

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

O CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE
ANÁLISE SOBRE ASPECTOS POLÊMICOS À LUZ DA LEI 12.760/12

Rafaela Comunale Aleixo

Presidente Prudente/SP

2013

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

O CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE
ANÁLISE SOBRE ASPECTOS POLÊMICOS À LUZ DA LEI 12.760/12

Rafaela Comunale Aleixo

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Processo Penal, sob orientação do Prof. Rodrigo Lemos Arteiro.

Presidente Prudente/SP

2013

Desejais prevenir os crimes? Fazei leis simples e evidentes.

Marquês de Beccaria

Aos meus pais, REINALDO E ROMENI,
pelo apoio, compreensão e amor incondicionais.

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar as alterações promovidas pela Lei 12.760/12 no delito de embriaguez ao volante, insculpido no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97). Analisa inicialmente nossa legislação pretérita, com destaque à Lei das Contravenções Penais de 1941 e às Leis 11.275/06 e 11.705/08. O crime de condução sob efeito de álcool é avaliado em suas anteriores formulações, notadamente quanto ao aspecto do resultado jurídico ou normativo. Da atual redação a análise é completa, envolvendo tópicos como bem jurídico tutelado, sujeitos do crime, conduta típica, elemento subjetivo do tipo, tentativa, ação penal, entre outros. São objeto de estudo, em sequência, os principais aspectos polêmicos envolvendo o novo crime, quais sejam, classificação quanto ao resultado normativo, classificação quanto à completude e o tema da sucessão de leis penais no tempo. Outro foco de estudo é o direito de não produzir prova contra si mesmo. São analisadas suas origens históricas, consagração em diplomas internacionais e na ordem jurídica pátria, tópico em que são feitas considerações a respeito de sua vinculação com outros princípios e valores constitucionalmente tutelados. O direito de não produzir prova contra si mesmo incide em dois momentos do processo penal, no interrogatório do acusado e nas provas que dependem de sua colaboração para serem produzidas, incluindo-se aqui as provas para constatação da embriaguez. O trabalho ainda tece considerações acerca da adequação típica da conduta do ébrio que provoca acidente de trânsito e vitimiza pessoas, perpassando pelos temas do dolo eventual, da culpa consciente e do concurso de crimes.

Palavras-chave: Embriaguez ao volante. Direito de não produzir prova contra si mesmo. Dolo eventual. Culpa consciente.

ABSTRACT

The present research aims to analyse the changes introduced by Law 12.760/12 on driving under the influence of alcohol, as laid down in article 306 of the Brazilian Traffic Code (Law 9.503/97). It analyses initially our prior legislation, especially the Law Decree 3.688/1941 and the Laws 11.275/06 and 11.705/08. The crime of driving under the influence of alcohol is assessed in its previous formats, especially regarding legal result. From the current wording, the analysis is complete, involving topics such as legal interest protected, persons involved in the crime, legal conduct, subjective element, attempt, between some others. Are object of study, in sequence, the main controversial aspects involving the new offense, which are classification of the normative result, classification for completeness and the topic of succession of criminal laws in time. Another research focus is the privilege against self incrimination. It analyzes their historical origins, consecrated in international instruments and legal homeland, topic in which considerations are made about its relationships with other principles and values protected by the Brazilian Federal Constitution. The privilege against self incrimination applies on two moments of the criminal proceedings, in the accused interrogation and on tests that depend on his collaboration to be produced, including here the evidence for the confirmation of drunkenness. The study still weaves considerations about the conduct of a drunkard which causes traffic accident and victimizes people, passing by issues like eventual intention and fault.

Keywords: Driving under the influence of alcohol. Privilege against self incrimination. Eventual intention. Fault.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 HISTÓRICO LEGISLATIVO NACIONAL	8
2.1 Legislação anterior ao vigente Código de Trânsito Brasileiro	8
2.2 Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997)	10
2.3 Diploma alterador: Lei 11.275, de 7 de fevereiro de 2006	15
2.4 Diploma alterador: Lei 11.705, de 19 de junho de 2008	16
3 O NOVO CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE	24
3.1 Aspectos relevantes	26
3.2 Aspectos polêmicos	30
3.2.1 Classificação quanto ao resultado normativo	31
3.2.2 Classificação quanto à completude	42
3.2.3 (Ir)retroatividade	44
4 O DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO	49
4.1 Notas históricas	50
4.2 Consagração na ordem jurídica pátria	52
4.3 Aplicação aos meios de prova da embriaguez	58
5 ACIDENTE COM VÍTIMA OCACIONADO POR CONDUTOR ÉBRIO: APONTAMENTOS SOBRE A ADEQUAÇÃO TÍPICA	61
6 CONCLUSÃO	68
BIBLIOGRAFIA	74

1 INTRODUÇÃO

Os dados relativos aos mortos em acidentes de trânsito no Brasil são alarmantes, para não dizer epidêmicos. São registradas em média 42 mil mortes anuais, o que coloca nosso país em quinto lugar no *ranking* mundial de violência em ruas e estradas. De cada cinco pessoas envolvidas em acidentes e atendidas em prontos-socorros, uma ingeriu algum tipo de bebida alcoólica (dados extraídos de <http://oglobo.globo.com/pais/de-cada-5-vitimas-de-acidentes-no-transito-uma-ingeriu-bebida-alcoolica-7619685>). Para além do óbvio e incomensurável sofrimento de amigos e familiares de cada uma das vítimas, isto gera um gigantesco gasto social, em especial nas áreas de saúde e previdência.

Negligenciando outros setores que clamam por atenção – tais como fiscalização, melhoramento das vias, conscientização de condutores, aperfeiçoamento técnico de agentes de trânsito, desenvolvimento de um eficiente transporte público alternativo – o Estado mais uma vez foi buscar no Direito Penal uma solução para esta verdadeira tragédia nacional.

Em 1997, com a edição do Código de Trânsito Brasileiro, a embriaguez ao volante foi criminalizada – antes deste diploma, lidávamos apenas com infrações administrativas e com a contravenção penal de direção perigosa de veículo automotor em via pública, para além das disposições genéricas do Código Penal.

Não tendo logrado êxito na diminuição dos delitos perpetrados ao volante por ébrios, o CTB foi alterado já em 2006, pela Lei 11.275, e novamente em 2008, pela Lei 11.705. Revelando-se mais uma vez o fracasso na obtenção daquele resultado, nova alteração adveio no final de 2012, com a Lei 12.760.

Analisar a nova configuração do delito de embriaguez ao volante, tal qual determinada por esta última lei, bem assim suas implicações e eventuais problemas de ordem prática, é um dos objetivos centrais deste trabalho acadêmico. Mas não é o único. O tema da condução de veículo automotor sob a influência de álcool é intrincado, envolvendo uma série de polêmicas e discussões, às quais também o presente trabalho se voltará.

Para este estudo, será utilizado primordialmente o método dedutivo e será basicamente feita pesquisa bibliográfica e documental, além de volumosa coleta de jurisprudência nacional.

Quanto ao tema em si, cumpre pontuarmos que não nos debruçaremos sobre a parte administrativa do nosso diploma de trânsito, como também não meditaremos de maneira aprofundada sobre as substâncias psicoativas que determinam dependência e que podem levar à configuração do crime do artigo 306 daquele diploma. Nosso foco será realmente o álcool e seus efeitos na condução de veículos automotores.

Analisaremos, de início, todo o panorama legislativo pátrio relativo ao tema, passando pelos diplomas anteriores ao vigente CTB e, em especial, pelas leis supramencionadas que o modificaram.

No capítulo subsequente, será estudado, de modo aprofundado, o novo crime de condução sob efeito de álcool. O estudo inicial será de aspectos relevantes como objetividade jurídica, sujeitos ativo e passivo, elemento subjetivo do tipo, requisitos da conduta típica, admissibilidade ou não da tentativa, dentre outros. Fixados estes aspectos, poderemos então nos voltar aos principais pontos polêmicos que cercam o tema, quais sejam, classificação quanto ao resultado normativo ou jurídico do novo crime, classificação quanto à completude e sucessão de leis penais no tempo.

Terminada esta análise, nos ocuparemos então do direito de não produzir prova contra si mesmo, também conhecido pela expressão latina *nemo tenetur se detegere*. Notas históricas, consagração na ordem jurídica pátria e aplicação aos meios de prova da embriaguez serão os tópicos de mais detida análise.

Finalizando, teceremos considerações a respeito da adequação típica da conduta do agente ébrio que provoca acidente de trânsito e vitimiza pessoas, ponto em que criticaremos a banalização do dolo eventual a que hoje presenciamos.

2 HISTÓRICO LEGISLATIVO NACIONAL

Uma satisfatória e enriquecedora compreensão do novo crime de embriaguez ao volante, tal qual determinado pela Lei 12.760/12, requer que se analise, ainda que brevemente, todo o panorama legislativo que o antecedeu. Afinal, as leis não brotam espontaneamente no intelecto do legislador, sendo senão produto de uma marcha histórica mais ou menos longínqua e profícua.

2.1 Legislação Anterior ao Vigente Código de Trânsito Brasileiro

Tomando por base a pesquisa feita por Arnaldo Rizzardo (2001, p. 26), podemos afirmar que não é recente a legislação pátria relativa ao trânsito. Já no ano de 1910, o Decreto 8.324 fazia menção ao transporte por automóveis. Em 1922, o Decreto Legislativo 4.460 regulou a construção de estradas e a carga máxima dos veículos. Cinco anos mais tarde, durante o governo de Washington Luiz, o Decreto Legislativo 5.141 ampliou a regulamentação do sistema viário.

Ainda de acordo com aquele autor, a primeira norma na modalidade de estatuto surgiu com o Decreto 18.323, de 1928, que cuidou de assuntos específicos de trânsito, tais como o policiamento nas estradas, a sinalização, a segurança e a circulação internacional de automóveis no Brasil.

O primeiro diploma como código propriamente dito foi o Decreto-lei 2.994, do ano de 1941, substituído neste mesmo ano pelo Decreto-lei 3.651. Ainda em 1941, veio a tona a chamada Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei 3.688), até hoje vigente, cujo artigo 34 prevê pena de prisão simples, de 15 dias a 3 meses, e multa, àquele que “dirigir veículos na via pública, ou embarcações em águas públicas, pondo em perigo a segurança alheia”.

Cumpre, neste ponto, fazermos um parênteses para tratar da discussão quanto à vigência do referido dispositivo.

Partindo da síntese feita por Gustavo Octaviano D. Junqueira e Paulo Henrique A. Fuller (2010, pp. 220-221), podemos afirmar a existência de duas posições contrapostas.

Para a primeira, majoritária, o artigo 34 da Lei das Contravenções Penais ainda permanece em vigor relativamente aos veículos automotores, de modo que qualquer conduta perigosa que não se enquadre no atual Código de Trânsito Brasileiro deve ser classificada como a aludida infração. Argumenta-se que não houve revogação expressa e que o fato de o CTB ter tornado criminosas condutas especialmente perigosas não significa ter retirado a relevância penal das que não foram expressamente descritas. Além disso, a intenção do legislador teria sido nitidamente endurecer a repressão, não sendo possível daí concluir que a *abolitio criminis* teria sido um dos efeitos da nova lei.

Neste sentido, a lição de Damásio E. de Jesus (2008, p. 150):

Cremos que o referido art. 34 foi ‘derrogado’. Algumas condutas ainda se encontram descritas nele, como a direção perigosa de embarcação e todos os comportamentos de direção perigosa de veículo automotor, com exceção da embriaguez ao volante e dos arts. 308 e 311 do CT.

Outro não é o entendimento de Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio (2007, p. 213), que afirmam: “o referido art. 34 foi parcialmente revogado, porque outras formas de direção perigosa não previstas no CTB consistirão na contravenção penal. Houve derrogação do art. 34 da LCP”¹.

De outro lado, há quem defenda que o artigo em tela não permanece em vigor em relação aos veículos automotores. Esta a posição de Gustavo Octaviano D. Junqueira e Paulo Henrique A. Fuller, há pouco citados (2010, p. 221):

Ao legislar sobre trânsito de veículos automotores, o Código de Trânsito Brasileiro regulou toda a matéria, provocando a revogação tácita de toda legislação anterior acerca do assunto, inclusive o art. 34 na parte que se referia a veículos automotores. Se o legislador preferiu descrever detalhadamente as condutas que entende relevantes, em vez de utilizar a fórmula geral das contravenções, é porque quis afastar a relevância penal das demais condutas até então consideradas contravencionais, deixando ao direito administrativo a sanção pertinente.

¹ Adotando este entendimento de que o art. 34 da LCP continua em vigor, o Supremo Tribunal Federal já decidiu não ser possível a desclassificação do tipo do artigo 306 do CTB para o referido artigo 34 sem a observância do procedimento da *mutatio libelli*, previsto no artigo 384 do CPP. HC 86.276/MG, Relator Ministro Eros Grau, julgado em 27/9/2005).

Esta foi a orientação adotada pelo antigo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo no seguinte julgado:

A contravenção penal prevista no artigo 34 da Lei de Contravenções Penais (direção perigosa de veículo na via pública) foi derogada com o advento do Código Brasileiro de Trânsito – Lei 9.503/97 – que passou a considerar tal conduta como crime, desde que subsumida em algum dos tipos descritos nos arts. 306, 308 e 311 da citada norma. Assim, se a conduta do infrator não se enquadra em nenhum daqueles dispositivos do Código Brasileiro de Trânsito, deve ser decretada a extinção da punibilidade do agente em virtude da ocorrência da *abolitio criminis*. (Ap. 1.389.545/0, 16ª Câmara, Relator Marcos Ramos, julgado em 17/12/2003, RT 823/615).

Feito este parênteses, voltemos à análise do acervo legislativo pátrio concernente ao trânsito.

O já anteriormente citado Decreto-lei 3.651 de 1941 teve longo período de vigência, vindo a ser substituído apenas em 1966, pela Lei 5.108. Tal diploma instituiu nosso anterior Código Nacional de Trânsito, que foi regulamentado pelo Decreto 62.127, de 1968.

Foi essa a nossa legislação de trânsito até entrar em cena, em setembro de 1997, a Lei 9.503, que instituiu o atual Código de Trânsito Brasileiro, a ser analisado no tópico subsequente.

Relevante ressaltar, por derradeiro, que o Brasil, através do Decreto legislativo 33/80 e do Decreto presidencial 86.174/81, incorporou ao ordenamento jurídico pátrio a Convenção sobre o Trânsito Viário de Genebra, datada do ano de 1949, assumindo também com isso compromissos internacionais.

2.2 Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503, de 23 de Setembro de 1997)

Arnaldo Rizzardo (2001, p. 634) descreve, de maneira irretocável, as circunstâncias que levaram, na década de 1990, à edição de um novo código de trânsito dotado de um capítulo especificamente destinado ao regramento de crimes. Nos diplomas que o antecederam, supramencionados, existiam apenas medidas ou infrações administrativas. Na seara penal, o máximo que se tinha era a também já mencionada contravenção penal de

direção perigosa de veículo em via pública, para além, é claro, dos crimes comuns previstos no Código Penal.

Aduz aquele autor que a sociedade brasileira de então testemunhava perplexa o trânsito caótico e criminoso existente nas estradas e ruas do país, protagonizado por motoristas irresponsáveis e insensíveis que retiravam a vida de milhares de pessoas, quando não as lesionavam permanentemente – panorama, aliás, não muito distante do atual, como visto no capítulo introdutório deste trabalho. A “insuportável violência cotidiana vivenciada no trânsito”, na expressão de Rizzardo, demandou a intervenção, subsidiária porém necessária, do Direito Penal.

Antes de adentrarmos propriamente na análise do crime de embriaguez ao volante, tal qual formulado na redação original do CTB, crucial que façamos uma delimitação do âmbito de incidência deste diploma.

Seu artigo 1º afirma por ele reger-se “o trânsito de qualquer natureza nas vias terrestres do território nacional, abertas à circulação”, considerando-se trânsito “a utilização das vias por pessoas, veículos e animais, isolados ou em grupos, conduzidos ou não, para fins de circulação, parada, estacionamento e operação de carga ou descarga” (§1º) e via a “superfície por onde transitam veículos, pessoas e animais, compreendendo a pista, a calçada, o acostamento, ilha e canteiro central” (Anexo I).

Quanto às vias, o artigo 2º ainda acrescenta que “são vias terrestres urbanas e rurais as ruas, as avenidas, os logradouros, os caminhos, as passagens, as estradas e as rodovias” (*caput*), além das “praias abertas à circulação pública e as vias internas pertencentes aos condomínios constituídos por unidades autônomas” (parágrafo único).

De se lembrar, aqui, a lição de Victor Eduardo Rios Gonçalves (2012, p. 192) no sentido de que “eventuais crimes [...] praticados por condutores de aviões, helicópteros, ultraleves, lanchas, *jet-skis* ou barcos não estão abrangidos pelo Código de Trânsito, que só trata de fato ocorrido em vias terrestres” configurando, assim, crime do Código Penal.

A noção de veículo automotor também é de grande relevância, na medida em que a maioria dos tipos previstos no CTB requer que o sujeito ativo se encontre conduzindo um destes veículos. O Anexo I do diploma enfocado considera veículo automotor “todo veículo a motor de propulsão que circule por seus próprios meios, e que serve normalmente para o transporte viário de pessoas e coisas, ou para a tração viária de veículos utilizados para

o transporte de pessoas e coisas. O termo compreende os veículos conectados a uma linha elétrica e que não circulam sobre trilhos (ônibus elétrico)”.

O termo abraça, por conseguinte, os ônibus, micro-ônibus, vans, motocicletas, motonetas, quadriciclos, caminhões, automóveis, além de tratores, caminhonetes e utilitários. Estão excluídos do conceito as bicicletas e patinetes, porque de propulsão humana, e as carroças e charretes, que são veículos de propulsão animal.

Crime automobilístico, na conceituação dada por José Frederico Marques (1961, p. 250), “é toda infração penal oriunda de veículo motorizado, na sua função comum de meio de locomoção e transporte, quer de carga como de pessoas”.

Pois bem. Vistos estes aspectos, podemos agora partir para a análise do crime de direção sob a influência de álcool, em sua primitiva concepção, datada do ano de 1997. Dispunha o CTB:

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 6 (seis) meses a 3 (três) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Questões como objetividade jurídica, sujeitos ativo e passivo, elementos da figura típica, entre outras, terão análise detalhada quando tratarmos, no terceiro capítulo, do artigo 306 em sua atual versão.

Também se reservará àquele capítulo toda a teorização a respeito da classificação dos crimes quanto ao resultado normativo ou jurídico – crimes de lesão ao bem jurídico, de perigo concreto e de perigo abstrato. Neste momento, o que importa é classificarmos, com base neste critério, o delito de embriaguez ao volante em sua primeira concepção.

Em razão da expressão “expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”, constante do tipo penal, prevalecia o entendimento no sentido do perigo concreto, perigo este verificável em alguma forma de condução anormal do veículo. Corroboram este entendimento os seguintes julgados da época, dentre muitos outros que poderiam ser trazidos à colação:

Apelação-Crime. Crime de trânsito. Embriaguez ao volante. Perigo concreto indemonstrado. Absolvição. Para a caracterização do delito não basta a comprovação tão só da embriaguez ao volante, exige-se, também, a verificação de alguma forma de condução anormal do automotor, porque se trata de infração de perigo concreto. Caso em que, embora envolvido em acidente de trânsito, não existindo nos autos nenhum elemento que evidencie a culpa do apelante ou qualquer forma de condução irregular de sua parte, a manutenção da absolvição é o corolário legal. À unanimidade, negaram provimento ao apelo (TJRS, Ap. 70003880457, 8ª Câmara Criminal, Relator Desembargador Roque Miguel Fank, julgado em 19/6/2002).

O delito de embriaguez ao volante previsto no art. 306 da Lei 9.503/97, por ser de perigo concreto, necessita, para a sua configuração, da demonstração da potencialidade lesiva. *In casu*, em momento algum restou claro em que consistiu o perigo, razão pela qual impõe-se a absolvição do réu-recorrente (STJ, REsp 60.8078, 5ª Turma, Relator Ministro Felix Fischer, DJU 16/08/2004, p. 278).

