM, 2007, p. 898/909):

Art. 165. Dirigir **sob a influência de álcool** ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica: Infração gravíssima; Penalidade - multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir; Medida administrativa - retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação. (grifo nosso)

Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, **sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool** será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado.

§1º Medida correspondente aplica-se no caso de suspeita de uso de substância entorpecente, tóxica ou efeitos análogos.

§ 2º No caso de recusa do condutor à realização dos testes exames e da perícia previstos no caput deste artigo, a infração poderá ser caracterizada mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas pelo agente de trânsito acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor, resultantes do consumo de álcool ou entorpecentes, apresentados pelo condutor.

Assim, em face da mudança da lei, não importava mais o teor ou a quantidade de álcool encontrada no sangue, bastava a constatação da influência de álcool ou qualquer substância entorpecente que determine dependência física ou psíquica, para fins de caracterização da infração (RIZZARDO, 2007).

Ensina Jesus (2006, p. 167):

Hoje, para que o condutor responda pela infração administrativa é suficiente que dirija sob a influência de substância alcoólica ou de entorpecente, ainda que não supere o limite legal antes previsto de alcoolemia.

Diante do exposto, é patente que nossa Carta Magna/88, consagra o princípio da não auto-incriminação presente no Pacto de São José da Costa Rica. Tal princípio é acolhido a partir da interpretação do artigo 5.º da CF/88 com seus incisos LV, LVII e LIII, que tratam sobre o direito da ampla defesa e do contraditório, da presunção de inocência, bem como o direito ao silêncio.

Isto acarretou a impunidade a diversos infratores a partir do momento que não se submetessem a qualquer dos testes de alcoolemia que fossem passíveis a demonstrar o teor de álcool no sangue. Essa situação gerou repulsa entre a sociedade, pois não havia um tratamento judicial seguro.

Diante disso, o legislador alterou a redação de alguns dispositivos com intenção de suprir a necessidade de demonstrar o “quantum” necessário era para configuração da infração administrativa.

Curioso que dois anos após a mudança da Lei 11.275/06, o legislador alterou novamente a referida norma com advento da Lei 11.705/08, modificando entre as alterações o art. 306, que veio a causar a mesma celeuma provocada anteriormente com o art. 165 do CTB, ao inserir um “quantum” para caracterização do delito. Esse impasse será abordado adiante.

4 O CRIME DE EMBRIAGUEZ NO CONTEXTO DA LEI 11.705/08

Sopesar nesta seção o ponto nevrálgico da problematização da embriaguez ao volante, advertindo que as contradições localizadas no novo contexto do art. 306 do CTB, aludem uma notável insegurança jurídica que persiste até os dias atuais, ocasionando, ainda, uma norma inaplicável em virtude das limitações que lhes são inerentes. Para corroborar essa assertiva analisar-se-á o conteúdo textual dos artigos que sofreram alterações com a nova lei, e, que dizem respeito aos requisitos para caracterização do delito de embriaguez. Não obstante, é preciso considerar a presença dos elementos objetivos e subjetivos do tipo penal para restar configurada a prática do delito. Lembrando que o desígnio do presente não é exaurir as contradições e reclames do mencionado artigo e sim apontar determinadas divergências aludidas pelas doutrinas.

4.1 Elemento objetivo do tipo

Doravante para a tipicidade do crime de embriaguez ao volante deliberado pelo art. 306 do CTB, é cogente que o condutor do veículo, alvo de fiscalização ou envolvido em acidente, seja flagrado conduzindo seu veículo automotor na via pública, com teor alcoólico igual ou superior a 06 (seis) decigramas de concentração de álcool por litro de sangue, o que equivale à concentração de álcool igual ou superior a 03 (três) décimos de miligrama por ar expelido dos pulmões, conforme dicção do art. 2º do Decreto 6.488 de 20 de junho de 2008. Para Cabette (2008) a lei aprecia como crime a simples conduta de conduzir veículo automotor em via pública, sendo duas às circunstâncias como elemento objetivo do tipo: “a) Estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 decigramas; b) Estando sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência.”¹⁰

Nessa mesma direção aduz Marcão (2009 p. 158/159):

¹⁰ <<http://jus.com.br/revista/texto/11717/novo-artigo-306-do-ctb>>

Conduzir, [...] significa, dirigir, colocar em movimento mediante acionamento dos mecanismos do veículo. *Veículo automotor*: [...] ‘todo veículo a motor de propulsão que circule por seus próprios meios [...]’. *Via pública*: superfície por onde transitam veículos, pessoas e animais, compreendendo a pista, a calçada, o acostamento, ilha e canteiro central.[...] Para a conformação típica do art. 306 é imprescindível que o condutor se ponha a dirigir veículo automotor na *via pública*. **O legislador passou a entender que conduzir o veículo na via pública nas condições do art. 306, caput, do Código de Trânsito Nacional, é conduta que, pó si, independentemente de qualquer outro acontecimento, gera perigo suficiente ao bem jurídico tutelado, de molde a justificar a imposição de pena criminal.** (grifo nosso)

Nota-se, contudo, que com as alterações introduzidas no art. 306 do CTB não é mais necessário estar o condutor sob a influência do álcool como incidia anteriormente com a Lei 9.503/97, vez que eliminou-se o tipo incriminador “sob a influência do álcool”. Presentemente para que o crime se perfeça imperioso será que se demonstre que o condutor conduzia veículo automotor pela via pública, com concentração de seis decigramas ou mais, por litro de sangue.

Assim nos exatos termos de Nucci (2009, p. 1154):

Anteriormente, portanto, era suficiente dirigir influenciado pelo álcool, colocando em perigo a segurança viária. Hoje, torna-se indispensável comprovar que o agente conduzia o veículo com concentração alcoólica específica, vale dizer, seis decigramas por litro de sangue.

Em suma, o legislador tentou ser o mais direto possível definindo o conceito de embriaguez no próprio tipo penal ao fazer menção expressa ao quantum de álcool no sangue é necessário para configuração do crime, isto é: “embriagado é assim considerado o motorista que, na condução de veículo automotor, estiver com concentração de álcool [...] na exata dicção da atual redação do art. 306 do CTB.” ((PINTO, L. e PINTO, R. 2009, p. 1002).

Ocorre que o legislador ao estabelecer uma elementar baseada em número, com a finalidade de quantificar o teor alcoólico no sangue do agente, sucedeu em um erro crasso, vez que a concentração de 6 dec/l somente pode ser aferida por exame de sangue ou bafômetro, sendo estes os únicos meios comprobatórios capazes de afirmar o estado de ebriedade, expedientes esses que necessitam de autorização do condutor (GOMES, CUNHA, BATISTA, 2008).

Assim, é sabido que o suspeito na condução do veículo, valendo-se do seu direito constitucional, mormente do princípio da não auto-incriminação, seguindo a

CADH (1969) e do PIDCP (1966), pode recusar-se a produzir provas contra si mesmo, sendo, portanto, forçoso concluir que as diligências suplementares, quais sejam: exame clínico ou prova testemunhal, são insuficientes para apuração exata do grau de álcool no sangue. (GOMES, CUNHA, PINTO, 2009 *caput* NOGUEIRA, 2009).

Discorrendo sobre o assunto, Nucci (2009, p. 1154) preleciona com o domínio habitual:

Hoje torna-se indispensável comprovar que o agente conduzia o veículo com concentração alcoólica específica, vale dizer, seis decigramas por litro de sangue. Para que se possa demonstrar tal situação demanda-se prova técnica (exame de sangue ou utilização do denominado bafômetro). É mais que sabido não se poder exigir de qualquer pessoa a colaboração efetiva para produzir prova contra seus próprios interesses, ou seja, é inviável que o agente ceda amostra de sangue ou sobre o aparelho [...]

Marcão (2009, p. 162) reforça esse entendimento:

[...] O agente surpreendido na via pública, sobre o qual recaia suspeita de encontrar-se a conduzir veículo automotor sob influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência, não poderá ser submetido, contra sua vontade, sem sua explícita autorização, a qualquer procedimento que implique intervenção corporal, da mesma maneira que não está obrigado a se pronunciar a respeito de fatos contra si imputados (art. 5.º, LXIII, CF) sem que tal 'silêncio constitucional' se possa extrair qualquer conclusão em seu desfavor [...].

Assim, aquele que se abdica a soprar o bafômetro ou ceder seu corpo para retirada de sangue para o teste de averiguação da alcoolemia, fica sujeito somente as outras provas admitidas, como por exemplo, a prova testemunhal, exame clínico ou, ainda, a perícia clínica, sendo que estas a rigor não tem o condão de estabelecer o número exato de teor alcoólico no sangue, de tal modo que o infrator não terá contra si aquela que é por excelência a cabal e concludente prova da infração penal, ainda que o suspeito esteja com mais de seis decigramas por litro de sangue (MARCÃO, 2009).

Sobre o assunto em questão, Capez (2008 *apud* MARCÃO, 2009, p. 218) em entrevista concedida ao jornal Carta Forense:

[...] a Lei fala em 6 decigramas de álcool por litro de sangue, tornando imprescindível, perdoem-me a redundância, o exame de sangue. Não há

como substituir essa prova, nem mesmo pelo etilômetro, vulgarmente denominado bafômetro [...].

Ainda, nesse mesmo entendimento Peluso (2008 *apud* NOGUEIRA, 2009, p. 219):

[...] o crime só se configura com comprovação de tal quantidade de álcool (6 decigramas) no sangue do condutor do veículo, o que, por sua vez, somente poderá ser averiguado - o que me parece bastante óbvio -, através do competente exame de sangue[...].

Como exposto acima, verifica-se que para alguns doutrinadores nem mesmo o bafômetro é capaz de aferir a quantidade de álcool no sangue de forma precisa, sendo necessário o teste de sangue. Sobre as indagações acerca da imprestabilidade do uso do bafômetro, será abordado mais adiante.

Logo, desta feita, a nova redação dada ao art. 306 tornou praticamente impossível a repressão da embriaguez ao volante, acarretando impunidade a vários infratores. O Estado (investigação ou acusação) não tem mais condições de apresentar ao Judiciário provas suficientes de materialidade que possa ensejar uma ação penal, isto é, não tem provas ativas de que o infrator superou o limite de seis dec/l a ponto de puni-lo criminalmente, a não ser que o próprio suspeito colabore com o Judiciário, o que parece impossível diante do explanado até o momento (NUCCI, 2009).

Assim, consagrando o princípio de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo, extingue-se, na prática, qualquer punição penal, uma vez que tal princípio não se coaduna com o art. 306 do CTB. (NUCCI, 2009). Ademais, como assevera Gomes (2009, p. 28): “quem exerce um direito não comete um crime. E quem não comete crime não pode ser preso.”

Com efeito, conforme vem decidindo nossos tribunais após a entrada em vigor da referida Lei, vejamos:¹¹

APELAÇÃO CRIMINAL - EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (Art. 306/CTB) - LEI 11.705/2008 - AUSÊNCIA DE EXAME COMPROVANDO O NÍVEL DE ÁLCOOL NO SANGUE NO CONDUTOR - ABSOLVIÇÃO. 1. Com o advento

¹¹ <[http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=7&txt_processo=530760&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=artigo 306 do ctb falta de materialidade&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=7&txt_processo=530760&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=artigo%20306%20do%20ctb%20falta%20de%20materialidade&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical)>

da Lei 11.705/2008, alterando a redação do art. 306, do CTB, o crime de embriaguez ao volante somente se caracteriza quando restar comprovado através do teste de alcoolemia que o condutor do veículo estava com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas. Sem prova nesse sentido, não há como incriminá-lo por embriaguez ao volante, constituindo-se a conduta, a teor do art. 165, do CTB, em infração administrativa. 2. Recurso provido.' (TJMG - AP. 1.0223.0\8.241339-2/001, rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, j. 23/04/2009).

Destarte, ao estabelecer de forma matemática um valor para que se perfectibilize o crime, o legislador cometeu um grave erro, no qual resultou impunidades a vários infratores e injustiças a muitos outros. Como argumenta Gomes, Cunha e Batista (2008, p.379) “Percebe-se a infelicidade do legislador ao optar por estabelecer uma tabela, de antemão, na qual o agente, se nela incluído, terá cometido o delito.”

Outra não é a conclusão de Marcão (2009)¹²:

Em decorrência das mudanças introduzidas com o advento da Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008, apenas poderá ser chamada a prestar contas à Justiça Criminal ‘por embriaguez’ ao volante, nos moldes do art. 306, caput, primeira parte, do Código de Trânsito Brasileiro, a pessoa que assim desejar ou aquela que for enleada ou mal informada a respeito de seus direitos, e por isso optar por se submeter ou consentir em ser submetida a exames de alcoolemia ou teste do ‘bafômetro’ tratados no caput do art. 277 do mesmo Codex e, em decorrência disso, ficar provada a presença da dosagem não permitida de álcool por litro de sangue.

