

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

CLAUDIO DEMCZUK DE ALENCAR

**O PERIGO NO CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE
EVOLUÇÃO HISTÓRICA E DOGMÁTICA E PERSPECTIVAS**

Orientador:

Professor Doutor Pierpaolo Cruz Bottini

**São Paulo,
2014**

CLAUDIO DEMCZUK DE ALENCAR

**O PERIGO NO CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE
EVOLUÇÃO HISTÓRICA E DOGMÁTICA E PERSPECTIVAS**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo como um dos
requisitos para obtenção do título de Mestre em
Direito.

Orientador: Professor Doutor Pierpaolo Cruz
Bottini

São Paulo,
2014

Nome: ALENCAR, Claudio Demczuk

Título: O perigo no crime de embriaguez ao volante: evolução histórica e dogmática e perspectivas

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como um dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Professor: _____ Instituição _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professor: _____ Instituição _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professor: _____ Instituição _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

*Para Paulo, meu irmão,
vítima da embriaguez ao volante.
(in memoriam)*

AGRADECIMENTOS

Aos meus colegas de escritório, aos chefes José Gerardo Grossi e Maria Adelaide Penafort Pinto Queirós, às secretárias Neide Barros de Lima e Paula Frassinette Machado, ao advogado Cayle Grossi Pettersen que muito ajudou na pesquisa jurisprudencial e, em especial, ao Marcos Amarante Smith Maia, meu sócio-irmão, vocês todos seguraram o pesado do batente de um escritório de advocacia criminal, sem minha ajuda, por mais tempo do que seria aceitável.

Aos colegas da Consultoria Legislativa do Senado Federal, notadamente aos coordenadores da área de Direito, Valtércio Magalhães Nogueira Filho e Susane Guida de Souza Galindo, pelo decisivo apoio.

Aos companheiros da gestão 2012-2015 da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Distrito Federal, nas pessoas de seu Presidente, Ibaneis Rocha Barros Júnior, e do Secretário-Geral de sua Comissão de Prerrogativas, Marcel André Veriani Cardoso, por terem compreendido minhas “faltas justificadas”.

À amiga Danyelle da Silva Galvão que, não só me guiou pelos meandros da pós-graduação, como cobrou e brigou para que essas linhas chegassem, enfim, ao papel.

À minha Tati, aos nossos pequenos Paulo e Diego e aos meus velhos Sofia e José por absolutamente tudo!

Sobre a conduta de beber e dirigir:

“Como crime, ela poderia ser – quem sabe? – punida, mas como cultura faz parte da vida, sendo – quem sabe? – um direito, pois é deste modo que temos reagido a qualquer forma de punição, interpretada quase sempre como algo politicamente fora de moda e incorreto. Neste contexto, a infração seria uma característica do brasileiro.”

[ROBERTO DA MATTA, “Fé em Deus e pé na tábua”, p. 91]

RESUMO

O desenvolvimento da legislação penal brasileira a respeito da embriaguez ao volante parte da previsão do art. 34 da Lei de Contravenções Penais, passando por quatro códigos de trânsito, até a edição da Lei nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012, que ficou popularmente conhecida como “Nova Lei Seca” (evolução histórica). Cada uma das alterações legislativas promovidas no tipo da condução de veículos automotores sob a influência do álcool buscou *antecipar* o momento da intervenção do direito penal sobre o fato, o que traz à baila a questão dos crimes de perigo, em especial os de perigo abstrato, bem como sua relação com o reconhecimento dos bens jurídico-penais coletivos (evolução dogmática). Como a “Lei Seca” (Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008) estava em contradição com a garantia constitucional de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), o Congresso Nacional redigiu novo tipo utilizando a elementar “capacidade psicomotora alterada” pela ingestão de álcool pelo condutor. Esta última alteração, portanto, consagra a inteligência do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro como crime de perigo abstrato, mas como delito de aptidão ou idoneidade (perspectivas).

Palavras-chave: crimes de perigo – crimes de perigo abstrato – embriaguez ao volante – delitos de trânsito – condução sob a influência do álcool – “Lei Seca”.

ABSTRACT

The development of Brazilian criminal law that concerns driving under the influence offenses goes from the legal provision of art. 34 of Misdemeanors Law, through four traffic codes, until the edition of the Law 12.760, of December 20, 2012, commonly known as “New Prohibition” (historical evolution). Each one of the legislation changes made in the legal description of DUI offense sought to anticipate the moment of the intervention of criminal law, which reveals the question of danger crimes, especially those of abstract danger, as well as their relation with the legitimacy of the criminal protection to collective interests (dogmatic evolution). As the “Prohibition” (Law 11.705, of June 19, 2008) was in contradiction with the constitutional privilege against Self-Incrimination (nemo tenetur se detegere), the Brazilian National Congress wrote a new felony that requires “psychomotor ability impairment” by the ingestion of alcohol by the conductor. This last change, therefore, consecrates the intellection of the article 306 of the Brazilian Traffic Code as an abstract danger crime, however as an abstract danger crime likely-able or suitable to cause harm (perspectives).

Keywords: *danger crimes – abstract danger crimes – drunk driving – Traffic offenses – driving under the influence of alcohol – DUI offenses.*

I. APRESENTAÇÃO: O BEBER E DIRIGIR CRIMINOSO	4
II. EVOLUÇÃO DAS DISPOSIÇÕES RELACIONADAS À REPRESSÃO DA PRESENÇA DO ÁLCOOL EM CONDUTORES DE VEÍCULOS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO	9
1. O artigo 34 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (“direção perigosa de veículo na via pública”).....	9
1.1. O “perigo à segurança alheia” como condição do injusto	9
1.2. As características do injusto de “perigo à segurança alheia”	12
1.2.1. <i>Injusto de perigo abstrato</i>	13
1.2.2. <i>Injusto de perigo concreto</i>	15
1.2.3. <i>Injusto de “periculosidade inerente”</i>	17
1.3. A simples “voluntariedade”	19
1.4. Critérios judiciais de determinação do estado de “embriaguez”	21
1.4.1. <i>TAS de 16 dg/l: a “embriaguez completa” de ALMEIDA JÚNIOR</i>	21
1.4.2. <i>TAS de 8 dg/l: a Resolução nº 413, de 21 de janeiro de 1969</i>	24
1.4.3. <i>“Outros meios”: etilômetro, exame clínico ou prova testemunhal</i>	26
2. O artigo 289 do Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969 (“dirigir em estado de embriaguez por bebida alcóolica”)	28
3. O artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997).....	32
3.1. A redação original do CTB de 1997	32
3.2. A alteração promovida pela Lei nº 11.275/06	41
3.3. A “Lei Seca” (Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008).....	45
3.4. A “Nova Lei Seca” (Lei nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012)	59
3.5. A Lei nº 12.971, de 9 de maio de 2014	69

III - O PERIGO NO CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE	72
1. A legitimidade do injusto de perigo na embriaguez ao volante	72
2. O bem jurídico "segurança no trânsito"	78
1.1. A segurança viária como bem coletivo autônomo.....	79
1.2. A segurança viária como bem coletivo intermediário	82
1.3. A segurança viária como bem jurídico aparente	86
3. Modelos de fundamentação do perigo no crime de embriaguez ao volante.....	90
3.1. O perigo abstrato como lesão	90
3.1.1. <i>Lesão da segurança</i> (KINDHÄUSER).....	90
3.1.2. <i>Verdadeiros tipos de resultado</i> (ILHA DA SILVA).....	93
3.2. O perigo abstrato como crime formal.....	94
3.2.1. <i>Delitos de pura desobediência</i> (JAKOBS).....	94
3.2.2. <i>Delitos de ações de massas</i> (ROXIN).....	96
3.2.3. <i>Delitos de perigo implícito</i> (ESCRIVA GREGORI)	97
3.3. Delitos de aptidão ou idoneidade (MENDOZA BUERGO)	98
3.3.1. <i>Delitos imprudentes sem consequência</i> (SILVA SÁNCHEZ e RODRÍGUEZ MONTAÑÉS)	98
3.3.2. <i>Delitos de perigosidade real</i> (RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ e ULZURRUN LLUCH).....	101
3.3.3. <i>Delitos de perigosidade concreta ou ação concretamente perigosa</i> (HIRSCH, ZIESCHANG e WOHLERS).....	103
3.3.4. <i>Delitos de periculosidade</i> (BOTTINI).....	108
3.4. O perigo abstrato-concreto ou delito de aptidão abstrata (SCHRÖDER)	110
3.5. Crime de lesão e mera conduta (DAMÁSIO E. JESUS)	113
3.6. Crime de perigo concreto "indeterminado" (LUIZ FLÁVIO GOMES).....	115
IV. O INJUSTO OBJETIVO DO CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE.....	119
1. Qual o valor das taxas de álcool no sangue?	120
2. É necessária uma condução anormal?.....	125
3. Quando se pode afirmar que existe a "condução sob a influência do álcool"?	128
4. Como interpretar os sinais que indicam a capacidade psicomotora alterada?.....	130
5. A solução do projeto do novo Código Penal (PLS nº 236, de 2012).....	131
V. BIBLIOGRAFIA	134

I. APRESENTAÇÃO: O BEBER E DIRIGIR CRIMINOSO

A Organização das Nações Unidas definiu o período entre os anos de 2011 e 2020 como a Década de Ações para Segurança Viária no mundo. Só no Brasil, foram 40.989 mortes em acidentes de trânsito em 2010. De 2002 a 2010 o número total de óbitos por acidentes com transporte terrestre cresceu 24%¹.

Nesse contexto, a edição da Lei nº 11.705, de 2008, recebeu expressiva aprovação popular: “86% dos moradores de São Paulo e do Rio de Janeiro aprovam a Lei Seca” (*Folha de São Paulo*, 06 de julho de 2008, p. C3)². Depois do primeiro ano de sua vigência, no entanto, apurou-se que “80% dos motoristas que se recusaram a se submeter ao teste do bafômetro ou a fazer o exame de sangue para verificar a quantidade de álcool por litros de sangue acabaram sendo absolvidos” (*Folha de São Paulo*, 17 de setembro de 2009, p. C7)³. Depois da Lei nº 12.760, de 2012, a situação não se alterou: “Rio absolve 3 em cada 4 réus da Lei Seca: levantamento feito pelo TJ-RJ mostra entendimento de que beber e dirigir não significa necessariamente risco à segurança do trânsito” (*O Estado de S. Paulo*, 04 de abril de 2013, 1º caderno⁴).

Dados do DETRAN/DF mostram que, embora o número de motoristas flagrados bêbados em Brasília seja proporcionalmente o mais alto do país, e a quantidade de autuações por infração do art. 165 do CTB tenha subido 260% entre 2008 e 2011, o total de acidentes e vítimas fatais permaneceu relativamente estável: foram 456 mortos em 2008, 424 em 2009, 461 em 2010 e 465 em 2011 (*Correio Braziliense*, 17 de junho de 2012, p. 27-30). Também os dados do Mapa da Violência 2012, já referido, mostram que Lei Seca não poupou vidas: a taxa de óbitos foi de 19,8 mortos por 100 mil habitantes antes de sua edição (2007) e acabou idêntica no primeiro ano inteiro de sua vigência (2009)⁵.

¹ WAISELFISZ, Julio Jacobo. Mapa da Violência 2012. Os novos padrões da violência homicida no Brasil. São Paulo, Instituto Sangari, Caderno complementar 2: acidentes de trânsito, 2012, p. 6.

² Apud: JESUS, Damásio E., “Embriaguez ao volante: notas à lei nº 11.705/2008”. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, v. 4, n. 24, jun./jul. 2008, p. 79.

³ Apud: GOMES, Luiz Flávio. “Embriaguez ao volante: reforma do Código de Trânsito (Lei nº 11.705/2008)”. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, v. 4, n. 24, p.94-101, jun./jul. 2008, p. 94.

⁴ Apud: KAUFFMANN, Carlos. Embriaguez ao volante – a prova processual e as alterações da Lei nº 9.503/1997. *Boletim do IBCCrim*, ano 21, nº 248, julho 2013, p. 11-12.

⁵ No Distrito Federal, por exemplo, a redução nos índices de acidentes se acentuou em 2012 (15,8%) e prosseguiu caindo em 2013 (19,9%) e 2014 (21,9%). O próprio órgão, no entanto, não relaciona tais índices à edição da Lei nº 12.760/12, mas sim ao início da chamada “Operação Funil, em dezembro de 2011, que consiste na integração com outras entidades e órgãos responsáveis pelo trânsito no DF em operações que cobrem todo o DF nos pontos que ocorreram maior número de acidentes a fim de fiscalizar, principalmente,

Ademais, para além de sua atualidade, o tema desta dissertação encerra diversas controvérsias jurídicas: sobre a natureza do crime (lesão, perigo concreto ou abstrato), sobre os contornos do bem jurídico da segurança do trânsito (interesse difuso ou mero somatório de bens individuais), sobre a melhor forma de comprovação da embriaguez (usar ou não as taxas de alcoolemia, diante do direito ao silêncio) e sobre a exigência de uma condução anormal ou desastrada (estrutura material do tipo objetivo). E tudo isso acompanhado de grande interesse geral, fora do meio jurídico, por sua evidente repercussão na vida cotidiana das pessoas. Recentemente, até jornal de grande circulação, comentando o anteprojeto do novo Código Penal, tomou partido pela impossibilidade de tipificar a embriaguez ao volante “mesmo quando nenhum dano resultar da ação”⁶.

Ora, a embriaguez, definida como a perturbação dos sentidos causada pela ingestão *excessiva* de bebida alcoólica⁷, para além das considerações sobre a inimputabilidade (art. 28, II, do Código Penal), possui relevância penal em uma contravenção e para a condução de veículos. SILVEIRA, apontando para a Classificação Internacional de Doenças, em sua 10ª Revisão (CID-10), da Organização Mundial da Saúde, tem como condição necessária para se afirmar a embriaguez a “turbação dos sentidos”, tendo como o mais correto recorrer à “específica colocação médica, segundo a qual ela se confunde com uma intoxicação *aguda*”⁸.

No direito penal do trânsito, entretanto, nunca vigeu definição tão estrita para a embriaguez, o que já podemos considerar como primeiro lance para a antecipação de sua tutela. No regime do art. 34 da Lei das Contravenções Penais, quando a condução de veículo sob a influência *manifesta*⁹ do álcool era apenas uma das formas de direção perigosa, mesmo diante do elemento típico que exigia a colocação “em perigo da segurança alheia”, poucos concebiam o seu injusto como de perigo concreto.

a embriaguez ao volante e as altas velocidades, e que, dessa forma, vem trazendo consideráveis reduções no número de mortes no DF” [Informação nº 07: álcool x trânsito – 6 anos da Lei Seca, disponível em: <http://www.detran.df.gov.br/o-detran/estatisticas-do-transito/acidentes.html>, acesso em 20.08.2014].

⁶ Sugeriu-se, ainda, a adoção de penas alternativas na espécie [“Reforma penal”, editorial do jornal *Folha de São Paulo*, 17.06.2012, p. A1].

⁷ CALDAS AULETE, *Minidicionário contemporâneo da língua portuguesa*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lexikon, 2009, p. 298, destacamos.

⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge da. “Das contravenções relativas à Polícia de Costumes”. In: SALVADOR NETTO. *Comentários à Lei das Contravenções Penais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 289, destacamos.

⁹ É que a infração administrativa dos antigos códigos de trânsito mencionava expressamente o conceito “embriaguez”.

De fato, a doutrina e jurisprudência de então, amparadas no conceito causalista de que as contravenções exigiam apenas a voluntariedade do agente (art. 3º da LCP), logo adotaram, e sucessivamente, diversas concepções de perigo abstrato: a) a pura, em que se apreciava apenas a própria ação do condutor, e não o resultado de perigo que dela pudesse resultar; b) a da periculosidade inerente, em que simplesmente se presumia “a real presença genérica de perigo”; e, depois, c) a da simples voluntariedade: mais ligada à mera desobediência das normas de trânsito, em que toda embriaguez era direção perigosa. Esse foi, portanto, um segundo lance para antecipação da tutela penal no tipo em comento.

Com o espraiamento das inovações científicas, e a ausência das garantias da Constituição de 1988, um terceiro lance foi dado: a direção perigosa passou a ser uma infração objetivamente determinada pela superação da taxa de alcoolemia de 16 decigramas de álcool por litro no sangue, indicada com base na obra de A. ALMEIDA JR. (o que é quase três vezes mais que a atualmente permitida). Logo depois, também o conceito de embriaguez foi abandonado, afinal a intoxicação etílica não teria que ser aguda para que se pudesse vislumbrar alguma diminuição na capacidade de dirigir do agente e, por isso, a taxa de alcoolemia permitida foi reduzida para a metade pela Resolução nº 413, do CONTRAN (4º lance de antecipação).

Aí veio o Código de Trânsito de 1997 que criminalizou a conduta também em momento anterior ao da embriaguez, exigindo para a infração administrativa uma taxa de álcool no sangue ainda menor (5º lance de antecipação). É que o tipo passou a descrever a mera “condução sob a influência do álcool” como conduta típica, muito embora exigisse a exposição a “dano *potencial* a incolumidade de outrem”. Enfim, em 2008, surge a Lei Seca, que revoga a condição do dano potencial, e reinaugura a exigência de uma taxa de alcoolemia específica para o aperfeiçoamento do tipo. Esse foi o nosso sexto lance de antecipação da tutela penal na espécie. Mais um passo para abreviar a consumação do crime ainda é defendido publicamente, com destaque para previsões do tipo “tolerância zero”. A Nova Lei Seca, entretanto, parece representar um freio de arrumação.

A ideia central da presente pesquisa é, partindo desse catálogo de diferentes modelos de incriminação, aplicar ao crime de embriaguez ao volante as mais recentes discussões sobre o Direito Penal de Perigo que caracteriza a atual sociedade de riscos.

O moderno conceito de bem jurídico penal, que empresta ao instituto uma função de garantia, deve estar condicionado pela *Constituição* e não perder de vista o seu caráter antropológico, com esteio no *indivíduo*. Há de se combater a criação artificial de bens

jurídicos como forma de legitimar as mais variadas incriminações. Como situar a “segurança viária” nessa discussão? Em que medida não se está a tratar de simples coleção de interesses meramente individuais?

Aliás, é a invenção de bens jurídicos coletivos vagos e indeterminados que está a legitimar inúmeras criminalizações recentes como crimes de lesão, o que além de tudo acaba por autorizar também uma sanção exasperada¹⁰ nesses contextos. Até porque, os novos riscos estão, sim, a exigir certa antecipação da tutela penal. Mas é preciso que a antecipação seja feita às claras para também permitir a adoção de salvaguardas que permitam a efetividade dos princípios da lesividade, da subsidiariedade e da proporcionalidade em matéria penal.

Esse o contexto, ganham destaque as diversas proposições de fundamentação dos crimes de perigo. Como conceber um tipo de perigo, capaz de evitar um seríssimo dano indesejado, ou ao menos de incrementar a segurança para esse relevante bem jurídico, sem perder sua funcionalidade? A teoria da imputação objetiva, desenvolvida por ROXIN¹¹, pode indicar um caminho e merecem destaque os critérios para uma imputação equitativa (*fair*), desenvolvidos por VON HIRSCH e WOHLERS¹².

E para tanto é necessário especificar alguns conceitos. A regra geral, num direito penal orientado à proteção de bens jurídicos, é criminalizar a lesão a esse bem, seu dano ou destruição, enquanto resultado naturalístico, fazendo integrar na descrição do tipo penal o próprio resultado indesejado (*delito de lesão*). Mas e o perigo? O perigo existe sempre que, probabilisticamente, e com base no que normalmente ocorre, possa ocorrer um dano¹³ (*conceito de perigo*).

Já o *perigo concreto* ocorre sempre que o bem jurídico tenha passado por um tal risco que a inoportunidade do dano ou lesão pareça mera obra do acaso¹⁴. Nos crimes de perigo

¹⁰ GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº. 49, julho - agosto 2004, p. 113.

¹¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General: Tomo I: Fundamentos: La estructura de la Teoria del Delito.*, Madrid: Thomson-Civitas, 1997.

¹² WOHLERS, Wolfgang; VON HIRSCH, Andrew. “Teoría del bien jurídico y estructura del delito: sobre los criterios de una imputación justa”. Trad. Beatriz Spínola Tártalo. In: HEFENDEHL, Roland (org.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 285-308.

¹³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 93.

¹⁴ GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato..., *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº. 49, p. 113.

concreto o perigo integra o tipo penal e a sua ocorrência, portanto, deve ser efetiva e constatada no caso a caso. No *perigo abstrato*, entretanto, o perigo não é integrante do tipo, constituindo mera motivação do legislador. Não haveria necessidade de quaisquer fenômenos externos, sendo que a simples prática da conduta descrita aperfeiçoaria os elementos objetivos do tipo penal¹⁵.

Pois bem. Voltando aos diversos modelos de fundamentação do perigo, longamente referidos, ao menos quanto ao perigo abstrato, nas obras de MENDOZA BUERGO¹⁶, BOTTINI¹⁷ e GRECO¹⁸, e quanto ao perigo concreto, por RODRIGUES¹⁹, pretendemos deles partir para estabelecer a estrutura do delito (*Deliktstruktur*) aplicável ao crime de embriaguez ao volante, razão pela qual restringiremos a análise à concepção específica desse crime em cada modelo. Como nosso outro pressuposto é a teoria da imputação objetiva, centraremos esforços apenas nos autores pós-finalistas.

Afinal, é preciso repensar as seguidas antecipações da tutela da embriaguez ao volante. A Nova Lei Seca parece ter caminhado nesse sentido. A ciência do direito penal, se bem aplicada, pode dar sua contribuição para, *funcionalmente*, tratar a epidemia das mortes no trânsito no país.

¹⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 114.

¹⁶ MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001.

¹⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*, 2010, p. 139-168.

¹⁸ GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 4-37.

¹⁹ RODRIGUES, Marta Felino. *As incriminações de perigo e o juízo de perigo no crime de perigo concreto: necessidade de precisões conceituais*. Coimbra: Almedina, 2010.

II. EVOLUÇÃO DAS DISPOSIÇÕES RELACIONADAS À REPRESSÃO DA PRESENÇA DO ÁLCOOL EM CONDUTORES DE VEÍCULOS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

1. O artigo 34 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (“direção perigosa de veículo na via pública”)

1.1. O “perigo à segurança alheia” como condição do injusto

Foi pela via do artigo 34 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941, cuja descrição típica corresponde à contravenção de “dirigir veículos na via pública ou embarcações em águas públicas, pondo em perigo a segurança alheia”, que se fez possível sancionar, pela primeira vez no direito penal brasileiro, o que se convencionou denominar “*embriaguez ao volante*”²⁰.

Para a doutrina brasileira, sua tipicidade encontrava-se condicionada à prévia violação dos dispositivos da legislação de trânsito que prescrevessem cautelas a serem adotadas para a proteção da incolumidade pública no âmbito da circulação viária, dentre as quais se inclui a infração administrativa de “dirigir em estado de embriaguez”, prevista inicialmente no art. 127 do primeiro Código Nacional de Trânsito (Decreto-Lei nº 2.994, de 28 de janeiro de 1941)²¹, e, posteriormente, nos arts. 129, II, “e”, do segundo Código Nacional de Trânsito (Decreto-Lei nº 3.651, de 25 de setembro de 1941)²², e 89, III do terceiro Código Nacional de Trânsito (Lei nº 5.108, de 21 de setembro de 1966)²³, que foram sucedendo no tempo aquele dispositivo.

²⁰ As tentativas de se introduzir uma legislação sobre delitos de trânsito, no entanto, vinham de longa data. A primeira delas coube a Afrânio de Mello Franco, que, em outubro de 1912, apresentou à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 405, publicado no Diário do Congresso Nacional de 19 de outubro de 1912, p. 3.103, que regulava o exercício da profissão de condutor de veículos automóveis e dava outras providências, dentre as quais merece destaque a que sancionava com pena de prisão para “o condutor de qualquer veículo automóvel que, por imprudência, negligência ou por inobservância de alguma disposição regulamentar, cometer, ou for causa involuntária, direta ou indiretamente, de alguma lesão corporal” (artigo 3º) [ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de, *Delitos de Trânsito*, 1981, p. 33 e 134]. JOSÉ DUARTE também cita a redação do artigo 342 do projeto apresentado por Virgílio de Sá Pereira, em 1927, em substituição ao Código Penal brasileiro de 1890. O referido autor dá notícia, ainda, da existência de algumas posturas municipais e regulamentos locais, mas não faz qualquer referência ao citado Decreto-Lei nº 2.994/1941 [*Comentários à Lei de Contravenções*, 1944, p. 385].

²¹ “São infrações do condutor de veículos [*omissis*] dirigir em estado de embriaguez, [*sob pena de*] multa”.

²² “A apreensão do documento de habilitação far-se-á pelo prazo de um a doze meses por dirigir em estado de embriaguez, devidamente comprovado”.

²³ “É proibido a todo o condutor de veículo dirigir em estado de embriaguez alcoólica ou sob o efeito de substância tóxica de qualquer natureza, [*sob pena de multa*] e apreensão da Carteira de Habilitação e do veículo”.

Nesse sentido, BENTO DE FARIA sustentava que quem dirige perigosamente “não observa as disposições respectivas do Código Nacional de Trânsito (Decreto-Lei nº 3.651, cit. De 1941)”, e logo, quem também “se acha *embriagado* [...] na direção”²⁴. SADY CARDOSO DE GUSMÃO cuidava de alinhar algumas das “infrações mais comuns [do Código Nacional de Trânsito] que podem constituir causa de responsabilidade penal”²⁵. JOSÉ DUARTE asseverava que incide no dispositivo “quem contravém às normas dos regulamentos que estabelecem as condições normais do tráfego”²⁶; anotando, ainda que sem aquelas normas, “em muitos casos, ficará o fato sem repressão”²⁷ penal. MANOEL CARLOS DA COSTA LEITE anotava que a desobediência aos “Deveres e Proibições” do Regulamento (Decreto-Lei nº 62.127, de 16 de janeiro de 1968) do Código Nacional de Trânsito vigente a seu tempo importariam “na prática da contravenção, independente de qualquer evento danoso”²⁸, ao passo em que PAULO LÚCIO NOGUEIRA afirmava que “violada a norma de trânsito [...] não se pode deixar de reconhecer a direção perigosa”²⁹. Essa orientação doutrinária, nada obstante sua forte penetração³⁰, expandia a reação formalizada para muito além do necessário, caracterizando como infrações contravencionais comportamentos que claramente não representavam o risco que a norma buscava resguardar. Por outro lado, uma excessiva redução do espectro punitivo também poderia fazer com que algumas infrações que nitidamente acarretavam perigo para a segurança alheia deixassem de ser reprimidas.

²⁴ *Das Contravenções Penais*, 1958, p. 119.

²⁵ *Das Contravenções Penais*, 1942, p. 164.

²⁶ *Comentários à Lei de Contravenções Penais*, 1944, p. 386.

²⁷ Nesses casos, o autor entende que “a autoridade [de tráfego], exercendo uma função preventiva de sua alçada, [poderia] baixar instruções a respeito, sem que lhe irroque exorbitância” [*Comentários...*, 1944, p. 387].

²⁸ *Lei das Contravenções Penais*, 1976, pp. 161-162

²⁹ *Contravenções Penais Contravertidas*, 1993, p. 138.

³⁰ Decorridos quase cinquenta anos da edição da Lei de Contravenções Penais, ainda era possível encontrar julgados pronunciando-se a favor do entendimento que a mera infração às disposições do Código Nacional de Trânsito configurava o ilícito contravencional de direção perigosa. JOÃO MARCELLO DE ARAÚJO JÚNIOR, por sua vez, afirmava não ser uma “questão [...] simples. Não se trata aqui de penalizar as infrações ao Código Nacional de Trânsito, mas sim de punir, através da presunção de perigo, as violações especialmente graves, que a experiência tenha demonstrado sejam causa frequente de resultados danosos. No caso, as legislações não apresentam solução uniforme. Algumas individualizam essas infrações, punindo-as de regra como contravenções penais. É o que acontece com [...] a embriaguez [...]. Não comungamos dessa orientação, especialmente pelo casuísmo e [já que] nem sempre tais manobras ocasionam, em verdade, resultados perigosos, seria extremamente temível a definição de crimes de perigo presumido com a descrição de tais manobras. Com isso poderíamos ser conduzidos a muitas injustiças. Preferimos a orientação genérica em que a violação da regra de trânsito será considerada criminosa sempre que puder causar perigo à incolumidade pública. Essa fórmula satisfará à necessidade de justiça e, ao mesmo tempo, não deixará sem proteção o grupo social” [*Delitos de Trânsito*, 1981, p. 90]. O autor parecia entender equivalente a noção de perigo à incolumidade pública à de perigo concreto. Essa concepção, no entanto, não tinha o menor apoio na jurisprudência que associava a ideia de perigo à incolumidade pública com o de perigo abstrato.

GUSMÃO parece ter sido um dos poucos, senão o único, a se atentar para essa problemática³¹. Muito embora sua tentativa de viabilizar a aplicação da pena contravencional do artigo 34 da Lei de Contravenções Penais a partir da sistemática adotada pelo Código Nacional de Trânsito - que à época classificava as hipóteses infracionais em categorias de menor e maior gravidade - tenha se revelado desastrosa³², a ele se deve pelo menos o mérito de constatar que a antecedente violação das infrações de trânsito não vinculava a tipicidade penal do injusto “direção perigosa de veículo em via pública”, como se chegara a pressupor. E em que pese não ter feito propriamente uma análise dogmática do artigo 34 da Lei de Contravenções Penais, ao afirmar a desnecessidade de previsão legal ou da própria ocorrência de uma infração de trânsito para a caracterização daquela contravenção penal já que o perigo à segurança alheia seria, segundo suas próprias palavras, o seu “elemento fundamental”³³ - demonstrou, acertadamente, que um estado de risco que não havia sido definido pela lei condicionava o próprio injusto.

O acerto da conclusão alcançada, entretanto, não impediu a jurisprudência brasileira de se apropriar daquela condicionante para imputar a responsabilidade penal com base em critérios puramente objetivos, dispensando, particularmente nas hipóteses onde o comportamento de “dirigir em estado de embriaguez” foi subsumido àquele tipo de injusto, a verificação de um enlace psicológico entre a ação precedente e o “resultado” produzido. A resposta para esse fenômeno encontra sua explicação no controvertido artigo 3º da Lei de Contravenções Penais³⁴, que estatui ser suficiente para a existência de um ilícito contravencional, a simples *voluntariedade* do agente, independentemente de qualquer

³¹ “O critério adotado [pelo Código Nacional de Trânsito] não serve porque algumas das infrações de menor gravidade podem acarretar perigo iminente para a incolumidade pública” [GUSMÃO, SADY CARDOSO DE, *Das Contravenções Penais*, 1942, p. 164].

³² Assim também sua definição (ou a falta de definição) do que compreendia por “infrações de caráter administrativo puras”, que segundo o autor, também deveriam ser excluídas do conceito de “direção perigosa” [*Das Contravenções Penais*, 1942, p.164].

³³ “Para a verificação da contravenção [do artigo 34 da respectiva lei] não é essencial que a falta seja prevista no Código Nacional de Trânsito, tal como não basta a circunstância da previsão para caracterizar a infração penal, porque o elemento fundamental desta é o perigo, o qual deve ser verificado em cada hipótese, para se evitarem abusivos desvios no sentido da lei, o que é muito para temer”. Antes, já afirmava que “as infrações graves [...] poderão acarretar processo criminal [...] quando [...] circunstância de excepcional gravidade (como no caso de disputa de corrida em via pública) justifiquem a aplicação das sanções penais propriamente ditas, nunca, porém o simples excesso de velocidade, avanço de sinal, quando de pouca relevância”. Note-se, ainda, que referido autor não anota o “dirigir em estado de embriaguez” entre os comportamentos que, *prima facie*, justificariam ser subsumidas pela contravenção. [*Das Contravenções Penais*, 1942, p. 164].

³⁴ “Para a existência da contravenção, basta a ação ou omissão voluntária. Deve-se, todavia, ter em conta o dolo ou culpa, se a lei faz dele depender, de um ou de outra, qualquer efeito jurídico”.

perquirição acerca de sua culpabilidade. Enunciada desde BENTO DE FARIA³⁵, a tese da *voluntariedade* foi vivamente adotada pela jurisprudência, e solenemente ignorada pela doutrina, que jamais a contestou de maneira séria³⁶³⁷. Os efeitos dessa transigência são percebidos na fundamentação (ou na ausência de fundamentação) de muitos julgados, conforme teremos a oportunidade de observar adiante.

1.2. As características do injusto de “perigo à segurança alheia”

Ao tempo em que o comportamento de “dirigir em estado de embriaguez” ainda perfazia a descrição do artigo 34 da Lei de Contravenções Penais, a jurisprudência brasileira adotava três posicionamentos distintos ao perquirir as características do injusto de “perigo à segurança alheia”. A depender da orientação adotada, o perigo típico podia ser caracterizado em função da simples periculosidade³⁸ da ação; em razão do resultado produzido por uma situação concreta de perigo; ou finalmente, em decorrência do que se logrou denominar “real periculosidade genérica”. Em todas essas hipóteses, partia-se do pressuposto de que entre o objeto da ação e sua desvalorização deveria existir necessariamente um nexos causal possível ou provável, razão pela qual a corrente da *voluntariedade* será tratada em apartado.

³⁵ “O elemento psíquico reside na voluntariedade do ato, como resultado da livre determinação, isto, sem coação. Daí a inadmissibilidade de imputá-lo a casualidade culposa e menos ainda à boa intenção” [*Das Contravenções Penais*, 1958, p. 119].

³⁶ Confirma-se, a respeito, o que diz DAMÁSIO DE JESUS admitindo exceções: “Hoje, entretanto, adotada a teoria finalista da ação e vedada a responsabilidade objetiva pela reforma penal de 1984, o disposto na última parte do art. 30, em que se diz prescindir a contravenção de dolo e culpa, salvo casos excepcionais, está superado: a contravenção, assim como o crime, exige dolo e culpa, conforme a descrição típica” [*Lei das Contravenções Penais Anotada*, 1994, p. 25].

³⁷ ALAMIRO VELLUDO SALVADOR NETTO associa a teoria causal da ação a tipos desprovidos de dolo ou imprudência: “Quando da edição da Lei de Contravenções Penais – e concomitante vigência do recente Código Penal de 1940 – a teoria adotada era a da ação causal. Isto implicava na adoção de um tipo penal desprovido de dolo ou culpa, os quais se configuravam como integrantes da culpabilidade normativa”. Mais adiante, na mesma obra, se lê que “não há tipo sem dolo ou culpa”, referindo-se ao tipo objetivo [*Comentários à Lei das Contravenções Penais*, 2006, p. 56].

³⁸ Para HANS WELZEL não se pode “falar de perigo abstrato a não ser nos casos em que a idéia de um perigo é o motivo que leva o legislador a estabelecer consequências jurídicas para um fato com certas características, consequências jurídicas que operam igualmente ainda quando, no momento da realização da ação, esteja certo para um observador dotado de discernimento que não ocorrerá um dano” [“Culpa e delitos de circulação: sobre a dogmática dos crimes culposos”. Trad. Nilo Batista. *Revista de Direito Penal*, nº. 3, Rio de Janeiro: Borsoi, julho - setembro 1971, p. 30].

1.2.1. *Injusto de perigo abstrato*

Tomando como ponto de partida a concepção de que “as contravenções são manifestações de periculosidade, condutas, situações ou estados que devem ser inocuidados para evitar-se o dano”³⁹, os adeptos dessa orientação concebiam o núcleo antijurídico do artigo 34 da Lei de Contravenções Penais na periculosidade resultante da própria ação⁴⁰ do condutor, e não no perigo que dela pudesse resultar⁴¹. O fundamento desse juízo de periculosidade *ex ante*⁴² e abstraído dos fatores reais não discerníveis num dado momento⁴³, escorava-se, sobretudo, no discurso de que aquela contravenção havia sido articulada pelo legislador como uma das infrações que, no Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941, afetavam a incolumidade pública, e por essa exata razão, seu injusto deveria referir-se a um perigo abstrato, já que entendimento em sentido contrário levaria o delito de “expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente”, previsto no artigo 132 do Código Penal a não encontrar aplicação na prática⁴⁴.

³⁹ PIMENTEL, Manoel Pedro, *Contravenções Penais*, 1978, p. 84.

⁴⁰ “Como compreender tal reprovabilidade partindo da ação? As ações na área da circulação, sobre as quais fixamos a maior parte das nossas considerações, nos proporcionam precisamente indicações importantes a este respeito. Quem aprende a conduzir um veículo, deve familiarizar-se com os instrumentos de direção, de mudança de velocidade e de freio; deve exercitar-se nos diversos movimentos das mãos e dos pés que lhe são necessários para dirigir; deve compenetrar-se das regras e sinais de circulação e deve, sobretudo, aprender a adaptar sua maneira de conduzir ao caráter incessantemente evolutivo do trânsito. Cada uma das manobras individuais necessárias a essa finalidade, a previsão dos perigos e a forma de evitá-los, tudo isso deve ser aprendido e exercitado mediante atos de vontade sistemática, até que a repetição frequente dessas operações e manobras as ‘automatize e provoque uma disposição inconsciente à ação (uma ‘tendência determinante’) que entra automaticamente’ em jogo como consequência de um determinado estímulo (por exemplo, uma situação perigosa). Essa reserva de disposições adquiridas pela ação dispensa o motorista de concentrar-se permanentemente em cada uma das numerosas operações de direção, e libera sua atenção para a observação do tráfego. Sem essa reserva de disposições automáticas para a ação, a rápida circulação moderna seria inconcebível” [HANS WELZEL, “Culpa e Delitos de Circulação...”, *RDP 3/1971*, p. 40].

⁴¹ JOSÉ DUARTE, no entanto, parecia um tanto quanto inseguro a esse respeito: “há realmente fatos contravencionais nos quais se encontra verdadeiramente um dano [...]. Mas Stoppato tem razão quando afirma que tal critério é diretivo, porque as contravenções, por sua essência, não exigem necessariamente outra coisa senão fatos [...] porque não ocorre, com efeito, a lesão concreta, nem concretamente potencial de um bem jurídico para que se possa falar em infração contravencional. No entanto, cumpre advertir que, sem embargo desse conceito, há contravenções que concretizam, efetivamente, um perigo ou definitiva lesão de um bem jurídico. Do ponto de vista prático o conceito de perigo tem grande importância. Nas contravenções, o conceito do perigo, faz-se realmente, confuso” [*Comentários à Lei de Contravenções Penais*, 1944, p. 73].

⁴² PIERPAOLO BOTTINI, sobre esse estágio do tema, destaca a “descoberta de um elemento típico que está presente na conduta, mas se refere ao resultado: a periculosidade. Os delitos de perigo abstrato seriam, portanto, não crimes de desobediência, mas delitos de perigo possível, nos quais a periculosidade seria apreciada sob uma ótica *ex ante*, diferentemente dos delitos de perigo concreto, em que a situação de perigo se apresenta *ex post*” [*Crimes de perigo abstrato*, 2010, p. 151].

⁴³ HANS WELZEL, “Culpa e Delitos de Circulação...”, *RDP 3/1971*, p. 30.

⁴⁴ RT 420/272 [1970]: “Diversamente do que ocorre com o delito do art. 132 do CP que exige a exposição da vida ou da saúde de outrem a risco direto e iminente, é simplesmente genérico o perigo a que se refere o art. 34 da Lei de Contravenções Penais”; RT 503/342 [1977]: “Essa contravenção foi colocada no capítulo relativo à incolumidade pública e não entre as referentes à pessoa, logo basta a possibilidade de um risco à

A ação constitutiva desse injusto, já aqui, correspondia (ou pelo menos deveria corresponder) a um comportamento que pudesse colocar, desde o ponto de vista de um observador externo dotado de conhecimentos especiais, os bens protegidos efetivamente em perigo⁴⁵, nada obstante terem sido raras as oportunidades em que isso pôde ser observado na aplicação daquele tipo contravencional. As frequentes hipóteses de condenações de quem alcoolizado, tarde da noite e em local ermo, emprega alta velocidade em seu veículo para logo então se deparar com uma viatura policial parecem ilustrar bem a gravidade do problema⁴⁶. Não satisfaz, nesses casos, tal qual se vê nos julgados que remetem à questão⁴⁸, afirmar ter havido ou não excesso de velocidade em um cruzamento qualquer, mas sim saber se, no caso concreto, a velocidade exagerada (estado de perigo hipotético) poderia ser valorada sob os olhos de um observador com discernimento, como

segurança alheia para a sua caracterização, não se exigindo a constatação de um efetivo perigo a uma pessoa determinada”; RT 652/265 [1990]: “Tratando-se de pilotagem perigosa, não há confundir-se o delito do art. 132 do CP com a contravenção do art. 34 da Lei de Contravenções Penais. O contraventor que dirige perigosamente cria uma situação de perigo indeterminado para pessoas indeterminadas”; RJDTACRIM 9/126 [1990]: “O agente embriagado que, ziguezagueando com seu veículo, em via pública, causando colisão com outro automóvel, objetivamente expõe a vida de seu condutor a perigo direto e iminente. Porém, estando ausente o elemento subjetivo da vontade ou consciência de criar tal situação de perigo, caracteriza-se apenas a contravenção do art. 34 da LCP, inconfigurando-se, pois, o delito do art. 132 do CP”; RJDTACRIM 9/127 [1990]: “O condutor de veículo automotor que, sem a devida habilitação e alcoolizado, dá causa a capotamento, imprimindo excesso de velocidade ao veículo, age apenas com culpa “strictu sensu”, não podendo ser responsabilizado pelo crime de perigo para a vida ou saúde de outrem, o qual só admite a forma dolosa e sim pela contravenção do art. 34”. Com idêntica fundamentação: RT 298/287 [1967]; RT 388/292 [1967] e RT 500/365 [1977]. Nesse sentido, ainda, a doutrina da época, segundo a qual o crime de “expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente” apresentava afinidade com outros, como também com certas contravenções, como a do artigo 34, mas que deles se diferia por suas próprias características, “bastando, aliás, dizer que eles são ofensas à incolumidade pública” [MAGALHÃES NORONHA, *Direito Penal*, 2º vol., 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1969, p. 86].

⁴⁵ HANS WELZEL, “Culpa e Delitos de Circulação...”, *RDP* 3/1971, p. 30.

⁴⁶ Confirma-se, a respeito RT 534/375 [1979] e TACRIM AC 171.973 [1977]. Há obviamente, muitas outras hipóteses em que esse modo de proceder da jurisprudência causa semelhante perplexidade, como, por exemplo quando se atribui perigosidade à conduta de quem, ao manobrar seu automóvel no estacionamento de uma repartição policial, onde registrara uma ocorrência, produz dano insignificante, quase imperceptível no pára-choque de um outro veículo, cfr. RT 525/362 [1979]; ou comportamento de quem é parado exclusivamente por conta do ruído excessivo de seu carro, mas que acaba sendo detido por encontrar-se em “estado de embriaguez”, que inicialmente não havia chamado a atenção da fiscalização, cfr. TACRIM AC 117.305 [1975].

⁴⁷ Para CLAUS ROXIN, entretanto, não haveria problema algum: “Aquí hay que afirmar la punibilidad incluso aunque según la situación de las cosas (p. ej. en una zona deshabitada) estuviera totalmente excluida una puesta en peligro. Ello se debe a razones preventivogenerales (“didácticas”), pues de lo contrario se pondría en peligro el carácter de absoluto tabú que el legislador pretende que tengan determinadas conductas (aquí: la conducción de vehículos bajo influencia del alcohol)” [*Derecho Penal: Parte General: Tomo I*, 1997, §11/125, p. 410]. PIERPAOLO BOTTINI registra que “ROXIN alinha-se com posições dualistas ao afastar desta construção de injusto os crimes de perigo abstrato relacionados às ações de massa, como os delitos de trânsito” [*Crimes de perigo abstrato*, 2010, p. 158].

⁴⁸ Por todos, RT 400/297 [1968]: “A prova testemunhal coligida na instrução revela que o acusado, dirigindo embriagado um automóvel, em velocidade excessiva, pelas artérias centrais de Monte Aprazível, expôs a perigo a segurança dos transeuntes [...] Houvesse dúvida acerca da velocidade imprimida ao veículo pelo réu, ainda assim, estaria caracterizada a contravenção do art. 34 da Lei de Contravenções Penais pela simples circunstância de se achar embriagado aquele dia”.

“adequada”, “apropriada”, “prudente” tendo em vista os conhecimentos (ontológicos e nomológicos) do agente ao tempo da ação perquirida. Nas decisões examinadas, não se vê considerações sobre a possibilidade de que o motorista que empregou alta velocidade em seu veículo pudesse estar confiante de que outros condutores não desconsiderariam sua preferência de passagem, particularmente em função do horário e do local (princípio da confiança)⁴⁹. Em seu lugar, sobram constatações distanciadas do domínio da culpabilidade⁵⁰ e que não se preocupam em verificar, desde um ponto de vista *objetivo*, se os bens protegidos poderiam, *ou não*, ter penetrado na zona de eficácia da ação havida por perigosa.

1.2.2. *Injusto de perigo concreto*

Em oposição à corrente que constituía o injusto do artigo 34 da Lei de Contravenções Penais a partir da periculosidade em abstrato da ação do agente, uma parcela (reduzida) da doutrina⁵¹⁵² e da jurisprudência⁵³ o atrelava ao perigo emergente da ação do condutor alcoolizado, que deveria, efetivamente, colocar em risco a incolumidade pessoal de alguém para realizar o tipo contravencional. Já não se cuidava aqui de criminalizar uma ação perigosa para os bens protegidos, mas sim verificar se esses mesmos bens haviam sido

⁴⁹ HANS WELZEL, “Culpa e Delitos de Circulação...”, *RDP* 3/1971, pp. 25-26.

⁵⁰ HANS WELZEL, “Culpa e Delitos de Circulação...”, *RDP* 3/1971, p. 16.

⁵¹ Para GUSTAVO O. D. JUNQUEIRA. é “Controverso se para que se configure a contravenção é necessário o perigo concreto, com o que concordamos, ou se basta do perigo abstrato, o que prevalece. Para os defensores da necessidade de perigo concreto, a expressão ‘pondo em perigo a segurança alheia’ exige a presença de risco concreto a pessoas ou patrimônio alheio. Mais e ainda, acrescentamos nosso argumento de extrema excepcionalidade das infrações penais de perigo abstrato, cuja necessidade não se justifica nas contravenções. Aos defensores da suficiência do perigo abstrato, argumenta-se com a estrutura das contravenções, que são infrações de perigo abstrato subsidiárias aos ilícitos de dano e de perigo concreto que configuram crimes, além de se tratar o art. 34, especificamente de contravenção contra a incolumidade pública. Quando há perigo concreto à vítima determinada, surgiria o art. 132 do CP, que absorve a contravenção. No caso de veículos automotores, há o argumento de reforço do Código de Trânsito que já prevê como crime a maioria das condutas perigosas, ali sim exigindo perigo concreto” [cf. redação vigente em 2006, “Das contravenções referentes à Incolumidade Pública” In: SALVADOR NETTO e outros, *Comentários à Lei das Contravenções Penais*, 2006, pp. 169-170]

⁵² Também para HELENO CLÁUDIO FRAGOSO: “É, em consequência, indispensável que o agente tenha criado uma situação concreta de perigo à segurança alheia, criando probabilidade de acidente. Ao contrário do que ocorre com o crime previsto no art. 132, do CP, não se exige que haja vontade dirigida no sentido da exposição a perigo de pessoa certa e determinada. Basta a voluntariedade do comportamento que o agente sabe capaz de produzir perigo de desastre na circulação de veículos (do ponto de vista subjetivo), e a concreta superveniência de situação de perigo (do ponto de vista objetivo). Perigo, como se sabe, é a probabilidade de dano.” [“Direção Perigosa. Simples avanço de sinal”, *Revista de Direito Penal*, nºs 13/14, 1974, pp. 144-145].

⁵³ RT 599/325 [1985]; JUTACRIM 37/321 [1975]; JUTACRIM 31/197.

expostos⁵⁴ a um perigo iminente e concreto⁵⁵, isto é, se teriam adentrado na zona de eficácia da ação⁵⁶. Essa concepção de injusto parece estar fundada em considerações utilitaristas⁵⁷, já que não se proíbe a ação do agente, mas tão somente as consequências de seu agir. A ação constitutiva do injusto, portanto, não é verificada em função da responsabilização do agente por um comportamento proibido, mas sim porque ele terá sido o autor de um resultado que o direito reputa indesejável e a se evitar.

O ponto de partida utilizado para caracterizar o momento de integração do injusto, entretanto, dificilmente é observado nas hipóteses de aplicação do artigo 34 da Lei de Contravenções Penais. O que se vê ocupando seu lugar - em demasia, aliás - são considerações completamente alheias ao exame das características do injusto típico⁵⁸, que frequentemente resvalam para o campo probatório. A discussão sobre a criação do risco à segurança alheia, com efeito, reduz-se, no trecho da jurisprudência que exigia a presença de um perigo concreto para a configuração da “direção perigosa” a uma prosaica discussão sobre a obtenção da “necessária prova concludente”⁵⁹; da “prova de perigo concreto, efetivo e não apenas remoto”⁶⁰; da “prova de perigo à segurança pública”⁶¹, ou ainda, da “prova do perigo à incolumidade”⁶².

Hipóteses em que a ação constitutiva do injusto parecia fundamentar-se em uma concepção causal-naturalística do comportamento idôneo à provocação de um resultado se repetem em igual volume na jurisprudência examinada. Um exemplo do que se acabou de se alegar pode ser verificado em um julgado penal em que se afirmou “não ter maior relevância” a alegação de um motorista que, alcoolizado, colidiu com a traseira de um carro que, seguindo à sua frente, parara inopinadamente na via pública pela qual

⁵⁴ HANS WELZEL, “Culpa e Delitos de Circulação...”, *RDP* 3/1971, p. 31.

⁵⁵ DAVID BAIGÚN, *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, 2007, pp. 16-18.

⁵⁶ HANS WELZEL, “Culpa e Delitos de Circulação...”, *RDP* 3/1971, p. 31.

⁵⁷ LUÍS GRECO, *Um panorama da Teoria da Imputação Objetiva*, 2007, pp. 40-41.

⁵⁸ RT 440/415 [1972]: “quanto ao mérito melhor sorte não merece a pretensão do réu, que foi preso em flagrante quando dirigia um caminhão, em estado de embriaguez, provocando uma “fechada” no veículo conduzido por João Lopes Ferreira, ao adentrar o cruzamento da R. Curuçá com a Av. Guilherme Cotching, pondo em perigo a segurança alheia”; RT 368/245 [1965]: “o guarda rodoviário deu, ao apelante, o sinal de parada, ficando no meio do leito carroçável da estrada. O apelante, todavia, ao invés de atender aquela determinação legal, atirou o carro sobre o guarda, que precisou sair da estrada para não ser atropelado. E prosseguiu na mesma marcha”. Para WELZEL, “Tais comprovações nada têm a ver com as ‘relações psíquicas entre o agente e seu ato’. Tampouco emergem do domínio da culpabilidade assim concebida, nem, conseqüentemente, da culpa *stricto sensu*...” [“Culpa e Delitos de Circulação...”, *RDP* 3/1971, p. 16].

⁵⁹ TACRIM AC 1.169.457 [1999].

⁶⁰ RT 437/736 [1972].

⁶¹ JUTACRIM 84/384.

⁶² RT 501/314 [1977].

trafegavam, porque “o fato era previsível”⁶³, limitando-se o tribunal a invocar, em seu desfavor, “a obrigação do motorista de guardar distância dos veículos que seguem à sua frente e ter o domínio da velocidade de seu próprio carro” para então condená-lo às penas do artigo 34 da Lei de Contravenções Penais.

1.2.3. Injusto de “periculosidade inerente”

Para um terceiro segmento, perquirir sobre a existência ou não de perigo concreto era algo que se revelava de todo desnecessário⁶⁴, na medida em haveria uma *real presença genérica* de perigo⁶⁵ sempre que um motorista dirige em estado de embriedade, não cabendo perquirir da existência, ou não, de perigo concreto⁶⁶. A expressão parece ter origem em BENTO DE FARIA, que, fortemente influenciado por MANZINI e SABATINI, afirmou que “o perigo deve ser considerado de modo geral, no sentido da periculosidade inerente ao modo de dirigir, mas não restringido ao conceito concreto de perigo para determinada pessoa”⁶⁷. Essa passagem foi empregada nas decisões referentes aos casos de “direção perigosa de veículo” em tamanha escala, que, em certo momento, pareceu a alguém que talvez seria uma boa ideia distorcê-la, a fim de que se pudesse afirmar que aquele autor teria *demonstrado* que “em tema de direção perigosa, basta para a caracterização da contravenção a prova da embriaguez, sendo, à partir dela, *presumido o perigo*, ainda que em caráter puramente potencial”⁶⁸, coisa que o outrora magistrado do Supremo brasileiro jamais fizera.

Seja como for, o injusto de “periculosidade inerente” foi, de longe, a orientação que obteve maior aceitação nos tribunais brasileiros. Diferentemente da primeira corrente, aqui a verificação do perigo partia de um juízo *subjetivo* de valor genérico *ex ante*, o que fazia com que a plausibilidade da associação entre embriaguez e perigo permitisse mascarar a ambiguidade de seu *discurso*, que, na *prática*, caracterizava a *lesão* decorrente da ação (abalroamento de um poste⁶⁹; colisão com outro automóvel⁷⁰; direção anormal⁷¹; colisão

⁶³ RT 420/272 [1970].

⁶⁴ RT 454/407 [1973].

⁶⁵ RT 173 [1966].

⁶⁶ Foi nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RESP 82.296 [1997], segundo o qual a contravenção de direção perigosa se “caracteriza pelo próprio perigo concreto ínsito no estado de embriaguez do condutor do veículo”.

⁶⁷ *Das Contravenções Penais*, 1958, pp. 120.

⁶⁸ RJDTACRIM 14/67.

⁶⁹ TACRIM AC 165.099 [1977].

com um muro⁷², atropelamento⁷³; dano a sinal de trânsito⁷⁴; etc.) e não a antecedente perigosidade “inerente” – tal qual anunciava – como o elemento constitutivo do injusto daquele tipo contravencional, o que, parece, tinha por fim suprir o déficit de objetividade daquela orientação⁷⁵. Sua fundamentação, de outra sorte, provinha da simples *intuição* de seus adeptos, já que seria intuitivo⁷⁶, evidente⁷⁷, indubioso⁷⁸, presumível⁷⁹, inegável⁸⁰ o perigo que a direção alcoolizada apresenta para a incolumidade alheia, pois segundo a singular dicção de um julgado, até mesmo quem está *dentro* de casa correria “risco de vida” ou de se ferir⁸¹ em função daquele comportamento.

As decisões examinadas revelam, ainda, uma tendência inequívoca por parte da jurisprudência de se valer de impressões subjetivas como forma de tornar equivalentes e permutáveis as hipóteses de “embriaguez” ao volante e “direção perigosa de veículo”⁸² de modo que a necessidade de se averiguar a culpa do condutor parecesse dispensável e até mesmo irrelevante. Isso está bastante claro, por exemplo, em um julgado que declara expressamente que “ninguém poderá negar o perigo que representa um indivíduo embriagado a dirigir um automóvel”⁸³, e em outro, quando assevera ter demonstrado um estado de coisas que, nada obstante, nunca se logrou exteriorizar: “está claro que [o condutor ao conduzir “embriagado”] punha em perigo a sua própria integridade física e a dos que transitam pela mesma via”⁸⁴. Essa inclinação para o radicalismo acentua-se

⁷⁰ TACRIM AC 77.221 [1974]; 85.293 [1974]; 86.451 [1974].

⁷¹ TACRIM AC 69.689 [1973]; 80.673 [1974]; 98.563 [1974].

⁷² TACRIM AC 86.935 [1974]; 109.601 [1975].

⁷³ TACRIM AC 113.751 [1975].

⁷⁴ TACRIM AC 171.973 [1977].

⁷⁵ Confira-se o absurdo da RT 349/257 [1963] em que mesmo ante todas as condições favoráveis ao réu o resultado foi condenatório: “O motorista vitimado reconheceu que não cabia culpa ao motorista, e o ofendido teve atitude imprevisível para o motorista. A interpretação da perícia policial no carro não pode ser exata, em confronto com os depoimentos das testemunhas e porque a técnica não sabia da existência do ‘macaco’ empunhado pela vítima. Decisão: a materialidade da infração está constando do laudo de exame de dosagem alcóolica”.

⁷⁶ TACRIM AC 69.689 [1973]; 111.669 [1975]; 190.941 [1979].

⁷⁷ TACRIM AC 86.451 [1974]; 73.787 [1973].

⁷⁸ TACRIM AC 114.935 [1975].

⁷⁹ TACRIM AC 291.653 [1983].

⁸⁰ TACRIM AC 111.227 [1975]; 72.609 [1973]; 181.593 [1978].

⁸¹ TACRIM AC 171.973 [1977].

⁸² Demonstrativo o mais recente BIJTR-TJMG 34: “Só o simples fato de estar a pessoa embriagada já evidencia o perigo de dano”.

⁸³ RT 270/502 [1957]. Nesse mesmo sentido o TACRIM AC 86.451 [1974]: “é evidente que, aquele que dirige em estado de embriaguez, coloca em perigo a segurança alheia”.

⁸⁴ RT 299/467 [1960].

profundamente com o passar dos anos, e desenvolve-se a ponto de se aceitar a configuração do ilícito contravencional com a “simples *voluntariedade* do agente, sem que se atente para o dolo ou para a culpa”⁸⁵, conforme se apreciará na sequência.

1.3. A simples “*voluntariedade*”

Sob forte influência do tecnicismo jurídico italiano, e à semelhança do Código Rocco, onde, especialmente no Título VIII, encontram-se numerosas referências à “periculosidade social” e à “pessoa socialmente perigosa”, a Lei de Contravenções Penais arrola no seu artigo 14 diversas hipóteses de estado perigoso “manifesto”⁸⁶, como é o caso, por exemplo, dos condenados por motivo de contravenção cometida em estado de embriaguez pelo álcool, quando habitual a embriaguez. Não é de se estranhar, portanto, que tanto a doutrina⁸⁷, quanto a jurisprudência⁸⁸ tenham abraçado⁸⁹ o entendimento de que o estado de “embriaguez” presume *juris et de jure* a periculosidade do agente à frente de um veículo⁹⁰. Segundo esse entendimento, a mera *voluntariedade* do agente já caracterizaria a contravenção da “direção perigosa em via pública”⁹¹, independentemente da existência ou não de dolo ou imprudência, a teor do que dispõe o retro mencionado artigo 3º da Lei de

⁸⁵ TACRIM AC 77.271 [1974].

⁸⁶ “Art. 14 - Presumem-se perigosos [...] o condenado por motivo de contravenção cometida em estado de embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, quando habitual a embriaguez; [...] o condenado por vadiagem ou mendicância [...]; o reincidente na contravenção prevista no artigo 50 [jogos de azar]; o reincidente na contravenção prevista no artigo 58 [jogo do ‘bicho’]”.

⁸⁷ BENTO DE FARIA, *Das Contravenções Penais*, 1958, p. 120; OLAVO DE OLIVEIRA NETO, *Comentários à Lei das Contravenções Penais*, 1994, p. 135, para citarmos dois exemplos.

⁸⁸ RT 400/297; RT 270/502; RT 301/404; RT 324/318; RT 325/363; RT 351/374; RT 366/212; RT 368/245; RT 371/250; RT 386/247; RT 415/260; RT 420/272; RT 418/283; RT 419/288; RT 423/410; RT 431/395; RT 436/395. Em sentido contrário, RT 525/362 [1979]: “[O] exame de dosagem alcóolica de seu sangue [...] revelou positivo para um caso de embriaguez completa, conforme demonstra o laudo de fls. [...] A questão de estar um motorista com álcool etílico no sangue, de forma tal a configurar-se a embriaguez, por si só não caracteriza a contravenção do art. 34 da lei própria. Como é de sabença vulgar, as pessoas reagem diferentemente aos estímulos alcóolicos, e assim, não basta o simples comprovante técnico da existência da substância euforizante na corrente sanguínea do examinado para que se tenha perfeccionado a figura contravencional em apreço”. Nessa mesma linha, TACRIM AC 151.191 [1977] e RT 416/270 [1970].