Condução anormal do veículo. Para caracterizar-se o delito em questão, não basta a referência tão só à embriaguez ao volante, exigindo-se que se impute ao réu alguma forma de condução anormal do automotor (TJRS, RSE 70005840251, 7ª Câmara Criminal, Relator Desembargador Luís Carlos Ávila de Carvalho Leite, julgado em 13/03/2003)

Crimes de trânsito. Excesso de velocidade. Embriaguez ao volante. Delito de perigo concreto. Provas. Sem a prova do excesso de velocidade e de perigo concreto de dano à incolumidade pública, não há de falar nem no tipo descrito no art. 306 nem no do art. 311 do CTB, o que impossibilita sustentar uma condenação (TAMG, Ap. 352.417-4, 2ª Câmara Criminal, Relator Juiz Erony da Silva, julgado em 30/04/2000).

Apelação criminal. Crime de trânsito (art. 306, do CTB). Recurso visando à absolvição, uma vez que a prova colhida nos autos cinge-se ao depoimento dos policiais militares que promoveram o exame pericial do bafômetro. Absolvição impossível. Condenação mantida. Motorista que conduzia veículo embriagado. Perda do controle do automotor e colisão com uma moto. Infração do art. 306 da Lei de Trânsito Brasileira. Autoria e materialidade comprovadas. Exposição da incolumidade alheia a dano potencial demonstrada. Recurso improvido (TJPE, Ap. 117.088-7, 2ª Câmara Criminal, Relatora Desembargadora Heloisa Reis, julgado em 16/03/2005).

Para caracterização do delito do art. 306 da Lei 9.503/97 – conduzir veículo na via pública em estado etílico – não basta o estado de embriaguez do condutor, mas é imprescindível que seja demonstrado por verificado o perigo de dano ao bem jurídico tutelado, na modalidade de incolumidade pública, através de manobras perigosas (TACRIM-PR, Ap. 152.555-5, 3ª Câmara, Relator Hiroshê Zeni, julgado em 25/04/2000).

A doutrina majoritária pactuava deste entendimento. Consoante Renato Marcão (2009, p. 159), “antes das mudanças introduzidas com a Lei 11.705, de 19 de junho de 2008, para a configuração do crime previsto no art. 306 exigia-se prova da ocorrência de perigo concreto”. Em Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio (2007, p. 215) temos: “caso o motorista tenha ingerido substância alcoólica ou análoga, mas dirija normalmente, sem afetar a segurança alheia, não haverá crime, podendo permanecer a infração administrativa”. Victor Eduardo R. Gonçalves (2012, p. 204), de modo semelhante, afirma:

Antes do advento da Lei 11.705/2008, o tipo penal do crime de embriaguez ao volante expressamente exigia que o agente dirigisse o veículo de forma a expor a dano potencial a incolumidade de outrem. Assim, se o sujeito estivesse dirigindo corretamente ao ser parado por policiais, não incorreria no crime. A tipificação pressupunha uma direção anormal em razão da influência do álcool: em zigue-zague ou na contramão, dando “cavalo de pau”, empinando motocicleta, etc.

Como dissemos, esta era a posição prevalecente à época. Mas existiam posições díspares. Havia, por exemplo, quem defendesse a necessidade de exposição a perigo concreto de pessoa determinada. Tal era a posição de Luiz Flávio Gomes (2013, p. 112), conforme se vê na seguinte afirmação:

Tratava-se, claramente (naquela ocasião), de um tipo penal de perigo concreto determinado (direto), visto que exigia a comprovação de “dano potencial à incolumidade de outrem” (de outra pessoa). Não se fazia referência à incolumidade pública, mas, sim, à incolumidade “de outrem” (de outra pessoa). Era obrigação da acusação indicar (na denúncia) quem era esse “outrem” e, mais do que isso, comprovar judicialmente a sua exposição a concreto perigo. Em 1997, em suma, a embriaguez ao volante estava contemplada num tipo penal de perigo concreto direto (ou determinado), que exigia vítima concreta (da situação de perigo gerada pela conduta).

Em sentido completamente oposto, outros defendiam que o crime em tela era de perigo abstrato, de modo que, para a realização do injusto, era suficiente a condução sob efeito de álcool ou substância análoga, em qualquer circunstância. Para estes doutrinadores, era portanto desnecessária a comprovação de uma condução anormal por parte do agente ébrio. Este posicionamento chegou a ser adotada em alguns julgados, como os seguintes:

Para caracterizar o delito do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, basta que o motorista dirija veículo sob efeito de álcool ou substâncias entorpecentes afins, porque a lei protege a incolumidade pública, e não a pessoa, de perigo em potencial, bastando, para tanto, a probabilidade de dano que os efeitos dessas circunstâncias causam nos motoristas (TJSC, Ap. 2005007733-6, 1ª Câmara Criminal, Relator Desembargador Solon d'Eça Neves, DJSC 3/10/2005).

Esse tipo penal [art. 306 da Lei 9.503/97] não exige a ocorrência de perigo concreto, perfazendo-se com o simples ato de o agente dirigir veículo na via pública em estado de embriaguez e em intensidade tal que, por si só, exponha a dano potencial a saúde de outrem (TACRIM-SP, RT 765/604).

Ainda, outros juristas, dentre os quais podemos citar Damásio E. de Jesus (2008, pp. 169-172), defendiam que a figura criminosa em tela não era de perigo, seja concreto ou abstrato, mas sim de lesão ao bem jurídico “determinado nível de segurança no trânsito”. Argumentava aquele doutrinador (2008, p. 170):

Dirigindo embriagado e de forma anormal (desvalor da ação), 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 (desvalor do resultado). 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 preciso que um dos membros do corpo social seja exposto a situação de real perigo.

Por fim, outra posição minoritária existente à época partia do seguinte raciocínio: uma vez que a infração administrativa descrita no artigo 165 do CTB tolerava a presença de até 6 decigramas de álcool por litro de sangue², não haveria o delito do artigo 306 do mesmo código se a concentração alcoólica no organismo do condutor não ultrapassasse aquele limite (CAMPOS PIRES; SALES, 1998, p. 220).

2.3 Diploma Alterador: Lei 11.275, de 7 de Fevereiro de 2006

² Artigo 165 do CTB em sua redação original: “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”.

No início do ano de 2006, o CTB foi alterado por força da Lei 11.275. Entre outras modificações, referida lei tornou a circunstância de estar o agente “sob a influência de álcool ou substância tóxica ou entorpecente de efeitos análogos” uma causa de aumento de pena, de um terço até a metade, do crime de homicídio culposo praticado na direção de veículo automotor, previsto no artigo 302 do código ora em comento.

Tal causa de aumento de pena, no entanto, teve breve tempo de duração, uma vez que, já no ano de 2008, foi expressamente revogada pela Lei 11.705.

Esta última lei – que será mais detidamente analisada no tópico seguinte – teve propalada finalidade de endurecer a resposta penal aos ébrios do volante. À primeira vista, a revogação da causa de aumento de pena do homicídio culposo parece então destoar desta orientação. Mas, consoante melhor doutrina, “a única explicação possível compatível com a promessa de maior rigor que acompanhou a promulgação da lei seria a tentativa de afastar a absorção do crime de perigo de embriaguez ao volante pelo homicídio, forçando o concurso de crimes” (JUNQUEIRA; FULLER, 2010, p. 209), temática esta que será abordada no capítulo 5 deste trabalho.

2.4 Diploma Alterador: Lei 11.705, de 19 de Junho de 2008

Vulgarmente conhecida como “lei seca”, a Lei 11.705 promoveu uma série de alterações no Código de Trânsito pátrio, dentre as quais destacamos a nova redação conferida ao artigo 306, nestes termos:

Artigo 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:
Penas – detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.
Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.

Este novo conteúdo típico promoveu verdadeira revolução no tratamento jurídico conferido às situações de embriaguez ao volante.

De início, é de se pontuar que a simples menção ao nível alcoólico do condutor, sem qualquer referência a perigo ou dano potencial, levou doutrina e jurisprudência, de forma majoritária, a entenderem que o crime em análise teria se tornado de perigo abstrato ou presumido. Por conseguinte, para a sua consumação não mais se exigiria a prática efetiva de qualquer conduta ou manobra que expusesse a perigo concreto de dano a incolumidade de outrem. Esta a lição de Renato Marcão (2009, p. 159) quando afirma:

A Lei n.11.705, de 19 de junho de 2008, deu nova redação ao *caput* do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro e deixou de exigir a ocorrência de *perigo concreto*. O legislador passou a entender que conduzir veículo na via pública nas condições do art. 306, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro, é conduta que, por si, independentemente de qualquer outro acontecimento, gera perigo suficiente ao bem jurídico tutelado, de molde a justificar a imposição de pena criminal.

Não se exige mais um conduzir anormal, manobras perigosas que exponham a dano efetivo a incolumidade de outrem.

O crime, agora, é de perigo abstrato; presumido.

Outra não é a lição de Victor Eduardo Rios Gonçalves (2012, p. 204), quando leciona:

O atual tipo penal [tal qual determinado pela Lei 11.705] retirou essa exigência [de direção anormal em razão da influência do álcool], de modo que basta comprovar que o réu estava com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a seis decigramas que o delito já estará configurado, ainda que o acusado tenha sido parado em fiscalização de rotina, quando conduzia o veículo normalmente. É que o legislador entendeu que o simples fato de estar com referida concentração de álcool no sangue, por si só, expõe a perigo a segurança no trânsito.

Podemos ainda citar, na mesma linha argumentativa, José Carlos G. Pagliuca (2009, p. 104):

Houve, na parte criminal do CTB, a consideração objetiva ou quantitativa da presença de substância no organismo, considerando embriagado o sujeito que possua seis decigramas ou mais de álcool por litro de sangue em seu organismo, independentemente de sua consideração de aptidão para a condução. [...] Com a redação do artigo [conferida pela Lei 11.705], o crime é de perigo abstrato, não se exigindo qualquer dano potencial a outrem, porque a probabilidade de resultado danoso já está implícita na conduta perigosa da condução embriagada. Logo, a direção poderá ser normal, mas a caracterização da embriaguez estará formalizada, não se exigindo zigue-zagues, subida em calçadas, invasão da pista contrária etc. Assim, penalmente, a incapacidade para dirigir embriagado é absoluta.

Da jurisprudência dos nossos tribunais, poderíamos colacionar centenas de julgados ilustrativos da adoção desta tese do perigo abstrato. Selecionamos os seguintes:

O crime definido no art. 306 da Lei 9.503/97 é classificado como de perigo abstrato ou presumido, o qual resulta da própria ação ou omissão, ou seja, é presumido por força de lei, daí a desnecessidade de mencionar-se eventual manobra irregular na condução do veículo de modo a causar perigo concreto a alguém (TJRJ, HC 0028680-44.2010.8.19.0000, 1ª Câmara Criminal, Relator Desembargador Ricardo Bustamante, julgado em 21/07/2010).

Com a alteração oriunda da Lei n. 11.705/2008, que deu nova redação ao artigo 306, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/1997), não mais se exige que a conduta do agente exponha a dano potencial a incolumidade pública, uma vez que retirou como núcleo do tipo o verbo “expor”, exigindo apenas que o infrator conduza veículo automotor, na via pública, com concentração de álcool acima dos limites estipulados pela lei (TJRO, Ap. 0004491-67.2010.8.22.0501, Relatora Desembargadora Marialva Bueno, julgado em 5/10/2011).

Código de Trânsito Brasileiro. Art. 306 da Lei n. 9.503/97. Motorista que dirigia veículo embriagado. Prova segura. Dosagem alcoólica por exame de sangue. Desnecessidade de demonstração do perigo concreto para a caracterização do crime (TJSP, Ap. 0004702-58.2009.8.26.0168, 16ª Câmara Criminal, Relator Desembargador Newton Neves, julgado em 11/09/2012).

Apelação criminal. Artigo 306 do Código de Trânsito. Pedidos de absolvição. Alegação de falta de prova do risco de dano. Basta a condução do veículo automotor nas condições trazidas pelo art. 306 para a caracterização do delito. Desnecessária a exposição a dano potencial. Condenação mantida (TJAL, Ap. 2011.008422-0, Relator Desembargador Otávio Praxedes, julgado em 2/05/2012).

Como característica prejudicial ao réu, a nova redação passou a exigir, como comprovação do crime de embriaguez ao volante, não mais que o agente exponha a dano potencial a incolumidade de outrem, bastando, para tanto, que conduza veículo automotor, na via pública, com concentração alcoólica por litro de sangue igual ou superior a 0,6 (seis decigramas). [...] Dessa forma, não mais desponta como requisito essencial a direção ou exposição de outros ao risco causado pela direção de condutor fisicamente ou psicologicamente alterado pelo uso de substâncias alcoólicas ou entorpecentes, perfectibilizando-se o delito somente com a mera conduta de dirigir embriagado, com concentração aferida por meio do aparelho de dosagem alcoólica (TJSC, Ap. 2009.026222-9, 2ª Câmara Criminal, Relatora Desembargadora Salete Silva Sommariva, DJ 30/11/2009).

O delito de embriaguez ao conduzir veículo automotor em via pública, capitulado no art. 306, *caput*, do Código de Trânsito Nacional, com a redação dada pela Lei n.

11.705/08, é de perigo abstrato. Suficiente, para a sua caracterização, que o motorista seja flagrado na direção de veículo automotor após a ingestão de bebida alcoólica em quantidade superior ao limite permitido por lei. Os crimes de perigo abstrato têm precisamente esse escopo, afastando-se da concepção dualista da norma penal de maneira a exigir apenas o desvalor da conduta do agente, sem levar em conta necessariamente o desvalor do resultado (TJDFT, Ap. 20090310321037, 2ª Turma Criminal, Relator Desembargador Alfeu Machado, DJ 23/2/2011).

Habeas corpus. Embriaguez ao volante. Art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Pedido de extinção da ação penal por ausência de prova da materialidade do delito. Realização de exame de ar alveolar pulmonar. Prescindibilidade de exame pericial específico. Ordem denegada [...] A Lei n.11.705/08 deu nova redação ao *caput* do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro e deixou de exigir a ocorrência de perigo concreto. O legislador ordinário passou a entender que conduzir veículo na via pública nas condições do art. 306, *caput*, é uma conduta que, por si, independentemente de outro acontecimento, gera suficiente perigo ao bem jurídico tutelado, de molde a justificar a imposição de pena criminal (STJ, HC 177.942/RS, 6ª Turma, Relator Ministro Celso Limongi).

O crime do art. 306 do CTB é de perigo abstrato, e para sua comprovação basta a constatação de que a concentração de álcool no sangue do agente que conduzia o veículo em via pública era maior do que a admitida pelo tipo, não sendo necessária a demonstração da efetiva potencialidade lesiva de sua conduta (STJ, HC 140.074/DF, 5ª Turma, Relator Ministro Felix Fisher, DJE 19/12/2009).

A turma reiterou que o crime do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro é de perigo abstrato, pois o tipo penal em questão apenas descreve a conduta de dirigir veículo sob a influência de álcool acima do limite permitido legalmente, sendo desnecessária a demonstração da efetiva potencialidade lesiva do condutor. Assim, a denúncia traz indícios concretos de que o paciente foi flagrado conduzindo veículo automotor e apresentando concentração de álcool no sangue superior ao limite legal, fato que sequer é impugnado pelo impetrante, não restando caracterizada a ausência de justa causa para a persecução penal do crime de embriaguez ao volante. Logo, a Turma denegou a ordem (STJ, HC 175.385/MG, Relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em 17/03/2011).

Confirmando este entendimento predominante nas Cortes Estaduais e no Superior Tribunal de Justiça, destacaram-se no Supremo Tribunal Federal dois importantíssimos julgamentos, sendo de rigor a transcrição de suas ementas:

HABEAS CORPUS. PENAL. DELITO DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO REFERIDO TIPO PENAL POR TRATAR-SE DE CRIME DE PERIGO ABSTRATO. IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

I - A objetividade jurídica do delito tipificado na mencionada norma transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da proteção de todo corpo social, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança nas vias públicas.

II - Mostra-se irrelevante, nesse contexto, indagar se o comportamento do agente atingiu, ou não, concretamente, o bem jurídico tutelado pela norma, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para o qual não importa o resultado. Precedente.

III – 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.

IV – 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.

V – Ordem denegada.

(STF, HC 109269/MG, 2ª Turma, decisão unânime, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 27/09/2011).

Recurso ordinário em habeas corpus. Embriaguez ao volante (art. 306 da Lei nº 9.503/97). Alegada inconstitucionalidade do tipo por se referir a crime de perigo abstrato. Não ocorrência. Perigo concreto. Desnecessidade. Ausência de constrangimento ilegal. Recurso não provido.

1. A jurisprudência é pacífica no sentido de reconhecer a aplicabilidade do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro – delito de embriaguez ao volante –, não prosperando a alegação de que o mencionado dispositivo, por se referir a crime de perigo abstrato, não é aceito pelo ordenamento jurídico brasileiro.

2. Esta Suprema Corte entende que, com o advento da Lei nº 11.705/08, inseriu-se a quantidade mínima exigível de álcool no sangue para se configurar o crime de embriaguez ao volante e se excluiu a necessidade de exposição de dano potencial, sendo certo que a comprovação da mencionada quantidade de álcool no sangue pode ser feita pela utilização do teste do bafômetro ou pelo exame de sangue, o que ocorreu na hipótese dos autos.

3. Recurso não provido.

(STF, RHC 110258/DF, 1ª Turma, decisão unânime, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 8/05/2012).

Não obstante prevalecesse, à época, a orientação no sentido de ser crime de perigo abstrato o previsto no artigo 306 do CTB, na redação dada pela Lei 11.705, houve quem permaneceu entendendo tratar-se de infração de perigo concreto. Nesse sentido:

Com a Lei 11.705/08, não basta o agente estar alcoolizado, sendo necessária a comprovação de que o agente, estando sob a influência da bebida, pratique uma direção anormal do veículo, colocando em risco concreto o bem jurídico coletivo, a segurança viária, ainda que nenhuma pessoa tenha sofrido o perigo (TJES, Ap. 11100122602, 1ª Câmara Criminal, Relator Desembargador Sérgio Bizzotto Pessoa Mendonça, DJ 21/06/2012).

Criminal. HC. Embriaguez ao volante. Art. 306 do CTB. Delito de perigo concreto de dano. Realização de exame bafômetro. Prescindibilidade de exame pericial específico. Ordem denegada. O crime de embriaguez ao volante é delito de perigo concreto indeterminado, e não de perigo abstrato. Não basta o ato de dirigir embriagado, devendo haver a comprovação de que a conduta revelou-se perigosa para terceiros, mesmo que indeterminadamente considerados. Ausente o dano potencial à coletividade, o fato será atípico penalmente, subsistindo, apenas, a responsabilidade administrativa, para a qual basta o perigo abstrato. Para a configuração do delito, faz-se necessária a comprovação da existência de potencialidade lesiva concreta. (STJ, HC 158.311/RS, 5ª Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 18/10/2010).

Crime de embriaguez ao volante. Crime de perigo concreto indeterminado previsto no art. 306 da Lei n. 9.503/97. Denúncia inepta que não descreve o comportamento anormal do condutor do veículo. A configuração do delito exige o risco concreto para a segurança viária (TJRJ, HC 0026350-74.2010.8.19.0000, 4ª Câmara Criminal, Relatora Desembargadora Maria Kayat, julgado em 3/8/2010).

O entendimento pelo perigo abstrato, em verdade, também não era imune a críticas doutrinárias. Longe disso. Em primeiro lugar, havia forte oposição daqueles que se colocavam contra a existência de uma categoria de crimes de perigo abstrato, por alegada ofensa aos princípios da lesividade, fragmentariedade, insignificância e culpabilidade.

Uma outra crítica pautava-se no seguinte raciocínio: a partir do momento em que a Lei 11.705 tornou relevante apenas o nível alcoólico no sangue, desprezando a efetiva influência do álcool na condução, tornou irrelevante penal a conduta do sujeito que estivesse sob forte influência alcoólica, com grave prejuízo à sua capacidade psicomotora, mas que contasse com 5,9 decigramas de álcool por litro de sangue. Por outro lado, tornou criminosa a conduta daquele que conduz normalmente seu veículo, sem qualquer influência alcoólica nesta condução, mas com quantidade de álcool no sangue igual ou superior a 6 decigramas por litro (JUNQUEIRA; FULLER, 2010, p. 223).

Pois bem. Analisada detidamente esta questão, partamos agora para outra de igual ou mesmo superior importância.