Perante o exposto, tem-se que não se pode presumir a embriaguez de quem não se submete ao teste para dosagem do álcool, sendo vedado pela Constituição da República (1988) qualquer arremate desfavorável ao agente suspeito de infringir a lei, que exerça o seu direito de não produzir prova contra si mesmo (GUIMARÃES, 2011).

Ainda enfatiza Copez (2008, *apud* MORAES, 2000?)¹³:

[...] No momento em que o nível de alcoolemia (6 decigramas de álcool por litro de sangue) foi inserido como elementar do tipo incriminador, tornou-se imprescindível a comprovação cabal dessa dosagem sob pena de atipicidade da conduta. O nível de álcool, por se tratar de medida técnica, necessita de demonstração pericial. **Em outras palavras, não se consegue extrair o exato nível de alcoolemia mandando o agente ‘fazer o quatro’ ou ‘dar uma andadilha’ ou ainda ‘falar 33 no consultório médico’[...] (grifo nosso)**

¹² <<http://www.direitopenalvirtual.com.br/artigos/leiamais/default.asp?id=393>>

¹³ <<http://www.direitopenalvirtual.com.br/artigos/leiamais/default.asp?id=621>>

Desta feita, fácil é concluir, que apesar de ter o legislador modificado os requisitos para caracterização do delito de embriaguez com o escopo de ter uma norma mais austera, acabou por assumir a condição de norma penal mais benéfica e injusta, uma vez que sem prova da materialidade do delito, nem prisão em flagrante poderá acontecer. Frisando Gomes (2009, p. 28): “quem exerce um direito não comete um crime. E quem não comete crime não pode ser preso.” Ao passo que não parece desproporcional o fato de um condutor embriagado, que se propõe a sobrar o bafômetro, e outro que não colabora com a justiça, um sair incólume e outro não?

4.1.1 A imprestabilidade do bafômetro

É sabido, como já explanado na seção anterior, que no Estado democrático de direito idealizado pela Constituição da República (1988), ninguém poderá ser constrangido a produzir provas contra si mesmo, pois ninguém poderá ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da lei. Cita-se, ainda, a CADH, que estabelece que ninguém poderá confessar-se culpado e produzir provas contra si próprio.

E acerca disso, com fundamento no princípio constitucional da legalidade penal (art. 5º, XXXIX, da CF/88), que tem o papel de limitar o poder punitivo estatal, Peluso (2008, *apud* NOGUEIRA, 2009, p. 219) salienta que:

[...] a adoção do bafômetro (etilômetro) como meio de prova para configuração do crime de embriaguez ao volante, como pretende ver reconhecido e legitimado o Decreto n. 6.488/08, é clara e patente afronta ao art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, e que, portanto, deve ser energicamente rechaçado pelo Poder Judiciário.

Nesse passo, em decisão publicada em julho de 2010, a Sexta turma do STJ, fomentou ainda mais o debate acerca da não obrigatoriedade do etilômetro ao motorista que não pode ser compelido a sobrar o bafômetro nem fazer o exame de sangue. Assim, tem-se o paradoxo legal contido na Lei Seca apontado no julgamento do HC 166777/SP, no qual o Tribunal concedeu ordem de trancamento

da ação penal em favor do motorista que se recusou a sujeitar-se aos ditos exames. Vejamos¹⁴:

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. AUSÊNCIA DE EXAME DE ALCOOLEMIA. AFERIÇÃO DA DOSAGEM QUE DEVE SER SUPERIOR A 6 (SEIS) DECIGRAMAS. NECESSIDADE. ELEMENTAR DO TIPO. (HC 166377 SP 2010/0050942-8, Ministro OG FERNANDES, DJe 01/07/2010)

Existe, ainda, quem defenda a imprestabilidade do uso do bafômetro por ser um teste sem nenhuma contraprova, já que no momento em que se sopra o bafômetro, a única prova que se tem, é o número indicado no referido aparelho. É o que sustenta Callegari e Lopes (2008 *apud* NOGUEIRA, 2009, p. 220/221):

Três outras questões envolvendo o uso do etilômetro são bastante sérias: a facilidade do exame(5); a falta de menção no relatório que é impresso depois do teste, de que foi constatada a concentração de álcool por litro de ar expelido dos pulmões, sendo defesa, em matéria processual penal, qualquer presunção nesse sentido; e, principalmente, a realização de uma perícia sem contraprova. Quanto a este último aspecto, motoristas estão sendo sujeitados, já faz algum tempo, a processos criminais, com ingresso na esfera do injusto penal, sem qualquer possibilidade de defesa, nem de contestação acerca do resultado do exame.

Ainda indagam Callegari e Lopes (2008): “é possível a admissão, como prova suficiente da materialidade, o teste do bafômetro, realizado por policiais quando abordam um condutor de veículo automotor em via pública?”¹⁵

Assim, sustentam que não, pois a embriaguez é uma intoxicação transitória que deixa vestígios, (art. 158 do Código de Processo Penal). Desta forma, é imprescindível o exame de corpo de delito, que por sua vez somente poderá ser realizado por peritos especializados, conforme dicção do art. 159, §§ 1º e 2º, do CPP. Portanto, os policiais ou agentes de trânsito não são aptos a demonstrar a embriaguez, nem tampouco o aparelho do bafômetro nesse caso em especial (CALLEGARI e LOPES, 2008).¹⁶

Impende mencionar, que as alterações introduzidas no CTB não modificaram as requisições para prova pericial, haja vista não constatar em qualquer

¹⁴ <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15029079/habeas-corpus-hc-166377-sp-2010-0050942-8-stj>>

¹⁵ <<http://infodireito.blogspot.com/2008/10/artigo-imprestabilidade-do-bafmetro.html>>

¹⁶ *Ibidem*

dispositivo alterado a não observância do CPP acerca da realização de perícia (CALLEGARI e LOPES, 2008).¹⁷

Ademais, como o acusado está amparado pelo direito Constitucional da não auto-incriminação assim como pelo direito ao silêncio (*nemo tenetur se deterege*), ao ser abordado pelo policial ou agente de trânsito, deve ser informado que não é obrigado a fazer provas contra si mesmo antes de ser submetido aos testes de alcoolemia, uma vez que tal inobservância, de não ser assegurado ao motorista o direito de informação, poderá acarretar uma prova ilícita (art. 5º, LVI, da CF, e art. 157, caput e §§, do CPP) (CALLEGARI e LOPES, 2008)¹⁸.

Lado outro, instrui a área médica que o único exame capaz de precisar, com rigor científico, a quantidade de álcool metabolizada no sangue é a dosagem sangüínea. “O bafômetro não mede o nível de álcool no sangue, mas sim o metabolismo do álcool nos pulmões, o que, por si só, já vai de encontro ao princípio da legalidade” (LOPES e DUQUE, 2011).¹⁹

Isto posto, tal assertiva é confirmada por especialistas no assunto, como o professor Silva que leciona na UNIRIO, também pesquisador da Fundação Oswaldo Cruz na área de toxicologia, e perito-legista de toxicologia no Instituto Médico Legal, que sustenta “o teste do bafômetro, isoladamente, não é suficiente para determinar a embriaguez, porque este teste mede o produto de transformação do álcool, sem o álcool estar presente, ainda”. Silva (2009 *apud* LOPES e DUQUE, 2011).²⁰

Ainda, esclarece Silva (2009 *apud* LOPES e DUQUE, 2011)²¹ que “o jejum prolongado ou o diabetes não tratado podem dar positividade no teste do bafômetro”.

Consoante a esse entendimento o referido professor ainda relata que, dentre os diversos países que fazem uso do bafômetro, nunca o utilizam isoladamente para constatação do teor alcoólico, isto é, sempre se valem da avaliação clínica, o que evidencia que o bafômetro não é capaz, por si só, de demonstrar com destreza o nível de álcool no sangue do motorista, instituindo apenas um método de triagem que deve ser associado ao exame clínico (LOPES e DUQUE, 2011).²²

¹⁷ < <http://infodireito.blogspot.com/2008/10/artigo-imprestabilidade-do-bafmetro.html>>

¹⁸ <<http://infodireito.blogspot.com/2008/10/artigo-imprestabilidade-do-bafmetro.html>>

¹⁹ < <http://www.conjur.com.br/2011-mai-17/bafometro-nao-meio-habil-medir-embriaguez-volante>>

²⁰ *Ibidem*

²¹ *Ibidem*

²² <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-17/bafometro-nao-meio-habil-medir-embriaguez-volante>>

Portanto, “o bafômetro, pois, faz uma avaliação indireta da dosagem de alcoolemia, carecendo de confirmação por outro método mais preciso.” Terra (2000? *apud* LOPES e DUQUE, 2011).²³

Pelo exposto, tem-se que se o teste bafômetro não é capaz de medir com exatidão o teor alcoólico, então esse método não é capaz de atender ao tipo penal em questão; nem o Instituto Médico Legal (responsável pelo exame de corpo de delito) utiliza o bafômetro para constatação da embriaguez. Indaga-se, como é possível o Poder Judiciário, que por sua vez não possui conhecimentos peculiares sobre o assunto, aceitar o teste do bafômetro como prova apta a aferir se o motorista estava ou não embriagado? (LOPES e DUQUE, 2011).²⁴

Diante desses pressupostos é que se descortina o maior problema causado pela mudança, bem intencionada e infeliz, é o da prova.

4.1.2 Embriaguez à luz da medicina legal

A inconveniência do legislador ao optar por estabelecer uma tabela para caracterização das infrações foi comentada por Fragoso (2000? *apud* PINTO, L.; PINTO, R. 2009, p. 1004) que disse: “é muita viva a oposição ao sistema das taxas legais [...] o problema fundamental não é propriamente o do conteúdo do álcool no sangue, mas o dos efeitos que o mesmo produz, o que depende da constituição das pessoas e de seus hábitos.”

Por essa razão a incivilidade da forma adotada pelo legislador se acentua quando se averiguam as diferentes reações no organismo do homem, em virtude da ingestão do álcool, que varia de acordo com cada pessoa, dependendo do nível de tolerância suportado pelo corpo de cada um.

Segundo entendimentos dos professores Zacharias, M. e Zacharias, E. (1988 *apud* PINTO, L. e PINTO, R. 2009, p. 1004) da Pontifícia Universidade Católica do Paraná:

²³ <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-17/bafometro-nao-meio-habil-medir-embriaguez-volante>>

²⁴ *Ibidem*

É sabido existirem pessoas que toleram concentração relativamente alta de álcool no sangue, sem que apresentem alterações físicas e psíquicas comprovadoras da ebriedade, enquanto outras, em contrapartida, sofrem sérios transtornos, tanto somáticos como mentais, por influência de baixa alcoolemia, sem correspondência na escala laboratorial, a um estado de embriaguez.

Para Gomes (2009) o efeito do álcool não tem a mesma incidência contundente no homem e na mulher, por isso ele argumenta que essa taxa de 6 dg/l, em que o autor partiu da premissa de que o motorista está embriagado, viola o princípio da igualdade. “Aliás, é conhecido o estudo de que a influência do álcool nas pessoas varia conforme a altura e o peso do indivíduo, o sexo etc. [...]. Nem sempre o dirigir com concentração de 6 (seis) decigramas significa conduzir anormalmente”.²⁵

Em reportagem exibida pelo programa Fantástico, da rede Globo, em julho de 2008, diversas pessoas, cada uma com características diferentes, foram submetidas a um teste, em que foi servido a cada um uma taça de vinho. Constatou-se que os homens, submetidos ao teste do bafômetro, nada foi registrado. Ao contrário das mulheres, submetidas ao mesmo teste, que apresentaram concentração de álcool no sangue superior a seis decigramas. Após, servida outra taça de vinho, um homem magro extrapolou o mínimo legal; já outro, obeso, passou incólume.

O teste realizado teve acompanhamento médico do doutor Duailib, que é especialista em dependência química da Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP). Ele comentou as medições da seguinte forma²⁶:

Os resultados maiores foram em mulheres e nas pessoas mais magras do sexo masculino. As mulheres apresentaram, em média, o dobro da quantidade de álcool no sangue em relação aos homens. Os cientistas sabem: “A mulher, de um modo geral, é mais vulnerável aos efeitos negativos, aos efeitos tóxicos do álcool”, afirma Nicastri. Normalmente, as mulheres são mais leves e têm menos água no organismo do que os homens. Assim, o álcool, no sangue delas, fica mais concentrado. Diferenças de enzimas e hormônios completam o quadro. “Tudo isso torna a mulher mais desprotegida dos efeitos do álcool, na verdade.