⁸⁹ Assim, se no início dos anos 60 um ou outro magistrado ainda discutia o acerto da interpretação “extremada e rigorosa da lei” (RT 322/424 [1961], citando ainda julgados publicados no DJU 28.08.58, p. 2.505 e no DJU 11.09.58, p. 2.764), que considerava perigosa a direção em função da mera transgressão de uma infração de trânsito como a direção em estado de embriaguez, anos mais tarde, raros eram os julgados (RT 369/274 [1964]) que ousavam discordar da exegese, a essa altura já consagrada, de que o simples fato de conduzir veículo embriagado constituía, por si só, a contravenção do artigo 34 do Decreto-Lei nº 3.688/41 (RT 299/467 [1960]).

⁹⁰ Sobre a história e efetividade da criminalização per se da “embriaguez” ao volante vide o artigo de H. LAURENCE ROSS, “The Scandinavian Myth: The Effectiveness of Drinking and Driving Legislation in Sweden and Norway”, *Journal of Legal Studies*, v. 4, n. 2 (jun. 1975), pp. 285-310.

⁹¹ Nesse sentido, imbatível o JUTACRIM 93/85: “Para caracterizar a prática contravencional, basta a *voluntariedade* do agente, não sendo necessária a existência de dolo ou a identificação de proceder culposo”.

Contravenções Penais. O injusto do perigo da contravenção, assim, seria o próprio estado de “embriaguez” do condutor e não uma consequência de seu comportamento⁹², pois conforme essa concepção, as características normalmente atribuídas àquele estado de intoxicação, como, por exemplo, a desorganização física, a confusão mental e a desinibição, representariam, por si só, um perigo a ser evitado⁹³.

Assim, “bastaria” a *voluntariedade* da ação para que fosse atendida a finalidade político-criminal⁹⁴ da punição do agente, cujo comportamento seria reprimido preventivamente em um estado prévio à lesão de um bem jurídico⁹⁵.

Para a realização de um tipo doloso, como, por exemplo, o da contravenção do artigo 34 da Lei de Contravenções Penais, exigir-se-iam o conhecimento da ação e de suas consequências. A ação culpável seria a que demonstra indiferença, desdém, despreocupação com a lesão do bem jurídico penal, que corresponderia à própria vigência da norma. Nesse encadeamento, a pena estatal não seria um produto da mera *voluntariedade*⁹⁶ - *rectius*, causalidade da ação⁹⁸ - nem tampouco do arbítrio dos

⁹² “O perigo à segurança alheia está na própria embriaguez do motorista”, cfr. TACRIM AC 161.363 [1977].

⁹³ Exemplificativos, nesse sentido, os fatalistas TACRIM AC 50.346 [1965]: “A qualquer momento o efeito da mente entorpecida se fará sentir, ocasionando um dano” e RT 508/384 [1978]: “O ato de dirigir em estado de embriaguez, por si só, configura a hipótese do art. 34 da Lei das Contravenções Penais, uma vez que o álcool, ainda quando ingerido em pequenas doses, altera profundamente o comportamento humano, enfraquecendo todo o controle inibitório e prejudicando, de forma sensível, a atenção, a memorização, a automatização e a capacidade de agir prontamente antes do imprevisto”. Com adjetivação distinta, na RT 609/350 [1985]: “[...] ainda que ingerido em pequenas doses, enfraquece o controle inibitório e prejudica de forma sensível a atenção, a memorização e a capacidade de agir prontamente, de improviso, provocando o descontrole absoluto de quem o absorve”.

⁹⁴ MIR PUIG: “Só interessa, pois, o *injusto penal típico*. Mediante este conceito, efetua-se a seleção dos fatos penalmente relevantes. Tal seleção se faz, em primeiro lugar, com base na gravidade e periculosidade do fato antijurídico – o que se denomina quantidade ou grau de injusto do fato –, mas *também em atenção a considerações político-criminais distintas* (de oportunidade ou conveniência da pena), e até independentes do próprio fato.” [*Direito Penal*, 2007, p. 122, ou, *Derecho Penal*, 2008, 5/33, p. 144].

⁹⁵ GUNTHER JAKOBS justifica, desde uma perspectiva funcionalista, que “a relação que deve existir entre a conduta e a materialização do resultado é determinada pelo âmbito de proteção do dispositivo em questão” [*Tratado de Direito Penal*, 2009, p. 484, ou, *Derecho Penal*, 1997, p. 408].

⁹⁶ “A *voluntariedade* não é elemento do dolo, mas um elemento da ação, comum, portanto aos delitos dolosos e culposos. É específico do dolo frente à culpa, portanto, que o sujeito que atua dolosamente *conhece* o significado típico da conduta que realiza voluntariamente, e o sujeito que atua culposamente *desconhece* esse significado em toda a sua dimensão.” [SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*, 2011, p. 607].

⁹⁷ Ou eventualmente sim, se se adotar a concepção de *voluntariedade* de MIR PUIG: “A meu juízo, quem realiza um comportamento humano (voluntário) conhecendo os elementos que o fazem típico, já atua, por si só, com a vontade consciente de que caracteriza o dolo. (...) Basta adicionar à *voluntariedade* geral da ação o conhecimento dos elementos da conduta típica para poder afirmar que se ‘quer’ (ao menos no sentido de que se *aceita*). Isso pode ser interpretado no sentido de que a vontade não é um elemento do dolo, mas do comportamento humano, porém me parece preferível – e em maior conformidade com a tradição – entender que o dolo é a *vontade consciente* resultante da soma do conhecimento e da *voluntariedade* básica de todo comportamento humano, e que o mesmo implica ‘querer’ no sentido, pelo menos, de aceitar. Ainda que somente se adicione à *voluntariedade* geral do comportamento o conhecimento de que se realiza o tipo, o

intervenientes processuais, mas da comunicação social, na medida em que sua imposição teria por fim reforçar seu significado, e, ao mesmo tempo, contradizer, através de sua imposição, a *mensagem transmitida* pelo transgressor de que a norma não teria mais vigência.

1.4. Crítérios judiciais de determinação do estado de “embriaguez”

1.4.1. *TAS de 16 dg/l: a “embriaguez completa” de ALMEIDA JÚNIOR*

Se de acordo com uma significativa parcela da jurisprudência a “embriaguez alcóolica” constituía praticamente um elemento do tipo contravencional de “direção perigosa”, a inexistência, até 1969, de um conceito normativo de embriaguez a partir do qual se pudesse inferir o nível relevante de influência alcóolica para se configurar o “perigo à segurança alheia”⁹⁹ poderia eventualmente sugerir a existência de um obstáculo legal para a aplicação daquela figura às pessoas suspeitas de conduzirem veículos em estado de “embriaguez”¹⁰⁰. Não era, entretanto, o que ocorria. Uma análise das decisões proferidas desde a edição da Lei de Contravenções Penais até aquele ano¹⁰¹, logrou demonstrar que a realização de exames de dosagem alcóolica em amostras sanguíneas dos condutores, nas hipóteses de violação do artigo 34 costumava ser algo corriqueiro¹⁰², e que os critérios de imputação do

objeto do conhecimento converte-se também em objeto da vontade.” [*Direito Penal*, 2007, p. 212, ou, *Derecho Penal*, 2008, 10/73, p. 259].

⁹⁸ “Somente se a determinação dos resultados típicos fosse de caráter naturalista é que a vontade do titular do bem não importaria para a realização do tipo; nesse caso, o consentimento poderia, na melhor das hipóteses justificar. Todavia, essa afirmação desconhece que, nos casos aqui relevantes, o comportamento, de antemão, não frustra expectativas; pois se o comportamento corresponde à vontade do titular do bem, nem por isso um conflito social existente em si (tipo realizado!) é declarado como sendo excepcionalmente tolerável (ou seja, justificado!), mas não se atinge o âmbito do conflitante *somente por causa da vontade, sem considerar os motivos desta*.” [JAKOBS, *Tratado de Direito Penal*, 2009, p. 350, ou, *Derecho Penal*, 1997, 7/112, p. 294].

⁹⁹ Uma decisão de 1952, RT 201/378, afirmava que em face do silêncio da lei, a embriaguez deveria ser entendida como “aquela que, independentemente de seu grau, possa ser percebida por todos de tal forma a não haver qualquer dúvida, e isso pela simples inspeção ocular, “*ictu oculi*”. Tratava-se, no entanto, de uma hipótese relacionada à contravenção prevista no artigo 62 da lei respectiva, que prevê pena de prisão ao que “apresentar-se publicamente em estado de embriaguez, de modo que cause escândalo ou ponha em perigo a segurança própria ou alheia”.

¹⁰⁰ O julgado RT 371/173 [1966] demonstrava preocupação quanto a esse respeito: “não regulamenta a lei o grau de embriaguez em que se deve encontrar alguém para que contra o mesmo se legitimem medida”.

¹⁰¹ A rigor, todas as decisões relacionadas à hipótese publicadas desde a edição da Lei de Contravenções Penais, em 1941, e que foram publicadas na Revista dos Tribunais, de São Paulo, ou na Revista Forense, do Rio de Janeiro, os mais antigos repositórios brasileiros de jurisprudência, editados ininterruptamente desde 1912 e 1904, respectivamente.

¹⁰² Sem que isso ensejasse, como é frequente na atualidade, questionamentos quanto à legalidade das intervenções corporais. Imagino que isso possa ter alguma relação com as estratégias de repressão empreendidas pelo aparato policial do Estado Novo (1933-1945), e pelo período ditatorial (1964-1985), muito embora não tenham sido encontrados elementos para corroborar essa hipótese.

estado de “embriaguez” não eram propriamente frutos da experiência judicial, mas sim um produto do contraste entre técnica (o resultado da dosagem alcóolica) e doutrina (basicamente estudos e leis estrangeiras, indiretamente citadas).

Assim, em que pese seja possível encontrar na jurisprudência um ou outro caso em que a certeza da embriaguez tenha sido aferida exclusivamente por “achar-se [o condutor] com intoxicação alcóolica em grau médio, apresentando-se com posição ereta difícil, loquaz, olhos congestionados e com hálito etílico característico”¹⁰³, mais comuns são as hipóteses em que o diagnóstico advém da conferência entre a taxa de álcool registrada no sangue do condutor suspeito com os índices referidos em uma passagem da obra “*Lições de Medicina Legal*”, de autoria de ANTONIO FERREIRA DE ALMEIDA JÚNIOR, médico e livre-docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, onde se afirmava, a partir de fontes secundárias, que a presença de 12 ou mais decigramas de álcool por litro de sangue exercia *influência*, sem exceção, na habilidade para conduzir veículo a motor, e que uma taxa alcóolica superior a 16 decigramas por litro de sangue “autorizava a falar em embriaguez completa”¹⁰⁴¹⁰⁵.

¹⁰³ “Inegável, portanto, achar-se bêbado”, cf. RT 301/404 [1960].

¹⁰⁴ “No que concerne à habilidade para conduzir veículo a motor (especialmente automóvel), parecem-nos dignas de aceitação as diretrizes admitidas pela Associação Médica Norte-Americana, pelo Conselho de Segurança Nacional dos E.U.A. e pelas leis de vários Estados norte-americanos, à vista dos ensinamentos de prolongada experiência. Os motoristas se dividem, de acordo com essas diretrizes, em três grupos: 1) os que apresentam, no sangue, concentração alcóolica entre 0 a 0,5 por mil [0 a 4 decigramas por litro]; 2) os que apresentam entre 0,5 a 1,5 por mil [4 e 12 decigramas por litro]; 3) os que apresentam 1,5 ou mais por mil [12 decigramas por litro ou mais]. Os do primeiro grupo (0 a 0,5 por mil) são considerados sóbrios, isentos de qualquer acusação referente ao uso do álcool. Os do segundo grupo (0,5 a 1,5 por mil) são considerados, ou não, sob a influência do álcool, conforme os sintomas apresentados. Nos do terceiro grupo (1,5 ou mais, por mil) a influência do álcool é afirmada, sem exceção. Alguns investigadores julgam que o limite inferior (1,5) deve ser reduzido a 1,0 [8 decigramas por litro], pois com essa concentração já é mais ou menos geral a perturbação dos condutores de veículos. Na grande maioria dos indivíduos, a concentração alcóolica superior a 3 por mil [24 decigramas por litro] acarreta incapacidade total para guiar. [...] Se a taxa alcóolica é superior a 2 por mil [16 decigramas por litro], corresponde a fenômenos de ataxia, de confusão mental e de amoralidade, que autorizam, pois, a falar-se em *embriaguez completa*” [ALMEIDA JÚNIOR, *Lições de Medicina Legal*, 1998, pp. 516-517, nosso o destaque].

¹⁰⁵ No original, os valores são apresentados em centímetros cúbicos, mas no intuito de facilitar a comparação entre as diferentes taxas de alcoolemia que viriam a ser adotadas no Brasil, foram convertidos aqui para decigramas por litro – que é o padrão mais aceito na atualidade. O critério de conversão foi colhido da conjugação das obras MARANHÃO, Odon Ramos. *Curso Básico de Medicina Legal*. São Paulo: Malheiros, 8ª ed., 1997, p. 393, para expressar 1.000g em litros, e, FERREIRA, Arnaldo Amado, *Da Técnica Médico Legal na Investigação Forense*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962, p. 401, para expressar cm³ em gramas. Ainda assim, procedemos a arredondamento, segundo o qual 1,0 cm³ de álcool correspondeu a 8,0 dg de álcool por litro de sangue, quando o mais preciso seriam 7,4 dg. O mesmo critério de uniformização foi adotado para os julgados, e, ainda, para os textos legislativos que regulam a matéria em outros países. Valendo, nesse passo, destacar que a notação americana (por exemplo, 0,05%), a notação britânica (no caso, 50mg/100ml) e a notação brasileira (agora, 5dg/l de álcool no sangue) possuem correlação direta, conforme indicado, bastando a correção das casas decimais.

Embora o texto não fizesse referência à incapacitação do condutor, mas à sua “habilitação para dirigir veículo”, e, por outro lado, só afirmasse a “embriaguez” em termos oblíquos¹⁰⁶, é com base nele que se estabelece pela primeira vez no Brasil um critério razoavelmente objetivo para a imputação daquele estado de intoxicação a uma pessoa, o que fez com que as punições por violação ao artigo 34 da Lei de Contravenções Penais, passassem a ser aplicadas apenas àqueles condutores portadores de uma taxa de alcoolemia igual ou superior a 16 decigramas por litro de álcool no sangue - o que, segundo demonstram os julgados da época, parece efetivamente ter ocorrido até 1975¹⁰⁷.

¹⁰⁶ “A palavra embriaguez será usada para significar que o indivíduo está de tal forma influenciado pelo álcool, que perdeu o governo de suas faculdades ao ponto de tornar-se incapaz de executar com prudência o trabalho a que se consagra no momento”, citando definição da Associação Médica Britânica [ALMEIDA JÚNIOR, *Lições de Medicina Legal*, 1998, p. 512].

¹⁰⁷ RT 270/502 [1957]: “o exame para a verificação da dosagem alcóolica revelou que o imputado apresentava 23 decigramas de álcool por litro de sangue, uma percentagem que indicava de acordo com os estudos existentes a respeito estado de embriaguez no momento da retirada do sangue”; RT 291/581 [1959]: “a dosagem alcóolica confirmou ‘in totum’ o exame clínico, revelando a percentagem de 17 decigramas de álcool por litro de sangue”; RT 297/439 [1960]: “a dosagem alcóolica constatou o seguinte resultado: 26 decigramas de álcool por litro de sangue, o que vale dizer, embriaguez completa”; RT 324/318 [1961]: “segundo se vê do laudo de fls. elaborado pelos toxicologistas do Serviço Médico Legal do Estado, o réu estava embriagado quando seu sangue foi submetido a exame (cada litro de seu sangue continha 22 decigramas de álcool absoluto)”; RT 325/363 [1961]: “houve laudos positivos quanto ao estado de embriaguez e dosagem alcóolica”; RT 349/257 [1963]: “na hipótese, o laudo de exame de dosagem alcóolica acusou a presença de 22 decigramas de álcool etílico por litro de sangue, “e com essa percentagem o estado é de embriaguez”; RT 244[1965]: “o exame de dosagem alcóolica feito na pessoa do apelante constatou a existência de 19 decigramas de álcool etílico por litro de sangue. E quem se encontra em tais condições não deve dirigir um automóvel em locais movimentados”; RT 387/252 [1967]: “detido, foi submetido a exame de dosagem alcóolica no sangue, com vistas a um diagnóstico de embriaguez sendo obtido o resultado de 32 decigramas de álcool etílico por litro de sangue, o que evidencia o estado de embriaguez completa segundo a opinião dos mestres tal como professor Almeida Júnior”; RT 412/299 [1969]: “submetido à dosagem alcóolica, verificou-se que trazia no sangue 22 decigramas de álcool [...] estava dirigindo em estado de embriaguez e isso ficou provado”; RT 420/272 [1970]: “Acontece, porém, que a colisão ocorreu porque o apelante estava completamente embriagado, como concluíram os senhores peritos no laudo de exame de dosagem alcóolica. Essa conclusão afina-se com o ensinamento do festejado Almeida Júnior; é que o apelante apresentava 32 dg de álcool etílico por litro de sangue”; RT 436/395 [1971]: “A ebriedade do réu foi verificada também pelo exame de dosagem alcóolica que revelou 25 decigramas de álcool etílico por litro de sangue. Como preleciona Almeida Júnior ‘se a taxa alcóolica é superior a 16 por litro, corresponde a fenômenos de taxia, de confusão mental e de amoralidade, e autorizam a falar-se em embriaguez completa’”; RT 440/415 [1972]: “Por outro lado, positivo foi o exame de dosagem alcóolica a que foi o recorrente submetido, revelando 19 decigramas de álcool etílico por litro de sangue. E, segundo o ensinamento do Prof. Almeida Júnior...”; TACRIM AC 69.689 [1973]: “Não há negar a embriaguez na espécie. Afirmou-o o laudo e o MM. Juiz a admite. Apresentava o sangue examinado a taxa de 24 dg por litro. Ora, segundo os ensinamentos de Almeida Júnior...”; RT 454/407 [1973]: “Submetido a exame de dosagem alcóolica, apurou-se que apresentava 19 dg de álcool etílico por litro de sangue, porcentagem que, de acordo com os estudos existentes a respeito, indica estado de embriaguez no momento da retirada do sangue”; TACRIM AC 89.913 [1974]: “Após o evento, verificou-se que ele estava com 12 dg de álcool por litro de sangue. E isso, evidentemente, é o quanto basta à afirmativa da influência do álcool no seu sistema mental e volitivo. Com efeito. Segundo escreve Almeida Júnior...”; TACRIM AC 111.227 [1975]: “O laudo de fls. comprovou seu estado de embriaguez, ao consignar que estava ele com 16 dg de álcool etílico por litro de sangue”; TACRIM AC 103.115 [1975]: “Na ocasião, pelo que se colhe do laudo de exame de dosagem alcóolica de fls. estava ele com 19 dg de álcool etílico por litro de sangue e, roborando a afirmativa dos peritos, de que o seu estado era de embriaguez, escreve Almeida Júnior que...”.

1.4.2. TAS de 8 dg/l: a Resolução nº 413, de 21 de janeiro de 1969

Com ares de preleção, a ementa de um julgado de 1963 alertava para o “sério perigo” que um motorista cuja alcoolemia atingisse ou excedesse 8 decigramas por litro representava para a segurança do trânsito. Segundo consta ali, “a partir dessa percentagem, a diminuição da atenção, a supressão da prudência e da firmeza são as causas de muitos desastres”¹⁰⁸. Em que pese o caso dissesse respeito a um motorista que havia sido condenado por ter sido flagrado com concentração alcóolica bastante superior aos 8 decigramas por litro de sangue mencionados na decisão, a menção a essa taxa prestigiava um novo padrão de diagnóstico médico do estado de “embriaguez”, enunciado em uma passagem da então recém-lançada obra “*Da Técnica Médico Legal na Investigação Forense*”¹⁰⁹, de autoria de ARNALDO AMADO FERREIRA, colega de cátedra de ALMEIDA JÚNIOR na Universidade de São Paulo, que, com base em um estudo realizado pelo francês CAMILLE SIMONIN¹¹⁰, estipulava índices mais rigorosos para aferir-se a presença de álcool etílico no organismo¹¹¹. De acordo com as preleções de FERREIRA, “um automobilista cuja alcoolemia [atingisse] ou [excedesse] de 10 decigramas por litro, [representaria] sério perigo para a segurança do trânsito”¹¹². Em verdade, estudos pioneiros para a época¹¹³ indicavam que a presença de uma concentração igual ou superior a 8 decigramas de álcool por litro de sangue no organismo de um motorista incrementava, mais do que qualquer outro valor absoluto, a possibilidade de que ele viesse a se envolver em um acidente de trânsito¹¹⁴. A divulgação dessas descobertas levou à percepção de que era preciso impor,

¹⁰⁸ O imputado, no caso, portava em cada litro de seu sangue 22 decigramas de álcool - RT349/257 [1963].

¹⁰⁹ ARNALDO AMADO FERREIRA, *Da Técnica Médico Legal na Investigação Forense*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962, p. 401.

¹¹⁰ Também citado por MIGUEL REALE JÚNIOR, “Crime de embriaguez ao volante”, *Revista de Direito Penal*, nº 06, abril-junho 1972, pp. 82-83.

¹¹¹ As taxas médias seriam as seguintes: (a) no limiar da intoxicação aparente: 0,5 a 1,5 cm³/1.000 cm³ ou 0,37 a 1,12g por 1.000g ou 4 a 12 dg por litro; (b) durante o primeiro período (ebriedade): 1 a 2 cm³ por 1.000 cm³ ou 0,75 a 1,5g por 1.000g ou 12 a 16 dg por litro; (c) durante o segundo período (embriaguez): de 2 a 4 cm³ por 1.000 cm³ ou 1,5 a 3g por 1.000g ou de 16 a 32 dg por litro; (d) durante o coma: 4 a 5 cm³ por 1.000 cm³ ou 3 a 3,76g por 1.000g ou 32 a 40 dg por litro; (e) dose mortal: de 4 a 6 cm³ por 1.000 cm³ ou 3 a 4,5g por 1.000g ou 32 a 48 dg por litro. [FERREIRA, *Da Técnica Médico Legal na Investigação Forense*, 1962, p. 401].

¹¹² idem., p. 401. No mesmo sentido, TACRIM AC 169.241 [1977]: “Segundo estudos realizados por doutos na matéria, as taxas de 8 a 12 de álcool etílico por litro de sangue já revelam o estado de embriaguez, passível de provocar acidentes de trânsito”.

¹¹³ Em particular o “clássico trabalho experimental” do sueco LEONARD GOLDBERG, “Quantitative Studies of Alcohol Tolerance in Man”, *Acta Physiologica Scandinavica*, v. 5, 1943, citado por H. LAURENCE ROSS, “Law, Science, and Accidents: The British Road Safety Act of 1967”, *The Journal of Legal Studies*, v. 2, n. 1, 1973, p. 6.

¹¹⁴ Também o famoso estudo dos acidentes de trânsito na cidade de Grand Rapids, Michigan, EUA, conduzido por ROBERT F. BORKENSTEIN, no início dos anos 1960, na Indiana University, que expressamente

em todo o mundo, legislações mais severas a fim de se reduzir o nível de alcoolemia tolerado no âmbito da circulação viária. Na Grã-Bretanha, por exemplo, uma taxa de leniência de exatos 8 decigramas de álcool por litro de sangue passou a figurar no texto do inovador “*Road Traffic Act*” de 1967, mesmo índice que já era previsto pela legislação sueca¹¹⁵ até 1957, uma das primeiras a criminalizar o excesso de alcoolemia em condutores de veículos.

Esse o panorama, o Conselho Nacional de Trânsito brasileiro estabeleceu, no artigo 1º da Resolução nº 413, de 21 de janeiro de 1969, que a concentração de 8 decigramas de álcool por litro de sangue ou superior, constituía prova de que o condutor de veículo se achava “sob a influência do estado de embriaguez alcóolica”. A jurisprudência brasileira, entretanto, parece não ter se impressionado com essa nova orientação, posto que muito raramente se vê nas decisões daquela época, referências expressas ao texto daquele instrumento normativo¹¹⁶, o que, eventualmente, pode ter explicação na existência de uma brecha no parágrafo único do artigo 1º daquele instrumento resolutivo, permitindo fosse presumida a embriaguez através de “outros meios”, como, por exemplo, o até então pouco conhecido teste com aparelho de ar alveolar (etilômetro)¹¹⁷. A vagueza da expressão, como

reportou: “*Blood alcohol levels over 0.04% are definitely associated with an increased accident involvement. The probability of accident involvement increases rapidly at alcohol levels over 0.08% and becomes extremely high at levels above 0.15%. When drivers with blood alcohol levels over 0.08% have accidents, they tend to have more single vehicle accidents, more severe (in terms of injury and damage) accidents, and more expensive accidents than similar sober drivers. Blood alcohol levels 0.04% and below apparently are not inconsistent with traffic safety*” [H. LAURENCE ROSS, “Law, Science, and Accidents: The British Road Safety Act of 1967”, *The Journal of Legal Studies*, v. 2, n. 1, 1973, p. 7].

¹¹⁵ H. LAURENCE ROSS, “The Scandinavian Myth: The Effectiveness of Drinking and Driving Legislation in Sweden and Norway”, *Journal of Legal Studies*, v. 4, n. 2, 1975, p. 287.

¹¹⁶ Exceções seriam o TACRIM AC 77.271 [1974]: “Enquanto a Resolução nº 413/69 do CNT estabelece a concentração de 8 decigramas de álcool por litro de sangue para constituir prova de que o condutor de veículo se acha sob influência do estado de embriaguez alcóolica, o acusado tinha em seu sangue quantidade muito maior, evidenciando claramente o estado etílico”; TACRIM AC 75.805 [1974]: “Comete a contravenção do art. 34 do Estatuto Especial o motorista que pilota automotor em estado de concentração etílica sanguínea superior à porcentagem fixada pelo CNT, na Res. n. 413, de 21. 1.1969. Irrelevante à configuração do tipo contravencional a existência ou não de culpa ou dolo por parte do agente, porque em se tratando de infração de perigo, a simples voluntariedade da ação ou omissão basta ao reconhecimento da conduta ilícita”; TACRIM AC 111.669 [1975]: “A Resolução n. 413, de 21.1.1969, do CNT, estabelece que a concentração de 8 dg de álcool por litro de sangue constitui prova de que o condutor do veículo se acha sob a influência do estado de embriaguez alcóolica. No caso presente, bem superior é a concentração, de sorte que não há como não se considerar configurada a contravenção”. Absolutamente atípico o RT 477/281 [1969]: “Nada obstante ter sido acusado pelo exame de dosagem alcóolica certa quantidade de álcool no sangue, não há prova de que este se achasse embriagado” entre o exame de dosagem alcóolica que acusou a presença de 15 decigramas de álcool por litro de sangue, concluindo que o acusado se achava em estado de embriaguez e aprova testemunhal, afirmando não estar o mesmo alcoolizado, deve prevalecer para o fim de ser o réu absolvido a testemunhal”.

¹¹⁷ Nesse sentido, o ilustrativo TJDF 3958 [1969], afirmando que “não é condição necessária o estado clínico de embriaguez [...]. O “psiquismo algo exaltado” pela ingestão de bebidas alcóolicas [...] são bastantes para a reforma da sentença absolutória”.

é de observar, desprestigiava a função da norma, permeando de subjetivismo o critério de objetividade inserto no preceito antecedente.

1.4.3. “Outros meios”: etilômetro, exame clínico ou prova testemunhal

Com a edição da Resolução nº 476, de 20 de junho de 1974¹¹⁸, o Conselho Nacional de Trânsito procurou relativizar o excesso subjetivo presente na Resolução nº 413, mantendo a presunção de embriaguez no patamar de 8 decigramas de álcool por litro de sangue, mas estipulando, diferentemente do que fazia sua antecessora, a possibilidade de que aquele estado de intoxicação alcóolica também pudesse ser “verificado” por exame clínico conclusivo¹¹⁹, firmado pelo médico que o tivesse realizado. Essa disposição foi aperfeiçoada pela Resolução nº 737, de 10 de dezembro de 1989¹²⁰, daquele mesmo órgão, ao equiparar o teor de 8 decigramas de álcool por litro de sangue estabelecido nas resoluções anteriores à concentração de 4 miligramas de álcool expirado por litro de ar dos pulmões, sempre que o etilômetro viesse a ser utilizado para a constatação do estado de embriaguez, circunstância que, segundo a resolução, também poderia ser obtida por “quaisquer meios técnico-científicos” que pudessem certificar teor alcóolico, o que parecia sugerir não ser idônea a produção da prova testemunhal quando fosse voltada para aquele fim¹²¹.

¹¹⁸ RT 530/361 [1979]: “Manifesto o estado de embriaguez, uma vez que a quantidade de álcool encontrada por litro de sangue retirado do apelante [18 dg/l], conduz à nítida conclusão a que chegou o laudo pericial, pois a simples concentração de 8 dg de álcool por litro de sangue, ou superior, já constitui prova de que o condutor do veículo se acha sob a influência do estado de embriaguez alcóolica (Res. 476/74, do CNT)”. RT 539/305 [1980]: “Segundo a Res. 476/74, do CONTRAN, a concentração de menos de 0,8g de álcool por litro de sangue não constitui prova de que o condutor do veículo se acha sob influência do estado de embriaguez alcóolica”.

¹¹⁹ Apontado como uma das modalidades idôneas para o diagnóstico da embriaguez, na obra de ALMEIDA JÚNIOR, *Lições de Medicina Legal*, 1998, p. 515.

¹²⁰ “Art. 1º As autoridades de trânsito ou os seus agentes, quando em campanha educativa para a segurança do trânsito, ou em outras quaisquer atividades rotineiras de fiscalização de trânsito, que visem ao cumprimento da legislação respectiva, coibir abusos ou evitar acidentes, *poderão* submeter os condutores de veículos automotores ao teste do aparelho de ar alveolar (bafômetro) ou a *outros quaisquer meios técnico-científicos*, particularmente a *exame médico*, que possam comprovar o teor alcóolico no sangue ou no ar expelido pelos pulmões. / *Parágrafo único*. Quando houver acidentes de trânsito com vítimas, a autoridade policial deve, obrigatoriamente, submeter os motoristas envolvidos à dosagem de embriaguez alcóolica. / Art. 2º Fica estabelecido que a concentração de oito decigramas de álcool por litro de sangue, ou de 0,4 mg por litro de ar expelido dos pulmões, comprovam que o condutor de veículo se acha sob a influência do estado de embriaguez alcóolica. / *Parágrafo único*. O teste com o aparelho sensor de ar alveolar (bafômetro) o exame clínico, com laudo conclusivo e firmado pelo médico examinador ou outros quaisquer meios técnico-científicos que possam certificar o teor alcóolico *constituirão provas para todo e qualquer efeito*.”

¹²¹ “A observação comum (testemunhas, policiais) baseia-se geralmente nas perturbações do equilíbrio, no hálito alcóolico, na disartria, na confusão mental. Qualquer desses elementos pode induzir em erro”. Palavras do festejado ALMEIDA JÚNIOR, *Lições de Medicina Legal*, 1998, p. 513.

Ora, sendo desnecessária, na prática, a caracterização normativa daquele estado de intoxicação¹²², a jurisprudência passou a prescindir da utilização de critérios técnico-científicos¹²³ para diagnosticar judicialmente a “embriaguez” em condutores suspeitos de incidir nas penas do artigo 34 da Lei de Contravenções Penais, contentando-se, naquelas hipóteses, com a mera realização do exame clínico conclusivo¹²⁴, ou simplesmente com o testemunho¹²⁵, que, conforme visto, sequer tinha sido contemplado pelo Conselho Nacional de Trânsito como um meio de prova adequado para a verificação daquele estado de intoxicação. Essa permissividade também começou a se fazer notar com uma incômoda habitualidade em julgados que reprovavam ações que nitidamente escapavam ao controle do agente, já que “o álcool, *mesmo em doses pequenas*, altera a percepção, libera os freios

¹²² Uma tendência que se revelou com o passar dos anos. Confira-se, a esse respeito, RT 419/288 [1970]: “De outra parte, a dosagem alcoólica não é condição “sine qua non” para o diagnóstico da embriaguez, que, segundo o ensinamento de Almeida Júnior, pode ser feito pela observação comum, isto é, pelo depoimento de testemunhas”; TACRIM AC 179.239 [1978]: “Neste Tribunal já se tem dito que o exame de dosagem alcoólica não é a única prova que se admite para averiguação de embriaguez contravencional ou de estado de embriaguez em direção de veículo; podendo tal exame ser suprido por averiguação clínica ou por idôneos elementos testemunhais”; RT 543/381 [1979]: “O exame de dosagem alcoólica não é o único meio hábil para o diagnóstico da embriaguez. O exame clínico para a sua verificação também o é, notadamente quando ela é percebida pelo cheiro que exala do réu”.

¹²³ Em que pese isso não ter deixado de acontecer. Assim, por exemplo, TACRIM AC 171.973 [1977]: “Preso o apelante, mediante exame de dosagem alcoólica, constatou-se que o mesmo dirigia completamente embriagado, o que é suficiente para caracterizar a contravenção de direção perigosa de veículo em via pública”; TACRIM AC 164.439 [1977]: “Entre 12 e 24 dg de álcool etílico por litro de sangue, é certo o estado de embriaguez [...] e o simples fato do motorista dirigir embriagado configura a contravenção do art. 34 da lei especial”; TACRIM AC 181.593 [1978]: “É inegável a prática de contravenção do art. 34 da lei especial quando o exame pericial revela 12 dg de álcool etílico por litro de sangue. A embriaguez do motorista revela, por si só, a direção perigosa de veículo”. Contra: TACRIM AC 113.751 [1975]: “Embora se admita o exame de dosagem alcoólica para a verificação da embriaguez, mister se faz haja dela prova concludente nos autos. Ora, o exame clínico de fls. por si só não é bastante. Os sintomas ali apontados e que serviram de base para a afirmação da embriaguez são muito genéricos”.

¹²⁴ RT 543/381 [1979]: “O exame de dosagem alcoólica não é o único meio hábil para o diagnóstico da embriaguez. O exame clínico para a sua verificação também o é, notadamente quando ela é percebida pelo cheiro que exala do réu”.

¹²⁵ TACRIM AC 179.239 [1978]: “Neste Tribunal já se tem dito que o exame de dosagem alcoólica não é a única prova que se admite para averiguação de embriaguez contravencional ou de estado de embriaguez em direção de veículo; podendo tal exame ser suprido por averiguação clínica ou por idôneos elementos testemunhais”; RT 698/361 [1992]: “O exame de dosagem alcoólica é complementar. Aliás, em alguns casos de pouca valia, pois é sabido que uns podem suportar maior ingestão etílica que outros; vale dizer, determinada quantidade de bebida, ainda que comumente tida por excessiva, nada representa para determinado grupo de pessoas, especialmente quando afeitas à mesma, mediante a experiência adquirida pelo hábito reiterado de beber. Reclama-se, por isso, para o aperfeiçoamento da contravenção em tela, a prova eficaz, tirada de testemunhas aqui suficientemente presentes conforme apontado, com dispensa do teor alcoólico, de se encontrar o motorista com os reflexos inibidos em função de seu estado etílico. A recusa, todavia, em não fornecer o inepado sangue para a dosagem não pode deixar de firmar a convicção do acerto do exame clínico e do contado pelas pessoas que presenciaram a detenção do contaventor”. Contra: RT 548/336 [1981]: “A opinião de testemunhas de que o réu aparentava estar embriagado na direção de seu veículo, não é o bastante para comprovar a contravenção do art. 34. A embriaguez necessita ser afirmada pericialmente”.

inibitórios e contribui para comprometer o discernimento do motorista”¹²⁶; que se satisfaziam com condutas, que, “per se”, não se mostravam perigosas, mas que poderiam se revelar perigosas caso também viessem a ser praticadas por outras pessoas, na medida em que “a embriaguez [...] induz à prática contravençional da direção perigosa”¹²⁷; que condenavam comportamentos que, mesmo sem lesionar diretamente o bem tutelado, podiam, eventualmente, criar um risco para que o próprio agente ou terceiros viessem a praticar uma ação lesiva,”; ou que valoravam a periculosidade estatística *ex ante*¹²⁸.

2. O artigo 289 do Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969 (“dirigir em estado de embriaguez por bebida alcóolica”)

O Código Penal brasileiro de 1969 (Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969), foi um diploma legislativo que, depois de promulgado, teve a data inicial de sua vigência postergada “sine die”, inicialmente pela Lei nº 6.063, de 27 de junho de 1974 e posteriormente pela Lei nº 6.068, de 21 de outubro de 1976, sem que, no entanto, jamais chegasse a entrar em vigor, já que acabou sendo revogado pela Lei nº 6.578, de 11 de outubro de 1978. Apesar de seu inusitado desfecho, o Código de 1969 propiciou ricos debates doutrinários durante os inacreditáveis nove anos de *vacatio legis* a que foi submetido, que acabaram influenciando, inegavelmente, as futuras concepções legislativas do país na esfera penal, principalmente no que diz respeito aos “crimes contra a segurança dos meios de transporte”, cujo tratamento foi merecedor, naquele estatuto repressivo, de um capítulo próprio^{129 130 131}.

¹²⁶ TACRIM AC 1074579/8.

¹²⁷ TJDF 51470

¹²⁸ TACRIM AC 130.027 [1976]: “O que se verifica dos autos é que o réu, quando examinado, apresentava 16 dg de álcool etílico por litro de sangue, o que justificava um caso de embriaguez. Ora, demonstram as estatísticas que o condutor de um veículo fica inteiramente incapacitado quando o seu estado alcóolico é superior a 12 por litro de sangue, afirmando-se em outro julgado que ‘um motorista cuja alcoolemia atinja ou exceda 8 dg por litro representa sério perigo para a segurança do trânsito. A partir dessa percentagem a diminuição da atenção, a supressão da prudência e da firmeza são as causas de muitos desastres”.

¹²⁹ cf. Parte Especial, Título VIII – Dos crimes contra a incolumidade pública, Capítulo II – Dos crimes contra a segurança dos meios de transporte e comunicações e outros serviços públicos. Curiosamente, no entanto, os crimes de “embriaguez ao volante” (art. 287) e “Perigo resultante de violação de regra de trânsito” (art. 288) estavam incluídos no Capítulo I – Dos Crimes de perigo comum, nesse mesmo título. [PIERANGELI, *Códigos Penais do Brasil*, 2001, pp. 594-598].

¹³⁰ Ver ainda a sua Exposição de Motivos, *verbis*: “A embriaguez ao volante, por criar perigo a um número ilimitado de pessoas, na via pública, é também erigida a crime. A violação de regra de trânsito, quando expõe a incolumidade de outrem a *perigo efetivo* e grave, constitui igualmente crime. O art. 291, como delito, causar, na direção de veículo motorizado, ainda que sem culpa, acidente de trânsito, de que resulte dano pessoal, e, em seguida, afastar-se do local, sem prestar socorro à vítima que dele necessite. Para a

Ao passo em que a jurisprudência chegava a exortar em alguns casos que o Código Penal entrasse logo em vigor a fim de que se tornasse logo possível a aplicação do novel artigo 289, a reação da doutrina à inovação legislativa, ao contrário, foi bastante cética. A estrutura típica do artigo 289 do Código, que punia a conduta de “dirigir veículo motorizado na via pública, encontrando-se em estado de embriaguez por bebida alcohólica ou qualquer outro inebriante”, foi objeto de severas críticas pela doutrina, que não economizou palavras à presunção de periculosidade inerente à situação de dirigir embriagado (“não nos parece correta”)¹³², à inexistência de uma taxa de alcoolemia (e não uma presunção, que já havia sido estabelecida pela Resolução nº 413, de 21 de janeiro de 1969) no próprio dispositivo (“nenhuma incriminação pode ter êxito”)¹³³, e até mesmo à sua sanção patrimonial (“ridícula”)¹³⁴, ainda que de forma claramente discordante.

Assim, se para determinado estudo “a experiência [demonstrava] que as normas que definem crimes de perigo concreto, quando não aliadas a situação de dano (...), raramente

configuração do delito, não basta causar o acidente, pois tal fato pode ser mesmo penalmente irrelevante; é indispensável que o agente deixe o local sem prestar socorro à vítima que sofreu dano pessoal. Este fato poderia ser capitulado entre os crimes contra a administração da justiça, pois dificulta sensivelmente a prova da autoria. A Comissão de Revisão final preferiu, entretanto, colocá-lo entre os crimes contra a incolumidade pública, sob a ponderação de que a vida humana deveria merecer prioridade na tutela penal.” [PIERANGELI, *Códigos Penais do Brasil*, 2001, pp. 527-528].

¹³¹ A Lei nº 6.016, de 31 de dezembro de 1973, entretanto, suprimiu esse controverso crime de “Fuga do local do acidente, com abandono da vítima” e reenumerou os crimes previstos nos arts. 288 a 290 para arts. 286 a 288, respectivamente. A partir de 07.03.1974, portanto, com a republicação do texto do Código Penal de 1969 no Diário Oficial, a “embriaguez ao volante” deixou o art. 289 e passou ao art. 287, sem qualquer alteração em sua redação.

¹³² “Não nos parece correta a extensão de repressão penal à situação “estado de embriaguez ao volante”, independentemente da ocorrência efetiva do perigo. Segundo o novo código, dirigir embriagado constitui uma situação qualificada como perigosa, malgrado inócua qualquer perigo efetivo. Para o legislador a periculosidade é inerente à situação de dirigir embriagado, pois é presumida como própria da situação. (...) O perigo abstrato, como já analisamos, é uma presunção do legislador fundado no que reiteradamente é revelado pela experiência e pela ciência. A experiência e a ciência não determinam quando ocorre a embriaguez normal, nem quais os sintomas próprios aos diferentes estágios; a experiência por outro lado, demonstra que são inúmeros os fatores determinantes de situações perigosas ao volante, além de embriaguez, sendo forçoso concluir, portanto, que o princípio do *quod plerumque accidit*, que preside à elaboração dos tipos de perigo abstrato, não pode fundamentar a construção do crime de embriaguez ao volante como de perigo abstrato.” [MIGUEL REALE JÚNIOR, “Crime de embriaguez ao volante”, *Revista de Direito Penal*, nº 06, abril-junho 1972, pp. 86 e-88].

¹³³ “Nenhuma incriminação da embriaguez ao volante pode ter êxito se a lei não contiver disposições a respeito do exame destinado a constatar o estado da intoxicação. Por isso mesmo a previsão do fato no art. 289 do Código Penal de 1969 não terá maiores consequências.” [HELENO CLÁUDIO FRAGOSO (relator). “Os ilícitos penais do trânsito e sua repressão”, *Revista de Direito Penal*, nº 7/8, julho-dezembro 1972, p. 29].

¹³⁴ “O Código Penal de 1969 previu também o crime de embriaguez ao volante (art. 289), como crime de perigo presumido, sem fixar taxa de alcoolemia, cominando ridícula pena patrimonial (dez a quarenta dias-multa). [FRAGOSO. “Os ilícitos penais do trânsito e sua repressão”, *Revista de Direito Penal*, nº 7/8, julho-dezembro 1972, p. 15].

são aplicadas, em face da dificuldade em comprovar a ocorrência do perigo”¹³⁵, em outro pareceu “incongruente que o legislador [tivesse elegido] a embriaguez [...] como crime de perigo abstrato [...] quando em relação às causas imediatas dos acidentes, quais sejam, o desrespeito às normas de trânsito, exija para a sua configuração delituosa a ocorrência de [...] perigo concreto”¹³⁶.

Não havia consenso, ainda, quanto a fixar, ou não, um índice de tolerância alcóolica, embora a Resolução nº 413 presumisse a embriaguez diante da constatação de 8 decigramas de álcool por litro de sangue do condutor, conforme vimos anteriormente. De todo modo, argumentava-se agora em favor de sua implementação no próprio texto legal, sob o fundamento de que “a maioria das legislações modernas [havia evoluído] no sentido da fixação legal dos limites”¹³⁷, uma vez que a “conclusão geral das inúmeras experiências realizadas”¹³⁸ [demonstrou] que uma concentração alcóolica de 10 dg/l é perigosa para

¹³⁵ “A experiência demonstrou que as normas que definem crimes de perigo concreto, quando não aliadas a situação de dano (como ocorre no incêndio, ou no caso de acidente de trânsito apenas com dano patrimonial grave), raramente são aplicadas, em face da dificuldade em comprovar a ocorrência do perigo. É o caso, por exemplo, do crime previsto no art. 132 do Código Penal vigente, e da contravenção prevista no art. 34 da Lei das Contravenções Penais. A previsão dos crimes de perigo destina-se precisamente a impedir o dano. Se a aplicação dessas normas depende da ocorrência de um dano, é manifesta a sua inutilidade. Por isso mesmo, as leis penais modernas, ao lado das disposições genéricas que incriminam a efetiva causação de perigo ao trânsito, prevêm diversas situações em que o perigo se presume.” [FRAGOSO, “Os ilícitos penais do trânsito e sua repressão”, *Revista de Direito Penal*, nº 7/8, julho-dezembro 1972, p. 15]. Como se vê, o autor citado deixa subentender que apesar de expressar uma posição contrária àquela adotada majoritariamente pela jurisprudência para a hipótese daquela infração contravencional, defendia, de modo geral, a estruturação típica dos delitos de perigo abstrato como a melhor alternativa para a repressão dos ilícitos praticados na circulação de veículos.

¹³⁶ “O novo Código criou, além do tipo que estamos analisando [embriaguez ao volante], outro (art. 290) qual seja a violação de regra de trânsito, ‘expondo a grave perigo a incolumidade de outrem’. Para a configuração típica deste novo delito exige-se a efetividade de um perigo à incolumidade de outrem. Desta maneira, não apenas as ações realizadas, na direção de veículos, sem o devido cuidado objetivo e que tenham causado resultado danoso a alguém, são penalmente relevantes, mas também aquelas que, efetuadas do mesmo modo, tenham tão somente criado grave perigo à incolumidade de outrem. Parece-nos incongruente que o legislador eleja a embriaguez, uma das causas dos acidentes, causa hoje de menor importância diante dos outros fatores que influem na ocorrência de desastres, como de perigo abstrato, com risco à liberdade individual, quando em relação às causas imediatas dos acidentes, quais sejam o desrespeito às normas de trânsito, exija para a sua configuração delituosa a ocorrência de grave perigo e logo perigo concreto. [...] É pelos motivos todos aduzidos que se impõe a supressão do art. 289 e não apenas porque a direção de veículo em estado de embriaguez configure o crime do art. 290, visto que para a adequação típica é indispensável haver grave perigo. A embriaguez ao volante deve, a nosso ver, constituir circunstância qualificadora ou, então, causa de aumento de pena do crime de desrespeito à regra de trânsito estatuído pelo citado art. 290. Havendo este desrespeito, dele derivado grave perigo à incolumidade de outrem e estando o motorista embriagado, este seu estado deve constituir circunstância qualificadora, e não uma figura típica autônoma.” [REALE JÚNIOR, “Crime de embriaguez ao volante”, *Revista de Direito Penal*, nº 06, abril-junho 1972, pp. 87-88].

¹³⁷ FRAGOSO, “Os ilícitos penais do trânsito e sua repressão”, *Revista de Direito Penal*, nº 7/8, julho-dezembro 1972, p. 28.

¹³⁸ No original, páginas 27 e 28, a Comissão da OAB faz uso dos dados dos seguintes estudos para dar apoio ao seu ponto de vista: MEYBOOM, “Alcohol and Traffic”, *Excerpta Criminologica* 4/430; BORKENSTEIN, “Der trikende Fahrer und die Verkehrsunfälle” 78/84 [1965]; DEQUEKER, “Alcohol and Traffic Safety”, *Excerpta Criminologica*, vol. 8, 1/33; MAXWELL, “Drinking and Driving”, *Canadian Bar Journal*, 1966, p.

qualquer pessoa, mesmo o motorista mais resistente, e que uma concentração de 5 dg/l constitui fator importante nos casos de acidentes”¹³⁹, a ponto da Organização Mundial de Saúde ter fixado, naqueles valores, a máxima alcoolemia tolerável, para que se possa “presumir o perigo”¹⁴⁰.

De outra sorte, questionava-se se esse perigo “*quod plerumque accidit*”, e que, portanto, deveria exprimir o “que de modo exato se tem revelado pela experiência como constante”¹⁴¹, poderia, efetivamente, fundar-se em um critério objetivo que não guarda exata correspondência com o nível de embriaguez absolutamente incapacitante para a condução de veículos, já que aquela aferição dependeria, necessariamente, da ação que o álcool, ao lado de outras condições pessoais, como, por exemplo, sexo, alimentação, saúde, idade, habitualidade, ambiente, etc. exerceria no organismo de cada indivíduo¹⁴².

Críticas também não faltaram à enunciação da situação típica abrigada pelo artigo 289 do Código Penal de 1969¹⁴³. Por exemplo, a fórmula adotada no anteprojeto de crimes de trânsito elaborado pela Ordem dos Advogados do Brasil em 1972 (“conduzir veículo motorizado na via pública *sob influência de álcool* ou de substância de efeitos análogos”)¹⁴⁴, em contraposição à do Código Penal de 1969 (“dirigir veículo motorizado na via pública, encontrando-se em *estado de embriaguez* por bebida alcoólica ou qualquer outro inebriante”), buscava afastar do direito penal a controvertida discussão sobre o conceito clínico de embriaguez, mas acabou antecipando ainda mais o momento da intervenção penal quando foi prestigiada no projeto de lei do Poder Executivo que, décadas mais tarde, daria origem ao Código de Trânsito atualmente em vigor.

279; DONINGAN, “Chemical Test Law in the United State”s, *Excerpta Criminologica* 4/551 e *British Medical Journal* 809 [1967].

¹³⁹ FRAGOSO, “Os ilícitos penais do trânsito e sua repressão”, *Revista de Direito Penal*, nº 7/8, julho-dezembro 1972, pp. 27-28.

¹⁴⁰ FRAGOSO, “Os ilícitos penais do trânsito e sua repressão”, *Revista de Direito Penal*, nº 7/8, julho-dezembro 1972, p. 28.

¹⁴¹ REALE JÚNIOR, “Crime de embriaguez ao volante”, *Revista de Direito Penal*, nº 06, abril-junho 1972, p. 87.

¹⁴² REALE JÚNIOR, “Crime de embriaguez ao volante”, *Revista de Direito Penal*, nº 06, abril-junho 1972, p. 83.

¹⁴³ FRAGOSO, “Os ilícitos penais do trânsito e sua repressão”, *Revista de Direito Penal*, nº 7/8, julho-dezembro 1972, p. 29.

¹⁴⁴ Anteprojeto de Lei que define as infrações penais relativas à circulação de veículos, regula o respectivo processo e julgamento e dá outras providências. Elaborado pela Comissão Especial instituída pelo Conselho Federal da OAB, composta dos conselheiros IVO D’AQUINO (presidente), HELENO CLÁUDIO FRAGOSO (relator), CARLOS DE ARAÚJO LIMA, SERRANO NEVES e ANTÔNIO EVARISTO DE MORAES FILHO. Apud: *Revista de Direito Penal*, nº 7/8, julho-dezembro 1972, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 171-197.

3. O artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997)

3.1. A redação original do CTB de 1997

Com a aprovação do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997), inúmeras disposições que disciplinavam normativamente a circulação viária nacional e que se encontravam espalhadas na legislação ordinária e em diversos regulamentos administrativos foram transplantados, sob nova roupagem, para aquele estatuto. Foi o que aconteceu, por exemplo, com o art. 89, III, do terceiro Código Nacional de Trânsito (Lei nº 5.108, de 21 de setembro de 1966), que, conforme vimos, sancionava administrativamente a conduta de “dirigir em estado de embriaguez alcoólica”, e com a Resolução nº 737/89, do Conselho Nacional de Trânsito, que presumia a embriaguez alcoólica do condutor uma vez constatada em seu organismo a presença da concentração mínima de 8 decigramas de álcool por litro de sangue ou, ainda, de 4 miligramas por litro de ar expelido dos pulmões, a depender do instrumento de aferição.

No novo Código, a antiga previsão do art. 89, III, da Lei nº 5.108, de 21 de setembro de 1966¹⁴⁵ foi desdobrada em duas: uma infração administrativa por excesso de alcoolemia, e uma infração penal por condução sob a influência de álcool, tipificadas, respectivamente, nos artigos 165¹⁴⁶ e 306¹⁴⁷ daquele estatuto. A problemática elementar “estado de embriaguez”, que figurara insistentemente nos revogados Códigos Nacionais de Trânsito, foi substituída, *na redação daqueles dois dispositivos*, pela fórmula “sob a influência de álcool”, que já havia sido sugerida por ocasião da elaboração de anteprojeto alterando o Código Penal de 1969 com base na experiência internacional. A essa expressão o legislador decidiu acrescentar, *apenas* no texto do artigo 165, a necessidade de constatação de uma taxa de alcoolemia superior a 6 decigramas por litro de sangue do condutor de veículo automotor, de modo que o tipo objetivo da infração administrativa

¹⁴⁵ “Art 89. É proibido a todo o condutor de veículo: [...] III - Dirigir *em estado de embriaguez alcoólica* ou sob o efeito de substância tóxica de qualquer natureza. Penalidade: Grupo 1 e apreensão da Carteira de Habilitação e do veículo.”

¹⁴⁶ “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. 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.”

¹⁴⁷ “Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem: Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

passou a descrever, na parte que nos interessa, a seguinte situação típica: “dirigir sob a influência de álcool, em nível superior a 6 decigramas por litro de sangue”.

A Resolução nº 737/89 do Conselho Nacional de Trânsito, por sua vez, deu lugar às disposições constantes do arts 276¹⁴⁸ e 277¹⁴⁹ do Código de Trânsito Brasileiro, que reduziram a presunção absoluta da influência do álcool (e não mais embriaguez alcóolica) do condutor de veículo automotor para 6 decigramas de álcool por litro de sangue¹⁵⁰ ou 3 décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões¹⁵¹. Um ano mais tarde, a Resolução nº 52, de 21 de maio de 1998, do mesmo Conselho Nacional de Trânsito “revogaria” *de fato* (art. 6º) a Resolução nº 737/89. Mas o seu texto, àquela altura, já não possuía mais vigência, em face do teor e hierarquia dos referidos arts. 276 e 277 do Código de Trânsito Brasileiro.

De qualquer forma, é imprescindível observar que a Resolução nº 52/98 dispunha que “no processo de conversão das medidas do ar alveolar que determina a equivalência para os testes de alcoolemia, *será aceito o erro máximo permitido de 15%* (quinze por cento) na leitura do etilômetro (bafômetro), verificados pelo Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualificação” (art. 1º). Ora, no âmbito administrativo, a Resolução nº 52/98 foi sucedida, consecutivamente, pela Resolução nº 81, de 19 de novembro de 1998 e pela Resolução nº 206, de 20 de outubro de 2006, que disciplinando aquela matéria, dispôs, a seu turno, que as notificações de que o condutor se encontra dirigindo sob a influência de álcool “devem conter a alcoolemia medida pelo etilômetro e a *considerada para efeito da aplicação da penalidade*” (art. 4º), entendendo-se essa última como “a

¹⁴⁸ “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.”

¹⁴⁹ “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.”

¹⁵⁰ O leitor mais atento há de notar a incongruência dessa disposição com o artigo 165 do Código, pois enquanto este diz ser infração de trânsito “dirigir sob influência do álcool em nível superior a 6 decigramas por litro de sangue”, a redação do artigo 276 diz que “a concentração de 6 decigramas de álcool por litro de sangue comprova que o condutor se acha impedido de dirigir veículo automotor”, ou seja, com exatos 6 decigramas não seria possível dirigir, mas a infração só estaria caracterizada se a taxa de alcoolemia fosse superior a 6 decigramas. O problema, entretanto, será ignorado, porque conforme se verá, o texto de ambos os dispositivos foram posteriormente alterados pelo legislador ordinário.

¹⁵¹ De acordo com o artigo 1º, I, da Resolução nº 81, de 19 de novembro de 1998, do Conselho Nacional de Trânsito, revogado pelo artigo 1º, I, pela Resolução nº 206, de 20 de outubro de 2006 daquele mesmo órgão, responsável pela equivalência dos testes de alcoolemia de acordo com a redação original do parágrafo único do artigo 276.

diferença entre a medida e o valor correspondente ao seu *erro máximo admitido* (§ 1º), que “deve respeitar a legislação metrológica em vigor” (§ 2º).

A legislação metrológica à qual a redação do dispositivo faz referência é a Portaria nº 6, de 17 de janeiro de 2002, do Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualificação, ainda vigente¹⁵², que estabelece as condições a que devem satisfazer os aparelhos etilômetros a serem utilizados pela fiscalização de trânsito na determinação da concentração de álcool no ar respirado. Quanto à alcoolemia medida pelo aparelho, e a medida a ser *considerada para efeito de aplicação da penalidade*, a Portaria nº 6 estabelece o *erro máximo admissível*¹⁵³ de (a) 32 centésimos de miligrama por litro para todas as concentrações de ar expelido menores do que 4 décimos de miligrama por litro; (b) 8% para concentrações de ar expelido iguais ou maiores do que 4 décimos de miligrama por litro e menores ou iguais a 2 miligrama por litro; e (c) 30% para concentrações maiores do 2 miligrama por litro¹⁵⁴.

Esses dados, entretanto, e embora jamais tenham chamado à atenção, são importantes porque seguidos de perto pela previsão do art. 277 do CTB, já referido, e que impunha a submissão do condutor envolvido em acidente de trânsito, ou que tivesse sido alvo de fiscalização sob suspeita de haver excedido a concentração alcoólica permitida, a testes de alcoolemia, o que também já havia sido sugerido por ocasião do anteprojeto relatado por HELENO CLAUDIO FRAGOSO¹⁵⁵.

¹⁵² Conquanto já revista pela Portaria INMETRO/MDIC n.º 202, de 04 de junho de 2010, que aprovou “a atualização do Regulamento Metrológico sobre as condições que deverão satisfazer os etilômetros portáteis e não portáteis, utilizados pela fiscalização de trânsito, aprovado pela Portaria Inmetro nº 06, de 17/01/2002.”, para adequá-la às exigências da Lei nº 11.705/08.

¹⁵³ Item 4.1 (Requisitos metrológicos, Subitem 4.1.2 (Na verificação subsequente e inspeção) do regulamento técnico metrológico a que se refere a Portaria nº 6 de 17 de janeiro de 2002, do Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualificação – INMETRO.

¹⁵⁴ Idênticas *margens de erro*, embora oriundas da legislação metrológica, acabaram consagradas pela Tabela de Valores Referenciais para Etilômetro constante do Anexo I da vigente Resolução nº 432, de 23 de janeiro de 2013, do Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN. Nesse meio tempo, é importante registrar, ainda, a edição do Decreto nº 6.488, de 19 de junho de 2008, e da Deliberação CONTRAN nº 133, de 21 de dezembro de 2012, que trataram do mesmo tema e acabaram expressamente convalidadas.

¹⁵⁵ “Art. 16. Conduzir veículo motorizado na via pública sob a influência do álcool ou substância de efeitos análogos: Pena – detenção, de três a seis meses ou pagamento de 30 a 90 dias-multa e interdição para conduzir veículo motorizado até seis meses.

§ 1º. Sem prejuízo da verificação da embriaguez por outros elementos, considera-se em tal estado quem tiver teor alcoólico no sangue igual ou superior a 0,10% em peso.

§ 2º. A percentagem em peso de álcool será baseada em gramas de álcool por 100 cm³ de sangue.

§ 3º. Todo condutor de veículo motorizado que tenha cometido qualquer infração às regras de trânsito, capaz de proporcionar fundadas suspeitas quanto a seu estado, pode ser submetido a exame de respiração, sangue, urina ou saliva, para determinar a ingestão de álcool ou de qualquer outra substância de efeitos análogos. Se o condutor do veículo se recusa ao exame, ser-lhe-á imposta a pena de interdição para conduzir veículo motorizado por seis meses, no mínimo, e pagamento de 90 dias-multa, no mínimo.”