A Lei 11.705, como visto, fixou a quantidade mínima de álcool no sangue (seis decigramas por litro) para configurar o delito, o que se tornou parte fundamental da descrição típica, uma elementar objetiva. Por consequência, aludida lei acabou por determinar também o meio de prova aceitável, uma vez que apenas o exame de sangue e o etilômetro podem atestar a exata concentração alcoólica no organismo humano – os exames clínicos e as provas testemunhais, desprovidos desta precisão, restaram afastados. E, como os indivíduos podem

licitamente recusar submissão ao exame de sangue e ao etilômetro, em razão do direito de não produzir prova contra si mesmo, a adequação típica e a própria persecução penal restaram impossibilitadas em muitos casos.

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça consolidou este entendimento restritivo dos meios de prova da embriaguez no julgamento do REsp 1.111.566/DF. Este julgamento, datado de 28 de março de 2012, se tornou paradigmático, razão pela qual colacionamos integralmente sua ementa:

PROCESSUAL PENAL. PROVAS. AVERIGUAÇÃO DO ÍNDICE DE ALCOOLEMIA EM CONDUTORES DE VEÍCULOS. VEDAÇÃO À AUTOINCRIMINAÇÃO. DETERMINAÇÃO DE ELEMENTO OBJETIVO DO TIPO PENAL. EXAME PERICIAL. PROVA QUE SÓ PODE SER REALIZADA POR MEIOS TÉCNICOS ADEQUADOS. DECRETO REGULAMENTADOR QUE PREVÊ EXPRESSAMENTE A METODOLOGIA DE APURAÇÃO DO ÍNDICE DE CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL NO SANGUE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

1. O entendimento adotado pelo Excelso Pretório, e encampado pela doutrina, reconhece que o indivíduo não pode ser compelido a colaborar com os referidos testes do 'bafômetro' ou do exame de sangue, em respeito ao princípio segundo o qual ninguém é obrigado a se autoincriminar (*nemo tenetur se detegere*). Em todas essas situações prevaleceu, para o STF, o direito fundamental sobre a necessidade da persecução estatal.

2. Em nome de adequar-se a lei a outros fins ou propósitos não se pode cometer o equívoco de ferir os direitos fundamentais do cidadão, transformando-o em réu, em processo crime, impondo-lhe, desde logo, um constrangimento ilegal, em decorrência de uma inaceitável exigência não prevista em lei.

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.

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 deficiente.

8. Os tribunais devem exercer o controle da legalidade e da constitucionalidade das leis, deixando ao legislativo a tarefa de legislar e de adequar as normas jurídicas às exigências da sociedade. Interpretações elásticas do preceito legal incriminador, efetivadas pelos juízes, ampliando-lhes o alcance, indubitavelmente, violam o princípio da reserva legal, inscrito no art. 5º, inciso II, da Constituição de 1988:

"ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

9. Recurso especial a que se nega provimento.

Conclui-se, do exposto, que com a redação dada ao artigo 306 do CTB pela Lei 11.705, tornou-se imprescindível, para a tipificação da embriaguez ao volante, a aferição da concentração de álcool no organismo. Ausente a submissão a exame de sangue ou a etilômetro, inviável a responsabilização criminal.

Interessante apontar, finalizando este tópico, que muitos dizem que o legislador de 2008 foi extremamente inábil, infeliz, equivocando-se na formulação do tipo do artigo 306. Esta não é a posição de Guilherme de Souza Nucci³, que sugere outra motivação para a alteração legislativa em comento:

A impressão que passa é apertar o certo no campo administrativo e garantir impunidade total no cenário penal. Explicamos: se o motorista ingeriu álcool, não deve soprar o bafômetro para não produzir prova contra si mesmo. Com isso, perde a carteira. Mas, pelo menos, não será criminalmente punido. O Estado consegue o que almeja: desafoga a delegacia e o fórum, pois não há processo criminal, mas atinge o cidadão do mesmo modo, retirando-lhe a habilitação por um ano e fazendo-o pagar polpuda multa.

Tenha o legislador de 2008 agido por motivos escusos, tenha ele ingenuamente se equivocado, o fato é que a Lei 11.705, pelo que dissemos, acabou criando largo campo de impunidade. Esta impunidade, associada ao crescente aumento do número de acidentes no trânsito, acabou fomentando uma comoção e uma crítica social, especialmente incitada pelos canais midiáticos. Todo este cenário leva então à aprovação da Lei 12.760, a qual nos voltaremos no capítulo subsequente.

³ A *Presunção de Inocência e a "Lei Seca"*. Disponível em: www.mp.ac.gov.br/?dl_id=1263. Acesso em: 15 mar 2013.

3 O NOVO CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE

Fruto do Projeto de Lei 5.607, de autoria do deputado Hugo Leal, a Lei 12.760 foi publicada no Diário Oficial da União de 21 de dezembro de 2012. Já alcunhada de “nova lei seca” por alguns, referida lei promoveu várias mudanças em nosso CTB. Neste trabalho, o foco será dado exclusivamente ao novo crime de embriaguez ao volante, cuja formatação passou a ser a seguinte:

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

Penas – detenção, de seis meses a 3 três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

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

I – concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou 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.

Pouco tempo após a publicação da Lei 12.760, veio à tona a Resolução 432 do Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN), 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. Desta resolução, são importantes para análise os seguintes dispositivos:

Artigo 3º. A confirmação da alteração da capacidade psicomotora em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência dar-se-á por meio de, pelo menos, um dos seguintes procedimentos a serem realizados no condutor de veículo automotor:

I – exame de sangue;

II – 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;

III – teste em aparelho destinado à medição do teor alcoólico no ar alveolar (etilômetro);

IV – verificação dos sinais que indiquem a alteração da capacidade psicomotora do condutor.

§1º Além do disposto nos incisos deste artigo, também poderão ser utilizados prova testemunhal, imagem, vídeo ou qualquer outro meio de prova em direito admitido.

§2º Nos procedimentos de fiscalização deve-se priorizar a utilização do teste com etilômetro.

§3º Se o condutor apresentar sinais de alteração da capacidade psicomotora na forma do art. 5º ou haja comprovação dessa situação por meio do teste de etilômetro e houver encaminhamento do condutor para a realização do exame de sangue ou exame clínico, não será necessário aguardar o resultado desses exames para fins de autuação administrativa.

Artigo 5º. Os sinais de alteração da capacidade psicomotora poderão ser verificados por:

I – exame clínico com laudo conclusivo e firmado por médico perito; ou

II – constatação, pelo agente da Autoridade de Trânsito, dos sinais de alteração da capacidade psicomotora nos termos do Anexo II.

§1º Para confirmação da alteração da capacidade psicomotora pelo agente da Autoridade de Trânsito, deverá ser considerado não somente um sinal, mas um conjunto de sinais que comprovem a situação do condutor.

§2º Os sinais de alteração da capacidade psicomotora de que trata o inciso II deverão ser descritos no auto de infração ou em termo específico que contenha as informações mínimas indicadas no Anexo II, o qual deverá acompanhar o auto de infração.

Artigo 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 obtido 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 probatórios.

O Anexo II da resolução em comento trata das informações mínimas, que deverão constar em termo específico, para constatação dos sinais de alteração da capacidade psicomotora pelo agente da Autoridade de Trânsito. Destaquemos o seguinte tópico:

VI. Sinais observados pelo agente fiscalizador:

a. Quanto à aparência, se o condutor apresenta:

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

Compilada a legislação hoje vigente no que respeita ao delito de condução de veículo automotor sob a influência de álcool, podemos agora partir para seu devido estudo.

3.1 Aspectos Relevantes

No que respeita à objetividade jurídica do crime de embriaguez ao volante, doutrina e jurisprudência absolutamente majoritárias apontam a segurança viária, faceta da incolumidade pública. Neste sentido, a lição de Marcelo Cunha de Araújo e Lélío Braga Calhau (2011, p. 9):

Em nosso entendimento, o bem jurídico protegido no CTB é a segurança viária, a necessidade de se regular corretamente as relações entre os diversos atores sociais (ex.: condutores, pedestres etc.) para que as pessoas possam transitar livremente sem o risco de se envolverem em acidentes, os quais, pela dinâmica dos fatos (alta velocidade, peso dos veículos etc.) podem ser fatais.

A fundamentação jurídica desta posição encontra-se precipuamente em três dispositivos, quais sejam, (i) artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, que assegura o direito à

segurança, (ii) artigo 1º, §2º do CTB, que estabelece ser “o trânsito, em condições seguras” um direito de todos, e (iii) o artigo 28 do mesmo diploma, segundo o qual o motorista deve conduzir seu veículo “com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito”.

Minoritariamente, Luiz Flávio Gomes e Leonardo Schmitt de Bem (2013, p. 18) defendem que os bens jurídicos a serem resguardados são “a vida, a integridade física e/ou o patrimônio de um grande número de pessoas, isto é, daqueles que participam do tráfego urbano”. Bens jurídicos individuais, portanto⁴.

Victor Eduardo Rios Gonçalves (2012, p. 201) e Damásio E. de Jesus (2008, pp. 13-14) são adeptos da posição prevalecente acima exposta, mas admitem que os bens jurídicos individuais apontados por aqueles dois outros autores possam figurar como objetividade jurídica secundária do crime de embriaguez ao volante. Nas palavras de Damásio:

Nos delitos de trânsito, a objetividade jurídica principal pertence à coletividade (segurança do 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. [...] protegendo-se o interesse coletivo, automaticamente está sendo conferida tutela aos bens particulares.

Partindo para a análise dos sujeitos do crime do artigo 306 do CTB, podemos dizer que pode nele incorrer qualquer pessoa, legalmente habilitada ou não. Cuida-se, portanto, de crime comum, que não exige qualidade ou condição especial do agente. Quanto ao sujeito passivo, o entendimento amplamente prevalecente aponta a coletividade (crime vago). Em havendo vítima determinada no evento criminoso, ela assumirá o papel de sujeito passivo secundário.

Já no que concerne ao elemento subjetivo do tipo, inexistente forma culposa. Requer-se o dolo genérico, não havendo previsão de qualquer finalidade específica animando o sujeito ativo em sua conduta. Não obstante melhor tratarmos das questões do dolo e da culpa no capítulo 5 deste trabalho, trazemos desde já, por sua completude, a lição de Luis Jiménez de Asúa (1997, p. 365). Para o autor, existe dolo quando:

⁴ Miguel Ángel Moreno Alcázar, igualmente criticando a adoção do conceito de segurança viária como bem jurídico tutelado pela maior parte dos crimes de trânsito, afirma que “a segurança do tráfego é um conceito carente de um conteúdo próprio que vá mais além de uma pura referência formal à normativa administrativa que regula o âmbito de circulação rodoviária” (2003, p. 51).

se produce un resultado típicamente antijurídico, con consciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica.

Quanto à conduta típica, decompondo-a, temos inicialmente o verbo nuclear “conduzir”, que significa dirigir, ter sob controle direto os aparelhamentos de velocidade e direção de um veículo automotor (RIOS GONÇALVES, 2012, p. 202). É irrelevante que seja curto ou longo o percurso do veículo (DAMÁSIO DE JESUS, 2008, p. 153).

Referida condução deve se dar “com capacidade psicomotora alterada”, o que, na lição de Rosario Vicente Martínez, significa a afetação das faculdades psicofísicas de percepção, autocontrole e reação (2006, p. 185).

Com maior detalhamento, podemos dizer que a função psicomotora se refere à integração das funções motoras e psíquicas, sendo centros psicomotores as partes do nosso cérebro que presidem as relações com os movimentos dos músculos⁵.

Ainda, a área psicomotora compreende: a coordenação motora (utilização eficiente das partes do corpo), a tonicidade (adequação de tensão para cada gesto ou atitude), a organização espacial e percepção visual (acuidade, atenção, percepção de imagens, figura-fundo e coordenação viso-motora), a organização temporal e percepção auditiva (atenção, discriminação, memória de sons e coordenação auditiva-motora), a atenção (capacidade de apreender o estímulo), concentração (capacidade de se ater a apenas um estímulo por período de tempo), memória (capacidade de reter os estímulos e suas características), desenvolvimento do esquema corporal (referência de si mesma) e a linguagem⁶.

Aplicando esta teoria à prática da condução de veículos, a alteração da capacidade psicomotora, de acordo com lição de Shinar, rememorada por Azor Lopes da Silva Júnior⁷, tem o seguinte significado:

No controle da trajetória eficaz de um veículo, são necessários coordenação bimanual visomotora (manipulação de volante, pedais e espelhos), velocidade de antecipação (capacidade de previsão de acontecimentos), bom nível de atenção, resistência à monotonia e agilidade na resposta ante estímulos complexos, todas

⁵ Conceito extraído do dicionário virtual Aulete, disponível em <http://aulete.uol.com.br/psicomotor>. Acesso em 17 abril 2013.

⁶ Conceito extraído de <http://www.bhonline.com.br/marta/psicomot.htm>. Acesso em 17 de abril de 2013.

⁷ Primeiras impressões da “nova lei seca”. *Revista Jurídica Consulex*, ano XVII, n. 384, 1º fev. 2013.

afetáveis pela ingestão do álcool. Perda de autocrítica, depressão generalizada, baixo nível sensorial, alterações na percepção (efeito Kappa), queda dos níveis de atenção e de resistência à monotonia, aumento do tempo de reação, redução do nível motor e coordenação geral e diminuição da capacidade de coordenação bimanual são algumas alterações da capacidade psicomotora.

Prosseguindo na análise da conduta típica, a alteração da capacidade psicomotora deve se dar “em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência”. Em outros termos, exige-se que o indivíduo tenha ingerido qualquer destas substâncias e por isso se encontre com sua capacidade de conduzir veículos reduzida ou prejudicada. Há, aqui, um necessário nexos, uma vez que se aludida redução não decorrer do consumo de algum dos itens previstos no tipo, não haverá crime, como no caso de o agente sofrer um mal súbito enquanto conduz seu veículo.

Comparando com as anteriores redações, uma alteração de relevo promovida pela Lei 12.760/12 foi a supressão, do tipo da embriaguez ao volante, da expressão “via pública”. Isto nos leva a crer que configurar-se-á o crime ainda que a conduta se dê em propriedade privada, tal como chácara, fazenda, sítio, pátio de posto de combustível, estacionamentos particulares de veículos, estacionamentos de *shopping centers* etc, o que representa considerável alargamento na abrangência da regra punitiva. Esta mesma conclusão, aliás, já é feita no tocante aos crimes de homicídio e de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor, cujos tipos penais, desde a edição do CTB, não mencionam a elementar objetiva “via pública”.

Segundo Renato Marcão⁸, o fato de o artigo 1º do CTB dispor que ele regula “o trânsito de qualquer natureza nas vias terrestres do território nacional, abertas à circulação” não afasta a conclusão, acima exposta, no sentido da aplicação do artigo 306 também às áreas privadas. Isto porque as disposições do artigo 1º, pelo simples fato de não terem sido descritas no tipo da embriaguez, não configuram elementares suas e, por consequência, não têm o condão de limitar seu alcance⁹.

⁸ *O art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro conforme a Lei n. 12.760, de 20-12-2012*. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/renatomarcao/2013/01/07/o-art-306-do-codigo-de-transito-brasileiro-conforme-a-lei-n-12-760-de-20-12-2012/>. Acesso em 19 de março de 2013.

⁹ Distinta é a conclusão de Leonardo Schmitt de Bem: “a supressão pelo legislador da expressão ‘na via pública’, presente no antigo preceito, a princípio, não gera qualquer consequência, pois o fundamental é que a conduta proibida seja realizada em locais em que haja outros veículos ou pessoas, em vias abertas à circulação ou de utilização comum, para os quais haja risco em razão da condução pelo agente alcoolizado ou drogado, pois do contrário o fato será atípico” (2013, p. 58).

Para além desta, outra alteração de relevo promovida pela novel lei foi a ampliação do rol dos meios de prova admitidos para a comprovação da embriaguez. Reza o §2º do artigo 306 que “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”. Agora, conquanto possível, não se mostra mais imprescindível a prova técnica.

Passando para análise do tema da tentativa, é certo que, na vigência dos anteriores tipos penais de embriaguez, forte doutrina defendia sua inadmissibilidade (DAMÁSIO DE JESUS, 2008, p. 175; RIOS GONÇALVES, 2012, p. 204; PAGLIUCA, 2009, p. 105; ANDREUCCI, 2008, p. 203; SIMIONATO, 2011, p. 8). Entendemos que a mesma conclusão deverá ser mantida com relação ao novo crime definido pela Lei 12.760/12. Ressalve-se, contudo, a posição de Renato Marcão – referente à redação determinada pela Lei 11.705/08 – no sentido da admissibilidade da tentativa. Ilustra o autor a hipótese do agente que, estando “em qualquer das condições do tipo penal, tenta conduzir veículo na via pública e é impedido por outrem” (2009, p. 167).

O novo delito de ebriedade ao volante é de ação penal pública incondicionada, como também eram suas antigas versões. Em razão da pena – inalterada, aliás, pela Lei 12.760 – não se trata de infração de menor potencial ofensivo, sendo incabíveis os institutos da composição civil dos danos e da transação penal. Cabível, sim, a suspensão condicional do processo, prevista no artigo 89 da Lei 9.099/95.

3.2 Aspectos Polêmicos

A nova redação conferida ao artigo 306 do CTB pela Lei 12.760 – que hoje conta com pouco mais de seis meses de vigência – ainda não foi submetida à análise dos nossos Tribunais Superiores e tem sido alvo de forte embate no campo doutrinário.

Um dos temas que mais tem suscitado discussões é o atinente à classificação do novo crime quanto ao resultado normativo ou jurídico e já despontam correntes doutrinárias para todos os lados. Esta discussão, é importante dizer, não é apenas acadêmica, tendo uma relevância prática enorme para a configuração do delito. Vamos a ela.

3.2.1 Classificação quanto ao resultado normativo

Tendo como norte o princípio da exclusiva proteção a bens jurídicos, podemos afirmar serem estes bens os fatores legitimantes da atuação do Direito Penal. Mas é certo que referida tutela pode se dar de diferentes modos, abrindo campo para que se fale em delitos de dano e de perigo.

Dano é alteração, diminuição, destruição, restrição, sacrifício. Crime de dano, também chamado crime de lesão, dentro desta ideia, é aquele que só se consuma com a efetiva lesão ao bem juridicamente tutelado. É o caso dos tipos de homicídio (artigo 121, CP), lesão corporal (artigo 129, CP), estupro (artigo 213, CP), roubo (artigo 157, CP), entre outros.

Perigo, por outro lado, é o risco, a ameaça, a probabilidade de dano, auferível a partir do conhecimento e da experiência daquilo que normalmente acontece em determinadas situações e circunstâncias (FRAGOSO, 2006, p. 173). Crime de perigo então é aquele para cuja consumação se exige seja o bem jurídico penal exposto a uma situação de perigo de lesão. Ilustrativamente, podemos citar os tipos de incêndio (artigo 250, CP), disputa ou competição automobilística não autorizada (artigo 308, CTB), velocidade incompatível (artigo 311, CTB) entre outros.

Vislumbra-se, nesta segunda categoria de crimes, uma nítida antecipação da tutela penal, que se justifica ante a relevância social de que gozam determinados bens. E há uma subdivisão desta categoria em crimes de perigo concreto ou abstrato.

Para a consumação dos crimes do primeiro tipo, é imprescindível que se demonstre a ocorrência real, efetiva, do perigo. Ou seja, à acusação incumbirá provar, para além do comportamento desvalorado perpetrado pelo agente, o risco por ele gerado ao bem jurídico objeto de proteção.

Já nos tipos de perigo abstrato, o legislador se limita a descrever comportamentos, sem qualquer menção a resultados. Isto porque reputa que tais condutas são tão intrinsecamente nocivas, perniciosas, que, por si sós, já induzem à existência de uma ameaça ao bem jurídico. Daí que a verificação da conduta basta para que o crime se tenha por consumado, mostrando-se desnecessária a prova do efetivo perigo, presumido pelo legislador.

Vejamos, neste sentido, a lição de Damásio E. de Jesus (2008, p. 3):

Perigo presumido (ou abstrato) é o considerado pela lei em face de determinado comportamento positivo ou negativo (avaliação *ex ante*). Não precisa ser provado. Ocorre nos casos em que o comportamento não apresenta probabilidade real de dano ao bem jurídico, i. e., não o expõe a perigo de dano. É a lei que o presume *jures et de jure*, sob o fundamento de que a periculosidade típica da conduta já é motivo para a sua apenação, sem que fique na dependência da produção de dano. Diante disso, para que o perigo seja considerado não é necessário provar sua superveniência.