²⁵ < <http://www.youtube.com/watch?v=ALyGpoVdsbs&feature=relmfu>>

²⁶ < <http://fantastico.globo.com/Jornalismo/FANT/0,,MUL699622-15605,00.html>>

Sem embargo disso, trilhou o legislador outro caminho supervalorizando erroneamente o critério numérico de alcoolemia. Tornando, assim, uma simples cifra sem nenhum valor, pois, como já visto acima, existem indivíduos que se embriagam com pequenas quantidades e outros que toleram demasiadamente o álcool. Alguns autores consideram uma alcoolemia inferior a 0,5 ml por 1.000 uma intoxicação inaparente, ou seja, pelo estado de sobriedade; entre 0,5 ml e 2m por 1.000, presença de distúrbios tóxicos; e acima de 2 ml por 1.000 e o estado de embriaguez (NOGUEIRA, 2009).

Conclui-se que de nada adiantou adotar esse critério de taxa, além de causar impunidade a diversos motoristas, por não sobra o bafômetro, ainda não tem o condão de estabelecer a exata concepção da embriaguez em cada indivíduo.

4.2 Elemento subjetivo do tipo

A remota redação do art. 306 do CTB dispunha, como já exposto na seção 3, que constituía crime “conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem” (FIGUEIREDO).²⁷

Assim, outras duas alterações aparentes chamam a atenção na nova redação conferida ao referido dispositivo: foi retirado do texto legal a expressão “sob influência de álcool” e “expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”.

Desta forma, o encerramento desses termos ocasiona, quanto ao real alcance da norma, polêmica e divergência entre os profissionais do meio jurídico. Afinal, a Lei 11.705/08 não estampando a exigência desses termos, conferiu ao art. 306, o status de crime de perigo abstrato (sem a ofensa a um bem jurídico) ou perigo concreto?

Desta feita, se observado atentamente a nova redação do art. 306 do CTB, verifica-se, visivelmente, que o estar sob a influência, que é a conduta anormal que expõe a dano a segurança viária, está ligado às substâncias psicoativas que determinem dependência, e não à questão da bebida alcoólica, portanto, ter-se-á um

²⁷ <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.27260>>

crime de perigo abstrato. Lado outro, a forma como identificada esta elementar, direciona ao elemento subjetivo do delito, isto é, se considerando o “estar sob influência” também para o delito de embriaguez, o crime será de perigo concreto, entretanto, se for feita explanação literal, esta elementar estará embasada apenas no dolo genérico, desnecessitando o ‘estar sob influência”, induzindo a conduta ao status de crime de perigo abstrato (VARGAS, 2009)²⁸.

Considerando o entendimento de Marcão (2009, p.159) ao classificar a natureza jurídica da embriaguez ao volante. Vejamos seu ensinamento:

A lei 11.705, de 19 de junho de 2008, deu nova redação ao caput do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro e deixou de exigir a ocorrência de perigo concreto. O legislador passou a entender que conduzir veículo na via pública nas condições do art. 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 molde a justificar a imposição de pena criminal. Não se exige mais um conduzir anormal, manobras perigosas que exponham a dano efetivo a incolumidade de outrem. O crime, agora, é de perigo abstrato; presumido.

Nesse mesmo entendimento, aduz Cabette (2009):²⁹

[...] aboliu-se a literalidade da exigência de perigo concreto, de modo que a mera condução de veículo automotor nas condições descritas no tipo penal é suficiente para sua configuração. O perigo agora se deduz da concentração de álcool no sangue ou da influência de outra substância psicoativa. Diante desse novo quadro legislativo, impõe-se o reconhecimento de que o artigo 306, CTB, descreve *crime de perigo abstrato*. **Mesmo que uma pessoa seja surpreendida dirigindo normalmente, mas sob efeito de álcool, por exemplo, em taxa superior à tolerada para fins penais, ela incidirá na prática criminosa. A infração se perfaz somente pela condução nas condições descritas no tipo penal.** (grifo nosso)

Nota-se que para estes doutrinadores, segundo a nova redação, restou comprovado ser o delito de perigo abstrato, vez que o estar “sob influência” foi substituído pelo numerário de 06 (seis) decigramas, bastando a prova pericial do teor alcoólico no sangue do motorista do veículo, mesmo que este não esteja dirigindo anormalmente, sem aparentar estar sob influência de álcool e em consequência expondo a dano a incolumidade de outrem. Ao passo que, na

²⁸ <http://portal2.unisul.br/content/navitacontent_/userfiles/file/pagina_dos_cursos/direito_tubarao/Monografias_2009-A/Monografia_-_Marcos.pdf>

²⁹ <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6793>

segunda parte do dispositivo em comento, basta a exteriorização através da condução anormal do veículo demonstrado estar sob influência de substância psicoativa.

Assim argumenta Nucci (2009, p. 1155) “quer-se transferir o delito do art. 306 desta Lei para o rol dos crimes de perigo abstrato, não mais se exigindo a prova da situação potencial de dano.”

O crime é, portanto, de perigo abstrato não tendo a lei exigido o prejuízo efetivo ao bem tutelado, tampouco a prova da probabilidade de ocorrência de dano (NUCCI, 2009).

Ao que parece, o objetivo do legislador foi adiantar a punição dos fatos que apresentam potencial lesivo à população, não confiando que o mal se coadune para repressão do infrator. Como salienta a desembargadora Caires (2011)³⁰, em recente decisão proferida em nossos tribunais:

Inclusive neste Tribunal de Justiça, existe orientação no sentido de que a incriminação de condutas de PERIGO ABSTRATO é uma opção legislativa legítima, justificando-se, no caso da prática do delito em discussão (art. 306, CTB) em face do crescimento exponencial de vítimas de acidentes de trânsito ocorridos nas vias públicas brasileiras, provocados por motoristas embriagados.

Amparando a tese temos a lição de Cabette (2008)³¹:

Em sua nova conformação o tipo penal em destaque não estampa a exigência de "exposição a dano potencial" outrora vigente. É criminalizada a mera conduta de conduzir veículo automotor, na via pública, "estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 decigramas, ou sob a influência de qualquer substância psicoativa que determine dependência". Aboliu-se a literalidade da exigência de perigo concreto, de modo que a mera condução de veículo automotor nas condições descritas no tipo penal é suficiente para sua configuração. O perigo agora se deduz da concentração de álcool no sangue ou da influência de outra substância psicoativa.

Ainda nesse entendimento preleciona Pinto, L. e Pinto, R. (2009, p. 999):

Como já salientado, a redação original do art. 306 do CTB exigia a exposição a dano potencial da incolumidade de outrem. Com a retirada desse último requisito, parece não restar qualquer dúvida quanto à intenção

³⁰ <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=40&ano=10&txt_processo=2611&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=artigo_306_do_ctb_perigo_abstrato&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical>

³¹ <<http://jus.com.br/revista/texto/11503/alcool-e-volante>>

do legislador. Quisesse mesmo o legislador a comprovação do perigo concreto, bastaria que mantivesse o texto original, que reclamava a exposição “a dano potencial a incolumidade de outrem.” Ao excluir esse requisito, deixou claro sua intenção.

Pelo exposto, ficou clara a intenção do legislador em coibir tão nociva conduta, ocasionadora de inúmeras mortes em todo país, decorrentes de motoristas embriagados. Não há que se aguardar que o pior aconteça, por isso antecipou-se o legislador, contentando-se com o simples fato de encontrar o agente embriagado

Corroborando esse entendimento tem-se a jurisprudência (2011)³²:

EMENTA: PENAL - **ARTIGO 306 DO CTB** - DELITO DE **PERIGO ABSTRATO** - TEOR ALCOÓLICO NO SANGUE SUPERIOR AO DETERMINADO POR LEI - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. - Com o advento da Lei 11.705/2008 alterando a redação do art. **306 do CTB** o crime de embriaguez ao volante se caracteriza quando restar comprovado através do teste de alcoolemia que o condutor do veículo estava com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 06 (seis) decigramas. - O delito previsto no **ARTIGO 306** da Lei 9.503/97 é crime de **PERIGO ABSTRATO** ou presumido e, portanto, dispensa a demonstração efetiva de uma situação concreta de risco. APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0324.09.079318-7/001 - COMARCA DE ITAJUBÁ - APELANTE(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS - APELADO(A)(S): DIOGO VIEIRA ORLANDO - RELATOR: EXMO. SR. DES. PEDRO VERGARA.

Noutro giro, em sentido contrário a esses entendimentos, Gomes (2009) classifica o crime como sendo de perigo concreto indeterminado, haja vista ser inadmissível no direito penal crimes de perigo abstrato, pois estaria desprezando o princípio da ofensividade, ocorrendo desobediência à norma, sem nenhuma preocupação com a ofensa ao bem jurídico. Assim, salienta que a primeira parte do art. 306 não se perfaz sem o tipo subjetivo “sob influência”. Nos dizeres de Gomes (2008 *apud* NOGUEIRA, 2009, p. 225) “contentar-se, no âmbito penal, com o simples perigo abstrato significa dar curso ao abominável direito penal do inimigo, que pune o agente sem o devido respeito às garantias mínimas do direito penal”.

Continua Gomes, Cunha, Pinto (2008, p. 376):

O estar "sob a influência" de substância psicoativa exigida na parte final do dispositivo (art. 306) tem que valer também para a primeira parte do tipo legal (ou seja: para a embriaguez decorrente de álcool). Por quê? Porque

³²<

do contrário estaríamos admitindo o perigo abstrato no Direito penal, o que (hoje) é uma heresia sem tamanho, quando se estuda o princípio (constitucional implícito) da ofensividade, que não permite nenhum delito de perigo abstrato [...]. Toda tipo legal que descreve um perigo abstrato deve ser interpretado na forma de perigo concreto (ainda que indeterminado, que é o limite mínimo para se admitir um delito, ou seja, a intervenção do Direito penal)

Assim para Gomes (2008) não justifica dar interpretação simplesmente literal ao art. 306 em sua primeira parte, isto é, interpretar o dispositivo como sendo infração de perigo abstrato seria um incoerência por ser uma situação de presunção *iuris et de iure*, de uma afirmativa determinante. Ademais, a presunção de perigo abstrato não conhece de prova em sentido contrário.³³

Além disso, aduz Gomes (2008)³⁴ que se a infração na sua esfera administrativa exige o estar “sob a influência”, o que diria quanto no contexto criminal, onde esta elementar deve estar fatalmente inserta no seu texto legal.

Há muitos outros argumentos para se concluir que a direção sob álcool (no art. 306) tem que revelar o estar sob sua “influência” (ou seja: uma direção anormal). Dentre eles destaca-se o seguinte: até mesmo a infração administrativa correspondente (novo art. 165 do CTB), agora, depois da Lei 11.705/2008, a ela faz referência. Diz o novo art. 165: “Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência”. Se a infração administrativa, que é o menos, exige o “estar sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância”, com muito mais razão essa premissa (essa elementar típica) tem que ser admitida para a infração penal (que é o mais).

Completando esse entendimento tem-se a inteligência de Jesus (2006 *apud* VARGAS, 2009, p.56) Vejamos³⁵:

Não é suficiente prova de que o sujeito, embriagado, dirigiu veículo com determinada taxa de álcool no sangue ou que bebeu antes de dirigir. É imprescindível a demonstração da influência etílica na condução: que se tenha manifestado na forma da afetação efetiva da capacidade de dirigir veículo automotor, reduzindo, alterando a capacidade sensorial, de atenção, de reflexos, de reação a uma situação de perigo (time-lag), com propensão ao sono etc.(modificação significativa das faculdades psíquicas ou sua diminuição no momento da direção), manifestando-se, como ficou consignado, numa condução imprudente, descuidada, temerária ou perigosa, de acordo com as regras de circulação viária.

³³ < http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080630161826475&mode=print>

³⁴ *Ibidem*

³⁵ <http://portal2.unisul.br/content/navitacontent_/userfiles/file/pagina_dos_cursos/direito_tubarao/Monografias_2009-A/Monografia_-_Marcos.pdf>

Ainda, temos o entendimento da relatora desembargadora Santis (2010)³⁶:

[...] o bem protegido, quando se pune a embriaguez ao volante, é a segurança viária. Se esta não for afetada, se não houver qualquer perigo, ainda que potencial, crime não haverá. É elementar no direito penal que a existência de crime exige um mínimo de lesividade ao bem jurídico. O legislador penal não está autorizado a incriminar condutas inofensivas, incapazes de ferir o interesse protegido. O princípio constitucional implícito da ofensividade, que se pode extrair do artigo 98, I, da Constituição Federal, não permite crime de perigo abstrato.