Vale lembrar que a criminalização da conduta de “conduzir veículo automotor, em via pública, sob a influência de álcool ou de substância com efeitos análogos, expondo a dano potencial, em via pública, a incolumidade de outrem”, até o advento do Código de Trânsito de 1997, só encontrava punição, na esfera penal, pela via oblíqua do artigo 34 da Lei de Contravenções Penais, um dispositivo que, em função disso, experimentou uma significativa redução na sua esfera de abrangência, a ponto de uma parcela (minoritária) da doutrina¹⁵⁶ e da jurisprudência considerarem-no revogado¹⁵⁷.

Ocorre, nada obstante, que desde 1988, com a promulgação da nova Constituição Federal, a jurisprudência brasileira vem ampliando materialmente a cláusula da ampla defesa e de outros preceitos constitucionais, como o da presunção de inocência, para daí extrair o entendimento, hoje um tanto quanto sedimentado, de que ninguém está, *em hipótese alguma*, obrigado a fazer prova contra si mesmo¹⁵⁸, o que obviamente fez com que os condutores flagrados pela fiscalização de trânsito se recusassem, de modo geral, a autorizar as intervenções corporais previstas no artigo 277¹⁵⁹ do Código, sobretudo quando o §2º daquele dispositivo admitia que os “notórios sinais de embriaguez, excitação ou

¹⁵⁶ Assim, por exemplo, na doutrina: FERNANDO CÉLIO DE BRITO NOGUEIRA, “O Novo Código de Trânsito Revogou ou Não as Contravenções dos Arts. 32 e 34 da LCP?”, *Revista Brasileira de Ciências Criminas* nº 24, p. 223. Contra esse entendimento: ROMEU DE ALMEIDA SALLES JR., *Lei das Contravenções Penais Interpretada*, 1998, p. 331-41; PAULO JOSÉ DA COSTA JR., *Comentários aos Crimes do Código de Trânsito*, 1999, p. 72; JOSÉ GERALDO DA SILVA, “Os Crimes de Trânsito e a Lei 9.099/95”, *Boletim do IBCCrim* nº 67, p. 05. Pela derrogação do dispositivo: GUILHERME DE SOUZA NUCCI, *Leis penais e processuais penais comentadas*, 2010, p. 197 e 1253. Para uma síntese dos vários posicionamentos: SALVADOR NETTO (org.), *Comentários à Lei de Contravenções Penais*, 2008, p. 166.

¹⁵⁷ Assim, por exemplo, TACRIM AC 1.122.561/1; TACRIM AC 1.204.817/3; 1.271.537/2; TACRIM AC 1.287.105/9; TACRIM AC 1.297.145/5; TACRIM RSE 1.235.715/7. Contra esse entendimento: TACRIM AC 1.113.953/5; TACRIM AC 1.130.983/1; TACRIM AC 1.136.305/8; TACRIM AC 1.163.607/5 e TACRIM AC 1.167.117/8. Pela derrogação do dispositivo: TACRIM AC 1.138.607/1; TACRIM AC 1.140.865/1; TACRIM AC 1.231.437/7; TACRIM AC 1.270.881/1; TACRIM AC 1.275.733/1; TACRIM RSE 1.123.587/1 e TACRIM RSE 1.274.625/3.

¹⁵⁸ THIAGO BOTTINO entende que a extensão do direito ao silêncio na jurisprudência brasileira foi pautada pelo ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal “alargando bastante o alcance da garantia ao determinar que ela não compreende apenas a postura inerte daquele que se recusa a responder as perguntas que lhe são formuladas”, [“A Doutrina Brasileira do Direito ao Silêncio”, pp. 567-598]. Nesse mesmo sentido, MARCELLUS POLASTRI LIMA argumenta que o direito brasileiro confere o direito de não fornecer material humano para exame de alcoolemia, porque “ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo, sendo que nosso direito não pune nem mesmo a fuga a prisão” [*Crimes de Trânsito*, pp. 195-196], ou, MARIA ELISABETH QUEIJO, para quem “em razão da inexistência do dever de colaboração, a recusa do acusado em cooperar na produção de provas que possam incriminá-lo não configura crime de desobediência, nem se admite execução coercitiva tendente à produção da prova” [*O Direito de Não Produzir Prova Contra Si Mesmo*, 2003, p. 428]. Ver ainda: AURY LOPES JR., *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*, 4ª ed., 2006, p. 370-385.

¹⁵⁹ Em que pese a novidade ter, em princípio, trazido alguma inquietação à doutrina. Confira-se, a respeito, ANDRÉ CALLEGARI, “A Inconstitucionalidade do Teste de Alcoolemia e o Novo Código de Trânsito”, *Boletim do IBCCrim* nº 66, p. 12 e ALTAIR RAMOS LEON e WALTER MARTINS MULLER, “Bafômetro: Exame Obrigatório ou Não?”, *Boletim do IBCCrim* nº 66, p. 09.

torpor, resultantes do consumo de álcool¹⁶⁰ apresentados pelo condutor também poderiam ser constatados através de “outras provas” (*rectius*: exames clínicos, perícia e provas testemunhais) admitidas pela lei¹⁶¹, uma redação, aliás, bastante semelhante, porém mais aberta, que a da Resolução nº 737/89, do Conselho Nacional de Trânsito.

O “grau” de embriaguez etílica determinante, assim, vinha sendo estabelecido pela jurisprudência brasileira basicamente através da análise da sintomatologia clínica¹⁶², das características da condução¹⁶³, atestada pelos exames para verificação de embriaguez alcóolica¹⁶⁴ e, em alguns poucos casos, através do uso do etilômetro¹⁶⁵¹⁶⁶. Faltava, pois, um

¹⁶⁰ Na redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.275, de 7 de fevereiro de 2006, impulsionada que foi, principalmente, pelo esvaziamento da infração administrativa, que exigia a prova de 6 decigramas de álcool por litro de sangue, pela garantia contra a auto-incriminação e decorrente recusa do motorista ao teste do bafômetro.

¹⁶¹ “§ 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”.

¹⁶² “Reputa-se alcoolizado, para os fins do art. 306 do Código de Trânsito, o motorista que, recusando-se a submeter-se a exame de sangue para verificação da embriaguez, apresenta andar trôpego (ataxia) e trescala odor etílico (halitose alcóolica), após haver subido com seu veículo em calçada da via pública. (STF – HC – Rel. Carlos Veloso – RT 784/631).

¹⁶³ “*Demonstração de conduta desastrada, ao volante, em razão da embriaguez, agravada pela falta de habilitação – Caracterização – Suficiência* – ‘Para a caracterização do delito do art. 306 do CTB basta a demonstração de conduta desastrada, ao volante, em razão da embriaguez, agravada pela falta de habilitação, sendo desnecessária a comprovação de perigo concreto de dano’ (TACRIM-SP – AC – 1178309/6 – Rel. Renê Nunes – j. 16.03.2000).”

¹⁶⁴ “Para a configuração do delito do art. 306 da Lei 9.503/97 é desnecessário que o condutor do veículo esteja sob influência de álcool em nível superior a seis decigramas por litro de sangue, servindo a superação de referida taxa apenas para caracterizar a infração administrativa, prevista no art. 165 do CTB, a qual é norma autônoma, sem qualquer pretensão de ser explicativa ou complementar de outras normas constantes da mesma Lei, sendo certo que é possível a demonstração da influência do álcool através de laudo clínico, sem dosagem alcóolica, quando os exames objetivos demonstrem que o acusado apresentava marcha cambaleante, reflexos lentos e ataxia visível, revelada pela descoordenação dos movimentos (TACRIM-SP – AC – Rel. Breno Guimarães – RJTACrim 42/77).”

¹⁶⁵ “O aferimento do estado etílico através de bafômetro é apenas mais um meio de prova para demonstrar que o condutor do veículo praticou a conduta prevista no art. 306 da Lei 9.503/97, pois a falta de regulamentação de uso do instrumento, de forma alguma, isenta de culpabilidade o agente, mormente se há prova testemunhal a comprovar seu estado de embriaguez. (TJGO – Ap. – Rel. Paulo Teles – RT 771/652)”.

¹⁶⁶ “O exame indica que o recorrente possuía concentração de 2,7g por litro de sangue, o que constitui embriaguez. Note-se que ‘em estudo sobre os efeitos os psíquicos do álcool no organismo, Billian (1974) deparou com alterações significativas nas concentrações de álcool no sangue nos seguintes teores: 0,2g, redução da acuidade visual e capacidade de avaliação de distância dos carros que venham em sentido contrário, à noite; 0,3g, redução da capacidade avaliativa de distância do veículo dianteiro quintuplicando o perigo de acidente; 0,5g, os objeto visados parecem mais distantes que na realidade, há dificuldade no reconhecimento do sinal vermelho, a capacidade de reação e atenção apresentam-se sensivelmente reduzidas; 1,0g, a reação claro-escuro é consideravelmente influenciada, o campo audiovisual diminui e a avaliação de distância à dianteira reduz-se para 50%, o mesmo acontece com o tempo de reação. Na concentração de 1,3g por litro de sangue, a incapacidade para dirigir veículo motorizado é absoluta’ (‘Criminalidade no trânsito – os efeitos neuropsíquicos do álcool no organismo’, RT 695/423). Portanto, com 2,7g/l de álcool no sangue sua incapacidade para dirigir veículo automotor será constatada caso acompanhada de direção que aumente o risco da segurança viária’ (TACRIM-SP – AC – 1.262.579/6 – Rel. Marco Nahum)”.

conceito normativo que facilitasse aos tribunais a utilização de um critério objetivo para a aferição daquele estado clínico, o que parece ter sido capaz de intimidar a marcha da jurisprudência, que passou a buscar na prática dos expedientes forenses, critérios para concretizá-lo¹⁶⁷.

Percebe-se *prima facie* que o tipo descrito contemplava uma série de punições que poderiam ser aplicadas sem maiores dificuldades probatórias já que supostamente bastaria comprovar a influência de alguma das substâncias indicadas – particularmente do álcool, em razão da delimitação temática de nosso estudo – na condução do veículo automotor, a fim de que a responsabilidade penal do agente viesse a ser caracterizada. Nada obstante, a arquitetura do tipo trouxe consigo, implicitamente, algumas dificuldades interpretativas que, não raramente, dificultavam a aplicação da lei penal.

Uma delas dizia respeito à indevida associação da expressão “sob a influência de álcool” ao estado de *ebriedade* do agente. Inúmeros são os julgados¹⁶⁸¹⁶⁹ em que se considerou a simples “constatação do estado de embriaguez” suficiente para a caracterização do crime do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Um posicionamento, entretanto, criticável, na medida em que inexiste no direito brasileiro um conceito normativo de embriaguez a partir do qual se possa inferir o nível relevante de influência alcoólica para a configuração típica daquele delito¹⁷⁰. O conceito jurídico de embriaguez etílica, como já dito, acabava estabelecido, no mais das vezes, com base nos

¹⁶⁷ Sobre o assunto: “En efecto, si se quiere fundamentar suficientemente una metodología que supere su limitación a la mera interpretación de un texto y dé cabida a la consideración de la realidad y sus exigencias normativas, deberá concebirse a la aplicación de la ley como un proceso de ‘concretización de la norma’ (*Normkonkretisierung*)”. [SANTIAGO MIR PUIG, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, 2007, p. 312].

¹⁶⁸ “Para a caracterização do crime de embriaguez ao volante basta que o agente esteja dirigindo embriagado. Dessa forma, fica a coletividade exposta a relevante probabilidade de dano, constituindo lesão ao objeto jurídico ‘incolumidade pública’, concernente a segurança no trânsito. (...) Trata-se de crime de lesão à incolumidade pública e de mera conduta, bastando apenas a probabilidade de dano e a possibilidade de risco à coletividade para a configuração do delito do art. 306 da Lei 9.503/97’ (TACRIM-SP – AC – 1190149/4 – Rel. Vidal de Castro).”

¹⁶⁹ “Embriaguez comprovada do agente que, na direção do veículo, já implica, por si só, em ‘expor a dano potencial a incolumidade de outrem’. Na verdade, o que exige o art. 306 do novo Código de Trânsito Brasileiro, com suas expressões, é que se comprove, de alguma forma, que o agente conduzia o veículo em estado de embriaguez, circunstância que, por si só, já implica em ‘expor a dano potencial a saúde de outrem’ (TACRIM-SP – AC – 1191203/1 – Rel. Érix Ferreira).”

¹⁷⁰ A correlação entre duas variáveis não implica que uma seja causa da outra. Assim, em que pese o nível de concentração alcoólica relacionar-se com o nível de embriaguez do condutor, a ebriedade nem sempre vai influenciar, necessariamente, a condução do motorista.

critérios para o diagnóstico clínico de embriaguez, entendida como intoxicação pelo uso de álcool¹⁷¹¹⁷².

Outra dificuldade advinha da controversa natureza jurídica do crime de embriaguez ao volante na redação original do Código de Trânsito Brasileiro, já que o tipo expressamente exigia a elementar do “*dano potencial à incolumidade de outrem*”. Assim, segundo DAMÁSIO E. JESUS¹⁷³, tinha-se, ao menos, quatro correntes: (i) *crime de perigo concreto*: não basta ao agente o dirigir embriagado, a incolumidade de outra pessoa precisa ser exposta a perigo concreto. Faltando esse requisito o fato é atípico, subsistindo apenas a infração administrativa. (ii) *crime de perigo abstrato*: o simples fato de o condutor estar ébrio e a dirigir veículo tipifica a conduta descrita no art. 306 do CTB, sendo o perigo insito à conduta típica (iii) *intermediária*: se houver perigo concreto, aperfeiçoa-se o crime do art. 306 do CTB; a simples embriaguez ao volante, sem real perigo a outrem, leva ao art. 34 da Lei de Contravenções Penais (LCP), que seria de perigo abstrato; (iv) *crime de lesão e de mera conduta*: pois, tendo em vista o resultado jurídico, a embriaguez ao volante lesionaria a segurança viária, mas não exige resultado naturalístico, aperfeiçoando-se com a mera conduta ou simples atividade.

Os tribunais, em um primeiro momento, adotaram posturas manifestamente divergentes em relação ao tema¹⁷⁴, mas na medida em que se percebeu que o legislador não havia

¹⁷¹A 10ª Revisão da Classificação Internacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde (“CID-10”): *F10.0 Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de álcool - intoxicação aguda*: Estado consequente ao uso de uma substância psicoativa e compreendendo perturbações da consciência, das faculdades cognitivas, da percepção, do afeto ou do comportamento, ou de outras funções e respostas psicofisiológicas. As perturbações estão na relação direta dos efeitos farmacológicos agudos da substância consumida, e desaparecem com o tempo, com cura completa, salvo nos casos onde surgiram lesões orgânicas ou outras complicações. Entre as complicações, podem-se citar: traumatismo, aspiração de vômito, delirium, coma, convulsões e outras complicações médicas. A natureza destas complicações depende da categoria farmacológica da substância consumida assim como de seu modo de administração.

¹⁷²A 4ª edição do Manual de Diagnóstico e Estatística das Perturbações Mentais da *American Psychiatric Association* (“DSM-IV”): *Critérios para Intoxicação com Substância: Critério A*. Desenvolvimento de uma síndrome reversível específica à substância devido à recente ingestão de uma substância (ou exposição a ela). Obs.: Diferentes substâncias podem produzir síndromes similares ou idênticas. *Critério B*. Alterações comportamentais ou psicológicas clinicamente significativas e mal-adaptativas devido ao efeito da substância sobre o sistema nervoso central (por ex., beligerância, instabilidade do humor, prejuízo cognitivo, comprometimento da memória, prejuízo no funcionamento social ou ocupacional), que se desenvolvem durante ou logo após o uso da substância. *Critério C*. Os sintomas não se devem a uma condição médica geral nem são melhor explicados por um outro transtorno mental.

¹⁷³JESUS, Damásio E. de. “Notas ao art. 306 do Código de Trânsito: Crime de embriaguez ao volante”. *Boletim IBCCRIM*. n.º 67, São Paulo, jun. 1998, p. 14.

¹⁷⁴É crime de perigo abstrato: “Este tipo penal não exige a ocorrência de perigo concreto” (RT 765/604); “basta a prova de que o agente dirigia embriagado” (IBCCRim 560/2001). É crime de perigo concreto: “Imprescindível que seja demonstrado o perigo de dano ao bem jurídico tutelado” (RT 783/752); o perigo aludido no tipo do artigo 306 é concreto e determinado (RJTJRS 199/144); “requer a produção de risco a

adotado na redação do tipo a expressão “incolumidade pública”, preferindo, ao revés, a designação “incolumidade de outrem”, a doutrina dominante acabou se formando em torno do entendimento de que não se poderia adotar, nas hipóteses de incidência do artigo 306, a mesma taxonomia utilizada para classificar o artigo 34 da Lei de Contravenções Penais, inserto na rubrica do capítulo¹⁷⁵ que cataloga, naquele estatuto, as infrações que “concernem à defesa da coletividade [e] que encerram o *perigo de perigo*, para o público”¹⁷⁶. *Mutatis mutandis*, o art. 306 da Lei nº 9.503/97 passou a exigir, então, a ocorrência de *perigo concreto*¹⁷⁷.

Sobre o tema, PIRES e SALES¹⁷⁸ destacaram que o emprego da expressão “expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”, constante do tipo da embriaguez ao volante, estava a indicar que “o perigo é concreto e não abstrato”. Mais do que isso, como a palavra *outrem* tem o significado de “a outra pessoa ou a outras pessoas” e não é utilizada nos demais crimes de perigo do Código de Trânsito Brasileiro, sustentaram, com precisão, que o crime do art. 306 tutelava simultaneamente “a incolumidade pública e a individual”, protegendo “do perigo a todos e a cada um”. Afinal, ao passo em que “o indivíduo é protegido como *membro indifferenziato* da coletividade”, como no perigo comum, também o mesmo pronome, no Código Penal, remete a pessoa determinada, sendo usado para tratar de crime “de perigo individual”: como no art. 132 do Código Penal que pune o perigo para a vida ou a saúde de outrem.

terceiros” (IBCCrim 1122/2001); “o resultado de dosagem alcóolica não é prova absoluta que permita a condenação” (IBCCrim 12/2001).

¹⁷⁵ Refiro-me ao Capítulo III do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941, que tem a seguinte rubrica: “Das Contravenções referentes à Incolumidade Pública”.

¹⁷⁶ JOSÉ DUARTE, *Comentários à Lei de Contravenções Penais*, p. 349.

¹⁷⁷ Nesse sentido: “O crime de embriaguez ao volante, conforme disposto no art. 306 do CTB, é de perigo concreto, necessitando, para a sua caracterização, da demonstração do dano potencial” [TJDF, APR 2003.08.1.006327-8, Rel. Des. Silvânio Barbosa dos Santos, j. 23.02.2006, DJ 31.05.2006]; “o dito ilícito penal exige para sua caracterização, um desvalor da ação e um desvalor de resultado, sendo o primeiro configurado pelo ‘conduzir veículo automotor, na via pública, sob influência de álcool ou substância de efeitos análogos’, e o segundo pela evidência concreta da potencialidade lesiva da ação praticada” [TJSP, AP 293.979.3/1-00, Rel. Des. Marcondes D’Angelo, j. 02.10.2002]; “o crime de embriaguez ao volante é de perigo concreto e determinado, haja vista a redação dada ao artigo 306” [TJRS, AP 70002629079, Rel. Des. José Antonio Paganella Boschi, j. 28.06.2001]; “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” [STJ, REsp 515.526, Rel. Min. Felix Fischer, j. 02.12.2003, DJ. 19.12.2004]; “O crime de embriaguez ao volante, definido no art. 306 do CTB, é de perigo concreto, necessitando, para sua caracterização, da demonstração do dano potencial” [STJ, REsp 566867, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 28.04.2004, DJ. 31.05.2004].

¹⁷⁸ PIRES, Ariosvaldo de Campos, SALES, Sheila Jorge Selim de. *Crimes de trânsito na Lei n. 9503/97*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, págs. 219, 217, 218 e nota 44, respectivamente.

Na esteira desse entendimento, ao cabo majoritário, pela configuração de *crime de perigo concreto*, a exigir a *condução anormal ou desastrada* do veículo, podemos citar ainda: LOPES¹⁷⁹, SILVA JÚNIOR¹⁸⁰, CALLEGARI¹⁸¹ e PINHEIRO¹⁸², dentre outros. GOMES¹⁸³, por sua vez, ressalva se tratar do que chama perigo concreto *indeterminado*¹⁸⁴.

¹⁷⁹ “Discutiui-se muito na vigência do art. 34 da LCP sobre a necessidade do perigo concreto para a caracterização da contravenção penal da direção perigosa por força da embriaguez, entendendo a jurisprudência de então que se fazia necessário o perigo concreto para a caracterização da contravenção, embora essa opinião fosse mais moderna e minoritária. O CTB espanca essas dúvidas ao exigir que a direção do condutor sob a influência do álcool ou de substâncias de efeitos análogos exponha a incolumidade de outrem a *dano potencial*, o que equivale dizer a perigo concreto” [LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Crimes de trânsito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 225].

¹⁸⁰ “... é necessária a comprovação da potencialidade lesiva da conduta, demonstrada em cada caso concreto pela situação real de perigo criada pela conduta. Não bastando, por exemplo, para o crime de embriaguez ao volante, simplesmente, a condução de veículo automotor na via pública, sob a influência de álcool. É necessário que o motorista conduza o veículo de forma anormal, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem.” [SILVA JÚNIOR, Edison Miguel da. “Crimes de perigo no Código de Trânsito Brasileiro”. *Boletim IBCCRIM n.º 76*, São Paulo, mar. 1999, v.6, p. 6-7].

¹⁸¹ “A técnica de tipificação buscada pelo legislador no Código de Trânsito foi a de tipificar as condutas como sendo de perigo concreto (arts. 306, 308, 309, 310 e 311), isso porque ao final dos tipos penais encontram-se os termos: ‘expondo a dano potencial a incolumidade de outrem’; ‘desde que resulte dano potencial à incolumidade pública ou privada’; ‘gerando perigo de dano’; etc. Se não fosse pelos termos utilizados ao final dos tipos penais, parte da doutrina defenderia a tese de que se trataria de delitos de perigo abstrato, aliás, como já era definido no tocante às contravenções dos arts. 32 e 34, da Lei das Contravenções Penais, tese contra a qual nos posicionamos.” [CALLEGARI, André Luís. “Delitos de perigo concreto no Código de Trânsito Brasileiro”. *Boletim IBCCRIM n.º 76*. São Paulo, mar. 1999, v.6, p. 7-8].

¹⁸² “Embora seja reconhecida e proclamada a falta de técnica do legislador brasileiro (e também dos órgãos normativos de trânsito) não há como aceitar que os arts. 165 e 306 do CTB são tipos iguais. No primeiro caso, de força administrativa, ficou estabelecido que a influência de álcool deve ser em nível superior a seis decigramas por litro de sangue. Já para o crime de trânsito basta que a condução seja sob a influência de álcool, mas expondo a dano potencial a incolumidade de outrem” [PINHEIRO, Geraldo de Faria Lemos. “A embriaguez no Código de Trânsito Brasileiro”. *Boletim IBCCRIM n.º 83*, São Paulo, out. 1999, v.7, p. 3-4].

¹⁸³ “O fundamental, portanto, é a real potencialidade lesiva da conduta, não a demonstração de um perigo concreto para uma vítima concreta. Pode ser que no exato momento da condução potencialmente lesiva (direção em zigue-zague, por exemplo) ninguém estivesse no local. Pouco importa. Mas como se cuida de via pública, qualquer um podia no local se encontrar e ser efetivamente lesado.” [GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de direito penal e processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 49].

¹⁸⁴ Existe um argumento processual também em favor do perigo concreto *determinado*. A redação original do art. 291 do CTB dizia expressamente ser aplicável ao crime de embriaguez ao volante os institutos previstos nos arts. 74, 76 e 88 da Lei dos Juizados Especiais, o que incluía a representação do ofendido. Nesse passo, DAMÁSIO E. JESUS, de pronto, afirmou a dificuldade da situação: “Tem-se afirmado que, diante do dispositivo, os crimes de embriaguez ao volante e “racha” são de ação penal pública condicionada à representação, uma vez que a eles determina a aplicação do art. 88 da Lei n.º 9.099/95. Essa interpretação conduziria a verdadeiro absurdo, exigindo-se, no crime de “competição não autorizada”, representação do ofendido. Tratando-se de crime contra a incolumidade pública, dificilmente haveria processo, tendo em vista a incrível necessidade de representação de um participante ou dos assistentes do “racha”. E no crime de embriaguez ao volante, também contra a incolumidade pública, tendo a coletividade como sujeito passivo, quem iria exercer o direito de representação?” [JESUS, Damásio E. “Dois temas da parte penal do código de trânsito brasileiro. *Boletim IBCCRIM n.º 67*, São Paulo, dez. 1997, p. n/d]. MACHADO, por sua vez, assentou que: “... a interpretação que busca conciliar a *mens legis*, e que se pretende mais coerente com o sistema, vai de encontro à expressa disposição legal de natureza constitutiva, sendo a interpretação *contra legem* e em flagrante prejuízo ao réu. Destarte, parece que a solução razoável seria identificar eventuais pessoas expostas ao perigo, colhendo-se a condição de procedibilidade, sem incorrer em interpretação flagrantemente contrária à lei e *in malam partem*. Até que se promova a alteração da lei, não se identifica solução equânime” [MACHADO, Bruno Amaral. “Crimes de perigo e condição de procedibilidade”, *Boletim do IBCCRIM n.º 74*, São Paulo, jan. 1999, p. n/d]. A discussão, como não poderia deixar de ser, encontrou eco na jurisprudência:

No outro extremo, pela ocorrência de *crime de perigo abstrato*, vale destacar a posição de PIERPAOLO BOTTINI¹⁸⁵, muito embora sua construção desta categoria de crime se afaste do conceito de perigo presumido, como forma de adequá-la ao *princípio da ofensividade*.

Como remarcado no presente trabalho, embora a doutrina empregue ao art. 306 do CTB o *nomen iuris* de “embriaguez ao volante”, o crime vigente não exige a intoxicação do motorista, mas tão-somente que conduza veículo automotor *de forma anormal* sob a influência de bebida alcoólica. Adotava o Código de Trânsito, portanto, um critério *biopsicológico* para o aperfeiçoamento do tipo, ou seja, não é suficiente a causa, que seria a embriaguez (requisito biológico), tampouco se satisfaz com o efeito, a afetação do sistema nervoso central (requisito psicológico). A norma exige um nexo de causalidade entre a causa e o efeito: é preciso que a afetação do modo de dirigir se dê em razão da ingestão do álcool, desrespeitando o modo de conduta estabelecido. Em nosso entendimento a construção então vigente representava a mais adequada solução para o enfrentamento do tema da criminalidade do trânsito pois com correção permite a ação repressiva estatal em dois momentos distintos: a infração administrativa, tão logo se verifique uma ingestão relevante de bebida alcoólica, e o crime, assim que o consumo importe num mínimo resultado desvalioso.

3.2. A alteração promovida pela Lei nº 11.275/06

“Embriaguez ao volante é crime de ação pública condicionada à representação. A ausência dessa condição de procedibilidade acarreta a nulidade absoluta do processo, mas não impede a rearticulação da acusação” [RJTJRS, 201/79]; ou, “O crime de embriaguez ao volante, tipificado no art. 306 do CTB, é efetivamente de ação penal pública incondicionada, independentemente de representação do ofendido. A ação penal neste delito, por ser este considerado crime que expõe a perigo a incolumidade pública ou de outrem, é de natureza pública incondicionada” [TJSP, AP 1351801/0, Rel. Juiz Junqueira Sangirardi, j. 03.06.2003], e, por fim, o STJ afirmou que: “O crime de embriaguez ao volante, previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, é de ação penal pública incondicionada, em face do caráter coletivo do bem jurídico tutelado (segurança viária), razão pela qual não depende de representação para a instauração do inquérito policial e início da ação penal” [STJ, HC 99468, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 03.02.2009, DJ. 09.03.2009], na esteira de decisão do STF no mesmo sentido: “O crime previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro (embriaguez ao volante) é crime de perigo, cujo objeto jurídico tutelado é a incolumidade pública e o sujeito passivo, a coletividade. A ação penal pública condicionada à representação, referida no art. 88 da Lei nº 9.099/95, se mostra incompatível com crimes dessa natureza. A ação penal é pública incondicionada” [STF, RHC nº 82.517-6, rel. Min. Moreira Alves, j. 10.12.2002, DJ 21.02.2003]. A edição da Lei Seca, no entanto, alterou a redação do art. 291 e sacramentou a interpretação jurisprudencial pela dispensabilidade da representação.

¹⁸⁵ “Outra situação ilustrativa seria o caso dos delitos de trânsito. Suponha-se um condutor que dirige embriagado e, em decorrência deste fato, causa um acidente e mata outra pessoa. Nesse caso, o crime de perigo abstrato disposto no art. 306 do Código Brasileiro de Trânsito (...) será absorvido pelo delito de homicídio culposo, porque o referente individual do bem jurídico coletivo protegido pelo primeiro dispositivo foi efetivamente lesionado, sem deixar espaço para outras possíveis lesões, ou seja, maculando a periculosidade insita da conduta inicial”. Recorremos, aqui, ao texto da 1ª edição da obra porque essa é a contemporânea da redação do art. 306 ora em comento (na 2ª edição ver p. 196). [BOTTINI, Pierpaolo CRUZ. *Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Prevenção na Sociedade de Risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 193].

À época da edição do CTB vigente, a doutrina centrou suas críticas sobre o fato de que o Código teria adotado um critério muito rígido para punir, administrativamente, o motorista que dirigia após ingerir bebida alcoólica, já que se exigiam seis decigramas de concentração mínima de álcool no sangue, o que não podia ser constatado por meio de um exame clínico ou por mera declaração do agente de trânsito.

Para a doutrina, o exame de cada caso concreto consistiria em um critério de aferição muito mais adequado à hipótese, na medida em que “não ocorre uma relação exata e obrigatória entre a quantidade de álcool no sangue e as repercussões no sistema nervoso”¹⁸⁶. Ademais, o tipo administrativo do art. 165 do Código de Trânsito não chega a exigir a constatação do estado de embriaguez para a configuração da infração administrativa de trânsito, mas tão somente a influência de álcool na condução de veículo automotor pelo agente.

Desde muito cedo, no entanto, se cristalizou o entendimento de que, em que pese o quanto constasse do art. 277 do CTB original, que estabelecia o uso do bafômetro em *todo* condutor envolvido em acidente ou alcoolizado, a retirada de sangue e o exame pelo etilômetro não seriam de realização obrigatória pelo suspeito, frente ao privilégio constitucional contra a auto-incriminação¹⁸⁷. Até se admitia a substituição por outros exames – não invasivos e menos colaborativos – como a perícia clínica: “o condutor de veículo automotor não está obrigado a se submeter a exame realizado pelo ‘bafômetro’, como agentes de trânsito e parte da mídia têm equivocadamente divulgado, não podendo, porém, eximir-se de realizar pelo menos um tipo de exame ou teste, especialmente o clínico, no qual não há sequer contato físico com o examinado, pois há previsão legal nesse sentido”¹⁸⁸.

Sucedede que, ainda assim, não era possível afirmar a superação da Taxa de Álcool no Sangue exigida pela infração administrativa. Foi, exatamente por isso¹⁸⁹, editada a Lei nº

¹⁸⁶ REALE JR., “Crime de embriaguez ao volante”, *Revista de Direito Penal*, nº 06, abr.-jun. 1972, p. 83.

¹⁸⁷ “... o que se deve contestar em relação a essas intervenções, ainda que mínimas, é a violação ao direito à não-incriminação e à liberdade pessoal, pois se ninguém pode ser obrigado a declarar-se culpado, também deve ter assegurado o seu direito a não fornecer provas incriminadoras contra si mesmo. O direito à prova não vai ao ponto de conferir a um das partes no processo prerrogativas sobre o próprio corpo e a liberdade de escolha da outra” [CALLEGARI, André Luís. “A inconstitucionalidade do teste de alcoolemia e o novo Código de Trânsito”. *Boletim IBCCRIM* nº. 66. São Paulo, maio 1998, p. 14].

¹⁸⁸ LEON, Altair Ramos e MULLER, Walter Martins. “Bafômetro: exame obrigatório ou não”. *Boletim do IBCCRIM* nº 66, São Paulo, maio-1998, p. 10.

¹⁸⁹ Colhe-se da própria justificativa do Projeto de Lei nº 735, de 2003, o seguinte: “A razão de apresentarmos modificações ao Código de Trânsito Brasileiro (...) é permitir que essas infrações ou crimes fiquem caracterizados ainda que o condutor se recuse a fazer os testes de alcoolemia previstos pelo Código. Na

11.275, de 7 de fevereiro de 2006, para retirar do art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro a expressa referência ao “nível superior a seis decigramas [de álcool] por litro de sangue”, mantendo, no mais, apenas a consagrada fórmula do “sob a influência” do álcool.

Ou seja, as razões que levaram à alteração do art. 165 do CTB servem como verdadeira antevisão dos problemas que seriam sentidos após a entrada em vigor da Lei nº 11.705, de 2008, de que trataremos a seguir. O único atenuante talvez fosse que a primeira incursão indevida na seara dos direitos e garantias individuais estava centrada numa infração administrativa, o que seria menos grave, conquanto já pudesse resvalar para a seara criminal propriamente dita.

Também no tipo penal do homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302 do CTB), a Lei nº 11.275/06 incluiu nova causa de aumento de pena quando o agente “estiver sob a influência de álcool ou substância tóxica ou entorpecente de efeitos análogos”, o que reforçou que o delito de embriaguez ao volante passasse a ser absorvido pelo homicídio quando resultasse na morte de alguém, e da mesma forma quanto às lesões corporais¹⁹⁰, tornando impossível o concurso de crimes na espécie¹⁹¹.

O mais importante, porém, foi a regulamentação que sucedeu a edição da Lei nº 11.275/06. Com efeito, através da Resolução nº 206, de 20 de outubro de 2006, o Conselho Nacional de Trânsito elaborou espécie de *check-list* a ser observado pelos agentes da

realidade, apesar de tais exames constituírem a prova de que o condutor se encontra ou não embriagado e, consequentemente, serem capazes de configurar a infração ou o crime de trânsito, pelo Direito brasileiro, ninguém é obrigado a fazê-los. Desta forma, não haveria como caracterizar o delito. Consequentemente, isso acaba gerando a impunidade, o que é inadmissível, pois todos sabemos que um dos maiores responsáveis por acidentes de trânsito é o estado de embriaguez dos condutores” [Dep. Fed. BETO ALBUQUERQUE, disponível na internet: <http://www.senado.leg.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=36184&tp=1>, acesso em 04.07.2014].

¹⁹⁰ “Ocorre que, com a nova legislação, a dúvida está superada. Atualmente a influência do efeito do álcool passa a constituir causa de aumento de pena da lesão corporal culposa, restando, pois, o delito de perigo (art. 306, do CTB) subsidiário ao delito de dano, do qual passa a ser elemento componente da forma aumentada (art. 303, parágrafo único, do CTB). Pouco importa que a pena em tese do crime do art. 303, parágrafo único, do CTB (6 meses a 2 anos, aumentada de 1/3 à metade) possa ser em alguns casos inferior ao do crime do art. 306, do CTB (6 meses a 3 anos), pois há previsão específica do aumento de pena por esta circunstância na lesão culposa e não pode haver *bis in idem* quanto ao mesmo fato. Assim, havendo relação de subsidiariedade não há que se falar em concurso de crimes, mas em prevalência da figura da lesão corporal culposa. De modo que, não havendo representação do ofendido, fica vedada a persecução penal quanto ao crime principal, não cabendo ação penal quanto ao delito de embriaguez ao volante. Igualmente, havendo transação penal quanto ao delito de lesão corporal, restará esgotada a possibilidade punitiva estatal sem possibilidade de processo criminal pelo crime do art. 306, do CTB” [COSTA, Leonardo Luiz de Figueiredo. “A alteração da embriaguez ao volante e o crime de lesões corporais na direção de veículo automotor - reflexos da Lei nº 11.275/06”. *Boletim do IBCCrim nº 164*, São Paulo, julho 2006, p. n/d].

¹⁹¹ Note-se que a alteração vigeu por pouco tempo: somente até a edição da Lei nº 11.705/08. Tal interpretação autêntica feita diretamente pelo legislador reforçou, durante o citado período, a natureza de crime de perigo do art. 306 do CTB, enfatizando-se a proteção de bens jurídicos individuais. Voltará a vigor, entretanto, de forma muito semelhante, em razão da edição da controversa Lei nº 12.971, de 2014.

autoridade de trânsito em casos de suspeita da prática da infração administrativa prevista no art. 165 do CTB. Desde então, portanto, em “caso de recusa do condutor à realização dos testes [sanguíneo ou etilômetro], dos exames [clínico ou laboratorial] e da perícia [médica]” o auto de infração pode se fundar na declaração do agente “acerca dos notórios sinais de embriaguez” apresentados pelo condutor, na esteira do novo § 2º do art. 277 da Lei nº 9.503/97¹⁹².

É que o Anexo da citada Resolução estabeleceu os seguintes parâmetros, chamados *informações mínimas*, a serem descritos pelo guarda na ocorrência ou em termo específico de constatação da embriaguez, a saber: aparência (sonolência, olhos vermelhos, vômitos, soluços, desordem nas vestes, odor de álcool no hálito), atitude (agressividade, arrogância, exaltação, ironia, falante, dispersão), orientação (se sabe onde está, o dia e a hora), dificuldade de memória, capacidade motora (dificuldade de equilíbrio) e verbal (fala alterada).

Note-se que, especificamente quanto às características da própria condução do veículo, a única exigência é anotar se houve *acidente de trânsito* [IV, “a”, (i), do Anexo], sem qualquer espaço para registro de outra modalidade de direção desastrosa, tais como o zigue-zague, o desrespeito aos sinais de trânsito ou a velocidade incompatível com a via e suas condições, que, em tese, deveriam possuir grande relevância porque o tipo administrativo também já possuía a cláusula do dirigir *sob a influência* do álcool mesmo em sua redação original (art. 165, *caput*, da Lei nº 9.503/970).

Em suma, foi a Lei nº 11.275/06 que inaugurou, então apenas para a seara administrativa, o regime segundo o qual é a palavra do agente de trânsito, reduzida a termo em formulário-padrão, a principal prova empregada em desfavor dos motoristas suspeitos de embriaguez ao volante. Posteriormente, a mesma técnica passaria a valer também para casos criminais¹⁹³.

¹⁹² “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 de 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.”

¹⁹³ Foi por força da Resolução nº 432/13 que, ao menos, deixou absolutamente claro que “deverá ser considerado não somente um sinal, mas um conjunto de sinais que comprovem a situação do condutor” (art 5º, §1º).

3.3. A “Lei Seca” (Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008)

Com a edição da Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008, sobrevieram alterações no Código de Trânsito, sobretudo no que diz respeito às consequências legais do consumo de álcool durante a direção veicular, já que foi suprimida a elementar “expondo a dano potencial a incolumidade de outrem” com o declarado objetivo de transformar a embriaguez ao volante em crime de perigo abstrato.

Assim, o art. 5º, VIII, da chamada “Lei Seca” determinou que o art. 306 da Lei nº 9.503/97 passasse a vigorar, no que interessa, com a seguinte redação: “conduzir veículo automotor, na via pública, *estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 decigramas*”¹⁹⁴, ou, ainda, “concentração de álcool igual ou superior a 3 *décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões*”¹⁹⁵, de acordo com o texto do artigo 2º do Decreto nº 6.488, de 19 de junho de 2009¹⁹⁶, suprimindo também a tradicional elementar do sob a influência do álcool.

A controversa Lei nº 11.705/08 teve origem na Medida Provisória nº 415, de 21 de janeiro de 2008, editada pelo Presidente da República para proibir a comercialização de bebidas alcoólicas em rodovias federais, sujeitando os estabelecimentos comerciais infratores a multa no valor de R\$ 300,00 (trezentos reais). Tão logo recebida no Congresso Nacional foi alvo de diversas emendas. O Deputado CARLOS ZARATTINI e a Senadora

¹⁹⁴ A nova redação completa do art. 306 era a seguinte: “conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência”. O parágrafo único do dispositivo prevê que “o Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado [naquele] artigo”.

¹⁹⁵ Em sentido contrário: “... o art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é claro e explícito ao determinar a concentração superior de 06 (seis) decigramas de álcool por *litro de sangue*, e, assim, o crime só se configurará com a comprovação de tal quantidade de álcool 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*, aliás, como corretamente observado pelo inc. I, do art. 2º do Decreto nº 6.488/08. Já o ‘bafômetro’ (etilômetro) não é o meio correto e eficaz para comprovar e aquilatar a quantidade de álcool no *sangue*, pois, nos termos da própria regulamentação, o etilômetro utiliza meio e medida diversos ao analisar a quantidade de álcool por litro *de ar expelido dos pulmões* do condutor. Tratam-se, portanto, de coisas absolutamente diversas, pois álcool no *sangue* é uma coisa e álcool no *ar expelido dos pulmões* é outra. Assim, se o tipo penal do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é taxativo ao mencionar que o crime se configura com determinada quantidade de álcool no *sangue* do condutor do veículo e que tal prova, por questões óbvias, somente pode ser feita através de exame do *sangue* daquele, impossível a responsabilização penal através do teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro), mediante o exame do *ar expelido dos pulmões*, já que, mediante a escrupulosa observação do princípio constitucional da legalidade, tal crime não existe” [PELUSO, Vinícius de Toledo Piza. “O crime de embriaguez ao volante e o ‘bafômetro’: algumas observações”. *Boletim do IBCCrim* nº 189, São Paulo, ago. 2008, p. n/d].

¹⁹⁶ Essa norma regulamentou o parágrafo único do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, ao estabelecer que o exame de sangue equivale a uma concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue, enquanto o teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro) equivale a uma concentração de álcool igual ou superior a 3 décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões.

LÚCIA VÂNIA¹⁹⁷, avançando sobre a seara criminal, propuseram a supressão da elementar referente ao dano potencial do texto do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, na linha de outros projetos de lei então pendentes de apreciação¹⁹⁸.

Foi diretamente no plenário da Câmara dos Deputados, entretanto, por meio de emenda aglutinativa do Deputado NELSON MARQUEZELLI, que o crime de embriaguez ao volante recebeu a redação que traria as maiores dificuldades interpretativas para os aplicadores do direito penal do trânsito. Com efeito, o Projeto de Lei de Conversão nº 13, de 2008, quando recebido no Senado Federal para revisão, já continha a redação do art. 306 que seria, ao cabo, sancionada, após menos de seis meses de tramitação legislativa¹⁹⁹.

Como vimos, na redação original do Código de Trânsito Brasileiro, o crime de embriaguez ao volante era considerado de perigo concreto²⁰⁰. Com a Lei Seca, a nosso

¹⁹⁷ “... considerando os elevados índices de acidentes de trânsito provocados pela ingestão da bebida alcoólica, precisamos dar um passo adiante, alterando a própria redação do art. 306 do CTB. O presente projeto de lei [na verdade, uma emenda] modifica a estrutura do tipo penal em epígrafe, para eliminar a locução ‘expondo a dano potencial a incolumidade de outrem’. Trocando em miúdos, se aprovada a presente emenda, bastará que o condutor assuma, em via pública, a direção do veículo sob a influência de álcool ou de substâncias de efeitos análogos. Na linguagem teórica, o crime passa a ser de perigo abstrato, e não mais de perigo concreto. O que estamos propondo é, portanto, a antecipação do momento da tutela penal.” [EMC nº 44/2008 à MPV nº 415/2008, disponível na internet: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=539852&filename=EMC+44/2008+MPV41508+%3D%3E+MPV+415/2008, acesso em 01.04.2014].

¹⁹⁸ Por todos, fazemos menção ao Projeto de Lei do Senado nº 41, de 2008, também de autoria da Senadora Lúcia Vânia, que propugnava a seguinte redação: “Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos: Penas – detenção, de seis meses a dois anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. *Parágrafo único.* A pena é aumentada de metade, se do fato houver exposição a dano potencial à incolumidade de outrem.”

¹⁹⁹ Por essa razão, aventamos a inconstitucionalidade formal da Lei nº 11.705/08 por desrespeito ao processo legislativo. É que o art. 62, §1º, da Constituição Federal proíbe a edição de medidas provisórias sobre matéria relativa a “direito penal, processual penal e processual civil” desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 32, de 2001. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal indica que a inadmissibilidade de medidas provisórias em matéria penal “não compreende a de normas penais benéficas, assim, as que abolem crimes ou lhes restringem o alcance, extingam ou abrandem penas ou ampliam os casos de isenção de pena ou de extinção de punibilidade” (RE nº 254.818, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 08.11.00, DJ 19.12.02), mas seria inafastável para a criação e reforma dos tipos penais e a cominação de penas. Tal entendimento decorre da inafastável para a criação e reforma dos tipos penais e a cominação de penas. Tal entendimento decorre da inteligência de que o art. 5º, XXXIX, também da CF, remarcaria a reserva de lei *em sentido estrito* para disciplinar crimes e sanções. Também o art. 7º, I e II, da Lei Complementar nº 95, de 1998, estabeleceu que “cada lei tratará de um único objeto” e que “a lei não conterà matéria estranha a seu objeto”. Ademais, o projeto de lei de conversão de uma medida provisória possui rito abreviado para atender aos requisitos constitucionais da urgência e relevância que são ínsitos àquela espécie normativa. Assim, não vemos como possa ser “contrabandeada” para a tramitação de MP a instituição de crimes e sanções de natureza criminal. A tanto não chegaram, contudo, os autores da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.103, em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, que se propôs a discutir, em especial sob o prisma da proporcionalidade, a constitucionalidade da chamada “Lei Seca”.

²⁰⁰ “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” [STJ, REsp 608078, Rel. Min. Felix Fischer, j. 23.06.2004, DJ. 16.08.2004]. “O crime de embriaguez ao volante, definido no art. 306 do CTB, é de perigo concreto, necessitando, para sua caracterização, da demonstração do dano potencial” [STJ,

sentir, três foram as principais modificações: (i) o tipo penal deixou de exigir a ocorrência do dano potencial; (ii) o novo tipo não continha a elementar do “*drive under influence - DUI*” do álcool como usual nas normas anteriores e no estrangeiro; e, (iii) o crime passou a exigir a constatação de uma quantidade mínima, ainda que bem pequena, de álcool no sangue do condutor: ao menos 6 decigramas de álcool por litro de sangue. Destas alterações decorreram as muitas controvérsias, embora apenas a última inovação indicada tenha sido debatida a contento, ainda que de forma um pouco enviesada.

É que muito se criticou o alcance da garantia constitucional contra a auto-incriminação – o *nemo tenetur se detegere* – forçando a discussão pela ótica do processo penal, sobre quais seriam os meios de prova legalmente admitidos, sendo que, em verdade, tudo decorria de novo elemento objetivo do tipo penal, que transformou, de maneira incontestada, a embriaguez ao volante em crime de perigo abstrato.

É certo que logo houve quem reputasse o novo art. 306 inconstitucional, pois “tal artigo fere o princípio da ofensividade, princípio que só permite penalizar criminalmente a conduta de quem, ao menos, exponha a incolumidade de outra pessoa a um dano *potencial*. Com efeito, não se admite em Direito Penal a punição de alguém por um perigo abstrato, presumido, hipotético, exigindo-se seja o perigo *concreto, real e efetivo*”²⁰¹. Ou seja, pelo só fato de se empregar a técnica dos crimes de perigo abstrato seria a nova disciplina contrária à Constituição Federal.

Sucedem que, mais ou menos pela mesma época da edição da Lei nº 11.705/08, o Supremo Tribunal Federal afirmou que “a criação dos crimes de perigo abstrato não representa *por si só* comportamento inconstitucional por parte do legislador penal”²⁰², ao analisar crime previsto no Estatuto do Desarmamento, mas não tardou por repetir a assertiva tendo em conta a própria Lei Seca²⁰³²⁰⁴.

REsp 566867, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 28.04.2004, DJ. 31.05.2004]. “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” [STJ, REsp 515526, Rel. Min. Felix Fischer, j. 02.12.2003, DJ. 19.12.2004].

²⁰¹ DELMANTO, Roberto. “As inconstitucionalidades da lei seca”. *Boletim do IBCCrim* nº 189, São Paulo, ago. 2008, p. n/d.

²⁰² O trecho citado foi extraído do voto do Min. Gilmar Mendes, p. 207 [STF, RHC nº 89.889, Plenário, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 14.02.2008, DJ 05.12.2008].

²⁰³ Nesse sentido: “No tipo penal sob análise, basta que se comprove que o acusado conduzia veículo automotor, na via pública, apresentando concentração de álcool no sangue igual ou superior a 6 decigramas por litro para que esteja caracterizado o perigo ao bem jurídico tutelado e, portanto, configurado o crime. Por opção legislativa, não se faz necessária a prova do risco potencial de dano causado pela conduta do agente que dirige embriagado, inexistindo qualquer inconstitucionalidade em tal previsão legal” [STF, HC 109269,

Pois bem. A jurisprudência infraconstitucional dividiu-se a perquirir sobre os meios de prova aptos para comprovar a “grandeza matemática”²⁰⁵ contida na nova redação do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Para uma corrente, que podemos chamar *processual*, não seria razoável “entender como atípica a conduta de alguém que desenganadamente encontrava-se embriagado, foi preso e autuado em flagrante delito, submetido a exame por peritos oficiais, simplesmente porque não havia exame de bafômetro na época e ainda já existisse o Paciente a ele se submeteria, como se isto fosse a prova da materialidade do crime, a única”²⁰⁶²⁰⁷.

Ainda se argumentava, com base no princípio do livre convencimento motivado, previsto no art. 155 do Código de Processo Penal, que “não há hierarquia probatória e muito menos provas tarifadas”²⁰⁸, nem se poderia criar “inérita situação de condicionamento das punições criminais à vontade do particular”²⁰⁹ já que não havendo aquiescência do suspeito não se pode colher material para o exame de sangue ou realizar o teste do etilômetro e, dessa forma, a comprovação da taxa de álcool no sangue por meio do

Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 27.09.2011, DJ. 11.10.2011], ou, “A Jurisprudência é pacífica no sentido de reconhecer a aplicabilidade do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro – delito de embriaguez ao volante –, não prosperando a alegação de que o mencionado dispositivo, por se referir a crime de perigo abstrato, não é aceito pelo ordenamento jurídico brasileiro. Esta Suprema Corte entende que, com o advento da Lei nº 11.705/08, inseriu-se a quantidade mínima exigível de álcool no sangue para se configurar o crime de embriaguez ao volante e se excluiu a necessidade de exposição de dano potencial, sendo certo que a comprovação da mencionada quantidade de álcool no sangue pode ser feita pela utilização do teste do bafômetro ou pelo exame de sangue” [STF, RHC 110258, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 08.05.2012, DJ. 24.05.2012].

²⁰⁴ Note-se, entretanto, que, por ora, a jurisprudência brasileira apenas afirmou a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato enquanto categoria, não tendo havido maior aprofundamento quanto aos requisitos de legitimidade (ou *fair imputation*) dos mesmos, o que se abordará mais adiante na presente dissertação.

²⁰⁵ “Se a nova redação do art. 306, do CTN, exige, para a configuração do tipo, que o agente esteja com seis ou mais decigramas de álcool por litro de sangue no organismo, impõe-se a absolvição daquele que dirigia embriagado, mas não teve aferida a concentração de sangue em seu organismo” [TJDFT, APR 20090110054006, Des. Arnaldo Camanho de Assis, j. 27.08.2009, DJ 20.10.2009]

²⁰⁶ “3. A nova redação do art. 306 do mesmo diploma legal não impede o prosseguimento da ação penal iniciada quando ainda não em vigor a nova redação. 4. Ordem conhecida e denegada.” [TJDFT, HBC 20080020096716, Des. João Egmont, j. 07.08.2008, acórdão nº 318.365].

²⁰⁷ No mesmo sentido: “Se o exame de embriaguez, realizado por perito-médico, não deixa dúvidas quanto ao estado do condutor do veículo no momento da prisão em flagrante, em desconformidade ao texto legal, não há amparo ao pleito absolutório. Vale ressaltar que o teste do etilômetro ou o exame pericial de sangue, não são os únicos meios de prova admitidos para a comprovação da embriaguez, que poderá ser constatada por exame clínico ou prova oral produzida sob as garantias constitucionais do contraditório” [TJRJ, Apelação 0011687-05.2008.8.19.0061, rel. Des. Katia Janguita, j. 14.02.2012].

²⁰⁸ CRUZ, Rogério Schiatti Machado. “Embriaguez ao volante: recusa a produzir prova não exclui o crime” *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1856, 31 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/pareceres/16861>>. Acesso em 04.08.2013.

²⁰⁹ CRUZ. “Embriaguez ao volante: ...”. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1856, 31 jul. 2008.

bafômetro ou alcoolemia não poderia constituir “condição de procedibilidade para a ação penal”²¹⁰ ou para a autuação em flagrante delito.

Nessa linha, ainda, acrescentou-se que a Lei Seca não seria mais benéfica e, portanto, não deveria retroagir para alcançar os fatos praticados sob a égide da lei anterior (art. 2º, § único, do Código Penal). Afinal, sua edição decorreu do intuito do legislador de mais uma vez antecipar o momento consumativo do crime em questão, recrudescendo seu tratamento penal e não o reverso²¹¹.

Tal corrente processual foi agasalhada pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça nos seguintes termos: “A prova da embriaguez ao volante deve ser feita, preferencialmente, por meio de perícia (teste de alcoolemia ou de sangue), mas esta pode ser suprida (se impossível de ser realizada no momento ou em vista da recusa do cidadão), pelo exame clínico e, mesmo, pela prova testemunhal, esta, *em casos excepcionais*, por exemplo, *quando o estado etílico é evidente e a própria conduta na direção do veículo demonstra o perigo potencial a incolumidade pública*”^{212 213}.

GOMES e MACIEL criticaram duramente essa construção do STJ que seria expressão do “ativismo judicial conservador” destinado a reverter os avanços democráticos contidos na Constituição Cidadã de 1988:

A decisão encerra um equívoco técnico inadmissível. Conforme já mencionado, a *quantidade mínima* de álcool por litro de sangue, de acordo com a nova redação típica do art. 306 do CTB, passou a constituir *elementar* do tipo penal. Nada tem a ver com a *materialidade delitiva sobre o “estado de embriaguez”*, mas com a *tipicidade da conduta*.

[...]

O legislador que reformou o Código de Trânsito Brasileiro cometeu um erro gravíssimo ao substituir a *elementar* “sob a influência de álcool” pela expressão “com concentração de álcool por litro de sangue igual ou

²¹⁰ CRUZ. “Embriaguez ao volante: ...”. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1856, 31 jul. 2008.

²¹¹ “No mérito, considero as modificações que o Projeto de Lei de Conversão nº 13, de 2008, introduz no Código de Trânsito Brasileiro extremamente adequadas ao objetivo de tornar mais rigorosas as penalidades aplicáveis às infrações relacionadas com o consumo de bebida. Sobre esses pontos, manifestamos nossa total aquiescência e defendemos a manutenção do texto final do PLV” [Parecer nº 462, de 2008, rel. Sen. Antonio Carlos Valadares, Diário do Senado Federal nº 70, 21.05.2008, p. 15.517, nosso *o itálico*].

²¹² RHC nº 26.432, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 19.11.2009, doc. 930134, DJ 22.02.2010.

²¹³ No mesmo sentido: “II. O delito de embriaguez ao volante configura-se por meio da prova de que o condutor ingeriu bebida alcóolica em concentração por litro de sangue igual ou superior à fixada na norma incriminadora - aferida por teste de alcoolemia ou de sangue -, ou então que estava sob a influência de substância psicoativa que causasse dependência - averiguada por meio de exame clínico ou depoimento testemunhal. III. Para a caracterização da conduta prevista no tipo do art. 306 do CTB não é imprescindível a realização de exame pericial ou teste de bafômetro, bastando a prova testemunhal ou exame clínico, quando impossível a realização da prova técnica” [Recurso Especial nº 1.208.112, rel. Min. Gilson Dipp, j. 24.05.2011, doc. 1064546, DJ 15.06.2011].

superior a 6 (seis) decigramas". Praticamente inviabilizou a aplicação do dispositivo incriminador, propiciando a impunidade de condutores embriagados, dada a falta de aparelhos para realização dos exames e também pela possibilidade do infrator se recusar a se submeter a exames de dosagem, em razão do princípio da não auto-incriminação.

Mas não cabe ao Superior Tribunal de Justiça fazer uma interpretação como a que fez, apartando-se completamente da dogmática penal e processual e dos princípios constitucionais (dentre os quais o princípio da legalidade, que reclama que a conduta se enquadre perfeitamente no tipo penal punitivo), com o objetivo subjacente de corrigir falhas legislativas e deficiências estruturais da administração e assim pretender conferir efetividade ao novo art. 306 do CTB, evitando impunidade.²¹⁴

Já a outra Turma com atribuição criminal do mesmo Superior Tribunal de Justiça referendou a tese oposta²¹⁵, que denominamos *penal estrita*. Esse grupo de julgados destacou a impossibilidade do exame clínico ou de testemunhos suprirem a taxativa exigência do tipo pela superação dos seis decigramas de álcool por litro de sangue do motorista infrator.

Embora o disposto no novo parágrafo único do art. 306 do CTB, e conseqüentemente o contido no Decreto nº 6.488, de 2008, tenham sido supervalorizados²¹⁶, na medida em que não poderia existir delegação legislativa ao Poder Executivo em matéria penal²¹⁷, essa segunda corrente jurisprudencial teve mais acertos do que equívocos.

²¹⁴ GOMES, Luiz Flávio. MACIEL, Silvio. *Crime de embriaguez ao volante e ativismo punitivista do STJ (Parte 2)*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>, acesso em 22.01.2010.

²¹⁵ "2. Entretanto, com o advento da referida Lei, inseriu-se a quantidade mínima exigível e excluiu-se a necessidade de exposição de dano potencial, delimitando-se o meio de prova admissível, ou seja, a figura típica só se perfaz com a quantificação objetiva da concentração de álcool no sangue o que não se pode presumir. A dosagem etílica, portanto, passou a integrar o tipo penal que exige seja comprovadamente superior a 6 (seis) decigramas. 3. Essa comprovação, conforme o Decreto nº 6.488 de 19.6.08 pode ser feita por duas maneiras: exame de sangue ou teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro), este último também conhecido como bafômetro. 4. Cometeu-se um equívoco na edição da Lei. Isso não pode, por certo, ensejar do magistrado a correção das falhas estruturais com o objetivo de conferir-lhe efetividade. O Direito Penal rege-se, antes de tudo, pela estrita legalidade e tipicidade" [STJ, 6ª T., HC nº 166.377, rel. Min. Og Fernandes, j. 10.06.10, doc. nº 979664, DJ 01.07.2010].

²¹⁶ A admissão do teste do bafômetro como meio de prova apto sob a disciplina da Lei nº 11.705/08 decorre, essa sim, da livre apreciação da prova criminal (art. 155, do CPP) e não propriamente do decreto da Presidência da República.

²¹⁷ "Pela legislação anterior, a condição de alcoolizado poderia ser demonstrada por todos os meios de prova admitidos em direito, dentre os quais o exame clínico ou mesmo a prova testemunhal. Ocorre que a alteração legislativa ao incorporar, no próprio tipo penal, o *quantum* de álcool presente no sangue, tornou inviável a equivalência por ato emanado do Poder Executivo. De um lado, porque o próprio tipo penal circunscreve os limites de sua incidência ao incorporar, como elementar, um parâmetro de concentração por litro de sangue. Por uma decorrência lógica do princípio da reserva legal e de sua taxatividade, tal especificidade não poderia ser ampliada por atos provenientes de outras esferas de Poder. E, nesse aspecto, a ideia de norma penal em branco não auxilia no deslinde da questão, até mesmo porque o tipo penal em apreço é, nesse específico ponto, fechado. Não se nega tenha o legislador estabelecido a possibilidade de equivalência entre os distintos testes de alcoolemia — parágrafo único do art. 306. No entanto, ao assim proceder, delegou competência legislativa penal e processual penal ao Poder Executivo, o que é vedado pela sistemática constitucional

Com efeito, quando a ação penal não contivesse a precisa informação a respeito da taxa de álcool no sangue do réu, a “absolvição é medida que se impõe eis que conduta penalmente atípica”²¹⁸. Do mesmo modo, o exame clínico “que atesta simplesmente que o réu estava embriagado”²¹⁹ e “a palavra de policiais indicando a existência de sinais notórios de embriaguez”²²⁰ não permitem a comprovação da materialidade do fato segundo a Lei nº 11.705/08. Houve, até, tentativa de fazer constar dos laudos de exames clínicos a provável taxa de alcoolemia do periciado, o que também foi rechaçado pelos tribunais²²¹, com base na nova redação do art. 277, que só fazia referência à infração administrativa do art. 165, ambos do Código de Trânsito Brasileiro.

brasileira” [ZILLI, Marcos. “O Direito por quem o faz: embriaguez ao volante (art. 306), bafômetro, princípio da legalidade, *nemo tenetur se detegere* e falta de justa causa para a ação penal. Denúncia rejeitada”. *Boletim do IBCCrim nº 199*, São Paulo, jun. 2009, p. n/d].