Na doutrina pátria, construiu-se forte entendimento contrário a esta última categoria de crimes, que são reputados inconstitucionais. Alega-se violação aos princípios da fragmentariedade, da insignificância e da culpabilidade (JUNQUEIRA; FULLER, 2010, p. 223). Mas a principal crítica feita reside na alegada violação ao princípio da ofensividade ou lesividade, pelo qual não tem relevância conduta que não coloque em risco nem lesione efetivamente um bem dotado de dignidade penal (BEM; GOMES, 2013, pp. 178-179; JESUS, 2008, pp. 4-5).

Mas é certo que tal construção doutrinária perdeu a força que outrora gozava, notadamente em razão da aceitação, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de crimes de perigo abstrato como o tráfico de drogas, o porte de armas e a própria embriaguez ao volante aqui tratada.

Pierpaolo Cruz Bottini¹⁰ traz interessante argumento contrário à tese de inconstitucionalidade acima exposta ao apontar o fato de a própria Constituição descrever um crime de perigo abstrato, qual seja, o tráfico de drogas, inclusive equiparando-o a crime hediondo. Segundo o autor, “por mais que a Carta Magna não descreva claramente no que consiste o tráfico de drogas, resta claro que determina a criminalização do comércio de substâncias entorpecentes, independentemente de seu resultado concreto sobre a saúde dos eventuais usuários”.

Bottini, não obstante afaste a tese de inconstitucionalidade dos tipos de perigo abstrato, defende uma forma de interpretá-los que respeita a orientação teleológica e a matriz principiológica do Direito Penal. Abordaremos esta temática mais adiante.

Por ora, tendo sido feito todo este esboço teórico acerca da classificação dos crimes quanto ao resultado normativo ou jurídico, podemos meditar sobre o delito de condução sob influência de álcool, em sua atual formatação.

¹⁰ *Crimes de perigo abstrato não são de mera conduta*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mai-29/direito-defesa-crimes-perigo-abstrato-nao-sao-mera-conduta>. Acesso em: 6 jun. 2013.

Uma primeira posição, adotada entre outros por Renato Marcão¹¹, defende que o novo crime é de perigo abstrato, não tendo sido, portanto, modificada a realidade jurídica que já se tinha desde a Lei 11.705/08. Aduz aquele autor:

Conduzir veículo nas condições do artigo 306, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro, é conduta que, por si, independentemente de qualquer outro acontecimento, gera perigo suficiente ao bem jurídico tutelado, de modo a justificar a imposição de pena criminal. Não se exige um conduzir anormal, manobras perigosas que exponham a dano efetivo a incolumidade de outrem.

Ainda de acordo com a sua lição, as disposições contidas nos incisos do §1º do artigo 306 não são variantes da modalidade típica, e sim formas pelas quais se pode constatar o crime descrito no *caput*.

Caso o condutor se submeta a exame de sangue ou a etilômetro e o resultado seja igual ou superior ao previsto no inciso I do §1º (6 decigramas de álcool por litro de sangue ou 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar), a alteração de sua capacidade psicomotora será presumida e restará provada para fins penais, independentemente de condução anormal do veículo ou de aparência do agente (ou seja, ainda que ele não demonstre sinais visíveis de embriaguez).

Por outro lado, caso o condutor não se submeta àqueles testes de alcoolemia, a alteração da capacidade psicomotora deverá ser demonstrada por imagens em vídeo, exame clínico, prova testemunhal ou qualquer outra prova lícita. Nesta hipótese, segundo Renato Marcão, “não se trata de provar que o agente tenha conduzido o veículo automotor de maneira anormal [...] mas de provar que ao ser abordado demonstrou estar com capacidade psicomotora alterada”.

Não obstante conclua pelo perigo abstrato, o doutrinador faz importante ressalva ao dizer da necessidade de se analisar, caso a caso, a possibilidade ou não de lesividade, indicativa da tipicidade material. Em suas palavras: “embora formalmente configurado o delito, a total ausência de lesividade está por desautorizar providências de natureza penal”.

¹¹ O art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro conforme a Lei n. 12.760, de 20-12-2012. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/renatomarcao/2013/01/07/o-art-306-do-codigo-de-transito-brasileiro-conforme-a-lei-n-12-760-de-20-12-2012/>. Acesso em: 19 mar. 2013.

Eduardo Luiz Santos Cabette, de seu turno, na obra “Nova Lei Seca”, adota posição parcialmente diversa. No seu entender, na hipótese do inciso I do §1º do artigo 306 (“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”), o crime é de perigo abstrato, nada se modificando relativamente à anterior sistemática. Segundo ele (2013, pp. 53-54),

há nesse caso a antiga presunção de perigo, quando o indivíduo dirige sob efeito de álcool acima das taxas legalmente estabelecidas. Melhor dizendo: não se trata nem mesmo de uma presunção, mas de uma constatação fática, de um ‘fato notório’, de conhecimento científico e geral; qual seja, o indivíduo que dirigindo, sob efeito de álcool, causa perigo. Isso é indiscutível. [...] Verificadas essas concentrações [previstas no inciso I do §1º], conclui-se que o agente estava com a capacidade psicomotora alterada, isso não por simples presunção, mas por constatação científica que torna esse fato notório, independentemente o perigo da situação de outras provas.

Já na hipótese do inciso II (“sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora”), Cabette defende que se está diante de um crime de perigo concreto. A exigência de indicação objetiva e concreta de sinais de alteração da capacidade psicomotora, a seu ver, já estaria exigindo perigo concreto (2013, pp. 58-59).

Os três outros entendimentos que serão adiante abordados levam à mesma conclusão, qual seja, a necessidade de condução anormal do veículo automotor para a configuração do crime do artigo 306. Mas partem de raciocínios diversos.

Fabricio da Mata Corrêa¹² entende que depois das alterações promovidas pela Lei 12.760 a embriaguez ao volante tornou-se delito de perigo concreto. Defende ele:

Agora, doravante toda essa mudança, fica evidente que não basta a simples influência do álcool ou outra substância, agora é necessário que se veja comprovado que o indivíduo realmente tenha gerado com sua conduta um perigo concreto de dano, ou seja, sua direção deve estar claramente comprometida. Antes bastava a comprovação dos índices de 0,6 decigramas ou 0,33 miligramas, que o crime já estaria configurado, não importando o fato que o indivíduo, mesmo bêbado, conduzia com cautela redobrada, ainda sim seria responsabilizado tanto administrativamente como penalmente. Agora, além de se comprovar o estado de embriaguez deve-se verificar se esse foi suficiente por comprometer a condução do veículo, caso contrário não se pode dizer que o crime ocorreu.

¹² *As primeiras impressões sobre a “nova” lei seca.* Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/fabriciocorrea/2012/12/22/as-primeiras-impressoes-sobre-a-nova-lei-seca/>. Acesso em: 19 mar. 2013.

Posição intermediária é a adotada por José Carlos Robaldo¹³, para quem a nova redação do artigo 306 não leva ao entendimento no sentido do perigo concreto, mas, ainda assim, em razão do princípio da inofensividade, o crime deve ser aplicado somente quando a direção for anormal. Em outros termos, para ele, não obstante o teor do dispositivo não permita afirmar tratar-se de crime de perigo concreto, ele deve ser interpretado e aplicado como se fosse. São seus estes dizeres:

A nova redação [...], na nossa avaliação, não induz ao entendimento de que o perigo é concreto. Nesse ponto estamos com Renato Marcão e outros. Mesmo assim, em face do princípio da inofensividade, compartilhamos do entendimento de que o crime da nova redação do art. 306 deva ser aplicado somente quando a direção for anormal (perigo concreto). Fora isso, a infração deve ser apenas administrativa. Para o crime, não basta a tipificação formal, impõe-se também a tipificação material. Raciocínio idêntico pode ser aplicado quando a conduta for praticada em estrada ou via particular.

Luiz Flávio Gomes traz uma outra possibilidade de análise. Na obra “Nova Lei Seca – Comentários à Lei n. 12.760, de 20-12-2012”, ele classifica o tipo do artigo 306 como de “perigo abstrato de perigosidade real” (2013, p. 96), que teria “equivalência dogmática com o perigo concreto indireto (ou indeterminado)” (2013, p. 114).

Para o aludido autor, o crime só existe quando há superação de um determinado risco- base, retratado na condução anormal. Em outras palavras, a configuração do delito exigiria (2013, p. 107):

a comprovação efetiva da alteração da capacidade psicomotora do agente que fica revelada de forma segura numa condução anormal (zigue-zague, batida em outro veículo etc.), que é da essência do crime de dirigir sob a influência de substância psicoativa. [...] Sem essa perigosidade real, que é efetiva (comprovável), não quantitativa, estamos diante de uma mera infração administrativa.

Por conseguinte, a seu ver, compete à acusação narrar na denúncia e provar judicialmente (1) que ocorreu ingestão de substância psicoativa, (2) que esta ingestão afetou efetivamente a capacidade psicomotora do agente e (3) que esta capacidade alterada afetou realmente a forma de conduzir o veículo (2013, p. 119).

¹³ *A nova lei seca: crime de perigo concreto ou abstrato?* Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/joserobaldo/2013/01/30/a-nova-lei-seca-crime-de-perigo-concreto-ou-abstrato/>. Acesso em: 24 mar. 2013.

Mas o penalista abre uma exceção em sua construção ao afirmar que, no caso de elevado e notório nível de embriaguez, com também elevado grau de comprometimento da capacidade psicomotora, não é necessária a comprovação de condução irregular, pois a violação ao princípio da condução segura é indubitável (2013, p. 129).

Vistas todas estas linhas de análise, traremos agora nossa visão do tema. Ressalvamos, desde logo, que se trata de uma visão inicial a respeito de uma lei recente, cuja completa compreensão só será possível após necessário amadurecimento doutrinário e jurisprudencial.

É certo que não podemos interpretar “conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool (...)” (atual redação, conferida pela Lei 12.760/12) da mesma forma com que outrora interpretávamos “conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas (...)” (antiga redação, dada pela Lei 11.705/08).

Na vigência desta anterior redação, bastava a prova de que o acusado conduzia seu automóvel com concentração de álcool igual ou superior ao limite previsto para que estivesse caracterizado o perigo ao bem jurídico tutelado e, portanto, configurado o crime. Agora, a adequação típica da conduta depende não apenas da constatação do estado de embriaguez, devendo-se também comprovar a alteração da capacidade psicomotora.

Dizendo de outro modo, agora não basta simplesmente demonstrar que o condutor ingeriu bebida alcoólica. E sim que, em razão deste consumo, houve prejuízo em suas habilidades psíquicas e motoras (tais como coordenação bimanual visomotora, velocidade de antecipação, bom nível de atenção, resistência à monotonia, agilidade), que são imprescindíveis para que se possa bem dirigir um veículo.

Esta escolha legislativa no sentido de priorizar os efeitos do álcool nos sentidos humanos – ao invés de limites engessados de ingestão alcoólica – é mais flexível e também nos parece mais justa. Isto porque os efeitos das bebidas alcoólicas variam de pessoa para pessoa e de circunstância para circunstância em razão de incontáveis variáveis, tais como sexo, altura, peso, habitualidade da alcoolemia, ingestão anterior de alimentos ou de medicamentos, entre muitas outras.

É de conhecimento geral que alguns indivíduos são mais resistentes ao álcool, ao passo que outros são extremamente sensíveis à sua influência. Submeter todos a um limite numérico de concentração alcoólica dá margem a conclusões inaceitáveis.

Adotando o limite de 6 decigramas por litro de sangue, imaginemos duas situações. No primeiro caso, o indivíduo A ingeriu uma quantidade de álcool bem superior àquela, mas, por características físicas, orgânicas e até circunstanciais, suas atividades psicomotoras não se apresentam comprometidas, mostrando-se ele verdadeiramente apto à condução de um veículo. No segundo caso, indivíduo B consumiu baixíssima quantidade de álcool (inferior ao limite), mas, pelas mesmas características apontadas, sofreu sensível alteração em suas habilidades mentais e físicas, de modo que, se ele conduzisse um automóvel, representaria verdadeiro risco à segurança viária.

A adoção de um critério puramente matemático poderia levar à punição do primeiro indivíduo e à irrelevância penal da conduta do segundo, o que é absolutamente inconcebível. O que é relevante é o prejuízo, ou não, à capacidade psicomotora. É isto que deve ser submetido à análise para que se possa falar em responsabilização criminal. Pouco importa quantas latas de cerveja, taças de vinho ou copos de whisky tenha o condutor ingerido. Pode ser que tenha sido mínima. Para caracterização do crime, basta que tenha sido o suficiente para afetar negativamente a capacidade psicomotora daquele condutor, naquele caso concreto.

Ilustrativamente, partindo do disposto na Resolução 432 do Contran, são indicativos da aludida afetação: sonolência, olhos vermelhos, vômito, soluços, desordem nas vestes, odor de álcool no hálito, agressividade, arrogância, exaltação, ironia, dispersão, fala imoderada, falta de orientação ou de memória, dificuldade no equilíbrio e fala alterada.

No sentido do texto, afirma Thiago Solon Gonçalves Albeche¹⁴ que “ao invés de um tipo penal engessado, que exigia a prova numérica e quantitativa da concentração de álcool, passou-se a admitir a influência do álcool afetando a capacidade psicomotora do condutor para que esteja configurado o delito”.

Mais adiante o mesmo autor reforça esta ideia:

Note-se que a exigência de concentração mínima de álcool no organismo do condutor foi retirada do caput do artigo 306, CTB. Logo, o legislador não quis mais lidar com este parâmetro para caracterização do crime. Ao invés de um parâmetro rígido, engessado e enclausurado em números (teor alcoólico), adotou um parâmetro flexível e consentâneo com a realidade das ruas e que realmente desencadeia acidentes e mortes: a influência do álcool na direção de veículo automotor.

¹⁴ *Álcool no sangue não prova alteração psicomotora*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jan-15/thiago-albeche-teor-alcoolico-sangue-nao-prova-alteracao-psicomotora>. Acesso em: 16 fev. 2013.

Outra não é a posição de Fábio Tofic Simantob¹⁵ ao defender que:

Somente o motorista flagrado com a capacidade psicomotora alterada poderá ser enquadrado no mencionado crime, ao contrário do que ocorria com a malsinada lei de 2008, que presumia a alteração psíquica a partir de determinada quantidade de álcool no sangue, independentemente de efetiva embriaguez. A mudança é bem-vinda porque os efeitos do álcool e de outras substâncias psicoativas variam de uma pessoa para outra.

É certo que o legislador de 2012 retirou, do *caput* do artigo 306, o teor étílico antes previsto. Mas tal teor foi mencionado no inciso I do §1º do mesmo artigo, nestes termos:

§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;

Por tudo o que antes dissemos, entendemos que, ainda que o condutor se submeta a exame de sangue ou a etilômetro e o resultado seja igual ou superior aos limites previstos, ainda assim haverá necessidade de produção de prova de que ele efetivamente encontrava-se com a capacidade psicomotora alterada. É esta a orientação contida no *caput*, orientação esta que deve ser observada na interpretação e aplicação de parágrafos e incisos.

Dizendo de outro modo, a constatação fática daqueles níveis de embriaguez não constitui presunção absoluta, prova irrefutável, de afetação dos sentidos, mas uma presunção relativa, que deve ser endossada por sinais outros indicativos desta afetação para que seja aberta a via da persecução penal.

Nesta mesma linha argumentativa, defende Thiago Solon Gonçalves Albeche¹⁶:

Trabalhar com a ideia de que, uma vez constatados 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar, o crime estará caracterizado de plano, é desconstruir a alteração que o legislador fez no caput do artigo 306, CTB. [...] A mera constatação dos níveis [...] não constitui presunção absoluta de atividade psicomotora alterada pelo uso de álcool. Isto pode

¹⁵ *Lei seca foi embriagada pela comoção de casos pontuais*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-mar-06/fabio-tofic-lei-seca-foi-embriagada-comocao-casos-pontuais>. Acesso em: 9 mar. 2013.

¹⁶ *Álcool no sangue não prova alteração psicomotora*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jan-15/thiago-albeche-teor-alcoolico-sangue-nao-prova-alteracao-psicomotora>. Acesso em: 16 fev. 2013.

não se confirmar no mundo dos fatos e a lei não pode se dissociar desta realidade. [...] A mens legis aponta para alteração dos sentidos comprovada no caso concreto e até mesmo quando a concentração de álcool seja inferior àquela estipulada no inciso I do parágrafo primeiro do artigo 306 do CTB.

Mais a frente, concluindo seu estudo, o autor apregoa:

O teor alcoólico verificado no exame de sangue e teste do bafômetro servirão, no máximo, como certeza da ingestão de bebida alcoólica, mas não prova cabal da alteração da atividade psicomotora. Os níveis de concentração etílica previstos no inciso I do parágrafo primeiro do artigo 306 do Código de Trânsito geram mera presunção relativa de alteração da atividade psicomotora, podendo ser desconfigurada quando demonstrado que o condutor está situado no tempo, espaço, local, não possui falas arrastadas, estado de sonolência ou qualquer outro sinal indicativo de alteração de suas habilidades motoras e mentais.

À idêntica conclusão chega Luiz Flávio Gomes, ao afirmar que a quantificação de álcool no sangue é apenas um dos sinais indicativos da embriaguez, mas que uma coisa é provar a embriaguez e outra distinta é o grau de alteração da capacidade psicomotora do agente (2013, pp. 106-107). São suas estas palavras (2013, pp. 154-155):

A generalização quantitativa do §1º, inc. I, não pode gerar a presunção automática da alteração da capacidade psicomotora do agente, que exige uma constatação singularizada, individualizada. [...] A concentração de álcool no sangue referida no §1º, inc. I, do art. 306 é meramente *indicativa*, é só um dado probatório da embriaguez, que deve ser considerado juntamente com outros indícios dessa impregnação alcoólica, não presumindo absolutamente nada (porque cada pessoa é uma pessoa e cada alcoolização é uma alcoolização).

Da jurisprudência dos tribunais já podemos colacionar alguns julgados que corroboram a tese aqui exposta:

APELAÇÃO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE PSICOMOTORA. LEI 12.760/12. Com a alteração do artigo 306 da Lei 9.503/97 pela Lei 12.760/12, foi inserida no tipo penal uma nova elementar normativa: a alteração da capacidade psicomotora. [...] a adequação típica da conduta, agora, depende não apenas da constatação da embriaguez (seis dg de álcool por litro de sangue), mas, também, da comprovação da alteração da capacidade psicomotora pelos meios de prova admitidos em direito. [...] Ausência de provas da alteração da capacidade psicomotora. Absolvição decretada. RECURSO PROVIDO (TJRS, Ap. 70052159951, 3ª Câmara Criminal, Relator Desembargador Nereu José Giacomolli, julgado em 04/07/2013).

APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DEFENSIVO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ARTIGO 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVA. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA SUPERVENIENTE. SOLUÇÃO PARA O CASO CONCRETO. [...] O réu é confesso. E a confissão é corroborada pelos depoimentos dos Policiais Militares que atenderam a ocorrência e pelo resultado do teste de etilômetro, que indicou concentração de álcool muito superior ao limite legal: o triplo. A Lei nº 12.760/2012 alterou o disposto no artigo 306 do CTB. O tipo já não se realiza pelo simples fato de o condutor estar com uma determinada concentração de álcool no sangue e sim, por ele ter a capacidade psicomotora alterada em razão da influência do álcool, seja ela qual for. A concentração que antes constituía elementar do tipo passou a ser apenas um meio de prova dessa alteração. O resultado do exame constitui presunção relativa, em um sentido ou noutro. [...] deve-se verificar se há evidência da alteração da capacidade psicomotora, sem o que não pode ser mantida a condenação. Caso em que há evidência nesse sentido. Condenação mantida. Penas aplicadas com parcimônia. Sentença confirmada. RECURSO DESPROVIDO. (TJRS, Ap. 70052903184, 3ª Câmara Criminal, Relator Desembargador João Batista Marques Tovo, julgado em 27/06/2013).

Abriu-se, então, a possibilidade de interpretação no sentido de que não basta a mera constatação do nível de álcool no sangue, havendo a necessidade de produção de prova de que o condutor efetivamente encontra-se com a capacidade psicomotora alterada, sendo certo que, cientificamente, nem todo indivíduo reage da mesma maneira aos efeitos do álcool, o que implica dizer que a alteração da capacidade psicomotora deve ser comprovada no caso concreto (TJSP, Ap. 0011457-30.2009.8.26.0320, 4ª Câmara Criminal Extraordinária, Relator Mauricio Valala, julgado em 4/07/13).