Desta feita, segundo entendimentos, não é possível a inculpação de alguém que está dirigindo em via pública com concentração de 6 (seis) dg/l de álcool no sangue, se o fizer normalmente, não estando sob a influência do álcool e nem sequer expondo a dano a segurança viária. Assim, oportuno mencionar Greco (2010) que diz que uma das principais funções do princípio da lesividade é “proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetam qualquer bem jurídico.”³⁷

Por isso, Santis (2010) assevera que somente haverá crime de embriaguez ao volante quando o agente dirigir seu veículo estando sob influência de álcool e com concentração deste por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) dg/l, bem como provocando perigo para a segurança viária. De tal modo que, pode não existir, no exato momento, perigo concreto a uma determinada pessoa, contudo, basta perigo indeterminado, ou seja, um risco potencial para a segurança viária a partir da direção anormal, como por exemplo dirigir em ziguezague; não respeitar, ostensivamente, à sinalização, bem como às regras de trânsito; evidenciar desorientação espaço-temporal etc.³⁸

Contudo, conclui-se que existe uma desproporcionalidade no que se refere aos preceitos previstos nas infrações administrativas e penais relacionados a vértice da embriaguez ao volante, haja vista ter o legislador tornado a infração administrativa rigorosa ao emplacar um teor alcoólico mínimo, exigindo, assim, o estar sob influência, ao passo que escusou para a configuração do crime essa conduta anormal além do expondo a dano a segurança viária, dando margem a ampla discussões acerca da natureza jurídica do delito (VARGAS, 2009)³⁹.

³⁶ < <http://jurisprudenciabrasil.blogspot.com/2010/04/jurid-rse-embriaguez-ao-volante.html>>

³⁷ <<http://jurisprudenciabrasil.blogspot.com/2010/04/jurid-rse-embriaguez-ao-volante.html>>

³⁸ <<http://jurisprudenciabrasil.blogspot.com/2010/04/jurid-rse-embriaguez-ao-volante.html>>

³⁹ <http://portal2.unisul.br/content/navitacontent_/userfiles/file/pagina_dos_cursos/direito_tubarao/Monografias_2009-A/Monografia_-_Marcos.pdf>

Todavia, respeitando opiniões distintas, entende-se que não se pode “tomar emprestada” a elementar constante da segunda parte do dispositivo do art. 306 do CTB (sob influência de outra substância psicoativa) e conduzi-la à primeira parte da referida norma penal (estando com concentração de álcool igual ou superior a 6 decigramas...), sob infortúnio de invasão à obra pronta e acabada do Poder Legislativo, mesmo não sendo a norma a mais adequada e justa (NOGUEIRA, 2009).

Entretanto essa modificação introduzida na lei como sendo crime de perigo abstrato, não representa por si só um comportamento inconstitucional por parte do legislador. A tipificação de condutas que suscitem perigo abstrato por diversas vezes acaba sendo uma opção mais eficaz para a proteção do bem jurídico (Mendes, 2010). Por lançar luz sobre a discussão transcrevo trecho do voto do ministro Mendes no julgamento do RHC 89.889/DF (2000?)⁴⁰: “antecipação da proteção penal em relação à efetiva lesão torna mais eficaz, em muitos casos, a proteção do bem jurídico.”

Assim, é o que parece ter feito o legislador ao antecipar a repressão, exatamente, com a finalidade de prevenir (ou tentar fazê-lo) a iminência de um acidente, ao julgar que a mera conduta de dirigir um automóvel com os sentidos alterados expõe a sociedade a um risco não permitido capaz de causar vítimas fatais, como vem acontecendo atualmente com a violência no trânsito.

4.3 A retroatividade benéfica da Lei 11.705/2008

O princípio constitucional (art. 5.º inc. XL da CF/88I), que se encontra inserto no Direito Penal (art. 2.º CP), é facilmente aplicável em relação ao advento da lei 11.705/2008. Trata-se de *novatio legis in melius*, uma vez que a lei deve retroagir para beneficiar o réu (MORAES, 2008).⁴¹

Assim, para eventual condenação, ainda que anterior o fato, deve-se demonstrar o novo elemento objetivo do delito em questão, sem o qual o crime não existe.

Vejamos o entendimento de Marcão (2009, p. 165):

⁴⁰ < <http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=2&ver=406>>

⁴¹ < <http://www.direitopenalvirtual.com.br/artigos/leiamais/default.asp?id=621>>

Observada a nova redação do art. 306 do código de Trânsito Brasileiro, fica claro em relação à *embriaguez ao volante* que só haverá processo e eventual condenação se houver prova técnica (bafômetro, por exemplo) indicando a presença de concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue. A prova testemunhal não é suficiente. Neste sentido, a nova redação do art. 306 é mais benéfica que a redação anterior em relação ao réu que responde criminalmente pela conduta em comento, pois cria obstáculo à configuração do ilícito, estabelecendo elementar antes não prevista.

Também é o entendimento de Capez (2008, p.12)

[...] Assim, sob tal aspecto, operou-se uma *novatio legis in melius*, com o amesquinamento do arsenal probatório do detentor do *jus puniendi*. Embora a questão tenha caráter processual, é inequívoco seu caráter híbrido, já que se encontra umbilicamente ligada a elementar do fato típico [...]. Nos processos em andamento, por crime anterior à nova Lei, aplica-se a proibição da prova testemunhal, inovação mais benéfica, com incidência imediata.

Nos processos penais em trâmite, voltados ao crime de embriaguez ao volante, os depoimentos do agente policial e das testemunhas, não tem mais eficácia para ensejar uma possível condenação ao infrator. Assim, se não apurado a presença do nível de álcool no sangue igual ou superior a 6 dg/l, é inexecutável a condenação, devendo ser o acusado absolvido com fulcro no art. 386, inc. VII, do CPP (MORAES, 2008).⁴²

Deste modo, diante da nova redação, a ausência da constatação do teor alcoólico implicará na falta de materialidade, sendo este indispensável para propositura da ação penal. O que vem ocasionado, desde a entrada em vigor da nova lei, o arquivamento de inúmeros inquéritos e a extinção da persecução penal, com a consequente extinção da punibilidade, conforme demanda art. 107, inc. III do CP. Ressaltando, ainda, que quanto às sentenças condenatórias com o trânsito em julgado, sobrestarão a execução penal os efeitos penais pertinentes.

Nesse sentido é o que assevera Marcão (2009, p. 165):

Diante de tal quadro, as investigações criminais em andamento relacionadas com o delito de embriaguez ao volante e os processos penais em curso, onde não se fez prova técnica, ou onde, ainda que feita, não se apurou a presença de concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, estão fadadas ao insucesso. Os inquéritos

⁴² <<http://www.direitopenalvirtual.com.br/artigos/leiamais/default.asp?id=621>>

policiais em que não se produziu referida prova não poderão resultar em ação penal; as ações penais em curso, sob tais condições, não poderão ensejar condenação.

Perante isso, avesso do que o país esperava com as inovações da “Lei Seca”, por força da retroatividade, o que se vê é um dilúvio de processos extintos sem a devida e merecida punição ao infrator, sofrendo a sociedade mais um prejuízo no campo da segurança pública, restando um sentimento de impunidade.

Vale reportar o desabafo de Marcão (2009) “Se a pretensão do legislador era outra, deveria conhecer melhor o sistema jurídico-normativo”.⁴³

⁴³ <<http://www.direitopenalvirtual.com.br/artigos/leiamais/default.asp?id=393>>

5 INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA DIRIGIR SOB A INFLUÊNCIA DO ÁLCOOL – ART. 165 do CTB

Em que pese a nova redação conferida ao art. 165, pela lei em comento, impõe-se ao condutor a punição de multa gravíssima, multiplicada por cinco, e suspensão do direito de dirigir por um ano, a partir do momento em que esteja conduzindo o veículo “sob a influência” do álcool ou de substâncias psicoativas. Percebe-se que a tolerância zero não atingiu o crime de embriaguez ao volante, ao contrário do que foi propagado na mídia, restringindo-se apenas à infração administrativa.

Malgrado a isso, o motorista que for flagrado extrapolando o limite de 2 (duas) decigramas de álcool por litro de sangue ou que recusar a submeter-se ao teste do bafômetro (presunção de culpa), incorrerá em infração administrativa, e, como conseqüência pagará multa de R\$ 957,69 (novecentos e cinquenta e sete reais e sessenta e nove centavos), bem como incidirá nas demais restrições mencionadas acima (ROMANHA, 2011)⁴⁴.

Desta feita alcança-se que a embriaguez ao volante tem distinto tratamento na esfera administrativa e na penal, vez que na vereda administrativa o legislador foi mais rigoroso impondo a “tolerância zero”, qualquer concentração de álcool enseja a infração tipificada no art. 165 do CTB pelo motorista, além disso exige-se o estar “sob influência”, oposto da infração penal como já indagado.

Para Jesus (2008 *apud* ROMANHA, 2011)⁴⁵ “a figura não se perfaz com a simples direção de veículo após o condutor ingerir álcool ou substância similar, é necessário que o faça “sob a influência” dessas substâncias”. Portanto, sem a ocorrência de dirigir “sob influência do álcool” não se configura o art. 165 do CTB.

Ao definir a expressão “sob influência” Jesus (2008 *apud* VARGAS, 2009, p. 52)⁴⁶ argumenta que:

[...] dirigir veículo automotor, em via pública, ‘sob a influência’ de álcool ou substância similar significa, sofrendo seus efeitos, conduzi-lo de forma anormal, fazendo ziguezagues, ‘ costurando’ o trânsito, realizando

⁴⁴ < <http://www.direitointegral.com/2011/08/teste-bafometro-lei-11705-penal.html>>

⁴⁵ *Ibidem*

⁴⁶ <http://portal2.unisul.br/content/navitacontent_/userfiles/file/pagina_dos_cursos/direito_tubarao/Monografias_2009-A/Monografia_-_Marcos.pdf>

ultrapassagem proibida, 'colado' ao veículo da frente, passando com o sinal vermelho, na contramão, com excesso de velocidade, etc.

Consoante Gomes (2008 *apud* VARGAS, 2009, p. 52)⁴⁷:

O estar "sob influência" (conforme o art. 306 do CTB) exige a exteriorização de um fato (de um plus) que vai além da embriaguez, mas derivado dela (nexo de causalidade). Ou seja: não basta a embriaguez (o estar alcoolizado), impõe-se a comprovação de que o agente estava sob "sua influência", que se manifesta numa direção anormal (que coloca em risco concreto a segurança viária). [...]. Basta que a direção tenha sido anormal (em zig-zag, v.g.): isso já é suficiente para se colocar em risco a segurança viária.

Conforme se depreende das definições acima é necessário que o condutor esteja dirigindo de forma anormal, posto que não basta estar embriagado, é imprescindível que o agente seja flagrado sob a influência do álcool ingerido por ele, de modo aparente e irrefutável.

Nessa esteira, outro discernimento a ser perseguido é a margem de tolerância de álcool no sangue. Dispõe o art. 276 da lei em comento que qualquer concentração de álcool no sangue sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165, entretanto seu parágrafo único menciona que o órgão competente disciplinará as margens de tolerância. O dec. 6.488 prevê, provisoriamente, a margem de tolerância de 2 dg/l de sangue ou de um décimo de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões, no caso de teste em aparelho de ar alveolar pulmonar.

Ressalta-se que apesar de haver tolerância zero expressa no art. 276, a própria lei em seu parágrafo único, faz menção a tolerância para os casos especiais, isto é, no seu próprio texto a lei faz uma correção do indigitado dispositivo (VARGAS, 2009)⁴⁸.

Por essa vértice, torna-se incoerente o que expressa a norma nos arts. 165 e 276 uma vez que, remetendo ao que Jesus e Gomes definiram sobre a expressão "sob a influência", seria impraticável exigir que o condutor do veículo estivesse dirigindo de modo anormal com tão pouca dosagem de álcool, já que para configuração da infração administrativa, basta estar com concentração de álcool acima de 2 dg/l de sangue e menor que seis dg/l de sangue, ou com "qualquer

⁴⁷<http://portal2.unisul.br/content/navitacontent_/userfiles/file/pagina_dos_cursos/direito_tubarao/Monografias_2009-A/Monografia_-_Marcos.pdf>

⁴⁸<http://portal2.unisul.br/content/navitacontent_/userfiles/file/pagina_dos_cursos/direito_tubarao/Monografias_2009-A/Monografia_-_Marcos.pdf>

concentração de álcool”, como menciona o dispositivo. Enfim, este teor alcoólico não tem a capacidade de influenciar de forma anormal a condução do motorista, levando-o a uma direção perigosa (VARGAS, 2009)⁴⁹.

Nessa acepção Jesus (2008 *apud* VARGAS, 2009, p.53)⁵⁰ é determinante ao afirmar que:

A figura não se perfaz com a simples direção de veículo após o condutor ingerir álcool ou substância similar. É necessário que o faça “sob a influência” dessas substâncias. Assim não basta que ocorra ao contrário que determina o art. 276 do CTB “qualquer concentração de álcool por litro de sangue” para sujeitar “o condutor às penalidades previstas no art. 165”, onde se originou a incorretamente a expressão “tolerância zero”, de maneira que não há infração administrativa quando o motorista realiza o tipo sem esse elemento subjetivo.