²¹⁸ Até porque “a literatura médica internacional é absolutamente tranquila quanto ao fato de que varia de pessoa para pessoa a capacidade de embriagar-se ao ingerir álcool. A influência que o álcool exercerá sobre uma determinada pessoa vai depender até da sua capacidade orgânica de aceitar o etanol e, também, das próprias condições a que, naquele momento, esteja submetida: se alimentou, não se alimentou, dormiu bem, não dormiu bem, seu organismo está funcionando bem ou não. E, a partir de condições pessoais, é absolutamente tranquilo, também pela própria literatura médica — e há estudos comprovando isso —, o fato de que uma pessoa pode estar com a dosagem superior a 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue e não estar embriagada, dirigir perfeitamente. Por outro lado, uma pessoa, mesmo estando com a dosagem inferior a 6 (seis) decigramas, poderá estar embriagada e sem condições de dirigir. Não há, realmente, uma matemática que possa, por meio de uma tabela, indicar quando uma pessoa está ou não embriagada, quando está ou não sob a influência de álcool” [TJDFT, APR 20070310085189, rel. Des. Mário Machado, j. 02.04.2009, DJ. 12.05.2009, p. 183].

²¹⁹ “1. A Lei n. 11.705/08 alterou a redação do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, de forma que agora, para configurar a figura típica de embriaguez ao volante, é necessária prova de que o réu dirigia com seis decigramas de álcool por litro de sangue. 2. O Laudo de Exame de Corpo Delito que atesta simplesmente que o réu estava embriagado não supre referida prova, devendo ser absolvido diante da ausência de prova da materialidade do fato a ele imputado.” [TJDFT, APR 2007021005710, rel. Des. Sérgio Rocha, j. 27.08.2009, DJ. 13.01.2010, p. 330].

²²⁰ “tratando-se de *novatio legis in melius*, cedição que deve retroagir, nos termos do art. 5º, XL, da Constituição Federal, de modo que ante a inexistência de prova técnica apta a constatar o nível de álcool por litro de sangue do acusado no momento do evento, há de ser mantida sua absolvição sumária, uma vez que o fato narrado evidentemente não constitui crime” [TJRS, Apelação nº 70041899246, rel. Des. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, j. 06.07.2011, DJ 15.07.2011].

²²¹ “a materialidade do delito em questão prova-se através de exame de sangue ou teste em aparelho de ar alveolar (etilômetro), meios que evidenciam as elementares do tipo penal ‘concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a seis decigramas’. Nestes termos, insta salientar que o exame clínico juntado aos autos (fls. 67) não é instrumento hábil para comprovar que, de fato, o agente dirigia veículo automotor com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a seis decigramas. Isso porque a norma jurídica vigente à época sequer permitia a sua utilização para fins probatórios” [TJSP, RESE 0099441-52.2010.8.26.0050, Rel. Salles Abreu, j. 19.03.2014, DJ 02.04.2014]. “Assim, a suposta embriaguez do apelado, ou seja, a quantidade de álcool ingerida pelo mesmo, não restou comprovada e, portanto, deve ser rechaçada, a despeito do laudo de exame de embriaguez, às fls. 9v, positivá-lo, pois embasado em exame clínico. Isto posto, suficiente ao tipo penal à época que o agente conduziu veículo automotor sob a influência do álcool. Contudo, a atual conduta do apelado não se amolda ao novel tipo do art. 306, do CTB, que foi conferida pela Lei nº 11.705/08, que, nesta hipótese, vem a ser mais benéfica, devendo retroagir” [TJRJ, APR 2009.050.05438, Rel. Desª. Rosita Maria de Oliveira Netto, j. 22.09.2010].

O exame de sangue, assim, passou a ser a prova mais contundente da embriaguez ao volante, mas dependia da concordância do suspeito²²², assim como o teste do etilômetro, também amplamente admitido, embora poucas decisões tenham analisado seus requisitos de validade e, em especial, sua regularidade metrológica²²³. Por isso, se reconheceu que a Lei Seca “criou um embargo à sua própria execução”²²⁴, já que a prova técnica não poderia ser suprida por comprovação indireta, o que estava a configurar o “de qualquer modo”, exigido pelo art. 2º do Código Penal para as hipóteses de retroatividade benéfica.

Diante de todo esse quadro, competia ao Superior Tribunal de Justiça uniformizar a interpretação jurisprudencial devida ao art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro na redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.705/08. De fato, não sem alguma demora, que perpetuou a grande oscilação na jurisprudência, o STJ acabou reconhecendo em sede de processo repetitivo (art. 543-C, do Código de Processo Civil), e portanto pacificando a questão, que:

3. O tipo penal do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é formado, entre outros, por um elemento objetivo, de natureza exata, que não permite a aplicação de critérios subjetivos de interpretação, qual seja, o índice de 6 decigramas de álcool por litro de sangue.
4. O grau de embriaguez é elementar objetiva do tipo, não configurando a conduta típica o exercício da atividade em qualquer outra concentração inferior àquela determinada pela lei, emanada do Congresso Nacional.

²²² “Policiais militares receberam denúncia anônima informando que o condutor do veículo Opala fazia ‘zigue zague’ em via pública. Realizada a abordagem desvendou-se ser o condutor a pessoa do réu que admitiu ter ingerido ‘5 doses de pinga’ (cf. declarações...). Ele concordou com a realização do teste do etilômetro (Bafômetro) e, ao depois, do exame de sangue que atestou “*presença concentração: 1,90g/L* [...] Em sendo assim, a conduta do réu foi típica, pois estava a dirigir sob a influência do álcool, em quantidade acima do limite legal, como revelaram as provas oral e pericial, assim violando a norma penal incriminadora do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, revelando-se justa a condenação que sobreveio” [TJSP, Apelação nº 0003004-82.2010.8.26.0426, Rel. Péricles Piza, j. 31.03.2014, DJ 11.04.2014].

²²³ “Consta do resultado do teste do bafômetro (etilômetro) somente a data da realização do exame, não havendo indicação da data da realização da calibragem – isto é, quando foi (sic) feito os ajustes no equipamento de acordo com as normas legais –, tampouco da data em que o equipamento foi verificado pela última vez, para ser possível constatar se entre esta data e o dia do fato tido como delituoso foi observado o prazo máximo de aferição de doze meses exigidos pela Resolução nº 206 de 20.10.2006 do CONTRAN. Havendo somente duas maneiras de se provar o teor alcoólico (exame de sangue ou por teste do bafômetro) – já que outro tipo de prova não tem como precisar a dosagem alcoólica – e não havendo quaisquer dessas duas provas nos autos (dada a invalidade do teste do bafômetro), inexistente prova da materialidade delitiva do crime do art. 306 do CTB” [TJRS, Ap. 70045720471, rel. Des. Francesco Conti, j. 24.11.2011].

²²⁴ “1. A nova redação dada pela Lei nº 11.705/2008 ao artigo 306, *caput*, do CTB, exige que o condutor do veículo automotor trafegue em via pública com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas como figura elementar do tipo penal. 2. Diante da ausência de informações acerca da concentração de álcool no sangue, ainda que comprovada embriaguez por meio de exame clínico, impende afastar-se a incidência da norma penal ao caso concreto, porque não comprovada a tipicidade da conduta. 3. Será aplicado o princípio da *novatio legis in melius* sempre que, fazendo-se um confronto entre o caso concreto e a nova lei, seja verificado que, ‘de qualquer modo’, o agente será favorecido, conforme parágrafo único do artigo 2º do CPB, mesmo que a intenção do Legislador seja a de tornar a lei mais rigorosa” [TJDF, APR 2007.01.1.021745-5, Rel. Des. Almir Andrade de Freitas, j. 28.05.2009, DJ 02.09.2009].

5. O decreto regulamentador, podendo elencar quaisquer meios de prova que considerasse hábeis à tipicidade da conduta, tratou especificamente de 2 (dois) exames por métodos técnicos e científicos que poderiam ser realizados em aparelhos homologados pelo CONTRAN, quais sejam, o exame de sangue e o etilômetro.

6. Não se pode perder de vista que numa democracia é vedado ao judiciário modificar o conteúdo e o sentido emprestados pelo legislador, ao elaborar a norma jurídica. Aliás, não é demais lembrar que não se inclui entre as tarefas do juiz, a de legislar.

7. Falece ao aplicador da norma jurídica o poder de fragilizar os alicerces jurídicos da sociedade, em absoluta desconformidade com o garantismo penal, que exerce missão essencial no estado democrático. Não é papel do intérprete-magistrado substituir a função do legislador, buscando, por meio da jurisdição, dar validade à norma que se mostra de pouca aplicação em razão da construção legislativa deficiente²²⁵.

Desse modo, agora só poderia ser processado e condenado pela prática do crime previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro o suspeito que, inadvertidamente, tivesse aquiescido com a colheita de sangue ou com teste do bafômetro. Entendeu-se, ainda, que a chamada “Lei Seca” por ser mais restrita era também mais benéfica, devendo retroagir para alcançar todos os casos em que não houve a devida aferição – quantitativa – da taxa de álcool no sangue do suspeito.

O referido julgamento transcorreu em alto nível, com diversos pedidos de vista, ocupando cinco sessões e praticamente dois meses inteiros de trabalho da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça. Ainda assim, a controvérsia manteve-se palpitante, só encontrando decisão no voto-desempate da presidência. A discussão, no entanto, não alcançou o debate sobre a natureza jurídica do crime de embriaguez ao volante e se, efetivamente, se estava a tratar de crime de perigo abstrato, o que só foi abordado lateralmente²²⁶. Para o redator do acórdão²²⁷, em verdade, a discussão estava centrada “na possibilidade de utilização de outros meios lícitos de provas para a determinação do estado de embriaguez [...] previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, ante a recusa do examinado”. E apenas isso, já que sobre a constitucionalidade da recusa do condutor ao teste do bafômetro não havia divergência no STJ ou STF.

²²⁵ Recurso Especial nº 1.111.566, rel. p/ acórdão Min. Adilson Vieira Macabu, j. 28.03.2012, DJe 04.09.2012, ementa, p. 01.

²²⁶ “Apesar de não ser a questão aqui tratada, a meu ver, agora é indiscutível que o crime do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é de perigo abstrato, não se exigindo qualquer resultado naturalístico para a configuração do delito” [REsp nº 1.111.566, voto do Min. Marco Aurélio Bellizze, p. 14, destacamos].

²²⁷ REsp nº 1.111.566, voto do Min. Adilson Vieira Macabu, p. 53.

Votaram vencidos os ministros MARCO AURÉLIO BELLIZZE²²⁸ (relator), VASCO DELLA GIUSTINA²²⁹, GILSON DIPP²³⁰ e JORGE MUSSI²³¹, nos termos do que chamamos de corrente

²²⁸ “Ora, ‘a nenhum modelo de Estado, por mais democrático e garantista que seja, interessa criar meios para dificultar a condenação de quem tenha praticado ilícitos penais, salvo quando justificadas pela exigência de respeito aos direitos fundamentais, tais como a proteção à integridade física” (ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 51). Por isso, entendo possível que uma norma jurídica, em tese, venha a prescrever como obrigatória a realização dos exames técnicos de alcoolemia, desde que tal norma fosse entendida como consectário de proteção aos mesmos bens jurídicos que o tipo penal pretende tutelar. Talvez o interesse político criminal de proteção de bens jurídicos venha em algum momento a predominar sobre o direito do motorista de não se ver constrangido a produzir provas contra si. [...] A limitação ou até o afastamento da garantia nos casos de recusa do condutor a se submeter à aferição de alcoolemia não é novidade em países que compartilham conosco certas tradições jurídicas como Portugal (art. 152, n° 3, do Código de Estrada português e 348 do Código Penal), Espanha (art. 383 do Código Penal espanhol) e Itália (art. 186, n° 7, do Código de Estrada italiano). Nem por isso poderíamos rotulá-los de Estados arbitrários ou autoritários. Na Suprema Corte Norte-Americana e no Tribunal Constitucional Europeu, por exemplo, diferente da jurisprudência dominante brasileira, prevalece o entendimento no sentido de que não ofende o princípio do *nemo tenetur se detegere* o dever de submissão do condutor de veículo ao teste de alcoolemia, já que ele não é obrigado a emitir uma declaração de culpabilidade, isto é, ele não está sendo obrigado a se autoincriminar, mas tão somente a se submeter a uma perícia de resultado incerto (SANGUINÉ, Livia de Maman. *O direito de não produzir prova contra si mesmo no Direito comparado: nemo tenetur se detegere*. Boletim IBCCRIM, Ano 18, n° 221, abril de 2011, pp. 10/11). O apanhado da doutrina e jurisprudência indica que a garantia em exame alcançou, no Brasil, dimensão, extensão e prestígio jamais verificados nos sistemas judiciais com tradição de respeito à dignidade da pessoa humana e ao devido processo legal. [...] Bem ressaltou em seu voto, o ilustre Desembargador do TJDFT (fls. 87/92), citando o saudoso Nelson Hungria, que nenhuma interpretação pode levar o exegeta ao absurdo. E acredito que uma interpretação que proponha, a um só tempo, ignorar os anseios sociais e as evidências científicas envolvidos no momento de gênese da lei – e que perduram até hoje –, esvaziar uma lei que pretende ser mais rigorosa, e condicionar a deflagração da ação penal a um ato de vontade do réu, nada mais é do que deixar levar-se ao absurdo. [...] Admitir a interpretação literal do dispositivo em comento equivale a dizer que aquele infrator parado numa blitz policial que sai cambaleando do veículo, com os olhos vermelhos, hálito etílico indisfarçável, com garrafas de bebidas alcoólicas no interior do automóvel, que confessa ter bebido o dia inteiro, mas se recusa a fazer o teste do “bafômetro” ou ao exame de sangue, não poderá ser preso em flagrante, processado criminalmente e tampouco condenado. [...] Com efeito, não há direito fundamental do cidadão a praticar crime e não ser punido. O princípio *nemo tenetur se detegere* não pode, em nenhuma hipótese, contemplar essa situação.” [Min. Marco Aurélio Bellizze, p. 23-28]

²²⁹ “Assim é que, cumprimentando o brilhante voto do Sr. Ministro Relator, filio-me integralmente ao mesmo, dando provimento ao recurso especial para restabelecer a decisão de primeiro grau, que recebeu a inicial acusatória, bem como firmar o entendimento no sentido de que a prova da embriaguez ao volante deve ser feita, preferencialmente, por meio de etilômetro ou de exame de sangue, podendo, contudo, ser suprida por outros meios legais, tais como o exame clínico ou a prova testemunhal, para viabilizar o oferecimento da denúncia e o regular processamento da ação penal” [Min. Vasco Della Giustina, p. 37].

²³⁰ “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assim como dos tribunais de modo geral garante ao acusado o direito de não ser compelido a produzir prova contra si mesmo. A expressão ‘*nemo tenetur se detegere*’, que consagra o princípio, justificaria assim a vedação da demonstração do estado de alcoolemia pelos meios de prova que dependam da anuência do acusado. É preciso deixar claro, contudo, que essa cláusula de afirmada índole constitucional não tem correspondência na Constituição vigente, a qual ressalva apenas o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, isto é, ‘o preso tem direito...de permanecer calado ...’). Essa garantia, exclusiva do preso, réu, ou acusado, como é intuitivo, não lhe dá o direito de impedir a ação da autoridade ou diminuir as responsabilidades do cargo respectivo, em especial as de apurar fatos e condutas, donde deflui logicamente o poder de compelir o réu ou acusado a proceder nesse sentido. [...] Ora, o entendimento mais restritivo dessa garantia se revela perfeitamente compatível com as cláusulas de direitos e garantias individuais, e inclusive harmoniza-se com outras limitações pessoais igualmente restritivas. Não se questiona, por exemplo, a possibilidade da autoridade exigir a apresentação de documento de identidade de qualquer pessoa e do acusado, sobretudo, para sua efetiva identificação; ou a legitimidade da exigência de tomada de padrões gráficos para identificação da autoria de cartas ou escritos que se possa atribuir ao réu ou acusado (art. 174, IV do CPP); ou, ainda, a realização de diligências para o reconhecimento de pessoa

processual. Foram vencedores os ministros ADILSON VIEIRA MACABU²³² (relator para acórdão), LAURITA VAZ²³³, OG FERNANDES²³⁴, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR²³⁵ e MARIA

acusada (art. 226, II do CPP). Essas medidas ninguém cogita de serem incriminadoras de quem as presta. Parece, portanto, apropriado distinguir o direito ao silêncio ou de não ser obrigado a depor contra si mesmo, de afirmações de diversa extensão dessa garantia. O direito ao silêncio não abrange a pretensão de não ser abordado pela autoridade e a ela não se sujeitar recusando fornecer as informações, padrões ou elementos legalmente exigíveis e necessários à apuração da verdade e dos fatos a ele relacionados” [Min. Gilson Dipp, p. 40-41].

²³¹ “É o caso das provas *não invasivas* e daquelas em que haveria a necessidade apenas da *colaboração passiva* do infrator (que somente impliquem na sujeição do agente e não o ‘fazer algo’), como a submissão a *exame clínico* para aferição da dosagem etílica, por exemplo. Considero possível, então, diante dos indícios configuradores do crime do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, a submissão do possível infrator a exame clínico a ser efetuado por perito médico, prova que reputo tão confiável quanto aquela resultante de exame de sangue ou da produzida através do etilômetro, pois, embora estas duas últimas sejam evidentemente *mais exatas* na aferição da concentração alcoólica no sangue, como bem lembrou o Relator, *‘estudos mostram ser possível estabelecer uma correlação clara entre os sintomas identificados e uma faixa de variação de taxas de álcool no sangue (ou um valor-referência), e isto com razoável nível de certeza científica’, ‘sendo plenamente viável a constatação de um grau de intoxicação entre 1 e 5 decigramas, ou entre 9 e 25, a partir dos sinais que o sujeito ostenta naturalmente’* quando embriagado. [Min. Jorge Mussi, p. 69-70]

²³² “Carece de razoabilidade qualquer tentativa de ignorar a construção jurídica elaborada durante séculos para acolher-se posições doutrinárias eventuais, não poucas vezes criticadas e desprovidas de lastro na Constituição da República, que, com certeza, conduziria ao enfraquecimento do direito e à disseminação da insegurança jurídica. Não há espaço, mormente em matéria penal, para a vulgarização de princípios consolidados quando se trata de aplicar preceitos legais, dando-lhes sentido diverso daquele desejado pelo legislador. Salta aos olhos que o Judiciário carece de legitimidade para tanto. Ao interpretar-se a norma jurídica de natureza penal, não se pode inovar no alcance de sua aplicação, substituindo o legislador, mesmo porque, à evidência, essa não é a tarefa do judiciário. Agir de modo diverso é posicionar-se fora da realidade, numa questionável distorção do papel do juiz, porquanto não lhe cabe usurpar as funções de outro poder, segundo os preceitos que vigoram no Estado Democrático de Direito. Registre-se, ademais, que a lei não contém palavras inúteis e, muito menos, a Constituição, ao preceituar no seu art. 2º: *‘São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário’*, na conhecida e histórica formulação de Montesquieu. [...] O juiz não foi investido na sua nobre missão de julgar para, olvidando-se dos direitos fundamentais, transformar-se em ativista judicial. Em matéria penal, não se pode caminhar em terreno movediço, deixando ao intérprete uma ampla margem de discricionariedade que, em muitos casos, se confunde com arbitrariedades, sob a falsa aparência de decisões fundamentadas. Assinale-se que o desejo crescente de criminalização, que grassa em inúmeros segmentos sociais, não tem o condão de transformar milhares de brasileiros em réus, sem observância dos limites traçados pelo legislador por ocasião da elaboração da lei. Esse não é o fim almejado pela Constituição. Muitas vezes, os erros interpretativos podem conduzir a soluções desastrosas. Cabe ao judiciário corrigir os desvios que levam à fragilização do modelo constitucional brasileiro. As múltiplas tendências que vicejam numa sociedade, mesmo porque ela é dinâmica, devem ser auscultadas pelos legisladores que, seguindo o processo legislativo prescrito na Constituição, elaborarão normas jurídicas mais adequadas ao tempo em que vivemos e aí, sim, os magistrados exercerão a jurisdição, dando solução aos conflitos que lhe forem submetidos, sem perder de vista os limites fixados na lei. O que há, na prática, e isso não se constitui, apenas, num fenômeno brasileiro, pois trata-se de uma constatação, é uma queda significativa na qualidade das leis. Contudo, tal circunstância não dá ao juiz o poder de legislar nem de substituir o legislador na tarefa que lhe é peculiar e constitucionalmente prevista”. [Des. conv. Adilson Vieira Macabu, p. 59, 61-62].

²³³ “O ora Recorrido, sob a égide da lei anterior, foi submetido a exame clínico, que constatou estar o periciando ‘cl clinicamente embriagado’ (laudo de fls. 23/24). Para a lei antiga, então em vigor, bastava a constatação de que o motorista dirigia ‘sob a influência de álcool’. Por essa razão, nenhuma menção houve dos peritos acerca do grau dessa influência (se igual ou superior ao nível de tolerância trazido pela lei nova). Diante dessa absoluta impossibilidade de se saber o grau do estado de embriaguez do acusado, ao meu sentir, no caso específico dos autos, há inegável ausência de justa causa, tornando-se inviável o prosseguimento da ação penal que visa a apurar o cometimento do crime do art. 306 do CTB, com as alterações implementadas pela Lei n.º 11.705/2008, que se lhe apresenta mais favorável. Creio, pois, que, no caso em apreço, não se

THEREZA DE ASSIS MOURA²³⁶ (presidente), que adotaram nossa linha *penal estrita*, mas com destaque para considerações sobre a separação de poderes e a segurança jurídica na seara criminal.

pode ultrapassar essa barreira intransponível da absoluta ausência de justa causa, para discutir se é ou não possível aferir, objetivamente, a concentração de álcool no organismo do motorista por meio de exame clínico, se este já foi realizado e não cuidou (como não poderia) de fazer uma análise, estimativa que seja, do grau etílico.” [Min. Laurita Vaz, p. 47].

²³⁴ “Já tive oportunidade de dizer em outro voto que, aparentemente benfazeja, essa modificação legislativa trouxe consigo enorme repercussão nacional, dando a impressão de que a violência no trânsito decorrente da combinação bebida e direção estaria definitivamente com os dias contados. Entretanto, com forte carga emocional, com a infusão na sociedade de uma falsa sensação de segurança, a norma de natureza até simbólica surgiu recheada de dúvidas. [...] Doravante a figura típica só se perfaz com a quantificação objetiva da concentração de álcool no sangue, o que, por óbvio, não se pode presumir. A dosagem etílica, portanto, passou a integrar o tipo penal que, repito, exige seja comprovadamente superior a 6 (seis) decigramas. Essa comprovação, conforme o Decreto n. 6.488/1953, pode ser feita de duas maneiras: exame de sangue ou teste em aparelho de ar alveolar pulmonar, este último conhecido como bafômetro. A ausência, portanto, dessa comprovação por meio técnico impossibilita precisar a dosagem de álcool e, em consequência, inviabiliza a necessária adequação típica, o que se traduz na impossibilidade da persecução penal. Fazendo um parêntese, aqui tenho dito, em conversa informal, que é como se estivéssemos diante de um novo tipo penal do homicídio simples. Com a suposta nova legislação, o tipo não é matar alguém; o tipo agora é matar alguém com revólver calibre 38. O tipo penal fez inserir uma específica descrição que antes não continha, ou ainda mais, em um exemplo ingênuo, era como se pudéssemos agora identificar e prescrever o grau dos óculos de alguém simplesmente pelo fato de constatarmos que ele enxerga mal, sem o exame para saber qual é o grau que ele deveria usar. [...] Eu já disse em outro voto que é extremamente tormentoso deparar-se com essa falha legislativa. O que se inovou com o objetivo de coibir mais eficazmente os delitos de trânsito ocasionados pela influência do álcool, pode tornar-se absolutamente ineficaz, bastando o indivíduo não se submeter ao exame de sangue ou a aparelho de ar alveolar pulmonar. Entretanto, não se pode perder de vista, que a matéria penal rege-se pela estrita legalidade e tipicidade, da sujeição do fato à lei. Com efeito, ao substituí-la pela sujeição ao sentimento pessoal de justiça do magistrado, estaríamos, a bem da verdade, desvinculando a atividade judicial, na medida em que a consideração do que seria justo ou injusto no caso concreto estaria confiada ao alvedrio do intérprete. Seria, assim, o arbítrio na aplicação do direito, que, fora de controle, colidiria inevitavelmente com princípios fundamentais como o da segurança jurídica”. [Min. Og Fernandes, p. 74-78].

²³⁵ “Fica claro para mim que o legislador quis diferenciar as situações. Em uma, em que se refere apenas à influência do álcool e cuida do delito administrativo e em que não há referência a nível de concentração algum, deixa claro que a comprovação da embriaguez pode ser feita por meio de exames de alcoolemia e exames clínicos e perícia *ou qualquer outro meio técnico ou científico que permita certificar esse estado*. E outra, a do art. 306, em que faz referência expressa a um dado objetivo – concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 decigramas – e em que se limita a informar que o Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado no artigo. Não há nenhuma abertura na própria lei para outro tipo de exame que não o de alcoolemia, que foi regulado em decreto posterior”. [Min. Sebastião Reis Júnior, p. 99-100].

²³⁶ “Preliminarmente, penso ser importante deixar registrado que, em nenhum momento, esta Corte, na apreciação do recurso especial em foco, *enfraqueceu* qualquer norma. Nem poderia isso acontecer, pois o que nesse ambiente se promove é o justo equacionamento exegético do produto do labor legislativo. Não se minou comando normativo, mas, antes, efetivou-se sua *interpretação*, com amparo no que produziu o Congresso Nacional, atendendo ao que estabelece a Constituição. O Texto Maior afirma, textualmente, que se deve curvar ao império da lei. A atividade deste Colegiado, após alentado debate, pautou-se pelo valor da segurança jurídica; locução esta que é imprescindível para o escorreito exercício da liberdade. Tendo andado bem ou mal o legislador, não cabe a esta Corte tecer comentários a propósito, em prestígio da também constitucional cláusula pétreia da separação de poderes. O que nos cabe é, antes, aplicar a lei, de acordo com o seu conteúdo, sem expor a população a surpresas, derivadas de exigências penais implícitas ou subliminares. [...] Forte neste último posicionamento, firmado no seio da colenda Sexta Turma, que, a meu ver, consagra o cariz mais democrático do Direito Penal, que deve, sempre e sempre, pautar-se pelos ditames da segurança jurídica, cifrado no princípio da estrita legalidade, creio não ser possível a verificação da tipicidade do disposto no art. 306 do CTB sem aferição da existência da concentração de álcool por litro de

Ficou em aberto, destarte, se estava mantida a exigência da condução anormal mesmo com a revogação da elementar “expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”, tal como pretendia o Congresso Nacional. Alguns doutrinadores continuaram sustentando a necessidade da direção desastrada, tais como JESUS²³⁷ e GOMES²³⁸. ILHA DA SILVA²³⁹ postulou a inconstitucionalidade do novo tipo. BOTTINI²⁴⁰ propôs alteração legislativa. Já MARCÃO²⁴¹, CALLEGARI²⁴² e CABETTE²⁴³ afastaram a necessidade de resultado naturalístico qualquer.

Também a jurisprudência, claro, refletiu o mesmo dissenso. Caso interessante ocorreu no Distrito Federal²⁴⁴. Policiais militares “pressentiram” que determinada pessoa em um

sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas. [...] Portanto, atenta aos ditames da segurança jurídica, calcada no respeito ao caráter hermético da legalidade, enquanto não houver modificação legal do teor restritivo do tipo penal em foco, o juiz deve formar sua convicção respeitando a redação do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro”. [Min. Maria Thereza de Assis Moura, p. 102, 104, 106]

²³⁷ “Não há, assim, crime quando o motorista, embora provada a presença de mais de seis decigramas de álcool por litro de sangue, dirige *normalmente* o veículo” [JESUS, Damásio E. “Embriaguez ao volante: notas à Lei nº 11.705/2008”. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 24, p. 79-86, jun/jul. 2008, p. 83.

²³⁸ “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 a segurança viária)” [GOMES, Luiz Flávio. “Embriaguez ao volante: reforma do Código de Trânsito (Lei nº 11.705/2008)”. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 24, p. 79-86, jun/jul. 2008, p. 95-96.

²³⁹ “Se não há nem a identificação da necessidade da incriminação nos termos em que se procedeu no plano legislativo, por descon siderar a multiplicidade de fatores que ensejam os acidentes e por criar uma presunção desconectada da realidade e de bases científicas, mostra-se perene o fato de que a incriminação, com a correspondente pena a ela atribuída, revela-se desproporcional” [SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. “Considerações em torno do crime de embriaguez ao volante em sua conformidade constitucional”. *Revista da Ajuris.*, nº 118, junho 2010, p. 89].

²⁴⁰ “Parece adequada a proposta de alteração da lei que suprima a menção à quantidade de álcool no sangue do motorista, prevendo como crime o mero ato de ‘dirigir embriagado’, desde que fique claro que embriagado não significa o consumo de qualquer quantidade de álcool, mas apenas aquela que afete os reflexos necessários para uma direção segura” [BOTTINI, Pierpaolo Cruz. “Por novas regras sobre direção e álcool”. *Folha de São Paulo*, 26.12.2011, 1º Caderno, p. A3].

²⁴¹ “com a Lei nº 11.705/2008 o crime passou a ser de perigo abstrato, presumido, por isso desnecessária a prova de que tenha demonstrado, com manobras impróprias e perigosas, seu estado etílico” [MARCÃO, Renato. “O artigo 306 do CTB no PLS nº 48/2011: da ‘Lei Não Tão Seca’ à ‘Tolerância Zero’ com ‘Culpa Alcoólica’”. *Revista Síntese de direito penal e processual penal*, ano XI, nº 72, fev-mar. 2012, p.10].

²⁴² “Com as recentes modificações introduzidas pela Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008, retornamos à utilização de delitos de perigo abstrato, isto porque basta a mera condução do veículo automotor com concentração de álcool no sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância ativa que determine dependência (art. 306, CTB), para que se configure o crime” [CALLEGARI, André Luís. “Delitos de perigo abstrato – um retrocesso no Código de Trânsito Brasileiro”. *Boletim do IBCCrim*, ano 16, nº 189, agosto-2008, p. 14-15].

²⁴³ “Mesmo que a 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” [CABETTE, Eduardo Luiz dos Santos. *Comentários à Lei 11.705/08: alterações do Código de Trânsito Brasileiro*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p.48].

²⁴⁴ TJDF, HC 2009.00.2.003437-6, rel. Des. Sandra de Santis, j. 16.04.09, ac. 359416, DJ 07.07.09, p. 120.

bar “havia ingerido bebida alcoólica acima dos limites legais”. Assim, “ficaram nas imediações, pois em alguns momentos ele iria retirar-se. E quando o fez, abordaram-no”. Seu teste do bafômetro apontou “0,51 miligramas por litro de ar expelido dos pulmões”, superior, portanto, ao limite legal de 0,3mg/l. Só que o suspeito, preso em flagrante “à 1h da manhã”, também foi examinado pelo Instituto Medico Legal. O laudo respectivo, firmado “às 2hs da manhã”, atestou categoricamente a “ausência de embriaguez”!

O Tribunal de Justiça do DF, entretanto, denegou o habeas corpus impetrado em favor do réu, considerando que “o crime do artigo 306 do CTB, com a redação da Lei 11.705/08, é de *perigo abstrato*. Para a consumação do delito basta que o motorista seja flagrado na direção de veículo automotor com quantidade de álcool igual ou superior a 0,6 gramas por litro de sangue, ou 0,3 miligramas por litro de ar expelido dos pulmões. *Presume-se o perigo à segurança viária e à incolumidade alheia*”²⁴⁵. Para tanto, a relatora Des^a. SANDRA DE SANTIS enfatizou exatamente a revogação da elementar do dano potencial, lições do direito penal alemão, onde a embriaguez ao volante é considerada crime formal, bem como indicou estudos científicos sobre os efeitos do álcool no organismo humano que estariam corroborar a TAS constante do nosso tipo.

Já o Tribunal de Justiça de Minas Gerais²⁴⁶ entendeu que “nos delitos de perigo abstrato de conteúdo material, em que a ação é idônea ou apta a criar o perigo proibido no

²⁴⁵ Ainda assim, ao menos dois trechos do voto-vencido, firmado pelo Des. Mário Machado, merecem transcrição. O primeiro trata do desvirtuamento do trabalho das autoridades: “*Senhora Presidente, no caso, realmente não houve a indução do agente policial à prática da conduta por parte do paciente, de sorte que o flagrante não é preparado, mas esperado. Agora, deve-se anotar que a Polícia Militar e os agentes do Detran afastam-se das suas funções principais de combater a criminalidade e fiscalizar as reais condições do trânsito para vigiar cidadãos em suas atividades particulares. Isso é um absurdo e descaracteriza ações essenciais ao bem-estar e à segurança pública, o que, realmente, é de se lamentar. É um estado policialesco, conduzido, inclusive, por segmentos da imprensa, que fazem uma campanha sem atentar para a necessidade de que haja, neste País, um real Estado Democrático de Direito*” (p. 8). Já o segundo escancara a imprestabilidade das tabelas de alcoolemia pré-estabelecidas: “*Na realidade, não há um índice absolutamente correto para indicar se a pessoa está ou não embriagada (...) Os presentes autos exemplificam de uma forma clara que, pelo menos no caso concreto, essa presunção da lei é absolutamente falha, porque o paciente foi submetido a exame no Instituto Médico Legal (fls. 33/34 dos autos); foi o laudo subscrito às 2h da manhã e o paciente teria sido surpreendido embriagado à 1h da manhã, ou seja, o exame foi imediato ao fato e esse laudo de exame de corpo de delito atesta, com todas as letras, ‘ausência de embriaguez’ (...) No caso, o nível é superior a seis e, mesmo assim, o laudo afirma, peremptoriamente, a ‘ausência de embriaguez’. Vamos chegar ao absurdo de permitir que alguém seja processado por embriaguez no trânsito, no volante, quando os médicos do instituto oficial, o Instituto Médico-Legal, dizem que não há embriaguez!*”.

²⁴⁶ “A descrição típica do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro (embriaguez ao volante), com a nova redação que lhe foi conferida pela Lei 11.705/08, somente se amolda à Constituição Federal, mais precisamente ao princípio da ofensividade (*nullum crimen sine iniuria*), caso, além da efetiva prova de que o condutor se encontrava com concentração de álcool por litro de sangue superior a seis decigramas, houver demonstração precisa de que tal estado levou o condutor a dirigir com perigo concreto de lesão à segurança

tipo, há evidente constitucionalidade, porquanto cabe ao acusador demonstrar que a conduta possuía aptidão, idoneidade, para lesar bens jurídicos de indeterminadas pessoas, em observância ao princípio da lesividade”, razão pela qual, mesmo em se tratando de crime de perigo abstrato, “o resultado, *entendido como real probabilidade de dano*, deve estar presente, sob pena de atipicidade do fato”.

Certas ou erradas²⁴⁷, decisões como as duas precedentes, que buscaram enfrentar a questão dos requisitos de legitimidade dos crimes de perigo abstrato são raras. No mais das vezes, ou se interpreta a embriaguez ao volante como crime de perigo concreto a exigir a condução anormal²⁴⁸, ou bem se admite o perigo abstrato como presumido legalmente, uma presunção *iuris et de iure* de incapacidade absoluta para a condução de veículo automotor, dispensando-se totalmente a aptidão da conduta para gerar dano potencial²⁴⁹.

3.4. A “Nova Lei Seca” (Lei nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012)²⁵⁰

viária, bem jurídico tutelado na Lei 9.503/97” [TJMG, APR 1.0433.10.020153-5/001, Rel. Des. Eduardo Machado, j. 10.12.2013, DJ 16.12.2013].

²⁴⁷ E, a nosso sentir, como ficará demonstrado mais adiante, as duas decisões estão equivocadas. Por ora, enfatize-se apenas que durante a vigência da Lei nº 11.705/08 a elementar do “sob a influência do álcool” estava revogada.

²⁴⁸, “Não podendo ser admitido no Direito Penal moderno o chamado crime de perigo abstrato por força do implícito princípio constitucional da ofensividade, apesar da redação econômica do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, atento ao princípio da proporcionalidade que desautoriza que a infração administrativa que é menos grave (‘estar sob a influência de álcool ou qualquer outra substância’), penso que para o reconhecimento do crime da lei de trânsito referido não basta que o motorista esteja embriagado, impondo-se a comprovação de que ele estava dirigindo sob a influência daquela substância, o que se manifesta numa direção anormal que coloca em risco concreto a segurança viária que é o bem jurídico protegido pela norma” [TJRJ, HC 0020657-12.2010.8.19.0000, Des. Marcus Basilio, j. 07.07.2010].

²⁴⁹ “Crime de embriaguez ao volante. Concentração de álcool no organismo verificada por ‘bafômetro’. Decisão que deixou de receber a denúncia por infração ao art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, ao argumento de que se trata de fato atípico, uma vez que não há qualquer situação de perigo concreto para a coletividade que reclame a interveniência do Direito Penal, o que enseja falta de justa causa para a ação penal. Recurso ministerial objetivando a reforma da decisão alegando que a denúncia descreveu todos os elementos subjetivos e objetivos exigidos pela norma do art. 306 do CTB, e no seu entender é inegável que a conduta ali descrita constitui crime de perigo abstrato, não sendo necessário que o condutor apresente qualquer alteração na forma em que dirige seu automóvel. Acolhimento. O artigo em comento exige para a configuração do delito de embriaguez ao volante a concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 decigramas (ou 3 décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões – 0,30mg/L, no caso de teste realizado através do etilômetro), conforme regra de equivalência estabelecida pelo artigo 2º, inciso II, do Decreto nº 6.488/08, não sendo necessária a demonstração da efetiva potencialidade lesiva da conduta, tratando-se de crime de perigo abstrato. In casu, realizado o teste do ‘bafômetro’, restou apurado que o recorrido conduzia seu automóvel com concentração de álcool de 0,39mg/L, não se podendo falar em ausência de justa causa para a persecução penal. Provimento do recurso para receber neste 2º grau de jurisdição a denúncia, prosseguindo-se no processamento e julgamento do feito” [TJRJ, RSE 0028721-40.2012.8.19.0000, rel. Des. Leony Maria Grivet Pinho, j. 17.07.2012].

²⁵⁰ “Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: [...]

A reação do Congresso Nacional ao que foi decidido pelo Superior Tribunal de Justiça não tardou. Em 20 de dezembro de 2012 foi sancionado o Projeto de Lei da Câmara nº 27, de 2012, “gerando a Nova Lei Seca”.

Com a nova Lei foi criado um novo elemento típico. É preciso constatar a “alteração da capacidade psicomotora”. A incipiente jurisprudência²⁵¹, no entanto, vem destacando mais as inovações processuais da Lei nº 12.760/12 sem muitas considerações sobre a importantíssima alteração no direito material. Sem dúvida, o crime continua sendo de perigo abstrato, mas a nova elementar haverá de trazer alguma repercussão sobre a disciplina anterior.

Nesse passo, retomou-se, com outra palavra, o sistema da influência do álcool sobre a condução de veículo automotor, o que afasta a compreensão própria dos tipos assemelhados à mera *condução etilica*, como era sob a vigência da Lei nº 11.705/08. Mais que isso, a redução da capacidade psicomotora é a circunstância que remarca a necessidade de verificar a aptidão e idoneidade da conduta para periclitare bens jurídicos, o que não se confundirá com a exigência de perigo concreto ou da presença de desvalor do resultado.

§ 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por: I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.

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

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

²⁵¹ Todo o acervo jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, perfazia um total de apenas sete acórdãos e trinta e três decisões monocráticas envolvendo a Lei nº 12.760/12 quando as presentes linhas foram redigidas. No Supremo Tribunal Federal, igualmente, apenas dois acórdãos foram localizados, ambos sem decisiva relevância: “Ademais, a alteração realizada pela Lei n. 12.760/2012 no artigo 306 do Código de Trânsito não tornou atípica a conduta praticada pelo Agravante. O fato praticado pelo qual foi condenado o Agravante continua proibido, uma vez que o legislador foi expresso ao consignar no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro a conduta de dirigir embriagado e as formas de constatação da embriaguez, não sendo caso de *abolitio criminis*...” [STF, ARE 807562 AgR, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 03.06.2014, DJ 13.06.2014]. “Cumprir enfatizar, a propósito da materialidade delitativa, que o parágrafo único do art. 306 do CTB, vigente à época dos fatos (norma agora prevista no § 3º do mesmo dispositivo), atribui ao Poder Executivo a estipulação dos distintos testes de alcoolemia para efeito de caracterização do crime de embriaguez ao volante. O art. 2º, II, do Decreto 6.488/2008, o qual regulamenta aquele dispositivo, estabelece o teste do etilômetro como meio de prova válido para caracterizar a materialidade do tipo, sendo desnecessária, portanto, a realização de exame complementar de sangue para aferição da concentração alcoólica a que alude a norma penal [...] Em abono a esse entendimento, ressalta a Procuradoria-Geral da República que não há ‘respaldo legal para a tese de que o exame de sangue é o único meio de prova do crime em questão’. Ressalte-se, ainda, que a atual redação do art. 306 do CTB (dada pela Lei 12.760/12), regulamentado pela Resolução 432/2013/CONTRAN, em nada favorece a pretensão formulada pela impetrante [STF, HC 111300, rel. Min. Teori Zavascki, j. 03.09.2013, DJ 29.11.2013].”

GOMES²⁵² destaca que o poder punitivo estatal está solenemente a ignorar a nova redação trazida pela Lei nº 12.760/12. De fato, a Resolução nº 432, de 23 de janeiro de 2013, baixada pelo Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN, em atenção ao disposto art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, em especial seus §§ 1º, II, e 3º, em quase nada alterou a anterior Resolução nº 206/06.

Em essência, são as resoluções virtualmente idênticas, notadamente os anexos que contêm o check-list a ser preenchido pelos agentes de trânsito. Só que o texto de 2006 se propunha a aferir “os sinais notórios de embriaguez, excitação ou torpor resultantes do consumo do álcool”, enquanto a redação do ano passado deveria abranger “os sinais que indiquem a alteração da capacidade psicomotora em razão da influência de álcool”, expressões que, à toda evidência, não podem ser tidas por sinônimas. A nosso juízo, serviriam os primeiros apenas para confirmar a prévia ingestão de álcool, e deveriam os mais recentes certificar a repercussão do álcool na condução do veículo²⁵³. Ou, avançando: só uma indevida identidade entre a infração administrativa e a infração penal poderia justificar tal estado de coisas.

De todo modo, após a limitação dos meios de prova imposta pela taxatividade da Lei nº 11.705/08, o móbil do legislador era realmente permitir o emprego das mais variadas espécies probatórias, como fez constar do § 2º do art. 306 do CTB, com a única ressalva de se respeitar o princípio do contraditório. Ademais, o papel da regulamentação foi superestimado pela decisão do Superior Tribunal de Justiça, onde se chegou a afirmar que o decreto poderia “elencar quaisquer meios de prova que considerasse hábeis à tipicidade

²⁵² “Reitere-se: a Resolução n. 432 confundiu a comprovação da embriaguez com a comprovação do crime. A quantificação de álcool no sangue (em relação aos motoristas que fizeram o exame ou o teste) é apenas um dos sinais indicativos de embriaguez. Mas uma coisa é provar a embriaguez e outra distinta é o grau de alteração da capacidade psicomotora do agente, assim como a forma como ele conduzia o veículo, sob a influência do álcool (ou outra substância psicoativa). [...] O legislador de 2012 abandonou o critério quantitativo, assim como o perigo abstrato puro (ou presumido), na medida em que o *caput* do art. 306 não apresenta nenhum dado numérico. Rompeu-se com o automatismo. A Resolução n. 432/2013 quer fazer preponderar um automatismo que não mais consta do *caput* do art. 306. Ou seja: que não consta da essência do tipo penal.” [GOMES, Luiz Flávio. BEM, Leonardo Schmitt de. *Nova Lei seca: comentários à Lei n. 12.760, de 20-12-2012*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 106-108].

²⁵³ Na doutrina alienígena é debatida a grande subjetividade dos parâmetros: “Me refiero especialmente los indicios relativos al estado de ánimo del conductor o a su comportamiento ¿No es comprensible que un ciudadano se sienta nervioso cuando los agentes de seguridad le requieren para se someta a sus diligencias de prevención o comprobación y, que, en esas circunstancias, sufra una ‘disminución de la seguridad en sí mismo’ o tienda a ‘elaborar información con dificultad’? Téngase en cuenta que el nerviosismo e, incluso, el ‘sentimiento de culpabilidad’ puede tener su origen en el hecho de haber bebido el conductor de modo que haya incurrido en la infracción administrativa sin que se haya visto verdaderamente influido por el alcohol de forma que su conducción presente riesgos penalmente relevantes.” [RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio. *La conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*. 2ª ed., Granada: Comares, 2006, p. 111].

da conduta”²⁵⁴ incriminada. Se assim fosse bastaria a alteração do Decreto nº 6.488/08 para dirimir as dificuldades de aplicação da chamada Lei Seca, o que sequer foi tentado.

Assentada judicialmente ampla liberdade ao poder regulador, não é de se admirar que órgão subalterno do Poder Executivo tenha efetivamente se colocado a disciplinar matéria penal e processual penal, *verbis*:

DO CRIME

Art. 7º O crime previsto no art. 306 do CTB será caracterizado por qualquer um dos procedimentos abaixo:

I – exame de sangue que apresente resultado igual ou superior a 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue (6 dg/L);

II - teste de etilômetro com medição realizada igual ou superior a 0,34 miligrama de álcool por litro de ar alveolar expirado (0,34 mg/L), descontado o erro máximo admissível nos termos da “Tabela de Valores Referenciais para Etilômetro” constante no Anexo I;

III – exames realizados por laboratórios especializados, indicados pelo órgão ou entidade de trânsito competente ou pela Polícia Judiciária, em caso de consumo de outras substâncias psicoativas que determinem dependência;

IV – sinais de alteração da capacidade psicomotora obtidos na forma do art. 5º.

§ 1º A ocorrência do crime de que trata o caput não elide a aplicação do disposto no art. 165 do CTB.

§ 2º Configurado o crime de que trata este artigo, o condutor e testemunhas, se houver, serão encaminhados à Polícia Judiciária, devendo ser acompanhados dos elementos probatórios²⁵⁵.

Nesse particular, MARCÃO assentou que, “observada a ordem Constitucional vigente, não tem sentido lógico ou jurídico imaginar que o Contran ou outro órgão administrativo qualquer possa expedir, validamente, ato normativo que tenha por objeto disciplinar

²⁵⁴ “Exatamente por isso, o art. 306 expressamente afasta a aplicação do art. 277 ao definir, no parágrafo único, que caberia ao Poder Executivo federal estipular os níveis de equivalência nos métodos aceitáveis como meio de prova à tipificação da conduta. O decreto regulamentador, podendo elencar quaisquer meios de prova que considerasse hábeis à tipicidade da conduta, tratou especificamente de 2 (dois) exames por métodos técnicos e científicos que poderiam ser realizados em aparelhos homologados pelo CONTRAN, quais sejam, o exame de sangue e o etilômetro. Claro que se poderia, ali, incluir o exame clínico e seus critérios, ainda que científicos, para a determinação do grau de embriaguez, mas nesse quesito o administrador preferiu limitar *única e exclusivamente* a aferição do grau de alcoolemia pelos métodos por ele previstos, vinculando-se, assim, os agentes públicos, bem como o intérprete judiciário, ao Princípio da Legalidade Estrita” para, ao cabo, contraditoriamente admitir que “ainda que se fizesse uma interpretação extensiva considerando que o exame clínico, realizado por médico, tenha amparos científico e técnico, ele esbarraria num elemento objetivo do tipo penal do art. 306, qual seja, o índice de 6 decigramas de álcool por litro de sangue” [REsp nº 1.111.566, voto do Min. Adilson Vieira Macabu, p. 57-58/108]. Em verdade, a delegação estava limitada aos “distintos testes de alcoolemia” e não aos meios de prova em geral.

²⁵⁵ Resolução nº 432, de 23 de janeiro de 2013, que “dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pelas autoridades de trânsito e seus agentes na fiscalização do consumo de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, para aplicação do disposto nos arts. 165, 276, 277 e 306 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro (CTB)”.

matéria relacionada à prova no processo penal. Falta *competência* para tanto àquele órgão”²⁵⁶. CABETTE acrescenta “não se tratar de norma penal em branco, já que a própria lei (artigo 306, § 2º, CTB) estabelece os meios que podem ser utilizados para a comprovação do estado de alteração psicomotora, tratando-se, portanto, também de norma autoaplicável”²⁵⁷.

Ainda assim, não é incomum encontrar na jurisprudência dos tribunais locais expressa remissão ao quanto estabelecido na Resolução nº 432/13²⁵⁸, correlacionada, quase sempre, à afirmação da natureza de perigo abstrato do crime do art. 306 da Lei nº 9.503/97. Curioso é notar, em contraponto ao que ora defendemos, no sentido da criação de nova elementar pela Lei nº 12.760/12, que houve quem afirmasse que “a alteração da capacidade psicomotora, *porque não é fato a ser comprovado para a condenação*, não precisaria encontrar-se descrita na denúncia”²⁵⁹.

²⁵⁶ MARCÃO, Renato. “Nova Lei Seca não pode ser aplicada retroativamente”. *Consultor Jurídico*, disponível na internet: <http://www.conjur.com.br/2013-jan-23/renato-marcao-lei-seca-nao-aplica-casos-antigos-edicao>, acesso em 21.05.2013.

²⁵⁷ “A verdade é que o recurso à Resolução do CONTRAN é despiendo mesmo. Isso, porque quando se fala em prova penal se está tratando de matéria processual penal, cuja origem somente pode ser, por força constitucional, lei ordinária federal” [CABETTE, Eduardo Luiz dos Santos. *Nova Lei Seca: comentários à Lei 12.760, de 20 de dezembro de 2012*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013, p. 59-60].

²⁵⁸ “No caso sob exame, o teste de alcoolemia não foi realizado, porquanto o réu recusou-se a fazê-lo, bem assim não aceitou dirigir-se ao IML para exames clínicos. Não obstante, a suspeita de o réu estar dirigindo influenciado pelo álcool restou claramente comprovada, *primeiro*, porque afirmado por ele a ingestão de bebida alcoólica, *depois*, porque os policiais que o abordaram constataram, de pronto, sinais evidentes de embriaguez. Nesse ponto, convém trazer à baila, a Resolução n. 432/13 do Contran e Anexo II, Item VI, alínea VI, que disciplinam o art. 306 da Lei nº 9.503/97. [...] Como se vê, a Resolução disciplinou os sinais indicativos de alteração da capacidade psicomotora decorrente da ingestão de bebida alcoólica ou outra substância similar, com vistas a comprovar a conduta descrita no *caput* do art. 306 do CTB. No caso dos autos, como se extrai dos depoimentos abaixo transcritos, o Delegado e o agente de polícia que abordaram o réu perceberam com facilidade as evidências da embriaguez.” [TJDFT, APR 20130810028170, Des. Cesar Laboissiere Loyola, j. 27.03.2014, DJ 04.04.2014]. “Nesse passo, a mera constatação dos níveis de 6 decigramas álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar, já é suficiente para considerar que o indivíduo incidiu no tipo penal previsto no art. 306, do CTB. [...] A medição no etilômetro registrou o valor de 1,10 miligrama de álcool por litro de ar alveolar, muito superior ao valor de 0,3 mg/lit de ar alveolar. Além disso, o agente de trânsito registrou que o apelante estava com a fala embolada, olhos vermelhos, odor etílico e falta de equilíbrio. A Resolução nº 432/2013, em seu art. 3º, é elucidativa em relação à intenção do legislador com a mudança realizada na legislação especial, quando diz: [...]. Com efeito, o ato de dirigir embriagado representa perigo abstrato para a incolumidade pública, porque reduz a capacidade de compreensão e de reação do motorista, potencializando o risco de causar acidentes que possam afetar a integridade física e até mesmo a vida de outras pessoas no trânsito, evidenciando uma maior periculosidade da conduta. E ainda que não se dê tanta importância ao valor da concentração de álcool no sangue, o que de fato não é desprezível, o agente de trânsito atestou o estado (sinais elencados na Resolução nº 432/2013) do apelante quando de sua abordagem, confirmando dessa maneira que ele estava com a capacidade psicomotora alterada [TJDFT, APR 20130410012452, Des. João Timóteo de Oliveira, j. 27.03.2009, DJ 09.04.2014].

²⁵⁹ TJDF, APR 20130810003357, Des. Cesar Laboissiere Loyola, j. 27.02.2014, DJ 09.04.2014, p. 7.

Repetiu-se na jurisprudência, em especial a fluminense²⁶⁰, com as alterações apenas indispensáveis, a corrente segundo a qual, seria ainda indispensável a constatação da condução anormal do veículo pelo agente²⁶¹. O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, tem sistematicamente reformado tais decisões a pedido do Ministério Público do Rio de Janeiro, com base no só fato de atribuir ao crime de embriaguez ao volante a natureza de crime de perigo abstrato desde a vigência da Lei Seca, o que não teria se alterado com a Nova Lei Seca²⁶².

²⁶⁰ A ligação com a chamada Operação Lei Seca patrocinada pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro é evidente. [LEAL, Luciana Nunes. “Rio absolve 3 em cada 4 réus da lei seca”, *O Estado de S. Paulo*, 04.04.2013 apud: KAUFFMANN, Carlos. “Embriaguez ao volante – a prova processual e as alterações da Lei 9.503/97”, *Boletim do IBCCrim n° 248*, julho 2013, p. 11-12].

²⁶¹ “A Lei 12760/2012, ao modificar o art. 306 do CTB, apenas consolidou o entendimento antes existente de que também deve haver a influência do álcool na capacidade psicomotora do condutor a ponto de ensejar uma direção anormal, desencadeando o rebaixamento do nível de segurança coletiva no trânsito, e é exatamente por isso que não se pode dizer que a presunção da lei nova seja absoluta. Ora, se mesmo tendo ingerido pequena quantidade de álcool, o motorista estiver dirigindo de forma normal, não haverá alteração de sua capacidade psicomotora e, portanto, não haverá crime. A alteração da capacidade psicomotora somente poderá ser provada no caso de haver sinais exteriores de embriaguez, que efetivamente impossibilitem o condutor de dirigir. E é a própria nova lei que prevê a comprovação desse fato por qualquer meio de prova admitido. Portanto, se há condução do veículo de forma normal, embora com 6 ou mais decigramas de álcool por litro de sangue ou superior a 0,3 miligramas de álcool por litro de ar alveolar, a infração é apenas administrativa, não penal [TJRJ, Embargos Infringentes n° 0023226-78.2013.8.19.0000 Des. Maria Sandra Kayat Direito, j. 04.12.2013]. “Em conclusão, faz-se necessária a descrição na denúncia de que o agente estava conduzindo o veículo automotor sob a influência de álcool, indicando o fato exterior, ou seja, a conduta anormal, a qual já é suficiente para expor a risco a segurança viária, e não apenas afirmar que foi ultrapassado o limite legal de concentração de álcool no sangue, que constitui tão somente infração administrativa. A norma penal não se resume à interpretação literal o gramatical do dispositivo legal, sem a mínima preocupação e cuidado com a *mens legis*, devendo ser priorizada uma interpretação teleológica e sistemática, sob pena de se engessar o bom senso do legislador e perpetuar injustiças. Note-se que a atual redação do referido artigo 306 – ‘Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência’ – não modificou a necessidade, para que haja adequação da conduta ao tipo penal, da comprovação da direção anormal. A concentração de álcool pouco acima da quantidade prevista em lei por litro de ar expelido dos pulmões não significa que o motorista esteja com sua capacidade psicomotora alterada [TJRJ, Embargos Infringentes n° 0373041-07.2009.8.19.0001, rel. Des. Marcus Quaresma Ferraz, j. 14.03.2013].

²⁶² Confirma-se, a esse respeito, as seguintes decisões monocráticas: “De fato, conquanto na primeira redação do dispositivo penal exigia-se o dano potencial a incolumidade de outrem, é de ver que à época da prática delitiva na hipótese, a Lei n° 11.705/08 já vigorava, bastando apenas o perigo abstrato para a incidência do tipo. Observa-se, ainda, que foi realizada a aferição da concentração de álcool no organismo do recorrido pela sujeição a etilômetro. [...] De se notar, no presente caso, que o resultado do etilômetro atestou a gradação de álcool em 0,40 miligrama por litro de ar expelido dos pulmões (fl. 2), ou seja, acima do mínimo legal, acarretando portanto a responsabilização criminal, visto a tipicidade da conduta do acusado.” [Recurso Especial n° 1.454.838-RJ, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 30.06.2014, doc. 36448049, DJe Especial n° 01.08.2014]. “Aplica-se à hipótese o art. 306 do CTB, com a redação dada pela Lei n. 12.760/2012, que não mais prevê a necessidade de exposição a dano potencial à incolumidade de outrem. O delito, de perigo abstrato, dispensa a demonstração de direção anormal do veículo pelo acusado. [...] O acórdão recorrido, ao entender pela necessidade de direção anormal do veículo para fins de tipificação do delito do art. 306 do CTB, a fatos praticados após a entrada em vigor da Lei n. 12.760/2012, divergiu da jurisprudência desta Eg. Corte, que pacificou entendimento no sentido de se tratar de crime de perigo abstrato, impondo-se sua reforma. [Recurso Especial n° 1.444.610-RJ, rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 09.05.2014, doc. 35340406, DJe 28.05.2014]. “Dessa forma, o delito de embriaguez ao volante, conforme descrito no tipo acima, é crime de perigo abstrato, caracterizando-se com a simples condução de automóvel, em via pública, com a

A grosso modo, por ora, a jurisprudência do Tribunal da Cidadania tem se limitado a mandar processar os acusados que se submeteram ao bafômetro ou exame de sangue com resultados superiores ao legalmente permitido²⁶³ e, sobre a sucessão de leis penais no tempo, entendeu pela irretroatividade da Lei nº 12.760/12²⁶⁴, que seria prejudicial aos

concentração de álcool igual ou superior a seis decigramas por litro de sangue, sendo *desnecessária a demonstração da potencialidade lesiva da conduta, consubstanciada na direção de forma anormal ou perigosa*. O Superior Tribunal de Justiça entende que ‘o crime do art. 306 do CTB é de perito abstrato, sendo despicienda a demonstração de potencialidade lesiva na conduta’ [...] *In casu*, restou demonstrado que o recorrido foi flagrado na direção de veículo automotor com concentração de 0,5 miligramas de álcool por litro de ar expelido, acima, portanto, do limite permitido por lei, o que configura o delito tipificado no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro. [Recurso Especial nº 1.415.207-RJ, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 27.11.2013, doc. 32574429, DJe 29.11.2013]. “Da simples leitura do dispositivo, é possível observar que o tipo penal apenas descreve a conduta de conduzir veículo sob a influência do álcool, acima do limite permitido, não exigindo a demonstração da efetiva potencialidade lesiva da conduta. Daí porque a jurisprudência desta Corte Superior entende que o delito de embriaguez ao volante é crime de perigo abstrato, não sendo necessária a demonstração de direção anormal que coloque em perigo concreto a segurança pública. Basta, à sua configuração, que esteja comprovada a concentração de álcool no sangue do condutor acima do limite permitido em lei, ou seja, a condução de veículo automotor em estado de embriaguez. [...] Desse modo, sendo desnecessária a efetiva potencialidade lesiva da conduta, não pode prevalecer o acórdão recorrido que manteve a sentença de absolvição sumária, ao argumento de que não restou demonstrada a direção anormal, a colocar em risco concreto a segurança viária.” [Recurso Especial nº 1.408.955-RJ, rel. Min. Regina Helena da Costa, j. 28.11.2013, doc. 32801223, DJe 03.12.2013].