Feita toda esta análise, impende trazermos agora uma advertência feita por Eugênio Pacelli de Oliveira¹⁷ a respeito de um problema que poderá gerar confusão e dificuldades na aplicação do artigo 306 do CTB.

O respeitado doutrinador faz o seguinte raciocínio: ao manter a referência ao teor alcoólico, permitindo a conclusão de que uma concentração em nível inferior aos previstos não reduz significativamente a capacidade psicomotora, o legislador de 2012 abriu a possibilidade de se afastar a aplicação do tipo nas hipóteses em que, partindo dos meios de prova distintos dos testes de alcoolemia, não for possível chegar à conclusão acerca do nível de comprometimento da capacidade psicomotora. Isto nos casos em que houver recusa do condutor à submissão aos testes de alcoolemia.

A mesma advertência é feita por Fabricio da Mata Corrêa¹⁸, nestes termos:

¹⁷ *Notas sobre a Lei 12.760/12 – Lei Seca*. Disponível em: <http://jurisprudenciaconcursos.com.br/espaco/notas-sobre-a-lei-1276012--lei-seca>. Acesso em: 3 mar. 2013.

No nosso entender esse inciso [I do §1º], da forma que se apresenta, [...] comprometerá a perfeita interpretação e aplicação da norma, posto que partindo do princípio que o legislador manteve inalterado a quantidade de 0,6 decigramas, bem como seu correspondente 0,33 miligramas, é porque considera que só com tais níveis é que a capacidade psicomotora do motorista estaria comprometida.

Pois bem. Concluindo este tópico, cumpre-nos dizer que, não obstante as alterações promovidas pela Lei 12.760, entendemos que o crime de embriaguez ao volante ainda é crime de perigo abstrato.

Sua consumação exige que haja condução de veículo automotor “com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência”. Não se exige um conduzir anormal, a realização de manobras perigosas que exponham a dano potencial a incolumidade de outrem, como tínhamos na redação original do CTB. Dizendo de outro modo, foi descrito no tipo do artigo 306 apenas o comportamento penalmente relevante, não havendo menção a resultado naturalístico.

Esta conclusão, no entanto, não afasta a necessidade de o intérprete, especialmente o magistrado, verificar a periculosidade da conduta, ou seja, sua capacidade, ainda que em abstrato, de ofender o bem jurídico tutelado, qual seja, a segurança viária. Isto porque um comportamento absolutamente inócuo, sem nenhuma potencialidade de gerar resultados lesivos, não merece a atenção do Direito Penal. Esta a posição de Pierpaolo Cruz Bottini¹⁹, com a qual pactuamos integralmente.

Após trazer tais ideias, afirma o renomado autor que:

Essa parece ser a única interpretação coerente com o texto constitucional [...] e com a consagração da ideia de que o Direito Penal tem como norte a exclusiva proteção de bens jurídicos. Do contrário, teremos o *Direito Penal de autor*, que pune comportamentos sem qualquer potencialidade de causar resultados lesivos com a justificativa única de que revelam a *periculosidade* do agente.

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 (grifos do autor).

¹⁸ *As primeiras impressões sobre a “nova” lei seca.* Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/fabriciocorrea/2012/12/22/as-primieras-impresoes-sobre-a-nova-lei-seca/>. Acesso em: 19 mar. 2013.

¹⁹ *Crimes de perigo abstrato não são de mera conduta.* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mai-29/direito-defesa-crimes-perigo-abstrato-nao-sao-mera-conduta>. Acesso em: 6 jun. 2013.

A seu ver, a adoção desta postura pelo intérprete denota “a busca por alguma materialidade nos crimes de perigo abstrato, de algo que vá mais além da mera conduta” (grifos do autor). E arremata:

O crime de *perigo abstrato* [...] exige uma *materialidade*, um *desvalor de resultado*, consubstanciada na *periculosidade* do comportamento – que não se confunde com a exigência de lesão nem de perigo concreto. O reconhecimento dessa *materialidade* é a única forma de compatibilizar a técnica legislativa de descrição de uma *mera conduta típica* com o princípio de exclusiva proteção aos bens jurídicos, consagrado pela dogmática penal (grifos do autor).

Renato Marcão²⁰, como vimos no início deste tópico, também aborda a necessidade de se analisar, caso a caso, a possibilidade de lesividade da conduta. Mas ele justifica esta necessidade com base na noção de tipicidade material, que deve aliar-se à tipicidade formal para autorizar a tomada de providências no âmbito penal.

Partindo das considerações feitas por estes dois autores, imaginemos a hipótese de um indivíduo que, após consumir duas latas de cerveja, se coloque a conduzir um automóvel, no interior de uma fazenda, com o único intuito de avaliar as condições de suas cercas. Considerando que ninguém mais ali reside, exceto o próprio condutor, é cristalino que sua conduta não tem qualquer possibilidade de gerar resultados lesivos, é completamente inócua, carecendo por isso de relevância penal.

3.2.2 Classificação quanto à completude

Tão logo foi publicada, surgiram vozes que defendiam ser a Lei 12.760 não autoaplicável, dependente de regulamentação. Isto em razão de duas disposições inseridas no artigo 306, quais sejam, inciso II do §1º (“as condutas previstas no *caput* serão constatadas por [...] sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora”) e §3º (“o Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo”). Mas esta tese já foi

²⁰ O art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro conforme a Lei n. 12.760, de 20-12-2012. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/renatomarcao/2013/01/07/o-art-306-do-codigo-de-transito-brasileiro-conforme-a-lei-n-12-760-de-20-12-2012/>. Acesso em: 19 mar. 2013.

devidamente afastada por aqueles que se debruçaram mais detidamente sobre a nova legislação.

Quanto ao §3º, é certa sua dispensabilidade, na medida em que o próprio artigo 306, no inciso I do §1º, traz a equivalência entre os testes de alcoolemia (6 decigramas de álcool por litro de sangue e 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar).

Com relação ao inciso II do §1º, entendemos, juntamente com Francisco Sannini Neto e Eduardo Luiz Santos Cabette²¹, que o complemento a que faz menção o dispositivo é somente um acréscimo aos outros meios de verificação da ebriedade consagrados no próprio artigo 306.

Isto porque o §2º prevê que a constatação da alteração da capacidade psicomotora do condutor poderá ser obtida por meio de teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal, além de outros meios de prova em direito admitidos.

Outra não é a opinião de Renato Marcão²² quando afirma que “embora as discussões possam ser mais acirradas quanto aos efeitos do inciso II do parágrafo 1º, entendemos que tais reflexões perdem sentido quando se tem em vista o disposto no parágrafo 2º do artigo 306”.

Interessante ainda a colocação de Eugênio Pacelli de Oliveira²³ no sentido da desnecessidade de descrição dos tais “sinais que indiquem alteração da capacidade psicomotora”. Com efeito, defende ele, “o significado de alteração da capacidade psicomotora está claramente associado ao consumo de bebida alcoólica. Pode não se saber o que é ‘psicomotor’, mas todos (ou quase todos) conhecem as consequências do álcool”. Daí concluir ele não existir ofensa ao princípio da legalidade.

Por tudo isto, entendemos que o artigo 306 do CTB, na redação dada pela Lei 12.760, não é norma penal em branco.

Ainda que esta posição não seja unânime, é certo que, com a Resolução Contran 432 de 23 de janeiro de 2013, não pode haver mais questionamentos sobre a aplicação da nova lei (BEM; GOMES, 2013, p. 185).

²¹ *Comentários sobre a nova lei seca.* Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/eduardocabette/2012/12/24/comentarios-sobre-a-nova-lei-seca/>. Acesso em: 19 mar 2013.

²² *O art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro conforme a Lei n. 12.760, de 20-12-2012.* Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/renatomarcao/2013/01/07/o-art-306-do-codigo-de-transito-brasileiro-conforme-a-lei-n-12-760-de-20-12-2012/>. Acesso em: 19 mar. 2013.

²³ *Notas sobre a Lei 12.760/12 – Lei Seca.* Disponível em: <http://jurisprudenciaconcursos.com.br/espaco/notas-sobre-a-lei-1276012--lei-seca>. Acesso em: 3 mar. 2013.

3.2.3 (Ir)retroatividade

A temática da sucessão da Lei 11.705/08 pela Lei 12.760/12 tem suscitado acirrada polêmica nos campos doutrinário e jurisprudencial, perfazendo-se hoje duas correntes diametralmente opostas.

A primeira corrente defende a irretroatividade do atual artigo 306. Renato Marcão²⁴ é um dos adeptos desta orientação e ele traz os seguintes argumentos em sua defesa: (i) a Lei 11.705/08 incluiu no artigo 306 do CTB a elementar da dosagem alcoólica, que acabou se revelando um empecilho à persecução penal, daí ter retroagido para se aplicar a fatos ocorridos anteriormente à sua vigência; (ii) a Lei 12.760/12 retirou esta elementar e com isso ampliou a possibilidade de punição; (iii) a Lei 12.760/12 também retirou a elementar “via pública”, aumentando ainda mais a possibilidade de responsabilização penal.

Daí concluir o mencionado autor que “a atual redação do artigo 306 do CTB é mais severa em relação à anterior, e [...] não retroage para alcançar fatos praticados antes de sua vigência”. Por consequência, para tais fatos, continua, a seu ver, indispensável prova técnica para demonstração da embriaguez.

Ilustram a adoção deste entendimento os seguintes julgados:

APELAÇÃO CRIME. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. FALTA DE JUSTA CAUSA CONFIRMADA. Justa causa é o suporte probatório mínimo em que a denúncia deve estar lastreada. Assim, inexistindo substrato probatório suficiente e apto a desencadear o exercício da pretensão acusatória, deve-se rejeitar a denúncia. No caso em tela, era necessária aferição técnica apta a estipular numericamente a concentração de álcool por litro de sangue, o que não foi realizado. Ademais, em que pesem os depoimentos das testemunhas, o fato é anterior à Lei nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012, que não pode retroceder, tendo em vista que se trata de lei mais gravosa ao agente. RECURSO DESPROVIDO (TJRS, Ap. 70053795134, 3ª Câmara Criminal, Relator Jayme Weingartner Neto, julgado em 23/05/2013).

APELAÇÃO CRIME. DELITO DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE. AUSÊNCIA DE TESTE DE ALCOOLEMIA. MATERIALIDADE NÃO COMPROVADA.

²⁴ O art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro conforme a Lei n. 12.760, de 20-12-2012. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/renatomarcao/2013/01/07/o-art-306-do-codigo-de-transito-brasileiro-conforme-a-lei-n-12-760-de-20-12-2012/>. Acesso em: 19 mar. 2013.

MANTIDA ABSOLVIÇÃO. 1. A ausência de teste de alcoolemia que comprova a embriaguez do acusado não pode ser suprida por outros meios de prova como o termo de constatação da embriaguez e a prova testemunhal. 2. A alteração na redação do art. 306 do CTB, dada pela Lei 12.760/12 não pode retroagir para alcançar delitos cometidos antes da sua vigência, por ser ela novatio legis in pejus. APELAÇÃO IMPROVIDA (TJRS, Ap. 70052814233, 1ª Câmara Criminal, Relator Julio Cesar Finger, julgado em 10/04/2013).

APELAÇÃO-CRIME. CRIMES DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. FALTA DE PROVA DA MATERIALIDADE. DECISÃO RATIFICADA. PRECEDENTES. A inexistência de prova atestando a concentração alcoólica no sangue do denunciado conforta a conclusão da ausência de justa causa para a ação penal. Ademais, incabível a incidência da Lei nº 12.760/2012 - a qual recentemente alterou o art. 306 do Código Brasileiro de Trânsito - sobre o fato denunciado ocorrido em 14 de agosto de 2011, porquanto traz disposições mais graves sobre o contexto retratado. Parecer do Ministério Público nesta instância favorável à ratificação da decisão recorrida. APELAÇÃO IMPROVIDA (TJRS, Ap. 70053032751, 3ª Câmara Criminal, Relator Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 14/03/2013).

Alteração empreendida pela Lei 12.760/2012, que previu, expressamente, a possibilidade de constatação da conduta criminosa por “sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora” (cf. artigo 306, § 1º, inciso II, da Lei 10.826/03, com a redação dada pela Lei 12.760/2012). Evidente, portanto, que sem a modificação legislativa empreendida, era impossível mesmo buscar outros meios de prova para aferir-se a tipicidade penal, modificação esta, aliás, que não pode retroagir em desfavor do acusado, observando-se que os fatos a que se faz menção neste feito antecederam a última alteração legal (TJSP, RESE 0023717-71.2012.8.26.0050, 7ª Câmara de Direito Criminal, Relator Sydney de Oliveira Júnior – voto, julgado em 18/07/2013).

Esse dispositivo ainda sofreu nova modificação com o advento da Lei nº 12.760/12, que passou a tipificar a conduta prevista no art. 306 do CTB da seguinte forma: “Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência”. A Lei nº 12.760/12 também incluiu o §1º ao citado dispositivo legal, prevendo que “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 milígrama de álcool por litro de ar alveolar; ou II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.” Vê-se, portanto, que não mais se exige determinada concentração de álcool no sangue para a caracterização do delito, bastando que o agente conduza veículo automotor com a capacidade psicomotora alterada em razão do consumo de bebida alcoólica [...] Neste diapasão, trata-se de lei penal mais severa, que não pode retroagir para atingir situação pretérita. Portanto, deve-se aplicar, no caso concreto, a redação do art. 306 do CTB dada pela Lei nº 11.705/08. (TJSP, Ap. 0001090-32.2011.8.26.0172, 16ª Câmara de Direito Criminal, Relator Newton Neves – voto, julgado em 16/07/2013).

O crime de embriaguez ao volante, imputado ao agente, no caso concreto, foi praticado ainda sob a égide da redação do artigo 306 do CTB determinada pela Lei

nº 11.705/2008, que, além de prever concentração mínima de 6 decigramas de álcool por litro de sangue, também previa que o Poder Executivo federal estipularia a equivalência entre os distintos testes, o que coube ao Decreto 6.488/2008, que restou revogado pela Lei nº 12.760/2012, que se mostra mais grave justamente por ampliar as possibilidades de responsabilização criminal do agente no que diz com a embriaguez ao volante, não podendo, assim, retroagir a lei para atingir fato pretérito, como é o caso dos autos.

Sendo assim, mostrando-se mais severa a regulamentação da nova redação do artigo 306 do CTB, não pode a lei retroagir para alcançar fatos praticados antes da sua vigência, de acordo com o que dispõem os artigos 5º, XL, da Constituição Federal e 2º, parágrafo único, do Código Penal, bem como o que preceituam os artigos 5º, XXXVI, da Constituição Federal e 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, em homenagem ao princípio da segurança e da estabilidade social. (TJSP, Ap. 0011457-30.2009.8.26.0320, 4ª Câmara Criminal Extraordinária, Relator Mauricio Valala – voto, julgado em 4/07/2013).

De outra banda, uma segunda corrente sustenta a retroatividade do novo artigo 306. Luiz Flávio Gomes e Leonardo Schmitt de Bem (2013, p. 184) aderem a esta posição, argumentado que, pela redação anterior, bastava a constatação da dosagem alcoólica, ao passo que a nova redação exige também que o agente tenha capacidade psicomotora alterada e que tenha dirigido sob a influência do álcool.

No entender destes autores, a caracterização do tipo atual requer uma condução anormal do veículo automotor, retroagindo ele então para “alcançar muitas condenações anteriores que foram fundadas exclusivamente no perigo abstrato puro (ou presumido)”. E concluem dizendo que “quem foi condenado antes só porque tinha 6 decigramas de álcool por litro de sangue, mas dirigia corretamente, sem nenhuma irregularidade, pode postular a aplicação retroativa da nova lei”.

Não necessariamente pelos mesmos argumentos, abraçaram a tese da retroatividade do atual tipo de embriaguez os julgados a seguir colacionados:

APELAÇÃO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE PSICOMOTORA. LEI 12.760/12. RETROATIVIDADE. Com a alteração do artigo 306 da Lei 9503/97 pela Lei 12.760/12, foi inserida no tipo penal uma nova elementar normativa: a alteração da capacidade psicomotora. Assim, a adequação típica da conduta, agora, depende não apenas da constatação da embriaguez (seis dg de álcool por litro de sangue), mas, também, da comprovação da alteração da capacidade psicomotora pelos meios de prova admitidos em direito. Aplicação retroativa da Lei 12.760/12 ao caso concreto, pois mais benéfica ao acusado. Ausência de provas da alteração da capacidade psicomotora. Absolvição decretada. RECURSO PROVIDO (TJRS, Ap. 70052159951, 3ª Câmara Criminal, Relator Nereu José Giacomolli, julgado em 04/07/2013).

APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DEFENSIVO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ARTIGO 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVA. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA SUPERVENIENTE. SOLUÇÃO PARA O CASO CONCRETO. [...] A Lei nº 12.760/2012, alterou o disposto no artigo 306 do CTB. O tipo já não se realiza pelo simples fato de o condutor estar com uma determinada concentração de álcool no sangue e sim, por ele ter a capacidade psicomotora alterada em razão da influência do álcool, seja ela qual for. A concentração que antes constituía elemento do tipo passou a ser apenas um meio de prova dessa alteração. O resultado do exame constitui presunção relativa, em um sentido ou noutro. Houve descontinuidade típica, mas não abolitio criminis. Para os processos que ainda se encontrem em andamento, especialmente as condenações impostas antes da vigência da alteração pendentes de recurso, como no caso dos autos, deve-se verificar se há evidência da alteração da capacidade psicomotora, sem o que não pode ser mantida a condenação. Caso em que há evidência nesse sentido. Condenação mantida. Penas aplicadas com parcimônia. Sentença confirmada. RECURSO DESPROVIDO. (TJRS, Ap. 70052903184, 3ª Câmara Criminal, Relator João Batista Marques Tovo, julgado em 27/06/2013).

Como se vê, a questão é controvertida, chegando a gerar posições antagônicas dentro de um mesmo Tribunal. A nosso ver, toda a problemática reside no seguinte:

Sob a égide da Lei 11.705/08, a consumação do crime de embriaguez era, em tese, mais fácil, porque bastava a constatação de que a concentração de álcool no sangue do condutor era igual ou superior à prevista. Ocorre que, na prática, esta previsão acabou restringindo os meios de prova da embriaguez ao etilômetro e ao exame de sangue e, sendo a recusa a tais exames legítima (em razão do direito à não autoincriminação), em muitos casos restou inviabilizada a constatação da ebriedade e a própria persecução penal.

Agora, após as mudanças promovidas pela Lei 12.760/08, a adequação típica foi “dificultada”, em razão da inserção da elementar “alteração da capacidade psicomotora” que, como vimos, deve ser auferida no caso concreto. Não mais basta a mera constatação da embriaguez. Mas, se de um lado isto é benéfico ao réu, por outro lado a nova lei ampliou significativamente os meios de prova admitidos para comprovação do crime, possibilitando maior número de punições.

Concluimos então não ser possível afirmar de modo objetivo ou apriorístico qual a lei mais gravosa e qual a mais benéfica. Esta análise deve ser feita em cada caso específico.

Imaginemos a situação de alguém que é processado criminalmente como incurso no artigo 306 do CTB por fato ocorrido antes da vigência da Lei 12.760/12. Se não houve, na data dos fatos, submissão a etilômetro ou a exame de sangue, é claro que a Lei 11.705/08 lhe é mais favorável, porque a falta da constatação precisa da embriaguez levará à

ausência de justa causa para a ação penal. Se, por outro lado, foram realizados aqueles exames e a dosagem alcoólica constatada for inferior ao limite tolerado, também se mostra mais benéfica a anterior lei (a atual permitiria a incriminação se fosse constatada a alteração da capacidade psicomotora). Numa terceira hipótese, se, na data dos fatos, foi realizado ou o bafômetro ou o etilômetro e os valores encontrados forem superiores aos que eram antes tolerados, então nesse caso será mais benéfica ao réu a aplicação da Lei 12.760, posto que à acusação também incumbirá provar que se encontrava ele com a capacidade psicomotora alterada naquela ocasião.

Análise casuística é, portanto, a solução que propomos para esta problemática.

4 O DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO

Durante a vigência da Lei 11.705/08, muito se falou a respeito do direito de não produzir prova contra si mesmo, também conhecido pela expressão *nemo tenetur se detegere*.