Assim, não tendo provas suficientes para convalidar que estava o condutor sob a “influência do álcool”, não se justifica uma multa por infração administrativa a ele imposta. Conforme vem decidindo nossos tribunais em decisão julgada em março de 2010, pelo desembargador Saramago. Vejamos⁵¹:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. AUTO DE INFRAÇÃO. CONDUTOR ALCOOLIZADO. EXAME CLÍNICO. EMBRIAGUEZ. NÃO CONSTATADA. NULIDADE. **A não verificação do estado alcoólico impõe a anulação do auto de infração.** O estado de embriaguez do condutor do veículo capaz de ensejar a autuação deste ou do proprietário do veículo nas penalidades impostas no ARTIGO 165 do CTB deve ser verificada nos moldes do ARTIGO 277. (TJMG - AP. 1.0223.08.241339-2/001 , rel. Des. Manuel Saramago, j. 29/04/2010).

Ademais, é notório que a Lei 11.705/08 adquiriu a popularidade denominada “Lei Seca” com a redação do art. 276, vez que sua interpretação literal deriva a impressão que não seria tolerado nenhuma taxa alcoólica no sangue, entretanto, essa intenção não se coaduna dada as contradições em que o legislador incidiu ao redigir o texto legal (VARGAS, 2009)⁵².

⁴⁹ <http://portal2.unisul.br/content/navitacontent_/userfiles/file/pagina_dos_cursos/direito_tubarao/Monografias_2009-A/Monografia_-_Marcos.pdf>

⁵⁰ Ibidem

⁵¹ <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=8&txt_processo=978964&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=ARTIGO165DOCTB&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>>

⁵² <http://portal2.unisul.br/content/navitacontent_/userfiles/file/pagina_dos_cursos/direito_tubarao/Monografias_2009-A/Monografia_-_Marcos.pdf>

Outro ponto pertinente é o art. 277 do mesmo códex, com advento da nova lei houve a alteração do parágrafo segundo e a inclusão do terceiro parágrafo, que trouxe a seguinte normativa (VADE MECUM, 2011, p. 909):

Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado.

§ 1º [...]

§ 2º A infração prevista no art. 165 deste Código poderá ser caracterizada pelo agente de trânsito mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas, acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor.

§ 3º 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.

Inicialmente, como já argumentado no primeiro capítulo na seção 1.4, firmando a ponderação de Araújo (2011) no sentido de que o agente de trânsito poderá por outras provas em direito admitidas caracterizar a infração e autuar o possível infrator, corrobora-se o entendimento na acepção de que bastante o poder depositado sobre uma pessoa que não é médico nem perito capaz de constatar se realmente o indivíduo está embriagado, haja vista o teor entre 2 a 6 decigramas por litro de sangue, para a caracterização da infração administrativa, ser de difícil aparição o estar sob influencia do álcool. Cogente lembrar que a prova testemunhal no momento da atuação do agente policial não é cabível, portanto, se o atuante constatar a embriaguez conseqüentemente ocasionará a infração administrativa, ferindo desse modo o princípio da presunção de inocência garantida ao condutor.

Noutro giro, em relação ao parágrafo terceiro, à recusa do motorista em fazer os exames antevistos no *caput* do referido artigo, gera a punição pelo simples fato do condutor exercitar seu direito amparado pela CF/88, mormamente o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*.

Sobre o tema tem-se a lição do sábio doutrinador Marcão (2009 *apud* VARGAS, 2009, p. 54)⁵³:

⁵³<http://portal2.unisul.br/content/navitacontent_/userfiles/file/pagina_dos_cursos/direito_tubarao/Monografias_2009-A/Monografia_-_Marcos.pdf>

§ 3º: “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”. Pecou o legislador ordinário. Nada obstante a letra expressa da lei, que é taxativa ao impor que nas situações catalogadas no caput do art. 277 o condutor será submetido aos procedimentos que menciona, e que a recusa configura infração administrativa (§ 3.º), na verdade o condutor não está obrigado, e a autoridade nada poderá contra ele fazer no sentido submetê-lo, contra sua vontade, a determinados procedimentos visando apurar concentração de álcool por litro de sangue. [...] Pelas mesmas razões [...], também a infração administrativa prevista no § 3.º do art. 277 do Código de Trânsito Brasileiro, não subsiste.

Assim, como indaga Jesus (2008) “se a recusa tem fundamento constitucional, tratando-se de atitude lícita, como aplicar pena ao condutor ?”⁵⁴

Além do mais como fomenta Nucci (2008, p.14/15):

Ora, se o §2º menciona que o agente da fiscalização pode obter a caracterização da infração do art. 165 valendo-se de outras provas em direito admitidas, por que inserir o §3º, que é a obrigação de auto- acusar ?” A recusa em soprar o bafômetro enseja a imediata aplicação da sanção administrativa, ou seja, presume-se a culpa, pois o condutor perderá a sua habilitação por um ano e pagará multa. Eis aí a presunção de culpa e o dever de produzir prova contra si mesmo.

Destarte, se o texto anterior do art. 306 do CTB previa a expressão “sob influência do álcool”, não faz o menor sentido, portanto, com o advento da nova lei, onde o propósito do legislador foi o de impor penalidades mais rigorosas ao condutor embriagado, manter a mesma exigência para a infração administrativa e, quanto à infração penal, torná-la, impraticável e totalmente ineficaz, caso não haja a colaboração, a cooperação, a boa vontade do próprio infrator.

⁵⁴ <<http://www.damasiobauru.com.br/?pages=pages/noticia.php&n=200>>

6 AUSÊNCIA DE UMA POLÍTICA DE TRÂNSITO PREVENTIVA, ESTÁVEL E CONTÍNUA

Inicialmente, a Lei Seca trouxe uma abissal repercussão nacional, motivo de inúmeras notícias difundidas pelos diferentes meios de comunicação, induzindo a todos que a violência no trânsito, decorrente da combinação "bebida e direção" estaria com os dias contados, e, por conseqüência sobrestaria a impunidade daqueles que trafegassem embriagados, colocando em risco bens jurídicos importantes como vida, integridade física, dentre outros.

Após exatos três anos e cinco meses da vigência da Lei 11.705/08, indaga-se: O art. 306 do CTB, com as modificações trazidas pelo advento da mencionada Lei continua a possuir aplicação eficaz, capaz de inibir os infratores e reduzir o número de vítimas em virtude da combinação "bebida e direção"?

Não obstante o número de apreensões e atuações ter aumentado após a implantação da Lei Seca, e com isso acarretar a diminuição de 6,2%⁵⁵ nas mortes, a resposta é óbvia, a referida lei se mostra cada vez mais ineficaz. Segundo dado extraído da revista Veja (2011), todos os indícios dão conta de que ocorreu um retrocesso na lei vindo a ocasionar o patamar de 40.600 (quarenta mil e seiscentas) pessoas mortas no trânsito, sendo uma morte a cada treze minutos.

Malgrado a isso, estudos recentes realizados pelo Ministério da Saúde, evidenciam que 61% dos acidentes de trânsito o condutor havia ingerido bebida alcoólica nas últimas horas, e cerca de 50% das mortes foi ocasionado pela presença do álcool (SIENA, 2011).⁵⁶

Ademais, oportuno mencionar, que o Brasil inteiramente desprovido de uma política de trânsito, ocupa o 5º (quinto) lugar no ranking dos países de maior mortalidade no trânsito, atrás apenas da Índia, China, Estados Unidos e Rússia (Organização Mundial de Saúde, 2011).

Diante destes dados alarmantes, desnecessário dizer que a implementação da Lei seca está muito aquém do que se poderia esperar. "A lei criada para apertar o cerco em torno de quem guia bêbado não só não conseguiu frear a

⁵⁵ <<http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias/>>

⁵⁶ <<http://www.juristas.com.br/informacao/artigos/embriaguez-ao-volante-e-mortes-no-transito-novas-polemicas-antigas-discussoes/666/>>

irresponsabilidade no trânsito como tornou mais difícil a punição dos infratores” (DINIZ e COURA, 2011, p. 76).

Em pesquisa realizada pelo jornal O Globo (2011), que teve acesso ao tramite de 1.053 (um mil e cinqüenta e três) processos criminais instaurados entre março de 2009 a 15 de agosto do presente ano no Estado do Rio de Janeiro, constatou-se que, apesar da grande quantidade de ações em curso, apenas seis delas acabaram em condenação por embriaguez ao volante. Segundo os números levantados pelo jornal, dos 1.053 (um mil e cinqüenta e três) processos, 384 (trezentos e oitenta e quatro) foram suspensos pelo benéfico da suspensão condicional do processo garantido ao réu, contra outras 120 (cento e vinte) denúncias rejeitadas. Ainda, 50 (cinqüenta) absolvições e 50 (cinqüenta) trancamentos de processos, em recursos às câmaras criminais. O restante dos processos ainda estava em fase de denúncia ou já tinham sido arquivados em decisivo, por cumprimento de suspensão condicional, por não localização do réu ou por inépcia da denúncia (BOTTARI, 2011).⁵⁷

Ainda, em outra recente pesquisa realizada diretamente por mim, analisando a questão dos delitos de suposta embriaguez ao volante em tramitação perante a 1ª Vara Criminal da Comarca de Barbacena/MG, no período entre agosto de 2010 a outubro de 2011, apurou-se que 45 (quarenta e cinco) inquéritos policiais foram arquivados por falta de materialidade para propositura da ação penal. No fim desta obra encontra-se em anexo, uma declaração corroborando mencionada pesquisa.

Uma terceira abordagem, citando novamente dados extraídos da revista Veja (2011), a mesma apontou que do ano de 2009 a 2011 no Estado do Rio de Janeiro, mais de 40.000 (quarenta mil) motoristas se recusaram a fazer o teste do bafômetro, totalizando 7% dos motoristas abordados. O interessante é que o Estado é o primeiro na lista nacional nessa estatística, a de não sobrar o aparelho, contudo, é sabido, que os cariocas só estão fazendo valer seus direitos.

Assim, os motoristas que se recusam a sobrar o bafômetro, limitam-se ao pagamento de uma multa e a suspensão da carteira de motorista, em geral, por cinco dias (DINIZ e COURA, 2011). É como ilustra Oliveira (Juiz Titular da Vara de

⁵⁷ <<http://oglobo.globo.com/rio/de-1053-motoristas-presos-em-dois-anos-meio-em-blitzes-da-lei-seca-por-consumo-de-bebida-alcoolica-apenas-seis-foram-condenados-2700244>>

Delitos de trânsito de Brasília) em seu artigo publicado pela revista Consulex (2011, p. 27):

Tive um réu que, pela madrugada, levando a namorada de um ponto a outro, passou (BMW novinha) em alta velocidade no radar e a namorada o advertiu. **Ele simplesmente respondeu: “tenho dinheiro para pagar a multa!”**. Depois do terceiro “pardalzinho”, capotou o carro e mutilou a moça, jovem, bonita, de 21 anos. (grifo nosso)

Outro episódio recente e revoltante foi relatado pelo delegado Oliveira Júnior a revista Veja (2011, p.79):

Estava no plantão da madrugada e recebi a notícia de um acidente na Rua Tabapuã, uma área nobre de São Paulo. Ao chegar, vi que um bombeiro tentava colocar o colar cervical no motorista que havia causado a batida, mas ele não saía do telefone. Repetia: ‘Acabaram com o meu carro’. Estava falando com o seu advogado. O motorista dirigia um Porsche e bateu a 116 quilômetros por hora. A outra motorista morreu na hora. **Ele estava entorpecido e sua fala era desconexa, mas o advogado logo chegou e o orientou a não fazer o teste do bafômetro**. A nova lei prejudica o trabalho da polícia nesses casos. Antes, era possível dar um flagrante com a declaração de um médico para comprovar a embriaguez. Agora, exige-se que a pessoa permita que a prova seja coletada do seu organismo. É frustrante. (grifo nosso)

Aliado a tudo isso, há de se agregar, que cometeu o legislador um erro crasso, ao não considerar a necessidade da prova, que resultou em uma lei com combinação de equívocos e inconsistências legais, surtindo um efeito absolutamente contrário, que foi o de alimentar a imprudência e irresponsabilidade dos motoristas. Aliado a isso a falta de fiscalização permanente, à péssima conservação das estradas e imprudência total dos motoristas, são fatores contundentes para a tragédia anunciada que é o trânsito no Brasil.

6.1 A sociedade pede mudança na lei

Diante das impropriedades do legislador ao redigir uma nova lei despercebida de exatidão, a sociedade protesta por uma mudança imediata na lei de trânsito, visando torná-la mais rígida no tocante aos fatores de risco. Em São Paulo algumas pessoas, parentas de vítimas do trânsito, organizaram uma proposta de iniciativa popular para possível modificação no Código de Trânsito vigente no país.