²⁶³ “2. Praticado após a alteração procedida pela Lei n.º 11.705/08 e antes do advento da Lei n.º 12.760/12, o crime previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro é de perigo abstrato, sendo despicienda a demonstração de potencialidade lesiva na conduta. Precedentes. 3. Na espécie, inexistente flagrante ilegalidade pois, na aferição da concentração de álcool no organismo do paciente pela sujeição a etilômetro - conforme previsto no Decreto n.º 6.488/08 -, constatou-se a ingestão pelo increpado de quantidade significativa de bebida alcoólica (0,58 miligrama por litro de ar expelido dos pulmões), a ensejar a tipicidade da conduta.” [STJ, HC 192.051, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 29.08.2013, doc. 1259513, DJe 12.09.2013]. “1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de ser prescindível, após o advento da Lei nº 1.705/208, a comprovação de perigo concreto à segurança pública para a consumação do delito previsto no art. 306 do CTB, bastando a prova da embriaguez, por se tratar de crime de perigo abstrato. 2. O enunciado n. 83 da Súmula do STJ aplica-se ambas as alíneas autorizadoras. Precedentes.” [ARE nº 462.247, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 27.03.2014, doc. 1309084, DJe 07.04.2014]. “2. O crime previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, com as alterações procedidas pelas Leis n.º 11.705/08 e n.º 12.760/12, é de perigo abstrato, sendo despicienda a demonstração de potencialidade lesiva na conduta. Precedentes. 3. Contudo, praticado o delito com a redação primeva do mencionado dispositivo legal, o perigo concreto há de ser considerado, como de fato o foi pelas instâncias de origem, restando portanto caracterizado. 4. Por exame sanguíneo constatou-se a ingestão pelo imputado de quantidade significativa de bebida alcoólica (17,55 decigramas de álcool por litro de sangue), a ensejar a tipicidade da conduta.” [STJ, HC nº 183.463, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 16.08.2013, doc. 1254220, DJe 26.08.2013].

²⁶⁴ “2. O art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro sofreu significativas mudanças em sua estrutura típica, com o advento Lei n.º 11.705/08. Primeiro, esse delito passou a ser de perigo abstrato, sendo desnecessária a demonstração da efetiva potencialidade lesiva da conduta. Em segundo lugar, incluiu-se a elementar referente à “concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas”, tornando a imputação mais objetiva e precisa. Em seu texto original, o delito exigia, para sua configuração, apenas a comprovação de que o condutor do veículo dirigia sob a influência de álcool apta a comprometer a incolumidade de outrem. 3. A redação dada pela Lei n.º 11.705/2008 passou a exigir, para caracterizar a tipicidade da conduta, seja quantificada a concentração de álcool no sangue. Essa prova técnica se tornou indispensável, só podendo ser produzida, de forma segura e eficaz, por intermédio do etilômetro ou do exame de sangue. 4. No caso, não tendo sido realizada a indispensável prova técnica, a absolvição do Paciente quanto ao crime de embriaguez ao volante é medida que se impõe.” [STJ, HC nº 251.468, rel. Min. Laurita Vaz, j. 11.02.2014, doc. 1296520, DJe 28.02.2014]. “2. Com a redação conferida ao artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro pela Lei n.º 11.705/08, tornou-se imperioso, para o reconhecimento de tipicidade do comportamento de embriaguez ao volante, a aferição da concentração de álcool no sangue. 3. A Lei n.º 12.760/12 modificou

acusados tendo em consideração os novos meios de prova admitidos, aplicando a esses casos o quanto decidido no Recurso Especial nº 1.111.566-DF. Não foi localizada nenhuma discussão a respeito dos “sinais que indiquem alteração da capacidade psicomotora”²⁶⁵, embora já se tenha dispensado o competente exame de corpo de delito²⁶⁶, exigível pelo art. 158 do Código de Processo Penal²⁶⁷, frente a mais recente legislação²⁶⁸.

a norma mencionada, a fim de dispor ser despcienda a avaliação realizada para atestar a gradação alcoólica, acrescentando ser viável a verificação da embriaguez mediante vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova, de modo a corroborar a alteração da capacidade psicomotora. 4. Contudo, no caso em apreço, praticado o delito com a redação primeva da legislação e ausente a sujeição a etilômetro ou a exame sanguíneo, torna-se inviável a responsabilização criminal, visto a impossibilidade de se aferir a existência da concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas por uma análise na qual se atenha unicamente aos sinais clínicos e às manifestações físicas e psíquicas do avaliado. 5. Entendimento consolidado pela colenda Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, no seio do REsp n.º 1.111.566/DF, representativo de controvérsia, nos moldes do art. 543-C do Código de Processo Civil. [STJ, HC nº 246.553, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 08.10.2013, doc. 1272040, DJe 17.10.2013].

²⁶⁵ Até já se propôs a discussão mas o *habeas corpus* em questão foi indeferido liminarmente por ausência da mínima “prova pré-constituída” e por importar “revolvimento de material fático-probatório”: “No mérito, afirma que o paciente não se encontrava com sua capacidade psicomotora alterada por influência de álcool. Sustenta que o acusado não teria ingerido bebida alcoólica na ocasião dos fatos e que o odor etílico mencionado pelos policiais decorreria do uso do medicamento chamado ‘elixir de genciana’, o qual possui álcool em sua composição. Acrescenta que o paciente realmente sofreu mal súbito enquanto dirigia seu veículo, mas o evento decorreu do consumo de outro medicamento, este utilizado para controle da ansiedade. Com relação aos demais sintomas mencionados no auto de prisão em flagrante, afirma que a vermelhidão e inchaço nos olhos e a dilatação das pálpebras foram causadas por cirurgia plástica facial, acostando laudos médicos referentes a todas as suas alegações.” [STJ, HC nº 294.394, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 13.05.2014, doc. 35413566, DJe 16.05.2014].

²⁶⁶ “1. Na vigência da Lei 11.705/2008, o exame de sangue ou o teste do bafômetro eram considerados indispensáveis para a comprovação da materialidade do crime de embriaguez ao volante, sendo certo que o condutor do automóvel não era obrigado a realizá-los, sob pena de ofensa ao princípio que proíbe a autoincriminação. 2. Com o advento da Lei 12.760/2012, o combate à embriaguez ao volante tornou-se ainda mais rígido, tendo o legislador previsto a possibilidade de comprovação do crime por diversos meios de prova, conforme se infere da redação do § 2º incluído no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro. 3. No caso dos autos, o crime imputado ao recorrente ocorreu em 22.3.2013, quando já vigorava o § 2º do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, com a redação dada pela Lei 12.760/2012, de modo que, diante da sua recusa em se submeter a qualquer espécie de teste para a constatação do teor alcoólico por litro de sangue, admite-se a prova da embriaguez por meio de testemunhos, circunstância que evidencia a dispensabilidade do exame de corpo de delito.” [STJ, RHC nº 45.173, rel. Min. Jorge Mussi, j. 06.05.2014, doc. 1317424, DJe 15.05.2014]

²⁶⁷ “Segundo as disposições do artigo 158 do Código de Processo Penal, as perícias são obrigatórias em todos os crimes que deixem vestígios. São estes os termos da regência legal: [...] A confissão do réu nunca foi aceita como meio capaz de suprir a falta de perícia para se coibir abusos. Logo, o que fazer nas situações em que o exame de corpo de delito é imprescindível, quando ele é elementar do próprio tipo penal, quando ele é uma prova técnica específica? Seria, então, possível a sua substituição pelo exame de corpo de delito de forma indireta, eis que há imposição constitucional no sentido de que as pessoas não estão sujeitas a praticar condutas que lhas constringam; e muito menos de produzirem provas contra si. Tenho que não. Tenho que o exame de corpo de delito indireto não poderá substituir o direito quando os vestígios, da embriaguez existem. O exame de corpo de delito direto, na hipótese é indispensável, eis que se trata de medida para a determinação de uma grandeza matemática, numérica, determinada, isto é, o teor de álcool no sangue do acusado, de 0,6 decigramas; ou mais, limite e marco determinante da embriaguez. Não o podendo ser realizada, descaracterizado está o tipo penal. A matéria da descaracterização do tipo penal em razão da não realização do corpo de delito, entre nós, não é nova, como nas hipóteses de lesão corporal grave; de furto mediante rompimento de obstáculo, em que o exame de corpo de delito é elementar do tipo penal. Não

Mas as discussões, claro, não se esgotam por aí. Os incisos I e II do § 1º do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro não são disposições de direito penal material, mas regras processuais²⁶⁹. Nesse sentido, POZZEBON²⁷⁰ afirma que o legislador incluiu “um elemento normativo no *caput* do aludido tipo e passou a exigir para a configuração do crime que o motorista esteja dirigindo ‘com a capacidade psicomotora alterada’”, de modo que, “ainda que varie a forma de constatação”, segundo os diferentes incisos, “é necessária a prova da alteração da capacidade psicomotora, para o que poderão ser usados os demais elementos supracitados, presentes no § 2º²⁷¹”.

realizado o exame, poderá subsistir outro tipo penal, nunca a lesão grave ou o furto qualificado pelo rompimento de obstáculo” [TJDF, HC 2008.00.2.010187-0, rel. Des. João Timóteo, DJe 30.10.2008, p. 111].

²⁶⁸ Em sentido contrário ao decidido pelo STJ: “Por fim, calha observar, conforme bem apreendido por Francisco Sannini Neto e Eduardo Luiz Santos Cabette que, ‘sem embargo do disposto no parágrafo 2º, do artigo 306, de acordo com o Código de Processo Penal, sempre que a infração deixar vestígios, é indispensável a realização de perícia’ (Lei n. 12.760/2012: a Nova Lei Seca. Disponível na internet em: <http://jus.com.br/revista/texto/23321/lei-no-12-760-2012-a-nova-lei-seca>). Disso decorre afirmar que a *prova técnica consentida* sempre deverá ser tentada via realização de exames de alcoolemia ou teste do bafômetro, e só em caso de recusa do suposto autor do delito em se submeter a tais exames, o que irá resultar na ausência de prova pericial por impossibilidade de sua realização, é que esta poderá ser suprida por qualquer outro tipo de prova lícita, conforme se extrai dos artigos 158 e 167 do CPP. [MARCÃO, Renato. “Nova Lei Seca não pode ser aplicada retroativamente”. *Consultor Jurídico*, disponível na internet: <http://www.conjur.com.br/2013-jan-23/renato-marcao-lei-seca-nao-aplica-casos-antiores-edicao>, acesso em 21.05.2013].

²⁶⁹ Em sentido contrário: “o legislador [...] não se contentou: quis incluir, agora, na estrutura tipológica três parágrafos e dois incisos, os quais já começam a gerar controvérsias desnecessárias. [...] Conclui-se, portanto, que quando do vigor da Lei 11.705/08 o crime era invariavelmente de perigo abstrato, mas sob a égide da nova Lei 12.760/12 ele é de perigo abstrato, no caso do artigo 306, § 1º, I; e de perigo concreto, no caso do artigo 306, § 1º, II, CTB” [CABETTE, Eduardo Luiz dos Santos. *Nova Lei Seca: comentários à Lei 12.760, de 20 de dezembro de 2012*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013, p. 52 e 59].

²⁷⁰ “Ou seja, na prática, segundo a decisão, houve um incremento no ônus probatório, seja do agente/autoridade de trânsito, seja da acusação, não bastando mais a realização do exame do bafômetro. Feito o teste e detectada concentração igual ou superior à prevista na lei, somente será típica a conduta se constatada a redução da capacidade psicomotora, a ser comprovada pelos meios de prova previstos no § 2º do art. 306 do CTB. Abaixo desse limite legal, não há tipicidade. A questão é polêmica, sem dúvida, mas é inegável que o respeitável entendimento adotado se deu a partir de mais uma alteração na seara penal (pela Lei 12.760/2012), envolvendo o mesmo art. 306 do CTB, no qual foi incluído o referido elemento normativo no tipo antes inexistente, ou seja, há agora a exigência de que o motorista conduza o automóvel com a capacidade psicomotora alterada. Ademais, os incs. I e II do § 1º do art. 306 trazem hipóteses de constatação da ‘alteração da capacidade psicomotora’, todavia, não permitem dispensar a prova concreta da ocorrência de tal alteração, na forma do § 2º do mesmo artigo, inclusive, sob pena de se adotar perigosa presunção *juris et de jure* em sede de configuração típica.” [POZZEBON, Fabrício Dreyer de Avila. “Embriaguez ao volante e a prova do elemento normativo ‘capacidade psicomotora alterada’”. *Boletim do IBCCrim* nº 250, São Paulo, setembro 2013, p. 16].

²⁷¹ Em sentido um tanto diverso, propondo uma presunção relativa, a ser ilidida pelo acusado: “Contudo, o teste do etilômetro não está descartado nesta nova sistemática. Isto porque há presunção legal de alteração da capacidade psicomotora pela concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligramas de álcool por litro de ar alveolar (art. 306, I, da Lei 9.503/1997, com a redação que lhe foi dada pela Lei 12.760/2012). Esta nova redação do art. 306 Código de Trânsito, especialmente em razão do disposto no inciso I, permite, em primeiro momento, a equivocada conclusão no sentido de que a embriaguez ao volante se tipifica tanto pela alteração da capacidade psicomotora, independentemente da quantidade de álcool ingerida (critério qualitativo), quanto pela concentração de álcool por litro de sangue ou ar alveolar superior à permitida por lei (critério quantitativo). A presunção legal do inciso I, porém, é relativa e permite demonstração de que a quantidade de álcool encontrada nenhuma

Ressalte-se que, assim, a nova Lei, por mais estrita, por exigir mais um requisito, que antes não era previsto, deverá retroagir e, sendo aplicada aos casos em que não houve redução da capacidade psicomotora ou esta não foi comprovada pela acusação, indicar a absolvição desses réus²⁷². Não é caso de *abolitio criminis*²⁷³, no entanto, porque dentre os motoristas com mais de seis decigramas de álcool no sangue (Lei Seca), certamente, alguns também apresentaram sinais da capacidade psicomotora alterada: seja por características de sua condução (CTB original), seja por sinais exteriores (Nova Lei Seca). Indispensável, portanto, a avaliação caso a caso.

Como já dissemos a discussão sobre os aspectos processuais do crime de embriaguez ao volante têm sobrepujado os temas de direito penal material, mas em muitos pontos é difícil fazer o devido recorte científico com precisão. As questões aparecem quase sempre entrelaçadas e outras ainda aguardam equacionamento²⁷⁴.

influência teve sobre a capacidade psicomotora do agente. Cabe a este, porém, demonstrar que esta capacidade encontrava-se incólume, mesmo tendo ingerido álcool acima do permissivo legal.” [KAUFFMANN, Carlos. “Embriaguez ao volante – a prova processual e as alterações da Lei nº 9.503/1997”, *Boletim do IBCCrim nº 248*, São Paulo, julho 2013, p. 12].

²⁷² “Há, pois, na atual redação uma *nova elementar normativa* no tipo penal em questão: a alteração da capacidade psicomotora do condutor. Se antes, nos termos da redação dada pela Lei 11.705/08, bastava a comprovação da concentração de álcool por litro de sangue (crime de perigo abstrato), agora, de acordo com a atual redação, além da constatação da graduação alcoólica é imprescindível, também, a comprovação da *alteração da capacidade psicomotora*. [...] No caso concreto, entendo deva retroagir a atual redação do artigo 306 da Lei 9503/97, pois mais benéfica ao réu. Isso porque não há nos autos nenhuma prova da alteração da capacidade psicomotora do apelante. Ademais, os policiais confirmam ter abordado o apelante aleatoriamente, visto que trafegava normalmente com seu veículo.” [TJRS, Apelação nº 70054410014, rel. Des. Nereu José Giacomolli, j. 03.04.2014]. No mesmo acórdão consta, ainda, interessante compreensão dos incisos do § 1º do art 396 do CTB, *verbis*: “O parágrafo 1º, inserido no artigo 306 pela Lei 12.760/12, disciplina as duas questões. No inciso I, estabelece como mínimo relevante para fins penais a concentração de álcool por litro de sangue superior a 6 dg. Mantém, em resumo, a quantidade mencionada na anterior redação do *caput*, dada pela Lei 11.705/08. E o inciso II, *em referência às substâncias psicoativas*, dispõe que a alteração da capacidade psicomotora pode ser constatada por sinais assim indicativos nos termos de regulamentação do CONTRAN”.

²⁷³ “Desse panorama decorre que a conduta pela qual o paciente foi denunciado não é mais crime e tampouco pode ser abrangida pelo novel tipo penal de embriaguez ao volante, pois conduzir veículo automotor *com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas* é completamente diferente de conduzir veículo automotor *com capacidade psicomotora alterada*. [...] *E, no caso concreto, a lei nova criminalizou uma conduta antes atípica* (conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada) *e tornou atípica uma conduta antes criminosa* (conduzir veículo automotor com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a seis decigramas). [...] Nesses termos, *o que antes era crime, hoje é meio de prova para demonstração de um crime*. E, no ponto, calha salientar que não se pode admitir, em Direito Penal, mormente em um Estado Democrático de Direito, que se admita qualquer espécie de prova tarifada. Presumir que a ‘concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar’ equivale a ‘capacidade psicomotora alterada’ é equivocado e intolerável, pois fere o princípio da legalidade” [TJRS, Habeas Corpus nº 70058771908, rel. Des. Diógenes V. Hassan Ribeiro, j. 03.04.2014].

²⁷⁴ Uma das mais prementes, embora na matéria processual, diz respeito ao cotejo de sinais contraditórios ou de contradição entre os muitos meios de prova previstos. Veja-se um exemplo: “Nota-se, portanto, que a prova da materialidade que embasou o oferecimento da denúncia foi constituída tão somente pelos depoimentos dos policiais militares que abordaram o paciente, consubstanciada no Termo de Constatação de

3.5. A Lei nº 12.971, de 9 de maio de 2014²⁷⁵

É mesmo de se duvidar que a Lei nº 12.971/14 chegará a vigorar já que o seu período de *vacatio legis* vai até o próximo mês de novembro e deve se ter em conta as severas críticas que vem recebendo da doutrina penal²⁷⁶.

A principal razão para críticas reside na contraditória instituição de dois crimes idênticos mas com penas diferentes. De fato, haverá um homicídio culposo de trânsito qualificado pela participação em “racha” ou “pega” apenado com dois a quatro anos de reclusão (art. 302, § 2º, 2ª parte), bem como um crime de participação, em via pública, de corrida, disputa ou corrida não autorizada agravado pelo resultado morte apenado, desta feita, com cinco a dez anos de reclusão (art. 308, § 2º, todos do CTB). Realmente, seus “absurdos são evidentes”^{277 278}.

Embriaguez constante às f.27/TJ. É certo que nos termos da Resolução 432/13 do Contran, os sinais de alteração da capacidade psicomotora podem ser verificados por meio de exame clínico com laudo conclusivo e firmado por médico perito, ou por constatação, pelo agente da Autoridade de Trânsito, do conjunto de sinais que comprovem a situação do condutor. No caso concreto, todavia, verifica-se uma discrepância relevante entre as referidas conclusões, ficando evidente que pelo exame clínico realizado no dia dos fatos por perito do Instituto Médico Legal não restaram confirmados os sinais de alteração da capacidade psicomotora do paciente. Assim, sendo imprescindível a comprovação precisa e incontestável da alteração da capacidade psicomotora do condutor, pois elementar normativa do tipo penal em questão, é de se constatar no caso concreto a inexistência de lastro probatório mínimo que possibilita constituir o fato infração penal [TJMG, Habeas Corpus 1.0000.14.006091-4/000, rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho, j. 25.02.2014, DJ 10.03.2014].

²⁷⁵“Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor: Penas - reclusão, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.[...].

§ 2º Se o agente conduz veículo *automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência* ou participa, em via, de corrida, disputa ou competição automobilística ou ainda de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente:

Penas - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.”

“Art. 303. Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor: Penas - detenção, de seis meses a dois anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Parágrafo único. Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) à metade, se ocorrer qualquer das hipóteses do § 1º do art. 302.”

“Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de [...] § 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia *ou toxicológico*, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.

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

²⁷⁶ GOMES, Luiz Flávio. “Nova lei de trânsito: barbeiragem ou derrapagem do legislador?”, *Atualidades do Direito*, disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2014/05/comentarios-lei-129712014-que-alterou-o.html>, acesso em 27.05.2014.

²⁷⁷ GRECO, Rogério. “Os absurdos da Lei nº 12.971, de 9 de maio de 2014”, *Atualidades do Direito*, disponível em <http://atualidadedireito.com.br/rogeriogreco/2014/05/26/os-absurdos-da-lei-no-12-971-de-9-de-maio-de-2014/>, acesso em 30.06.2014.

²⁷⁸ Já há, no entanto, quem esteja propondo intrincada interpretação “salvadora”, tão ao gosto de preparatórios para concursos: “1) Se o agente queria causar a morte (agiu com dolo direto quanto ao resultado): deverá responder pelo delito do art. 308, caput, do CTB em concurso formal com o art. 121 do

A gênese da confusão legislativa reside no fato de o Senado Federal não ter exercido a competente revisão sobre a parte criminal do Projeto de Lei da Câmara nº 26, de 2013, com o declarado intuito de abreviar o processo legislativo²⁷⁹. Feito isso, bastou à Câmara dos Deputados rejeitar as emendas do Senado para que o projeto de lei fosse à sanção presidencial com sua imperfeita redação original²⁸⁰.

No que diz respeito ao tema de nosso estudo, a Lei nº 12.971/14 estabeleceu uma qualificadora de pouca repercussão, pois só se alterou a pena de detenção para reclusão, para a ocorrência de homicídio culposo de trânsito praticado por agente que conduza veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência do álcool (art. 302, § 2º, 1ª parte). Terá o efeito, porém, de reforçar a hipótese da absorção do crime de perigo, a embriaguez ao volante, pelo crime de dano, o homicídio, sinalizando a impossibilidade do concurso material na espécie.

CP. Ex: o condutor percebeu que seu inimigo estava assistindo ao “racha” na calçada e joga o veículo contra ele. 2) Se o agente assumiu o risco de causar a morte (agiu com dolo eventual quanto ao resultado): deverá responder pelo delito do art. 308, caput, do CTB em concurso formal com o art. 121 do CP. Ex: o condutor percebe que há muitos expectadores próximos à pista, mesmo assim resolve fazer a curva fechada, sem se importar caso alguém seja atingido. Em seu íntimo, tanto faz se alguém for atropelado. 3) Se o agente não queria nem assumiu o risco de causar a morte, mas apesar disso atuou de forma negligente, imprudente ou imperita (agiu com culpa *consciente*): deverá responder pelo delito do art. 308, § 2º do CTB (ou pelo art. 302, § 2º, a depender da interpretação que seja dada pelos Tribunais). Ex: o condutor percebe que há muitos expectadores próximos à pista, mas mesmo assim resolve fazer a curva fechada, confiando sinceramente nas suas habilidades e que poderia concluir a manobra sem atingir ninguém. 4) Se o agente não queria nem assumiu o risco de causar a morte, mas apesar disso atuou de forma negligente, imprudente ou imperita (agiu com culpa *inconsciente*): deverá responder pelo delito do art. 302, § 2º do CTB. Ex: é madrugada e o condutor que estava participando do “racha” não percebe que há um pedestre próximo à pista (apesar de isso ser previsível); ao fazer a curva, perde o controle do carro e acerta o transeunte, causando a sua morte” [SILVA, Marcelo Rodrigues da. “Comentários às inovações relativas aos crimes de trânsito - Lei 12.971/14.” *Jus Navigandi*, Teresina, mai. 2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/28461>, acesso em 14.05.2014].

²⁷⁹ “É preciso, no entanto, destacar que a presente proposição tramitou na Câmara dos Deputados por cerca de cinco anos e, ainda assim, seu texto contém algumas impropriedades, geradas na pressa de se concluir a apreciação. Com essa experiência em mente, propomos recortar do presente PLC os dispositivos mais controversos, os penais, com vistas à pronta aprovação da parte que possui maior consenso, qual seja, o aumento das multas previstas para as infrações de trânsito mais graves, dada a ansiedade com que a população aguarda a efetividade de tais medidas” [Parecer nº 1.062, de 2013, rel. Sen. Vital do Rêgo, *Diário do Senado Federal*, nº 149, 19.09.2013, p. 64.693/64.694].

²⁸⁰ Redação original essa que é muito próxima da defendida pelo movimento popular “Não foi acidente”, que congrega familiares de vítimas dos crimes de trânsito com o declarado objetivo “de mudar as leis brasileiras que abrem tantas portas para a impunidade” e, em especial, propõe o aumento da pena prevista para o homicídio culposo qualificado pela embriaguez ao volante, que seria de a cinco a oito anos de reclusão, já que, “hoje, a pessoa que bebe, dirige e mata, é indiciada por homicídio culposo (sem intenção de matar). Neste caso, se o atropelador for réu primário, pode pegar de dois a quatro anos de prisão. A habilitação pode ser suspensa por um ano. Na prática, segundo a Constituição brasileira, até 4 anos de prisão a pena pode ser convertida em serviços para a comunidade. Em outras palavras, nada acontece para quem mata no trânsito brasileiro”. A grande questão, portanto, seria impedir a aplicação de penas e medidas alternativas à prisão [disponível na internet: http://www.naofoiacidente.org/Arquivos/Peticao_projeto_completo.pdf, acesso em 17.07.2012].

Ademais, acrescentou-se entre os meios de prova disciplinados pela Lei nº 12.760/12 a realização do exame toxicológico como apto a provar o crime do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro quando a suspeita recair sobre o uso de outra substância psicoativa que determine dependência diferente do álcool etílico.

III - O PERIGO NO CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE

1. A legitimidade do injusto de perigo na embriaguez ao volante

A questão dos crimes de perigo, em especial dos crimes de perigo abstrato, é tema dos mais atuais e carentes de sistematização científica. CLAUS ROXIN²⁸¹ afirma a falta de pacificação das controvérsias que o tema enseja, enquanto GÜNTHER JAKOBS²⁸² situa ao menos parte de tais controvérsias também como ainda não inteiramente resolvidas.

Alguns autores preferem trabalhar através da seleção de grupos de casos de crimes de perigo abstrato²⁸³, propondo para cada um desses grupos uma solução particular, e outros defendem propostas unificadoras²⁸⁴ com solução global aplicável a todos os tipos dessa modalidade. É de se ter em mente, ainda, para todas essas concepções, a advertência de BLANCA MENDOZA BUERGO²⁸⁵ sobre a excessiva mistura de questões da dogmática penal propriamente dita com outras atinentes à suposta ilegitimidade dos crimes de perigo abstrato, e que a nosso sentir poderiam receber melhor tratamento científico se devidamente apartadas.

No Brasil, contudo, até bem recentemente, era ainda pior, a discussão sobre os crimes de perigo abstrato estava quase que unicamente colocada sobre a constitucionalidade dessa espécie de delitos. Autores como LUIZ FLÁVIO GOMES²⁸⁶, PAULO DE SOUZA QUEIRÓZ²⁸⁷,

²⁸¹ "... la solución de esa cuestión, com en general en cuanto a la penetración dogmática de los delitos de peligro abstracto, la discusión científica tampoco há conducido aún a conclusiones reconocidas de modo general" [ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, 1997, § 11/119, p. 407].

²⁸² "A criminalização de comportamentos previamente à irrupção de uma organização alheia, é dizer, por exemplo, os de apologia do delito, o de instigação popular, o de fundação de associações de caráter delitivo, ainda não está inteiramente resolvida", indicando o seu conceito de direito penal do inimigo como subsídio para a discussão [JAKOBS, Günther. *Ciência do direito e ciência do direito penal*, 2003, p. 35-36].

²⁸³ PIERPAOLO BOTTINI classifica essa seleção como teses dualistas, incluindo entre seus autores ROXIN, JAKOBS e RODRÍGUEZ MONTAÑÉS [*Crimes de perigo abstrato*, 2010, p. 153 e ss]. Merece ainda destaque a defesa de LUÍS GRECO dessa maneira de proceder, o que faz com apoio na iniciativa de WOHLERS, *verbis*: "o caminho correto está em se construir grupos de crimes de perigo abstrato e enunciar os requisitos de legitimidade que cada qual tem que atender" ou, em outro estudo, no capítulo intitulado: "O caminho promissor: abandono de soluções globais em favor de um detalhado desenvolvimento das diversas estruturas do delito" [*Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*, 2011, p. 33 e 104].

²⁸⁴ Mais uma vez, com amparo em BOTTINI, aqui estariam os que vêm os delitos de perigo abstrato como (i) delitos de lesão, (ii) como delitos formais e as (iii) teses da periculosidade com elemento basilar dos tipos penais [*Crimes de perigo abstrato*, 2010, p. 141, 147 e 164].

²⁸⁵ "En estas propuestas aparecen muy mezcladas las cuestiones estrictamente dogmáticas con aquellas que se engloban bajo el rótulo de legitimidade de estos delitos, esto es, de utilización legítima de esta técnica de tipificación, a la vista de las objeciones sobre su estructura y fundamento y de su posible colisión con principios básicos del establecimiento de responsabilidad penal" ["La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto". *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, nº. 09, 2002, p. 48].

²⁸⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ALICE BIANCHINI²⁸⁸ e ÂNGELO ROBERTO ILHA DA SILVA²⁸⁹ centravam suas análises exclusivamente no atendimento, ou não, dos princípios constitucionais da ofensividade, subsidiariedade e proporcionalidade pelos crimes de perigo abstrato em geral.

Com efeito, parcela significativa do nosso pensamento penal defende a exclusão dos tipos penais de perigo abstrato do ordenamento jurídico, devido à sua suposta incompatibilidade com um modelo de Estado Democrático de Direito, que fundamenta o exercício do *ius puniendi* na proteção exclusiva de bens jurídicos e, conseqüentemente, no princípio da lesividade.

A incriminação de condutas sem resultado material ou jurídico, de perigo presumido pelo ordenamento, contrariaria o disposto no art. 13, do Código Penal: “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa...”. Ademais, o estabelecimento de crimes de perigo abstrato importa uma presunção *iure et de iure* de resultado, sendo inconstitucional ainda por macularem o direito de defesa, ao não admitirem prova em contrário da ausência de lesividade.

Assim, “a intervenção penal não deve ter lugar senão em face de dano ou perigo de dano ocorridos, ou seja, dano ou perigo concretos, pois do contrário, não se protegerá bem jurídico algum, mas, antes, se penalizará a só desobediência à norma penal. É preciso que se trate, portanto, de dano ou perigo de dano verificável ou avaliável empiricamente, partindo das características de cada concreto comportamento proibido, repudiando, assim, os chamados delitos de perigo abstrato”²⁹⁰.

Talvez tenha sido decisivo para superar esse reducionismo o descobrimento da doutrina de ULRICH BECK²⁹¹ sobre a atual “sociedade do risco” pelos penalistas brasileiros, pois como acentua ALAMIRO VELLUDO SALVADOR NETTO:

A própria construção analítica da sociedade do risco, ao imputar a todas as condutas humanas um grau de risco essencial e inafastável, cria a dificuldade de admitir os delitos de perigo abstrato como suficientes e legitimados pela mera presunção legislativa. A centralização das noções

²⁸⁷ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal: Lineamentos para um direito penal mínimo*. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

²⁸⁸ BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

²⁸⁹ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos Crimes de Perigo Abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

²⁹⁰ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal: Lineamentos para um direito penal mínimo*. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 88.

²⁹¹ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidade*. Barcelona: Paidós, 1998.

dos riscos proibidos levaria em consideração, por meio da cognição do intérprete, a real necessidade de atribuir tipicidade e suas consequências penais, tendo em vista a lesividade do funcionamento e da expectativa sobre uma determinada instância (sistema financeiro, tráfego etc)²⁹².

Foi, então, a partir²⁹³ das teses de doutoramento de RENATO DE MELLO JORGE DA SILVEIRA²⁹⁴ e PIERPAOLO CRUZ BOTTINI²⁹⁵, ambas defendidas perante a Universidade de São Paulo e sob a orientação de ANTONIO LUIS CHAVES CAMARGO²⁹⁶, que a discussão no Brasil se aproximou da que vinha sendo feita no estrangeiro e passou a contemplar também a dogmática dos crimes de perigo abstrato.

É que, na sociedade atual, os tradicionalmente chamados crimes de perigo abstrato²⁹⁷, enquanto tipos que proíbem uma conduta determinada sem a exigência da produção de resultado natural, podem ser apreendidos como “o núcleo central do direito penal do risco”²⁹⁸ precisamente porque: (i) surgiram *atividades e produtos com altíssimo potencial lesivo*, como o uso da energia nuclear, em que se pretende evitar ao máximo a ocorrência de qualquer resultado, já que estes poderiam ser verdadeiramente desastrosos; (ii) apareceram *novas tecnologias*, muitas de aplicação vantajosa para a sociedade, mas das quais *ainda se desconhece toda a relação de causas e efeitos* a que estão submetidas, como os alimentos transgênicos, o que impede a imputação pessoal de eventual resultado danoso nos moldes dos crimes de lesão, só permitindo tipificação das condutas identificadas com o seu mal uso, ou seja, também por crimes de perigo abstrato; (iii) temos ainda a situação dos *delitos por acumulação*, cujo exemplo clássico é a poluição ambiental, em que o perigo das condutas sequer está na atuação individual, mas na previsão de sua maciça reiteração por

²⁹² SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade do risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 110-111.

²⁹³ Antes disso, sobre o específico tema, merecem registro as obras de PINHO, Desmosthenes Madureira. *O valor do perigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1939; TORNAGHI, Helio B. *A questão do crime formal*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho (editor), 1944; e, PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes de mera conduta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

²⁹⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Ver também um seu trabalho pós-doutoramento: *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

²⁹⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade do risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. A 2ª edição, em 2010, recebeu título abreviado, ficou simplesmente: *Crimes de perigo abstrato*, pela mesma editora.

²⁹⁶ Seus últimos trabalhos publicados foram: CAMARGO, Antônio Luís Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, e, CAMARGO, Antônio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001.

²⁹⁷ Nessa esteira, já há notícia até da conversão de um dos “inimigos” do perigo abstrato: PAULO QUEIRÓZ [cf. SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. “Considerações em torno do crime de embriaguez ao volante em sua conformidade constitucional”. *Revista da Ajuris*, nº 118, junho 2010, p. 61].

²⁹⁸ BOTTINI, *Crimes de perigo abstrato*, 2011, p. 119-128.

diferentes agentes; (iv) também a tendência de cada vez maior proteção dos *bens jurídicos coletivos*, como a higidez do sistema financeiro, nos quais é impossível determinar uma vítima específica, encaminha no mesmo sentido, fazendo os tipos penais admitirem a existência presumida de lesão a objetos imateriais; e, por fim, (v) destaca-se a necessidade de regulação dos *novos contextos de risco interacional* ou das ações massivas, nos quais também se pretende atuar antes do dano efetivo, reforçando mesmo a observância das regras de organização e a manutenção das expectativas nos contatos anônimos, cujo maior âmbito de incidência é exatamente o objeto do presente estudo – a segurança no trânsito, *verbis*:

O exemplo mais elucidativo deste fenômeno é o tráfego viário. O uso do automóvel como instrumento cotidiano de locomoção, em si, não representa um risco significativo para a organização da comunidade, mas o emprego deste meio de transporte por um número considerável de usuários, em um mesmo local, cria um ambiente de risco, que emerge desta interação intensa, e este ambiente exige a intervenção do direito.

Surgem regulamentos direcionados ao controle e à segurança destes contextos de riscos, não com o objetivo de proibir a utilização dos insumos tecnológicos disponíveis, mas para organizar seu emprego de maneira racional, evitando possíveis instabilidades decorrentes da ausência de regras específicas que solidifiquem expectativas de interação. A materialização deste objetivo se faz, muitas vezes, através do direito penal, que buscará incidir como medida de reforço e de inibição do descumprimento das medidas de organização destes ambientes de interação massificada. A pena, nestes âmbitos, não surge como ameaça a comportamentos que atacam diretamente bens jurídicos, mas como mecanismo de controle da vigência das regras de organização. A norma importará menos o dano específico resultante da conduta do que a quebra de expectativas de interação. Daí a atração pelo tipo penal de perigo abstrato, nestas hipóteses.²⁹⁹

Diante desse quadro da realidade, parece-nos um tanto ingênuo advogar a proscrição pura e simples de todos os crimes de perigo abstrato do ordenamento jurídico. Ao reverso, assumindo, senão o seu aventado déficit de legitimidade, ao menos a necessidade de antecipação da tutela penal em determinados casos, melhor trabalhar com a dogmática buscando estabelecer critérios para o emprego justificado dos crimes de perigo abstrato num Estado Democrático de Direito.

²⁹⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. “Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n.º. 61, julho-agosto de 2006, p. 44-121.

Um dos instrumentos desse trabalho consiste em reconhecer que tratamos de um “ponto de cruzamento entre a parte geral e a especial”³⁰⁰, que devemos “levar em conta as vantagens e desvantagens das diversas construções [dogmáticas] possíveis”³⁰¹ e que não podemos restringir nossa análise a “adversários peso leve”³⁰², na linha das provocações colocadas por LUÍS GRECO.

Acontece que, os defensores da inconstitucionalidade do perigo abstrato em geral nunca ousaram atacar a legitimidade da embriaguez ao volante, preferindo adotar soluções como a do crime de perigo concreto indeterminado ou do crime de lesão em face do bem jurídico “segurança viária”³⁰³. De mais a mais, entre os autores envolvidos na controvérsia, foi justo um defensor da constitucionalidade do perigo abstrato³⁰⁴ quem primeiro se colocou contra a presunção de periculosidade inaugurada pela Lei Seca, defendendo com todas as letras a ilegitimidade do novo modelo típico³⁰⁵.

Desse modo, no caso específico do crime de embriaguez ao volante³⁰⁶, ora previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, é preciso registrar que não percebemos mais

³⁰⁰ “Um terceiro problema capital da discussão está, a meu ver, no fato de que se fale demasiado em ‘delitos de perigo abstrato’ e ‘bens jurídicos coletivos’ e pouco dos próprios tipos penais que podem ser enquadrados nessas duas categorias. [...] O grande mérito de HEFENDEHL foi o de ter dado o primeiro sério passo no sentido de uma teoria que não conhece apenas entidades abstratas como o crime de perigo abstrato e o bem jurídico coletivo, mas também tipos penais que ninguém questiona, como os delitos de corrupção, de moeda ou documento falso. Com isso já se abandona implicitamente qualquer pretensão de construir uma postura radical com base numa crítica a ‘adversários peso leve’, como são as problemáticas novas formas de estelionato do direito penal alemão. Nesse sentido, o trabalho de HEFENDEHL representa um verdadeiro *point of no return*: quem quiser posicionar-se sobre os temas em questão, terá de proceder de modo muito mais cuidadoso e diferenciado do que era possível antes da publicação desse trabalho. HEFENDEHL provou que não é possível superar os problemas do direito penal moderno com uma atitude de dogmático da Parte Geral, mas que a Parte Especial tem que ser levada em conta extensiva e intensivamente. [GRECO, Luís., *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*, 2011, p. 45 e 110].

³⁰¹ GRECO, *Modernização do direito penal, ...*, 2011, p. 50.

³⁰² GRECO, *Modernização do direito penal, ...*, 2011, p. 45.

³⁰³ É que localizamos autores que defendem o crime de embriaguez como delito de lesão, mas de mera conduta (Damásio E. Jesus), ou como de perigo concreto, ainda que indeterminado (Luiz Flávio Gomes). Ao ensejo, é preciso registrar que “nossos críticos do perigo abstrato só conseguem ser tão radicais porque trabalham com um conceito de perigo concreto bem mais amplo, bem menos severo, do que o proposto pela doutrina alemã, porque se até ‘perigo comum’, perigo para número indeterminado de pessoas, é perigo concreto, se existe uma ‘teoria do perigo concreto indireto’, então grande parte daquilo que a doutrina dominante pode, no máximo, considerar crime de perigo abstrato acabou sendo elevado à categoria dos crimes de perigo concreto e tornada legítima [GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º. 49, julho - agosto 2004, p. 123].

³⁰⁴ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. “Considerações em torno do crime de embriaguez ao volante em sua conformidade constitucional”. *Revista da Ajuris*, n.º 118, junho 2010, p. 57-93.

³⁰⁵ Curiosamente é nesse mesmo artigo que se dá notícia da mudança de opinião de PAULO QUEIRÓZ sobre o tema (p. 61).

³⁰⁶ O *nomen iuris* “embriaguez ao volante” não é utilizado pelo Código de Trânsito Brasileiro (Lei n.º 9.503/97) e parece ser herança do revogado Código Penal de 1969, muito embora sequer o tipo original do

séria objeção à criminalização da conduta em si (*o que proteger?*), reconhecendo-se em geral sua legitimidade³⁰⁷ e quase sempre a validade do bem jurídico *segurança no trânsito*. Já a controvérsia a respeito da forma mais adequada para a sua proteção (*como proteger?*), embora prevaleça a concepção de perigo abstrato, não deixa de ser rica e diversificada, em razão das diferenças entre os modelos construídos para a sua fundamentação, e é disso que nos ocuparemos mais adiante.

Outra ferramenta importante será o recurso ao princípio da proporcionalidade, principalmente à sua faceta menos compreendida, a do princípio da idoneidade. É que, como bem leciona MARIÂNGELA G. DE MAGALHÃES GOMES³⁰⁸, devem ser evitadas tanto “as leis que se mostrem *difíceis* de serem aplicadas”, como aquelas leis que “sejam aplicadas apenas *aleatoriamente*”. E, em matéria de embriaguez ao volante, como eram bem escassas as ações policiais de averiguação até a edição da Lei Seca, e agora até essa novidade se vê ameaçada com o fim da obrigatoriedade do teste do bafômetro, as infrações ao art. 306 do CTB podem voltar a ser observadas somente esporadicamente, quando um condutor, quase que por acaso, seja “descoberto” conduzindo sob a influência do álcool, o que no mais das vezes acabará acontecendo apenas quando muito perto de se concretizar a lesão que o tipo precisamente se propôs a evitar.

Isso tanto é mais verdade nos casos, como o da condução de veículos sob a influência de álcool, em que não é apenas o perigo geral ou estatístico da conduta que pauta a decisão do legislador pelo emprego do direito penal. Em nosso caso específico, certamente uma

CTB falasse propriamente em “embriaguez”, mas sim em “condução sob a influência do álcool”, como o seu uso está mais do que afirmado na prática brasileira, consideramos o termo válido e o utilizaremos por todo o trabalho como sinônimo do crime previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro.

³⁰⁷ SILVEIRA dá notícia de que mesmo HASSEMER pretende manter a condução de veículos sob a influência do álcool no Direito Penal básico, e não no Direito de Intervenção (*Interventionsrecht*), por considerá-la uma “das situações de perigo grave” [SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 68].

³⁰⁸ “Quanto à irrelevância destes casos para o direito penal, isto ocorre uma vez que a noção de que uma dada proibição será aplicada somente numa pequena parcela dos casos por ela contemplados, põe em risco a própria *eficácia preventiva da norma*; entre as consequências danosas, por sua vez, quatro merecem destaque segundo o autor [PACKER]: (1) o respeito à lei é geralmente posto em risco quando é conhecido o fato de que determinada conduta, *ainda* que considerada delituosa, pode ser praticada com *relativa impunidade*; (2) os órgãos executivos, cientes de que o índice de aplicação da lei para determinada modalidade delituosa é baixo, podem se sentir tentados a se *servir de métodos abusivos* para elevar o mencionado índice; (3) a falta de uma plena aplicação da norma comporta, *necessariamente*, uma discricionariedade na escolha dos objetivos – e esta *discricionariedade tem pouca probabilidade de ser exercida de modo que não seja arbitrário*, e (4) tal *discricionariedade corre o risco de provocar um sentimento de exclusão* por parte daqueles que se consideram vítimas (por serem punidos pela norma) [GOMES, Mariângela Gama de Magalhães Gomes. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 134-135, nossos os destaques].

das “vedetes penais”³⁰⁹, as sucessivas antecipações do momento da consumação do crime, num curto período de tempo, estão ligadas, muito claramente, ao uso meramente simbólico do direito penal³¹⁰.

2. O bem jurídico “segurança no trânsito”

Como já mencionamos há alguma confusão na discussão sobre os crimes de perigo abstrato. Por isso, LUÍS GRECO³¹¹ chegou a afirmar que “o problema dos crimes de perigo abstrato pouco tem a ver com a questão do bem jurídico”, devendo ser posto em destaque o estudo da estrutura do delito (*Deliktstruktur*).

De todo modo, há certo consenso em se afirmar que é justamente por proteger um bem jurídico coletivo que se autoriza o recurso ao tipo estruturado sobre a concepção abstrata de perigo. Foi assim que concluiu SILVEIRA³¹²: “pelas próprias características vislumbradas nos delitos a bens supra-individuais, é de se ver que, fundamentalmente, haverão eles de ser tipificados como delitos de perigo abstrato”³¹³.

Nesse passo, a *segurança viária* é amplamente reconhecida como o bem jurídico-penal protegido nos crimes previstos pelo Código de Trânsito Brasileiro e em seus correspondentes no estrangeiro³¹⁴. O consenso, entretanto, se dá apenas no ponto de partida, já que são diferentes as concepções sobre o papel deste conceito em cada modelo de incriminação:

³⁰⁹ Expressão de FILIPPO SGUBBI recolhida em SILVEIRA, *Direito penal supra-individual...*, 2003, p. 171.

³¹⁰ “El dato de la peligrosidad estadística o general no es muchas veces el decisivo a la hora de tomar la decisión sobre si una norma de conducta debe mantenerse en el ámbito del Derecho administrativo sancionador o trasladarse al Derecho penal. También entran en juego otras perspectivas relacionadas con la practicabilidad, la facilidad para tipificar la conducta, las facilidades de prueba, la frecuencia con la se realizan dichas conductas, *la relevância para la opinión pública* y otros muchos aspectos. Estas razones, por ejemplo, hacen que se haya extendido en el marco del Derecho comparado la configuración de un delito de peligro abstracto de conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas mientras esos mismos ordenamientos no tipifican como delito de peligro abstracto otras conductas estadísticamente peligrosas en el ámbito del tráfico viario. Quizás su carácter de delito permanente también ayude a explicar esta *tendencia tan generalizada* (a diferencia de lo que puede pasar con ciertas maniobras peligrosas como los adelantamientos sin visibilidad o la falta de respeto a la distancia de seguridad que sólo duran un corto espacio de tiempo) FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo J.. “Cuestiones básicas de los delitos de peligro abstracto y concreto em relación con el tránsito”. *Revista da Ajuris*, nº 78, junho 2000, p. 303].

³¹¹ GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato..., *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº. 49, p. 117.

³¹² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*, 2003, p. 66.

³¹³ Também sobre tema: MATA y MARTIN, Ricardo M. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Granada: Comares, 1997, *passim*.

³¹⁴ BOTTINI, *Crimes de perigo abstrato*, p. 187; GRECO. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato..., p. 112; SILVEIRA. *Direito penal supra-individual...*, p. 52; SILVA SÁNCHEZ, *Derecho de la circulación*, p. 150; JAKOBS. *Sociedade, norma e pessoa...*, p. 26. Esse último autor, é claro, fala na garantia de vigência da norma que contém a decisão social pela segurança no tráfego de automóveis.

1.1. A segurança viária como bem coletivo autônomo

No Brasil³¹⁵ destaca-se o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal como fonte do direito fundamental à segurança. Do Código de Trânsito Brasileiro colhe-se no art. 1º, § 2º, que “o trânsito, em condições seguras, é um direito de todos”, enquanto o seu art. 28 acentua que o motorista “deverá, a todo momento, ter o domínio do seu veículo, dirigindo-o com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito”.

Nesse contexto, sustenta-se a dignidade penal da segurança do tráfego rodoviário de forma desvinculada dos bens pessoais dos intervenientes no trânsito. Afinal, o desenvolvimento da sociedade tornou imprescindível, nos dias atuais, o uso cotidiano do automóvel para os mais diversos fins (trabalho, estudo, lazer, etc.). As pessoas tornaram-se dependentes de seus veículos e não se pode cogitar da extinção do trânsito como hoje conhecemos, devidamente ordenado. É claro que o trânsito em si, enquanto atividade perigosa que é, já traz embutido algum aumento dos riscos suportados pela coletividade.

Surge daí, portanto, para prevenir o risco que desborde do que é suportável ou inerente à utilização dos automóveis, o bem jurídico universal da *segurança viária*, concebido como parcela autônoma da incolumidade pública³¹⁶. Nessa concepção, a proteção da vida, da integridade física e do patrimônio de motoristas e pedestres são apenas a razão invocada pelo legislador para a incriminação (*a ratio legis*)³¹⁷, sem que possam ser o objeto direta e imediatamente protegido pela legislação penal.

PILAR GÓMEZ PAVÓN³¹⁸ fez importante esforço para delimitar a segurança no trânsito como bem de verdadeiro caráter coletivo e supraindividual, diminuindo-lhe a abstração. Segundo a autora espanhola, só quando se rebaixem as condições que devam existir para considerar a circulação de veículos segura é que se poderá entender lesionado tal bem jurídico. Não se trata, pois, de assegurar a fluidez e o acesso de todos ao trânsito. Nem pode este ser concebido como a soma dos bens jurídicos individuais de seus intervenientes, já que caracterizado pela coletividade e indeterminação.

³¹⁵ JESUS. *Crimes de trânsito...*, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 21; CAPEZ e GONÇALVES. *Aspectos criminais do Código de Trânsito Brasileiro*. 2ª ed, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 42.

³¹⁶ “En cualquier caso, el objeto de tutela de las regulaciones de ambos códigos es el mismo: la seguridad del tráfico como estrato autónomo de la seguridad colectiva” [RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio. *La conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*. 2ª ed., Granada: Comares, 2006, p. 39].

³¹⁷ GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes y análisis del artículo 383 del Código Penal*. 4ª ed., Barcelona: Bosch, 2010, p. 97 e 98.

³¹⁸ GÓMEZ PAVÓN. *El delito de conducción bajo la influencia...*, 2010, p. 101-103.

Assim, para a professora de Madri, “a segurança do tráfego é o conjunto de *condições garantidas* pelo ordenamento jurídico em sua totalidade, para fazer com que a circulação de veículos a motor por vias públicas não apresente riscos superiores aos permitidos”³¹⁹, sendo as tais condições garantidas desdobradas nos princípios da confiança, da condução dirigida e da segurança.

O trânsito é permeado por relações anônimas entre os envolvidos mas é pautado por normas gerais de circulação e conduta que permitem da parte de um condutor prudente a legítima expectativa de que os demais intervenientes também se comportarão segundo as normas estabelecidas. WELZEL³²⁰ afirma que a “jurisprudência elaborou e desenvolveu o ‘*princípio da confiança*’, fundamental em matéria de circulação de veículos, segundo o qual o usuário do caminho tem direito a contar com que os demais usuários se comportem igualmente de uma maneira correta, a menos que as circunstâncias particulares sejam de tal natureza que lhe permitam reconhecer que não é assim”³²¹³²².”

Já o *princípio da condução dirigida* constitui uma supernorma³²³, segundo a qual o motorista deve ter o domínio dos movimentos do veículo a todo momento, sendo dela decorrente a maioria das obrigações impostas pela legislação do trânsito no Brasil e no exterior. Na Espanha refere-se ao dono (*dueño*) e na França ao maestro (*maîtrise du véhicule*) do movimento do veículo. RIZZARDO³²⁴ destaca que “o condutor é responsável pelo seu veículo e por tudo o que possa resultar de sua conduta ao dirigir”, devendo adotar

³¹⁹ “... la seguridad del tráfico es el conjunto de condiciones garantizadas por el ordenamiento jurídico en su totalidad, para hacer que la circulación de vehículos de motor por vías públicas no presente riesgos superiores a los permitidos.” [GÓMEZ PAVÓN. *El delito de conducción bajo la influencia...* 4ª ed., Barcelona: Bosch, 2010, p. 103, sem destaque no original] (tradução livre do autor).

³²⁰ “Culpa e delitos de circulação: sobre a dogmática dos crimes culposos”. Trad. Nilo Batista. *Revista de Direito Penal*, nº. 3, Rio de Janeiro: Borsoi, julho - setembro 1971, p. 25-26.

³²¹ Em outra obra, o mesmo autor esclarece: “De todos modos la jurisprudência vuelve a restringir este principio [da confiança], al considerar que en situaciones del tránsito en las que, de acuerdo con la experiencia, no sobre la base de un motivo concreto ha de contar-se con contravenciones del tránsito especialmente frecuentes, no se debe confiar en un comportamiento correcto por parte del outro participante. Según el BGH. en VRS. 14.294 rige el principio de la confianza sólo para aquel que se ha comportado correctamente en el tránsito.” [WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. 2ª ed. Santiago: Jurídica de Chile, 1976, p. 189]

³²² No mesmo sentido: “El principio de confianza, desarrollado originalmente para el ámbito del tráfico de vehículos, pero de hecho relevante en todos los ámbitos de conductas peligrosas, significa ‘que todo interveniente en el tráfico puede ‘confiar’ en la conducta conforme a las reglas del tráfico de otros, es decir, que no tiene que ajustar su comportamiento a actuación ajena contraria a las reglas del tráfico o irracional’” [HIRSCH, Andrew von., WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito: sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (org.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 294]

³²³ GÓMEZ PAVÓN. *El delito de conducción bajo la influencia...*, 2010, p. 105.

³²⁴ *Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 117-118.

“todas as precauções possíveis a fim de evitar acidentes e não obstruir o trânsito”, de modo a efetivamente exercer “o domínio ou o controle sobre o veículo”, nos termos do já citado art. 28 do Código de Trânsito Brasileiro.

O *princípio da segurança*, por sua vez, remarca a obrigação do condutor de cuidar de sua segurança, dos demais motoristas e dos pedestres, podendo ser equiparado ao conceito de *direção defensiva*: “os condutores de veículos não devem provocar acidentes, nem concorrer para acidentes evitáveis, dos quais deverão saber defender-se”, ainda que “desencadeados por procedimentos indevidos e contornáveis da iniciativa de outros usuários da via pública” ou “decorrentes das adversas condições atmosférica, das estradas e outras, que não cheguem a constituir, realmente, caso fortuito ou força maior³²⁵”.

Como se vê, em que pese a tentativa de emprestar universalidade e autonomia ao conceito, a segurança viária continua carente de materialidade ou substrato físico próprio³²⁶, que seja capaz de minorar a indeterminação do resultado lesivo³²⁷ a ser evitado pelo tipo, já que não se consegue precisar o momento e a forma da lesão ao suposto bem jurídico e muito menos delimitar a sua prévia colocação em perigo.

Em verdade, toda a espiritualização empreendida acaba apenas por ressaltar seu aspecto de reforço da legislação administrativa, o que não se deve admitir como função do direito penal, na medida em que as tais condições garantidas são condições *normativamente* garantidas³²⁸, ou garantidas pelo *ordenamento jurídico* como um todo³²⁹, sendo mesmo impossível falar em princípio da confiança ou da condução dirigida sem remissão às normas de circulação e conduta contidas no Código de Trânsito e em outras prescrições legais ou regulamentares que lhes dão significado prático.

Essa concepção autônoma da segurança viária vai, ainda, de encontro ao conceito pessoal de bem jurídico que preconiza que aos bens coletivos só se emprestará dignidade penal enquanto forma de evitar a produção de efeitos lesivos sobre as pessoas³³⁰, sendo

³²⁵ ABREU, Waldyr de. *Direito penal do trânsito*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 72.

³²⁶ MATA y MARTIN, Ricardo M. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro: aproximación a los Presupuestos de la técnica de peligro para los delitos que protegen bienes jurídicos intermedios (tutela penal del medio ambiente, delitos económicos, seguridad del tráfico)*. Granada: Comares, 1997, p. 23.

³²⁷ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ. *La conducción bajo la influencia ...*, 2006, p. 39.

³²⁸ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Maria (coord.). *Protección penal de la seguridad vial*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 28.

³²⁹ GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *El delito de conducción bajo la influencia...*, 2010, p. 103.

³³⁰ “Ora, não se pode ter isso por verdade na análise dos bens supra-individuais. Fazer-se referência a valores sem uma recíproca exigência de que sua infração suponha uma repercussão negativa nos indivíduos como seres sociais é por demais criticável. A legiuidade da proteção desses bens jurídicos sempre é de ser

exatamente o reverso do que a presente construção com foco apenas na *ratio legis* pretende.

Ou seja, a afirmação da idoneidade de determinado bem jurídico coletivo não permite o abandono do conceito de *referente individual*, nem muito menos de sua indispensável *ancoragem constitucional*³³¹, o que está a possibilitar o desenvolvimento de construções ambivalentes, que tutelem, ao mesmo tempo, interesses pessoais e comunitários.

1.2. A segurança viária como bem coletivo intermediário³³²

É comum na legislação penal do trânsito, nacional e estrangeira³³³, a previsão de crimes com expressa referência no tipo à vida, à integridade física e até ao patrimônio das pessoas. O próprio art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro assim vigorou em sua redação original. Tais modelos põem em relevo que a segurança viária pode ser compreendida como um bem jurídico coletivo que é meio para a proteção de bens jurídicos individuais, contribuindo para diminuir a artificialidade e a fluidez do conceito³³⁴.

mantida, desde que eles se lastrem nos interesses fundamentais da vida social da pessoa. Bem entendido, a ampliação do horizonte penal, abandonando a conceituação iluminista quanto a uma consideração relativa à pessoa enquanto elemento individual, tomando-se em conta bens metaindividuais e sociais, *não pode, nunca, perder o referencial de seus elementos autônomos*" [SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*, 2003, p. 57, itálicos pela transcrição].

³³¹ Sobre a inter-relação entre os dois componentes do conceito de bem jurídico destaca MARIÂNGELA GOMES, com apoio em BRICOLA: "o ilícito penal pode, também, ofender um valor privado de relevo constitucional, desde que relacionado a um valor desta envergadura por meio de uma relação de pressuposição necessária, onde a lesão do primeiro necessária e inequivocamente deve ser idônea a colocar em perigo o segundo; o exemplo por ele dado é a segurança do trânsito em relação à vida ou incolumidade física" [GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 124-125].

³³² Trabalharemos com apenas três concepções do bem jurídico segurança viária, a exemplo de GÓMEZ PAVÓN. *El delito de conducción bajo la influencia...*, p. 97-98. No entanto, é importante registrar que alguns autores enxergam quatro diferentes concepções, detalhando duas correntes intermediárias segundo as quais a segurança viária ora teria caráter instrumental (proteção imediata) e ora cumpriria a função de delimitar a modalidade do risco proibido (proteção mediata) [cf. ULZURRUN LLUCH, Marina Sanz-Diez. *Los nuevos delitos contra la seguridad vial contenidos en la LO 15/2007*. *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n. 74, 2008, p. 313-314; e RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio. *La conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*. 2ª ed., Granada: Comares, 2006, p. 41-42].

³³³ Rapidamente: art. 308 do Código de Trânsito Brasileiro, art. 380.1 do Código Penal espanhol, art. 291º do Código Penal português e § 315c do StGB alemão.

³³⁴ "Acentua-se em doutrina que a segurança do trânsito é bem jurídico supra-individual. Porém, enquanto aspecto da segurança coletiva, a segurança do trânsito não pode ser definida com critérios puramente formais, o que levaria a uma construção teórica artificial: esta é bem jurídico com função instrumental porque, em última análise, tutela a vida, a saúde e o patrimônio das pessoas" [PIRES, Ariosvaldo de Campos, SALES, Sheila Jorge Selim de. *Crimes de trânsito na Lei n. 9503/97*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 216].