Em verdade, foi a invocação deste direito, aliada à má técnica legislativa, que ocasionou a perda de aplicação prática da mencionada lei, abrindo considerável campo de impunidade. Isto porque, como já mencionado por diversas vezes neste trabalho, a Lei 11.705/08 inseriu, como elementar objetiva do tipo do artigo 306, um determinado nível de dosagem alcoólica, cuja constatação tornou-se imprescindível para a consumação do crime. Esta constatação, consoante entendimento doutrinário e jurisprudencial que se firmou à época (em especial após o julgamento do REsp 1.111.566 pelo STJ), só poderia ser feita através de exame de sangue ou etilômetro, meios de prova capazes de aferir matematicamente a concentração alcoólica no organismo humano. Mas, como o condutor pode legitimamente oferecer recusa a estes exames, invocando o direito que é tema deste capítulo, a comprovação da embriaguez restou prejudicada em muitos casos, como também a própria persecução penal.

É certo que a Lei 11.705/08 não tem mais vigência e que a Lei 12.760/12, que a sucedeu, alterou a redação do artigo 306 do CTB no sentido de alargar os meios de provas admitidos para a comprovação do crime ali inculcado.

Este fato, no entanto, não retira a importância de análise do direito de não produzir prova contra si mesmo. A uma, porque o exame de sangue e o etilômetro ainda são meios de prova cabíveis. Mais do que isso: o etilômetro, por sua praticidade, é certamente o instrumento mais festejado pelos agentes de trânsito quando se trata de verificação de estados de embriaguez. Além disso, o estudo do direito de não se incriminar continua relevante por poder ser ele invocado pelos condutores também com relação a outras provas – afora estas duas – que dependam de sua cooperação para serem produzidas, conforme veremos mais adiante.

O direito de não produzir prova contra si mesmo pode ser entendido como a prerrogativa atribuída a acusados, suspeitos ou testemunhas de não serem obrigados a fornecer material probatório que caracterize sua própria culpa (BULOS, 2003, p. 315), sendo

admitida sua invocação todas as vezes em que, no bojo de diligência investigatória, processo judicial ou mesmo procedimento de cunho extrapenal que objetive a elucidação de fatos, haja possibilidade concreta de autoincriminação.

Consoante a lição de Antônio Magalhães Gomes Filho, este direito constitui uma barreira ao direito à prova de acusação (1997, p. 114), uma vez que limita a atividade do Estado na averiguação dos crimes. Como se sabe, a busca pela proclamada “verdade” no processo penal não é irrestrita, não justifica arbitrariedades, não legitima violações a direitos fundamentais. A atividade persecutória deve, antes, respeitar balizas éticas, processuais e constitucionais, dentre as quais destacamos o princípio *nemo tenetur se detegere*.

4.1 Notas Históricas

Grande dissenso existe no tocante à origem do direito de não produzir prova contra si mesmo.

Há quem defenda pertencer ele às regras gerais do Direito, sendo suas raízes de impossível identificação (KOHL, 1971 apud GREVI, 1972, p. 5). Outros, de seu turno, buscam tais raízes na “regra das duas testemunhas” existente no antigo direito hebraico (ROSENBERG; ROSENBERG, 1998, pp. 976 e ss). Há ainda aqueles que afirmam que na verdade suas origens se encontram no direito romano (GAMA, 1984, p. 63).

Se a origem é controvertida, é certo que foi na fase Iluminista que o princípio *nemo tenetur se detegere* se firmou (QUEIJO, 2003, p. 8). Os autores iluministas criticaram o uso da tortura e dos meios utilizados para forçar o acusado a falar, bem assim o juramento a ele imposto, observando que declarações autoincriminatórias tinham um caráter *contra naturam* (QUEIJO, 2003, p. 8).

Beccaria, em sua consagrada obra “Dos delitos e das penas”, defende que o juramento de dizer a verdade, imposto pela lei ao acusado, ofende os sentimentos naturais humanos. Criticando a tortura, vista por ele como algo bárbaro e infame, Beccaria aduz ser “monstruoso e absurdo exigir que um homem acuse a si mesmo” (1764, trad. port. GUIMARÃES, 2007, pp. 36-38).

Filangieri, outro iluminista, em “*La scienza della legislazione*” afirma que o réu não tem dever de confessar e, por consequência, a autoridade não pode exigir-lhe esta confissão e nem puni-lo em caso de não colaboração (1798, apud GREVI, 1972, p. 17).

Já antes destes dois autores, Thomas Hobbes afirmou (1642, trad. port. RIBEIRO, 1998, p. 49):

ninguém está obrigado por pacto algum a acusar a si mesmo, ou a qualquer outro cuja eventual condenação vá tornar-lhe a vida amarga. Por isso, um pai não está obrigado a depor contra o filho, nem um marido contra a mulher, nem homem algum contra quem lhe proporciona sustento; pois é vão todo aquele testemunho que se supõe ser contra a natureza.

Passando à análise dos ordenamentos jurídicos estatais, vários autores sustentam que a Inglaterra foi o primeiro país a reconhecer o direito de não produzir prova contra si mesmo (TEDESCO, 1997, p. 265; GRINOVER, 1978, p. 103; QUEIJO, 2003, p. 10; HADDAD, 2005, p. 107).

Nos Estados Unidos, ainda antes da independência, o Estado da Virgínia aprovou, em 12 de junho de 1776, uma Constituição e uma Declaração de Direitos, em que se previa (HELMHOLZ, 1997, p. 134):

That in all capital or criminal prosecutions, a man hath a right to demand the cause and nature his accusation, to be confronted with the accusers and witnesses, to call for evidence in his favor, and to a speedy trial by an impartial jury of twelve men of his vicinage, without unanimous consent he cannot be found guilty; nor be compelled to give evidence against himself; that no man be deprived of his liberty, except by the law of the land or the judgment of his peers.

A Constituição Federal dos Estados Unidos foi aprovada em setembro de 1787, sendo que quatro anos mais tarde foi ratificada sua V Emenda, consagrando-se (HELMHOLZ, 1997, p. 137):

No person shall be subject, except in cases of impeachment, to more than one punishment or trial for the same offence; nor shall be compelled to be a witness against himself; nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor be obliged to relinquish his property, where it may be necessary for public use, without just compensation.

No que concerne aos países de *civil law*, a França foi pioneira na adoção do direito aqui estudado. Isto se deu através da Lei de 8 de dezembro de 1897 (ASSIS MOURA; MORAES, 1994, p. 135), cujo artigo 3º previa: “logo na primeira apresentação do acusado, o magistrado deve lhe dar a conhecer os fatos que lhe são atribuídos e receber as suas declarações, depois de avisá-lo que pode ou não fazê-las” (ALTAVILLA apud GREVI, 1972, p. 92).

Na segunda metade do século XX, diplomas internacionais consagraram o direito de não produzir prova contra si mesmo.

Em seu artigo 14, item 3, alínea g, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, estatui que “toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) a não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”.

Valendo-se de redação quase idêntica, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, em seu artigo 8º, item 2, alínea g, apregoa que “durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”.

Ainda, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, aprovado no ano de 1998, estabelece (artigo 67, item 1, alínea g) ter o acusado direito “a não ser obrigado a depor contra si próprio, nem a declarar-se culpado, e a guardar silêncio, sem que este seja levado em conta na determinação da sua culpa ou inocência”.

4.2 Consagração na Ordem Jurídica Pátria

Hoje se afirma que a consagração, no Brasil, do direito de não produzir prova contra si mesmo como um direito fundamental calca-se na conjugação de três dispositivos, quais sejam, artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal (“o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”), artigo 14, 3, g, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e artigo 8º, 2, g, da Convenção Americana de Direitos Humanos. Estes dois diplomas

internacionais, é válido lembrar, foram formalmente incorporados ao ordenamento pátrio no ano de 1992.

Mas, antes mesmo desta expressa consagração, estudiosos de renome defendiam que o *nemo tenetur se detegere* estava implícito em valores constitucionais outros. Ilustrativa, a este respeito, a lição de Antonio Scarance Fernandes (2000, p. 267):

Já era sensível a evolução da doutrina brasileira no sentido de extrair da cláusula da ampla defesa e de outros preceitos constitucionais, como o da presunção de inocência, o princípio de que ninguém é obrigado a se auto-incriminar, não podendo o suspeito ou acusado ser forçado a produzir prova contra si mesmo.

Lapidar igualmente é a lição de Guilherme de Souza Nucci²⁵:

Em primeiro plano, vale lembrar que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII, CF); “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogados” (art. 5º, LXIII, CF); “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV, CF); “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV, CF). A decorrência natural da conjugação desses princípios e essenciais garantias individuais é a de que *ninguém esta obrigado a produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere)*. (grifos do autor)

Analisaremos, então, a relação que o direito ora tratado estabelece com outros valores constitucionais, começando com o devido processo legal.

A garantia do devido processo legal, prevista expressamente no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”), consoante Vicente Greco Filho, possui duplo significado no processo penal (1991, p. 54).

De um lado, revela a indispensabilidade do processo, sem o qual não é possível a aplicação de penas criminais. De outro, exprime o imperativo de que ele seja adequado, justo, repleto de garantias que assegurem a cada uma das partes a utilização de seus poderes

²⁵ A Presunção de Inocência e a “Lei Seca”. Disponível em: www.mp.ac.gov.br/?dl_id=1263. Acesso em: 15 de março de 2013.

processuais e que legitimem o próprio exercício da jurisdição (ARAÚJO CINTRA; DINAMARCO, GRINOVER, 1995, p. 82).

Por abarcar uma série de princípios e garantias, Gustavo Badaró afirma ser o devido processo legal um princípio síntese, cuja previsão bastaria para que os demais princípios dele decorressem de modo implícito (2008, p. 36).

Dentro desta ideia, podemos dizer que integram o devido processo os princípios da ampla defesa, contraditório, presunção de inocência, motivação das decisões, juiz natural, igualdade entre as partes, publicidade do processo e inadmissibilidade de provas ilícitas (ARAÚJO CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 1995, pp. 82-84). Uma vez que também contribui para a legitimação do exercício da jurisdição, inclui-se no rol o *nemo tenetur se detegere* (QUEIJO, 2003, p. 72).

Esta vinculação entre o *nemo tenetur* e o devido processo legal é ilustrada, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pelas seguintes afirmativas: “o direito de permanecer em silêncio insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal” (HC 68.929/SP, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 22/10/1991) e “com o explícito reconhecimento dessa prerrogativa [contra a autoincriminação], constitucionalizou-se uma das mais expressivas conseqüências derivadas da cláusula do *due process of law*” (HC 77.704, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 31/06/1998).

Passando à análise do direito à ampla defesa (que não deixa de ser uma decorrência dos princípios da igualdade e do contraditório), é ele previsto no artigo 5º, inciso LV, da nossa Carta Magna, nestes termos: “aos litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Segundo a doutrina de Vicente Greco Filho, o direito à ampla defesa consiste fundamentalmente na oportunidade de o acusado contraditar os termos da acusação (1991, p. 63), levando ao processo suas arguições, requerendo a produção e a adequada valoração de provas, influenciando, enfim, no convencimento judicial.

A ampla defesa subdivide-se em duas frentes, quais sejam, a defesa técnica e a autodefesa. A primeira é a desempenhada por profissional habilitado, que goze de capacidade postulatória. É indisponível no processo penal pátrio, em razão do disposto no artigo 261 do Código de Processo Penal, pelo qual “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”.

Autodefesa, por sua vez, é a defesa levada a cabo pelo próprio réu. Ela se consubstancia nos direitos de presença (aos atos processuais em geral) e de audiência. Cuidam-se, entretanto, de faculdades do réu, que pode optar por ficar calado e por não participar da confecção de provas que possam vir a prejudicá-lo.

Com maior riqueza de detalhes, explica David Teixeira de Azevedo que a ampla defesa possui dois aspectos. O positivo, concretizado na “efetiva utilização dos instrumentos, dos meios e modos de produção, certificação, esclarecimento ou confrontação de elementos de prova que digam com a materialidade da infração criminal e com a autoria”. E o aspecto negativo, que se consubstancia na “não produção de elementos probatórios de elevado risco ou potencialidade danosa à defesa do réu”. A ampla defesa, continua o autor, “pode ser conscientemente exercida no silêncio do indiciado-réu, dentro de uma estrutura defensiva em que atuante o defensor técnico” (1992, pp. 290-291).

Para além dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, o princípio da presunção de inocência igualmente se relaciona com o direito de não produzir prova contra si mesmo.

Ele é expresso no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”) e no artigo 8º, item 1, primeira parte, da Convenção Americana de Direitos Humanos (“toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”).

Antonio Magalhães Gomes Filho leciona que a presunção de inocência é, em primeiro lugar, um princípio, que indica “uma orientação ideológica que deve presidir todas as atividades estatais relacionadas à persecução penal” (2003, p. 142). Mas é também um princípio-garantia, “pois visa a instituir, direta e imediatamente, regras jurídicas de proteção da posição do indivíduo na sociedade, estabelecendo, em contrapartida, limites que não podem ser transpostos pela atuação estatal” (2003, p. 142).

Para aquele estudioso, da consagração da presunção de inocência decorrem importantes limitações à atividade persecutória. Por primeiro, o reconhecimento da culpa do acusado só pode advir de decisão judicial proclamada após justo processo (2003, pp. 132-134). É a chamada reserva de jurisdição. Em segundo lugar, até que haja esta constatação definitiva de sua culpa, o imputado deve ser tratado como inocente, de forma que medidas limitativas de seus direitos só podem ser tomadas se absolutamente necessárias (2003, pp.

137-141). A terceira implicação, por fim, é relativa à atividade probatória, nos interessando de maneira especial.

Presunções, na linha de Magalhães (2003, pp. 134-137), ocasionam a inversão do ônus da prova e liberam de encargo probatório quem por elas seja beneficiado. Por consequência, a seu ver, na seara processual penal, (i) o ônus da prova é todo da acusação, (ii) um decreto condenatório deve se fundar em prova cabal de culpabilidade, (iii) a dúvida favorece o réu e (iv) não é possível obrigá-lo a contribuir na apuração dos fatos.

Partindo desta orientação, pode-se concluir que, se o imputado é *a priori* tido por inocente e se a mudança nesta condição cabe à acusação, não se pode conceber seja ele instado a dar provas que possam vir a prejudicá-lo.

Os três princípios até agora vistos têm cunho eminentemente processual. Mas é certo que o direito de não produzir provas contra si mesmo também se relaciona a valores de índole material, dentre os quais apontamos a dignidade humana e os direitos à liberdade e à intimidade.

A dignidade humana foi alçada, na Constituição de 1988, à condição de fundamento de nossa República (artigo 1º, inciso III). E é tida por muitos autores, dentre os quais citamos Ingo Sarlet (2001, p. 70), como o pressuposto básico dos outros direitos, que nada mais seriam do que detalhamentos do seu conteúdo.

Para o mencionado autor (2001, p. 60), a dignidade humana é:

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Com relação especificamente ao direito de não produzir prova contra si mesmo, há quem afirme ser seu fundamento a própria dignidade humana. Neste sentido, Ignacio F. Tedesco (1997, p. 273):

el fundamento central de este derecho [contra la autoincriminación] es (...) el privilegiar la dignidad del ser humano individual y de cierto ámbito de su

privacidad – que le debe garantizar un Estado de Derecho –, por sobre la meta de averiguar la verdad del procedimiento que tenga lugar; por más que sea aquella verdad acerca de la cual nadie conozca mejor que el mismo imputado.

Forte conexão entre estes dois valores também é visualizada por Theodomiro Dias Neto (1997, p. 187) quando defende que “o princípio da verdade material é limitado visando proteger o núcleo absoluto do direito de personalidade do acusado (a sua dignidade humana) que estaria ameaçado diante de uma coação à auto-incriminação”.

Já no que concerne ao direito à intimidade, constata Maria Elizabeth Queijo que “o *nemo tenetur se detegere*, expressão literal de que ninguém é obrigado a se descobrir, guarda estreita vinculação com o direito à intimidade” (2003, p. 308).

Em obra que aborda o direito ao silêncio, Maurício Zanóide de Moraes e Maria Thereza Rocha de Assis Moura defendem que ele se insere, “no plano do direito material, no direito à intimidade, que, por sua vez, enquadra-se entre os direitos que constituem atributo da personalidade” (1994, p. 136).

Em semelhante sentido, David Teixeira de Azevedo (1992, p. 288) aduz que:

pertence o direito ao silêncio à intimidade, sendo manifestação de um fundamental aspecto das liberdades públicas. É necessário permitir ao homem calar, fechar-se em si mesmo, nos seus pensamentos e reflexões, não se expor, considerar seus juízos, posicionar-se axiológica e livremente perante as coisas, os homens, o universo.

Por fim, o *nemo tenetur se detegere* se relaciona com o direito à liberdade. Como bem retratado por Grünwald, “só como expressão da sua liberdade pode alguém contribuir para a própria condenação. Uma liberdade que terá de preservar-se incondicionalmente e perante a qual terá de recuar o interesse na descoberta da verdade” (1987 apud COSTA ANDRADE, 2006, p. 87).

Em conclusão a esta seção, podemos afirmar que, antes mesmo da adoção expressa do direito de não produzir prova contra si mesmo no ordenamento nacional, já podíamos afirmar sua existência, a partir da conjugação de todos os princípios e valores constitucionais aqui trazidos.

4.3 Aplicação aos Meios de Prova da Embriaguez

A incidência mais conhecida e difundida do *nemo tenetur se detegere* se dá no campo do interrogatório. Inclusive, como vimos anteriormente, as próprias origens históricas do instituto ligam-se a este momento processual.

Consoante a lição de Maria Elizabeth Queijo, os ordenamentos jurídicos estatais, de um modo geral, assimilaram, sedimentaram, esta incidência, “principalmente reconhecendo o direito ao silêncio e vedando determinados métodos de interrogatório que conduzam à auto-incriminação e que violem a integridade física e moral do acusado” (2003, p. 240).

Mais recentemente, começou-se a pugnar pela aplicação do direito em tela também no campo das provas que demandam colaboração do acusado para serem produzidas, tais como reconhecimento, reprodução simulada dos fatos, exame grafotécnico, etilômetro, exame clínico, perícias em urina e saliva e exames de sangue.

Tomando por base as considerações feitas pela autora supracitada (2003, pp. 428-434), podemos afirmar serem, em princípio, decorrências do *nemo tenetur se detegere* quanto às provas que dependem da cooperação do imputado para produção as seguintes: (i) inexistência de um dever de colaboração por parte do réu; (ii) impossibilidade de configuração do crime de desobediência quando houver recusa em cooperar; (iii) inadmissibilidade de execução coercitiva tendente à realização da prova; (iv) necessidade de advertência quanto ao direito de não produzir prova contra si mesmo, para que o acusado, devidamente instruído, decida se consente ou não na produção da prova; (v) impossibilidade de se interpretar a recusa como indício de culpabilidade, bem assim de utilizá-la como fundamento de sentenças e decisões cautelares; (vi) inexistência de dever de comparecimento; e (vii) ilicitude da prova colhida em violação ao *nemo tenetur*.

Diz-se no início do parágrafo anterior “em princípio”, uma vez que o alcance e a área de tutela do *nemo tenetur se detegere*, no tocante às provas cuja produção demande colaboração do réu, ainda são bastante polêmicos.

Tem-se defendido que nem todas as situações nas quais haja esta necessidade de cooperação permitem a invocação do direito em análise. E vários critérios têm sido

propostos numa tentativa de definir em quais casos é legítimo invocá-lo e em quais casos o réu deve colaborar.

Segundo Maria Elizabeth Queijo, predomina na jurisprudência e na doutrina brasileiras (2003, p. 266), como também em outros países (2003, pp. 311-312), a orientação no sentido de incidir o direito de não produzir prova contra si mesmo (com todas as decorrências acima apontadas) apenas nas provas que requeiram colaboração ou postura ativa, um *facere*, por parte do acusado.

É o caso da reconstituição do crime (STF, HC 69.026/DF, 1ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 10/12/1991), do fornecimento de padrões gráficos para exame grafotécnico (STF, HC 77.135/SP, 1ª Turma, Relator Ministro Ilmar Galvão, julgado em 8/9/1998) e do etilômetro ou bafômetro (STF, HC 93.916-3, Relatora Ministra Carmem Lúcia, julgado em 10/06/2008).