Entre as mudanças sugeridas está a eliminação do mínimo de concentração de seis decigramas de álcool no sangue.

A sociedade visa as seguintes alterações: A revogação da infração administrativa prevista no artigo 165 e seguintes (A embriaguez ao volante passa a ser somente ilícito penal e não mais ilícito administrativo); A revogação dos artigos 276 e 277 dos procedimentos administrativos previstos (O procedimento administrativo foi incorporado às infrações penais); A revogação da parte final do artigo 291, caput, bem como do parágrafo primeiro e do inciso primeiro do artigo 291 (Eliminação do enquadramento à lesão corporal culposa); Propõe a alteração do artigo 302, acrescentando os parágrafos 2º, 3º e 4º (Aumento da pena, a obrigatoriedade da submissão ao exame clínico e a formalização de obtenção de provas de embriaguez); Propõe a alteração da redação do caput do artigo 306, e acrescentando ainda os parágrafos 1º e 2º (Eliminação do mínimo de concentração de 6 (seis) decigramas, a obrigatoriedade da submissão ao exame clínico, o aumento da pena e a formalização de obtenção de provas de embriaguez (GONSALVES E BURGARELLI, 2011).⁵⁸

A petição com a finalidade de apoiar essa iniciativa popular necessita de 1,3 milhões de assinaturas para que a proposta seja enviada ao Congresso Nacional. Por isso as pessoas empenhadas neste intento pedem a assinatura por via eletrônica através do site; a proposta encontra-se em anexo ao final deste trabalho. São atitudes assim que corroboram como é tormentoso deparar-se com as falhas do legislativo.

Nesse sentido, que em respeito ao direito fundamental à segurança pública e à garantia do devido processo legal, a prova da materialidade do crime tipificado no art. 306 do CTB não pode ficar restrita ao exame de sangue nem ao bafômetro. Por isso registra-se que já sob a égide da Lei 11.705/08, a 5ª turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça vem se posicionando pela possibilidade de se aferir a embriaguez ao volante por meio de exame clínico e outras provas que não o uso do bafômetro ou exame de sangue.

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 306 DO CTB. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA PERSECUÇÃO PENAL. COMPROVAÇÃO DA EMBRIAGUEZ. EXAME DE ALCOOLEMIA

⁵⁸ < <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/parentes-de-pessoas-atropeladas-pedem-mudanca-de-lei>>

NÃO REALIZADO POR AUSÊNCIA DE EQUIPAMENTOS NA COMARCA. REALIZAÇÃO DE EXAME CLÍNICO. O trancamento da ação penal por meio do habeas corpus se situa no campo da excepcionalidade (HC 901.320/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Marçõ Aurélio, DJU de 25/05/2007), sendo medida que somente deve ser adotada quando houver comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito (HC 87.324/SP, Primeira Turma, Rel.^a Min.^a. Cármen Lúcia, DJU de 18/05/2007). Ainda, a liquidez dos fatos constitui requisito inafastável na apreciação da justa causa (HC 91.634/GO, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 05/10/2007), pois o exame de provas é inadmissível no espectro processual do habeas corpus, ação constitucional que pressupõe para seu manejo uma ilegalidade ou abuso de poder tão flagrante que pode ser demonstrada de plano (RHC 88.139/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 17/11/2006). Na hipótese, há, com os dados existentes até aqui, o mínimo de elementos que autorizam o prosseguimento da ação penal. II - **Para comprovação do crime do art. 306 do CTB, o exame de alcoolemia somente pode ser dispensado, nas hipóteses de impossibilidade de sua realização (ex: inexistência de equipamentos necessários na comarca ou recusa do acusado a se submeter ao exame), quando houver prova testemunhal ou exame clínico atestando indubitavelmente (prontamente perceptível) o estado de embriaguez. Nestas hipóteses, aplica-se o art. 167 do CPP. III - No caso concreto, o exame de alcoolemia não foi realizado ante a recusa do paciente. Entretanto, foi realizado exame clínico.** Desta forma, considerando que não houve a produção de prova em sentido contrário, seria demasiadamente precipitado o trancamento da ação penal. Ordem denegada. (HC. N 150445 / PB, Quinta Turma, Relator: Min. Felix Fischer, Julgado em 18/02/2010, Publicado em: DJe 19/04/2010).⁵⁹

No mesmo sentido é o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (2011):

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ARTIGOS 306 E 309 DO CTB - EMBRIAGUEZ AO VOLANTE - AUSÊNCIA DE EXAME TÉCNICO PARA COMPROVAR O TEOR ALCOÓLICO - IRRELEVÂNCIA - EMBRIAGUEZ EVIDENCIADA - PROVAS TESTEMUNHAIS - CONDENAÇÃO MANTIDA - DIREÇÃO INABILITADA - CRIME DE PERIGO CONCRETO PARA A SEGURANÇA PÚBLICA - PERIGO DEVIDAMENTE DEMONSTRADO - IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO PELOS DOIS DELITOS - ABSORÇÃO DA INABILITAÇÃO PELA EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E RECONHECIMENTO DA AGRAVANTE DO ART. 298, III, DA LEI 9.503/97 - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - **Sendo impossível a realização de prova pericial ou exame clínico, poderá suprir a sua falta a prova testemunhal, nos termos do art. 167 do CPP.** II - Estando provado que o autor encontrava-se em evidente estado de embriaguez na condução de seu veículo, tendo exposto à dano potencial a incolumidade de outrem, necessária se faz a sua condenação, sendo irrelevante a não comprovação do teor de álcool presente em seu organismo. III - Classifica-se o delito de conduzir veículo inabilitado como crime de perigo concreto por haver necessidade de demonstração do perigo. IV - Estando devidamente demonstrado o perigo na conduta do réu, com especial destaque para o depoimento das testemunhas, resta afastada a tese absolutória por ausência de provas. V - As infrações previstas nos artigos 306 e 309 da Lei 9.503/97 são de perigo e visam à proteção do mesmo bem jurídico, sendo

⁵⁹ <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16820863/habeas-corpus-hc-150445-pb-2009-0200737-9-stj>>

necessário, pois, a absorção da direção inabilitada pela embriaguez ao volante e a aplicação da agravante prevista no inciso III do art. 298 da mesma lei. **(APELAÇÃO. N 1.0338.09.088257-6/001(1), Primeira Câmara Criminal, Relator: Des. Alberto Deodato Neto, Julgado em 08/02/2011, Publicado em: DJe 01/04/2011)**⁶⁰.

Desse modo, ponderando conjuntamente os arts. 158 e 167 do CPP, tem-se que existe possibilidade de se comprovar a materialidade de um delito através de outros meios probatórios além do teste do bafômetro, mesmo para aqueles que deixam vestígios.

Assim, a teor do disposto no art. 158 do CPP, verifica-se que quando a infração deixar vestígios será indispensável a realização do exame de corpo de delito. Entretanto, uma vez desaparecidos os vestígios, o art. 167 do mesmo código autoriza a sua comprovação através de outros meios de provas admitidos em nosso ordenamento jurídico.

Consagrando tais dispositivos legais ao crime do art. 306 do CTB, concluir-se-á sem maiores dificuldades que o motorista que se recusar a realizar o teste do bafômetro ou não houver equipamento necessários para tanto, desaparecendo os vestígios do delito, a sua ausência poderá ser suprida por outros meios de provas, tais como relatórios policiais, exame clínico e depoimentos de testemunhas.

Nesses casos, evidentemente, as provas necessitam que o estado etílico do agente seja evidente, não deixando qualquer margem para dúvidas.

Neste diapasão, importante mencionar que dois novos projetos já estão na Câmara dos Deputados. O primeiro deles é alteração em sete artigos do código de trânsito, dentre as modificações, está uma nova versão para o artigo 306. Nela é retirado o limite de seis decigramas por litro de álcool no sangue e resgatada a expressão "sob a influência do álcool", que anteriormente aparecia prevista no artigo, como já abordado neste trabalho (BOTTARI, 2011).⁶¹

O segundo é o projeto do senador Ferraço (PMDB-ES), já aprovado em caráter terminativo pelo Senado Federal e direcionado a Câmara dos Deputados, que prevê o teor zero de álcool a quem for conduzir veículo automotor.

⁶⁰ <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=338&ano=9&txt_processo=88257&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=artigo306doctb&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>

⁶¹ <<http://oglobo.globo.com/rio/lei-seca-projetos-alteram-codigo-para-facilitar-repressao-2700249#ixzz1ch2UtlZw>>

De acordo com a proposta de Ferrazo, a comprovação da embriaguez ao volante poderá ser feita de diversas outras formas, apontando como provas exames clínicos, perícias ou outras formas que permitam certificar, técnica e cientificamente, se o condutor está ou não sóbrio. Sustenta ainda, que o uso de prova testemunhal, de imagens e vídeos também será acolhido para verificação do estado de embriaguez (BALZA, 2011).⁶²

Destarte diante de tantos posicionamentos, inegável que a referida Lei precisa ser alterada o mais breve possível, não é justo que pessoas continuem chorando a morte de seus parentes sem que ninguém tome providências para essa lamentável realidade. O Brasil precisa de leis mais justas e que realmente funcione na íntegra. É o que confirma os especialistas em entrevista concedida ao site da UOL Notícias, que se encontra em anexo ao final deste trabalho. “A Lei Seca só funcionará quando não precisar medir álcool em motoristas, dizem os especialistas” (BALZA, 2011).⁶³

⁶² <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2011/11/09/senado-aprova-projeto-que-pune-motorista-que-dirigir-sob-qualquer-teor-alcoolico.jhtm#comentarios>>

⁶³ Ibidem

7 CONCLUSÃO

Diante das diversas questões sopesadas durante a confecção deste trabalho, finaliza-se que a Lei seca gerou uma verdadeira afronta ao texto constitucional, sobretudo em seu art. 306 que vai de encontro com os princípios da ofensividade e da não autoincriminação. Com a finalidade de coibir a trágica estatística no trânsito, o legislador foi infeliz em sua redação gerando dúvidas pelo seu conteúdo confuso e lacunoso.

Nada mais infundado, a referida lei tornou-se desproporcional e inadequada a tutela do direito penal e administrativo, vez que no âmbito penal, ao exigir um valor numérico para caracterização da embriaguez, a norma mostrou-se impraticável e totalmente ineficaz, ocasionando impunidade a muitos infratores. Já no que tange a vereda administrativa criou-se a “infração da recusa” inserta no art. 277, violando também o princípio do *nemo tenetur se detegere*, bem como ocasionou a infração administrativa mesmo para aqueles que não estavam sob a influência do álcool.

Neste diapasão, a mencionada lei também trouxe controvérsia entre os doutrinadores ao afastar do texto legal o “sob influência de álcool” e “expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”. Alguns doutrinadores afiliam-se a tese de que com as alterações introduzidas no art. 306, o dispositivo passou a ser de perigo abstrato, uma vez que ficou clara a intenção do legislador em coibir danosa conduta de dirigir veículo automotor alcoolizado, ainda que não ocorra ofensa real ao bem jurídico tutelado.

Neste mesmo íterim, outros doutrinadores sustentam, fielmente, que tratar o delito como de perigo abstrato, impondo conduta criminoso ao motorista, é uma incoerência tamanha, posto que a presunção de perigo abstrato não conhece de prova em sentido contrário, ferindo o princípio da lesividade. Portanto, consideram o delito como o de perigo concreto, devendo existir o dano ao bem jurídico tutelado.

Embora seja inevitável o perigo que decorre da direção combinada com bebida, é difícil sustentar a tese do perigo presumido, considerando que o direito penal somente deve ser aplicado a conduta que lesiona ou expõe um bem jurídico a perigo de dano, não bastando que seja imoral ou pecaminosa. Por outro lado, não é necessário esperar que o pior aconteça para se cortar o mal pela raiz, e para que

isso seja possível, o único caminho é punir os infratores, de preferência, antes que as tragédias se consumem.

A polêmica também se enreda em torno da retroatividade da lei penal mais benéfica ao réu, ocasionando inúmeros processos extintos sem a merecida punição ao acusado, restando a impunidade que alimenta a imprudência e irresponsabilidade dos motoristas. Vale lembrar os dizeres do celebrado doutrinador Marcão: “Se a pretensão do legislador era outra, deveria conhecer melhor o sistema jurídico-normativo.”

A discussão acerca da lei é tão grande que nem mesmo os tribunais possuem uma jurisprudência pacífica em volta da questão. Como já abordado em seções anteriores, a Sexta Turma do STJ fomentou que a constatação da embriaguez somente pode ser feita por exame de sangue ou por teste em aparelho de ar alveolar pulmonar. Por outro lado, a Quinta Turma entende que a prova da embriaguez ao volante deve ser feita, preferencialmente, por meio de perícia e por meios de exame clínico, podendo supri-las a prova testemunhal, conforme dicção do art. 167 do CPP.