A categoria dos *bens jurídicos intermediários* e sua relação com os crimes de perigo foram tratadas por RICARDO M. MATA Y MARTÍN³³⁵ na Espanha. O autor, frente ao ingresso de novos interesses no âmbito de aplicação do direito penal, constata a opção do legislador por, em determinados casos, tutelar simultaneamente bens jurídicos de orientação individual e coletiva³³⁶. Esse conjunto de bens jurídico-penais, ao qual também chama de *bens coletivos de referente individual*, é marcado pelas seguintes características: (i) atendem *interesses supra individuais ou difusos* cuja titularidade não é exclusiva de determinada pessoa, (ii) mas que estão intimamente vinculados a *bens individuais*³³⁷. A vinculação entre as duas categorias de bens jurídicos é baseada numa natural (iii) *relação de complementaridade*³³⁸ do bem coletivo com o pessoal e porque (iv) são *homogêneos* entre si ou situados numa *mesma linha de ataque*³³⁹, sendo esse ataque costumeiramente gerador de (v) *risco potencial para uma pluralidade de vítimas*³⁴⁰ indeterminadas.

Já entre as razões para empregar a concepção de bens jurídicos coletivos como intermediários despontam para MATA Y MARTÍN³⁴¹ a dificuldade para precisar a lesão aos bens coletivos de conteúdo imaterial³⁴² e a necessidade de tutelar antecipadamente bens individuais de especial relevo frente às novas fontes de riscos de uma sociedade moderna cada vez mais complexa³⁴³ (*sociedade do risco*).

³³⁵ *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Granada: Comares, 1997, *passim*.

³³⁶ MATA Y MARTÍN. *Bienes jurídicos intermedios...*, 1997, p. 8.

³³⁷ MATA Y MARTÍN. *Bienes jurídicos intermedios...*, 1997, p. 23-24.

³³⁸ MATA Y MARTÍN. *Bienes jurídicos intermedios...*, 1997, p. 31-32.

³³⁹ MATA Y MARTÍN. *Bienes jurídicos intermedios...*, 1997, p. 30-31.

³⁴⁰ MATA Y MARTÍN. *Bienes jurídicos intermedios...*, 1997, p. 33-34.

³⁴¹ MATA Y MARTÍN conclui que a categoria dos bens jurídicos intermediários estaria a depender de uma decisão legislativa (p. 26). Tal classe não seria um *tertium genus* situado entre os bens coletivos e individuais, mas sim parte integrante do grupo dos bens coletivos (p. 24), enquanto resultado do emprego de uma particular técnica legal (p. 72) que grava no tipo a exigência de efeito sobre bens individuais: "*La caracterización como bien intermedio depende, em última instancia, de la regulación concreta, de manera que un mismo bien – siempre que reúna las características anteriores – puede aparecer con carácter intermedio o, de outra forma, al margen de cualquier bien de los particulares*" (p. 71). Para o citado autor, portanto, apenas na redação original do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro teríamos uma autêntica hipótese de bem jurídico intermediário, *verbis*: "*Así, entre los delitos contra la seguridad del Tráfico hipótese de bem jurídico intermediário, verbis: "Así, entre los delitos contra la seguridad del Tráfico (T.XVII, Cap. IV), del nuevo Código Penal, el art. 379 recoge el supuesto de conducción de vehículo a motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas o alcohólicas, que no exige em ningún momento, con independencia de que el peligro para la seguridad del tráfico pueda calificarse de abstracto o concreto, el peligro o la lesión para bien jurídico individual alguno. Frente a ello, el art. 381, em la modalidad de conducción temerária, requiere, además de esta circunstancia, la puesta em peligro concreto de la vida o la integridad de las personas"* (p. 26-27) [*Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Granada: Comares, 1997, págs. indicadas].

³⁴² MATA Y MARTÍN. *Bienes jurídicos intermedios...*, 1997, p. 35 e 38.

³⁴³ MATA Y MARTÍN. *Bienes jurídicos intermedios...*, 1997, p. 41-43.

Com esses requisitos e objetivos estabelecidos não é difícil vislumbrar a segurança viária como bem jurídico intermediário, sendo mesmo de se cogitar ser essa a posição mais abalizada pela doutrina³⁴⁴. Nessa linha, a segurança no trânsito é direito da coletividade que se protege com o fim único de assegurar a vida e a integridade física de condutores e pedestres, cumprindo, assim, marcante *função instrumental*. A conduta típica do motorista que ameaçar a vida de alguém, prévia e necessariamente, já teria perturbado as condições de segurança de todos os intervenientes no tráfego rodoviário³⁴⁵. Em suma, “*existe un bien jurídico-medio (colectivo) y un bien jurídico-fin (individual)*”³⁴⁶.

Note-se que a presença do referente antropológico também é responsável por rechaçar funções outras que poderiam ser atribuídas ao direito penal, como o papel de mero reforço da ordenação administrativa do trânsito, afastando a dignidade penal de comportamentos sem repercussão ainda que remota sobre o indivíduo. Assim: “Os delitos do trânsito não têm o escopo de tornar o transporte viário mais célere e a circulação de veículos mais fluida, mas objetivam, com a previsão de sanções penais, a proteção da vida e integridade física de condutores e pedestres”³⁴⁷³⁴⁸.

³⁴⁴ “A embriaguez ao volante, todavia, apresenta uma peculiaridade: é crime pluriofensivo. Tutela, a um só tempo, dois diversos bens jurídicos: a incolumidade pública e a saúde e a integridade física das pessoas” [PIRES e SALES. *Crimes de trânsito na Lei n. 9503/97*. 1998, p. 217]; “*En mi opinión, resultan preferibles aquellas posturas que ponen el acento en la necesidad de conectar la idea de seguridad vial con la protección de bienes jurídicos de carácter individual*” [ULZURRUN LLUCH. *Los nuevos delitos contra la seguridad vial...*, p. 315]; “*Em conclusión, coincido en el planteamiento de esta doctrina en que la seguridad del tráfico es un bien jurídico colectivo ... pero, ..., son los bienes jurídicos individuales que se pretende preservar...*” [RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *La conducción bajo la influencia ...*, 2006, p. 43]; “*la seguridad del tráfico es un bien jurídico colectivo intermedio con un claro referente individual*” [FEIJÓO SÁNCHEZ. “*Cuestiones básicas...*”, 2000, p. 297].

³⁴⁵ Ahora bien, este peligro no se refiere a ese bien jurídico protegido de la seguridad de la circulación. Ésta, queda no puesta em peligro, sino lesionada, o, si se prefiere, dado que constituye um bien jurídico ‘institucionalizado’, *quebrantada*. Lo que ocurre es que, en definitiva, la ‘institucionalización’, del bien jurídico seguridad de la circulación se debe a que, en último término, se quieren proteger unos bienes genuínos, cuales son la vida, integridad y patrimonio de las personas. Ello quiere decir que basta que la conducta sea perigosa, aunque no haya alcanzado su ámbito de influencia a esos bienes ultimamente citados, es decir, aunque no haya dado lugar a una situación ‘concreta’ de peligro para los mismos. Ello no quita para que no baste cualquier influencia, sino que se requiere aquélla que quebrante la seguridad de la circulación” [ESCRIBA GREGORI, Jose Maria. *La puesta em peligro de bienes jurídicos en derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1976, p.115].

³⁴⁶ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo J.. “Cuestiones básicas de los delitos de peligro abstracto y concreto em relación con el transito”. *Revista da Ajuris*, nº 78, junho 2000, p. 298.

³⁴⁷ BOTTINI, *Crimes de perigo abstrato*, 2010, p. 188. No mesmo sentido: “*La seguridad del tráfico no se constituye como interés digno de protección penal con el objeto, por ejemplo, de que el tráfico sea más fluido. Se protege la seguridad del tráfico como medio de protección de la vida y de la salud*” FEIJÓO SÁNCHEZ. “*Cuestiones básicas...*”, 2000, p. 298].

³⁴⁸ Vale anotar, no entanto, que JAKOBS registrou num exemplo que, “se, na cidade, os motoristas refletirem a cada vez, se vale a pena parar no sinal vermelho, não haverá tráfego viário *fluyente* e, ao mesmo tempo, seguro” [JAKOBS, *Tratado de Direito Penal*, 2009, p. 254, destacamos, ou, *Derecho Penal*, 1997, 6/88, p. 213].

A conceituação ambivalente da segurança no trânsito possui mais um importante rendimento dogmático ao abrandar a indeterminação do resultado lesivo que se pretende evitar com sua tutela penal. Tal vantagem pode ser obtida tanto por ação do legislador, que deveria gravar no tipo penal cláusula expressa exigindo repercussão na esfera pessoal, quanto pelo operador do direito que, interpretando o tipo de forma teleológica, nele reconheça a exigência do perigo para bens individuais em decorrência da natural complementaridade existente.

Nesse passo, a lesão³⁴⁹ ao bem jurídico coletivo intermediário (segurança viária) somente estará efetivada no momento da exposição dos bens jurídicos individuais (a vida e a saúde de pedestres e motoristas) a perigo. IGNACIO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ³⁵⁰ destaca que são os bens individuais o *punto de referència* para a valoração do risco nos delitos de perigo em geral e no crime de condução sob a influência do álcool em particular³⁵¹:

De este modo es factible un juicio de idoneidad y justificación del bien jurídico, que haga visible su finalidad objetiva, su coherencia sistemática y su respeto y comunión con las garantías constitucionales. Hace falta, pues, un juicio teleológico sobre el fin valorativo que el supuesto bien jurídico representa. Hay, en definitiva, que encontrar el elemento que dota la tipicidad de injusto material para hallar el verdadero bien jurídicamente protegido.

[...]

Em mi opinión, en los delitos de peligro la relación entre el bien jurídico colectivo y el injusto material es sumamente dudosa. Se habrá podido comprobar con anterioridad que en todo momento la vida y la integridad

³⁴⁹ “Normalmente el ámbito de aplicación del delito cubrirá el espacio situado más allá de la exclusiva puesta en peligro del bien colectivo...” [MATA y MARTIN. *Bienes jurídicos intermedios...*, 1997, p. 32]

³⁵⁰ “Isto torna possível um juízo de idoneidade e justificação do bem jurídico, para tornar visível a sua finalidade objetiva, sua coerência sistemática e seu respeito e comunhão com as garantias constitucionais. Faz falta, pois, um juízo teleológico sobre o fim valorativo que o suposto bem jurídico representa. Há, em suma, que se encontrar o elemento que dota a tipicidade de injusto material para achar o verdadeiro bem jurídicamente protegido. [...] Em minha opinião, nos crimes de perigo a relação entre o bem jurídico coletivo e o injusto material é altamente duvidosa. Já terá sido mostrado previamente que em todo o momento a vida e a integridade das pessoas têm sido utilizadas como *punto de referència* do juízo de relevância do perigo a incriminado. Se a segurança do trânsito fosse por si só determinante do injusto material isto não teria sido necessário. Com isto quero dizer que, no caso de crimes de perigo, aos bens jurídicos coletivos deve ser dado um papel limitado, enquanto servem para fixar uma zona de risco para bens individualizados em função de certas características comuns, mas não são os verdadeiros critérios que regem o injusto material do delito, que normalmente toma como *punto de referència* os bens que ficariam comprometidos se se verificasse o resultado indesejado.” [La conducción bajo la influencia ..., 2006, p. 37] (tradução livre do autor).

³⁵¹ CORCOY BIDASOLO vai além e nega tratar-se de um bem jurídico *stricto sensu*: “En estos casos se considera que la técnica adecuada de protección es la de los delitos de peligro abstracto, tipificando la afetación de un ‘bien intermedio con función representativa’. Cuando se analizan los ejemplos propuestos por la doctrina, especialmente alemana, se advierte que esse ‘bien jurídico intermedio’ es, realmente, un elemento típico del delito – que puede ser el objeto del delito o determinados deberes –, pero no, en sentido estricto, un bien jurídico” [CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 260].

de las personas se han utilizado como puntos de referencia del juicio de relevancia del peligro incriminado. Si la seguridad del tráfico fuera por sí misma determinante del injusto material esto no habría sido necesario.

Con esto quiero decir que, tratándose de delitos de peligro, a los bienes jurídicos coletivos debe dársele una virtualidad limitada, en cuanto sirven para fijar um espacio de riesgo para bienes individualizados en función de ciertas características comunes, pero no son los verdaderos criterios retores del injusto material del delito, que toma normalmente como punto de referencia los bienes que se verían comprometidos si llegara a verificarse el resultado indeseado.

Fosse de outra forma, se a segurança viária pudesse ser lesionada direta e autonomamente, jamais haveria a consunção do crime de embriaguez ao volante pelo homicídio culposo no trânsito na hipótese da morte de alguém. No caso, a tentativa do legislador brasileiro para forçar a ocorrência do concurso material entre os crimes dos arts. 302 e 306 do Código de Trânsito acabou inócua³⁵² e, agora, o legislador expressamente volta atrás com a inclusão de nova qualificadora para punir com reclusão a morte decorrente da condução de veículo sob a influência do álcool ou de outra substância que determine dependência³⁵³.

1.3. A segurança viária como bem jurídico aparente

Agora, a segurança viária significa um novo bem coletivo autônomo, ainda que intermediário, ou é a mera reunião de bens jurídicos individuais de motoristas e pedestres?

BERNARDO J. FEIJÓO SANCHEZ³⁵⁴ refere a essa discussão na jurisprudência espanhola, aduzindo que a preponderância do princípio *formal* da taxatividade favorece a primeira opção, enquanto o maior relevo ao princípio *substancial* da intervenção mínima acaba por indicar a segunda alternativa, mas acaba optando pela figura intermediária nos termos tratados anteriormente.

³⁵² BOTTINI, *Crimes de perigo abstracto*, 3ª ed., 2013, p. 148.

³⁵³ A recente Lei nº 12.971, de 09 de maio de 2014, a vigorar a partir de novembro próximo, acrescentou novo § 2º ao art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro com essa finalidade. Antes disso, a Lei nº 11.275, de 2006, criara causa especial de aumento de pena no patamar de um terço à metade para a mesma hipótese, mas que foi revogada pela Lei nº 11.705, de 2008, no intuito de indicar *in casu* a ocorrência do concurso material.

³⁵⁴ “Creo que esta posición intermedia tiene la gran ventaja de poder explicar las diversas cuestiones relativas a la interpretación de los elementos típicos. Una visión excesivamente colectiva o excesivamente individualista no puede explicar de forma satisfactoria el alcance de estos tipos penales” [FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo J.. “Cuestiones básicas de los delitos de peligro abstracto y concreto em relación con el tránsito”. *Revista da Ajuris*, nº 78, junho 2000, p. 293 e 297].

No Brasil, LEONARDO SCHMITT DE BEM assinala que a vida, a integridade física e o patrimônio das pessoas são “os verdadeiros bens jurídico-penais que devem ser protegidos” pelos crimes de trânsito porque “o bem jurídico deve estar fundamentado em base realista e não espiritual, pois a sua proteção não deve servir de fundamento à expansão da pena, mas, ao contrário, deve limitar o poder de punição estatal”³⁵⁵.

ROLAND HEFENDEHL³⁵⁶ propõe sistematização dos bens jurídicos coletivos capaz de indicar a exclusão dos bens coletivos aparentes. Por primeiro, não se deve confundir o bem jurídico de um crime com o motivo pelo qual esse tipo penal foi criado (*ratio legis*)³⁵⁷. Em segundo lugar, só pode ser considerado bem jurídico coletivo autêntico aquele marcado pelo critério da *não distributividade*³⁵⁸, ou seja, quando o bem jurídico não possa, ainda que idealmente, ser dividido e atribuído em parcelas a cada indivíduo de uma coletividade. Numa terceira fase, os bens coletivos são repartidos em três classes – *bens jurídicos referentes à organização do Estado, bens jurídicos subjacentes aos delitos contra o meio ambiente e bens jurídicos de confiança*³⁵⁹ – e a cada uma dessas classes deverá corresponder um diferente modelo de estrutura do delito, superando-se a afinidade simplista com o gênero dos tipos de perigo abstrato³⁶⁰.

Os demais casos, dos bens jurídicos intermediários, apenas aparentemente coletivos, entre os quais HEFENDEHL destaca “a chamada segurança no trânsito”, devem ser eliminados “para pôr às claras as condições de legitimidade da proteção de bens jurídicos individuais, que é o que está realmente ocorrendo”³⁶¹. Sempre que um bem jurídico puder “ser fixado como a classe em sentido lógico dos objetos individuais realmente existentes” – ou seja, quando corresponder a mera soma dos bens jurídicos individuais – não será “permitido hipostasiar um bem jurídico coletivo”³⁶².

³⁵⁵ BEM, Leonardo Schmitt de. *Direito penal de trânsito: comentários aos crimes da Lei nº 9.503/97 sob a ótica da teoria da imputação objetiva*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 272-273.

³⁵⁶ “O bem jurídico como pedra angular da norma penal”. In: GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação ao poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 57-75.

³⁵⁷ HEFENDEHL. “O bem jurídico como pedra angular...”, 2011, p. 61.

³⁵⁸ HEFENDEHL. “O bem jurídico como pedra angular...”, 2011, p. 67.

³⁵⁹ HEFENDEHL. “O bem jurídico como pedra angular...”, 2011, p. 68.

³⁶⁰ “A difundida afirmação, segundo a qual o crime de perigo abstrato é a estrutura utilizada para proteger bens coletivos, cede em Hefendehl lugar a uma análise muito mais diferenciada” [GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 36.

³⁶¹ HEFENDEHL. “O bem jurídico como pedra angular...”, 2011, p. 69.

³⁶² HEFENDEHL. “O bem jurídico como pedra angular...”, 2011, p. 63.

Uma vez desmascarada a segurança no trânsito como bem jurídico aparente, isto é, como um bem coletivo de fato inexistente, ainda é possível antecipar o momento da tutela penal pelo emprego da técnica dos crimes de perigo para bens pessoais, sendo estes últimos o verdadeiro objeto do juízo de perigo³⁶³. Para RODRÍGUEZ MONTAÑÉS é o matiz coletivo remanescente que autoriza o emprego do perigo abstrato – que a autora chama de perigo abstrato próprio, porque homogêneo e estruturado em paralelismo com o perigo concreto – mas, de igual modo, conclui que são os interesses individualizáveis da coletividade que exercem o papel de ponto de referência para tutela penal³⁶⁴.

Também BERND SCHÜNEMANN, que defende uma regra prática segundo a qual, na dúvida, deve-se admitir apenas o bem jurídico individual, é contrário à autonomia da segurança viária como bem jurídico coletivo:

O bisturi da análise do bem jurídico pode também, nos *crimes de trânsito*, redirecionar a interpretação extensiva da jurisprudência a um caminho razoável. Se nos utilizarmos da navalha de Occam, o suposto bem jurídico coletivo da “segurança no trânsito” se mostra como nada mais que a classe da segurança dos participantes do trânsito. Desse modo, os §§ 315c e 316 do StGB tratam de uma antecipação da punibilidade para fins de proteger eficazmente bens jurídicos individuais. Em princípio, essa antecipação se justifica nos casos compreendidos pelos mencionados dispositivos também em razão da *perda de controle*, uma vez que o legislador se refere a condutas cujas consequências dependem do acaso, não podendo mais ser dominadas pelo autor. O § 316 do StGB deveria ser portanto interpretado como um delito de potencial lesivo ou como um delito de conduta perigosa, sendo porém necessário exigir também que se ultrapasse um determinado patamar de risco, de modo que seria inaceitável uma mera interpretação formal da elementar típica do “conduzir” um veículo.³⁶⁵

³⁶³ HEFENDEHL. “O bem jurídico como pedra angular...”, 2011, p. 71.

³⁶⁴ “La conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, por ejemplo, solo es un injusto penalmente típico en la medida en que protege la vida o la integridad. La mera ‘seguridad del tráfico’, como mantenimiento de las condiciones mínimas para un tráfico seguro, no tendría la suficiente entidad como para merecer la protección penal. Y tampoco se protege la ‘salud pública como un bien jurídico propio, sino tan sólo las condiciones necesarias para hacer posible la salud individual de un grupo social. No se trata, por tanto, de bienes distintos y autónomos, sino de una mera abstracción conceptual para hacer referencia al conjunto de vidas e integridades de los sujetos individuales participantes en el tráfico, que constituyen una colectividad más o menos difusa. Desde logo que hay un matiz colectivo – ello es lo que justifica precisamente la técnica del peligro abstrato –, pero lo que quiero resaltar es que no se protege la seguridad colectiva o del tráfico o de la sanidad como bienes autónomos con entidad propia, sino solo em cuanto punto de referencia para la protección de los intereses individualizables de la colectividad.” [RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 359 e 362-365].

³⁶⁵ “O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos”. In: GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação ao poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 52-53.

Já a solução de ROXIN³⁶⁶ é precisamente interpretar os tipos que se referem a bens coletivos que não passam de mera coleção de bens jurídicos individuais como crimes de perigo abstrato contra o referente individual, salvando a proteção dos bens jurídicos no direito penal do risco ao exigir nessas hipóteses que (i) a conduta perigosa seja claramente descrita; que (ii) seja claramente visível sua referência ao bem jurídico, e que (iii) não se vulnere o princípio da culpabilidade.

É preciso cautela, destarte, para não incorrer em bens jurídicos só aparentemente coletivos, como a segurança no trânsito em si ou autonomamente, sem remissão próxima ao ser humano, para evitar uma *dupla extensão da antecipação*³⁶⁷ da tutela penal: uma referente ao bem jurídico supraindividual e outra decorrente da técnica do perigo abstrato, o que encaminharia para algo inaceitável.

Sob outra ótica, também existe o risco de se dispensar a dogmática dos crimes de perigo para trabalhar os crimes de trânsito como autênticos tipos de lesão, aparentemente remediando o atendimento ao princípio da ofensividade, mas transformando o direito penal do trânsito numa coletânea de crimes formais. Sobre o tema, expõe GRECO³⁶⁸, que:

O curioso é que este segundo grupo de bens jurídicos coletivos [onde está incluída a segurança no trânsito] é proposto e defendido pela generalidade de nossa doutrina, em alguns casos (crimes de perigo comum) sem maiores questionamentos, em outros como nos crimes de tóxico e de trânsito, justamente como alternativa à construção de crimes de perigo abstrato. Ou seja, eles são propostos pelos defensores garantistas do direito penal dito mínimo, que repudia crimes de perigo abstrato. O que não parece ser visto é que, no final das contas, *acabou-se por legitimar, da mesma forma, a antecipação do direito penal*. Só que no caso de crimes de perigo abstrato, antecipa-se a proibição; no bem jurídico coletivo, antecipa-se a própria lesão. [...] Afinal, o tal princípio da lesividade que exige lesão (ou perigo concreto) a um bem jurídico estaria atendido – com o que surge dúvidas a respeito de se não demos uma grande volta para acabar em situação pior daquela da qual saímos, *pois ao menos os crimes de perigo abstrato tinham a virtude de não ocultar o fato de que o direito penal está realmente se antecipando*.

Reconhecidos, portanto, apenas³⁶⁹ a vida e a integridade física dos intervenientes no trânsito como bens jurídicos tutelados pelo crime de embriaguez ao volante ganha-se

³⁶⁶ O exemplo dado pelo autor alemão de crime que atende a todos esse requisitos é coincidentemente a própria embriaguez ao volante (§ 316 StGB) [ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, 1997, § 2/23a, p. 60].

³⁶⁷ RODRIGUES, Marta Felino. *As incriminações de perigo e o juízo de perigo no crime de perigo concreto: necessidade de precisões conceituais*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 25.

³⁶⁸ GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato..., *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, n.º. 49, p. 112-113.

³⁶⁹ Excluimos propositalmente o patrimônio das pessoas por três razões: (i) a redação original do CTB falava apenas na “incolumidade de outrem”, (ii) há grande desproporção entre as penas previstas pelo art. 306 do

precisão conceitual, afastando a indeterminação a respeito do momento e do significado da lesão à segurança viária³⁷⁰.

De mais a mais, é importante destacar que tanto a intelecção da segurança no trânsito como bem jurídico intermediário, quanto a construção formal com base na manutenção das condições de segurança, “não contribuem com vantagens substanciais frente a uma concepção em que se mantenha que o objeto de proteção é de caráter individual (a vida e a saúde das pessoas), cuja tutela se antecipa a um estágio anterior à lesão (a colocação em perigo, lesionando as condições de garantia de sua segurança), mediante a técnica dos delitos de perigo”³⁷¹.

3. Modelos de fundamentação do perigo no crime de embriaguez ao volante

3.1. O perigo abstrato como lesão

3.1.1. Lesão da segurança (KINDHÄUSER)

O perigo abstrato no crime de embriaguez ao volante pode ser concebido como lesão ao bem jurídico. Claro que nesta concepção não se está a exigir um perigo efetivo para motoristas e condutores (o que seria perigo concreto), mas apenas um perigo potencial para

CTB e o art. 163 do CP que trata do crime de dano, nem existe crime de dano culposo. Não pode o crime de perigo ser apenado mais gravemente que o crime de lesão correspondente e (iii) em região sabidamente desabitada e sem presença de pessoas, ainda que exista risco para bens patrimoniais, não haverá crime de embriaguez ao volante. No mesmo sentido: “Esta tesis se puede reforzar con nuevos argumentos, que nos permiten descartar que con el delito estudiado se pretenda proteger, por ejemplo, el patrimonio. Em primer lugar, porque el delito imprudente de daños sólo puede apreciarse cuando el quebranto supera los 80.000 euros, por lo que no parece coherente anticipar la tutela ao mero riesgo, cuando no toda lesión lleva aparejada sanción penal. En segundo lugar, porque el peligro potencial para el bien jurídico protegido se produce en los lugares de uso común em cuanto aptos para el tránsito de personas, no em aquellos donde el riesgo puede resultar sólo para los bienes (que lo llevaría a una extensión insostenible)” [RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *La conducción bajo la influencia* ..., 2006, p. 43].

³⁷⁰ “Em la generalidad de los casos relativos a bienes colectivos presentan con mayor claridad una gran elasticidad, y por lo tanto inseguridad, en la determinación de su lesión. Así, en lo relativo a la seguridad del tráfico, cuyo menoscabo puede ser concebido como aquella situación en la que debido a la influencia de otro interviniente en el tráfico no puede participarse en el mismo sin peligro para la vida, integridad o propiedad. Se hace evidente así lo flexible que resulta constatar cuando concurre tal situación. De tal manera que algún autor considera que la seguridad del tráfico no constituye um auténtico bien jurídico” [MATA y MARTIN. *Bienes jurídicos intermedios...*, 1997, p. 37].

³⁷¹ “Por otra parte, frente a esta posición se reproducen las consideraciones realizadas respecto a la postura anterior, respecto a lo innecesario que puede resultar el recurso a un bien jurídico de contenido puramente formal, como es el mantenimiento de las condiciones de seguridad, que no aporta ventajas substanciales frente a una concepción en la que se mantenga que el objeto de protección es de carácter individual (la vida y la salud de las personas), cuya tutela se anticipa a un estadio anterior a la lesión (puesta en peligro, lesionado las condiciones que garantizan su seguridad), mediante la técnica de los delitos de peligro.” [GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Maria (coord.). *Protección penal de la seguridad vial*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 25] (tradução livre do autor).

o sistema de trânsito. URS KINDHÄUSER desenvolve sua teoria ao conceber a necessidade de proteção não apenas da *existência* do bem jurídico, mas também de seus pressupostos, com destaque para a disposição *segura* destes bens. Assim, o perigo abstrato nos crimes de trânsito tutelaria a segurança no trânsito, e de modo semelhante também se procederia quanto às perturbações da disposição, sem perigo ou preocupações, dos demais bens jurídicos.

A manutenção da segurança, destarte, é elevada de patamar e é a segurança (viária, jurídica, do sistema financeiro) que sofre a lesão quando praticada a conduta descrita no tipo penal. KINDHÄUSER nega o valor do que chama de *paradigma da agressão*³⁷²: a concepção tradicional dos crimes de perigo orientada por esquema espaço-temporal que, a partir de progressivo aumento na probabilidade da ocorrência do dano, entende os tipos de perigo como precedentes ou prévios da lesão, numa escala que tem o perigo concreto como mais próximo e o perigo abstrato como mais afastado do evento que se pretende evitar.

O professor de Bonn também é contra centrar o juízo de periculosidade na conduta, porque esta construção privilegia o ponto de vista do *autor* do fato, em detrimento do papel da *vítima*, que seria o verdadeiro sujeito da preocupação da norma penal³⁷³, razão porque prefere a perspectiva do objeto em perigo. Mesmo assim, não se trata de bem jurídico de natureza psicológica, mas de natureza normativa, levando em conta as condições juridicamente garantidas em cada âmbito social, no nosso caso, a segurança no trânsito³⁷⁴.

Note-se que o autor concebe um resultado lesivo, uma alteração do mundo exterior, para a tranquila disposição dos bens jurídicos. Nem sempre, contudo, o bem jurídico será atingido em sua substância. O autor salienta que um bem ameaçado, que só pode ser utilizado de maneira restrita, já tem seu valor diminuído para seu titular (*daño de perigo*)³⁷⁵. O crime de perigo abstrato em tais circunstâncias não é formal, não é a simples contradição do direito positivo, nem tutela a mera validade das normas. Os crimes de perigo abstrato estão, assim, concebidos como normas de segurança³⁷⁶.

³⁷² KINDHÄUSER, Urs. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal. *InDret – Revista para el análisis del derecho*. Barcelona, nº 1, fevereiro, 2009, p. 7-10.

³⁷³ BOTTINI, *Crimes de perigo abstrato*, 2010, p. 142.

³⁷⁴ FEIJÓO SÁNCHEZ. “Cuestiones básicas...”, p. 296.

³⁷⁵ KINDHÄUSER. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal. *InDret*, 2009, p. 13.

³⁷⁶ RODRIGUES, Marta Felino. *As incriminações de perigo e o juízo de perigo...*, 2010, p. 38.

Em suma, “KINDHAUSER entende que, nos delitos de perigo abstrato, se vislumbra uma ‘lesão *sui generis*’, considerando que a lesão à segurança de um bem equivaleria à perigosidade da conduta”³⁷⁷, *verbis*:

*Con todo, también las puestas em peligro abstractas se pueden valorar como menoscabos sui generis, pues los bienes no se pueden utilizar racionalmente como medio del libre desarrollo cuando no es suficientemente seguro que al emplearlos no serán dañados. Por ejemplo, sería irracional presentar una demanda ante el tribunal cuando resulta posible que el juez sea corrupto y los testigos mientan. O sería irracional desplazarse con un vehículo cuando es incierto si otros conductores están embriagados o si hay bandas de ladrones que hacen barricadas. Es cierto que, si no se demanda, no se perderá el proceso y que, si no se utiliza el vehículo, éste no sufrirá daños. Pero de ese modo se recortan las posibilidades de un libre desarrollo y los bienes no tienen para su titular el valor que podrían tener*³⁷⁸.

De todo modo, uma desmaterialização³⁷⁹ como essa do conceito de bem jurídico acaba por legitimar quase que toda e qualquer incriminação, bastando agregar-se a ideia de sua disposição segura. Bem por isso, adverte ROXIN, que “a despreocupação e a falta de temor só se podem suscitar mediante a proteção dos bens jurídicos ameaçados, por que este é também o objetivo primário dos delitos de perigo abstrato, e a provocação da ‘segurança’ é somente, como em todos os demais tipos, o fenômeno concomitante e consequência da – prévia – proteção de bens jurídicos”³⁸⁰.

³⁷⁷ SILVEIRA. *Direito penal supra-individual...*, p. 65-66.

³⁷⁸ “Contudo, também a colocação em perigo abstrato se pode valorar como lesões *sui generis*, pois os bens que não se podem utilizar racionalmente como meio para o livre desenvolvimento quando não é suficientemente seguro que ao empregá-los não serão danificados. Por exemplo, seria irracional apresentar uma demanda perante o tribunal quando resulta possível que juiz seja corrupto e as testemunhas mintam. Ou seria irracional deslocar um veículo quando é incerto se os outros condutores estejam embriagados ou se há bandos de ladrões que fazem barricada. É certo que, se não se demanda, não se perderá o processo e que, se não se utiliza o veículo, este não sofrerá danos. Mas desse modo, se recortam as possibilidades de livre desenvolvimento e os bens não têm para seu titular o valor que poderiam ter.” [KINDHÄUSER. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal. *In Dret*, 2009, p. 14].

³⁷⁹ MENDOZA BUERGO, La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nota nº 10, p. 43.

³⁸⁰ “la despreocupación y falta de temor sólo se pueden suscitar mediante la protección de los bienes jurídicos amenazados, por lo que ésta también es el objetivo primario de los delitos de peligro abstracto, y la provocación de ‘seguridad’ es sólo, como em todos los demás tipos, el fenómeno concomitante y la consecuencia de la – previa – protección de bienes jurídicos” [ROXIN, *Claus. Derecho Penal*, 1997, § 11/123, p. 409].

3.1.2. Verdadeiros tipos de resultado (ILHA DA SILVA)³⁸¹

Não foi fácil fazer uma opção sobre como classificar³⁸² o pensamento de SILVA a respeito do crime de embriaguez ao volante. É que em sua tese de doutoramento o art. 306 do Código de Trânsito, em sua redação original, foi situado como crime de perigo concreto³⁸³: “porque o modelo de perigo abstrato só deve ser utilizado em hipóteses de real inviabilidade de tipificação da infração na forma de perigo concreto”.

Na mesma obra, o autor avalizou que o perigo abstrato “deverá ser próprio da conduta, inerente a ela, deve, no momento da construção legal, ser calcado na experiência, no real”³⁸⁴. Mais a frente, discordando de MANTOVANI, afirmou preferir usar as expressões *perigo abstrato* e *perigo presumido* como sinônimas, ressaltando que, se se aceitasse a distinção, “teríamos de concluir pela inconstitucionalidade do crime de perigo presumido que não trouxesse consigo o perigo ínsito na conduta”³⁸⁵.

Foi precisamente o que ocorreu, na visão do autor, após a edição da “Lei Seca”. À luz dos princípios da ofensividade e da proporcionalidade o dispositivo penal da embriaguez ao volante que continha a elementar dos seis decigramas de álcool por litro de sangue era inconstitucional porque: (i) criou uma presunção absoluta de embriaguez, desvinculada de qualquer embasamento científico, ou mesmo de um levantamento estatístico; (ii) não há qualquer exigência de uma concreta direção perigosa ou afetação da maneira de dirigir; e, (iii) não se verificou, na espécie, real impossibilidade de utilização da fórmula do perigo concreto.

³⁸¹ Do próprio autor: “Pensamos que é possível ir além e que se possa vislumbrar também nos crime de perigo abstrato *verdadeiros tipos de resultado*, tudo a depender de um esforço no estabelecimento de critérios preenchidos de tal característica...” [SILVA. “Considerações em torno do crime de embriaguez ao volante em sua conformidade constitucional”. *Revista da Ajuris.*, nº 118, junho 2010, p. 63, nosso o destaque].

³⁸² PIERPAOLO BOTTINI classifica o autor como *dualista*. É que SILVA, realmente, diferencia crimes de perigo abstrato ou presumido dos crimes de perigo abstrato com presunção *juris tantum*, mas esclarece que essa segunda categoria somente ocorre quando “o legislador, forma equivocada, empreende uma tipificação sem atender ao bom senso e à natureza da ação criando um modelo de perigo abstrato de forma artificial, ou seja, em situações nas quais o perigo não é, no plano da realidade, inerente à conduta”. Contudo, no caso específico do crime de embriaguez, SILVA não admitiu sequer considerar a elementar dos seis decigramas de álcool como uma presunção relativa, pugnando a inconstitucionalidade do dispositivo [cf. BOTTINI, *Crimes de perigo abstrato*, p. 142; SILVA. *Dos crimes de perigo abstrato...*, p. 77, e, SILVA. “Considerações...”, p. 90].

³⁸³ SILVA. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*, 2003, p. 125.

³⁸⁴ SILVA. *Dos crimes de perigo abstrato...*, p. 73.

³⁸⁵ SILVA. *Dos crimes de perigo abstrato...*, p. 74.

3.2. O perigo abstrato como crime formal

3.2.1. *Delitos de pura desobediência* (JAKOBS)

Na perspectiva funcionalista radical de JAKOBS a embriaguez ao volante é exemplo perfeito de crime de perigo abstrato, já que deve evitar o mero conduzir em situação de incapacidade determinada por influência de bebida alcoólica – “*y nada más*”³⁸⁶. Ou seja, mesmo que não exista a criação de um perigo e independentemente de quaisquer outras circunstâncias. É um delito formal. Ou, na classificação do próprio autor, um *crime de desobediência*:

Os crimes de perigo abstrato estão formulados como crimes de desobediência, *i.e.*, exige-se a obediência dos sujeitos submetidos à norma também quando a periclitación concreta deva ser excluída (em determinados âmbitos do Direito do Trânsito, seria até mesmo a maioria dos casos). Exemplos: [...]; o agente conduz por alguns metros, no meio da noite, com uma taxa de álcool no sangue de 1,3 g/l, por uma estrada secundária distante e que, de longe, vê-se que está completamente vazia. O exercício de obediência continua tendo sentido, não obstante a evidente ausência de perigo, sempre que seja preciso exercitar a observância da regulação. Exemplo: se, na cidade, os motoristas refletirem a cada vez, se vale a pena parar no sinal vermelho, não haverá tráfego viário fluente e, ao mesmo tempo, seguro”³⁸⁷.

A existência e validade das previsões de perigo abstrato decorrem da necessidade de padronização do comportamento em determinados âmbitos sociais, como o trânsito. É que o cumprimento das normas de organização, neste e em outros campos de interação massificada, envolvendo objetos perigosos como o automóvel, não pode ficar ao gosto do freguês. Vale dizer, não pode ser feita de maneira *descentralizada*³⁸⁸ porque é imperiosa a “estandardização de condutas”³⁸⁹.

Além disso, a opção por orientar teleologicamente o sistema penal para garantir a vigência das normas, em matéria de crimes de perigo abstrato, está baseada em três

³⁸⁶ JAKOBS, *Derecho Penal*, 1997, 6/78, p. 206.

³⁸⁷ JAKOBS, *Tratado de Direito Penal*. Trad. Gercélia Batista de O. Mendes e Geraldo de Carvalho, 2009, p. 254 (= *Derecho Penal*, 1997, 6/88, p. 212-213).

³⁸⁸ “A ocorrência destas modalidades dogmáticas do tipo penal encontra sua explicação exatamente na necessidade de gerenciamento das instâncias sociais difusas; localidades onde os indivíduos mantêm relações anônimas e intersubjetivas. O gerenciamento destes sistemas implica na necessidade estatal de manter padrões mínimos de comportamento, etiquetando de perigosos aqueles desviados ou que extrapolem o risco permitido. [...] O tipo penal, nesse traçado, centraliza os limites do risco proibido, o qual, se não fosse assim, estaria descentralizado nas consciências múltiplas. Seria impensável um controle do trânsito, por exemplo, que desprezasse as tipificações do risco e abandonasse nas mãos dos motoristas individuais o próprio ‘autocontrole’ da periculosidade de sua condução” [SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade do risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 108]. Ver, ainda, sobre o tema: JAKOBS, Günther. *Ciência do direito e ciência do direito penal*, 2003, p. 31-36.

³⁸⁹ RODRIGUES. *As incriminações de perigo...*, 2010, p. 42.

razões³⁹⁰: (i) sendo os bens jurídicos escassos, é garantindo a vigência das normas de segurança que se protegerá também suas condições de utilização; (ii) a segurança não é mero reflexo da atuação da polícia, mas deve ser entendida como um *direito* das pessoas e, por isso, os crimes de perigo abstrato lesionam esse direito à segurança; e, que, ainda assim, (iii) é preciso reconhecer que os limites entre os comportamentos permitidos e proibidos hoje se fixam mais ou menos arbitrariamente³⁹¹.

No crime de embriaguez ao volante existe ainda um certo sentido de acumulação: conduzir uma única vez após consumo moderado de álcool pode não ser perigoso, mas a ocorrência massiva desse comportamento sim. De todo modo, é fácil perceber no tipo em questão, não só há uma elevada tendência ao dano, mas também um nítido caráter externo *perturbador*³⁹².

A construção do crime de mera desobediência é criticada por MENDOZA BUERGO³⁹³, que aponta suas contradições, por desprezar a teoria de imputação do risco para os crimes de perigo abstrato, privilegiar a função de fidelidade à norma³⁹⁴ e permitir a punição mesmo que o risco para os bens jurídicos esteja excluído, o que não parece indicar a necessidade de sanções especificamente penais.

³⁹⁰ JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa*, 2003, p. 25-29.

³⁹¹ Basta pensar na fixação das velocidades máximas permitidas no trânsito: por que 80 e não 87 km/h?

³⁹² JAKOBS, *Tratado de Direito Penal*, 2009, p. 251-252, ou, *Derecho Penal*, 1997, 6/86a, p. 211.

³⁹³ “A este respecto, el carácter meramente secundario que se le quiere otorgar a la función de ejercitación en la fidelidad a la norma dentro del sistema de Jakobs, pasa a un primeirísimo plano em matéria de los delitos de peligro abstracto. Desde un punto de vista que no quiere preterir la perspectiva de la finalidad de protección específica de la norma penal como contrapartida a la restricción de derechos que supone el establecimiento de las mismas, no parece compatible en el plano del deber ser la afirmación de que la prohibición de la puesta en peligro abstracta *discrimina un determinado tipo de comportamiento y no un determinado nivel de riesgo*, ni que en ella se trate – o se deba tratar – más del mantenimiento de la vigencia de ciertos bienes. Resumiendo: la fática de la norma que de la preservación o la garantía de seguridad de ciertos bienes. Resumiendo: la visión de la ejercitación *per se* de la obediencia a la norma, sin fundamentar la necesidad de sancionar penalmente su incumplimiento más allá de la mera infracción de la regla y aunque estén excluidos riesgos para los bienes de los partícipes, no parece un argumento sin más evidente para fundamentar el recurso a las sanciones *específicamente penales*” [MENDOZA BUERGO, *La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto. Revista de Derecho Penal y Criminología*, p. 62]

³⁹⁴ “Além do recurso a esses instrumentos tradicionalmente conhecidos no direito penal, a sociedade dos dias de hoje tem se deparado com uma nova forma de atuação do *direito penal do autor*. Sob a forma de direito penal do risco, pode ser verificada, na legislação penal, a antecipação da tipicidade na direção de *atos de tentativa ou mesmo preparatórios* – o que aumenta a relevância dos elementos subjetivos e normativos dos tipos penais, e possibilita o controle não apenas da conduta, mas também da *lealdade do sujeito ao ordenamento*. Como aponta JAKOBS, não se trata da compensação de um dano à vigência da norma, mas da eliminação de um perigo: a punibilidade se antecipa em grande parte até o âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança diante de fatos futuros e não à sanção pelos fatos praticados” [GOMES, Mariângela Gama de Magalhães Gomes. “Periculosidade no direito penal contemporâneo”. In: MENDES, Gilmar Ferreira (coord.) et alii. *Direito penal contemporâneo: questões controvertidas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 246, destacamos].

3.2.2. Delitos de ações de massas (ROXIN)

ROXIN³⁹⁵ tem a embriaguez ao volante como caso clássico do grupo de delitos de perigo abstrato que chama de ações de massa. O professor de Munique sustenta a punição por esse crime, mesmo em uma zona desabitada, estando totalmente excluído qualquer perigo, porque do contrário se flexibilizaria o “caráter de tabu absoluto” que o legislador pretende que tenham essas condutas, sobretudo no tráfego viário. Fundamenta essa posição em razão da função de prevenção geral do direito penal. SCHÜNEMANN, por sua vez, agrega também função *organizativa formal* a tais normas, por razões “didáticas”.

Curiosamente, mesmo sendo um dos maiores defensores da proteção subsidiária de bens jurídicos como fim do direito penal, assim ROXIN defende sua posição *in casu*:

O princípio da proteção de bens jurídicos não se deve ver, sem embargo, como o único critério para a legitimação de tipos penais. Na ciência alemã de Direito Penal, discute-se intensamente se a tendência de nosso legislador de permitir a punibilidade já no estágio anterior a uma lesão de bens jurídicos é justificável desde o ponto de vista do Estado de Direito. Por exemplo, a condução de um automóvel em estado de embriaguez é punível também quando inclusive não ocorreu absolutamente nada. Ademais, já existe um delito consumado de estelionato de seguros quando alguém faz desaparecer sua própria coisa para logo avisar ao seguro como se a coisa fora roubada.

Nesses casos, muito numerosos na legislação mais moderna, o princípio de proteção de bens jurídicos é somente útil numa forma modificada, pois as duas regulações que introduzi como exemplos servem, sem qualquer dúvida, para a proteção de bens jurídicos; o primeiro exemplo serve para a proteção do corpo, da vida e dos bens reais no tráfego; o segundo protege a propriedade das companhias de seguros. O problema inerente a estas normas é que o comportamento culpado está ainda bastante distante da verdadeira lesão de bens jurídicos. Do conceito de proteção de bens jurídicos se infere, então, somente que, tratando-se de uma antecipação considerável da punibilidade, necessita-se fundamentar, especialmente porque isto é necessário para a proteção efetiva do bem jurídico.

A fundamentação pode contribuir no primeiro caso (porque um condutor embriagado já não domina seu comportamento suficientemente, de modo que em cada momento pode ocorrer algo), sem embargo, não no segundo...³⁹⁶.

Sucedem que não é função do direito penal contribuir como medida de reforço para garantir o cumprimento de meras regras de organização³⁹⁷, ainda mais de maneira formal,

³⁹⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, 1997, § 11/125, p. 410.

³⁹⁶ ROXIN. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 27-28.

³⁹⁷ “... más importante para nuestra discusión, es ya en el terreno del establecimiento de una norma penal, las razones que pueden alegarse para justificar el establecimiento de reglas con una función meramente organizativa que sancionen el mero incumplimiento de la regla de conducta, con independencia de que en el

sem perquirir a respeito de sua periculosidade no caso concreto e sem maiores considerações sobre seu injusto material³⁹⁸.

3.2.3. *Delitos de perigo implícito* (ESCRIVA GREGORI)

JOSE M^a. ESCRIVA GREGORI³⁹⁹ situa o crime de condução sob a influência do álcool como delito de perigo implícito. Tendo em conta o estudo da linguagem como instrumento da dogmática penal, sua classificação destaca as hipóteses em que a verificação do perigo está explicitada na lei, que correspondem ao perigo concreto, enquanto nas de perigo abstrato “*no se requerirá tal explicitación por desprender-se de las propias palabras de la ley*”⁴⁰⁰, bastando o desvalor da atividade em si.

No Brasil, em sentido semelhante, EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE⁴⁰¹ emprega a denominação de crime de *perigo notório* ao delito de embriaguez ao volante. Assevera o autor que em tais casos o juiz pode dispensar a análise casuística do perigo, já que os fatos notórios independem de prova (art. 334, I, do CPC). Afinal, a periculosidade do beber e dirigir está comprovada pelas estatísticas a respeito das causas dos acidentes de trânsito e pensar o contrário decorreria de falsa premissa: a de que haveria taxas ou níveis seguros para condução com álcool no sangue⁴⁰².

caso concreto de tal incumplimiento no pudiera derivarse ninguna consecuencia indeseable para el bien protegido, cuya evitación constituye precisamente el fin de protección de la norma. En materia de normas propiamente penales no resulta evidente la racionalidad de seguir la regla de conducta en todo caso, esto es, procurar la automatización de comportamientos...” [MENDOZA BUERGO, La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, p. 55-56].

³⁹⁸ “De hecho, muchos de los ejemplos que se ponen (conduzir por la izquierda, no parar em señal de stop...) son infracciones administrativas, no penales. Pero si esto se defende – y así parece ser – respecto de auténticos delitos de peligro abstracto en el tráfico, por ejemplo, la conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas (art. 340 bis a, 1º CP y § 316 StGB), supondría su configuración como injustos formales, que deberían despenalizarse y ser tratado como unas meras infracciones administrativas. Y, dado que la gravedad de esas conductas (me refiero, fundamentalmente, al delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas) es tal que dicha despenalización no parece en absoluto aconsejable, es imprescindible dotar a esto precepto de contenido material” [RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 381-382, destacamos].

³⁹⁹ “El injusto incide aquí em el desvalor de la actividad misma. És ésta la que se castiga en el tipo, sin interesar que haya lesionado o puesto em peligro bienes ‘concretos’, Se da, pues, un peligro implícito em tal conducta” [ESCRIVA GREGORI, Jose Maria. *La puesta em peligro de bienes jurídicos em derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1976, p.116].

⁴⁰⁰ ESCRIVA GREGORI. *La puesta em peligro de bienes jurídicos em derecho penal*, 1976, p.73.

⁴⁰¹ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Nova lei seca: comentários à lei 12.760, de 20 de dezembro de 2012 e suas correlações com a lei 11.705, 19 de junho de 2008, atualizados de acordo com a nova resolução Contran 432, de 23 de janeiro de 2103*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013, p. 46-47.

⁴⁰² Outra contribuição original do mesmo autor que merece registro diz respeito à sua inteligência de dois tipos penais instituídos pela Lei nº 12.760/12. Para CABETTE o art. 306, § 1º, inciso I, do CTB, quando se refere à determinada taxa de alcoolemia seria crime de perigo abstrato, enquanto o art. 306, § 1º, inciso II, do CTB, que faz referência aos sinais que indicam alteração da capacidade psicomotora, seria crime de perigo concreto [CABETTE. *Nova lei seca*, 2013, p. 53 e 58].

3.3. Delitos de aptidão ou idoneidade⁴⁰³ (MENDOZA BUERGO)

BLANCA MENDOZA BUERGO, em sua obra fundamental sobre os crimes de perigo abstrato⁴⁰⁴, na busca de precisar os limites exigíveis para a formulação legítima de tais delitos, identificou, entre as teorias que denominou como *perspectivas materializadoras*, ou seja, que exijam a verificação de uma periculosidade *ex ante* em cada caso individual, reveladora da aptidão ou idoneidade da conduta para expor o bem jurídico a perigo, as seguintes⁴⁰⁵: (i) delitos de risco de novo tipo do Projeto Alternativo alemão⁴⁰⁶; (ii) as que consideram a *periculosidade da ação* ou o *desvalor de perigosidade* como elemento constitutivo do injusto, entre as quais incluiu a da identificação com a imprudência sem resultado; e, (iii) outras teses dualistas, em que a pelo menos um dos grupos se aplique a periculosidade *ex ante*. A seguir, buscaremos abordá-las com relação ao crime de embriaguez ao volante, até onde nos foi possível localizar menções expressas a esse delito específico.

3.3.1. *Delitos imprudentes sem consequência* (SILVA SÁNCHEZ e RODRÍGUEZ MONTAÑÉS)

JESÚS MARIA SILVA SÁNCHEZ é tido como um dos maiores críticos do emprego indiscriminado de tipos de perigo abstrato sem quaisquer restrições e possui atentas observações sobre os problemas dogmáticos e de legitimidade de tal classe de delitos.

Bem por isso, analisando o crime de embriaguez ao volante da legislação espanhola, na redação vigente em 1993, o autor registrou logo de saída, que entendia “os delitos de perigo abstrato como delitos de perigo *real* e não presumido, caracterizados pela existência de uma periculosidade *ex ante* da conduta, embora sem que tenha lugar um resultado de

⁴⁰³ Em Portugal, RODRIGUES preferiu traduzir os termos alemães *Eignung* (aptidão ou capacidade) e *Geeignetheit* (adequado ou apropriado) por “propensão”, pois é esse o “termo utilizado na teoria da probabilidade para designar a aptidão, definida probabilisticamente, de certo ente ou fenômeno para exibir certa propriedade ou produzir certo efeito”. Assim, “esta via de materialização traduz-se na exigência para a tipicidade dos crimes de perigo abstracto da prova da ‘propensão’ da acção para produzir um perigo” [RODRIGUES, Marta Felino. *As incriminações de perigo e o juízo de perigo no crime de perigo concreto: necessidade de precisões conceituais*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 47].

⁴⁰⁴ MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001.

⁴⁰⁵ MENDOZA BUERGO, La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, p. 64-65.

⁴⁰⁶ São os crimes que contêm uma cláusula de exclusão da periculosidade: “sem que no momento da ação se possa excluir uma lesão da integridade ou da vida das pessoas”. Apud: MENDOZA BUERGO. *Límites dogmáticos...*, 2001, p. 300.

perigo concreto para bens jurídicos”⁴⁰⁷ e que entendimento diverso “haveria de conduzir à derrogação” do tipo em questão “por sua oposição a princípios fundamentais da intervenção jurídico-penal”⁴⁰⁸.

Seu fundamento último é a proteção da vida, saúde ou patrimônio de condutores ou pedestres e a sua incriminação “expressa a intenção do legislador de fazer avançar a barreira da intervenção jurídico-penal” sobre situações que, em verdade, poderiam ser entendidas como “modalidades determinadas de tipos imprudentes não seguidas de resultado lesivo ou perigoso algum”⁴⁰⁹.

Na visão de SILVA SÁNCHEZ, o recurso ao crime de perigo abstrato no caso da condução de veículos sob a influência de álcool ou drogas, em contraposição a outras condutas arriscadas na direção de veículos que sequer são crimes, tais como dirigir exausto, com sono ou cansado, se justificaria por duas razões: (i) trata-se de imprudência com permanência e, logo, é mais perigosa e (ii) porque há no caso uma maior objetivação da infração do dever de cuidado. Além do mais, o autor classifica a segurança do trânsito como bem jurídico coletivo espiritualizado.

Por fim, o professor de Barcelona enfatiza a possibilidade de aplicar a teoria da imputação objetiva também aos delitos de mera atividade. Nesses termos, se desde uma perspectiva *ex ante* é imprevisível para o observador externo, dotado dos conhecimentos especiais do autor, que os atos realizados conduzirão à realização do tipo, faltará já o próprio injusto objetivo do crime, ainda que, em seguida – numa perspectiva *ex post*, portanto – se afirme a condução perigosa sob a influência do álcool. Seu exemplo é o de uma interação de substâncias (álcool e medicamentos, álcool e alguma doença ou álcool e alguma comida) objetivamente imprevisível⁴¹⁰.

⁴⁰⁷ “Entiendo los delitos de peligro abstracto como delitos de peligro *real* y no presunto, caracterizados por la existencia de una peligrosidad *ex ante* de la conducta, aunque sin que tenga lugar un resultado de peligro concreto para bienes jurídicos” [SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “Consideraciones sobre el delito del art. 340 bis a) del Código Penal (Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas)” In: *Derecho de la circulación (Aspectos civiles y penales)*. Madrid: Ministerio de Justicia – Centro de Publicaciones, 1993, p. 149, nota nº 1] (tradução livre do autor).

⁴⁰⁸ “Todo entendimiento del precepto que no pase por en él un *peligro real, aunque genérico o abstracto*, de los bienes jurídicos de los sujetos implicados em el tráfico, habría de conducir a la derogación del mismo por su oposición a principios fundamentales de la intervención jurídico-penal” [SILVA SÁNCHEZ. “Consideraciones sobre el delito...” In: *Derecho de la circulación...*, 1993, p. 149] (tradução livre do autor).

⁴⁰⁹ “La incriminación de este hecho genericamente peligroso expresa la pretensión del legislador de adelantar la barrera de la intervención jurídico-penal a supuestos que, en puridad, podrían entender-se como modalidades determinadas de hechos imprudentes no seguidas de resultado lesivo o peligroso alguno” [SILVA SÁNCHEZ. “Consideraciones sobre el delito...” In: *Derecho de la circulación...*, 1993, p. 150] (tradução livre do autor).

⁴¹⁰ SILVA SÁNCHEZ. “Consideraciones sobre el delito...” In: *Derecho de la circulación...*, 1993, p. 158.

A autora tem como inválido o uso de padrões objetivos gerais, como as taxas de alcoolemia pré-determinadas, porque a *efetiva periculosidade da conduta* não depende só do grau de concentração alcoólica, mas de múltiplos fatores, tais como: (i) as características somáticas do sujeito e seu grau de tolerância ao álcool, (ii) possíveis interações com outras substâncias, e (iii) de fatores circunstanciais da condução: tipo e estado da via, visibilidade, densidade do tráfego, velocidade e circunstâncias meteorológicas⁴¹⁵.

Assim, “se da consideração desse conjunto de fatores se chega à conclusão de que o autor não infringe com sua conduta o dever objetivo de cuidado, que a conduta não é perigosa *ex ante* para a vida ou a integridade dos demais participantes do trânsito, por não ser objetivamente previsível *ex ante* a produção de resultado lesivo algum, não se realiza o tipo, por muito que o nível de concentração alcoólica no sangue supere as taxas administrativamente permitidas. Isto constituirá um ilícito administrativo, mas não o crime do artigo 340 bis a, 1º.”⁴¹⁶

3.3.2. *Delitos de perigosidade real* (RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ e ULZURRUN LLUCH)

Quando SILVA SÁNCHEZ^{417 418} estabelece o requisito da *real periculosidade da conduta* aos crimes de perigo abstrato, em oposição à denominação *perigo hipotético* de TORÍO LOPEZ⁴¹⁹, para remarcar a necessidade de consideração do caso concreto, ainda que numa perspectiva *ex ante*, surge o conceito dos crimes de perigosidade real, de grande aceitação na Espanha.

la jurisprudência constictucional” [RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 385-386] (tradução livre do autor).

⁴¹⁵ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS. *Delitos de peligro...*, 2004, p. 388.

⁴¹⁶ “Si de la consideración de ese conjunto de factores se llega a la conclusión de que el autor no infringe con su conducta el deber objetivo de cuidado, que la conducta no es peligrosa *ex ante* para la vida o la integridad de los demás participantes em el tráfico, por no ser objetivamente previsible *ex ante* la producción de resultado lesivo alguno, no se realiza el tipo, por mucho que el nivel de concentración de alcohol en sangre supere las tasas administrativamente permitidas. Esto constituirá un ilícito administrativo, pero no el delito del artículo 340 bis a, 1º” [RODRÍGUEZ MONTAÑÉS. *Delitos de peligro...*, 2004, p. 388-389] (tradução livre do autor).

⁴¹⁷ “Sin embargo, ello no puede conducir a un entendimiento del precepto en términos alejados de una *real perigosidad de la conducta para bienes jurídicos*” [SILVA SÁNCHEZ. “Consideraciones sobre el delito...”. In: *Derecho de la circulación...*, p. 149 e p. 158, nota 37].

⁴¹⁸ Sobre alguma controvérsia para classificar o posicionamento de SILVA SÁNCHEZ: ver MENDOZA BUERGO. *Límites dogmáticos...*, 2001, p. 324, nota nº 664.

⁴¹⁹ TORIO LOPEZ, Angel. Los delitos del peligro hipotético: contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fasc. II-III, maio - dezembro 1981, p. 828.

Assim, para afastar concepções do perigo abstrato como crime formal ou de perigo presumido, MARINA SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH defende “uma concepção mais moderna que interpreta os delitos de perigo abstrato como *delitos de perigo real*, é dizer, delitos em que não se exige um resultado de risco para um concreto objeto de proteção, mas sim se exige *uma conduta ex ante perigosa* para o bem jurídico, de forma que sua aplicação requer a constatação da perigosidade real da conduta no caso concreto (perigosidade concreta da conduta); com a conseguinte exclusão daqueles casos que se encaixam na descrição legal, mas que, pelas circunstâncias em que realizados, não resultaram perigosos para o bem jurídico tutelado. Desde este ponto de vista, a perigosidade da conduta se converte em um *elemento do tipo* dos delitos de perigo abstrato que requer sua comprovação individual no *caso concreto*.”⁴²⁰

A mesma autora, desta feita em obra coletiva coordenada por MARÍA GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ⁴²¹, enfatiza como conceitos equivalentes ao perigo real outros crimes de aptidão: perigo abstrato-concreto, perigo hipotético e perigo potencial⁴²², o que reforça o valor da classificação como gênero e não espécie.

A razão para recorrer ao modelo de perigosidade⁴²³ real é embasada na necessidade de tutelar a vida e a integridade de pedestres, motoristas e passageiros em momento anterior ao da lesão frente a condutas imprudentes que estatisticamente resultam com frequência em sérios danos. Pune-se antecipadamente, pois, a comoção da segurança viária.