Por outra via, não incidiria o direito nos casos em que se requer tão somente uma passividade, sujeição ou tolerância da parte do imputado. Exemplo cristalino disto é o reconhecimento.

Quanto ao exame clínico para constatação da embriaguez (possível depois das alterações feitas pela Lei 12.760/12), existe o entendimento de que não permitiria a invocação do direito ora estudado por envolver apenas uma participação passiva do investigado. Mas Maria Elizabeth Queijo (2003, pp. 260-261) explica que o referido exame é composto por uma série de testes (aparência, hálito, pulso, coordenação motora, escrita, memória, orientação, atitude, elocução), sendo que alguns deles pressupõem, sim, um *facere*.

Consoante ainda aquela estudiosa (2003, p. 312), no direito nacional também não se admite a execução coercitiva de provas que impliquem intervenção corporal, que é a prática de atos de investigação ou de obtenção de provas no corpo do acusado (HERNÁNDEZ, 1995, p. 37). Daí estarem abarcados pelo direito de não se incriminar o exame de sangue (STJ, REsp 1.111.566, Terceira Seção, julgado em 28/03/2012) e os exames de urina e de saliva (que hoje, pela abertura promovida pela Lei 12.760/12, poderiam servir para comprovar a embriaguez, não obstante ainda não exista qualquer regulamentação neste sentido).

Encerrando o tópico, cumpre-nos dizer que o binômio atividade/passividade, hoje utilizado de modo predominante para a definição do alcance do *nemo tenetur se detegere*, não é imune a críticas.

Gabriela E. Córdoba, em excelente texto sobre o assunto, condena sua utilização. Dentre outros argumentos, aponta (i) inexistir, juridicamente, uma distinção relevante entre um ato de colaboração ativa e outro de tolerância passiva (2005, pp. 297-298); (ii) não ser sempre possível distinguir com rigor um “fazer” de um “tolerar”, o que dá espaço a manipulações por parte do intérprete e torna o critério atividade/passividade arbitrário – não baixar a cabeça/erguer a cabeça e não fechar os olhos/manter os olhos abertos, num reconhecimento, ilustra esta circunstância (2005, pp. 285-287); (iii) por mínima que seja, sempre será necessária alguma atividade por parte do imputado, não se podendo falar em colaboração completamente passiva (2005, pp. 282-283); e (iv) ser possível que o réu “colabore ativamente” para não ter de “tolerar” algo pior (2005, pp. 289-290).

Wolfslast também critica a adoção do critério, afirmando que “o tormento, a humilhação de ter de ser instrumento contra si próprio podem, em caso de passividade forçada e verificadas certas circunstâncias, ser maiores do que em caso de colaboração ativa” (1987, apud COSTA ANDRADE, 2006, p. 128).

Maria Elizabeth Queijo igualmente condena o critério em análise, dizendo não ser ele satisfatório para solucionar o problema da delimitação de alcance do *nemo tenetur se detegere*. Em seu lugar, propõe a autora que lei possa vir a estabelecer restrições ao referido direito, observados todos os critérios do dogma da proporcionalidade (2003, pp. 429-431).

Não obstante as críticas, estas ideias de atividade e passividade, frise-se, são dominantes. É este o cenário com o qual temos de trabalhar atualmente, inclusive no tocante aos meios de prova da embriaguez, citados no decorrer da exposição.

5 ACIDENTE COM VÍTIMA OCASIONADO POR CONDUTOR ÉBRIO: APONTAMENTOS SOBRE A ADEQUAÇÃO TÍPICA

A polêmica com a qual nos ocuparemos agora não é nova e, muito possivelmente, persistirá na vigência da Lei 12.760/12, que nenhuma alteração fez no sentido de minimizá-la.

Referimo-nos à tipificação da conduta daquele que, após ingerir bebida alcoólica, dirige veículo automotor e provoca acidente de trânsito em que pessoas são lesionadas ou mortas.

Assistimos, nos dias atuais, a uma verdadeira banalização do entendimento no sentido de que haveria, na hipótese, dolo eventual. Por conseguinte, o crime que se caracterizaria seria o do artigo 121 do Código Penal, cuja pena mínima é de 6 anos na modalidade simples, de competência para processo e julgamento do tribunal do júri.

Uma outra possibilidade de tipificação vai no sentido da culpa consciente. E, como consequência, incidiria o artigo 302 do Código de Trânsito, de pena mínima igual a 2 anos e cuja competência para análise é do juiz singular.

Daí já se nota que, a depender da tipificação dada à conduta, o tratamento recebido pelo infrator é bastante distinto. Além das implicações citadas, há diferenças também quanto à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, quanto à admissibilidade da prisão preventiva, quanto ao regime de cumprimento de pena, dentre outras que poderiam ser elencadas. De onde se conclui que a questão está longe de ser meramente acadêmica.

Mas antes de partirmos propriamente para sua análise, crucial que façamos um breve incursão na teoria geral do Direito Penal, mais especificamente no campo da tipicidade subjetiva.

Consoante consagrado desde o Finalismo de Hans Welzel, o ato típico de um crime se consubstancia em elementos objetivos (comportamento previsto na lei) e subjetivos, correspondentes às noções de dolo e de culpa.

Entende-se por dolo, na lição de Luiz Regis Prado (2006, p. 351), “a consciência e a vontade de realização dos elementos objetivos do tipo de injusto”. O dolo,

como resolução de vontade, consiste portanto em um “saber” e um “querer”. De seu turno, a conduta culposa tem como aspecto nuclear a “omissão de necessária diligência, no desrespeito ao dever de cuidado objetivo”, conforme assevera Miguel Reale Júnior (2002, p. 234).

Não obstante pareçam, à primeira vista, noções sensivelmente distintas, é certo que há uma zona cinzenta entre dolo e culpa, consubstanciada nas figuras do dolo eventual e da culpa consciente.

Guilherme de Souza Nucci leciona que em ambas o sujeito prevê o resultado que pode advir de seu comportamento. A diferença estaria na circunstância de que, na culpa consciente, ele não admite o resultado como possível, ao passo que, no dolo eventual, admite a possibilidade dele vir a se concretizar, sendo-lhe indiferente (2003, p. 146).

Estas mesmas ideias orientam Nelson Hungria, cujo magistério é sempre digno de nota (1980, pp. 116-117):

Há, entre elas, é certo, um traço comum: a previsão do resultado antijurídico; mas, enquanto no dolo eventual o agente presta a anuência ao advento desse resultado, preferindo arriscar-se a produzi-lo, ao invés de renunciar à ação, na culpa consciente, ao contrário, o agente repele, embora inconsideradamente, a hipótese de supereminência do resultado e empreende a ação na esperança ou persuasão de que este não ocorrerá.

Sempre oportunas também as lições de Heleno Cláudio Fragoso (2006, p. 173):

Assumir o risco significa prever o resultado como provável ou possível e aceitar ou consentir sua superveniência. O dolo eventual aproxima-se da culpa consciente e dela se distingue porque nesta o agente, embora prevendo o resultado como possível ou provável não o aceita nem consente. Não basta, portanto, a dúvida, ou seja, a incerteza a respeito de certo evento, sem implicação de natureza volitiva. O dolo eventual põe-se na perspectiva da vontade, e não da representação, pois, esta última, pode conduzir também a culpa consciente. [...] A rigor, a expressão 'assumir o risco' é imprecisa, para distinguir o dolo eventual da culpa consciente e deve ser interpretada em consonância com a teoria do consentimento.

Pois bem. Feitas estas considerações de ordem teórica, podemos agora voltar à questão com a qual iniciamos o presente tópico.

Em resposta (ainda que inconsciente) à pressão da mídia e de setores da sociedade civil no sentido de se punir com maior rigor os ébrios do volante, muitos juízes

passaram a entender que age com dolo eventual aquele que dirige após ingestão de álcool vindo a provocar mortes ou lesões. Nesse sentido, colacionamos, dentre inúmeros outros, estes dois julgados:

Direito penal e processo penal. *Habeas corpus*. Crimes de homicídio e lesão corporal. Atropelamento. Dolo eventual. Competência do Tribunal do Júri. Pronúncia. Índícios suficientes de autoria. Exame de matéria fático-probatória. Inadmissibilidade. Ordem denegada. 1. A questão de direito, objeto de controvérsia neste *writ*, consiste na configuração do dolo eventual ou da culpa na conduta do paciente no atropelamento que gerou a morte de quatro vítimas e causou lesões corporais em uma quinta. 2. O dolo eventual compreende a hipótese em que o sujeito não quer diretamente a realização do tipo penal, mas a aceita como possível ou provável (assume o risco da produção do resultado, na redação do artigo 18, I, *in fine*, do CP). 3. Faz-se imprescindível que o dolo eventual se extraia das circunstâncias do evento, e não da mente do autor, eis que não se exige uma declaração expressa do agente. [...] No caso em tela, de acordo com o que consta da denúncia, o paciente aceitou o risco de produzir o resultado típico no momento em que resolveu dirigir seu automóvel em velocidade excessiva, sob o efeito de bebida alcoólica e substância entorpecente. [...] Ante o exposto, denego a ordem de *habeas corpus* (STF, HC 97.252/SP, 2ª Turma, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 04/09/09).

Homicídio. Crime doloso. Desclassificação para culposo. Inadmissibilidade. Agente que dirige alcoolizado, em alta velocidade e sem habilitação. Ato que provocou a morte de duas vítimas e a dilaceração e amputação do pé de uma terceira, além de lesionar gravemente duas crianças. Acusado que assumiu o risco de produzir o resultado. É incabível a desclassificação do homicídio doloso para culposo no caso de agente que dirige alcoolizado, em alta velocidade e sem habilitação [...] (TJCE, RSE 2003.0001.6482-3/1, Relator Des. José Eduardo Machado de Almeida, julgado em 18/11/2003).

No julgamento do HC 107.801/SP, em 06 de setembro de 2011, o Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, fez notáveis considerações sobre este tema, com as quais pactuamos integralmente.

Criticando a já mencionada “banalização no sentido de atribuir-se aos delitos de trânsito o dolo eventual”, o Ministro pontuou que a circunstância de estar o condutor embriagado não pode levar à presunção acerca do elemento volitivo imprescindível para configurar-se o dolo, sob pena de incorrerem em inadmissível responsabilidade penal objetiva.

Dizendo de outro modo, a embriaguez por si só não permite concluir pela assunção do risco caracterizadora do dolo eventual. Até porque, como bem afirmou o Ministro Marco Aurélio no bojo das discussões deste julgamento, a adoção deste

entendimento levaria a concluir que o condutor também aceitou se submeter ao risco, considerada sua própria vida.

Acrescenta ainda o Ministro Luiz Fux que embriaguez alcoólica que conduz à responsabilização a título doloso é apenas a preordenada, comprovando-se que o agente se embebedou para praticar o ilícito ou assumir o risco de produzi-lo (aplicação da teoria da *actio libera in causa*).

Inexistindo comprovação neste sentido, a capitulação que deve prevalecer é a do homicídio na forma culposa na direção de veículo automotor, com previsão no artigo 302, caput, do CTB.

Parece-nos, de fato, que na grande maioria dos acidentes envolvendo condutores ébrios configura-se a culpa consciente. O “descuido”, a imprudência, reside na própria direção sob efeito de álcool – conduta imprudente tanto quanto a direção em velocidade excessiva em dia chuvoso, a invasão da contramão direcional, o ingresso em via preferencial sem a necessária cautela, a condução com faróis apagados durante a noite, a ultrapassagem proibida, dentre tantas outras que poderiam ser arroladas.

Há, sim, uma previsibilidade objetiva da superveniência de eventos lesivos, mas entendemos que, em regra, os condutores acreditam piamente (ainda que levemente) que tais eventos não ocorrerão, confiando em sua habilidade ou destreza na direção ou mesmo na própria sorte.

No sentido da exposição, temos os seguintes julgados:

Em tema de delitos de trânsito, não se coaduna com o entendimento de que possa estar o agente imbuído do elemento subjetivo relativo ao dolo eventual, se este não assumiu o risco da produção do resultado, por mais reprovável e imprudente tenha sido a conduta por ele desenvolvida, conforme se verifica na situação de embriaguez ao volante, excesso de velocidade e condução na contramão direcional, admitindo-se, neste caso, a hipótese de culpa consciente. (TJMG, RSE 307.184-2/000, 2ª Câmara Criminal, Relator Des. Reynaldo Ximenes Carneiro, DJMG de 10/02/2004).

Configura o crime de homicídio culposo, previsto no art. 302 do CTB, a conduta do motorista que, sob a influência de álcool e imprimindo velocidade incompatível com as condições locais, perde o controle da motocicleta, vindo a colidir com um barranco, resultando na morte de seu passageiro, que estava na garupa. (TACrimSP, Ap. 1.369.985/4, 9ª Câmara, Relator Silva Russo, julgado em 10/03/2004).

Incorre nas penas do art. 302, caput, da Lei n. 9503/97, o agente que, após ingerir bebida alcoólica, assume comando de automóvel, de madrugada, em local iluminado e sem movimento de outros veículos, colidindo-o imprudentemente, ao perder o controle, com a traseira de caminhão estacionado regularmente, provocando a morte de seu acompanhante. (TACrimSP, Ap. 1.377.887/1, 8ª Câmara, Relator Tristão Ribeiro, julgado em 13/05/2004).

Analisada toda esta problemática acerca do dolo eventual e da culpa consciente na conduta do ébrio que provoca acidente de trânsito e vitimiza pessoas, cumpre agora nos debruçarmos sobre outra questão também relativa à tipificação deste comportamento, qual seja, o concurso de crimes.

Uma primeira corrente defende que deve haver concurso material entre o homicídio ou a lesão corporal e a embriaguez do artigo 306. Argumenta-se, dentre outras coisas, que tais delitos têm momentos consumativos distintos, de modo que, quando ocorrida a morte, já estaria consumado o delito de condução embriagada. Seguiu tal orientação os seguintes julgados:

Penal. Embriaguez ao volante (art. 306) e lesão corporal culposa (art. 303). Código de trânsito. Princípio da consunção. Inaplicabilidade. Concurso material. Não há absorção do crime de embriaguez ao volante pelas lesões corporais causadas culposamente nessa condição, pois são condutas independentes e autônomas, com elementares objetivas e subjetivas diferentes, e sem qualquer relação de interdependência. Também é inviável aplicar-se o concurso formal ou a continuidade delitiva, porque existem duas ações distintas e dois resultados e não se trata de crimes da mesma espécie. (TJDFT, Ap. 0008153-11.2009.807.0010, 1ª Turma Criminal, Relator Des. George Lopes Leite, DJ de 29/06/2012).

Código de Trânsito Brasileiro. Embriaguez ao volante. Concurso formal próprio para os crimes de lesão corporal e embriaguez ao volante. Não aplicação. Concurso material. [...] o crime de embriaguez ao volante se consuma no momento em que, após a ingestão de bebida alcoólica, o motorista é flagrado dirigindo veículo automotor e constata-se que apresenta concentração de álcool no sangue superior à legalmente prevista, enquanto que o crime de lesão corporal poderá ou não ocorrer em razão do primeiro, não havendo como se aplicar o princípio da consunção ao caso ou mesmo de concurso formal entre os crimes. (TJDFT, Ap. 0009297-83.2010.807.0010, 3ª Turma Criminal, Relator Des. Humberto Adjuto Ulhôa, DJ de 24/07/2012).

Impossibilidade de absorção do crime de embriaguez pelo de homicídio, pois aquele delito, de perigo abstrato, já estava consumado quando do acidente (TJSP, Ap. 830821.3/5-0000-000, 5ª Câmara Criminal, Relator Des. Pinheiro Franco, julgado em 30/03/2006).

De outro lado, há quem defenda não se tratar de concurso material, mas sim de concurso formal. Pontua-se em especial a diversidade dos bens jurídicos tutelados (segurança viária e vida ou integridade corporal), de forma que, com a conduta, dois resultados são alcançados. Nesta linha, trazemos à colação:

Na presente hipótese, inexistente o conflito aparente de normas, já que os bens juridicamente tutelados são diversos, pois o crime de embriaguez salvaguarda a segurança viária pública, enquanto o delito de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor confere guarida à incolumidade física individual. Se o agente mediante uma única conduta pratica dois ou mais delitos, impõe-se o reconhecimento do concurso formal; sendo apenas praticados dois delitos, deve-se aplicar sobre a maior pena a fração mínima prevista legalmente de um sexto. (TJRN, Ap. 2012.001163-9, Relator Des. Virgílio Macêdo Júnior, julgado em 24/04/2012).

Não obstante, a posição que tem prevalecido de modo dominante é a de que o homicídio ou a lesão corporal, que são crimes de dano, absorvem a embriaguez, que é de perigo. Explicam de modo excepcional esta tese, que é a por nós abraçada, Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e Paulo Henrique Aranda Fuller (2010, p. 229):

Há apenas uma conduta. Não há, por outro lado, dois bens jurídicos destacados. É que a proteção ao bem jurídico coletivo “segurança no trânsito” apenas se justifica como antecipação à punição da lesão a bens individuais, ou seja, quando se pune a lesão ao individual, é óbvio que o sujeito passou primeiro pela situação de perigo. Apenas se pune a direção no estado de embriaguez para antecipar a proteção aos bens jurídicos vida e integridade física de terceiros. Mais uma vez, trata-se do mesmo bem jurídico protegido em esferas diversas, ou seja, uma relação de progressiva agressão ao mesmo bem jurídico, pelo que aplicável o princípio da consunção. Se o perigo se concretizou em lesão, não é necessária a punição do perigo, mas tão somente da lesão, que o contém, e por isso o absorve.

Ilustram a adoção desta orientação os seguintes julgados:

Se da embriaguez ao volante resulta homicídio culposo, haverá concurso aparente de normas a ser resolvido pelo princípio da subsidiariedade e o acusado responderá apenas pelo delito de dano (homicídio culposo), já que o delito de perigo (embriaguez) é por aquele absorvido. (TJMG, Ap. 1.0024.03.890271-4/001, 4ª Câmara Criminal, Relator Lucas de Mendonça, julgado em 9/01/2008).

Quando duas normas descrevem graus de violação de um mesmo bem jurídico, a norma subsidiária é afastada pela aplicação da norma principal, ou seja, deverá ser

aplicada apenas a norma que prevê a conduta mais grave. O crime de perigo (art. 306 do CTB) é absorvido pelo crime de dano (art. 302 do CTB). (TJMG, Ap. 1.0024.02.747114-3/001, 4ª Câmara Criminal, Relator Reynaldo Ximenes Carneiro, julgado em 20/09/2007).

Infração de mera conduta. Crime de perigo comum que tutela a incolumidade pública e individual, e que resta absorvido pelo crime mais grave quando resulta dano concreto, incidindo, no presente caso, a norma que pune o crime de homicídio culposo no trânsito. (TJRS, Ap. 70007057987, 1ª Câmara Criminal, Relator Des. Ranolfo Vieira, julgado em 10/12/2003).

Ocorre o denominado conflito aparente de normas quando uma mesma conduta infracional se encontrar prevista em mais de uma norma penal incriminadora, devendo os operadores do direito valer-se de princípios lógicos e de processos de valoração jurídica do fato, a fim de atribuir ao agente infrator a tipificação exata em que se encontra incurso. Segundo o princípio da subsidiariedade, haverá relação de primariedade e de subsidiariedade entre duas normas penais incriminadoras quando ambas descrevem graus diversos de violação de um mesmo bem jurídico, sendo a norma subsidiária, por possuir reprimenda menos grave, absorvida pela norma mais grave. O delito de embriaguez ao volante, por ser crime de perigo concreto, é subsidiário tácito do tipo de lesão corporal decorrente de acidente de trânsito, este, sim, verdadeiro crime de dano. Tutelando ambas as figuras penais a incolumidade pública, ainda que em graus diversos de proteção, tem-se que a ocorrência da norma mais grave, dotada de primariedade, acaba por absorver a incidência da norma menos grave, por ter natureza subsidiária. (TAMG, Ap. 374.442-1, 2ª Câmara Criminal, Relator Antônio Armando dos Anjos, DJMG de 16/04/2003).

Recurso especial. Penal e processo penal. Crime de trânsito. Homicídio culposo (art. 302) e embriaguez (art. 306). Princípio da consunção. Aplicabilidade. [...] No presente caso, o crime previsto no art. 302 da Lei n. 9.503/97, hipótese de homicídio culposo, absorve o crime de embriaguez ao volante previsto no art. 306 do CTB, tendo em vista o princípio da consunção. (STJ, REsp 629.087/MG, 5ª Turma, Rel. José da Fonseca, DJ 9/5/2006).