Sucedem as alterações trazidas pela Lei Seca inviabilizam a manutenção deste último entendimento, conforme já promulgado neste trabalho. Seria ilógico compelir alguém a se submeter ao teste para autoincriminar-se, mas diante da não concordância o único meio capaz de provar a embriaguez estabelecida pelo art. 306, é o exame de sangue, outro meio inviável.

Contudo, é irrefutável que a única solução é quando não precisar mais medir o teor alcoólico no sangue dos motoristas, seguido de uma lei eficiente e segura que dará a certeza de que a pena será imposta e de que a lei não terá margem para a impunidade.

Diante de tantos dados alarmantes não se pode ser conveniente com uma lei desprovida de eficácia e aplicabilidade, que nasceu fadada ao desuso e ao insucesso, servindo a um único propósito: conceder impunidade aos infratores.

Aliado a isso, partindo-se da premissa de que é fundamental uma política de trânsito preventiva, estável e contínua, não se pode olvidar que também é imprescindível uma mudança sócio-cultural profunda entre o homem e o trânsito. É necessária a conscientização de todos para uma alteração efetiva, capaz de reduzir a atual realidade que assola a segurança viária brasileira.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Marcelo José. Crimes de Trânsito e comportamento Social. **Revista Jurídica Consulex**, São Paulo, n. 342, p. 23-24. abr. 2011.

BALZA, Guilherme. **A lei so funcionará quando não precisar medir mais o teor alcoólico**, 26 outubro de 2011. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2011/10/26/lei-seca-so-funcionara-quando-nao-precisar-medir-alcool-em-motoristas-dizem-especialistas.jhtm>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

BARROS, Francisco. Direito penal. São Paulo: Campus, 1996 apud BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: RT, 2002

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 3. ed. Rio de Janeiro: WMF, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BOTTARI, Elenilce. **De 1053 motoristas presos em dois anos e meio em blitzes da Lei Seca por consumo de bebida alcoólica, apenas seis foram condenados**, 10 de setembro de 2011. Disponível em: < <http://oglobo.globo.com/rio/de-1053-motoristas-presos-em-dois-anos-meio-em-blitzes-da-lei-seca-por-consumo-de-bebida-alcoolica-apenas-seis-foram-condenados-2700244>>. Acesso em: 10 nov. 2011.

BOTTARI, Elenilce. **Lei Seca**: projetos alteram código para facilitar repressão, 10 de setembro de 2011. Disponível em: < <http://oglobo.globo.com/rio/lei-seca-projetos-alteram-codigo-para-facilitar-repressao-2700249#ixzz1ch2UtlZw>>. Acesso em: 10 nov. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus art. 306 do CTB N. 150445**: alegação de ausência de justa causa para persecução penal. Relator Ministro Felix Fischer, 19 de abril de 2010. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16820863/habeas-corpus-hc-150445-pb-2009-0200737-9-stj>. Acesso em: 13 nov. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial nº 2003/01811007-0**. Relator Ministro Felix Fischer. Brasília, 23 de junho de 2004. Disponível em:

<<http://www.direitopenalvirtual.com.br/artigos/leiamais/default.asp?id=436>> Acesso em 05 out. 2011.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Novo artigo 306 do CTB: Princípio da legalidade x segurança do tráfego viário**, setembro de 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11717/novo-artigo-306-do-ctb>>. Acesso em: 29 out.2011.

CALLEGARI, Luís A.; LOPES, Fábio M. **A imprestabilidade do bafômetro como prova no processo penal**, 18 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://infodireito.blogspot.com/2008/10/artigo-imprestabilidade-do-bafmetro.html>>. Acesso em 28 out. 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. V.1.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Constituição (1998). Constituição da república federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 09 out. 2011.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO; Roberto J.; DELMANTO, Fábio M. **Código Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ e COURA, Ficou pior com a Lei Seca. **Revista Veja**, São Paulo, ed. 2241, n. 44, p.76-81, Nov./2011.

FANTÁSTICO, programa jornalismo. **Quanto tempo esperar para poder dirigir depois de beber?**, 06 de julho de 2008. Disponível em: <<http://fantastico.globo.com/Jornalismo/FANT/0MUL699622-15605,00.html>> . Acesso em: 12 out. 2011.

FERNANDES, Wanderley. Fator Humano sujeito de ser. **Revista Jurídica Consulex**, São Paulo, n. 342, p. 28-31. abr. 2011.

FERRAÇO, Ricardo. Trânsito Violência e Impunidade. **Revista Jurídica Consulex**, São Paulo, n. 342, p. 19. abr. 2011.

FIGUEIREDO, Ticiano. **A embriaguez ao volante e seu elemento subjetivo**, 25 de junho de 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.27260>>. Acesso em: 12 out. 2011.

FRANCO, Alberto S.; STOCO, Rui. **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, Luiz F.; CUNHA, Rogério S.; BATISTA, Ronaldo. **Comentários às reformas do CPP e da lei de trânsito**. 1. ed. São Paulo: RT. 2008.

GOMES, Luiz Flávio. Bafômetro: é obrigatório?. **Revista Magister de direito penal e processual penal**, n. 31, p. 11-13. ago/set. 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito ao silêncio**: seu significado e sua dimensão de garantia. Disponível em <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/148329/direito-ao-silencio-seu-significado-e-sua-dimensao-de-garantia>> Acesso em 08 out. 2011.

GOMES, Luiz Flávio. Embriaguez ao Volante (artigo 306 do CTB): um erro atrás do outro. **Revista Magister de direito penal e processual penal**, n. 32, p. 27-29. out/nov. 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Embriaguez ao volante (Lei 11.705/2008)**: exigência de perigo concreto indeterminado, 02 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080630161826475&mode=print> Acesso em 08 out. 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei seca é destaque no saber direito**, 15 de outubro de 2009. Disponível em: < <http://www.youtube.com/watch?v=ALyGpoVdsbs&feature=relmfu>> Acesso em: 12 out. 2011.

GOMES, Luiz Flávio. Mortandade Absurda no Trânsito: até Quando?. **Revista Magister de direito penal e processual penal**, n. 65, p. 218-220. dez/jan. 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da não auto-incriminação**: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2066298>> Acesso em 08 out. 2011.

GONSALVES, Marcela; BURGARELLI, Rodrigo. **Parentes de pessoas atropeladas pedem mudança de lei**, 15 de outubro de 2011. Disponível em: <

<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/parentes-de-pessoas-atropeladas-pedem-mudanca-de-lei>>. Acesso em: 13 nov. 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p. 628. V. 3.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p. 786. V.1.

GUIMARÃES, Janaína Rosa. Lei Seca, bafômetro e impunidade. **Revista Visão Jurídica**, São Paulo, n. 58, p. 72-78. abr. 2011.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 546. vol. 1, Tomo 2.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 549. vol. 1, Tomo 1.

JESUS. Damásio. **Crimes de Trânsito**: Anotações à Parte Criminal do Código de Trânsito (Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997). 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

Lei n.º 9.503/97 de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9503.htm>> Acesso em 08 de out. 2011.

LOPES, Leonardo S.; DUQUE, Rakel O. **Influência ética**: Bafômetro não é meio hábil para medir embriaguez, 17 de maio de 2011. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2011-mai-17/bafometro-nao-meio-habil-medir-embriaguez-volante>>. Acesso em: 10 nov. 2011.

MARCÃO, Renato. **Crimes de trânsito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARCÃO, Renato. **Embriaguez ao volante**; exames de alcoolemia e teste do bafômetro: uma análise do novo art. 306, caput, da Lei n. 9503/97. Disponível em: < <http://www.direitopenalvirtual.com.br/artigos/leiamais/default.asp?id=393>>. Acesso em: 27 out. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 1.0324.09.079318-7/001** : Delito de perigo abstrato. Ministério Público e Diogo Vieira Orlando. Relator desembargador Pedro Vargara. Itajubá 18 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=324&

ano=9&txt_processo=79318&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=artigo 306 do ctb perigo abstrato&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>. Acesso em: 12 out. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 1.0338.09.088257-6/001(1)**: Ausência de exame técnico para comprovar o teor alcoólico. Relator desembargador Alberto Deodato Neto, 01 de abril de 2011. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=338&ano=9&txt_processo=88257&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=artigo306doctb&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>>. Acesso em: 05 nov. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Recurso de apelação n. 1.0223.0\8.241339-2/001**: ausência de exame comprovando o nível de álcool no sangue no condutor. Relator desembargador Antônio Armando dos Anjos. Belo Horizonte, 23 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=7&txt_processo=530760&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=>>. Acesso em: 01 out. 2011.

MIRABETE, Júlio F.; FABRINI, Renato N. **Código Penal Interpretado**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 2158.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2001.

NELSON, Gonçalves de Souza. Trânsito Brasileiro: Educar para mudar. **Revista Jurídica Consulex**, São Paulo, n. 342, p. 20-22. abr. 2011.

NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. **Crimes do Código de Trânsito**. 2. ed. Leme: Mizuno, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 8. ed. rev.atual e ampl. São Paulo: RT, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10.ed. rev.atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e Processuais penais comentadas**. 4.ed. São Paulo: RT, 2009.

OLIVEIRA, Gilberto. Violência no Trânsito: causas e efeitos. **Revista Jurídica Consulex**, São Paulo, n. 342, p. 25-27. abr. 2011.

PETIÇÃO PÚBLICA. **Não foi acidente**: uma campanha pela vida. Disponível em: <<http://www.naofoiacidente.org/>>. Acesso em: 2 nov. 2011.

PIERANGELI, José H.; ZAFFARONI, Eugenio R. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 9.ed. São Paulo: RT, 2011. 768 p. v. 1.

PINTO, Lúcia B., PINTO, Ronaldo B. **Legislação Criminal e Especial**: coleção ciências criminais. 4. ed, v. 6. São Paulo: RT. 2009.

Resolução n.º 206 de 20 de outubro de 2006. CONTRAN. Dispõe sobre os requisitos necessários para constatar o consumo de álcool, substância entorpecente, tóxica ou de efeito análogo no organismo humano, estabelecendo os procedimentos a serem adotados pelas autoridades de trânsito e seus agentes. Disponível em: <http://www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/Resolucao206_06.pdf>. Acesso 09 out. 2011.

RIZZARDO, Arnaldo. **Comentários ao código de trânsito brasileiro**. 6 ed. ver., atual., e ampl. São Paulo: RT, 2007.

ROMANHA, Rita. **Consequência penal sobre a obrigatoriedade de se submeter ao teste do etilômetro face a lei 11.705/08**, 25 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.direitointegral.com/2011/08/teste-bafometro-lei-11705-penal.html>>. Acesso em 13 nov. 2011.

SIENA, David Pimentel. **Embriaguez ao volante e mortes no trânsito**: novas polemicas antigas discussões, 30 de setembro de 2011. Disponível em: <http://www.juristas.com.br/informacao/artigos/embriaguez-ao-volante-e-mortes-no-transito-novas-polemicas-antigas-discussoes/666>. Acesso em: 13 nov. 2011.

VADE MECUM: Amplamente Atualizado. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VARGAS, Paulo Marcos. **Embriaguez ao volante frente à Lei 11.705/08**. 2009. Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão. Disponível em http://portal2.unisul.br/content/navitacontent_/userfiles/file/pagina_dos_cursos/direito_tubarao/Monografias_2009-A/Monografia_-_Marcos.pdf. Acesso em: 07 set. 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Notáveis do Direito Penal**: Teses Modernas e Avançadas. Brasília: Consulex, 2006.

ANEXO I

ANEXO II

MOVIMENTO #NãoFoiAcidente BEBIDA + DIREÇÃO = MORTE

Projeto de Lei de Iniciativa Popular

A Constituição Federal consagrou como instrumento de exercício da soberania popular (artigo 14, inciso III, da CF) a iniciativa popular de lei, que poderá ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de Projeto de Lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles, conforme preceitua o § 2º, do artigo 61, da Constituição Federal.

Considerando a necessidade urgente de alteração da Lei nº 9.503, de 23 de Setembro de 1997, no que diz respeito à capitulação das infrações administrativas, dos procedimentos administrativos e dos crimes de trânsito que envolva a embriaguez ao volante, o projeto de Lei propõe:

A revogação da infração administrativa prevista no artigo 165 e seguintes da Lei nº 9.503/97. (A embriaguez ao volante passa a ser somente ilícito penal e não mais ilícito administrativo);

A revogação dos artigos 276 e 277 dos procedimentos administrativos previstos na Lei nº 9.503/97. (O procedimento administrativo foi incorporado às infrações penais);

A revogação da parte final do artigo 291, caput, bem como do parágrafo primeiro e do inciso primeiro do artigo 291 da Lei nº 9.503/97;

Propõe a alteração do artigo 302, acrescentando os §§ 2º, 3º e 4º, da Lei nº 9.503/97;

Propõe a alteração da redação do caput do artigo 306, e acrescentando ainda os §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.503/97.