⁴²⁰ “Para salvar estas objeciones, una concepción más moderna interpreta los tipos delitos de peligro abstracto com delitos de peligro real, es decir, delitos em los que no se exige un resultado de riesgo para un concreto objeto de protección, pero sí se exige una conducta ex ante peligrosa para el bien jurídico, de forma que su aplicación requiere la constatación de la peligrosidad real de la conducta en el caso concreto (peligrosidad concreta de la conducta); con la consiguiente exclusión de aquellos supuestos que encajan en la descripción legal, pero que, por las circunstancias en que se han realizado, no resultaban peligrosos para el bien jurídico tutelado. Desde este punto de vista, la peligrosidad de la conducta se convierte en un elemento del tipo de los delitos de peligro abstracto que requiere su comprobación individual en el caso concreto” [ULZURRUN LLUCH, Marina Sanz-Díez. Los nuevos delitos contra la seguridad vial contenidos em la LO 15/2007. *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n. 74, 2008, p. 317, destacamos] (tradução livre do autor).

⁴²¹ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Maria (coord.). *Protección penal de la seguridad vial*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 31.

⁴²² A mesma expressão em alemão, *potentielles Gefährdungsdelikt*, é empregada por JÜRGEN WOLTER e FRANK ZIESCHANG [Apud: RODRIGUES. *As incriminações de perigo...*, 2010, p. 55 e 80]. Já EIGNUNGSDELIKT, utilizada por ANDREAS HOYER e ROLAND HEFENDEHL, é melhor traduzida por “delito de potencial lesivo” [Apud: GRECO. “Princípio da ofensividade”..., 2004, p. 130 e RODRIGUES. *As incriminações de perigo...*, 2010, p. 82].

⁴²³ Pessoalmente prefiro a expressão “periculosidade”. Abstenho-me de empregá-la quando o mesmo conceito já é referido como “perigosidade” no Brasil para não aprofundar a confusão.

As autoras citadas, comentando a legislação espanhola em vigor sobre os crimes de trânsito, assentam o crime de condução sob a influência do álcool como de perigosidade real. Já o tipo de condução etílica, baseado na superação de determinada taxa de álcool no sangue do condutor, que é o dobro da exigida no Brasil, é classificado como “injusto meramente formal”, que adota “um critério de perigo normativo ou estatístico”, não sendo necessária a prova do perigo efetivo no caso concreto⁴²⁴.

Em nosso País, DE BEM⁴²⁵ também reconhece o modelo da perigosidade real como integralmente aplicável ao art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro na redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.760/12. CUNHA⁴²⁶, além disso, enfatiza ser “indispensável a superação de um determinado risco-base⁴²⁷ ao bem jurídico protegido”, o que indicaria a necessidade de se comprovar a condução anormal do veículo, dissociando-se das professoras espanholas antes indicadas que a tanto não chegaram.

3.3.3. *Delitos de perigosidade concreta ou ação concretamente perigosa* (HIRSCH, ZIESCHANG e WOHLERS)

Na Alemanha⁴²⁸, segundo HEFENDEHL⁴²⁹, “a concretização nas categorias dos delitos de potencial lesivo (*Eignungsdelikte*)^{430 431}, dos delitos de ação concretamente perigosa

⁴²⁴ “La peligrosidad de la acción *se presume* sobre la base de consideraciones médico-científicas que afirman que la influencia de la ingesta de bebidas alcohólicas *es prácticamente segura* a partir de determinadas tasas de alcohol. Nos encontramos, por tanto, ante una baremización del peligro, mediante la fijación de unos límites cuya superación por cualquier conductor atrae la imposición de la pena” [GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ (coord.). *Protección penal de la seguridad vial*. 2013, p. 85-86].

⁴²⁵ GOMES, Luiz Flávio. BEM, Leonardo Schmitt de. *Nova Lei seca: comentários à Lei n. 12.760, de 20-12-2012*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 51-53.

⁴²⁶ CUNHA, Rogério Sanches. *Você já ouviu falar de “crime de perigo abstrato de perigosidade real”?* Disponível em <http://atualidadesdodireito.com.br/rogeriosanches/2013/03/21/voce-ja-ouviu-falar-de-crime-de-perigo-abstrato-de-perigosidade-real/>, acesso em 13.04.2013.

⁴²⁷ FRISCH propõe a substituição do critério indiciário da violação das normas de cuidado pela superação do risco-base para atestar a desaprovação jurídico do risco criado: “o que é decisivo é não a obediência à regra, e sim o *risco-base* que geralmente acompanha a obediência à regra” [Apud: GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 56]. Em sentido semelhante: “... contienen los delitos de peligro hipotético una dimensión normativa o valorativa. Está presente en ellos un momento *axiológico*. En estos delitos consiste la tipicidad en que la acción formalmente descrita en el tipo (a), apta según un juicio *ex ante* para producir un peligro (b) se halla en contradicción, o desvalorizada, por la norma base del tipo penal (c)” [TORIO LOPEZ. Los delitos del peligro hipotético: ... *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fasc. II-III, maio - dezembro 1981, p. 840].

⁴²⁸ Há grande proximidade entre os conceitos de perigosidade real e perigosidade concreta. RODRIGUES, inclusive, parece entendê-las por sinônimas [*As incriminações de perigo...*, 2010, p. 82]. Afora o país de procedência, entendemos por tratar as duas espécies em separado em razão do detalhamento das condições para a legitimidade dos crimes de perigo abstrato contido na formulação alemã: critérios para *fair imputation*.

⁴²⁹ HEFENDEHL. “O bem jurídico como pedra angular...”, 2011, p. 72.

crimes de periculosidade concreta e põe em destaque a mera *desobediência formal à norma*⁴⁴¹ que caracteriza a periculosidade abstrata⁴⁴².

Já WOLFGANG WOHLERS⁴⁴³ propõe para o crime de embriaguez ao volante a classificação de delito de ação concretamente perigosa. Estes seriam os tipos que descrevem uma ação que normalmente levará a uma situação não mais controlável pelo agente e que, sem mais, só com a entrada do correspondente objeto do bem jurídico na zona de perigo, geram para este um perigo concreto ou mesmo uma lesão. Enquanto a situação estiver sob o controle do autor não se pode legitimar uma incriminação⁴⁴⁴.

Os crimes de ação concretamente perigosa estão ligados aos ambientes de interação massiva em que é necessário o estabelecimento de regras vinculantes que centralizem a coordenação de condutas estabelecendo a mesma fronteira do risco permitido para todos. As atitudes no tráfego de veículos não podem estar descentralizadas de modo que cada motorista decida livremente como se portar no trânsito. Esse é o ponto de partida que conduz aos outros requisitos de legitimação: (i) só quando se alcançar uma *situação perigosa incontrolável* é que se quebra o dever de cooperação e de coordenação de condutas^{445 446}; (ii) o legislador para redigir a proibição deve ter em mente uma “*pessoa-*

delitos de peligrosidad abstrata deben ser excepciones en el Derecho Penal criminal” [HIRSCH, Hans Joachim. Sistemática y límites de los delitos de peligro abstracto. Trad. Dirk Styma. *Revista de Derecho Penal*, nº 02, 2007, p. 34]

⁴⁴¹ HIRSCH. Sistemática y límites de los delitos..., *Revista de Derecho Penal*, nº 02, 2007, p. 15.

⁴⁴² A exigência da idoneidade da conduta na periculosidade concreta fica claríssima quando o autor, para se contrapor ao conceito de perigo potencial de seu aluno ZIESCHANG, que chama de “delitos de periculosidade sujeitos a uma situação”, exemplifica com a própria embriaguez ao volante: “Cuando se lo compara con un delito de peligro clásico, por ejemplo, conducir un vehículo en estado de ebriedad, queda claro que aquí el peligro también es causado por la creación de una situación peligrosa. En el último caso el vehículo es manejado por un conductor que no está em condiciones de conducir, lo que lleva a una situación peligrosa proveniente del vehículo. (...) El tipo penal de conducir un vehículo en estado de ebriedad también podría ser redactado de la siguiente manera: ‘El que luego del consumo de bebidas alcohólicas o estupeficientes conduzca un vehículo y cause por ello una situación idónea para disminuir la seguridad de la vida, la salud o bienes...’ Y si se reemplaza ‘no estar en condiciones de conducir’ por 1% de concentración de alcohol en la sangre...” [HIRSCH. Sistemática y límites de los delitos..., 2007, p. 20, destacamos].

⁴⁴³ WOHLERS, Wolfgang; VON HIRSCH, Andrew. “Teoría del bien jurídico y estructura del delito: sobre los criterios de una imputación justa”. Trad. Beatriz Spínola Tártalo. In: HEFENDEHL, Roland (org.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 289-290.

⁴⁴⁴ GRECO. “Princípio da ofensividade”..., 2004, p. 128.

⁴⁴⁵ WOHLERS e VON HIRSCH. “Teoría del bien jurídico y estructura del delito...”, 2007, p. 306.

⁴⁴⁶ Em sentido semelhante, anota GRECO que: “SCHÜNEMANN exige como um requisito de legitimidade da antecipação da tutela penal, por meio de delitos de perigo abstrato, que o tipo não proíba ações que ainda permaneçam anteriores ao momento que ele chama de “*ponto de dispersão coletivo*” (*kollektive Schallstation*), que é o momento em que o agente perde o controle sobre o curso causal perigoso e este se dispersa na teia de interações entre os cidadãos (*Goldamer's Archive*, 1995, p. 213)” [SCHÜNEMANN, Bernd. “O princípio da proteção do bem jurídico como ponto de fuga dos limites constitucionais e da

padrão”, inexistente na vida real, mas partir de dados técnicos, empíricos e normativos⁴⁴⁷; (iii) não bastará a mera desobediência à Administração à qual deverá se somar *algum desvalor material* equivalente à criação de uma “fonte de perigo”⁴⁴⁸.

Relevantíssimo é destacar a advertência de VON HIRSCH e WOHLERS no sentido de que, para afirmar o atendimento aos requisitos de legitimação, é indispensável o *exame da norma em particular*⁴⁴⁹. De modo que, o que foi dito para o § 316 do StGB, não terá aplicação automática para o art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, *verbis*:

Un ejemplo de ellas son las conducciones bajo los efectos de bebidas alcohólicas (§316d StGB). Los peligros procedentes de *un conductor no apto para conducir* no pueden ser controlados ni por él mismo – *si no, no seria no apto para conducir* –, ni por otros participantes en el tráfico. Como se trata de peligros para la vida y la integridad física de terceros e no es evidente con qué intereses deban reconocerse, teniendo en cuenta la comprensión normativa de la sociedad, como de un valor cuando menos comparable debería argumentar-se para la ejecución de tales conductas peligrosas, no puede dudarse de la legitimidad de los tipos penales correspondientes.⁴⁵⁰

De fato, quando o Código de Trânsito Brasileiro refere à “capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool” não parece apontar para uma incapacidade de conduzir, de modo que a questão a respeito da dominabilidade do perigo pelo agente está em aberto no Brasil.

Por ora, entretanto, é de se enfatizar apenas a conclusão de ROXIN: “ainda assim, há algo que *já se pode considerar hoje seguro*. A legitimidade da categoria dos ‘delitos de ação concretamente perigosa’ (*konkrete Gefährlichkeitsdelikte*), contruída por ZIESCHANG, em adesão a seu professor HIRSCH (protótipo: embriaguez no tráfico, § 316 StGB) *difícilmente poderá ser questionada*, enquanto uma penalização de meros atos

interpretação dos tipos” In: GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação ao poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 50, nota nº 85].

⁴⁴⁷ “... para Michael Schumacher tienen que regir las mismas reglas que para cualquier otra persona que circule.” [WOHLERS e VON HIRSCH. “Teoría del bien jurídico y estructura del delito.., 2007, p. 307].

⁴⁴⁸ WOHLERS e VON HIRSCH. “Teoría del bien jurídico y estructura del delito.., 2007, p. 308.

⁴⁴⁹ WOHLERS e VON HIRSCH. “Teoría del bien jurídico y estructura del delito.., 2007, p. 306.

⁴⁵⁰ É que a expressão “sem que esteja em condições de conduzir o veículo em segurança” é elemento expresso do tipo alemão: “Um exemplo delas são as conduções sob a influência de álcool (§ 316d StGB). Os perigos procedentes de motoristas que *não estão em condições de conduzir em segurança* não podem ser controlados nem por eles próprios - caso contrário, *não estariam sem condições de conduzir* - ou por outros participantes do trânsito. Como se trata de perigos à vida e à integridade física de terceiros e não está claro com que interesses devam ser reconhecidos, tendo em conta a compreensão normativa da sociedade, como de um valor pelo menos comparável deveria fundamentar-se para a execução de tais condutas perigosas, não pode haver dúvida sobre a legitimidade dos tipos penais correspondentes” [WOHLERS e VON HIRSCH. “Teoría del bien jurídico y estructura del delito.., 2007, p. 307] (tradução livre do autor).

Mas como se faria esse juízo de periculosidade? O perigo abstrato não pode ser presumido. BOTTINI, com apoio em MEYER, propõe que a “a periculosidade seria reconhecida por meio de uma prognose sobre as possíveis consequências da ação e, portanto, por meio de um juízo sobre sua aptidão para causar uma lesão”⁴⁵⁹.

Ainda assim, não se deve tratar de um juízo de mera possibilidade, mas de probabilidade de uma lesão, fundada em dupla ordem de conhecimentos: conhecimento ontológico (conhecimento da situação de fato onde se inseriu a ação humana) e conhecimento nomológico (conhecimento das leis da natureza e regras de experiência que permitem saber o que acontece normalmente quando se produz tal situação de fato - o *id quod plerumque accidit*).

Em tema de estreita ligação com a medicina legal, como é a condução de automóveis em estado de embriaguez, é importante ressaltar que tais elementos ontológicos e nomológicos compreenderão a totalidade do saber científico de sua época, desde que oferecidos em bases científicas *não refutadas* ou *discutíveis*. O legislador penal, enquanto gestor de riscos, poderá se valer de evidências estatísticas, que também permitem a aplicação do princípio da prevenção, admitindo a criminalização antecipada do que contiver periculosidade para o bem jurídico.

Já quando faltar certeza científica ou constatação estatística estaremos no âmbito do princípio da precaução, inicialmente desenvolvido para o direito ambiental, mas hoje bastante difundido para os demais campos. Segundo o autor, no entanto, não se deve permitir um direito penal da precaução, mediante tipos de perigo abstrato, pois nesses casos a periculosidade “simplesmente é presumida pelo gestor de riscos”⁴⁶⁰ e acaba por referendar um “*in dubio pro securitate*, ... fazendo incidir o tipo penal automaticamente, por meio de uma metodologia formal”⁴⁶¹.

Sobre a proteção de ambientes de interação massificada, de que o melhor exemplo é o tráfego viário, relembra que a sua regulação, a respeito da não observância das regras de cuidado, também pode ser feita através dos crimes culposos, mas aponta dois inconvenientes na opção pelo que podemos chamar de “estratégia mais tradicional”: (i) os

lesão, baseando-se, para tal, em uma constatação *ex post* da prática criminosa” [SILVEIRA, Renato de Mello Jorge da. *Direito penal econômico como direito penal de perigo.*, 2006, p. 136-137].

⁴⁵⁸ BOTTINI, *Crimes de perigo abstrato*, 2010, p. 151.

⁴⁵⁹ BOTTINI, *Crimes de perigo abstrato*, 2010, p. 165.

⁴⁶⁰ BOTTINI, *Crimes de perigo abstrato*, 2010, p. 277.

⁴⁶¹ BOTTINI, *Crimes de perigo abstrato*, 2010, p. 261.

crimes culposos exigem a ocorrência do resultado, que é o que modernamente se pretende evitar, e (ii) os delitos punidos a título de culpa não descrevem a conduta proibida e com isso é o destinatário da proibição que tem que deduzir a específica regra de cuidado. Já os crimes de perigo abstrato, ao reverso, contêm a precisa descrição da conduta típica⁴⁶².

O autor refuta, ainda, a tese da inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato em geral por desatendimento do princípio da ofensividade, destacando que a própria Constituição Federal faz expressa menção a um crime desta categoria: o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (art. 5º, XLIII, da CF), do qual não se exige nenhum resultado concreto.

Ademais, “compreender que mesmo comportamentos inócuos são penalmente relevantes – se descritos nos tipos de perigo abstrato – conflita com o próprio Código Penal, que determina a impunidade do *crime impossível*, condutas sem possibilidade de afetar o bem jurídico, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto” (art. 17, do CP)⁴⁶³.

Em suma, BOTTINI⁴⁶⁴ entende a periculosidade como elemento fundamental do sistema penal teleológico, defendendo que sua estrutura material deva ser aplicada a todos os crimes de perigo abstrato. Ao juiz, portanto, compete perquirir a respeito da existência do risco *ex ante* em cada caso, mesmo sem qualquer alteração legislativa ou expressa remissão ao risco no tipo.

3.4. O perigo abstrato-concreto ou delito de aptidão abstrata (SCHRÖDER)

FEIJÓO SÁNCHEZ⁴⁶⁵ vê com bons olhos o uso mais frequente dos delitos de perigo abstrato-concreto pelos legisladores europeus e acredita que o desenvolvimento da dogmática dos delitos de perigo depende em grande medida do próprio desenvolvimento desta técnica legislativa⁴⁶⁶. ROXIN chama tal grupo de casos de delitos de aptidão abstrata.

⁴⁶² BOTTINI, *Crimes de perigo abstrato*, 2010, p. 126.

⁴⁶³ BOTTINI. Crimes de perigo abstrato não são de mera conduta. [on line] *Revista Consultor Jurídico*. 29/05/2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-29/direito-defesa-crimes-perigo-abstrato-nao-sao-mera-conduta>>. Acesso em: 29.mai.2012.

⁴⁶⁴ BOTTINI, *Crimes de perigo abstrato*, 2010, p. 251-255.

⁴⁶⁵ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo J.. “Cuestiones basicas de los delitos de peligro abstracto y concreto em relación con el transito”. *Revista da Ajuris*, nº 78, junho 2000, p. 322-323.

⁴⁶⁶ ILHA DA SILVA pensa o oposto: “Não vemos, decididamente, que vantagem possa ser acrescentada em aceitar-se a presente categoria, e, ademais, as formulações em torno do conceito não nos parecem muito claras, ao menos ao ponto de convergirem seguramente para um mesmo caminho. [...] Ademais,

O nosso art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, em sua redação original, é exemplo de crime de perigo abstrato-concreto. É que, em razão da presença da elementar “expondo a dano *potencial* a incolumidade de outrem”, que funcionava como cláusula expressa de idoneidade, não se contentava com a mera realização da condução sob a influência do álcool, nem chegava a exigir a produção de perigo concreto para a incolumidade de alguém.

HORST SCHRÖDER propôs essa categoria intermediária entre o perigo abstrato e o concreto em decorrência das discussões havidas, em especial com MARCELLO GALLO, durante o X Congresso da Associação Internacional de Direito Penal (1969)⁴⁶⁷. Duas são as suas formas: (i) “o legislador delimita o campo de investigação do juiz a certos elementos dados pela lei e que se prestam a provocar perigo, ou seja, a lei diz que o fato é abstratamente perigoso, mas apresenta elementos que o juiz deve ter em conta concretamente”⁴⁶⁸, ou, (ii) “a lei eleva a elemento do tipo a idoneidade de uma coisa ou de uma ação a ocasionar determinados eventos, sem esclarecer contra qual bem jurídico e contra quais objetos (materiais) se deve dirigir no caso concreto o perigo (ou fato perigoso)”⁴⁶⁹.

Assim, para BOTTINI os crimes de perigo abstrato-concreto “atrelam a conduta proibida a um critério material de injusto, que será a realização de um risco não permitido, mesmo que não realizado concretamente”⁴⁷⁰ e podem ser definidos como o “delito que descreve a conduta proibida e exige expressamente, para a configuração da tipicidade objetiva, a criação de uma periculosidade geral, ou seja, que a ação seja apta ou idônea para lesionar ou colocar em perigo concreto um bem jurídico, ainda que nada ou ninguém tenha sido efetivamente exposto ao risco”⁴⁷¹.

concordamos com Giusino quando se recusa a aceitar uma categoria autônoma intermediária pela só razão de apresentarem uma abstração diminuída.” [SILVA. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*, 2003, p. 80-81].

⁴⁶⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*, 2003, p. 98.

⁴⁶⁸ ANGIONI, Francesco. *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale: La struttura oggettiva*. 2ª ed., Milão: Giuffrè, 1994, p. 87. Apud: SILVA. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*, 2003, p. 79.

⁴⁶⁹ ANGIONI, Francesco. *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale: La struttura oggettiva*. 2ª ed., Milão: Giuffrè, 1994, p. 89. Apud: SILVA. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*, 2003, p. 80.

⁴⁷⁰ BOTTINI, *Crimes de perigo abstrato*, 2010, p. 118.

⁴⁷¹ BOTTINI, “Precisamos de uma Lei Seca mais racional”. [on line]. *Revista Consultor Jurídico*. 22/11/2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-nov-22/direito-defesa-lei-seca-redacao-racional>>. Acesso em: 24.abr.2012.

Para MATA Y MARTÍN⁴⁷², os crimes de perigo abstrato-concreto – que ele chama de delitos de lesão-perigo – servem para proteger bens jurídicos intermediários, desde que caracterizados como bens coletivos com referente individual.

Sobre a conveniência de emprestar relevante papel dogmático à técnica de tipificação consistente na formulação de crimes de perigo abstrato-concreto, temos que:

Na espécie do perigo abstrato, que postula um juízo de perigo total já realizado pelo legislador, parece mais correta a orientação de aproximar estas categoriais à construção dogmática dos delitos de perigo abstrato-concreto. Mesmo na inexistência do elemento normativo da factualidade do perigo no tipo penal, o sistema teleológico funcional (orientado para a sociedade do risco) pode, ao utilizar os instrumentos de *imputação objetiva*, admitir que o magistrado faça também ‘*ex post*’ ponderações do real incremento ou existência do risco proibido apto a inserir a conduta no âmbito de proteção da norma. Tal situação traria noções bastante semelhantes à dualidade de uma tipicidade de perigo inicial (‘*ex ante*’) e outra ulterior, inerente à própria normatização do conceito de perigo jurídico-penalmente relevante. Ao intérprete seria alterada a profundidade de cognição acerca da *relevância* e *suportabilidade* do risco gerado; mecanismo compatível com a interdisciplinariedade do sistema aberto funcionalista⁴⁷³

Com o emprego da técnica do perigo abstrato-concreto no direito penal do trânsito ao menos o legislador “consegue enriquecer materialmente os delitos de perigo abstrato e estabelecer filtros objetivos que a doutrina tem buscado mediante diversos modelos de interpretação para limitar a um alcance político-criminal satisfatório os crimes de perigo abstrato”⁴⁷⁴. Com a sua adoção é possível resolver, por exemplo, “aqueles casos em uma

⁴⁷² “En estos [crimes de perigo abstrato-concreto], como se ha venido repitiendo, la protección conjunta para intereses de los particulares e intereses comunitarios aparece de tal modo formulada que el tipo penal exige el menoscabo efectivo del bien colectivo y, por otra parte, la puesta en peligro del bien jurídico personal [...] Si unicamente se establece el comportamiento punible en relación al bien jurídico-penalmente independiente, pero respecto al mismo se van a presentar los problemas ya puestos de relieve: adelantamiento excesivo del momento de intervención (en desacuerdo con el principio de intervención mínima) y falta de precisión del comportamiento objeto de incriminación. Si se considera que el comportamiento no consiste sino en nuevas formas de agresión a bienes individuales, de manera que ante las nuevas fuentes de peligro para los mismos se anticipa la intervención penal, se niega la autonomía al bien colectivo, considerándose los nuevos intereses mera prolongación de los bienes clásicos.[...] Frente a estas dos posturas extremas cabe señalar la que se deriva de la consideración de estos nuevos intereses como bienes jurídicos intermedios o de referente individual. Estos suponen la afirmación de un bien jurídico colectivo independiente, pero vinculada a su protección de la puesta en peligro de bienes personales. Desde esta última perspectiva se respeta la autonomía de los bienes implicados, pero con consecuencia de la técnica legislativa adoptada se evitan los problemas ya conocidos que arrastra la protección de bienes colectivos” [MATA Y MARTÍN, Ricardo M. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro: Aproximación a los presupuestos de la técnica de peligro para los delitos que protegen bienes jurídicos intermedios (tutela penal del medio ambiente, delitos económicos, seguridad del tráfico)*. Granada: Comares, 1997, p. 76-82-83].

⁴⁷³ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade do risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 110].

⁴⁷⁴ FEIJÓO SÁNCHEZ. “Cuestiones básicas de los delitos de peligro abstracto y concreto em relación con el tránsito”. p. 323. (tradução livre do autor)

pessoa adota medidas suplementares na hora de conduzir depois de haver ingerido bebidas alcoólicas”⁴⁷⁵.

Há que se destacar, porém, que a construção do crimes de perigo abstrato-concreto “faz característica do tipo a propensão de uma coisa ou ação para produzir um resultado determinado sem ao mesmo tempo precisar contra que bem jurídico ou contra que objeto o perigo no caso concreto deve se referir”⁴⁷⁶ e que o perigo “acaba, pois, por não se referir ao caso concreto”⁴⁷⁷, afastando-se, portanto, dos modelos de periculosidade real.

3.5. Crime de lesão e mera conduta (DAMÁSIO E. JESUS)

DAMÁSIO E. DE JESUS concebe o crime de embriaguez ao volante como delito de lesão e mera conduta⁴⁷⁸: “o perigo configura elemento do tipo. Mas não é concreto nem abstrato. É o simples perigo: risco de dano a terceiros que a própria conduta de dirigir veículo automotor sob a influência de álcool, de forma irregular, implica”⁴⁷⁹.

⁴⁷⁵ FEIJÓO SÁNCHEZ. “Cuestiones basicas de los delitos de peligro abstracto y concreto em relación con el transito”. p. 323. (tradução livre do autor)

⁴⁷⁶ RODRIGUES. *As incriminações de perigo...*, 2010, p. 77.

⁴⁷⁷ Schröder destaca os crimes de perigo abstrato-concreto como decorrentes de “verdadeira ou autêntica combinação” (*echte* ou *wirkliche Kombination*) entre características do perigo abstrato e do perigo concreto [SCHRÖDER, Horst. “Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikt?” In: *JZ – Juristenzeitung*, 1967, p. 522 e ss, Apud: RODRIGUES. *As incriminações de perigo...*, 2010, p. 77-79]. São seus traços distintivos da bipartição clássica: (i) a perigosidade da ação deve ser aferida pelo juiz (como no perigo concreto) e, ao contrário do perigo abstrato, onde a perigosidade é afirmada pelo legislador (*ex vi legis*); (ii) nessa aferição, o juiz deve se pautar por critérios gerais (experiência geral), sem referir ao caso concreto (como no perigo abstrato) e, ao contrário do perigo concreto, não se exige perigo efetivo; (iii) o tipo não descreve o perigo e sequer determina o objeto/bem jurídico que pode ser posto em perigo, mas que deverá ser um “bem jurídico de determinado gênero” (indeterminado, contra pessoas indeterminadas) [SCHRÖDER, Horst. “Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikt?” In: *JZ – Juristenzeitung*, 1967, p. 525, Apud: RODRIGUES. *As incriminações de perigo...*, 2010, p. 79, nota nº 145].

⁴⁷⁸ No mesmo sentido: “...pode-se afirmar que o crime de embriaguez ao volante não é crime de perigo abstrato ou concreto (à incolumidade de outrem), mas crime de efetiva lesão ao bem jurídico (segurança viária). Em suma, se fosse crime de perigo abstrato, bastaria à acusação a prova da conduta (dirigir em estado de embriaguez), hipótese em que a situação de risco seria presumida; se fosse crime de perigo concreto, seria necessário que se provasse que pessoa certa e determinada fora exposta a situação de risco. Acontece que, sendo crime de efetiva lesão ao bem jurídico (segurança no trânsito) pode-se concluir que cabe à acusação demonstrar que o agente, por estar sob a influência do álcool, dirigiu de forma anormal, ainda que sem expor a risco determinada pessoa” [CAPEZ, Fernando e GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Aspectos criminais do Código de Trânsito Brasileiro*. 2ª ed, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 43]. Crime de perigo, mas de mera conduta: “...diremos además que estamos ante un delito de peligro abstracto de *mera conducta*, donde la realización de una determinada acción conduce, sin más, a la comisión del delito” [GÓMEZ PAVÓN. *El delito de conducción bajo la influencia...* 4ª ed., Barcelona: Bosch, 2010, p. 140].

⁴⁷⁹ JESUS, Damásio E. *Crimes de trânsito: anotações à parte criminal do Código de Trânsito (Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997)*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 160.

Para o autor⁴⁸⁰, “o fato configura crime contra a incolumidade pública, tendo a coletividade por sujeito passivo. Não se trata de infração penal contra a pessoa. Não se exige, diante disso, prova de que algum objeto jurídico individual sofreu risco de dano. Basta, pois, a probabilidade de dano, a possibilidade de risco à coletividade ou ‘dano potencial’, que reduz o nível de segurança nas relações de trânsito (objetividade jurídica principal). Dirigindo embriagado e de forma anormal (crime de mera conduta), o motorista expõe a coletividade a relevante probabilidade de dano, que constitui lesão ao objeto jurídico ‘incolumidade pública’, no que concerne à segurança do trânsito (delito de lesão). Repita-se: o sujeito passivo é a coletividade e não a pessoa. Em face disso, a conduta delituosa é dirigida contra o objeto jurídico ‘segurança coletiva’, não sendo necessário que um dos membros do corpo social seja exposto a uma situação de real perigo. Se o motorista bebeu, mas dirige normalmente, sem afetar o nível de segurança na circulação de veículos, não há o crime do art. 306, podendo ocorrer infração administrativa, se ficar apurada a presença de álcool ou substância em quantidade superior a 6 decigramas por litro de sangue. Não subsiste a infração do art. 34 da LCP”.

Tal fato decorre de sua opção por considerar que “a maioria dos crimes descritos na Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997 (CT) tem a segurança do trânsito como objeto jurídico principal (imediato)”:

Nos delitos de trânsito, a objetividade jurídica principal pertence à coletividade (segurança no trânsito), sendo esse o seu traço marcante. Nada impede que se reconheça nesses delitos uma objetividade jurídica secundária, já que a norma penal, tutelando o interesse coletivo da segurança de trânsito, protege por via indireta interesses individuais, como a vida, a integridade física, a saúde etc.⁴⁸¹

Embora fosse dispensável, esclarece que “a adoção de crimes de perigo abstrato não se mostra adequada ao moderno Direito Penal, que se fundamenta na culpabilidade”⁴⁸².

Ademais, assim enumera os elementos da figura típica⁴⁸³: 1º) condução de veículo automotor na via pública; 2º) ingestão anterior ou concomitante de substância alcoólica ou de efeitos análogos; 3º) alteração, por estimulação ou depressão, do sistema nervoso central, com redução ou modificação da capacidade da função motora, da percepção ou do

⁴⁸⁰ JESUS, DAMÁSIO E. DE. “Notas ao art. 306 do Código de Trânsito: Crime de embriaguez ao volante”. *Boletim IBCCRIM*. n.º 67, São Paulo, jun. 1998, p. 14.

⁴⁸¹ JESUS, Damásio E. *Crimes de trânsito...*, 1999, p. 13.

⁴⁸² JESUS, Damásio E. *Crimes de trânsito...*, 1999, p. 05.

⁴⁸³ JESUS, Damásio E. *Crimes de trânsito...*, 1999, p. 148.

comportamento; 4º) afetação da capacidade de dirigir veículo automotor em razão da alteração mencionada no item anterior; 5º) condução anormal, de acordo com as regras de circulação viária, expondo, assim, a incolumidade coletiva a perigo de dano; e 6º) nexo de causalidade entre a condução anormal e a ingestão de substância alcoólica ou de efeito análogo.

Após a edição da Lei Seca⁴⁸⁴, não modificou seu entendimento e continua a exigir para a consumação do crime a *condução anormal*, em razão de a expressão “sob influência” continuar constando do ilícito administrativo, da redação dos cartazes determinados pela lei nos estabelecimentos que vendem bebida alcoólica (art. 7º da Lei Seca), bem como do novo art. 291, §1º, I do Código de Trânsito Brasileiro. Com a Nova Lei Seca, entretanto, FERNANDO CAPEZ⁴⁸⁵, que seguia a mesma linha interpretativa, já passou a entender o crime em comento como delito de perigo abstrato *presumido*.

3.6. Crime de perigo concreto “indeterminado” (LUIZ FLÁVIO GOMES)

Para LUIZ FLÁVIO GOMES⁴⁸⁶, no entanto, a embriaguez ao volante era *crime de perigo concreto* indeterminado, pois o tipo continha a cláusula “expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”: “É que doravante exige-se algo mais para a caracterização do perigo pressuposto pelo legislador. Esse algo mais consiste na comprovação de que a conduta do agente (desvalor da ação), concretamente, revelou-se efetivamente perigosa para o bem jurídico protegido (desvalor do resultado). O Código de Trânsito Brasileiro parte da correta concepção de que não basta apenas o desvalor da ação (periculosidade ‘abstrata’ de uma determinada conduta: por exemplo, dirigir embriagado), senão também a evidenciação concreta da potencialidade lesiva (princípio da ofensividade) da conduta (desvalor do resultado). Mas é preciso bem compreender esse perigo concreto exigido pelos novos tipos penais. Não seria necessário que a conduta praticada coloque em perigo a vida ou a integridade física de uma vítima determinada (tal como acontece, por exemplo,

⁴⁸⁴ JESUS, Damásio E. “Embriaguez ao volante: notas à lei nº 11.705/2008”. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 24, p.79-86, jun./jul. 2008.

⁴⁸⁵ “... presume-se o perigo. Assim, não se exigirá que a acusação comprove que o agente dirigia de forma anormal, de forma a colocar em risco a segurança viária. Basta a prova da embriaguez. Entretanto, há uma grande diferença entre perigo abstrato e perigo impossível. (...) No caso de quem dirige um veículo automotor sob efeito de álcool ou qualquer outra droga, seja na cidade, seja na estrada, o perigo é mais que possível, é provável.” [CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: legislação penal especial*, vol. 4, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 342-343].

⁴⁸⁶ GOMES, Luiz Flávio. “Código de Trânsito Brasileiro: Primeiras notas interpretativas”. *Boletim IBCCRIM* nº. 61, São Paulo, dez. 1997, p. 04-05.

Desde então, para o citado autor, não satisfazia a exigência personalista de todo bem jurídico “a interpretação de que nos delitos de trânsito teríamos um delito de lesão (ao bem jurídico supraindividual, que é a segurança viária)”⁴⁸⁹.

Com a edição da Nova Lei Seca⁴⁹⁰, GOMES adere ao pensamento de DE BEM e passa a reconhecer o crime de embriaguez ao volante e a sua categoria dos crimes de perigo concreto indeterminado como equivalentes⁴⁹¹ aos crimes de perigo abstrato de perigosidade real: “só existiria o crime citado quando houvesse a superação de um determinado risco-base, retratado na condução anormal”⁴⁹².

A nova interpretação do autor, no entanto, possui algumas especificidades. Em primeiro lugar, não é abandonada a concepção do perigo concreto indeterminado. O autor continua exigindo um desvalor de resultado, ainda que jurídico, a corresponder a um contato indireto entre a periculosidade da ação e o bem jurídico tutelado. É necessário, destarte, que ao menos um objeto indeterminado do bem jurídico entre no raio potencial da ação⁴⁹³. Em segundo lugar, e como decorrência do antes afirmado, o perigo concreto indeterminado e a perigosidade real exigem do aplicador do direito um juízo *ex post facto*⁴⁹⁴.

Uma terceira particularidade, que parece decorrer de sua atuação na comissão de juristas responsável pela elaboração da minuta do novo Código Penal (Projeto de Lei do Senado nº 126, de 2012), quando foi o relator do capítulo referente aos crimes de trânsito e

⁴⁸⁹ GOMES; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. *Direito Penal*, 2012, p.424.

⁴⁹⁰ Mais uma vez, por razões didáticas, o autor desdisse o que anteriormente havia afirmado: “Diferentemente da redação de 2008, não é suficiente agora provar somente a embriaguez” ou “Esse tipo penal [o de 2008] contemplava uma situação de perigo abstrato presumido, bastando a comprovação da impregnação etilica. contemplava uma situação de perigo abstrato presumido, bastando a comprovação da impregnação etilica. Provada a concentração de 6 decigramas de álcool, presumia-se a direção sob a influência do álcool, assim como a alteração da capacidade psicomotora do condutor. Tudo isso era presumido. Não importava a forma da direção (a maneira de dirigir)” [GOMES, Luiz Flávio; BEM, Leonardo Schmitt de. *Nova Lei seca: comentários à Lei n. 12.760, de 20-12-2012*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 97 e 112].

⁴⁹¹ “o perigo abstrato de perigosidade real ... tem equivalência dogmática com o perigo concreto indireto (ou indeterminado)” [GOMES e BEM. *Nova Lei seca*. 2013, p. 114].

⁴⁹² GOMES, Luiz Flávio; BEM, Leonardo Schmitt de. *Nova Lei seca: comentários à Lei n. 12.760, de 20-12-2012*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 96.A

⁴⁹³ GOMES e BEM. *Nova Lei seca*. 2013, p. 165, 169 e 174.

⁴⁹⁴ “Os delitos de perigo concreto indireto, portanto requerem não somente que a ação pelas suas propriedades materiais seja perigosa para o objeto de proteção (subsunção formal da ação ao tipo), senão também que o juiz verifique na situação concreta (segundo um juízo *ex post facto*) se ocorreu algum tipo de contato, ainda que mediato, entre a ação e o bem jurídico, quer dizer tem de se propor a hipótese de a ação indiscutivelmente perigosa (desvalor da ação) determinou, embora não imediatamente, senão ao menos indiretamente, um resultado perigoso (desvalor do resultado).” [GOMES e BEM. *Nova Lei seca*. 2013, p. 114]. A nosso sentir, semelhante construção seria aproximada dos delitos de perigo potencial desenvolvidos por ZIESCHANG [cf.. nota nº 432 supra].

propôs a criação de dois tipos penais para o enfrentamento do beber e dirigir: a criminalização autônoma da embriaguez ostensiva.

É que, embora corretamente situe apenas bens jurídicos individuais como os protegidos pelo art. 306 do CTB⁴⁹⁵, o autor reconhece como interesses intermediários ou instrumentais também a *segurança viária* e o *princípio da condução segura* (ou dirigida). É para materializar a ofensa à segurança viária que exige a condução anormal⁴⁹⁶ para o aperfeiçoamento do tipo. Já o atendimento ao princípio da condução dirigida tornaria intolerável, e portanto criminosa, a “direção embriagada visível, ostensiva, notória, patente, indiscutível e em grau elevado”⁴⁹⁷, levando-se em consideração apenas o elevado grau de comprometimento da capacidade psicomotora do motorista, ainda que sem repercussão sobre a condução do veículo, o que traduz uma contradição insuperável na disciplina de tipo único vigente no Brasil⁴⁹⁸.

GOMES delimita, assim, cinco situações que podem ser configuradoras do crime de embriaguez ao volante⁴⁹⁹: (i) a *condução anormal* sempre que decorrente da ingestão de álcool é crime; (ii) também a *embriaguez ostensiva* conduz, sem mais, ao cometimento do crime porque há evidente incapacidade para conduzir com segurança; (iii) a *comprovação técnica de 1,5g ou mais*, igualmente, é suficiente para se afirmar a ocorrência do crime; já quando houver (iv) *comprovação técnica de menos de 1,5g* será preciso provar a alteração da capacidade psicomotora em cada caso concreto; e, (v) se a *comprovação da embriaguez for por outros meios de prova*, o aperfeiçoamento do tipo, do mesmo modo, estará a depender das circunstâncias do caso concreto porque o sujeito pode ter ingerido a substância, mas sem afetar seriamente sua capacidade psicomotora, o que não poderá ser presumido em matéria penal.

⁴⁹⁵ GOMES e BEM. *Nova Lei seca*. 2013, p. 126.

⁴⁹⁶ “Que haja efetiva repercussão na forma de dirigir, que a condução afete a segurança viária, que haja uma incidência real da embriaguez na forma de condução. Não bastam os sintomas externos da embriaguez (...), o tipo agora requer sintomas externos da efetiva afetação da bebida na forma de conduzir” [GOMES e BEM. *Nova Lei seca*. 2013, p. 133].

⁴⁹⁷ GOMES e BEM. *Nova Lei seca*. 2013, p. 128.

⁴⁹⁸ E também de mero simbolismo penal porque é exatamente recorrendo a situações, e principalmente imagens, de motoristas “completamente embriagados” como se diz, que se deu a pressão da mídia e opinião pública sobre o Congresso Nacional para a reforma da Lei nº 11.705, de 2008. Nesse exato sentido, mantendo a coerência: “Em recente exemplo real, uma estudante, flagrada pela polícia visivelmente alcoolizada, tentava ligar o veículo com um canudo. A mesma estudante tentou fumar uma cédula de dinheiro. Fundamental, porém, que se comprove antes da filmagem que o condutor conduzia anormalmente o veículo automotor, pois do contrário até mesmo situações claras de alcoolemia poderão não ser sancionadas criminalmente” [BEM, Leonardo Schmitt de. *Direito penal de trânsito: comentários aos crimes da Lei nº 9.503/97 sob a ótica da teoria da imputação objetiva*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 368].

⁴⁹⁹ GOMES e BEM. *Nova Lei seca*. 2013, p. 181-182.

1. Qual o valor das taxas de álcool no sangue?

Quando o tipo penal está estruturado no modelo do “conduzir sob a influência do álcool” o emprego das taxas de álcool no sangue é a um só tempo *insuficiente*⁵⁰³ e *desnecessário*⁵⁰⁴. Insuficiente porque uma taxa determinada não é capaz de atestar a repercussão negativa da ingestão do álcool sobre o modo e a segurança do dirigir de todos os indivíduos, já que “não existe paralelismo entre o grau de alcoolemia e o grau de embriaguez”⁵⁰⁵. Desnecessário pois pode ser substituído, com vantagens até, por outros meios de prova, como o exame clínico.

Ainda assim, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ⁵⁰⁶, em texto anterior à criminalização da condução alcoólica⁵⁰⁷ na Espanha, refere a diferentes teses doutrinárias sobre o papel das taxas de alcoolemia. Os minimalistas exigiam sempre uma alteração das faculdades psíquicas e físicas do condutor ou uma incidência concreta na condução do veículo, dispondo-se ou não de dados sobre a dosagem alcoólica. Os maximalistas ou objetivistas trabalhavam com a viabilidade de, a partir de determinada quantidade de álcool, afirmar com segurança sua influência sobre a direção automotiva, o que não deixa de ser uma presunção com pesada repercussão sobre o direito de defesa do acusado.

Os objetivistas encontraram eco na jurisprudência espanhola, inclusive do Tribunal Supremo, pois, com base nos dados dos *experts*, passou a trabalhar com “o critério de que a partir de 1,5 g/l a influência do álcool na condução é *provável* e, a partir de 2,0 g/l, a influência é *certa*, para qualquer pessoa e com independência das individualidades”⁵⁰⁸. Só

siquiera se ha puesto en peligro el bien jurídicamente protegido” [GÓMEZ PAVÓN. *El delito de conducción bajo la influencia* ..., 2010, p. 113] (tradução livre do autor).

⁵⁰³ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio. *La conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*. 2ª ed., Granada: Comares, 2006, p. 102-105.

⁵⁰⁴ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Maria. *Protección penal de la seguridad vial*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 105-108.

⁵⁰⁵ “Embora para a jurisprudência a medição da alcoolemia adquira cada vez mais importância, sabe-se que não existe paralelismo entre o grau de alcoolemia e o grau de embriaguez, pois existem pessoas com 1,5% de álcool no sangue que parecem sóbrios, aparentemente sem prejuízo dos reflexos com à-vontade e serenos, mas por outro existem indivíduos com apenas 0,5% de alcoolemia que já estão incapazes de conduzir” [CORDEIRO, J. C. Dias. *Psiquiatria forense: a pessoa como sujeito ético em medicina e em direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003, p. 324].

⁵⁰⁶ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ. *La conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas...*, p. 99-102.

⁵⁰⁷ Tipos penais de “condução alcoólica” ou “condução com altas taxas” existem hoje na Espanha (art. 379.2, inciso 2º, CP), Portugal (art. 292º do CP), Itália (art. 186, “c”, C.d.S.) e, por interpretação jurisprudencial, também na Alemanha (§ 316, StGB). São crimes de perigo abstrato puro em que não se exige sequer a influência do álcool sob a condução. No Brasil, a redação vigente por força da Lei nº 11.705/08 era também um tipo de mera condução alcoólica.

⁵⁰⁸ “En este sentido, el Tribunal Supremo, sobre la base de los datos que proporcionan los expertos, tiene establecido el criterio de que a partir de 1,5 gr/l la influencia del alcohol em la conducción es probable y, a

que, segundo TRAPERO BARREALES⁵⁰⁹, a interpretação jurisprudencial oscilava de acordo com os casos concretos e houve algum sensacionalismo da imprensa sobre a impunidade de motoristas surpreendidos com altas taxas de alcoolemia, razão pela qual lá foi instituído o crime de condução etílica, sujeitando a pena de prisão de três a seis meses quem for surpreendido conduzindo veículo automotor com uma taxa superior a 1,2 g/l de sangue.

Em Portugal, a TAS exigida para punir os motoristas por crime de perigo abstrato puro também é 1,2 gramas de álcool por litro de sangue, mas a pena pode chegar a um ano de prisão. Na Itália, há crime com 0,8 g/l e a pena vai até seis meses. Há, ainda, uma figura qualificada que exige 1,5 g/l e implica prisão de seis meses a um ano. Já na Alemanha existe uma presunção absoluta de incapacidade para conduzir com segurança, construída pela jurisprudência, a partir de 1,1g/l e sua pena privativa de liberdade alcança um ano⁵¹⁰. Como se vê, a taxa de alcoolemia que vigeu no Brasil durante a Lei Seca, de 0,6 gramas de álcool por litro de sangue, está entre as menores da experiência internacional, sendo a metade da praticada na península ibérica, enquanto a pena de detenção prevista está entre as maiores, de seis meses a três anos.

Esse o contexto, é preciso rememorar que, para legitimar uma incriminação de perigo abstrato, é preciso que a conduta típica esteja construída sobre bases científicas não refutadas ou discutíveis⁵¹¹. E mais do que isso, no caso da embriaguez ao volante, deverá

partir de 2,0 gr./l, la influencia es cierta, para cualquier persona y con independencia de las individualidades” [ULZURRUN LLUCH, Marina Sanz-Diez. Los nuevos delitos contra la seguridad vial contenidos en la LO 15/2007. *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n. 74, 2008, p. 323].

⁵⁰⁹ “Como acaba de afirmarse, la oscilante interpretación jurisprudencial sobre el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, apareciendo sentencias que, tomadas desde la distancia, se presentan como contradictorias, injustas y desiguales, porque una determinada tasa a veces da lugar a delito, pero otras veces no (incluso en ocasiones tasas más altas de las utilizadas para condenar em unos casos resultan impunes), así como el alarmismo creado por las publicaciones y los medios de comunicación oral dando noticia de que, a pesar de la elevada tasa de alcohol, se ha declarado la impunidad de conductores ebrios (la noticia se há centrado exclusivamente en la tasa de alcohol, ignorando las demás circunstancias concurrentes), unido al dato estadístico de que, efectivamente, detrás de muchos siniestros de tráfico está presente la conducción bajo caso será condenado (...) el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro de sangre o con una tasa de alcohol em sangre superior a 1,2 gramos por litro” [TRAPERO BARREALES, María A., *Los delitos contra la seguridad vial: una reforma de ida y vuelta?* Valencia: Tirant lo blanch, 2011, p. 113-114].

⁵¹⁰ Para o direito comparado: CARDENAL MONTRAVETA, Sergi. Los delitos relacionados con la seguridad del tráfico em el derecho comparado. *InDret – Revista para el analisis del derecho*, Barcelona, n° 3, julho 2007, p. 19-25.

⁵¹¹ BOTTINI, Pierpaolo. *Crimes de perigo abstrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2010, p. 229.

traduzir uma conduta cujas consequências já não são domináveis pelo agente, ou seja, um crime com potencial lesivo alheio ao domínio do autor⁵¹².

Sucede que, os dados oriundos da medicina e toxicologia são contraditórios e discordantes, havendo até indicativos de que o grau de seis decigramas de álcool por litro de sangue está longe de significar redução da capacidade psicomotora para a maioria das pessoas. A legitimidade do tipo, assim, está a depender “*si la tasa elegida permite inferir, conforme a los conocimientos científicos, de forma indubitada y sin posibilidad de excepción, la efetiva influencia del alcohol sobre las facultades psicofísicas del conductor*”⁵¹³.

No Brasil, MARANHÃO⁵¹⁴ propõe que com alcoolemias de 0,40 a 0,60 g/l zero por cento das pessoas estará influenciada pelo álcool. De 0,61 a 0,80 g/l, quinze por cento. De 1,01 a 1,20 g/l, trinta e oito por cento. De 1,21 a 1,40 g/l, cinquenta e quatro por cento. De 1,41 a 1,60 g/l, setenta e um por cento e situa o *valor-limite* na faixa de 1,80 a 2 g/l, quando oitenta e oito por cento das pessoas estariam influenciadas pelo álcool. IPPOLITI⁵¹⁵, da Itália, cita indicação “proveniente da toxicologia forense, segundo a qual a percentagem de pessoas que manifestam *sintomas clínicos evidentes e inconfundíveis* é de apenas 10% à taxa de 0,8g/l, de 30% à taxa de 1,0g/l, de 55% àquela de 1,3g/l, de 66% à taxa de 1,6g/l, de 80% à taxa de 1,8 e só atinge a 100% acima da taxa de 2g/l”. Na Espanha, CALABUIG⁵¹⁶

⁵¹² BOTTINI, Pierpaolo. *Crimes de perigo abstrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2010, p. 240.

⁵¹³ ULZURRUN LLUCH, Marina Sanz-Díez. Los nuevos delitos contra la seguridad vial contenidos em la LO 15/2007. *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n. 74, 2008, p. 325.

⁵¹⁴ MARANHÃO, Odon Ramos. *Curso Básico de Medicina Legal*. São Paulo: Malheiros, 8ª ed., 1997, p. 397.

⁵¹⁵ “Va rilevato che nela summenzionata pronuncia il Tribunale di Firenze polarizza l’attenzione anche sul problema asseritamente esistente dall’accertamento in via esclusivamente sintomatica di um tasso di alcoolemia ricompreso fra 0,5 g/l e 0,8 g/l, citando a supporto del ragionamento svolto i risultati di studi condotti nell’ambito della medicina legale e tossicologia forense (che evidenciamo come um tasso alcolemico compresso fra 0,5 e 0,8 g/l è di per sé inidoneo a causare uno stato di euforia e disinibizione da parte del soggetto, sintomi ambigui, indiscutibilmente non ricollegabili unicamente all’ingestione di bevande alcoliche e che, a maggior ragione, non costituiscono prova inequivocabile dell’evento superamento della soglia penalmente rilevanti) nonché indicazioni provenienti dalla tossicologia forense (secondo cui la percentuale di soggetti che manifestano sintomi clinici evidenti ed inconfondibili è appena del 10% al tasso di 0,8g/l, del 30% al tasso di 1,0g/l, del 55% a quello di 1,3g/l, del 66% al tasso di 1,6g/l, dell’80% al tasso di 1,8 e si giunge al 100% solo oltre il tasso di 2g/l.” [IPPOLITI, Angelo. *Guida in stato di ebbrezza sotto l’influenza di alcool e sostanze stupefacenti*. Milão: CEDAM, 2013. p. 44] (tradução livre do autor).

⁵¹⁶ “1. Con 1 g/1.000 ml, el 10% de la población presenta síntomas y signos clínicos de embriaguez. 2. Con 1,2 g/1.000 ml, los presenta el 20% de la población. 3. Con 1,5 g/1.000 ml, los presenta el 50% de la población. 4. Con 1,75 g/1.000 ml, los presenta el 75% de la población. 5. Con 2 g/1.000 ml, los presenta el 100% de la población. 6. Con cifras de alcoholemia de 4 g/1.000 ml, el coma tóxico es constante. 7. Cifras superiores a 5 g/1.000 ml justifican el diagnóstico de muerte por embriaguez aguda” [CALABUIG, Gisbert. *Medicina legal y toxicología*. Barcelona: Elsevier, 6ª ed., 2004, p. 891].

sustenta que: “1. Com 1 g/l, 10% da população apresenta sintomas e sinais clínicos de embriaguez. 2. Com 1,2 g/l, se apresentam em 20% da população. 3. Com 1,5 g/l, se apresentam em 50% da população. 4. Com 1,75 g/l, se apresentam em 75% da população. 5. Com 2 g/l, se apresentam em 100% da população. 6. Com cifras de alcoolemia de 4 g/l, o coma tóxico é constante. 7. Cifras superiores a 5 g/l justificam o diagnóstico de morte por embriaguez aguda”.

Ora, não é que as taxas de alcoolemia não possam constituir o *único elemento*⁵¹⁷ para se obter uma sentença condenatória. Não é uma discussão processual. É mais. É que contrastando a estrutura do delito proposta e o tipo do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro na redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.705/08, temos que, o seu juízo de periculosidade, ainda que realizado *ex ante*, combinando devidamente conhecimentos ontológicos e nomológicos, já conduz à negação do *desvalor de perigosidade* na espécie. Ou seja, tal incriminação era absolutamente ilegítima, vale dizer, inconstitucional⁵¹⁸.

É nesse sentido o entendimento de GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, criticando a taxa adotada em seu país, que, frise-se, é o dobro da brasileira, quando afirma que: “tem lugar uma quebra do *principio da igualdad*, pois se vai tratar de forma idêntica fatos que podem ser diferentes, e nos quais os bens jurídicos protegidos podem nem sequer terem sido afetados. Isto vai acontecer, principalmente, naqueles casos em que ainda que superando-se os limites previstos, não só não se produziu uma *condução irregular*, [...], e em que nem sequer conste a *diminuição das capacidades psicofísicas* do condutor. Este inconveniente estaria superado se se recorresse a um limite sobre o qual *não existam científicamente dúvidas* sobre a afetação das capacidades psicofísicas de *qualquer condutor*. Só em tal caso estaria garantida a *periculosidade ex ante* da conduta própria dos delitos de perigo abstrato, pois em caso contrário, nos encontraríamos ante uma mera infração formal”⁵¹⁹.

Esta situação, contudo, não foi totalmente resolvida pela edição da Lei nº 12.760/12. Afinal, vicejam interpretações no sentido de conceber o inciso I, do § 1º, do novo art. 306 da Lei nº 9.503/97 como um tipo autônomo, independente de seu *caput*, dando ultra-

⁵¹⁷ GALLEGU SOLER, José-Ignacio. El nuevo delito de conducción bajo los efectos del alcohol y las drogas (art. 379.2 CP). In: MIR PUIG, Santiago, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir). *Seguridad vial y derecho penal: análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal em materia de seguridad vial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 163.

⁵¹⁸ “O tal etiquetado ‘crime’ de embriaguez ao volante é ofensivo, sim! Ofende a Constituição!” [SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Considerações em torno do crime de embriaguez ao volante em sua conformidade constitucional. *Revista da Ajuris*. Ano XXXVII, nº 118, junho 2010, p. 57-93.

⁵¹⁹ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Maria. *Protección penal de la seguridad vial*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 126-127.

atividade à Lei Seca, quando, em verdade, a disposição é de natureza processual⁵²⁰. A própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como vimos, parece caminhar nesse rumo.

A chave do problema, destarte, está em reconhecer que a Lei Seca sequer exigia a condução influenciada pelo álcool, pois a expressão havia sido suprimida pelo legislador. Também não exigia que a influência fosse de tal ordem a gerar uma redução das capacidades psicomotoras do motorista como faz a Nova Lei Seca. Não é possível, assim, desconsiderar esses dois novos elementos do tipo na aplicação da lei vigente, como se o tipo continuasse sendo de perigo abstrato puro ou presumido.

Os novos incisos do § 1º do art. 306 do CTB são, portanto, meramente exemplificativos⁵²¹. Os meios de prova são os previstos no § 2º. Mas o *caput* tem que ser observado às inteiras, comprovando-se, no caso concreto, que a influência do álcool foi idônea para reduzir a capacidade psicomotora do motorista de maneira potencialmente lesiva.

Ademais, tão baixa taxa de alcoolemia, apenas seis decigramas de álcool por litro de sangue, que não é demais lembrar tem sua origem na primeira redação da infração administrativa do art. 165 do CTB, acaba por significar *mera desobediência à administração*⁵²², o que não devia fundamentar sanções especificamente penais, diante da ausência de qualquer desvalor material, já que a taxa isolada não implica, *necessariamente*⁵²³, em alteração da capacidade psicomotora e nem mesmo em influência do álcool sobre a condução.

⁵²⁰ “É preciso ressaltar sempre que os incisos I e II são ligados pela conjunção alternativa ‘ou’, de modo que devem ser interpretados separadamente, sem qualquer necessidade de integração, a não ser diretamente com o ‘caput’. [...] É crime dirigir com a capacidade psicomotora alterada por álcool ou outras substâncias. Mas como se afere isso? Diz o § 1º, inciso I: através de exames e testes de alcoolemia que indiquem os índices legalmente previstos. Em resumo, por meio de testes e exames de alcoolemia, temos a mesmíssima sistemática, então vigente, quando inalterada a antiga redação dada ao dispositivo pela Lei 11.705/08. Mudou-se apenas a forma, mas o conteúdo é idêntico” [CABETTE. *Nova lei seca*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013, p. 52-53].

⁵²¹ Se assim não fosse seria necessária a inclusão de novo inciso para prever a condução anormal que é, por excelência, a melhor comprovação da capacidade psicomotora alterada, como veremos a seguir.

⁵²² WOHLERS, Wolfgang; VON HIRSCH, Andrew. “Teoría del bien jurídico y estructura del delito: sobre los criterios de una imputación justa”. Trad. Beatriz Spinola Tártalo. In: HEFENDEHL, Roland (org.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 307-308.

⁵²³ Cientificamente comprovada, sem sombra de dúvidas e sem exceções: “la introducción (como complemento del genérico delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas) de un hipotético delito de conducción superando una tasa de alcohol *debe estar referendada por informes de expertos en toxicología que revelen sin ningún género de duda* la peligrosidad de ese comportamiento a partir

2. É necessária uma condução anormal?

O Código de Trânsito Brasileiro, em sua redação original, exigia que a direção influenciada pelo álcool importasse na exposição “a dano potencial da incolumidade de outrem”. Até 2008, portanto, era indispensável constatar uma condução irregular. A Nova Lei Seca, por sua vez, está a exigir a alteração da capacidade psicomotora em razão da influência do álcool.

DE BEM acentua que “o consumo prévio do álcool ou de drogas deve influenciar a condução do veículo pelo agente e não necessariamente o próprio motorista, de modo que haverá a necessidade de uma direção anormal pelo agente influenciado pelas substâncias psicoativas”⁵²⁴. GOMES reconhece que o tipo vigente não é explícito a esse respeito, mas é “a conduta irregular (anômala) que constitui uma ‘forma temerária de dirigir’, superando os limites administrativos da segurança viária, ou seja, afetando de maneira muito importante essa segurança, a ponto de gerar o risco proibido penalmente relevante, que se exprime numa perigosidade real”⁵²⁵. Para este autor é a conduta anormal no trânsito (como dirigir em zigue-zague, por exemplo) que prova a influência do álcool no dirigir⁵²⁶.

Pois bem. O modelo típico do “sob a influência do álcool” não é exclusividade brasileira. Ao reverso, possui grande aceitação internacional. É utilizado em Portugal, na Espanha (“bajo la influencia de bebidas alcohólicas”) e até por países da *common law*, como os Estados Unidos (“Driving Under Influence”)⁵²⁷. O recurso ao direito comparado é, nesse passo, pertinente.