É importante que se diga que, no caso da lesão corporal, esta tese da absorção gera alguma perplexidade. Isto porque a pena da embriaguez (crime de perigo) é maior que a da lesão simples (crime de dano). Daí haver quem defenda que aqui deve ocorrer o contrário do acima exposto, ou seja, a embriaguez é que deve absorver a lesão (JUNQUEIRA; FULLER, 2010, p. 229; DAMÁSIO, 2008, p. 174).

Não concordamos com esta conclusão, por entendermos que um erro legislativo que fere o princípio da proporcionalidade (crime de perigo ter pena maior que crime de lesão ao bem jurídico) não pode justificar ferida à técnica jurídica que existiria na admissão de um crime de perigo absorvendo outro de lesão.

6 CONCLUSÃO

O estudo do novo crime de embriaguez ao volante, na redação que lhe deu a Lei 12.760/12, demonstrou ser esta uma matéria demasiadamente controvertida, cujos pontos pacíficos são raros.

Sabedores disso, não almejamos, nesta monografia, exaurir todo o tema e tampouco apresentar soluções pretensamente acertadas. Buscamos, sim, abordar as principais discussões que gravitam o assunto e agregar nossos pontos de vista, numa tentativa sincera de enriquecer seu debate.

Iniciamos o trabalho com a análise de todo o panorama legislativo que antecedeu a edição da Lei 12.760/12, debruçando-nos inclusive sobre os diplomas anteriores ao Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97). Dentre eles, destacamos a Lei das Contravenções Penais de 1941(Decreto-Lei 3.688), cujo artigo 34 traz a conduta de “dirigir veículos na via pública, ou embarcações em águas públicas, pondo em perigo a segurança alheia”. Não obstante exista entendimento em sentido contrário, prevalece que o aludido dispositivo permanece em vigor relativamente aos veículos automotores e que outras formas de direção perigosa não previstas no CTB consistirão nesta contravenção penal.

Passando à análise do CTB, vimos que ele foi o primeiro diploma regulador do trânsito dotado de um capítulo especificamente destinado ao regramento de crimes. Após delimitarmos seu âmbito de incidência, enfocamos a previsão de seu artigo 306, “conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem” (redação original). Principalmente em razão desta última expressão, prevalecia o entendimento no sentido de ser o delito de perigo concreto, perigo este verificável em alguma forma de condução anormal do veículo. Minoritariamente, havia quem defendesse a necessidade de exposição a perigo concreto de pessoa determinada. Outros, em visão completamente antagônica, entendiam ser crime de perigo abstrato. Havia, ainda, aqueles que aduziam tratar-se de crime de lesão ao bem jurídico “determinado nível de segurança no trânsito”.

No início de 2006, o CTB foi alterado pela Lei 11.275 que tornou a circunstância de estar o agente “sob a influência de álcool ou substância tóxica ou

entorpecente de efeitos análogos” uma causa de aumento de pena do homicídio culposo praticado na direção de veículo automotor. Tal causa de aumento, no entanto, já no ano de 2008, foi expressamente revogada pela Lei 11.705, numa clara intenção do legislador de forçar o concurso de crimes.

A chamada “Lei Seca” (Lei 11.705/08) alterou o *caput* do artigo 306, que passou a prever a conduta de “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”. Esta simples menção ao nível alcoólico do condutor, sem qualquer referência a perigo ou dano potencial, levou doutrina e jurisprudência, de forma majoritária, a entenderem que o crime teria se tornado de perigo abstrato ou presumido. Por conseguinte, para a sua consumação não mais se exigiria a prática efetiva de qualquer conduta ou manobra que expusesse a perigo concreto de dano a incolumidade de outrem. Mas, é importante que se frise, houve quem permaneceu entendendo tratar-se de infração de perigo concreto.

Ao fixar a quantidade mínima de álcool no sangue para configurar o delito, o que se tornou parte fundamental da descrição típica, a Lei 11.705/08 acabou por determinar também o meio de prova aceitável, exame de sangue ou etilômetro. E, como os indivíduos podem licitamente recusar submissão a tais exames, em razão do direito de não produzir prova contra si mesmo, a adequação típica e a própria persecução penal restaram impossibilitadas em muitos casos.

O campo de impunidade criado pela Lei 11.705/08, associado ao crescente aumento do número de acidentes no trânsito, acabou fomentando uma comoção e uma crítica social, especialmente incitada pelos canais midiáticos. Todo este cenário levou então à aprovação da Lei 12.760, publicada em 21 de dezembro de 2012.

A nova formatação do crime de embriaguez ao volante, cujo *caput* prevê a condução de “veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência”, foi objeto de análise no capítulo terceiro deste trabalho.

Desta análise, destacamos os seguintes pontos: (i) o bem jurídico protegido é a segurança viária, faceta da incolumidade pública (ressalvando-se a posição minoritária que aponta bens jurídicos individuais); (ii) cuida-se de crime comum, que não exige qualidade ou condição especial do sujeito ativo, e de crime vago, por ter a coletividade como sujeito

passivo; (iii) quanto ao elemento subjetivo do tipo, requer-se o dolo genérico e inexistente forma culposa; (iv) a conduta típica prevê a condução “com capacidade psicomotora alterada”, alteração essa que deve se dar “em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência” (necessário nexo causal); (v) foi suprimida do tipo a expressão “via pública”, configurando-se agora o crime também em propriedade privada; (vi) foi ampliado, com a previsão do §2º, o rol dos meios de prova admitidos para a comprovação da embriaguez; (vii) é inadmissível a tentativa (inobstante exista quem pugne por sua admissibilidade); (viii) o crime é de ação penal pública incondicionada; (ix) são incabíveis a composição civil dos danos e a transação penal, sendo admissível a suspensão condicional do processo.

Passando ao estudo da classificação quanto ao resultado normativo ou jurídico, mais divergente dos temas aqui tratados, avaliamos inicialmente cinco diferentes posições a respeito do novo crime, que afirmam, cada qual, ser ele: (i) de perigo abstrato; (ii) de perigo abstrato na hipótese do inciso I do §1º e de perigo concreto na hipótese do inciso II do mesmo parágrafo; (iii) de perigo concreto; (iv) de perigo abstrato, pela redação, mas devendo ser aplicado como se de perigo concreto fosse; e (v) de perigo abstrato de perigosidade real.

Nossa posição foi no sentido de que, agora, a adequação típica da conduta depende não apenas da constatação do estado de embriaguez, devendo-se também comprovar a alteração da capacidade psicomotora do condutor, parâmetro mais flexível e justo por considerar a individualidade das pessoas relativamente aos efeitos do álcool.

Ainda que o condutor se submeta a exame de sangue ou a etilômetro e o resultado seja igual ou superior aos limites previstos no inciso I do §1º do artigo 306, ainda assim haverá necessidade de produção de prova de que ele efetivamente encontrava-se com a capacidade psicomotora alterada. Ilustrativamente, partindo do disposto na Resolução 432 do Contran, de 23 de janeiro de 2013, são indicativos da aludida afetação: sonolência, olhos vermelhos, vômito, soluços, desordem nas vestes, odor de álcool no hálito, agressividade, arrogância, exaltação, ironia, dispersão, fala imoderada, falta de orientação ou de memória, dificuldade no equilíbrio e fala alterada.

Não obstante as alterações promovidas pela Lei 12.760, entendemos que o crime de embriaguez ao volante ainda é crime de perigo abstrato. Sua consumação exige que haja condução de veículo automotor “com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência”. Não se exige um conduzir anormal, a realização de manobras perigosas que exponham a dano

potencial a incolumidade de outrem, como tínhamos na redação original do CTB. Dizendo de outro modo, foi descrito no tipo do artigo 306 apenas o comportamento penalmente relevante, não havendo menção a resultado naturalístico.

Esta conclusão, no entanto, não afasta a necessidade de o intérprete, especialmente o magistrado, verificar a periculosidade da conduta, ou seja, sua capacidade, ainda que em abstrato, de ofender o bem jurídico tutelado, qual seja, a segurança viária. Isto porque um comportamento absolutamente inócuo, sem nenhuma potencialidade de gerar resultados lesivos, não merece a atenção do Direito Penal.

Quanto à completude do novo crime insculpido no artigo 306, afastamos a tese de que sua natureza seria de norma penal em branco e afirmamos sua autoaplicabilidade. Ainda que isto não seja unânime, é certo que, com a Resolução 432 do Contran não se pode mais questionar a aplicação da nova lei.

Outra polêmica abordada ainda no capítulo terceiro foi a relativa à sucessão da Lei 11.705 pela Lei 12.760. Depois de trazermos as duas posições antagônicas hoje existentes (uma no sentido da irretroatividade e outra, no da retroatividade), concluímos não ser possível afirmar de modo objetivo ou apriorístico qual a lei mais gravosa e qual a mais benéfica, de modo que a análise deve ser feita em cada caso específico.

No capítulo quarto, nos debruçamos detidamente sobre o direito de não produzir prova contra si mesmo. Vimos qual seu conteúdo, suas origens históricas, sua consagração em diplomas internacionais.

No que concerne ao ordenamento jurídico pátrio, vimos que sua consagração como um direito fundamental calca-se na conjugação de três dispositivos, quais sejam, artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, artigo 14, 3, g, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e artigo 8º, 2, g, da Convenção Americana de Direitos Humanos. Entretanto, antes mesmo de sua adoção expressa, já podíamos afirmar sua existência, a partir da conjugação dos princípios do devido processo legal, ampla defesa, presunção de inocência e dignidade da pessoa humana, além dos direitos à liberdade e à intimidade.

A incidência mais conhecida e difundida do *nemo tenetur se detegere* se dá no campo do interrogatório e das declarações verbais. Mais recentemente, começou-se a pugnar por sua aplicação também no campo das provas que demandam colaboração do acusado para serem produzidas.

São, em princípio, decorrências de sua incidência nesta segunda seara: (i) inexistência de um dever de colaboração por parte do réu; (ii) impossibilidade de configuração do crime de desobediência quando houver recusa em cooperar; (iii) inadmissibilidade de execução coercitiva tendente à realização da prova; (iv) necessidade de advertência prévia; (v) impossibilidade de se interpretar a recusa como indício de culpabilidade, bem assim de utilizá-la como fundamento de sentenças e decisões cautelares; (vi) inexistência de dever de comparecimento; e (vii) ilicitude da prova colhida em violação à ele.

Mas o alcance e a área de tutela do direito de não produzir prova contra si mesmo, no tocante às provas cuja produção demande colaboração do réu, ainda são bastante polêmicos.

Predomina na jurisprudência e na doutrina brasileiras, como também em outros países, a orientação no sentido de incidir o aludido direito (com todas as decorrências acima apontadas) apenas nas provas que requeiram colaboração ou postura ativa, um *facere*, por parte do acusado, como a reconstituição do crime, o fornecimento de padrões gráficos para exame grafotécnico e o etilômetro ou bafômetro. Por outra via, ele não incidiria nos casos em que se requer tão somente uma passividade, sujeição ou tolerância da parte do imputado, que é o caso do reconhecimento.

No direito nacional também não se admite a execução coercitiva de provas que impliquem intervenção corporal, daí estarem abarcados pelo direito de não se incriminar o exame de sangue e os exames de urina e de saliva – que hoje, pela abertura promovida pela Lei 12.760/12, poderiam servir para comprovar a embriaguez, não obstante ainda não exista qualquer regulamentação neste sentido.

O derradeiro capítulo do trabalho teve como tema a tipificação da conduta daquele que, após ingerir bebida alcoólica, dirige veículo automotor e provoca acidente de trânsito em que pessoas são lesionadas ou mortas.

Após breve incurso na teoria geral do Direito Penal, mais especificamente no campo da tipicidade subjetiva e da distinção entre dolo eventual e culpa consciente, nos filiamos às considerações apresentadas pelo Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 107.801/SP.

A circunstância de estar o condutor embriagado não pode levar à presunção acerca do elemento volitivo imprescindível para configurar-se o dolo, sob pena de

incorrermos em inadmissível responsabilidade penal objetiva. A embriaguez alcoólica que conduz à responsabilização a título doloso é apenas a preordenada, comprovando-se que o agente se embebedou para praticar o ilícito ou assumir o risco de produzi-lo (aplicação da teoria da *actio libera in causa*). Inexistindo comprovação neste sentido, a capitulação que deve prevalecer é a do homicídio ou lesão corporal na forma culposa na direção de veículo automotor.

Parece-nos, de fato, que na grande maioria dos acidentes envolvendo condutores ébrios configura-se a culpa consciente. O “descuido”, a imprudência, reside na própria direção sob efeito de álcool. Pode até haver previsão subjetiva da superveniência de eventos lesivos, mas entendemos que, em regra, os condutores acreditam piamente (ainda que levianamente) que tais eventos não ocorrerão, confiando em sua habilidade ou destreza na direção ou mesmo na própria sorte.

Por fim, trouxemos à baila outra questão também relativa à tipificação da conduta do motorista ébrio que provoca acidente e vitimiza pessoas, qual seja, a questão do concurso de crimes. Vimos que há três posições. A primeira defende que deve haver concurso material entre o homicídio ou a lesão corporal e a embriaguez do artigo 306. Outra, o concurso formal. A posição, no entanto, que tem prevalecido de modo dominante e que foi por nós abraçada é a de que o homicídio ou a lesão corporal, que são crimes de dano, absorvem a embriaguez, que é de perigo.

Concluindo em definitivo esta pesquisa, gostaríamos de pontuar, uma vez mais, que aqui trouxemos visões iniciais de uma lei recente e que já é alvo de acalorados debates. Sua perfeita compreensão só será possível após necessário amadurecimento doutrinário e jurisprudencial. Mas, se nossas considerações puderem contribuir, ainda que minimamente, com tal maturação, então todo o esforço da pesquisa terá valido a pena.

BIBLIOGRAFIA

ALBECHE, Thiago Solon Gonçalves. *Álcool no sangue não prova alteração psicomotora*. 15 jan. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jan-15/thiago-albeche-teor-alcoolico-sangue-nao-prova-alteracao-psicomotora>. Acesso em: 16 fev. 2013.

ALCÁZAR, Miguel Ángel Moreno. *Los delitos de conducción temeraria*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

ALMEIDA SOBRINHO, José; BARBOSA, Manoel Messias; MUKAI, Nair Sumiko Nakamura. *Código de trânsito brasileiro anotado e legislação complementar em vigor*. 10. ed. São Paulo: Método, 2007.

ANDRADA, Doorgal Gustavo Borges de. *Crimes e penas do novo código de trânsito: breves comentários*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Legislação penal especial*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ARAÚJO, Julyver Modesto de. *Código de trânsito brasileiro anotado*. 4. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2009.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de; CALHAU, Lélío Braga. *Crimes de trânsito*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2011.

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

ASÚA, Luis Jiménez de. *Principios de derecho penal: la ley y el delito*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

AZEVEDO, David Teixeira de. O interrogatório do réu e o direito ao silêncio. *RT*, n. 682, pp. 285-298, 1992.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. t. I e t. II.

BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*, 1764. Trad. port. de T. Guimarães, *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2007.

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

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato não são de mera conduta*. 29 maio 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mai-29/direito-defesa-crimes-perigo-abstrato-nao-sao-mera-conduta>. Acesso em: 6 jun. 2013.

BULOS, L. U. *Constituição Federal anotada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Comentários sobre a nova lei seca*. 24 dez 2012. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/eduardocabette/2012/12/24/comentarios-sobre-a-nova-lei-seca/>. Acesso em: 19 mar 2013.

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

CAMPOS PIRES, Ariosvaldo de; SALES, Sheila Jorge Selim de. *Crimes de trânsito na Lei n. 9.503/97*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CAPEZ, Fernando; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Aspectos criminais do código de trânsito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1998.

CÓRDOBA, Gabriela E. *Nemo tenetur se ipsum accusare: principio de pasividad?* In *Estudios sobre Justicia Penal – Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

CORRÊA, Fabricio da Mata. *As primeiras impressões sobre a “nova” lei seca*. 22 dez. 2012. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/fabriciocorrea/2012/12/22/as-primeiras-impressoes-sobre-a-nova-lei-seca/>. Acesso em: 19 mar. 2013.

COSTA ANDRADE, Manuel. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 2006.

DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 19, pp. 179-204, 1997.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERREIRA, Ruy Barbosa Marinho. *Código de trânsito brasileiro anotado*. 4. ed. Leme: Edijur, 2009.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FULLER, Paulo Henrique Aranda; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Legislação penal especial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Vol. 1.

GAMA, José de Souza. *Confissão penal e direitos humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência: princípio e garantias*, in *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Legislação penal especial*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.

GREVI, Vittorio. *Nemo tenetur se detegere*. Milão: Giuffrè, 1972.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Defesa, contraditório, igualdade e par conditio na ótica do processo de estrutura cooperatória*. In *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Interrogatório do réu e direito ao silêncio. *Ciência Penal*, n. 3, pp. 15-31, 1976.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em sua unidade*. São Paulo: Saraiva, 1978.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. A constitucionalidade do exame de DNA compulsório em processos criminais e propostas de sua regulamentação. *Revista da EMERJ*, n. 39, pp. 216-253, 2007.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*. Campinas: Bookseller, 2005.

HELMHOLZ, Richard H. et. al. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: Universidade de Chicago, 1997.

HERNÁNDEZ, Ángel Gil. *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*. Madrid: Colex, 1995.

HOBBS, Thomas. *De cive*, 1642. Trad. port. de R. J. Ribeiro, *Do cidadão*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1980, Vol. 1.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Crimes de trânsito: anotações à parte criminal do código de trânsito (Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997)*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LICHTENTHAL, Patrícia Dias; SIMIONATO, Mônica Chiarella, *Legislação penal especial*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Código de trânsito brasileiro anotado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARCÃO, Renato. *Crimes de trânsito: anotações e interpretação jurisprudencial da parte criminal da Lei n. 9.503, de 23-9-1997*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARCÃO, Renato. *O art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro conforme a Lei n. 12.760, de 20-12-2012*. 7 jan. 2013. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/renatomarcao/2013/01/07/o-art-306-do-codigo-de-transito-brasileiro-conforme-a-lei-n-12-760-de-20-12-2012/>. Acesso em: 19 mar. 2013.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 1961. Vol. 4.

MARTÍNEZ, Rosario Vicente. *Derecho penal de la circulación*. Barcelona: Bosch, 2006.

MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação penal especial*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MORAES, Maurício Zanóide de. Direito ao silêncio no interrogatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 6, pp. 133-147, 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *A Presunção de Inocência e a “Lei Seca”*. Disponível em: www.mp.ac.gov.br/?dl_id=1263. Acesso em: 15 mar 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Notas sobre a Lei 12.760/12 – Lei Seca*. 6 fev. 2013. Disponível em: <http://jurisprudenciaeconcursos.com.br/espaco/notas-sobre-a-lei-1276012--lei-seca>. Acesso em: 3 mar. 2013.

PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. *Direito penal: legislação especial e execução penal*. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

PINHEIRO, Geraldo de Faria Lemos; RIBEIRO, Dorival. *Código de trânsito brasileiro interpretado*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1998.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral, arts. 1º a 120*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, Vol. 1.

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.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, Vol. 1.

RIZZARDO, Arnaldo. *Comentários ao código de trânsito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ROBALDO, José Carlos. *A nova lei seca: crime de perigo concreto ou abstrato?* 30 jan. 2013. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/joserobaldo/2013/01/30/a-nova-lei-seca-crime-de-perigo-concreto-ou-abstrato/>. Acesso em: 24 mar. 2013.

ROSENBERG, Irene Merker; ROSENBERG, Yale. In the beginning: the talmudic rule against self-incrimination, *New York University Law Review*, n. 5, pp. 955-1050, 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA JÚNIOR, Azor Lopes da. Primeiras impressões da “nova lei seca”. *Revista Jurídica Consulex*, ano XVII, n. 384, 1 fev. 2013.

SIMANTOB, Fábio Tofic. *Lei seca foi embriagada pela comoção de casos pontuais*. 6 mar. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-mar-06/fabio-tofic-lei-seca-foi-embriagada-comocao-casos-pontuais>. Acesso em: 9 mar. 2013.

TEDESCO, Ignacio F. El privilegio contra la autoincriminación: un estudio comparativo. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n. 6, pp. 259-283, 1997.