O Projeto de Lei de Iniciativa Popular propõe assim as seguintes alterações no Código de Trânsito Brasileiro:

CAPÍTULO XV DAS INFRAÇÕES

Art. 161. Constitui infração de trânsito a inobservância de qualquer preceito deste Código, da legislação complementar ou das resoluções do CONTRAN, sendo o infrator sujeito às penalidades e medidas administrativas indicadas em cada artigo, além das punições previstas no Capítulo XIX.

Parágrafo único. As infrações cometidas em relação às resoluções do CONTRAN terão suas penalidades e medidas administrativas definidas nas próprias resoluções.

~~Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool, em nível superior a seis decigramas por litro de sangue, ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.~~

~~Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica: (Redação dada pela Lei nº 11.275, de 2006)~~

~~Infração – gravíssima;~~

~~Penalidade – multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir;~~

~~Medida administrativa – retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação.~~

~~Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)~~

~~Infração – gravíssima: (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)~~

MOVIMENTO #NãoFoiAcidente BEBIDA + DIREÇÃO = MORTE

Penalidade – multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses; ~~(Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)~~

Medida Administrativa – retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação. ~~(Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)~~

Parágrafo único. A embriaguez também poderá ser apurada na forma do art. 277.

CAPÍTULO XVII DAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS

Art. 269. A autoridade de trânsito ou seus agentes, na esfera das competências estabelecidas neste Código e dentro de sua circunscrição, deverá adotar as seguintes medidas administrativas:

~~Art. 276. A concentração de seis decigramas de álcool por litro de sangue comprova que o condutor se acha impedido de dirigir veículo automotor.~~

~~Parágrafo único. O CONTRAN estipulará os índices equivalentes para os demais testes de alcoolemia.~~

~~Art. 276. Qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008) Regulamento~~

~~Parágrafo único. Órgão do Poder Executivo federal disciplinará as margens de tolerância para casos específicos. (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)~~

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

~~Parágrafo único. Medida correspondente aplica-se no caso de suspeita de uso de substância entorpecente, tóxica ou de efeitos análogos.~~

~~Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado. (Redação dada pela Lei nº 11.275, de 2006)~~

~~§ 1º. Medida correspondente aplica-se no caso de suspeita de uso de substância entorpecente, tóxica ou de efeitos análogos. (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 11.275, de 2006)~~

~~§ 2º. No caso de recusa do condutor à realização dos testes, exames e da perícia previstos no caput deste artigo, a infração poderá ser caracterizada mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas pelo agente de trânsito acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor, resultantes do consumo de álcool ou entorpecentes, apresentados pelo condutor. (Incluído pela Lei nº 11.275, de 2006)~~

~~§ 2º. A infração prevista no art. 165 deste Código poderá ser caracterizada pelo agente de trânsito mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas, acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor. (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)~~

~~§ 3º. 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. (Incluído pela Lei nº 11.705, de 2008)~~

MOVIMENTO #NãoFoiAcidente BEBIDA + DIREÇÃO = MORTE

CAPÍTULO XIX DOS CRIMES DE TRÂNSITO

Seção I Disposições Gerais

Art. 291. Aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, previstos neste Código, aplicam-se as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, se este Capítulo não dispuser de modo diverso, ~~bem como a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, no que couber.~~

~~Parágrafo único. Aplicam-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa, de embriaguez ao volante, e de participação em competição não autorizada o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.~~

~~§ 1º. Aplica-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, exceto se o agente estiver: (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 11.705, de 2008)~~

~~I - sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: (Incluído pela Lei nº 11.705, de 2008)~~

Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor:

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

§ 1º. No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de um terço à metade, se o agente:

- I - não possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação;
- II - praticá-lo em faixa de pedestres ou na calçada;
- III - deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente;
- IV - no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros.

~~V - estiver sob a influência de álcool ou substância tóxica ou entorpecente de efeitos análogos. (Incluído pela Lei nº 11.275, de 2006) (Revogado pela Lei nº 11.705, de 2008)~~

§ 2º. No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena será de cinco a oito anos, se o agente dirigir veículo automotor em via pública e estiver sob a influência de qualquer concentração de álcool ou substância tóxica ou entorpecente de efeitos análogos.

§ 3º. No caso da infração prevista no parágrafo anterior, todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool ou substância tóxica ou entorpecente de efeitos análogos, será submetido a exame clínico ou perícia médica legal que, por meio técnico, permita ao médico legista certificar seu estado.

§ 4º. A embriaguez a que se refere o artigo 302, § 2º deste Código poderá ainda ser constatada pelo agente de trânsito mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas, acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor que será encaminhado para a realização do exame clínico.

~~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:~~

~~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: (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008) Regulamento~~

MOVIMENTO #NãoFoiAcidente BEBIDA + DIREÇÃO = MORTE

~~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.~~

~~Parágrafo único. — O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.705, de 2008).~~

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência.

~~Penas - reclusão, de um a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.~~

§ 1º. No caso da infração prevista no artigo 306, todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool ou substância tóxica ou entorpecente de efeitos análogos, será submetido a exame clínico ou perícia médico legal que, por meio técnico, permita ao médico legista certificar seu estado.

§ 2º A embriaguez a que se refere o artigo 306 deste Código poderá ainda ser constatada pelo agente de trânsito mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas, acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor que será encaminhado para a realização do exame clínico.

Assinatura Digital

Disponível em <www.naofoiacidente.com.br>

MOVIMENTO #NaoFoiAcidente BEBIDA + DIREÇÃO = MORTE

Veja o texto completo do projeto de lei em: www.NaoFoiAcidente.com.br

Endereço para remessa das folhas assinadas: Rua Emílio Colella, 169 – Sala 3
Parque São Domingos – CEP: 05126-130 – São Paulo – SP

Mais informações pelo fone (11) 3523-1923 / e-mail: contato@NaoFoiAcidente.com.br

PROJETO DE LEI DE INICIATIVA POPULAR SOBRE CRIMES DE TRÂNSITO QUE ENVOLVAM A EMBRIAGUEZ AO VOLANTE

No uso do direito assegurado pelos arts. 1º, 14, III, e 61 da Constituição Federal, subscrevo o projeto de lei que propõe as seguintes alterações na Lei nº 9.503/97: A revogação da infração administrativa prevista no artigo 165 e seguintes (A embriaguez ao volante passa a ser somente ilícito penal e não mais ilícito administrativo); A revogação dos artigos 276 e 277 dos procedimentos administrativos previstos (O procedimento administrativo foi incorporado às infrações penais); A revogação da parte final do artigo 291, caput, bem como do parágrafo primeiro e do inciso primeiro do artigo 291 (Eliminação do enquadramento à lesão corporal culposa); Propõe a alteração do artigo 302, acrescentando os §§ 2º, 3º e 4º (Aumento da pena, a obrigatoriedade da submissão ao exame clínico e a formalização de obtenção de provas de embriaguez); Propõe a alteração da redação do caput do artigo 306, e acrescentando ainda os §§ 1º e 2º (Eliminação do mínimo de concentração de 6 (seis) decigramas, a obrigatoriedade da submissão ao exame clínico, o aumento da pena e a formalização de obtenção de provas de embriaguez.

NOME			DATA DE NASCIMENTO / /	FAVOR ASSINAR OU COLOCAR IMPRESSÃO DIGITAL
ENDEREÇO			MUNICÍPIO/UF	
Nº TÍTULO DE ELEITOR	ZONA	SEÇÃO	MUNICÍPIO/UF	

NOME			DATA DE NASCIMENTO / /	FAVOR ASSINAR OU COLOCAR IMPRESSÃO DIGITAL
ENDEREÇO			MUNICÍPIO/UF	
Nº TÍTULO DE ELEITOR	ZONA	SEÇÃO	MUNICÍPIO/UF	

NOME			DATA DE NASCIMENTO / /	FAVOR ASSINAR OU COLOCAR IMPRESSÃO DIGITAL
ENDEREÇO			MUNICÍPIO/UF	
Nº TÍTULO DE ELEITOR	ZONA	SEÇÃO	MUNICÍPIO/UF	

NOME			DATA DE NASCIMENTO / /	FAVOR ASSINAR OU COLOCAR IMPRESSÃO DIGITAL
ENDEREÇO			MUNICÍPIO/UF	
Nº TÍTULO DE ELEITOR	ZONA	SEÇÃO	MUNICÍPIO/UF	

NOME			DATA DE NASCIMENTO / /	FAVOR ASSINAR OU COLOCAR IMPRESSÃO DIGITAL
ENDEREÇO			MUNICÍPIO/UF	
Nº TÍTULO DE ELEITOR	ZONA	SEÇÃO	MUNICÍPIO/UF	

NOME			DATA DE NASCIMENTO / /	FAVOR ASSINAR OU COLOCAR IMPRESSÃO DIGITAL
ENDEREÇO			MUNICÍPIO/UF	
Nº TÍTULO DE ELEITOR	ZONA	SEÇÃO	MUNICÍPIO/UF	

ANEXO III

Lei Seca só funcionará quando não precisar medir álcool em motoristas, dizem especialistas.

OPINIÃO DE TRÊS ESPECIALISTAS SOBRE A LEI SECA

Fonte: site da UOL notícias – [hppt://noticias.uol.com.br/cotidiano/2011/10/26/leiseca](http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2011/10/26/leiseca)

Entrevista: Guilherme Balza.

Publicada em: 26/10/2011

ENTREVISTADOS



Fernando Moreira/ Diretor da Associação Brasileira de Medicina de Tráfego.



Luiz Flávio Gomes/ Advogado e professor de Direito Penal e Processual Penal.



Maurício Januzzi/ Presidente de Trânsito da OAB-SP

Quais são os problemas da Lei Seca?

Fernando Moreira: Faço um balanço positivo da lei, que ajuda a prevenir acidente de trânsito. Há, contudo, setores que precisam melhorar sua atuação, como, por exemplo, o Judiciário, que poderia ser mais rápido e comprometido com a lei. Outro ponto importante é a fiscalização: são poucos os Estados que fiscalizam adequadamente. Há de se fiscalizar de maneira efetiva.

Luiz Flávio Gomes: O pior problema é o texto da própria lei, que exige a medição da dosagem alcoólica. Essa exigência gera impunidade, já que o motorista se recusa a fazer o bafômetro e, dessa maneira, não há como provar que ele dirigia bêbado. Mesmo que o médico faça o exame clínico, não há como quantificar, e, como não quantifica, não há prova, e os juízes absolvem o acusado. Outro ponto importante é a falta de fiscalização: em 2008, após o advento da lei, havia muita

fiscalização, mas logo depois parou. Em alguns lugares o número de mortes aumentou assustadoramente, principalmente no Norte e Nordeste.

Maurício Januzzi: A lei impede qualquer pessoa de ser punida criminalmente. O Brasil é signatário do pacto de São José da Costa Rica, que impede que se crie provas contra si próprio. Isso desobriga o motorista de fazer o teste do bafômetro e impede que qualquer pessoa seja presa. A Lei Seca é inócua. Ou essa lei é alterada ou será mais uma lei em desuso no país.

O que precisa ser mudado?

Fernando Moreira: É preciso retirar a necessidade de dosagem, ou seja, o juiz pode condenar alguém mesmo se não tiver a medição do álcool. Após ser parado, o cidadão seria submetido a um exame médico: se tiver alcoolizado, o médico constata na hora. Não precisa fazer o bafômetro.

Luiz Flávio Gomes: O texto da lei tem que ser alterado. A primeira coisa a se fazer é corrigir o texto e não exigir mais a dosagem alcoólica.

Maurício Januzzi: O exame de alcoolemia deve ser clínico, que independe da vontade do motorista. Também é preciso aumentar a pena para homicídio culposo com negligência, que hoje é de dois a quatro anos. Ninguém vai preso no Brasil em uma condenação como essa. Se for condenada, a pessoa já vai para o regime aberto.

A lei está tendo eficácia prevista?

Fernando Moreira: Onde se fiscaliza, sim. No Rio houve queda de acidentes. No âmbito administrativo a lei funciona também. Mas são poucos os casos de condenação judicial.

Luiz Flávio Gomes: Esperava-se mais. Existia uma expectativa muito grande. De início, mudou o comportamento de muita gente, porém isso durou pouco, as pessoas foram percebendo que não seriam punidas. Na cultura do brasileiro, se não existe punição, se não há pena, ele continua sendo irresponsável.

Maurício Januzzi: Quando o grande público tomou conhecimento, em 2008, foi eficaz. Hoje as pessoas sabem que a lei não funciona, que não precisa fazer o teste do bafômetro.