Sobre o tema ULZURRUN LLUCH⁵²⁸ detalha três opções: para a primeira, ampla, basta a afetação das faculdades psicofísicas do condutor, a segunda, restritiva, exige que a

de una determinada tasa, porque esa cantidad de alcohol em general, *sin excepciones*, demuestra una disminución considerable de las capacidades psicofísicas y, por tanto, en esas condiciones conducir vehículos a motor o ciclomotores *si es un comportamiento peligroso*” [TRAPERO BARREALES, María A., *Los delitos contra la seguridad vial: una reforma de ida y vuelta?* Valencia: Tirant lo blanch, 2011, p. 150, destacamos].

⁵²⁴ BEM, Leonardo Schmitt de. *Direito penal de trânsito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 36-37.

⁵²⁵ GOMES, Luiz Flávio, BEM, Leonardo Schmitt de. *Nova Lei seca: comentários à Lei n. 12.760, de 20-12-2012*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 133.

⁵²⁶ GOMES e BEM. *Nova Lei seca*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 103.

⁵²⁷ Sobre as *DUI Offenses*: CARRION, Thiago Zucchetti. Crimes de direção sob a influência do álcool (DUI Offenses) no direito americano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 21, vol. 104, set./out. 2013, p. 103-144.

⁵²⁸ ULZURRUN LLUCH, Marina Sanz-Díez. Los nuevos delitos contra la seguridad vial contenidos em la LO 15/2007. *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n. 74, 2008, p. 321-322.

manifestação externa da influência em uma condução perigosa e a terceira, adotada pelo Tribunal Constitucional espanhol, é híbrida, satisfazendo-se com indícios de caráter sintomáticos, hálito etílico, olhos vermelhos, fala pastosa; ou, com indícios de caráter externo, dados sobre a condução anormal.

GOMEZ PAVÓN⁵²⁹ entende que a influência do álcool não significa incapacidade para conduzir, estando mais distante deste grau e, portanto, não será necessário que a influência perturbe efetivamente a forma de conduzir. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ⁵³⁰ destaca que a expressão “*influjo de las sustancias*” é claramente indicativa de uma afetação orgânica das capacidades do condutor, mas que o tipo espanhol não chegava a exigir manobras desastradas.

SILVA SÁNCHEZ⁵³¹, ao contrário, exige não só a afetação da segurança da condução, bem como que esta condução represente uma *infração grave ao dever de cuidado*, que equivalerá a uma *imprudência temerária* a respeito da produção de um resultado lesivo para a vida ou a integridade física dos intervenientes no trânsito.

Já TRAPERO BARREALES propõe uma interpretação corretora para exigir a condução perigosa mesmo num crime de condução etílica:

“Uma vez mais, se se segue defendendo a ideia de que qualquer intervenção penal na prevenção de uma conduta há de estar devidamente justificada e legitimada, em tal caso há de propor-se uma ‘interpretação corretora’ do delito de condução superando uma determinada taxa de álcool, exigindo que concorra, e se prove, *uma condução realmente perigosa* em razão da influência do álcool no condutor, não resultando suficiente a simples prova do etilômetro [...]. Desde esta perspectiva, o elemento da *perigosidade ex ante da condução* se haverá de deduzir da localização sistemática do tipo penal no Capítulo dedicado aos delitos contra a segurança viária, entendendo que para que exista uma afetação ou depreciação da seguridade viária resulta uma *conditio sine qua non* que a

⁵²⁹ GÓMEZ PAVÓN. *El delito de conducción bajo la influencia ...*, 2010, p. 49.

⁵³⁰ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ. *La conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas...*, p. 115.

⁵³¹ “Al contrario, conviene reiterar que ya los delitos de peligro abstracto son delitos de peligro ‘real’ y no de peligro presunto. Precisamente, solo en tanto en cuanto son delitos de peligro real pueden ser punibles en el marco de un Derecho penal protector de bienes jurídicos. De no serlo, tal punición resultaría inadmisibile. Debe, pues, combatirse cierta jurisprudência, que afortunadamente parece superada, que desprendió de las diversas reformas legislativas producidas en el percepto que ahora nos ocupa *la innecesariadad para este delito de una afectación de la seguridad de la conducción*, entendiendo, por outro lado, que tal afectación de la seguridad es lo próprio del delito de peligro concreto. Lo próprio del delito de peligro concreto es la puesta en la puntual peligro de bienes jurídicos individuales; la afectación genérica de la seguridad de los bienes individuales, todavía mo concretada en uno o unos determinados, es precisamente lo próprio de los delitos de peligro real-abstracto” [SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Consideraciones sobre el delito del art. 340 bis a) del Código Penal (Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas) In: *Derecho de la circulación (Aspectos civiles y penales)*. Madrid: Ministerio de Justicia – Centro de Publicaciones, 1993, p.158-159].

condução seja perigosa para os usuários da via na qual circula o veículo a motor ou ciclomotor”⁵³²

Passemos à posição intermediária. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ defende que, “embora legalmente não se exija como elemento do tipo que a influência do álcool ou outras drogas se manifeste em uma condução irregular, [...], esta pode ser utilizada, junto com outros elementos, pela promotoria e pelos tribunais como indício da mencionada influência nas capacidades psicofísicas do condutor, [...], se se determina que dita condução irregular responde precisamente à influência negativa do álcool”. Até porque não é o caso de se dar “relevância exonerativa” ao condutor influenciado pelo álcool que dirija de forma “exageradamente cuidadosa”⁵³³.

Frente à revogação do dano potencial e à expressa menção à capacidade psicomotora no tipo penal do art. 306 do CTB, essa última, sim, uma especificidade da legislação brasileira, não vemos como sustentar, no Brasil, a exigência da condução anormal para o aperfeiçoamento da embriaguez ao volante.

Por outro lado, não seria correto limitar a verificação de eventual direção desastrada a um indício, dentre outros de igual valor, para que se possa afirmar a influência do álcool com a consequente redução das faculdades físicas e psíquicas do infrator. Ainda que, por sorte, um acidente não venha a ocorrer, a dificuldade para dominar o movimento do veículo com segurança será fator sempre decisivo para reconhecer a ocorrência do crime.

Nesse passo, é de se emprestar papel determinante às concretas características da condução. É claro que condutores sóbrios também conduzem irregularmente por ignorância ou simples conveniência⁵³⁴, bem como que certas ocorrências, como uma mudança de faixa não sinalizada ou um desrespeito à sinalização de forma eventual, podem

⁵³² TRAPERO BARREALES, María A., Los delitos contra la seguridad vial, una valoración crítica desde la vigencia de los principios limitadores del *Ius Puniendi*. In: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Derecho penal del Estado Social y Democrático de Derecho: Libro homenaje a Santiago Mir Puig*. Madrid: La Ley, 2010, p. 870-871. (tradução livre do autor).

⁵³³ “De esta forma, pese a que legalmente no se exige como elemento del tipo que la influencia del alcohol o de las drogas se manifieste en una conducción irregular, que conlleve incluso el incumplimiento de normas reglamentarias, ésta suele ser utilizada, junto con otros elementos, por la Fiscalía y por los tribunales como indicio de la mencionada influencia en las capacidades psicofísicas del conductor, que puede llegar a fundamentar la acusación, e incluso la condena, si se determina que dicha conducción irregular responde precisamente a la influencia negativa em sus capacidades del alcohol o de las otras sustancias señaladas em el precepto. Em sentido contrario, tampoco parece que el tipo quiera dar relevancia exonerativa al hecho de que el sujeto, consciente de la afectación de sus capacidades, lleve a cabo en el caso concreto una conducción exageradamente cuidadosa intentando evitar cualquier situación de peligro para el tráfico que pudiera desembocar en un accidente” [GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María. *Protección penal de la seguridad vial*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 97, destacamos]. (tradução livre do autor).

⁵³⁴ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ. *Protección penal de la seguridad vial*. 2013, p. 96.

uma redução relevante de suas capacidades psicomotoras de modo que o perigo não seja mais controlável pelo condutor.^{537 538}

Como vimos, não há qualquer dúvida para afirmar a influência do álcool em todos os casos em que esta seja evidente por *síntomas externos*, notadamente em função da condução anormal, imprudente, em zigue-zague e outros casos característicos⁵³⁹.

Já quando não houver sinais externos, podemos dizer que o condutor está influenciado pelo álcool quando, em razão de sua prévia ingestão, apresenta uns tais sinais de alteração da capacidade psicomotora com potencial para gerar (ou não impedir) um acidente de trânsito. Assim, as condições do tráfego podem estar ótimas e nem o agente se depara com algum obstáculo ou imprevisto, o que não significa que suas faculdades não estejam afetadas e que se um obstáculo surgir conseguirá controlar o seu veículo.

Para GÓMEZ PAVÓN a embriaguez ao volante pune precisamente este *passo prévio*, imediatamente antes que surja a situação que o motorista poderia não dominar por suas especiais condições, sancionando a conduta arriscada com base na possibilidade de que este risco se efetive. Ou, nas palavras da própria autora, *verbis*: “Cremos ser esta, precisamente, a razão de incriminação da conduta e o único injusto em seu preceito: a *probabilidade* de que, diante de qualquer obstáculo ou acidente da – ou na – via o condutor seja incapaz de superá-lo por não ter o *pleno domínio* do veículo”^{540 541}.

⁵³⁷ No mesmo sentido: “entendo que todo aquele que consiga controlar o perigo como resultado da ingestão prévia de bebida alcoólica estaria apto a conduzir um veículo automotor” [BEM, Leonardo Schmitt de. *Direito penal de trânsito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 314].

⁵³⁸ Nesse particular, tendo em conta a adoção da estrutura de delito da ação concretamente perigosa, afastamo-nos de PILAR GÓMEZ PAVÓN, para quem a influência do álcool não precisaria ser *manifesta*, no sentido de patente, clara ou notória [*El delito de conducción bajo la influencia ...*, 2010, p. 49].

⁵³⁹ GÓMEZ PAVÓN. *El delito de conducción bajo la influencia ...*, 2010, p. 54.

⁵⁴⁰ “Quizás en circunstancias excepcionalmente normales para el tráfico no le que nunca a ponerse en concreto peligro su seguridad, pero sí puede ocurrir un resultado lesivo, o simplemente su puesta en peligro, ante cualquier obstáculo, por mínimo que sea, ya que las capacidades del conductor, sus reflejos, inhibiciones, se encuebran alteradas y disminuidas, existiendo, por otra parte, una supervalorización de las propias capacidades. Creemos que es esta, precisamente, la razón de incriminar la conducta, y lo único sancionable en el precepto: la probabilidad de que, ante cualquier obstáculo o accidente de – o en – la vía el conductor no sea incapaz de superarlo por no tener el pleno dominio del vehículo” [GÓMEZ PAVÓN. *El delito de conducción bajo la influencia ...*, 2010, p. 55 e 135, destacamos].

⁵⁴¹ No mesmo sentido: “La disminución de la capacidad de reacción y control derivada de este influjo puede no ser visible en las maniobras regulares de conducción y manifestarse en cambio en situaciones más exigentes” [RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ. *La conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas...*, p. 115]. “Esta posición es coherente con el hecho de que el tipo no requiera la creación de una situación de peligro concreto, de modo que esos casos pueden ser incluidos en el ámbito típico sobre la base de que quien conduce bajo los efectos del consumo de las mencionadas sustancias no se encuentra en las mismas condiciones para esquivar cualquier imprevisto que un conductor sobrio en plenas facultades” [GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ. *Protección penal de la seguridad vial*. 2013, p. 97].

Na Alemanha, o tipo penal exige que o motorista “não esteja em condições de conduzir o veículo com segurança por causa da ingestão de bebidas alcoólicas”, mas a interpretação da doutrina não discrepa do quanto já se registrou: “A direção insegura se verifica quando a performance do condutor, em termos gerais, é particularmente reduzida como resultado da desinibição, bem como de falhas espírito-mentais e físicas, a demonstrar não ser ele mais capaz de manejar o veículo em distâncias longas, e de controlá-lo com segurança em situações difíceis no trânsito. O desempenho psicofísico do condutor é reduzido e toda a sua personalidade alterada, de modo que ele não está mais habilitado a agir com prontidão, de forma apropriada e intencional às demandas do tráfego”⁵⁴².

4. Como interpretar os sinais que indicam a capacidade psicomotora alterada?

Em princípio, a influência do álcool e a alteração da capacidade psicomotora são questões técnicas que deveriam ser analisadas mediante prova pericial⁵⁴³ e não produzida por leigos, sejam agentes do estado ou particulares. O impulso na facilitação da prova proporcionado pela Nova Lei Seca pode, destarte, ter ultrapassado os limites do razoável.

Há uma resolução do Conselho Nacional de Trânsito, no entanto, regulamentando a o registro dos sinais que indiquem a alteração da capacidade psicomotora no auto de infração ou em termo específico.

É fundamental, portanto, sem se prender ao texto da Resolução nº 432, de 2013, perquirir sobre quais são os indícios que podem indicar a periculosidade *ex ante* da conduta em cada caso concreto, que deverão ser analisados em seu conjunto e não de forma isolada. Os subscritores do termo de embriaguez deverão prestar depoimento em juízo, para atender

⁵⁴² “*Fahrungsicherheit liegt vor, wenn die Gesamtleistungsfähigkeit des des Fahrers namentlich infolge Enthemmung sowie geistig-seelischer und körperliche Leistungsausfälle so weit herabgesetzt ist, dass er nicht mehr fähig ist, sein Fahrzeug im Strassenverkehr eine langere Strecke, und zwar auch bei plötzlichem Auftreten schwieriger Verkehrslagen, sicher zu steuern. Die psychophysische Leistungsfähigkeit des Fahrers ist dann so vermindert und sein Gesamtpersönlichkeit so verändert, dass er den Anforderungen des Verkehrs nicht mehr durch rasches, angemessenes und zielbewusstes Handeln zu genügen vermag. Der Grad der Leistungsminderung wird auch von Faktoren wie Trinkmenge, -zeit und - geschwindigkeit, aufgenommene Nahrungsmenge, körperliche Konstitution usw. beeinflusst.*” [SCHÖNKE, Adolf. SCHRÖDER, Horst. *Strafgesetzbuch Kommentar*. München: C.H. Beck, 2010, p. 2.752] (tradução livre de Aldo de Campos Costa).

⁵⁴³ “A embriaguez, sabidamente, é uma intoxicação transitória que deixa vestígios. Dessa forma, de acordo com o art. 158 do CPP, torna-se indispensável o exame de corpo de delito, devendo o estado etílico ser demonstrado por especialistas, ou seja, por perito oficial (art. 159, *caput*, do CPP) ou por dois peritos nomeados, com curso superior e, preferencialmente, com conhecimento técnico na área (art. 159, §§ 1º e 2º, do CPP). Portanto, não podem os policiais ou agentes de trânsito, que não são *experts* e que não foram nomeados como peritos – até porque nem sempre são portadores de diploma de nível superior –, demonstrar a embriaguez” [CALLEGARI, André Luís. A imprestabilidade do bafômetro como prova no processo penal. *Boletim do IBCCrim*, nº 191, outubro 2008, disponível na internet: www.ibccrim.org.br/site/boletim].

ao contraditório, o que não tem força para impedir a mecânica reprodução dos termos contidos no auto respectivo, de significado nem sempre bem conhecido.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ⁵⁴⁴, com base na jurisprudência espanhola, buscou assentar que a deambulação e expressão afetadas, quando acompanhadas de mais algum sinal, quase sempre levam à condenação. Se a deambulação e a expressão são normais, haverá contradição com algum outro sintoma, a significar a absolvição. Se houve condução anormal e mais algum sinal para afirmar a ingestão do álcool, o resultado também será condenatório. Agora, se houver apenas sinais subjetivos, a jurisprudência tende a absolver.

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, por sua vez, destaca que, para que não se confunda a simples infração administrativa com a penal, “deve exigir-se que os sintomas sejam muito marcantes, de modo que apresentem uma suficiência decisiva – por exemplo, deverá conceder-se relevância a dados como a perda do equilíbrio e a deambulação descontrolada, mas não à existência de olhos vermelhos e odor a álcool quando se apresentem como os únicos sintomas”⁵⁴⁵.

5. A solução do projeto do novo Código Penal (PLS nº 236, de 2012)^{546 547 548}

⁵⁴⁴ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ. *La conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas...*, p. 114.

⁵⁴⁵ “Ahora, bien, para que no se confunda la simple infracción administrativa con la penal, debe exigir-se que los síntomas sean muy marcados, de modo que presenten una suficiencia decisiva – por ejemplo, deberá concederse relevancia a datos como la pérdida de equilibrio y la deambulación descontrolada, pero no a la existencia de ojos enrojecidos y olor a alcohol cuando se presenten como únicos síntomas.” [GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ. *Protección penal de la seguridad vial*. 2013, p. 97].

⁵⁴⁶ “*Condução de veículo sob influência de álcool*

Art. 208. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a segurança viária:

Penas – prisão, de um a cinco anos, sem prejuízo da responsabilização por qualquer outro crime cometido.

§ 1º A infração poderá ser demonstrada mediante qualquer meio de prova em direito admitida.

§ 2º O condutor tem o direito de solicitar a imediata realização do teste de bafômetro ou de exame de sangue em hospital da rede pública.

Condução de veículo com manifesta incapacidade

Art. 209. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, sendo manifesta a incapacidade para fazê-lo com segurança:

Penas – prisão, de um a cinco anos, sem prejuízo da responsabilização por qualquer outro crime cometido.”

⁵⁴⁷ Exposição de motivos subscrita por LUIZ FLÁVIO GOMES: “A Lei Seca (de 2008) provocou uma leve diminuição nas mortes no trânsito em 2009. Mas o afrouxamento na fiscalização e na conscientização gerou, em 2010, um assustador aumento de 13,9%, com mais de 42 mil óbitos. Concorreu para isso a impunidade criada pelo atual texto do crime de embriaguez ao volante que, ao exigir a taxa de 6 decigramas de álcool por litro de sangue, só comporta comprovação mediante exame de sangue e bafômetro, que o motorista não está obrigado a fazer. A lei penal brasileira deve ser modificada urgentemente, impondo-se o abandono de qualquer taxa de alcoolemia, com a introdução no nosso país, como premissa, do tolerância zero absoluto. O ponto de partida é uma infração administrativa (art. 165 do CTB) para quem dirige sob a influência do álcool ou outra substância análoga, mas com parcial incapacidade para dirigir veículo com segurança. De acordo com nossa proposta de alteração do Código Penal a infração se transformará em crime, punido com prisão de

Em 1976, ESCRIVA GREGORI já afirmava que “é o terreno da circulação de veículos o que oferece, tanto quantitativa como qualitativamente, a contribuição mais numerosa e específica à problemática dos delitos de perigo”⁵⁴⁹.

De fato, o direito penal do trânsito, e em especial a disciplina da embriaguez ao volante, também é marcado por normas de finalidade exclusivamente simbólica. A breve menção que se fará ao projeto do novo Código Penal, não como conclusão, mas meramente como um fecho para o presente trabalho, já permite confirmar seu simbolismo.

A comissão de juristas e a comissão especial do Senado Federal pretendem estabelecer a política do “tolerância zero absoluto”, reservando ao teste do etilômetro apenas o papel de contraprova da defesa e abandonando qualquer referência a taxas de alcoolemia determinadas e mesmo a margens de erro.

Por outro lado, propõe a instituição da culpa gravíssima para os crimes de homicídio e lesões corporais praticados com excepcional temeridade, entre os quais localiza também a morte causada na condução de veículo automotor sob a influência do álcool. Como as penas previstas serão de quatro a oito anos de reclusão, o novo instituto deve amenizar a artificial propositura de ações penais imputando dolo eventual a motoristas.

O PLS nº 236, de 2012, aproxima a legislação de crimes de trânsito brasileira de suas congêneres da Espanha, Portugal e Alemanha pois o enfrentamento criminal do beber e dirigir será dividido em dois tipos penais. Nesses países há uma previsão de crime de

seis meses a 3 anos, quando essa incapacidade for manifesta, visível, constatável por exame clínico ou outros meios de prova (testemunhas, vídeos, fotos etc.). Com a fórmula sugerida supera-se tanto a dificuldade probatória gerada pelo atual texto legal, que foi ratificada pela jurisprudência do STJ, como o constitucionalmente questionável sistema de presunção de culpabilidade aprovado em março deste ano na Câmara dos Deputados. Para suprir outras lacunas e deficiências da lei brasileira também deve ser criminalizada a conduta de quem, embriagado, expõe a perigo a segurança viária (dirigindo em ziguezague, subindo calçada, violando o sinal vermelho etc.). A pena será de quatro a oito anos quando, em razão da condução embriagada ou de participação em “raça”, mata alguém não intencionalmente (dolosamente). O objetivo desejado, com as propostas acima descritas, é o de implantar no Brasil um programa de direção responsável, para dotar nosso País de uma legislação moderna e eficiente, capaz de reduzir drasticamente os números dessa tragédia nacional.”

⁵⁴⁸ “Homicídio - Art. 121. Matar alguém: [...] *Modalidade culposa* - § 4º Se o homicídio é culposo: Pena - prisão, de um a quatro anos. *Culpa gravíssima* - § 5º Se as circunstâncias do fato demonstrarem que o agente não quis o resultado morte, nem assumiu o risco de produzi-lo, mas agiu com excepcional temeridade, a pena será de quatro a oito anos de prisão. § 6º Inclui-se entre as hipóteses do parágrafo anterior a *causação da morte na condução* de embarcação, aeronave ou veículo automotor sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, ou mediante participação em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade competente.

⁵⁴⁹ “Incluso puede entenderse que el terreno de la circulación de vehículos el que ofrece, tanto cuantativa como cualitativamente, la aportación más numerosa y específica a la problemática de los delitos de peligro” [ESCRIVA GREGORI, Jose Maria. *La puesta en peligro de bienes jurídicos en derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1976, p. 113] (tradução livre do autor).

perigo concreto, geralmente formulada sobre o modelo da condução sob a influência do álcool, associada a outra de perigo abstrato puro ou presumido, concernente à mera condução alcoólica ou com altas taxas de alcoolemia.

No novo Código Penal brasileiro, o tipo formulado com a técnica dos crimes de perigo abstrato, consistente na “condução de veículo automotor sob a influência de álcool, sendo manifesta a incapacidade de fazê-lo com segurança” atende plenamente aos requisitos para uma *fair imputation*, nos termos propostos para os delitos de ação concretamente perigosa. A situação descrita no tipo é idônea para significar uma situação não mais controlável pelo agente e, segundo os conhecimentos científicos, importará na criação da periculosidade *ex ante* da conduta.

Já o tipo supostamente de perigo concreto está condicionado pela exposição a dano potencial da segurança viária, conceito que não possui um significado atrelado à Constituição e muito distante do indispensável lastro antropológico. Da forma como presentemente redigido, a nosso sentir, acaba por indicar também hipótese de perigo abstrato. Melhor seria substituir a “segurança viária” por “segurança alheia”, de modo a consagrar um tipo de perigo abstrato-concreto.

Vale registrar, por fim, que existem autores que têm como “preferível utilizar uma tipificação de *perigo concreto* para sancionar a condução sob a influência de determinadas substâncias, tendo em conta que no estado atual de nossos conhecimentos resulta difícil às vezes estabelecer *quando uma ação era ou não idônea* para ocasionar um perigo”^{550 551}.

⁵⁵⁰ “Teniendo en cuenta los problemas expuestos, ceremos preferible utilizar una tipificación de peligro concreto para sancionar la conducción bajo la influencia de determinadas sustancias, teniendo en cuenta que en el estado actual de nuestros conocimientos resulta difícil a veces establecer cuando una acción era o no idônea para ocasionar un peligro” [GÓMEZ PAVÓN. *El delito de conducción bajo la influencia ...*, 2010, p. 262, destacamos].

⁵⁵¹ No mesmo sentido: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos Crimes de Perigo Abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, *passim*.

V. BIBLIOGRAFIA

- ABREU, Waldyr de. *Direito penal do trânsito*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- ACALE SÁNCHEZ, María. Los delitos de mera actividad. *Revista de Derecho Penal*, nº 02, 2007, p. 291-329, ou, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 10, 2002, p. 11-45.
- ALBERGARIA, Pedro Soares, LIMA, Pedro Mendes. Condução em estado de embriaguez: aspectos processuais e substantivos. *Verbojurídico.net*, novembro 2001, disponível na internet: www.verbojuridico.com.
- ALMEIDA JÚNIOR, Antonio Ferreira de. *Lições de medicina legal*. 21ª ed., São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1996.
- ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. *Delitos de Trânsito*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- ARAÚJO, Marcelo José. Considerações e esclarecimentos sobre a Lei Seca. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, nº. 37, setembro 2009, p. 121-126.
- BAIGÚN, David. *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*. 2ª ed., Montevideo: Editorial B de F, 2007.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- _____. Notas históricas sobre a teoria do delito no Brasil. *Revista de Ciências Penais*, ano 1, vol. 01, n. 01, São Paulo: Revista dos Tribunais, julho - dezembro 2004, p.113-133.
- BARBERO SANTOS, Marino. Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo XXVI, fasc. III, setembro - dezembro 1973, p. 487-500.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidade*. Barcelona: Paidós, 1998.

BEM, Leonardo Schmitt de. *Direito penal de trânsito: comentários aos crimes da Lei nº 9.503/97 sob a ótica da teoria da imputação objetiva*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Um porre de embriaguez ao volante: revisitando o delito do artigo 306 da Lei nº 9.503/1997. *Revista Síntese de direito penal e processual penal*, ano XI, nº. 64, outubro - novembro 2010, p. 95-122.

BENFICA, Francisco Silveira. Controvérsias jurídicas no diagnóstico da embriaguez alcoólica: uma abordagem técnica sobre o tema. In: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (orgs.). *Reformas do Código de Processo Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 91-104.

BERISTAIN, Antonio. Resultado y delitos de peligro. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, vol. XIII, nºs 34-35-36, Madrid: s/ed., 1969, p. 445-464.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BORBA, Rodrigo Esperança. Lei Seca de constitucionalidade. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 9, n. 51, p.210-227, ago./set. 2008.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2010.

_____. O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial. In: SILVA FRANCO, Alberto; NUCCI, Guilherme de Souza (orgs.). *Doutrinas essenciais: direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 468-494.

_____. Dolo eventual e culpa consciente em acidente de trânsito. *Revista de Administração Pública e Política*, nº. 161, ano XIV, Brasília: Consulex, novembro 2011, p. 22-23.

_____. Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n.º 61, julho-agosto de 2006, p. 44-121.

_____. *Precisamos de uma Lei Seca mais racional*. 22/11/2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-nov-22/direito-defesa-lei-seca-redacao-racional>>. Acesso em: 24.abr.2012.

_____. *Legislativo deve tornar efetiva Lei Seca*. 14/12/2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-fev-14/direito-defesa-legislativo-tornar-efetiva-lei-seca>>. Acesso em: 24.abr.2012.

_____. *Crimes de perigo abstrato não são de mera conduta*. 29/05/2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-29/direito-defesa-crimes-perigo-abstrato-nao-sao-mera-conduta>>. Acesso em: 29.mai.2012.

BOTTINO, Thiago. A doutrina brasileira do direito ao silêncio: o STF e a conformação do sistema processual penal constitucional. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (orgs.). *Processo Penal e Democracia: Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. 1, p. 567-598.

BRUNO, Anibal. Embriaguez voluntária ou culposa e responsabilidade penal. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, ano II, n.º 7, outubro - dezembro 1964, p. 17-27.

BRUTTI, Roger Spode. A eficácia da prova testemunhal nos delitos de embriaguez ao volante. *Revista IOB de direito penal e processual penal*, ano IX, n.º 52, outubro - novembro 2008, p. 7-20, ou, *Revista Magister de direito penal e processual penal*, ano VII, n.º 40, fevereiro - março 2011, p. 71-86.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Comentários à Lei 11.705/08: alterações do Código de Trânsito Brasileiro*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

_____. *Nova lei seca: comentários à lei 12.760, de 20 de dezembro de 2012 e suas correlações com a lei 11.705, 19 de junho de 2008, atualizados de acordo com a nova resolução Contran 432, de 23 de janeiro de 2103*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013.

- CABRAL, Juliana. *Os tipos de perigo abstrato e a pós-modernidade: uma contextualização histórica da proliferação dos tipos de perigo no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- CALLEGARI, André Luís. Delitos de perigo concreto e delitos de perigo abstrato: algumas considerações sobre a contravenção prevista no artigo 34. *Revista dos Tribunais*, ano 87, vol. 748, fevereiro 1998, p. 504-508.
- _____. A inconstitucionalidade do teste de alcoolemia e o novo código de trânsito. *Boletim do IBCCRIM*, nº 66, maio / 1998, disponível na internet: www.ibccrim.org.br/site/boletim.
- _____. Delitos de perigo concreto no Código de Trânsito Brasileiro. *Boletim IBCCRIM nº 76*. São Paulo, mar. 1999, v.6, p. 7-8.
- _____. Delito de perigo abstrato – um retrocesso no código de trânsito brasileiro. *Boletim do IBCCrim*, nº 189, agosto 2008, disponível na internet: www.ibccrim.org.br/site/boletim.
- _____. A imprestabilidade do bafômetro como prova no processo penal. *Boletim do IBCCrim*, nº 191, outubro 2008, disponível na internet: www.ibccrim.org.br/site/boletim.
- CAMPOS, Roberto Augusto de Carvalho; CAMARGO, Rosmari Aparecida Elias. *Aspectos médico-forenses do alcoolismo e o direito penal* São Paulo: Biodireito - Iglu, 2011.
- CAMPOS SÁNCHEZ, Manuel. *Las nuevas tasas de intoxicación etílica*. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 1999.
- CAPEZ, Fernando, *Curso de direito penal: legislação penal especial*, vol. 4, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Aspectos criminais do Código de Trânsito Brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.
- CALABUIG, Gisbert. *Medicina legal y toxicología*. Barcelona: Elsevier, 6ª ed., 2004.

- CARDENAL MONTRAVETA, Sergi. Los delitos relacionados con la seguridad del tráfico em el derecho comparado. *InDret – Revista para el analisis del derecho*, Barcelona, nº 3, julho 2007, p. 02-33.
- CARDOSO, Vicente Fontana. *Crimes em acidentes de trânsito*. 3ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- CARRION, Thiago Zucchetti. Crimes de direção sob a influência do álcool (DUI Offenses) no direito americano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 21, vol. 104, set./out. 2013, p. 103-144.
- CARVALHO, Érika Mendes de. A técnica dos valores-limite e os delitos de perigo abstrato. *Boletim do IBCCrim*, ano 19, nº 228, novembro 2011, p. 14-15.
- CASTRO, Cássio Benvenuti. Retroatividade “secundum eventum probationis” do novo art. 306, do CTB. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, ano VIII, nº 16, julho - dezembro 2008, p. 97-114.
- CEREZO MIR, José. Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 10, 2002, p. 47-72.
- CEREZO MIR, José. Los delitos de peligro abstracto. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 2, 2001, p.719-746.
- CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. Da necessidade de se demonstrar o perigo concreto, ainda que indeterminado, na contravenção de falta de habilitação para dirigir veículo. *Revista dos Tribunais*, ano 84, vol. 712, fevereiro 1995, p. 343-346.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Algunas cuestiones sobre el injusto típico em los “delitos de peligro”. *Revista de Derecho Penal*, nº 02, 2007, p. 81-118.

- CORDEIRO, J. C. Dias. *Psiquiatria forense: a pessoa como sujeito ético em medicina e em direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003.
- COSTA, Leonardo Luiz de Figueiredo. A alteração da embriaguez ao volante e o crime de lesões corporais na direção de veículo automotor: reflexos da Lei nº 11.275/06. *Boletim do IBCCrim*, nº 164, julho 2006, disponível na internet: www.ibccrim.org.br/site/boletim.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Nexo causal*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____; QUEIJO, Maria Elisabeth. *Comentários aos Crimes do Código de Trânsito*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.
- CREUS, Carlos. Los delitos de peligro abstracto: su validez constitucional. *Revista de Ciencias Penales*, nº 01, 1999, p. 97-133.
- CRUZ, Rogério Schiatti Machado. "Embriaguez ao volante: recusa a produzir prova não exclui o crime" *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1856, 31 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/pareceres/16861>>. Acesso em 04.08.2013.
- CUELLO CALON, Eugenio. *Ley penal del automóvil*. Barcelona: Bosch, 1950.
- CUESTA AGUADO, Paz M. de la. Tipificación del riesgo y delitos de peligro. *Revista de Derecho Penal*, nº 02, 2007, p. 125-145.
- CUNHA, Rogério Sanches. *Você já ouviu falar de "crime de perigo abstrato de perigosidade real"?* Disponível em <http://atualidadesdodireito.com.br/rogeriosanches/2013/03/21/voce-ja-ouviu-falar-de-crime-de-perigo-abstrato-de-perigosidade-real/>, acesso em 13.04.2013.
- DA MATTA, Roberto. *Fé em Deus e pé na tábua, ou, Como e por que o trânsito enlouquece no Brasil*. Rio de Janeiro: Rocco, 2010.
- D'AQUINO, Ivo (pres.); FRAGOSO, Heleno Cláudio (rel.); LIMA, Carlos de Araújo; NEVES, Serrano; MORAES FILHO, Antônio Evaristo de. Anteprojeto de Lei que define as infrações penais relativas à circulação de veículos, regula

o respectivo processo e julgamento e dá outras providências. *Revista de Direito Penal*, nº 7/8, julho-dezembro 1972, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 171-197.

DARCIE, Stephan Doering. O perigo na perspectiva do direito penal: uma análise acerca dos elementos constitutivos da noção de perigo. *Revista de Estudos Criminais*, ano X, nº 37, abril - junho 2010, p. 37-65.

D'ÁVILA, Fábio Roberto, DARCIE, Stephan Doering. Algumas reflexões sobre os crimes de perigo concreto. *Boletim do IBCCrim*, ano 18, nº 218, janeiro 2011, p. 8-9.

DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara. Considerações técnicas sobre o consumo de bebidas alcoólicas: o metabolismo do álcool. *Revista APMP*, v. 11, nº. 47, São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, maio - agosto 2008, p. 32-40.

DELMANTO, Roberto. As inconstitucionalidades da lei seca. *Boletim do IBCCrim*, nº 189, agosto 2008, disponível na internet: www.ibccrim.org.br/site/boletim.

DÍAZ REVORIO, F. Javier. La prueba de alcoholemia y sus consecuencias en los ámbitos administrativo sancionador y penal: análisis desde la perspectiva constitucional. *Parlamento y Constitución*. Anuario, n. 4, 2000, pp. 121 a 168.

DONNA, Edgardo Alberto. La sociedad de riesgos y los delitos de peligro abstracto. In: GARCÍA VALDÉS, Carlos et al (Coord.). *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat II*. Madrid: Edisofer, 2008. t.2., p.863-878.

DUAILIBI, Sérgio, LARANJEIRA, Ronaldo. O bafômetro e a "lei seca". *Boletim do IBCCrim*, nº 189, agosto 2008, disponível na internet: www.ibccrim.org.br/site/boletim.

_____, _____. PINSKY, Ilana. *Álcool e direção: Beber ou dirigir: um guia prático para educadores, profissionais da saúde e gestores de políticas públicas*. São Paulo: Unifesp, 2010.

DUARTE, José. *Comentários a Lei das Contravenções Penais*. Rio de Janeiro: Forense, 1944.

- DUARTE, Luciana Sperb. Da competência para o processamento e julgamento dos crimes de embriaguez ao volante, lesão corporal culposa no trânsito e participação em competição não autorizada. *Boletim do IBCCrim*, nº 72, novembro 1998, disponível na internet: www.ibccrim.org.br/site/boletim.
- ESCRIVA GREGORI, Jose Maria. *La puesta em peligro de bienes jurídicos en derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1976.
- FARIA, Bento de. *Das contravenções penais*. Rio de Janeiro: Record, 1958.
- FARIA COSTA, José Francisco. *O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- FARIA, Paula Ribeiro. Condução perigosa de veículo rodoviário e Condução de veículo em estado de embriaguez. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (dir.). *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 1.079-1099.
- FARIAS, Vilson. Modificações penais e administrativas no Código de Trânsito Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, ano 98, vol. 883, maio 2009, p. 452-502.
- FÁVERO, Flaminio. O perigo de vida nas lesões corporais. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, 4ª fase, ano XXV, nºs. 5 e 6, Rio de Janeiro: Sociedade Brasileira de Criminologia, janeiro - junho 1955, p. 181-190.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo J.. Cuestiones basicas de los delitos de peligro abstracto y concreto em relación con el transito. *Revista da Ajuris*, ano XXVI, nº 78, Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, junho 2000, p. 290-324.
- _____. Seguridad colectiva y peligro abstracto. *Revista de Derecho Penal*, nº 02, 2007, p. 147-195.
- FERRAZ, Denise Nóbrega. Crimes de perigo abstrato: a tutela de bens-jurídicos supra-individuais no direito penal moderno. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, ano 14, Edição Especial, dezembro 2006, p. 7-53.

- FERREIRA, Arnaldo Amado. *Da Técnica Médico-Legal na Investigação Forense*. 2vols. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. Crimes do automóvel. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, nº 01, ano I (nova fase), abril - junho 1963, p. 83-99.
- _____. (rel.). Os ilícitos penais do trânsito e sua repressão. *Revista de Direito Penal*, nºs. 7/8, julho-dezembro 1972, pp. 7-36.
- _____. Direção Perigosa. Simples avanço de sinal. *Revista de Direito Penal*, nºs 13/14, 1974, pp. 144-145.
- _____. Crimes de trânsito: notas sobre o anteprojeto oficial. *Revista de Direito Penal*, nº. 27, Rio de Janeiro: Forense, janeiro - junho 1979, p. 49-53.
- FUENTES OSORIO, Juan L. *Formas de anticipación de la tutela penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009.
- FUKASSAWA, Fernando Yukio. Dano potencial e perigo de dano nos crime de trânsito da lei 9.503/97. *Revista APMP*, ano III, nº. 25, São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, fevereiro - março 1999, p. 60-64.
- GALLAS, Wilhelm. *La teoria del delito em su momento actual*. Trad. Juan Cordoba Roda. Barcelona: Bosch, 1959.
- GOMES, Luiz Flávio. A contravenção do artigo 32 da Lei das Contravenções Penais é de perigo abstrato ou concreto? (A questão da inconstitucionalidade do perigo abstrato ou presumido). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2, nº 08, outubro - dezembro 1994, p. 69-84.
- _____. Código de Trânsito Brasileiro: Primeiras notas interpretativas. *Boletim do IBCCRIM*. nº.61, dezembro 1997, p. 04-05.
- _____. *Estudos de direito penal e processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

- _____. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. Embriaguez ao volante: reforma do Código de Trânsito (Lei nº 11.705/2008). *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 24, p.94-101, jun./jul. 2008.
- _____, MACIEL, Silvio. Crime de embriaguez ao volante e ativismo punitivista do STJ (Parte 1). *Repertório de jurisprudência IOB*, nº 06, vol. III, 2ª quinzena de março de 2010, p. 193-194.
- _____, _____. *Crime de embriaguez ao volante e ativismo punitivista do STJ (Parte 2)*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>, acesso em 22.01.2010.
- _____, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Direito Penal: Fundamentos e limites do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- _____, _____, BIANCHINI, Alice. *Direito Penal: Introdução e princípios fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____, BEM, Leonardo Schmitt de. *Nova Lei seca: comentários à Lei n. 12.760, de 20-12-2012*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. “Nova lei de trânsito: barbearagem ou derrapagem do legislador?”, *Atualidades do Direito*, disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2014/05/comentarios-lei-129712014-que-alterou-o.html>, acesso em 27.05.2014.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães Gomes. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. Periculosidade no direito penal contemporâneo. In: MENDES, Gilmar Ferreira (coord.) et alii. *Direito penal contemporâneo: questões controvertidas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

- GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes y análisis del artículo 383 del Código Penal*. 4ª ed., Barcelona: Bosch, 2010.
- GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- _____. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 12, vol. 49, São Paulo: Revista dos Tribunais, julho - agosto 2004, p. 89-147.
- _____. Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e sistema jurídico-penal” de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 8, vol. 32, São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro-dezembro 2000, p. 120-163.
- _____, TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação ao poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 159-177.
- GRECO, Rogério. “Os absurdos da Lei nº 12.971, de 9 de maio de 2014”, *Atualidades do Direito*, disponível em <http://atualidadesdo.direito.com.br/rogeriogreco/2014/05/26/os-absurdos-da-lei-no-12-971-de-9-de-maio-de-2014/>, acesso em 30.06.2014.
- GRECO FILHO, Vicente. *A culpa e sua prova nos delitos de trânsito*. São Paulo: Saraiva, 1993
- GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Exame de alcoolemia: sua validade como prova no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº. 33, ano 9, janeiro - março 2001, p. 121-132.
- GUIRÃO, Rafael Alcácer. Enjuiciamiento del peligro, tentativa y delitos de peligro. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, nº. 09, vol. 05, 1999, Buenos Aires: Ad-Hoc, p. 415-464.

- GUSMÃO, Sady Cardoso de. *Das Contravenções Penais: breve comentário a Lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942.
- GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Maria. *Protección penal de la seguridad vial*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- HEFENDEHL, Roland (org.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- _____. O bem jurídico como pedra angular da norma penal. In: GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação ao poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 57-75.
- HIRSCH, Hans Joachim. Peligro y peligrosidad. In: HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho Penal: obras completas: libro homenaje*, Tomo I, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, p. 65-88.
- HIRSCH, Hans Joachim. Sistemática y límites de los delitos de peligro abstracto. Trad. Dirk Styma. *Revista de Derecho Penal*, nº 02, 2007, p. 9-35.
- HOFFMANN, Maria Helena; CRUZ, Roberto Moraes; ALCHIERI (orgs.) *Comportamento humano no trânsito*., 3ª ed., São Paulo: Casa do Psicólogo, 2011.
- HONORATO, Cássio Mattos. Crimes de trânsito: análise crítica da doutrina e jurisprudência. *Revista dos Tribunais*, ano 96, vol. 859, maio 2007, p. 457-484.
- _____. Dois crimes de embriaguez ao volante e as alterações introduzidas pela Lei 11.705/2008. *Revista dos Tribunais*, ano 98, vol. 880, fevereiro 2009, p. 341-374.
- IPPOLITI, Angelo. *Guida in stato di ebbrezza sotto l'influenza di alcool e sostanze stupefacenti*. Milão: CEDAM, 2013.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e J. L. Serrano Gonzales de Murillo., 2ª ed., Madrid: Marcial Pons, 1997.

_____. *Tratado de Direito Penal: Teoria do injusto penal e culpabilidade*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Editora Manole, 2003.

_____. *Ciência do direito e ciência do direito penal*. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Editora Manole, 2003.

JESUS, Damásio E. de. *Lei das Contravenções Penais Anotada*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. Dois temas da parte penal do código de trânsito brasileiro. *Boletim IBCCrim* n° 67, São Paulo, dez. 1997, p. n/d.

_____. Notas ao art. 306 do código de trânsito: crime de embriaguez ao volante. *Boletim do IBCCrim*, n° 67, junho 1998, disponível na internet: www.ibccrim.org.br/site/boletim.

_____. *Crimes de trânsito: anotações à parte criminal do Código de Trânsito (Lei n° 9.503, de 23 de setembro de 1997)*, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Crime de embriaguez ao volante: a alteração do artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro e o nível de tolerância na ingestão de substância alcoólica ou de efeito análogo (taxa de alcoolemia). *Revista IOB de direito penal e processual penal*, ano VII, n°. 38, junho - julho 2006, p. 83-85 ou *Revista Magister de direito penal e processual penal*, ano II, n° 11, abril - maio 2006, p. 15-18.

_____. Embriaguez ao volante: notas à lei n° 11.705/2008. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 24, p.79-86, jun./jul. 2008.

- KAUFFMANN, Carlos. Embriaguez ao volante – a prova processual e as alterações da Lei nº 9.503/1997. *Boletim do IBCCrim*, ano 21, nº 248, julho 2013, p. 11-12.
- KINDHÄUSER, Urs. *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Trad. Claudia López Díaz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.
- _____. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal. *InDret – Revista para el analisis del derecho*. Barcelona, nº 1, fevereiro, 2009, p. 2-19.
- KISS, Alejandro. *El delito de peligro abstracto*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011.
- KREBS, Pedro. A (in)constitucionalidade do § 3º do art. 277 do CTB: uma leitura a partir da jurisprudência do TEDH. In: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (orgs.). *Reformas do Código de Processo Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 25-42.
- LEAL, João José. Controle jurídico-administrativo da embriaguez ao volante e o princípio da não auto-incriminação: estudo crítico da resolução n.º 206/2006 do Contran. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 8, n. 44, p.74-84, jun./jul. 2007.
- LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal*. São Paulo: Atlas, 2013.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Monografia jurídica*. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- LEITE, Manoel Carlos da Costa. *Lei das contravenções penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- LEON, Altair Ramos e MULLER, Walter Martins. “Bafômetro: exame obrigatório ou não”. *Boletim do IBCCrim* nº 66, São Paulo, maio-1998, p. 10.
- LIMA, Marcellus Polastri. *Crimes de trânsito: aspectos penais e processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

- LINHARES, Marcello Jardim. *Lei das contravenções penais interpretada pelos tribunais*. São Paulo: Saraiva: 1987.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- LOPES, Fábio Motta. A embriaguez ao volante e as mudanças na esfera criminal. In: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (orgs.). *Reformas do Código de Processo Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 43-89.
- LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Crimes de trânsito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- LÓPEZ TÉBAR, Enrique. Peligro abstracto e imprudencia en los delitos tipificados en el artículo 379 del código penal. *Revista del Poder Judicial*, Madrid, n. 87, p.11-43, 3º trim. 2007.
- LOUREIRO NETO, José da Silva. *Embriaguez delituosa*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- LUZ, Yuri Corrêa da. *Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo*. São Paulo: IBCCrim, 2013.
- MACHADO, Bruno Amaral. Crimes de perigo e condição de procedibilidade. *Boletim do IBCCrim*, nº 74, janeiro 1999, disponível na internet: www.ibccrim.org.br/site/boletim.
- MACHADO, Fábio Guedes de Paula, BERTI, Natália. "Actio libera in causa". *Revista dos Tribunais*, ano 99, vol. 900, outubro 2010, p. 429-466.
- MAIZA, María Cecilia. Delitos de peligro. *Revista de Derecho Penal*, nº 02, 2007, p. 589-685.
- MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Direito penal econômico e crimes de mero capricho. In: VILARDI, Celso Sanchez, PEREIRA, Flávia Rahal Bresser, DIAS NETO, Theodomiro (coord.). *Direito penal econômico: análise contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2009.

- MAQUEDA ABREU, María Luisa. La idea de peligro en el moderno derecho penal: algunas reflexiones a propósito del proyecto de código penal de 1992. *Actualidad Penal*, Madrid, v. 1, 1/26, p.481-498, semanal. 1994.
- MARANHÃO, Odon Ramos. *Curso Básico de Medicina Legal*. São Paulo: Malheiros, 8ª ed., 1997.
- MARANI, Simone. *Guida in stato di ebbrezza e di alterazioni psico-fisica: analisi dei reati*. Roma: Altalex, 2013.
- MARCÃO, Renato. *Crimes de trânsito: anotações e interpretação jurisprudencial da parte criminal da Lei n. 9.503, de 23-9-1997*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. Nova Lei Seca não se aplica a casos anteriores à sua edição. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, publicada em 23.01.2013, disponível na internet: <http://www.conjur.com.br/2013-jan-23/renato-marcao-lei-seca-nao-aplica-casos-anteriores-edicao>, acesso em 04.03.2014.
- _____. O artigo 306 do CTB no PLS 48/2011: da “Lei não tão Seca” à “Tolerância zero” com “culpa alcoólica”. *Revista Síntese de direito penal e processual penal*, ano XI, nº. 72, fevereiro - março 2012, p. 9-16, ou *Revista Magister de direito penal e processual penal*, ano VIII, nº 44, outubro - novembro 2011, p. 5-13.
- MATA Y MARTIN, Ricardo M. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Granada: Comares, 1997.
- MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001.
- _____. La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, nº. 09, janeiro 2002, Madrid: Marcial Pons, p. 39-82.
- MENNA BARRETO, João de Deus Lacerda. *Novo prisma jurídico da embriaguez*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979.

MIDDENDORFF, Wolf. *Estudios sobre la delincuencia em el tráfico*. Trad. José Belloch Zimmermann. Madrid: Espasa-Calpe, 1976.

MILAZZO, Cristhian Martins Castro, SOUZA, Hudienny Dias de. Alcoolismo e tratamento penal da embriaguez. *Revista de Informação Legislativa*, ano 48, nº 191, julho - setembro 2011, p. 237-243.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Vigilância em Saúde. *Mortalidade por acidentes de transporte terrestre no Brasil*. Brasília: Ministério da Saúde, 2007.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. *Impactos sociais e econômicos dos acidentes nas rodovias brasileiras – Relatório final*. Brasília: IPEA/DENATRAN/ANTP, 2006.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Código Nacional de Trânsito – Questões diversas, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº. 24, v. 6, outubro-dezembro 1998, pp. 229-233.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. 8ª ed., Barcelona: Reppertor, 2009.

_____. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2ª ed.. Montevideo: Editorial B de F, 2007.

_____. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Prociúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Conducción temeraria y el nuevo art. 340 bis d) del Código Penal*. In: *Derecho de la circulación (Aspectos civiles y penales)*. Madrid: Ministerio de Justicia – Centro de Publicaciones, 1993, p.181-194.

_____, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Seguridad vial y derecho penal: análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal em materia de seguridad vial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

- NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 2º vol., 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1969.
- NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. *Crimes do Código de Trânsito*. Leme: J. H. Mizuno, 2010.
- _____. O Novo Código de Trânsito Revogou ou Não as Contravenções dos Arts. 32 e 34 da LCP?, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº. 24, v. 6, outubro-dezembro 1998, pp. 223-227.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Delitos do automóvel*. 5ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1988.
- _____. *Contravenções Penais Controvertidas*. São Paulo: Leud, 1996.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 5ªed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. Crimes de perigo abstrato. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 23, p.8-14, abr./mar. 2008.
- OLIVEIRA NETO, Olavo de. *Comentários à Lei das contravenções penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- PARIZATTO, João Roberto. *Delitos em acidente de trânsito*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Aide, 1993.
- PEDROSO, Fernando de Almeida. Direção não habilitada de veículo: o crime e a contravenção. *Revista dos Tribunais*, ano 87, vol. 750, abril 1998, p. 506-509.
- PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. O crime de embriaguez ao volante e o “bafômetro”: algumas observações. *Boletim do IBCCrim*, nº 189, agosto 2008, disponível na internet: www.ibccrim.org.br/site/boletim.
- PEREIRA, Flávio Cardoso. Apontamentos sobre os delitos de perigo. *Revista Síntese de Direito penal e processual penal*, ano IV, nº 22, outubro - novembro 2003, p. 46-51.

- PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. Morte no trânsito: culpa consciente ou dolo eventual. *Revista IOB de direito penal e processual penal*, ano VIII, nº. 44, junho - julho 2007, p. 48-73.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes de mera conduta*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
- _____. *Contravenções penais*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- PINHEIRO, Geraldo de Faria Lemos. Embriaguez ao volante e lesão corporal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 4, nº 13, janeiro - março 1996, p. 198-202.
- _____. A embriaguez no Código de Trânsito Brasileiro. *Boletim do IBCCRIM*, nº. 83, São Paulo, out. 1999, v.7, p. 3-4.
- PINHO, Demosthenes Madureira. *O valor do perigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1939.
- PIRES, Ariosvaldo de Campos, SALES, Sheila Jorge Selim de. *Crimes de trânsito na Lei n. 9503/97*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- POZZEBON, Fabrício Dreyer de Avila. Embriaguez ao volante e a prova do elemento normativo "capacidade psicomotora alterada". *Boletim do IBCCrim*, ano 21, nº 250, setembro 2013, p. 15-16.
- QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo* (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal). São Paulo: Saraiva, 2003.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal: Lineamentos para um direito penal mínimo*. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- QUIRINO, Matheus Adolfo Gomes. Crimes de perigo abstrato. *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 15, p.227-241, jul./dez. 2010.

- REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. Crime de embriaguez ao volante. *Revista de Direito Penal*, nº. 6, Rio de Janeiro: Borsoi, abril - junho 1972, p. 81-89.
- REGHELIN, Elisangela Melo. O “novo e multifacetado” artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro. In: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (orgs.). *Reformas do Código de Processo Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 25-42.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- RODRIGUES, Eduardo Silveira Melo. *A embriaguez e o crime*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- RODRIGUES, Marta Felino. *As incriminações de perigo e o juízo de perigo no crime de perigo concreto: necessidade de precisões conceituais*. Coimbra: Almedina, 2010.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio. *La conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*. 2ª ed., Granada: Comares, 2006.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- ROMEO CASABONA, Carlos María. A perigosidade e o perigo na estrutura do tipo de delito culposo. Trad. Paulo Vinícius Sporleder de Souza. *Revista de Estudos Criminais*, nº. 09, p. 46-70, ou em espanhol: *Revista de Derecho Penal*, nº 02, 2007, p. 29-60.
- ROMERO, Diego. Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 7, n. 39, p.43-62, ago./set. 2006.

ROSA, Fábio Bittencourt da. Dolo de perigo. *Revista dos Tribunais*, ano 65, vol. 487, maio 1976, p. 255-261.

ROSS, H. Laurence. The Scandinavian Myth: The Effectiveness of Drinking and Driving Legislation in Sweden and Norway, *Journal of Legal Studies*, v. 4, n. 2, 1975, p. 285-310.

_____. Law, Science, and Accidents: The British Road Safety Act of 1967, *The Journal of Legal Studies*, v. 2, n. 1, 1973, p. 01-78.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General: Tomo I: Fundamentos: La estructura de la Teoría del Delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Muiguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson-Civitas, 1997.

_____. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Trad. e introdução de Luís Greco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Acerca de la punibilidad de la tentativa inidónea. Trad. Dirk Styma. *Revista de Derecho Penal*, nº 02, 2007, p. 9-28.

SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. *Lei das contravenções penais interpretada*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo (coord.). *Comentários à Lei das Contravenções Penais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. *Tipicidade penal e sociedade do risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SCHÖNKE, Adolf. SCHRÖDER, Horst. *Strafgesetzbuch Kommentar*. München: C.H. Beck, 2010.

- SCHROEDER, Friederich-Christian. Nuevas tendências en los delitos de peligro abstracto. Trad. Betina Heyer. *Revista de Derecho Penal*, nº 02, 2007, p. 119-124.
- SCHÜNEMANN, Bernd. La estrutura de los delitos de peligro: los delitos de peligro abstracto y abstracto-concreto como modelo del Derecho penal económico moderno. Trad. Irene Molina González. In: *Cuestiones actuales del sistema penal: crisis y desafíos*, Lima: Ara Editores, 2010, p. 11-27.
- _____. El próprio sistema de la teoria del delito. Trad. José Milton Peralta. *InDret* – Revista para el análisis del derecho 1/2008, Barcelona: www.indret.com, janeiro 2008, p. 01-12.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- _____. Tolerância zero. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, nº. 5, outubro 2009, p. 165-176.
- _____. Crime de trânsito – Responsabilidade objetiva – Dolo eventual e culpa consciente (parecer). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 59, março - abril 2006, p. 346-373.
- SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos Crimes de Perigo Abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. Considerações em torno do crime de embriaguez ao volante em sua conformidade constitucional. *Revista da Ajuris*. Ano XXXVII, nº 118, junho 2010, p. 57-93.
- SILVA, Antônio Álvares da. *Lei seca*. São Paulo: LTr, 2008.
- SILVA JÚNIOR, Edison Miguel da. “Crimes de perigo no Código de Trânsito Brasileiro”. *Boletim IBCCRIM* nº. 76, São Paulo, mar. 1999, v.6, p. 6-7.
- SILVA, José Geraldo da. Os crimes de trânsito e a Lei nº 9.099/95. *Boletim do IBCCrim*, nº 67, junho 1998, disponível na internet: www.ibccrim.org.br/site/boletim.

SILVA, Marcelo Rodrigues da. "Comentários às inovações relativas aos crimes de trânsito - Lei 12.971/14." *Jus Navigandi*, Teresina, mai. 2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/28461>, acesso em 14.05.2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Consideraciones sobre el delito del art. 340 bis a) del Código Penal (Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas) In: *Derecho de la circulación (Aspectos civiles y penales)*. Madrid: Ministerio de Justicia – Centro de Publicaciones, 1993, p.147-179.

SILVA, Viviane Alves Santos. Artigo 306, CTB – “Embriaguez ao volante” – A punição do colaborador. *Revista do Ministério Público*, nº. 39, Rio de Janeiro: MPRJ, janeiro - março 2011, p. 129-135.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Crimes cometidos em estado de embriaguez*. Vol. I. Coimbra: Coimbra, 1968.

SOUZA, Bruno Preti. Considerações sobre as alterações produzidas nos artigos 165, 276, 277 e 306 do Código de Trânsito Brasileiro pela Lei 11.705/08. *Revista da Ajuris*, ano XXXVI, nº 114, junho 2009, p. 27-45.

SZNICK, Valdir. *Responsabilidade penal na embriaguez*. São Paulo: Leud, 1987.

TAFFARELLO, Rogério Fernando. Lei Seca: simbolismo penal e ineficácia social. *Revista de Administração Pública e Política*, nº. 134, ano XII, Brasília: Consulex, agosto 2009, p. 27.

- TAVARES, Juarez. Espécies de dolo e outros elementos subjetivos do tipo. *Revista de Direito Penal*, nº 06, abril – junho 1972, p. 21-32.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan M. Peligro abstracto y garantías penales. In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Pamplona: Aranzadi, 2001. 1860 p. 343.2(460) N887. p.787-815.
- TOLEDO, Armando Sérgio Prado de, BARBOSA JÚNIOR, Salvador José. O controle difuso de constitucionalidade e a Lei Seca. *Revista Jurídica*, ano 57, nº. 377, Porto Alegre: Notadez, março 2009, p. 135-139.
- TORIO LOPEZ, Angel. Los delitos del peligro hipotético: contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fasc. II-III, maio - dezembro 1981, p. 825-847.
- TORNAGHI, Helio B. *A questão do crime formal*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho (editor), 1944.
- TRAPERO BARREALES, María A., *Los delitos contra la seguridad vial: una reforma de ida y vuelta?* Valencia: Tirant lo blanch, 2011.
- _____. Los delitos contra la seguridad vial, una valoración crítica desde la vigencia de los principios limitadores del *Ius Puniendi*. In: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Derecho penal del Estado Social y Democrático de Derecho: Libro homenaje a Santiago Mir Puig*. Madrid: La Ley, 2010, p. 870-871.
- ULZURRUN LLUCH, Marina Sanz-Díez. Los nuevos delitos contra la seguridad vial contenidos en la LO 15/2007. *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n. 74, 2008, p. 309-339.
- VIEIRA, Francisco Marques. *Direito penal rodoviário: os crimes dos condutores*. Porto: Universidade Católica, 2007.
- WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2012: Os novos padrões da violência homicida no Brasil*. São Paulo, Instituto Sangari, Caderno complementar 2: acidentes de trânsito, 2012.

WELZEL, Hans. Culpa e delitos de circulação: sobre a dogmática dos crimes culposos Trad. Nilo Batista. *Revista de Direito Penal*, nº. 3, Rio de Janeiro: Borsoi, julho - setembro 1971, p. 13-43.

_____. *Derecho penal aleman: parte general*. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. 2ª ed. Santiago: Juridica de Chile, 1976.

WOHLERS, Wolfgang; VON HIRSCH, Andrew. Teoría del bien jurídico y estructura del delito: sobre los criterios de una imputación justa. Trad. Beatriz Spínola Tártalo. In: HEFENDEHL, Roland (org.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 285-308.

WUNDERLICH, Alexandre. Uma reflexão sobre os delitos de perigo abstrato ou presumido. *Revista Jurídica*, ano 48, nº 270, abril 2000, p. 49-54.

ZILLI, Marcos. O Direito por quem o faz: embriaguez ao volante (art. 306), bafômetro, princípio da legalidade, *nemo tenetur se detegere* e falta de justa causa para a ação penal. Denúncia rejeitada. *Boletim do IBCCrim nº 199*, São Paulo, jun. 2009, p. n/d.

ZULGADÍA ESPINAS, José Miguel. El concurso entre los delitos de lesión y los delitos de peligro. La extraña regla concursal del artículo 382 del código penal español. *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Madrid, v. 7, n. 67, p.5-9, jan. 2010.

